

Majoritní ústavní přezkum – dvojitá kontroverze v běhu amerických ústavních dějin?*

Majoritarian Constitutional Review – Controversy Squared Running Through US Constitutional History?

Radek Piša**

Abstrakt

Článek se zabývá nejvýznamnějšími představiteli zastávajícími teze majoritního ústavního přezkumu. Tento termín představuje koncepci, podle které ústavní přezkum nepůsobí proti konsolidované demokratické většině a neplní tak úlohu, která je mu vyčleněna v klasické ústavní teorii. Cílem článku je přispět k lepšímu porozumění tohoto pojetí v českém právnickém prostředí.

Klíčová slova

Majoritní ústavní přezkum; Nejvyšší soud spojených států; Robert Dahl; Gerald Rosenberg; Barry Friedman.

Abstract

This paper deals with the works of the most important US scholars sharing the concept of majoritarian constitutional review. This notion denotes a model with constitutional review failing to act against a consolidated democratic majority. Consequently, constitutional review is not fulfilling the role designed by traditional constitutional theory. The goal of this paper is to contribute to better understanding of this concept between Czech legal scholars and professionals.

Keywords

Majoritarian Constitutional Review; Supreme Court of the United States; Robert Dahl; Gerald Rosenberg; Barry Friedman.

Úvod

Tradiční námitkou vůči ústavnímu přezkumu a zároveň argumentem pro jeho existenci je jeho protivětšinový charakter. Jako zásadní problém jej chápal ve své kritice už Alexander Bickel v roce 1962, který tak ve své kritické knize považoval ústavní přezkum za „protivětšinou sílu“ v ústavním systému.¹ Na druhou stranu se ovšem autoři snažící

* Článek vznikl v rámci řešení grantu GA ČR č. 17-08176S. Děkuji za podnětné komentáře Janě Ondřejkové, Janu Kyselovi, Petru Aghovi a anonymním recenzentům, veškeré nedostatky jsou však moje vlastní.

** Mgr. Radek Piša, doktorand, Katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha / Ph.D. student, Department of Politology and Sociology, Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic / E-mail: radekpisa@outlook.com / ORCID: 0000-0001-8708-1082

¹ BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar Of Politics. 2. vyd. New Haven: Yale University Press, 1986, 303 s., s. 16. ISBN 0-300-03299-4.

se zkonstruovat funkční model ústavního přezkumu museli vypořádat s námitkou nedemokratičnosti takového přezkumu, rušícího plody práce zvolených zástupců lidu. V jedné z nevlivnějších a nejpůsobivějších knih o teorii ústavního přezkumu tak John Hart Ely chápe základní problém ústavního přezkumu stejně jako Bickel: „*nevolené ani v žádném smyslu politicky odpovědné těleso říká voleným zástupcům, že nemohou vládnout tak, jak by rádi vládli.*“²

Změny judikatury Nejvyššího soudu Spojených států v 80. letech způsobně odlišným složením soudu (větší volnost exekutivní moci řízené konzervativním prezidentem a částečný ústup od levicově liberálních výdobytků) pak emotivně kritizoval Erwin Chemerinsky jako „*majoritarismus*“, když podle něj odvolávání se na většinu ve společnosti jen maskuje (konzervativní) hodnoty zastávané soudci Nejvyššího soudu.³ Pro Elyho i Chemerinskyho je tedy schopnost soudů rozhodovat proti většině žádoucí, zatímco pro Bickela a některé současné kritiky představuje nedemokratický charakter ústavního přezkumu problém. Ze současných autorů jde zejména o Jeremy Waldrona, pro kterého je nedemokratičnost jedním ze dvou hlavních důvodů proti ústavnímu přezkumu,⁴ a Marka Tushneta, jenž kritizuje zejména falešný pocit pojištění vůči politice, pramenící z ústavního přezkumu, který nakonec vede k rezignaci na politiku samotnou.⁵

Tento článek představuje nejvýznamnější interpretace, které se výše nastíněné binaritě vyhýbají, protože se z různých důvodů domnívají, že ústavní přezkum protivětšinově nefunguje. Text je přehledového charakteru a jeho cílem je přispět k objasnění teoretických souvislostí spojených s představou, že ústavní přezkum nepůsobí proti demokratické většině. Tato představa problematizuje výše nastíněnou tradiční kontroverzi spojenou

2 ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 1. vyd. Cambridge: Harvard University Press, 1980, 286 s., s. 4–5. ISBN 0-674-19637-6. Jan Wintr s Janem Kozubíkem v tomto kontextu zmiňují teorii Roberta Alexyho, přiznávající německému ústavnímu soudu „argumentativní reprezentaci“ proti „volitivní reprezentaci“ parlamentu, přičemž obě vycházejí z lidu. Viz WINTR, Jan a Jan KOZUBÍK. Ústavní soudy a práva gayů a leseb – veřejné mínění jako determinant rozhodnutí soudů? *Jurisprudence*, Praha: Wolters Kluwer, roč. 2016, č. 5, s. 34–47, s. 35. Robert Alexy a výše citovaní autoři ale mluví o různých věcech: v případě Alexyho o zdroji legitimacy ústavního soudnictví, Bickel s Elym spíše řeší empirickou otázku střetu volených a nevolených orgánů.

3 CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution. *Harvard Law Review*, roč. 1989, č. 103, s. 43–104, s. 47: „*Zaměření na majoritarismus maskuje a zastírá hodnotové volby Nejvyššího soudu, a měl by tedy být nabržen přístupem, který by obrátil pozornost na obtížné spory v jádru ústavního práva. Základ existence ústavy je založen na napětí mezi potřebou vlády chránit a starat se o lid, a strachem z výkonu vládní moci... Jurisprudence Rehnquistova soudu tak obrací pozornost k ústřední otázce: bude nadále Nejvyšší soud a Ústava chránit lid před vládou? Pokud ne, kdo bude?*“

4 WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 2006, roč. 115, s. 1346–1406. Druhým důvodem proti ústavnímu přezkumu je pro Waldrona omezená schopnost soudů chránit práva, která podle něj za dodržení určitých předpokladů není větší, než obdobná schopnost parlamentu.

5 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press. 1. vyd. 1999, 242 s., s. 154. ISBN 0-691-07035-0. Podobně argumentuje v sekundární linii také WALDRON, Jeremy, op. cit, s. 1403.

s ústavním přezkumem a představuje tedy jakousi „*kontroverzi na druhou*“ či, chcete-li „*dvojitou kontroverzi*“, jak jsem tento článek nakonec nazval.

Text postupně představí základní článek Roberta Dahla z roku 1957, který tuto myšlenkovou linii založil a rozebere jeho metodologické základy, které postaví proti analýze mikroúrovně, reprezentované Richardem Posnerem. Následně se pak bude hlouběji zabývat traskavou problematikou rasové segregace na příkladu studie Geralda Rosenberga z roku 1991 včetně její ostré kritiky z pera Ervina Chemerinskyho. Nakonec se pokusí prostřednictvím konceptu „*zprostředkované lidové ústavnosti*“ Barryho Friedmana relativizovat samotnou podstatu „dvojité kontroverze“, tedy zpochybnit, zda populární ústavní přezkum vůbec podstatný problém představuje. Barry Friedman přitom představuje nejvýznamnějšího současného představitele výše načrtnuté koncepce majoritního (většinového) ústavního přezkumu.⁶ Text tak vedle zmíněných pramenů čerpá z jeho rozsáhlé knihy *The Will of The People*.⁷

Pokud jde o výběr osob, text se tak řídí primárně významností autorů, kterou zasazuje do časové linie lemované americkou rasovou segregací. Její odstranění ze strany soudní moci představuje triumf protivěšnového ústavního přezkumu, takže se rekapitulovaná analýza, především pokud jde o Geralda Rosenberga, snaží tento triumf rozporovat. Daní za zvolený přístup je určitá diskurzivní sevřenost. Článek se věnuje Spojeným státům a především z prostorových důvodů neřeší případnou spornou otázku, nakolik lze americkou diskusi přenášet do jiných zemí, včetně České republiky. Zjednodušené závěry ohledně (ne)přenositelnosti amerických reálií mohou být oprávněně snadno napadnutelné jako neprůkazný „právníký zeměpis“. Navíc představa, že soudy nepůsobí protivěšnově, se dosavadnímu českému právníkému diskursu zcela vymyká, a o to kontroverzněji může působit. Raději jsem se tedy rozhodl věnovat se české empirické realitě o to důkladněji ve zvláštním textu.

Stejně tak si podle mého soudu zaslouží vlastní prostor už výše naznačená „binární“ debata mezi příznivci a odpůrci silných soudů. V širší anglofonní jazykové oblasti pak má tato debata zvláštní příchut', protože se v ní dostávají ke slovu příznivci modernizovaných verzí westminsterského systému bez soudního přezkumu ústavnosti, ve kterém alespoň teoreticky dochází k ochraně lidských práv ze strany zákonodárce (zejm. už zmíněný Jeremy Waldron⁸ a Richard Bellamy⁹). Ti tak tento systém nazývají „politickým

6 Jako překlad anglického adjektiva „majoritarian“ je v článku používáno slovo majoritní či většinový, což jsou podle mého soudu doslovné překlady. Podobnost s politologickým termínem majoritní demokracie není náhodná: zde rekapitulované teorie mají více méně za to, že ústavní přezkum funguje v souladu s převažujícím politickým proudem, v podrobnostech viz další části textu.

7 FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. 1 vyd. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, 614 s. ISBN 978-0-374-22034-1.

8 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. 1. vyd. Oxford University Press, 1999, 332 s. ISBN 0-19-924303-4.

9 BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. 1. vyd. Cambridge University Press, 2007, 270 s. ISBN 978-0-521-86510-4.

konstitucionalismem“, který kladou proti „právnímu konstitucionalismu“, jež podle nich dává přehnaný důraz na soudy. Ve středoevropském kontextu tento přístup zpopularizoval Paul Blokker, jenž ve své vlivné knize přisuzuje právnímu konstitucionalismu zhoubné účinky na politický a právní systém postkomunistických států.¹⁰ Přístupy politických konstitucionalistů jsou však jednak značně abstraktní, především jsou ale pevně zasazeny do „binarity“ jednoznačného hodnocení soudů (jejich závěry jsou samozřejmě velmi negativní vůči soudům). Koncepce zkoumané v tomto textu jsou naproti tomu v jádru empirické, ale v první řadě většinou tvrdí, že problém „binarity“ vůbec neexistuje, protože soudy jsou reálně provětšinové instituce.

1 Od Obergefella k Robertu Dahlovi

Čtenáři je zřejmě známo rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojených států ve věci Obergefell¹¹ z roku 2015, které přikázalo jednotlivým státům federace umožnit uzavírat manželství osob stejného pohlaví a uznávat taková manželství, uzavřená v jiných státech. Zároveň ale čtenáři mohlo uniknout, že v období, kdy kauzu Nejvyšší soud rozhodoval, podpora stejnopohlavních svazků ve společnosti prudce rostla a byla v rámci federace jako celku zřetelně většinová.¹² Obergefell tak mohl být cokoliv, jen ne menšina „devíti starých lidí“, kteří nechápou současný svět, ani liberální menšina utlačující konzervativní většinu. Z trochou nadsázky by se dalo říci, že ústy soudu prostě promluvil hlas lidu.

V jazyce práv jednotlivce taková představa působí zvláště, nicméně je logickou, pokud jde o jazyk zájmů, používaný v empirické politologii. Slovy Jeremy Waldrona, „*politologové... mají na rozdíl od profesorů práva dostatek citi srovnat cynický model legislativní moci se stejným cynickým modelem rozhodování odvolacích a nejvyšších soudů.*“¹³ Klasickým dílem Waldronem míněných politologů je článek Roberta Dahla z roku 1957.¹⁴ Úvodní odstavec Dahlova článku pak v první řadě upozorňuje, že považovat americký Nejvyšší soud za striktně právní instituci znamená podcenit jeho roli v americkém politickém systému.¹⁵

¹⁰ BLOKKER, Paul. *New democracies in crisis?: A comparative constitutional study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*. 1. vyd. London: Routledge, 2014. ISBN 978-0-415-69586-2.

¹¹ Rozsudek Nejvyššího soudu Spojených států *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). K podrobnostem vývoji kauzy před vydáním rozhodnutí Nejvyššího soudu viz ASKARI, Daniel. Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou. In: ANTOŠ, Marek a Jan WINTR. *Ústavní teorie*. Praha: PF UK, 2015, s. 17–30; Ke společenským dopadům samotného rozhodnutí viz WINTR, KOZUBÍK, op. cit., s. 37–38.

¹² HOOK, Janet. Support for Gay Marriage Hits All-Time High. *WSJ/NBC News Poll*. [online]. [cit. 15. 4. 2016]. Dostupné z: <http://blogs.wsj.com/washwire/2015/03/09/support-for-gay-marriage-hits-all-time-high-wsjnbc-news-poll/>

¹³ WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. 1. vyd. Cambridge University Press, 1999, 206 s., s. 2. ISBN 0-521-65883-7.

¹⁴ DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, roč. 1957, č. 6, s. 279–295.

¹⁵ DAHL, Robert, opt. cit., s. 279.

Robert Dahl totiž považuje Nejvyšší soud za politického aktéra, protože přijímá politická rozhodnutí („*policy decisions*“), která definuje jako účinnou volbu mezi alespoň částečně nejasnými možnostmi.¹⁶ Jak Dahl říká, „*nikdo se nebude hádat*“, že takovou definici splňuje příležitostně každý soud.¹⁷ Robert Dahl ale není deduktivním analytikem mikro úrovně, který může snadno dospět k přesvědčení, že většina soudních rozhodnutí stojí na osobních ambicích či mikroekonomických podnětech, protože vychází z teoretického modelu (potud je jeho postup „*deduktivní*“) a tyto modely staví na bázi jednotlivců (potud „*mikro*“ úroveň). Typickým příkladem takového myšlenkového přístupu je Richard Posner, když konstruuje pro soudce užitkovou funkci, která se skládá z touhy učinit svět lepší a z touhy po „*hraní soudcovských her*“, tedy prožívání vzrušení ze soudních jednání a možnosti ve výsledku rozhodnout spor často arbitrárně.¹⁸

Ve svém článku totiž naproti Posnerově přístupu Robert Dahl upozorňuje, že byt' je možné definici neurčitosti v určité míře sledovat u každého soudu, Nejvyšší soud má podle něj velmi nezvyklé postavení – „*jeho soudci čas od času rozhodují případy, kde právní kritéria nejsou v žádném realistickém smyslu relevantní k jejich vyřešení*.“¹⁹ Jeho perspektiva je tedy „*makro*“, týkající se společenských institucí a jejich vzájemné kooperace, a jeho myšlenkový postup vychází z popisu reality – pokud bych měl tedy použít opozitum proti slovu deduktivní, jde o induktivní postup.

Robert Dahl svoji analýzu založil jednak na zkoumání intervalů mezi jmenováním jednotlivých soudců, v druhém kroku pak zkoumal souslednost rušení zákonů s funkčním obdobím Kongresu. V prvním případě dospívá k jednoznačnému závěru, že každý prezident má na složení soudu výrazný vliv, s výjimkou F. D. Roosevelta, kterému obnova soudu trvala déle díky nezvykle pomalému tempu odcházení soudců a vyvolala přitom známé potíže s prosazením legislativy New Dealu.²⁰ Druhým jeho argumentem byl časový interval mezi účinností legislativy a jejím zrušením: s výjimkou New Dealu tento interval v polovině případů přesahoval čtyři roky, a podle Dahla tak lze očekávat, že politická většina, která ho prosadila, mezitím oslabila – stejně tak když Dahl bere v úvahu důležitost případu, dochází k závěru, že Nejvyšší soud jen ojedinele trvá na neústavnosti legislativy, která je setrvale silně politicky podporovaná většinovou koalici a tato koalice jí považuje za důležitou.²¹

16 Ibid. Podrobněji Dahl popisuje definici politického rozhodnutí níže na straně 279 takto: jde o rozhodnutí s neurčitostí vzniklou „*nedostatkem informací o (a) alternativách, mezi kterými lze volit; (b) důsledcích, které pravděpodobně vyplynou z vybrané alternativy; (c) pravděpodobnosti, zda tyto důsledky nastanou; (d) relativní hodnoty různých alternativ*“ – soud tak musí seřadit alternativy podle hodnoty a vzít v úvahu jejich pravděpodobnost – „*efektivní volbou*“ je pak výběr preferované alternativy spojený se zajištěním, že bude provedena.

17 Ibid.

18 POSNER, Richard. The Role of the Judge in the Twenty-First Century. *Boston University Law Review*, roč. 86, s. 1049–1068 a 1056–1057.

19 DAHL, Robert, opt. cit., s. 280.

20 DAHL, Robert, opt. cit., s. 285.

21 DAHL, Robert, opt. cit., s. 286–291.

Robert Dahl tak ze své dílčí analýzy dovozuje tři závěry: (1) pokud by soud skutečně chránil menšiny proti většině, šlo by o značně neobvyklou situaci, (2) názory zastánců a odpůrců Nejvyššího soudu argumentující (ne)demokratičností jsou „*z větší části irrelevantní*“, protože empiricky si většiny v zákonodárném sboru své obecně prosadily, a konečně (3) *přestože se soudu nepodařilo nikdy držet věcně, ve velmi malém počtu důležitých případů zpozdit aplikaci příslušné politiky až o 25 let.*²² V tomto případě má na mysli éru započatou případem *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905), kdy soud prosazoval libertariánské ekonomické představy a rušil velké množství pracovněprávní a sociální regulace, později často spojené s New Dealem F. D. Roosevelta. Období definitivně skončilo až s případem *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), kdy Nejvyšší soud Rooseveltovi po značných peripetii ustoupil.

Na první pohled mohou Dahlovy závěry působit značně schématickým dojmem, což může být způsobeno snahou přehledně je přiblížit. Podle mého soudu nicméně nelze jeho text z roku 1957 jednoduše vulgarizovat a považovat tak Roberta Dahla za jednoznačného příznivce či odpůrce Nejvyššího soudu či instituce ústavního přezkumu. Ve svém slavném článku koneckonců používá induktivně-empirickou metodu, ze získaných dat ohledně soudních nominací a doby účinnosti právních předpisů před jejich zrušením dovozuje konkrétní důsledky, které mají k explicitně normativním soudům daleko. Jako většina vědců nicméně opíše určitý okruh od normativních předpokladů (v tomto případě definice politiky) přes empirické zkoumání spojené s výsledky až po určité normativní závěry, na které bych teď rád upozornil. Především je třeba říct, že podle Dahla ve většině stabilních demokracií vládou dlouhodobé soudržné aliance, které se mění za jiné v poměrně prudkých zlomech, spojených s opuštěním předcházejících politik, intenzivním politickým bojem, zakončeným konsolidací a postupným úpadkem aliance.²³

Podle Roberta Dahla je soud sám o sobě prakticky bezmocný zasáhnout proti takové alianci, a v případě neexistence dohody v rámci aliance²⁴ povede pokus Nejvyššího soudu nadiktovat národní politiku pravděpodobně ke katastrofě, jak podle Dahla ukazují případy zmíněná raná fáze New Dealu a rozhodnutí *Dred Scott*.²⁵ Toto rozhodnutí mělo přitom na americkou historii i ústavní právo stěžejní dopad a je na místě ho kvůli lepšímu porozumění přiblížit blíže. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) představoval velmi nepodařený pokus Nejvyššího soudu předejít občanské válce, když odmítl právo na svobodu černocho z Jihu, jež se svým majitelem vydal na Sever a podle stávající legislativy

22 DAHL, Robert, opt. cit., s. 291.

23 DAHL, Robert, opt. cit., s. 293. Dahl uvádí jako období stabilních aliancí příkladem alianci Jeffersonianskou, Jacksonianskou, nezvykle dlouhou republikánskou po občanské válce, a konečně alianci New Dealu.

24 Dahl má na mysli včetně soudců Nejvyššího soudu, které dlouhodobá aliance logicky dosazuje.

25 DAHL, Robert, opt. cit., s. 293.

(tzv. Missouri kompromisu) se měl stát svobodným – na rozdíl od případu, kdy by svému majiteli prostě na sever utekl.

Nejvyšší soud tedy v tomto rozhodnutí prohlásil Missouri kompromis za neústavní, což byl teprve druhý případ zrušení zákona Kongresu ze strany Nejvyššího soudu ve Spojených státech od *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Proti očekávání soudců *Dred Scott* nezabránil eskalaci konfliktu a občanské válce, je tak univerzálně považován za nejhorší rozhodnutí v dějinách amerického Nejvyššího soudu. Barry Friedman nicméně argumentuje, že politici přehodili otázku dalšího rozsahu otroctví v zemi soudu jako horký brambor – přesto ovšem dodává, že „*z hlediska právníckého řemesla byl Dred Scott chaos*“ – každý soudce napsal svoje diktum a rozsah závaznosti precedentu byl velmi nezřetelný.²⁶

Tyto případy by mohly čtenáře snadno navést na cestu značného fatalismu, pokud jde o roli soudů. V jednom případě byl nešťastný rozsudek přepsán mimořádně krvavou občanskou válkou (byť po ní následoval formální ústavní dodatek, překonávající rozsudek *Dred Scott*), v případě *New Dealu* pak Nejvyšší soud sám raději ustoupil. Popsané případy kolizí mezi jednotlivými složkami státní moci nicméně podle Dahla neznamenají, že by se Nejvyšší soud nemohl po politickém hřišti pohybovat, pokud tak bude činit v limitech tohoto hřiště a nevybočí ze základních politických cílů dominantní aliance – a v tom se jeho postavení podobá mocnému předsedovi výboru v Kongresu, který také nezmění směr politiky aliance, ale může dosáhnout řady dílčích úspěchů v méně důležitých otázkách.²⁷

Ostatně, pro Roberta Dahla je málokteré rozhodnutí soudu jednoduchým rozhodnutím mezi většinou a menšinou, a stejné pozorování platí pro politiku na národní úrovni, která je často výsledkem „*konfliktů, vyjednávání a dohod*“ mezi menšinami: místo většinového pravidla je tak s určitou nadsázkou možné hovořit o „*právu menšin, kde jedna aliance menšin dosahuje politiky proti jiné alianci menšin*.“²⁸ V případech neshody většinové koalice na řešení určité otázky pak podle Dahla vzniká pro soudy široký prostor, a mohou dokonce dosáhnout etablování určité politiky: přesně tak Robert Dahl vykládá precedenty „*posledních třiceti let*“ posilující právo černochů volit a počínající odstraňovat segregaci.²⁹ Závěrečným odstavcem však Dahl vyznění článku značně posune. Za posílením práv černochů hned konstatuje, že „*Nejvyšší soud je víc než to*“ a poukáže na jeho význam při řešení procedurálních otázek demokracie, a že přes jeho vážné chyby dokázal svěřovat legitimitu nikoliv

26 FRIEDMAN, Barry, 2009, op. cit., s. 110–112.

27 DAHL, Robert, opt. cit., s. 293–294.

28 DAHL, Robert, opt. cit., s. 294.

29 Tamtéž. Na tomto místě je možná vhodné zopakovat, že článek je z roku 1957. Používá také slovní spojení „*freedom of Negroes*.“ *Negroes* je nicméně zastaralé slovo pro černochy, dnes vnímané převážně negativně. Extrémně urážlivé slovo *negr* je „*nigger*.“

„parciálním a provinčním politikám dominantní politické aliance, ale základním pravidlům chování vyžadovaných pro fungování demokracie.“³⁰

Konec jeho článku je tak až příliš optimistický a příliš neladí se zbytkem jinak značně pragmaticky formulovaného textu. Možná jde jen o závěrečnou doušku, snažící se zmírnit jeho fatalistické vyznění. Přísně vzato je totiž optimismus týkající se role Nejvyššího soudu vůči dodržování procesních pravidel demokracie v rozporu s předchozími částmi textu, které neposkytují žádné důvody se domnívat, že by se procesní pravidla mohla těšit jinému osudu než zbytek právních pravidel. Tedy pokud by konsolidovaná politická aliance chtěla tyto procesní podmínky změnit, Nejvyšší soud by jí čelil zřejmě jen velmi těžko. Tento skepticismus je možná na místě právě díky pomalému odstraňování rasové segregace (představující čistě procesní otázku), které se bude podrobně věnovat následující kapitola.

2 Rasová segregace jako hřiště pro ústavní teorii

Rasová segregace a její postupné odstraňování patří k neuralgickým bodům americké společnosti. Nejinak je tomu v ústavním právu, pro které představuje omezení segregace vítězství soudní ochrany práv. Tento přístup bude v této kapitole reprezentovat Erwin Chemerinsky.³¹ Naproti němu bude stát spíše kritický Gerald Rosenberg, podle kterého byl Nejvyšší soud sám o sobě neúspěšný a k omezení rasové segregace došlo až díky úsilí federální exekutivy a Kongresu.³² Na úvod je třeba říci, že k úplnému odstranění rasové segregace ve vzdělávání v Americe dosud nedošlo, což bude hlavním bodem jejich sváru. V obecném povědomí je segregace spojena se státy amerického Jihu. Problém segregace se ale už od počátku fakticky netýkal jen jižanských států, jak ve slavném interview při demonstraci prohlásil Malcolm X, „segregované školy máme taky přímo tady, v New York City.“³³ Školní obvody byly a jsou často i v severních státech vymezeny tak, že je jejich etnické složení homogenní.

Jak bude přitom podrobně rozebráno níže, Nejvyšší soud vždy vyžadoval jen desegregaci v rámci školního obvodu. Pokud nejsou obvody stanoveny svévolně a drží se určitých racionálních kritérií, není třeba z ústavněprávního hlediska spojovat černošské a bělošské školní obvody. K vytvoření čistě bělošských a černošských školních obvodů přitom přispěl „útěk bílých“ z vlastních měst po roce 1970 na administrativně nezávislá

30 DAHL, Robert, opt. cit., s. 294–295.

31 CHERMERINSKY, Erwin. The Segregation and Resegregation of American Public Education. In: BOGER, John C. a GARY ORTFIELD (eds.). *School Resegregation: Must the South Turn Back?* 1. vyd. University of North Carolina Press, 2005, s. 29–47, s. 33. ISBN: 978-0807856130.

32 ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2. vyd. Chicago: Chicago University Press, 1993, 424 s. ISBN 0-226-72702-5.

33 Viz např. video *Malcolm X in Speaks in Solidarity With the School Boycotts in NYC (1964)*. [online]. [cit. 29. 6. 2017]. Dostupné z: <https://www.youtube.com/watch?v=nvQ7X0gb30Q>

předměstí. Ve výsledku tak vlastní centra měst mají často převážně černošské školní obvody, zatímco předměstí jsou většinou bělošská. Erwin Chemerinsky k tomu konkrétně uvádí, že v 80. letech tvořili běloši jen třetinu studentů veřejných škol zapsaných v Baltimoru, Dallasu, Detroitu, Houstonu, Los Angeles, Miami, Memphisu, New Yorku a Philadelphii.³⁴

Komplikovaně a nejasně ukončenou rasovou segregaci přitom Gerald Rosenberg použil jako jeden z argumentů, proč soud nemůže sám o sobě přinést společenskou změnu, ve své knize *The Hollow Hope*, poprvé vydané v roce 1991.³⁵ Rosenberg kvalitativně zkoumá empirický vývoj judikatury, zákonodárství a exekutivní aktivity mezi roky 1954 a 1971. Toto kvalitativní zkoumání doplňuje empirickými údaji o rychlosti desegregace, které váže na jednotlivé zlomy popsané v kvalitativní analýze.

Čtenáře možná zarazí už první Rosenbergem zmíněný fakt, že po vydání rozsudků v notoricky známě věci *Brown* vydal Nejvyšší soud až do roku 1964 jen 3 plnohodnotné rozsudky týkající se segregace, a běžně odmítal projednávat případy rozhodnuté v rozporu s *Brownem*.³⁶ Samotné rozhodnutí *Brown* přitom považoval soud za natolik potenciálně kontroverzní, že ho vydal nadvakrát – v roce 1954 rozhodl soud v rozhodnutí *Brown I*³⁷ jen o obecné nepřijatelnosti doktríny „*oddělení, ale rovní*“,³⁸ ale samotnému návrhu žalobce vyhověl až v roce 1955 v rozsudku označovaném jako *Brown II*.³⁹ *Brown* přitom nespadol z čistého nebe, měl určitou předehru, kterou bylo rozhodnutí týkající se segregace právnických fakult v Texasu, kdy Nejvyšší soud dospěl v roce 1950 k názoru, že fakulta určená pro černochoy je extrémně špatná, takže jí v žádném případě nelze považovat za „rovnou“ s bělošskou fakultou: černý student tedy musel být přijat na bělošskou fakultu.⁴⁰

Barry Friedman nízkou aktivitu soudu ještě zdůrazňuje, když poukazuje na úmyslně slabý příkaz k odstranění segregace v případě *Brown II*, podle kterého měla být segregace odstraňována „obecně uváženou rychlostí“ („*all deliberate speed*“) – podle Friedmana, používajícího odkazy na značné množství primárních i sekundárních zdrojů, bylo příčinou takto slabého příkazu obava soudců, že jejich rozhodnutí bude jinak jednoduše ignorováno, což bude mít velmi destruktivní efekt na důvěryhodnost soudu.⁴¹ Jedním z klíčových důvodů nízkého počtu projednaných případů pak také byla cena soudního sporu, která byla už v tehdejší Americe astronomická, pokud měl případ dospět

34 CHEMERINSKY, Erwin, op. cit.

35 ROSENBERG, Gerald, op. cit.

36 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 43–44.

37 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

38 „*separate but equal*“, etablované rozhodnutím Nejvyššího soudu *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

39 *Brown, II* 349 U.S. 294 (1955).

40 *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

41 FRIEDMAN, Barry, 2009, op. cit., s. 246–247.

až k Nejvyššímu soudu – Rosenberg cituje odhady, podle kterých stál Brown neziskovou organizací, jež jej zastupovala, přes 200 tisíc tehdejších dolarů.⁴²

Opatrný postup Nejvyššího soudu se ukázal jako oprávněný, protože prosazení legislativní opory pro desegregaci a exekutivní pomoci segregovaným následně trvalo velmi dlouho a osud rozhodnutí Brown visel řadu let v nejistotě. Gerald Rosenberg uvádí, že prezident Eisenhower o problematiku nejevil zájem, jeho jediným krokem bylo vydání exekutivního příkazu zakazujícího segregaci ve školách umístěných na vojenských základnách.⁴³ Čtenáře na tomto místě nejspíš napadne incident v Little Rock v Arkansasu, kde v roce 1957 doprovodili 9 černých studentek a studentů do převážně bílé střední školy američtí výsadkáři. Ve skutečnosti se podle Barry Friedmana Eisenhower ještě v létě 1957 vyjádřil, že si nedokáže vysláním armády k prosazení soudního příkazu představit, ostatně Eisenhower byl nejspíš názoru, že soud dělá rozhodnutím ve věci Brown chybu, a podle Friedmanem citovaných pamětí předsedy soudu Warrena měl právě Warren pocit, že kdyby se za soud Eisenhower jednoznačněji postavil, mohlo být rasového napětí spojeného s desegregací výrazně méně.⁴⁴ Pokud jde o samotný incident v Little Rock (navzdory názvu hlavním městem Arkansasu), byl podle Friedmana Eisenhower k zásahu víceméně dotlačen, když ho o vyslání jednotek požádal během nepokojů starosta města, a sám prezident poukazoval na extrémně negativní dopady akce na obraz země ve světě.⁴⁵

Překvapivě problematika příliš nezajímala ani prezidenta Kennedyho, který dokonce ještě v roce 1963 prohlásil, že občanská práva nejsou mezi jeho největšími prioritami.⁴⁶ Podle Rosenberga ho tak k podpoře návrhu, který se později stal Zákonem o občanských právech z roku 1964, donutily až nepokoje v Birminghamu na jaře 1963 (Kennedy byl zastřelen v listopadu 1963).⁴⁷ Nakonec se ale konečná podoba zákona z roku 1964 stala skutečným průlomem (šlo o legislativu s největším dosahem na občanská práva od občanské války), obzvláště ve spojení se zákonem o základním a středním školství z roku 1965.⁴⁸ Zákon o občanských právech především zakotvil pravomoc federálního ministerstva spravedlnosti zastupovat segregované, a Hlava VI zákona přiznávala federální vládě právo přestat poskytovat dotace školním okresům, pokud diskriminují na základě rasy.⁴⁹ Druhý zmíněný zákon zavedl velké dotace na školy pro nízkopříjmové oblasti – tedy často na Jihu – pod podmínkou, že nebudou segregovat.⁵⁰

42 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 93.

43 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 75.

44 FRIEDMAN, Barry, 2009, op. cit., s. 247.

45 FRIEDMAN, Barry, 2009, op. cit., s. 247–248.

46 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 76, pozn. 9.

47 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 77.

48 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 47.

49 Ibid.

50 Ibid.

Gerald Rosenberg pak statisticky dokládá, že ve školním roce 1963/1964 chodilo do stejné školy s bílými 1,2 % černochů, pokud se ze statistiky vyloučí Texas a Tennessee, pak šlo o 11 % (v tzv. hraničních státech na rozhraní Severu a Jihu šlo o 54,8 %).⁵¹ Po zavedení výše uvedené legislativy, kterou zároveň ministerstvo spravedlnosti začalo aktivně prosazovat, začal počet segregovaných škol silně klesat, až ve školním roce 1972/1973 chodilo do stejné školy s bílými na Jihu 91,3 % černošských studentů.⁵²

Podobnou analýzu provádí Rosenberg i ohledně práva volit, které výše zmínil Robert Dahl. Zde jsou čísla na první pohled méně průkazná, zatímco v roce 1940 se na Jihu k volbám zaregistrovalo 5 % černochů, v roce 1950 to bylo 20 %, roku 1960 odpovídá 28 %, a v roce 1964 se zaregistrovalo dokonce 40 %.⁵³ V roce 1965 přitom Kongres vydal Zákon o volebním právu, který zakázal cenzu gramotnosti pro přístup k volebnímu právu, autorizoval federální ministerstvo spravedlnosti napadat u soudů daňové cenzu a oprávnil federální vládu k vyslání komisařů do okrsků, kde bylo registrováno méně než 50 % voličů.⁵⁴

Zákon z roku 1965 skutečně vedl k masivnímu zvýšení účasti černochů ve volbách na Jihu, až na 66,9 % v roce 1970.⁵⁵ Růst tak byl sice rychlejší než před rokem 1965, ale volební účast výrazně rostla už před vydáním zákona. Rosenberg vysvětluje první skok po druhé světové válce návratem veteránů, kteří hodlali vykonat volební právo přes překážky kladené jižanskými úřady, a kontinuální růst pak připisuje zvyšující se gramotnosti mezi černochoy a s tím spojené schopnosti obstát v cenzu gramotnosti: zatímco v roce 1898 bylo gramotných 33 % černochů, v roce 1960 šlo o 82 %.⁵⁶

Závěry, které Rosenberg ze své analýzy desegregace vyvozuje, jsou schematicky následující: (1) politická reprezentace byla na všech úrovních po určitou dobu pro segregaci, (2) celá kultura Jihu byla segregacionistická, takže soudy zde měly málo zastánců a nakonec se uchýlily k očekávání společenské změny, (3) americký soudní systém byl v rámci dělby moci designován bez schopnosti svá rozhodnutí implementovat, k pomalému instančnímu postupu a k silnému zohlednění místních zájmů.⁵⁷ Pro úplnost je však třeba posoudit věc v národním kontextu. Sám Rosenberg hned na začátku své analýzy uvádí, že v roce 1954 21 států mělo zákony přímo nařizující segregaci nebo jí povolovalo v určitých případech a 27 států buď segregaci přímo zakazovalo, nebo ve věci žádnou legislativu neměly.⁵⁸

51 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 50.

52 Ibid.

53 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 61.

54 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 59.

55 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 61.

56 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 61–62.

57 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 93.

58 ROSENBERG, Gerald, op. cit., s. 42.

Erwin Chemerinsky se oproti Rosenbergovi věnuje primárně až období po roce 1970, kdy desegregační úsilí značně polevilo, zčásti díky vítězství republikána Richarda Nixona v prezidentských volbách na podzim 1968. Tomuto vítězství přitom Chemerinsky přikládá až přehnanou pozornost, když vezmeme do úvahy, že Nixon byl spíše pravostředovým kandidátem a především tehdejší republikáni měli vůči občanským právům podstatně vstřícnější postoj, než vlivná jižanská část tehdejší demokratické strany.⁵⁹ Republikáni ostatně pomohli prezidentu Johnsonovi v roce 1964 schválit zákon o občanských právech.

Konkrétně tak Chemerinsky přímo viní Nixonovi nominanty na Nejvyšším soudu ze selhání ohledně severských školských obvodů, které podle něj vyžadovaly desegregaci, ale Nejvyšší soud k ní nepřistoupil a navíc drasticky omezil efektivitu desegregačních opatření.⁶⁰ Chemerinsky jako příklad kritizuje rozhodnutí *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*⁶¹ z roku 1971, kterým soud aproboval stanovení trasy školního autobusu jako nástroj desegregace, ovšem z pohledu Chemerinskyho nepřipustně jen v rámci jednoho školního obvodu.⁶² Ještě kritičtější je Erwin Chemerinsky k případu *Milliken v. Bradley*⁶³ z roku 1974, který odmítl považovat bělošská předměstí Detroitu pro účely desegregace za jednu entitu se samotným Detroitem, z větší části obývaným černochy.⁶⁴ Chemerinsky považuje dopad tohoto rozhodnutí za horší než užívání soukromých škol částí bílé populace, protože na soukromé školy se v Americe desegregační pravidla neuplatňují – podle jím citované statistiky mohou soukromé školy jen za 17 % americké školní segregace.⁶⁵

Dále pak cituje různé podle něj neuspokojivé rozsudky ze 70. a 80. let, až dojde k 90. letům, kdy dle jeho soudu Nejvyšší soud desegregaci prakticky ukončil – v případě *Board of Education of Oklahoma City Public Schools v. Dowell*⁶⁶ z roku 1991, podle kterého měl soudní desegregační příkaz z roku 1972 pozbýt platnosti, protože se mezitím stal vzdělávací systém v Oklahoma City „jednotným“, přestože by fakticky zrušení platnosti příkazu mohlo vést k resegregaci.⁶⁷ Za poslední kapku pak Chemerinsky považuje případ *Mi-*

59 Současná relativně ostrá hranice mezi „lidskoprávními“ demokraty a konzervativními republikáni vzniká až od 80. let, kdy republikáni postupně přebírají demokratům jižanské konzervativní voliče. Tato republikánská „cesta na jih“ je završena republikánským vítězstvím ve volbách do Sněmovny reprezentantů v roce 1994. Do té doby tvoří demokratickou stranu koalice severských levicových liberálů a jižanských kulturních konzervativců, kterou sice pojí ekonomické názory, ale neshodne se na kulturních otázkách.

60 Ibid.

61 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

62 CHEMERINSKY, Erwin, op. cit., s. 34.

63 *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

64 CHEMERINSKY, Erwin, op. cit., s. 34.

65 Ibid.

66 *Board of Education of Oklahoma City v. Dowell*, 498 U.S. 237 (1991).

67 CHEMERINSKY, Erwin., op. cit., s. 38.

ssouri v. Jenkins⁶⁸ z roku 1995, ve kterém byl zrušen příkaz k desegregaci škol v Kansas City, vydaný až v roce 1977, jelikož příkaz nařizoval vyrovnání segregace mezi školskými okrsky, když přitom žalobci prokázali jen segregaci v rámci okrsků.⁶⁹

Erwin Chemerinsky končí svůj text mimořádně ostrou kritikou Rosenberga, který podle něj vidí v (ne)úspěchu desegregace přirozené meze možností soudů.⁷⁰ Podle Chemerinskyho naopak byl soud mezi lety 1954 a 1971 aktivní a za selhání desegregace po roce 1970 mohou chybná rozhodnutí nově jmenovaných soudců konzervativní orientace, kteří na soudu vytvořili většinu.⁷¹ Podle něj by se v případě vítězství demokrata Herberta Humphryho ve volbách v roce 1968 změnilo složení soudu, které mohlo přinést „jiné výsledky.“⁷² V britkém závěru vedle toho považuje tezi o neúčinnosti soudu za psychologickou racionalizaci – místo přiznání porážky jde podle něj o vymyšlení důvodů, proč soudy nemohly uspět, doplněných úvahami o nezájmu rodičů segregovaných proti segregaci bojovat.⁷³

Podle mého soudu je Chemerinskyho kritika neudržitelná na několika úrovních. Gerald Rosenberg si podle mě logicky vymezil období od rozhodujícího precedentu po jeho širší prosazení. Diskutabilní vývoj judikatury po roce 1970 by ho mohl nechat z metodologického hlediska klidným: pokud se soud stáhne a otupí svoji ostrou vůdčí linii v souladu s přesvědčením společnosti a establishmentu, takový vývoj spíše potvrzuje Rosenbergovu teorii, že soud nemůže sám o sobě přinést společenskou změnu. Stejně tak Rosenbergův popis odpovídá výše naznačené Dahlovi teorii – Nejvyšší soud se málokdy může sveřepě držet určitého dogmatu, pokud stojí proti etablované koalici ve věci, která je pro tuto koalici důležitá.

Pokud Erwin Chemerinsky mluví o možném alternativním složení soudu v případě vítězství alternativního kandidáta, má jistě pravdu, ovšem značně triviální. V daném případě navíc spojenou se značnou mírou idealizace demokratické strany v roce 1968, štěpící se pod tíhou války ve Vietnamu. Demokraté se navíc na čas připravili o většinu na soudu sami, když prezident Johnson neprozřetelně navrhl na předsedu soudu kontroverzního řadového soudce Nejvyššího soudu Abe Fortase, jehož nominaci Senát nakonec neprojednal, a přenechal tak Nixonovi k nominaci volné křeslo předsedy.

Chemerinsky se navíc na rozdíl od Rosenberga pohybuje na jednoduché škále mezi ochranou práv a jejich pošlapáním. Tento přístup je sice pro soudobý americký liberalismus typický, ale pomíjí poměrně komplikovaný federální charakter státu, ve kterém

68 *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995).

69 CHEMERINSKY, Erwin, op. cit., s. 39–40.

70 Ibid., s. 41.

71 Ibid.

72 CHEMERINSKY, Erwin, op. cit., s. 41–42.

73 Ibid.

je třeba neustále vyvažovat celou řadu zájmů. Chemerinskyho mikroperspektiva zkoumající primárně jednotlivé aktéry pak působí dojmem hledání zlého spiknutí. Je pak s podivním, že voliči aktéry tohoto zlomyslného spiknutí opakovaně volí.

Rosenbergovo realistické makro pojetí důrazně připomínající vztahy mezi federálními a státními orgány (at' už jde o exekutivu, legislativu nebo soudy) tak považují za výrazně přesvědčivější. Rosenberg v tomto ohledu nestojí osamocen. Michael Dorf v tomto duchu velmi případně poukazoval na skutečnost, že v desegregačních kauzách Nejvyšší soud nerušil federální zákony či exekutivní příkazy, ale postupoval jen vůči (menšině) států.⁷⁴ Už v první kapitole podrobně rozebíraný Robert Dahl pak připomínal možnost legitimizace ústavního přezkumu pomocí představy, že soud chrání celostátní většinu proti lokálním menšinám – byť tak podle něj málokdo argumentoval.⁷⁵ Podobným způsobem by ostatně bylo možné vysvětlit nedávnou kauzu Obergefell týkající se stejnopohlavních sňatků (citovanou na začátku první kapitoly), kde proti celostátní většině stály většiny v jižanských státech (stejně jako při rasové segregaci).

V tuto chvíli se tak soudocentrické pojetí Erwina Chemerinskyho může zdát jako iracionální a vyvstává logická otázka, proč je představa majoritního ústavního přezkumu tak kontroverzní a proč se potýká s tak silnými emocemi, jak jsme mohli zaznamenat u Chemerinskyho. Na tyto otázky se pokusí odpovědět následující kapitola.

3 A proč je majoritní přezkum vlastně problém?

Poslední kapitola se zaměří na článek nejvýznamnějšího představitele současného myšlenkového směru lidové ústavnosti („popular constitutionalism“), Barryho Friedmana. Tento myšlenkový směr rozvíjí dosud rekapitulovanou ústavní teorii a na základě empirických zkoumání částečně rekapitulovaných v předchozích částech článku se domnívá, že ústavní pravidla prosazuje především americký lid sám, v případě konfliktu i proti Kongresu a Nejvyššímu soudu. Vedle Barryho Friedmana je klasickým představitelem směru Larry Kramer,⁷⁶ tvořící určitý Friedmannův protipól (o Kramerovi bude pojednáno dále v této kapitole) a už citovaný prominentní odpůrce silného ústavního přezku-

⁷⁴ DORF, Michael C. The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2010–2011, roč. 13, č. 2, s. 283–304, s. 290.

⁷⁵ DAHL, Robert, opt. cit., s. 282.

⁷⁶ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, 2004, 363 s. ISBN 0-19-530645-7. Viz také jeho přehledový článek KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, roč. 92, č. 4, s. 959–1011. Ten představuje hlavní část výše uvedené knihy. Řadí v něm mezi představitele lidové ústavnosti i Jeremy Waldrona a jeho knihu *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), srov. s. 993 Kramerova článku. Toto zařazení mi přijde matoucí, protože Waldron se i v Kramerem citované pasáži zabývá obhajobou legitimacy nesouhlasu, což je jedna z Waldronových výchozích pozic pro tvrzení, že parlament za určitých podmínek dokáže chránit práva lépe, než soudy. Takový názor se ovšem spíše blíží obhajobě starosvětského westminsterského modelu, než americkým představám o interakci lidu s Kongresem a soudy.

mu Mark Tushnet. Tushnet se na základě historické analýzy domnívá, že ústavní přezkum tak jako tak v americké historii nehrál rozhodující úlohu a jeho případně změkčení či odstranění by politickému procesu jen prospělo: liberálové by sice museli vyhrát boj o práva LGBT osob v politické aréně a riskovat omezení práva na potrat, konzervativci by se však naproti tomu museli ve stejné sféře vypořádat s koncem restriktí pozitivní diskriminace a pravděpodobným přísnějším omezením výdajů na volební kampaně.⁷⁷ Tushnet je tedy jistě příznivcem ochrany práv ze strany lidu jako takového, vůči soudům je ale extrémně kritický. Jeho pozice je také výrazně normativní, což ho dále výrazně posouvá od spíše empiricky laděných textů, tvořících osu tohoto článku.

Na tomto místě bych se tedy chtěl zabývat článkem Barryho Friedmana, který se poměrně důkladně zabývá otázkou, co způsobuje u konceptu majoritního přezkumu tak silné kontroverze.⁷⁸ Při tomto zkoumání se v první řadě poměrně důkladně zamýšlí nad samotným tvrzením, propagovaným zastánci tradičního protivětšinového pojetí ústavního soudnictví – ať už tito zastánci používají tento charakter jako argument pro nebo proti ústavnímu přezkumu. Podle něj málokdo považuje za klíčový problém neodpovědnost soudců provádějících ústavní přezkum – a tak se ani neobjevují požadavky, aby byli federální soudci voleni stejně, jako je volena většina soudců v jednotlivých státech americké federace.⁷⁹ Friedman pokračuje, že podobně by těžko obstál pouhý poukaz na větší možnost vyvození důsledků vůči veřejným činitelům zastávajícím pozice v exekutivě či legislativě – ne vždy jde o volené orgány a zda lze jejich rozhodnutí demokratickým procesem jednoduše ovlivnit, je empirickou otázkou, která vůbec není prozkoumána.⁸⁰

Podle Friedmana neobstojí ani jednoduché tvrzení, že ústavní přezkum je problematický, protože ruší zákony vydané volenými zástupci, tedy konstatování protivětšinovosti s opačným znaménkem, které známe už od Bickela – ale vydané zákony prostě často nejsou zrovna populární, a je pak těžké spatřit, v čem vidí kritici problém.⁸¹ Barry Friedman tak dospívá k závěru, že základní formulací problému musí být situace, kdy soudy ruší populární zákony – jenže to se prostě příliš často neděje.⁸² U veřejnosti navíc může být populární přezkum, který vede k občasnému rušení populárního zákona, byť taková činnost soudu by těžko mohla tvořit většinu jeho agendy, pokud by chtěl před veřejností obstát.⁸³

⁷⁷ TUSHNET, Mark, op. cit., s 154.

⁷⁸ FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, 2002–2003, roč. 101, s. 2596–2636.

⁷⁹ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2603–2604.

⁸⁰ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2604.

⁸¹ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2604–2605.

⁸² FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2605.

⁸³ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2605–2606.

Určitým řešením takových rozporů je rozdělit vnímání podpory soudu na dvě skupiny. Jednak lze hovořit o obecné podpoře soudu bez ohledu na jednotlivé konkrétní případy („difúzní podpora“, anglicky „diffuse support“), a proti tomu postavit podporu jednotlivým soudním rozhodnutím („specifická podpora“, anglicky „specific support“). Za pomoci tohoto pojmového aparátu je možné provádět statistická šetření, která mají větší vypovídací schopnost, než schématické srovnávání podpory v jednotlivých společenských otázkách.⁸⁴

Podle Barryho Friedmana některé studie naznačují, že difúzní podpora roste s klesající informovaností o tom, co soud vlastně dělá.⁸⁵ Naopak u elit a intelektuálů difúzní a specifická podpora často splývá – jejich názor na soud je často formován (ne)souhlasem s konkrétními rozhodnutími, o kterých mají dobrý přehled, jelikož jsou o činnosti soudu vcelku dobře informováni.⁸⁶ Zajímavá data pak vyplynula z výzkumu, který srovnával vzorek liberálů a konzervativců, kteří se lišili na škále obeznámenosti s činností Nejvyššího soudu – vzorek dat byl z roku 1989, kdy se rozhodovací činnost soudu stávala stále více konzervativní.⁸⁷ Z výzkumu přitom vyplývalo, že neobeznámení liberálové hodnotili soud příznivěji než neobeznámení konzervativci, jak ale informovanost ve vzorku rostla, názory na činnost Nejvyššího soudu se dostávali do většího souladu s tím, kde soud politicky skutečně stál, tedy podpora ze strany liberálů prudce klesala a ze strany konzervativců prudce rostla.⁸⁸

Přesto může mít aplikace rozdělení difúzní a specifické podpory soudům určité nedostatky. Barry Friedmann konkrétně uvádí dva, za prvé výstupy soudů jsou pro veřejnost těžko srozumitelné a naprostá většina veřejnosti je nesleduje a nerozumí jim.⁸⁹ Za druhé je toto rozdělení původně koncipované pro zkoumání demokraticky konstituovaných institucí, žádná z teorií ústavního přezkumu přitom nepracuje s představou, že by lidé měli být schopní se nepopulárních soudců jednoduše zbavit.⁹⁰

Barry Friedmann tak dospívá ke konceptu, který nazývá „zprostředkovaná lidová ústavnost“, jenž umístil do názvu zde rekapitulovaného článku. Vztah mezi lidem a soudy v něm není přímý a soudci jednoduše nesledují lidové názory, aby jim přizpůsobili své

84 Příklad takového výzkumu viz CALDEIRA, Gregory A. a James L. GIBSON. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, 1992, roč. 36, č. 3, s. 635–664.

85 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2617.

86 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2618.

87 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2619; Friedman odkazuje FRANKLIN, Charles H. a Liane C. KOSAKI. Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court. In: EPSTEIN, Lee. (ed.) *Contemplating Courts*. Sage Publishing, 1995.

88 Ibid.

89 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2615.

90 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2616.

rozhodování.⁹¹ Na druhou stranu soudy potřebují podporu ze strany veřejnosti, už jen proto, aby ustály útoky zákonodárné nebo výkonné moci.⁹² Vliv lidu, lidí nebo možná nejpřesněji voličů na soudy je tedy „*zprostředkovaný*“, a to z několika důvodů: (1) federální soudci nejsou voleni, (2) voliči svůj vliv projevují skrz volené zástupce, kteří zpravidla lidové vášně buď usměrňují či rozohňují směrem, který uznají za vhodný, (3) lidové porozumění tomu, co dělají soudy, z velké části záleží na médiích.⁹³

Na závěr svého článku pak Barry Friedman doplňuje připomínku, obsahující konkrétní politické doporučení. Upozorňuje, že přese všechno difúzní podpora soudu existuje, jak poznal F. D. Roosevelt, když chtěl zvýšit počet soudců, aby rychleji překonal odpor vůči New Dealu.⁹⁴ Soudobým liberálním kritikům ústavního přezkumu pak doporučuje, aby se v toto souvislosti poučili od svých konzervativních „*bratřanců*“: „*hodně záleží, jak určitou věc řeknete.*“⁹⁵ Konzervativci byli v tomto ohledu podle Friedmana chytřejší a útočili na jednotlivé liberální soudce, zatímco liberálové někdy útočili na instituci ústavního přezkumu jako celek velmi právně technickou formou, která těžko mohla získat pozornost veřejnosti.⁹⁶ Na tomto místě je na místě výrazné paralela s výše zmíněným Waldronem a Tushentem, kteří právě vůči ústavnímu přezkumu používají velmi komplikované pojmové aparáty: v případě Waldrona jde o právněfilozofické upřednostnění Westminsterského systému, Mark Tushent pak užívá abstraktní aparát levicových kritických právních studií.

Zde bych mohl kapitolu ukončit přehledným apelem, ale tuto výzvu je třeba zasadit do určitého kontextu. Larry Kramer totiž případně upozorňuje, že nedůvěra liberálů vůči soudní moci byla do jisté míry přirozená, koneckonců zakladatel demokratické strany Andrew Jackson vyhrál prezidentské volby v roce 1832 mj. příslibem oslabení soudcovského aktivismu.⁹⁷ Warrenův soud 50. a 60. let byl prvním případem v americké historii, kdy se soud shodoval s liberálními aktivisty.⁹⁸ Pro americké konzervativce naopak nepředstavovala problém samotná pravomoc Nejvyššího soudu, ale prostě jen jednotlivá rozhodnutí Warrenova soudu, se kterými nesouhlasili.⁹⁹ Nesnažili se tak odbourat ústavní přezkum, ale jen nominovat soudce, kteří by byli více konzervativní a např. zpomalili boj s rasovou segregací – a to se jim poměrně rychle podařilo. Friedmanova rada kopírovat konzervativní kritiku tedy může snadno narážet na hlubší problémy v demokratickém

91 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2599.

92 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2610.

93 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2613.

94 FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2635.

95 Ibid.

96 Ibid.

97 KRAMER, Larry, op. cit., Popular Constitutionalism, circa 2004..., s. 962–963.

98 Ibid, s. 964.

99 Ibid.

táboře a je otázkou, zda se spíše jednoduše nevrátit k moderní době Jacksonovského populismu. Určitým náznakem v tomto směru mohla být prezidentská kampaň Bernie Sanderse. Její dopady je v současnosti ovšem obtížné vyhodnotit. Na druhou stranu lze jistě argumentovat některými vítězstvími liberálů u Nejvyššího soudu v rámci „kulturních válek“¹⁰⁰, v první řadě pak rozsudkem ve věci Obergefell, umožňujícím celostátně stejnopohlavní manželství. Demokraté tak jistě mohou za určitých podmínek u Nejvyššího soudu uspět.

Závěr

Na klasickém článku Roberta Dahla se jistě podepsal zub času. Na první pohledu může člověk jednoduše odmítnout úvahy o rychlých obměnách Nejvyššího soudu jako zastaralé, vždyť prezident Trump právě jmenoval soudcem Neila Gorsuche, kterému je 49 let a není nereálné, že bude členem soudu přes 30 let. Společenské realie v tak vzdálené budoucnosti si přitom ani neumíme představit. Před tímto způsobem kritiky je ovšem třeba si uvědomit, že ve Spojených státech právě probíhá rozpad a vznik nové, Dahlovými slovy, „*koalice menšin*“. Koalice New Dealu koneckonců odešla ze světa definitivně teprve v roce 1994, kdy republikáni získali po desetiletích většinu ve Sněmovně reprezentantů. Čas ukáže, zda se nakonec prosadí republikány budovaná koalice (konzervativní Jižané, konzervativní bílá pracující třída a majetní lidé) nebo ta „*Obamova*“, skládající se z menšin, lidí z nižší střední třídy s vysokoškolským vzděláním a obyvatel obou pobřeží. Osobně si myslím, že demografický a ekonomický vývoj pracuje spíše pro Obamovu koalici, přesto i formace republikánské „*koalice menšin*“ by klasický Dahlov model samozřejmě podpořila. Není ovšem vyloučeno, že Spojené státy vstupují do nové éry dějin, která přinese spíše evropské poměry, pokud jde o rigiditu homogenizovaných politických stran a ostré politické štěpení na jejich úrovni, jež by nahradilo tradiční americké pragmatické kompromisy. Rekapitulované studie však důkazy pro tuto hypotézu neposkytly, byť by samozřejmě takový posun mohl způsobit značné problémy, protože americké instituce a zejména jejich praxe nejsou na takové poměry připraveny.

Pokud jde o samotný majoritní ústavní přezkum, na amerických studiích považují za přesvědčivě prokázané, že soud dlouhodobě nemůže působit proti ustálené politické koalici v otázkách, která tato koalice považuje za politicky důležité. Některé závěry však mohou podle mého soudu dojít příliš daleko. Za možná příliš explicitní bych považoval závěr, že „*veřejné mínění [je] determinantem ústavních soudů*“ v určitých otázkách, a že může být „*dokázáno*“, že s ním soudci „*implicitně či explicitně*“ operují, jak dovozuje Jan Wintř s Janem Kozubíkem na příkladu několika zemí, ve kterých rozhodování soudů ve věcech

¹⁰⁰ Tento termín je v Americe skutečně používán jako expresivní popis týkající se sporů o kulturní hodnoty mezi liberály a konzervativci – např. pokud jde o práva LGBT osob.

týkajících se gayů a leseb odpovídá převažujícímu názoru veřejnosti.¹⁰¹ Podle mého názoru je v podobných výzkumech vhodné zohlednit, jakým způsobem je názor veřejnosti moderován vůči soudu, jinými slovy, jakou roli hraje v první řadě stranický systém – vzpomeňme, jak Dahlovu analýzu posunula práce s faktem, že v americkém stranickém systému rozhoduje „*koalice menšin*.“ Vedle toho je významným faktorem moderace způsob, jakým pracují se soudními rozhodnutími média v předmětné zemi – jak jsme mohli zaznamenat v Barry Friedmanem citovaném průzkumu, podle kterého většina vzorku přikládala Nejvyššímu soudu zcela jiné pozice, než zastával ve skutečnosti, protože o detailech jednotlivých rozhodnutí respondenti prostě nevěděli.

¹⁰¹ WINTR, KOZUBÍK, op. cit., s. 47.