

ČLÁNKY

Kreace ústavních soudů ze srovnávací perspektivy

Jan Kysela, Zdeněk Kühn*

Svět přelomu 20. a 21. století je judicializován; soudci rozhodují i o otázkách dříve jim vzdálených. Hovoří se o globální expanzi soudcovské moci.¹ Evropský soudní dvůr (ESD) v Lucemburku vytvořil Evropská společenství tak jak je známe dnes: považuje se za nesporné, že nebýt expanzivních rozhodnutí tohoto soudu v prvních třech dekadách, EU by dnes vypadala zcela jinak a byla by jen jednou z mnoha organizací tohoto typu.² Domácí ústavní (popř. nejvyšší) soudy hrají v Německu, USA, Španělsku, Itálii, ve střední Evropě a v řadě dalších zemí světa zásadní roli a jejich rozhodnutí se nevyhnutelně promítají také v politice. Soudcovská moc tedy bezesporu hraje v celosvětovém srovnání roli, která nemá historicky obdoby.

Citlivost judicializace veřejného života posuzovaná prismatickým ústavních soudů tkví ve zvláštnosti jejich rozhodování, na rozdíl od převážné většiny vrcholných institucí obecných soudních soustav. Specifikum rozhodování ústavních soudů spočívá již v právu, jež je jejich úkolem aplikovat. Ústavní právo je totiž právem poněkud se vymykajícím z typických rysů ostatních odvětví práva. Je to dáno nejen jeho těsným poměrem k politice (ústavní právo jako právní odvětví)³, nýbrž také přímo jeho povahou.

První aspekt spočívá především v předmětu regulace ústavního práva, jímž jsou politický řád společnosti, resp. rámec vlády či „metapravidla“ vládnutí, a základní lidská práva. Platí-li vůbec kde výrok *Kalla-*

bau, že „právo a politika mají stejný předmět a metodu myšlení“, resp. že obojí je logickým soudem o cizí vůli, ovšem s rozdílem mezi autoritativní a svrchovanou formou vůle právní a pouhou aspirací na svrchovanost vůle politické⁴, je to zde. Ústavní právo zakotvuje limity politiky, jednak jako prostoru svébytné kreativní činnosti související s autoritativním, tj. mocí podložným rozhodováním o alokaci hodnot a veřejných statků, jednak jako této činnosti samotné.⁵ Je to právě ústavní právo, jež určuje formy přeměny politické vůle ve vůli právní, tj. formy imanentního působení politiky na právní řád.⁶ Z citlivosti předmětu normativní regulace nicméně vyplývá rovněž působení politických ideologií na ni a eminentní a intenzivní zájem politiků o formulaci, interpretaci a aplikaci pravidel ústavního práva, jež jsou vzhledem k tomu začasť chráněna před příliš četnými atakami kvalifikovanou procedurou změn (rigiditou) a působením svébytných orgánů ochrany ústavnosti.

Dnes již nikdo nemůže vážně tvrdit, že interpretace práva spočívá jen v nějaké mechanické činnosti na základě objektivních a nezpochybnitelných právních dogmat. Nikde jinde to však není natolik markantní jako v právu ústavním. To vyjadřuje příhodně např. *B. Baza*: „*Chtíti určitou instituci právní (státní) posuzovati jen z hlediska jejího významu právního bez náležitého zřetele na její význam politický, znamenalo by nejen posuzovati ji jednostranně, nýbrž i ztratiti*

* JUDr. Jan Kysela, Ph.D., katedra teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK a Kancelář Senátu

JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LL.M., katedra teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK, t.č. student doktorského programu University of Michigan, Ann Arbor, USA.

¹ TATE, C. N., VALLINDER, T. /eds./: *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York University Press 1995.

² Jako jeden z prvních to zaznamenal americký internacionalista českého původu *Eric Stein*, který na počátku 60. let pobýval v Lucemburku a Bruselu a byl očitým svědkem diskusí nad prvními dvěma přelomovými rozhodnutími ESD: *Van Gend en Loos* a *Costa v ENEL* (srov. jeho slavný článek *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, sv. 75, 1981, str. 1 násl., přetištěno také v *STEIN, E.: Thoughts From a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, Ann Arbor 2000, a v italštině *STEIN, E.: Un nuovo diritto per l'Europa: uno sguardo d'oltre oceano*, Milano 1991). Srov. dále např. *GREEN, A. W.: Political Integration by Jurisprudence*, Leyden 1969, *BURTLEY, A.-M., MATTLI, W.: Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, sv. 47, 1993, str. 1 násl. a nespočetná další literatura.

³ PAVLIČEK, V. a kol.: *Ústavní právo a státopěva I. díl Obecná státopěva*, Praha 1998, str. 15.

⁴ KNAPP, V.: *Problém nacistické právní filosofie*, Praha 2002, reprint vydání z roku 1947, str. 20–21.

⁵ Právě kreativní charakter podle některých autorů odlišuje politiku od „pouhého administrování“ podle předem daných pravidel. V tomto smyslu mohou být „politickými“ ty aspekty činnosti orgánů aplikace práva, které přesahují striktní naplňování litery právního předpisu směrem k dotváření práva.

⁶ Dílo cit. v pozn. č. 4, str. 21 násl.

*z očí právě onen (dynamický) moment vývoje, který z mnohé instituce juristicky veledůležité činí instituci politicky bezvýznamnou neb dokonce i přežitou.*⁷

Druhým aspektem specifického charakteru ústavního práva je povaha normativního textu ústav, v němž jsou klasické kondicionální normy v menšině a naopak převažují principy, programové věty, ustanovení o cílech atd. Na rozdíl od subsumpce skutkového dění v hypotéze právní normy, jež je typická v aplikaci jednoduchého práva, zde vystupuje do popředí rekonstrukce účelů jednotlivých ústavních institutů a ustanovení, poměřování principů apod.⁸ To jsou ovšem činnosti tvůrčí a ve shora zmíněném smyslu vlastně politické. Nedaří-li se je opřít o přesvědčivé odůvodnění, založené v textu či zásadách ústav, mohou přispívat ke sporu politické reprezentace a ústavních soudů, které jsou osočovány z provozování politiky, avšak bez mandátu voličů. Reakcí na tyto tenze jsou doktríny soudcovského sebeomezení, jmenovitě pro projednávání ryze politických otázek.⁹ Sebeomezení soudců však rozhodně nemůže být rezignací na intervence do všech sfér, které z povahy věci expanzivní politika prohlásí za své hájemství. Tím by v podstatě byla vyloučena abstraktní kontrola ústavnosti norem, jež je nejvládnějším posláním ústavních soudů jako orgánů oddělujících svými verdikty sféru metapolitiky a politiky „všedního dne“, přičemž jen ta druhá je vyhrazena působení vlády a prostě většiny ji podporující parlamentní komory.

Účelem tohoto článku nicméně není přemítat nad ústavním soudnictvím jako institucí vyjadřující snad nejvýstižněji styčné plochy práva a politiky¹⁰, resp. nad tím, zda jsou judicializační trendy pozitivní či ne-

gativní (jde přece také o jejich míru). Pro tento článek tyto skutečnosti prostě bereme v úvahu jako faktor, který ukazuje na zásadní právní, ale ve specifickém slova smyslu i politickou roli ústavního soudu. Náš zájem je mnohem pragmatičtější.

V průběhu tohoto a na počátku příštího roku totiž vyprší většině českých ústavních soudců jejich deseti-leté funkční období. Nový prezident republiky a Senát budou z tohoto důvodu participovat na výběru nových ústavních soudců. Bereme jako nesporné tvrzení, že odpovídající způsob výběru ústavních soudců je základním předpokladem dobrého fungování ústavních soudů.¹¹ S pohledem na některé právní úpravy ve světě a na zkušenosti s nimi bychom chtěli ukázat možné způsoby, kterými jsou soudci jmenováni na ústavní (či obdobné soudy) a vyvodit z toho odpovídající doporučení pro model český. Naše pozornost bude, po úvodu přehledu možných řešení¹² a zařazení české úpravy do této množiny, zaměřena na následující konkrétní problémy. Za prvé, jakou roli hraje ve jmenovacím procesu prezident a zákonodárny sbor v zemi, která je inspirací a vzorem české úpravy, tedy v USA, a jaká je situace v zemi, která je nám kulturně bližší, tedy v Německu. Za druhé, jaké požadavky se v komparativním pohledu kladou na nové ústavní soudce. Dále, jaké jsou zkušenosti s možností opakované instalace soudců, kterým vypršelo příslušné funkční období. Konečně, zvážíme, jakým způsobem lze zajistit kontinuitu rozhodování Ústavního soudu, která je ohrožena tím, že Ústava ČR nepamatovala na problém postupné obměny Ústavního soudu, který byl ustaven téměř kompletně v jednu dobu, tj. v červenci 1993.

⁷ BAXA, B.: Právní povaha řádů parlamentních (výňatek z větší práce), Praha 1917, str. 12.

⁸ K tomu viz např. HOLLÄNDER, P.: Interpretace ústavního práva: metodologický hlavolam?, in: Novotný, O. (uspř.): Pocta Vladimíru Mikulě k 65. narozeninám, Praha 2002, a též: Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu, in: Kysela, J. (uspř.): Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy, Praha 2003, t.č. v tisku.

⁹ Např. NOVÁK, M.: Ústavní soud mezi právem a politikou, Právník, sv. 140, 2001, str. 421 násl.

¹⁰ V. ŠÍMÍČEK v této souvislosti píše o vztahu Ústavního soudu k politice vyjádřenému několika komponenty: je součástí politického systému; působí v oblasti ústavního práva, jež je právem politickým; rozhoduje otázky s politickými konsekvencemi a zčásti i příčinami; z povahy věci do politického dění zasahuje a zasahovat musí jako strážce ústavních principů a hodnot – viz ŠÍMÍČEK, V.: Ústavní soud a politika, Proglas č. 7/2001, str. 19 násl.

¹¹ WAGNEROVÁ, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha 1996, str. 33.

¹² K tomuto tématu existuje velmi početná literatura. Kromě dále citovaných pramenů vycházíme zejména ze studie Rady Evropy v rámci edice Science and technique of democracy, No. 20, European Commission for Democracy through Law: *The composition of constitutional courts*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997 (vyšlo současně též ve francouzské edici jako *La composition des cours constitutionnelles*). Pokud odkazujeme na internetové stránky ústavních soudů, jsou jimi v případě ČR <http://www.concourt.cz>, SR <http://www.concourt.sk>, Maďarska <http://www.mkab.hu>, Polska <http://www.trybunal.gov.pl>, Slovinska <http://www.us-rs.si>, a SRN <http://www.bverf.de>. Všechny navštíveny 21. 1. 2003. V české literatuře viz např.: WAGNEROVÁ, E.: Ústavní soudnictví, Linde, Praha 1996, SUCHÁNEK, R.: Ústavní soudnictví ve státech střední a východní Evropy, in: Pavlíček, V. /ed./: Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy I. část, Univerzita Karlova, Praha 1999, ŠÍMÍČEK, V. /ed./: Ústavní soudnictví ve vybraných postkomunistických zemích, MPÚ MU, Brno 1999, BLAHOŽ, J.: Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled, CODEX, Praha 2001.

I. ZÁKLADNÍ MODELY USTAVOVÁNÍ ÚSTAVNÍCH SOUDCŮ¹³

I.1 JEDNODUCHÁ JMENOVACÍ PROCEDURA

S ohledem na význam ústavního soudu je tento model spíše výjimečný. Nalezneme jej např. ve Skandinávii, kde ovšem neexistuje zvláštní ústavní soudnictví a tamní nejvyšší soudy provádějí kontrolu ústavnosti jen zcela výjimečně, což je dáno i tím, že mohou zrušit zákon jen tehdy, pokud rozpor mezi zákonem a ústavou je *zřejmý*.¹⁴ Soudci skandinávských nejvyšších soudů jsou zpravidla jmenováni hlavou státu na základě doporučení ministra spravedlnosti, z čehož plyne, že se tento proces zásadně neliší od jmenování dalších soudců.

I.2 FRANCIE: PRAVOMOC JMENOVÁNÍ ROZDĚLENA MEZI TŘI POLITICKÉ ORGÁNY

Ve Francii je model jmenování modifikován tím, že jmenování devíti členů Ústavní rady (ústavní soud svého druhu) je rozděleno mezi prezidenta republiky a předsedy obou komor francouzského parlamentu (jde o personální pravomoc předsedy příslušné parlamentní komory, nikoliv o kompetenci komory jako celku). Systém je nastaven tak, že každé tři roky jmenují všichni tři činitelé po jednom novém ústavním soudci, přičemž celkové funkční období soudce trvá devět let. Diskrece při jmenování není nijak omezena, soudci toliko nemohou být jmenováni opětovně. Systém chrání různorodost soudců rozdělením pravomoci jmenovat soudce mezi tři politické funkce, problémem však může být situace, kdy dva nebo dokonce tři posty jsou reprezentovány zástupci téže politické formace. I v takovémto případě je totiž diskrece zcela neomezená.¹⁵

Nutno ovšem podotknout, že Ústavní rada má jen právo předstízně kontroly ústavnosti a v tomto smyslu je ve srovnání se středoevropskými ústavními soudy poněkud jiným, koncepčně političtější orgánem. Limitem její nadměrné politizace nadto je, vedle normou politické kultury, právě postupné obměňování: uvážíme-li např. tříleté funkční období předsedy Senátu a nově pětileté volební období prezidenta republiky,

je možné, že každý z nich bude vybírat členy Ústavní rady jen jednou. Politická „jednobarevnost“ tří zmíněných vrcholných činitelů by tak musela trvat alespoň šest let, aby ovlivnila dvě třetiny Ústavní rady.¹⁶ A to jen za předpokladu, že by k jejím devíti členům nebyli připočítáni bývalí prezident republiky, kteří jsou virilisty, pokud se svého členství nevzdají (jako *V. Giscard d'Estaing*).

I.3 VOLBA SOUDCŮ

V tomto modelu jsou soudci voleni jednokomorovým parlamentem (Ázerbajdžán, nově Chorvatsko, Maďarsko, Lotyšsko, Litva, Portugalsko), první komorou zákonodárného sboru (Chorvatsko do roku 2001, Polsko, Slovinsko), samostatně oběma komorami (Německo¹⁷) nebo společnou schůzí obou komor (soudci švýcarského federálního Nejvyššího soudu). V řadě států se předepisuje k volbě kvalifikovaná většina hlasů (např. Německo, Maďarsko, Chorvatsko, Portugalsko).

Požadovaného rozptýlení subjektů participujících na ustavení soudců je dosaženo právem navrhnout kandidáty svěřeným orgánům odlišnému od volitelů. Chorvatské první komoře navrhovala kandidáty do svého zrušení v roce 2001 druhá komora parlamentu, v Litvě navrhuje parlamentu kandidáty prezident republiky a předsedové parlamentu a nejvyššího soudu, ve Slovinsku navrhuje kandidáty první komoře parlamentu (Státní shromáždění) prezident republiky (jak ukážeme níže, tento systém se prakticky příliš neliší od našeho).

Problematická je podle nás situace, když jsou kandidáti navrhováni členy téhož orgánu, který soudce volí. Příkladem je Polsko (srov. čl. 5 zákona o Ústavním soudu), kde navrhuje kandidáty skupina alespoň 50 poslanců Sejmu (první komory) nebo prezidium Sejmu, přičemž ke zvolení postačí nadpoloviční většina hlasů z alespoň poloviny přítomných poslanců. Po ústavní reformě je to nově i případ Chorvatska (limitem je pouze výběr soudců z řad renomovaných právníků), což ilustruje jednak vedlejší důsledky zrušení druhé komory, jednak celkové posílení jednokomorového parlamentu v chorvatském ústavním systému.

V Portugalsku volí parlament deset ústavních

¹³ V některých zemích neexistuje zvláštní ústavní soud, nicméně v nich existuje přezkum ústavnosti difúzního charakteru (přezkum ústavnosti vykonává jakýkoliv soudce). V takovýchto zemích hraje klíčovou roli nejvyšší soud, který je tím soudem, který s konečnou platností vysloví (proti)ústavnost zákona. Příkladem jsou USA, Kanada, skandinávské země, v poněkud zvláštním smyslu Estonsko (zde je to funkce specializovaného senátu Nejvyššího soudu). Pokud tedy hovoříme o ústavních soudech, rozumíme tím nejen ústavní soudy v technickém slova smyslu, ale též soudy nejvyšší v systému difúzní kontroly ústavnosti.

¹⁴ K problému tohoto modelu v češtině KÜHN, Z.: *Aktivismus ústavních soudů ve střední a východní Evropě*, in: Pavlíček, V. /ed./: *Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy II. část*, Univerzita Karlova, Praha 2000.

¹⁵ European Commission for Democracy through Law: *The composition of constitutional courts*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1997.

¹⁶ V zájmu objektivitě je však třeba podotknout, že dlouholeté setrvávání politiků ve funkcích je ve Francii spíše tradicí.

¹⁷ Stranou ponecháváme v jiném kontextu jistě relevantní spor o povahu Spolkové rady jako specifické instituce, jež plní funkce druhé komory, aniž by však byla volena.

soudců dvoutřetinovou většinou hlasů. Tito soudci samostatně koptují zbývající tři soudce do celkového počtu třinácti soudců ústavního soudu. Podmínkou je, že šest ústavních soudců musí mít za sebou předchozí soudcovskou praxi v obecném soudnictví.

Možné problémy tohoto typu ustavení soudců lze ukázat na maďarském příkladu. Tam jsou soudci voleni dvoutřetinovou většinou poslanců, kandidáty navrhuje zvláštní k tomu určená komise parlamentu, kde má každá politická strana jednoho člena. Kvalifikovaná většina, jejímž cílem bylo zamezit jmenování soudců prostou většinou hlasů vládnoucí koalice, vytvořila v průběhu 90. let situaci, kdy se nedařilo obsadit všechna místa v rámci soudu. Přestože byl počet soudců snižen v důsledku politického kompromisu na jedenáct, po rezignaci jednoho soudce dokonce jen devítičlenný soud získal všechny své členy teprve na sklonku 90. let.¹⁸

II. SMÍŠENÉ MODELY

II.1 VOLBA A JMENOVÁNÍ SOUČASNĚ

Ve smíšených modelech lze v zájmu různorodosti soudců kombinovat volbu parlamentem se jmenováním hlavou státu (Arménie, Rakousko, Bulharsko, Rumunsko) či jiným orgánem.

Vhodným příkladem je Rakousko, kde tamní prezident jmenuje šest soudců a tři náhradníky na základě výběru spolkové vlády, tři soudce a dva náhradníky na základě volby první komorou (Národní rada) a tři soudce a jednoho náhradníka na základě volby druhou komorou (Spolková rada) rakouského parlamentu. Ve Španělsku je z dvanácti ústavních soudců čtveřice zvolena kvalifikovanou třipětinovou většinou hlasů poslanců, další čtveřice kvalifikovanou třipětinovou většinou senátorů, dva jsou jmenováni vládou a dva voleni španělskou Nejvyšší soudcovskou radou (formálně jsou všichni jmenováni králem). V Bulharsku je třetina z 12 soudců volena parlamentem, třetina jmenována prezidentem republiky a třetina volena na společné schůzi soudců Nejvyššího a Nejvyššího správního soudu. V Rumunsku je třetina z devíti soudců volena Poslaneckou sněmovnou, druhá třetina Senátem, zbývající tři soudci jsou jmenováni prezidentem republiky. V Arménii jmenuje prezident čtyři soudce a dalších pět soudců je voleno parlamentem. V Gruzii je třetina

z devítičlenného ústavního soudu volena parlamentem, třetina jmenována prezidentským dekretem a třetina zvolena soudci Nejvyššího soudu.

Mimořádně složité je ustavení soudců ústavního soudu v Itálii. Z patnácti členů soudu volí pět společná schůze obou komor parlamentu, dalších pět jmenuje prezident republiky a posledních pět volí ze svého středu tři nejvyšší soudní orgány (tři soudce kasační soud, po jednom soudci státní rada a účetní dvůr). Ke zvolení soudce společnou schůzí parlamentu se vyžaduje dvoutřetinová většina hlasů; pokud není dosažena ani po dvou neúspěšných pokusech, postačí většina třipětinová. Jmenovací akt prezidenta republiky je podroben kontrasignaci ministerským předsedou, ovšem vláda zde nemá právo podávat prezidentovi závazné návrhy. Účelem kvalifikované parlamentní většiny je zamezit, aby se soudcem stal příliš zpolitizovaný kandidát. V praxi ostatně někdy dochází k tomu, že některá strana na protest proti příliš politicky zabarvenému kandidátovi obstruuje volbu a zamezí jeho zvolení. Naopak prezidentská nominace má vhodně doplňovat ty právní a společenské směry, které parlament opomenul.¹⁹

II.2 KOOPERACE PREZIDENTA A PARLAMENTU

Variantou na kombinaci volby a jmenování je úprava podle české Ústavy, kde prezidentem republiky navržené soudce potvrzuje ve funkci Senát. Tento model má svůj vzor ve jmenování soudců Nejvyššího soudu USA a v současné době existuje např. v řadě latinskoamerických států. Podobně v Rusku prezident navrhuje kandidáty druhé komoře parlamentu, Radě federace, která formálně vzato kandidáty „jmenuje“.²⁰

Od tohoto modelu se prakticky jen nepatrně liší systém, kdy hlava státu nejmenuje soudce, ale nominuje své kandidáty komoře parlamentu, která kandidáty *de iure* neschvaluje, ale volí, jak je tomu ve Slovinsku. Slovinský prezident sice formálně nominuje kandidáty k volbě první komoře parlamentu, ale zákon mu nebrání, aby navrhl stejný počet kandidátů, jaký má být poslanci zvolen.²¹ Pokud není poslanci z navržených kandidátů nikdo zvolen, popř. není ani v opakované volbě zvolen kompletní počet soudců, musí prezident republiky nominovat nové kandidáty.²²

Společným znakem obou těchto formálně odlišných variant je samozřejmě to, že schvalovací či „volební“ akt komory parlamentu je nezbytnou podmínkou pro

¹⁸ Maďarský Ústavní soud je produktem rozhovorů u kulatého stolu mezi opozicí a socialisty v roce 1989. Pět soudců bylo zvoleno na konci roku 1989 ještě parlamentem, v němž dominovali socialisté, dalších pět soudců parlamentem vzešlým ze svobodných voleb na jaře 1990. Posledních pět soudců mělo být jmenováno po druhých svobodných volbách, ale ještě předtím byl počet soudců omezen na 11. K prvému období maďarského Ústavního soudu srov. HALMAI, G.: *The Constitutional Court*, in: Király, B., Bozóki, A. /eds./: *Lawful Revolution in Hungary, 1989–1994*, New York 1995, str. 243 násl.

¹⁹ K tomu práce cit. v pozn. č. 15, str. 51.

²⁰ Srov. čl. 9 federálního ústavního zákona o Ústavním soudě Ruské federace z 21. 7. 1994, který hovoří o jmenování („naznačeníje“).

²¹ Čl. 13 odst. 2 zákona o ústavním soudu (Uradní list Republiky Slovinsko č. 15/1994). Taková je i slovinská praxe, jak nám sdělil M. Novak, poradce tamního soudu.

²² Čl. 14 odst. 2 a 3 v předchozí poznámce cit. zákona.

ustavení kandidáta ústavním soudcem.²³ Ruský ústavní zákon však zavazuje horní komoru k tomu, aby učinila své rozhodnutí ve velmi krátké době – pouhých 14 dní od doručení žádosti (!), což samozřejmě vylučuje jakoukoliv obsáhlejší diskusi o kandidátech. Naopak ve Slovinsku nominuje prezident kandidáty Státnímu shromáždění nejméně čtyři měsíce před vypršením mandátu odcházejících soudců.²⁴

Zajímavou obrácenou variantu na tento model představuje Slovensko, kde tamní Národní rada nominuje dvojnásobný počet soudců než je počet, který má být ustaven, prezidentovi republiky, který z tohoto seznamu jmenuje soudce podle vlastního uvážení.

Úprava zemí této skupiny je jasnou ukázkou principu vyvažování mezi mocí výkonnou (prezident) a zákonodárnou. Ingerence přímo voleného zákonodárského sboru dodává ústavním soudcům potřebnou legitimitu; nesmíme zapomínat, že působí v oblastech tvorby politické vůle a tvorby práva, kde by rozhodování zbavené opory v obecné akceptaci bylo snadno zpochybnitelné. Prvky této akceptace nejsou jen racionalita a právní přesvědčivost, nýbrž také legitimita soudců.

III. JMENOVÁNÍ (VOLBY) ÚSTAVNÍHO SOUDCE V NĚMECKU, USA A ČESKÉ REPUBLICE: POLITIZACE A MEDIALIZACE PROCESU

S ohledem na politickou povahu činnosti ústavního soudu je proces výběru ústavního soudce nikoliv jen otázkou výběru vhodných a profesně zdatných kandidátů, ale též otázkou politickou. Vzhledem k situaci v České republice si srovnání zaslouží především německý a americký systém výběru soudců.

III.1 NĚMECKO: MEZI STRANICKÝM POJETÍM A ZÁJMEM NA PROFESIONALITĚ KANDIDÁTA

Polovinu šestnáctičlenného Spolkového ústavního soudu volí Spolkový sněm (*Bundestag*), ovšem nikoliv přímo, ale speciální komisí, do níž poměrně jmenují

svých 12 zástupců (právní experty) politické strany v první komoře parlamentu zastoupené. Druhá komora (Spolková rada, *Bundesrat*) volí druhou polovinu soudců přímo. Konsensuální charakter tohoto procesu je dán tím, že ke zvolení soudce je třeba kvalifikované většiny (osm hlasů pro z dvanácti členů speciální komise *Bundestagu* a dvě třetiny hlasů v *Bundesratu*).²⁵

Německý systém volby soudců oběma komorami parlamentu je systémem, který *a priori* vyzývá spíše k vnitrostranickým dohodám a vedl fakticky k rozdělení postů soudců mezi politické strany. Medializace tohoto procesu, který je do značné míry neveřejný a veřejnosti nepřístupný, je obtížnější, ačkoliv německá veřejnost si v posledních desetiletích svých soudců všímá více, jistě i proto, že soudcové rozhodují nejen věci, které běžného občana vůbec nezajímají, ale i veřejností sledované kauzy jako ústavnost interrupcí nebo třeba to, zda je nošení nápisu „*Vojáci jsou vrazi*“ trestným činem či nikoliv.²⁶ Německý Spolkový ústavní soud se ostatně nerozpakoval přezkoumat ústavnost samotného německého členství v Evropské unii.²⁷

Přesto volba nových ústavních soudců rozhodně není ani na začátku 21. století tématem pro titulní stranu denního tisku ani pro širokou veřejnou diskusi, stejně jako nezahajuje hlavní večerní zprávy. Ačkoliv běžný německý právník volbu nových ústavních soudců zaznamená, jistě ani on²⁸ není s to vyjmenovat více než polovinu členů tohoto soudu.²⁹ Je to jistě dáno i tím, že rozhodování kontinentální ústavní justice je mnohem méně personální než je tomu v americkém případě, když v Německu – podobně jako u nás – rozhoduje soud, jehož argumentace je více profesorská, pro širší veřejnost (zahrnujíc v to i právníky nespecializující se na ústavní právo) méně pochopitelná. Navíc v Německu, a vlastně kdekoli na kontinentě, je separátní vótum, hlavní možnost, kterou se může jednotlivý soudce v rámci soudu „zviditelnit“, podstatně méně častá než v USA. Naopak v USA se obvykle zvýrazňuje i u většinového (nebo i jednomyslného) rozhodnutí Nejvyššího soudu, který soudce stanovisko sepsal.

Počínaje rokem 1951 a vytvořením Spolkového ústavního soudu byli soudci rovnoměrně vybíráni pod

²³ Srov. však protiústavní ustanovení českého zákona o Ústavním soudu (§ 6 odst. 2), které proměňuje tuto koncepci jen v jakési senátní právo veta. K tomu viz níže III.3.

²⁴ To vyplývá z článků 11 až 13 cit. slovinského zákona.

²⁵ Srov. k tomu § 6 a 7 zákona o Spolkovém ústavním soudu.

²⁶ Srov. kauzu *Tucholsky*, BVerfGE 93, 266 (1995), jeden z nejkontroverznějších případů posledního desetiletí.

²⁷ V češtině informativně *Suchánek, R.*: Nová role Ústavního soudu v procesu evropské integrace, in: Pavlíček, V. /ed./: Suverenita a evropská integrace, VODNÁŘ, Praha 1999, str. 205 násl. Velmi kriticky FROWEN, J. A.: Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, sv. 54, č. 1, str. 1–16, podle něhož tím soud překročil svou kompetenci.

²⁸ Na rozdíl od amerického studenta práv po jednom semestru, který nejen že svých devět nejvyšších soudců zná, ale má mezi nimi své oblíbence stejně jako postavy velmi kritizované. „Jeho“ soudci se objevují ve studentských časopisech, ať již jde o seriózní interview nebo o nevázně míněné karikatury. Na některých televizních stanicích se tyto soudci objevují a seznamují občany s vývojem práva atd.

²⁹ To jsme ověřili nereprezentativním průzkumem mezi německými asistenty na právnických fakultách univerzit v Tübingenu a Svobodné univerzitě v Berlíně. V této souvislosti děkujeme za zprostředkování těchto informací zejména CH. FREUND, t.č. berlínská právní fakulta Svobodné univerzity.

vlivem křesťanských a sociálních demokratů. S růstem významu FDP získala jistý vliv i tato strana (a dnes samozřejmě i koaliční Zelení). Zároveň probíhají komplexní jednání o výběru vhodných kandidátů uvnitř politických stran, takže např. křesťanští demokraté musejí uspokojit též požadavky bavorské CSU, různé platformy uvnitř sociální demokracie uplatňují své vlastní názory atd. Výsledkem tohoto složitého politického vyjednávání je konsensus, který v jistém, nutně omezeném, smyslu odráží aktuální stav a rozvrstvení společnosti a rozdělení rolí mezi obě komory parlamentu dostatečně chrání spolkové země. Kvalifikovaná většina uplatňovaná v obou komorách navíc zamezí volbě nějakých jednoznačně politicky zabarvených osobností. Limitem politického uvážení je požadavek obsazení tří míst v každém z osmičlenných senátů Spolkového ústavního soudu soudci spolkových soudů (pět nejvyšších spolkových soudních dvorů). Nově je do výběru kandidátů zapojen také Spolkový ústavní soud sám, který je oprávněn na každé uprázdněné místo soudce navrhnout tři osoby, je-li míst obsazováno více, pak dvě osoby.³⁰

Nevýhodou tohoto modelu je ovšem jeho neprůhlednost: jednání speciální komise *Bundestagu* pro selekci soudců stejně jako relevantní jednání druhé komory (*Bundesratu*) jsou neveřejná a poznatky získané o jednotlivých kandidátech se nezveřejňují. I z tohoto důvodu je německý model utajené a neprůhledné vnitrostranické volby v posledních desetiletích kritizován.³¹ Jak ovšem ukážeme níže, německý model produkuje na posty soudců většinou uznávané profesory práva a v tomto smyslu jeho výsledky nejsou negativní.

III.2 SPOJENÉ STÁTY AMERICKÉ: MEDIÁLNÍ BITVA A STŘET EXEKUTIVY S LEGISLATIVOU

Americký systém jmenování soudců, který ČR koncepčně převzala, je systémem založeným na vyvažová-

ní dvou mocí (exekutivy a legislativy), přičemž nejlépe působí v situaci, kdy jsou Senát i prezident odlišné politické orientace. To se ovšem po posledních amerických volbách na podzim 2002 změnilo a republikáni v roce 2003 ovládají nejen exekutivu, ale nově též obě komory Kongresu.³²

Nezměněné ustanovení dvousetleté americké ústavy v tomto ohledu prodělalo bohatý život. Ještě na počátku 19. století byla pozice soudce Nejvyššího soudu USA politicky nepříliš zajímavá. *J. Jay*, jeden z „Federalistů“ a Otců – zakladatelů americké ústavnosti, po šesti letech v čele soudu toto „bezvýznamné“ místo opustil a dal přednost diplomacii (dnes téměř nikdo v USA neví, že právě *Jay* byl prvním předsedou Nejvyššího soudu). Teprve čtvrtý předseda Nejvyššího soudu, *J. Marshall*, z moci soudní učinil skutečnou „třetí moc“ ve státě.

Naopak ve druhé polovině 20. století, po zásadních rozhodnutích 50. až 70. let, se pravidelně rozpoutává bouřlivá kampaň o nové soudce. V nechvalně známých prezidentských volbách v roce 2000 se stala otázka, koho prezidentští kandidáti navrhnou na post soudce Nejvyššího soudu v případě svého volebního úspěchu, jedním z klíčových témat voleb. Současný prezident *G. W. Bush ml.* se prezentoval jako odpůrce interrupcí, ochránce rodinných hodnot, zastánce trestu smrti, oponoval vyrovnávací akci ve prospěch černošské a hispánské menšiny, s tím, že tomu v budoucnu přizpůsobí svůj výběr soudců. Naopak *A. Gore* argumentoval svou liberální koncepcí ústavy a její aplikace.

Americký Senát několikrát odmítl potvrdit soudce Nejvyššího soudu nominovaného prezidentem, přičemž nejslavnějším a nejbouřlivějším aktem bylo odmítnutí silně konzervativního profesora práv a soudce federálního odvolacího soudu *R. Borka* na konci 80. let, vybraného *R. Reaganem* (*Bork* byl znám nejen svými stanovisky, které jsme právě vypočítali u současného amerického prezidenta, ale, veden původní intencí ústavodárce sklonku 18. století,³³ zpochybňoval i antisegregační rozhodnutí z 50. let).³⁴ V loňském ro-

³⁰ Součková, J.: Problematika postavení a volby soudců Spolkového ústavního soudu ve Spolkové republice Německo, Časopis pro právní vědu a praxi č. 2/2000, str. 177 násl.

³¹ Srov. obecně GECK, W. K.: Wahl und Amtsrecht des Bundesverfassungsgerichts, Nomos, Baden-Baden 1987.

³² Rozdíl oproti ČR tkví v rozsahu ingerence Senátu. V USA je totiž souhlas Senátu vyžadován ke jmenování všech federálních soudců, zatímco v ČR pouze soudců Ústavního soudu, jmenovaných navíc pouze na dobu 10 let. Jmenování soudců obecných soudů má u nás v rukou výlučně exekutiva (prezident republiky s kontrasiagnací).

³³ Tzv. originalismus, tj. snaha učinit proces ústavní interpretace objektivnějším a vázaným na určité pevné standardy. Těmito pevnými standardy je z pohledu originalistů původní význam ústavy (případně dodatků ústavy), který je nutno hledat v době vytvoření ústavního dokumentu (dodatků ústavy). Nominace takovýchto soudců republikánskými prezidenty se řídí do značné míry populistickým heslem, podle něhož soudci jsou tu od toho, aby hájili ústavu, nikoliv aby nahrazovali ústavu tím, co si oni sami myslí, že ústava je (že jde o heslo bez reálného obsahu, dokazují ostatně i konzervativní soudci sami, když v kauze *Bush v. Gore*, 531 US 98 /2000/, „hájili“ ústavu tak, že v podstatě sami rozhodli, kdo bude příštím prezidentem). Variací na takovéto přístupy je spousta (srov. např. tzv. interpretativismus, textualismus atd.), stejně jako doktrín liberálních, nicméně k jejich bližšímu rozboru tu není místo. Literatury k těmto otázkám je velké množství, pro úvod je možno doporučit ACKERMAN, B.: We the People, Foundations, New Haven 1991; STRAUSS, D. A.: Common Law Constitutional Interpretation, University of Chicago Law Review, sv. 63, str. 877 násl. (1996); ELY, J. H.: Democracy and Distrust, New York 1980. Pro názory liberálního „textualisty“ srov. knihu vycházející hvězdy americké konstitucionalistiky, AMAR, A. R.: The Bill of Rights: Creation and Reconstruction, New Haven 1998. Pokud se čtenář nedá zmást určitou odlišnou rétorikou, zjistí, že *Amar* se pokouší justifikovat soudcovskou ideologii aplikace práva, která je dosti obdobná ideologii aplikace práva kontinentálních ústavních soudů.

³⁴ R. BORK neuspěl, přestože se Senát opakovaně pokoušel přesvědčit o tom, že se stal mužem umírněným a uvážlivým. Po svém

ce, tj. v době, kdy ještě demokraté disponovali těsnou senátní většinou, odmítl Senát prezidentské jmenování konzervativního soudce odvolacího federálního soudu. Americký Senát přihlíží též k morálnímu standardu kandidátů. Mediálně vděčnou se stala na počátku 90. let kauza soudce *C. Thomase*, který byl během slyšení před Senátem obviněn svou bývalou sekretářkou ze sexuálního obtěžování, obvinění se však neprokázalo a *Thomas* byl jako soudce potvrzen.

Jako zajímavost možno podotknout, že rovněž v Rusku za krátkou dobu trvání tamního Ústavního soudu Rada federace (druhá komora ruského parlamentu) neschválila několik kandidátů prezidenta *B. Jelcina* pro jejich příliš politický charakter.

Obecně lze americkou praxi hodnotit tak, že jmenovací procedura soudce Nejvyššího soudu je událostí prvního řádu, mediálně ostře sledovaná, plně první stránky tiskovin jako *New York Times*, *Washington Post* nebo *Los Angeles Times*. Senátu denně přicházejí petice zpochybňující (či podporující) kandidáty, na něž mj. vypracovává posudky i americká obdoba naší advokátní komory. Američtí občané znají své soudce pravděpodobně jako málokdo na světě; i když znalost soudců nepřesahuje deset procent obyvatel, bude pravděpodobně podstatně větší než např. znalost soudců našeho Ústavního soudu mezi širokou veřejností. O životě soudců vychází ještě za jejich života obsáhlé biografie (asi každý soudce 20. století se dočká přinejmenším jednoho takového životopisu³⁵).³⁶ Na druhou stranu lze jistě argumentovat, že americký způsob jmenování soudce je příliš dryáčnický a nadměrně celou proceduru politizuje, avšak v poněkud jiném smyslu než v Německu, kde je volba politizována rovněž – totiž ve smyslu méně stranickopolitickém.

Obecně se zdá, že v americkém systému hraje poli-

tická orientace soudce pro následné rozhodování podstatně větší roli než v Německu.³⁷ Je-li dnes určitý soudce kandidátem republikánského (příp. demokratického) prezidenta, lze do značné míry předpovědět jeho budoucí hlasování nejen ve věcech výše naznačovaných, ale též v řadě dalších (vztahy mezi státy americké federace a federací, přístup k sociálním otázkám atd.). Souvisí to však také s tím, že kandidáti na post soudce Nejvyššího soudu přicházejí z nižších federálních soudů, jiných veřejných právnických funkcí nebo z nejvyšších soudů států Unie; jsou tedy dobře známi již ze své dosavadní činnosti.³⁸ Závislost na prezidentovi nicméně zpravidla není ničím jiným, než závislostí světonázorovou.

Řada příkladů navíc ukazuje, že i soudce jmenovaný velmi konzervativním prezidentem se může stát liberálním a naopak. Je známo, že o *E. Warrenovi*, předsedovi soudu, který v 50. letech zahájil antisegregační judikaturu a expanzivní rozhodování Nejvyššího soudu, prezident *Eisenhower* prohlásil, že toto jmenování byl největší omyl jeho života.³⁹ Z poslední doby je to typicky příklad *D. Soutera*, který byl jmenován *G. Bushem st.* a který se bezprostředně nato přidal k liberálnějšímu soudcům. V Německu je význam politické orientace soudců menší, i když jistě hraje roli v otázkách typu interrupce nebo třeba otázkách postavení státu a církve, kde je vidět značný rozdíl mezi hlasováním soudců prosazených CDU/CSU na jedné straně a sociálních demokratů a liberálů na straně druhé. Obecně se spíše zdá, že neexistuje jednoznačná „přímá úměra“ mezi dřívější politickou orientací ústavních soudců a politickými stranami, které je podporovaly.⁴⁰ Přesto možná rizika nasvědčují provedení určitých opatření, jako je např. částečné obměňování ústavního soudu⁴¹ (viz níže).

neúspěchu poněkud zahořkl a napsal knihu, která byla na počátku 90. let přeložena i do češtiny jako „Amerika v pokušení“, Praha 1993.

³⁵ Např. jedna z biografí *B. Cardoza* čítá více než 730 stran – viz KAUFMAN, A. L.: *Cardozo*. Cambridge, Massachusetts, London, 5. vyd. 2000.

³⁶ V české literatuře lze pro podrobnosti odkázat na práci J. BLAHOŽE: *Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled*, CODEX, Praha 2001. Příznačné je, že americké sbírky příkladů ústavního práva začínají nikoliv textem ústavy, ale velkou barevnou fotografií všech současných členů Nejvyššího soudu.

³⁷ V Německu to ovšem není tak jednoduché rozeznat. Zatímco v USA by byl jednotný názor v kauze typu ústavnost Maastrichtské smlouvy nemyslitelný (pomineme-li to, že by řešení takového případu Nejvyšší soud USA odmítl pro rozpor s *political question doctrine*, doktrínou zakazující soudně řešit politické otázky), v Německu je ukázkou vnitřní jednoty soudu – na druhou stranu se nedozvíme, jaký konkrétní názor měli jednotliví soudci – jistě všichni ne zcela totožný se soudcem zpravodajem P. KIRCHHOFFEM.

³⁸ Je nutno si být vědom toho, že americký federální soudce je významnou osobou s velkými životními zkušenostmi, který prošel řadou veřejných i soukromých funkcí. Ze současné devítiky soudců NS USA kromě jednoho byli všichni soudci federálních odvolacích soudů. Většina z nich prošla též státním zastupitelstvím, téměř všichni přednášeli na právnických fakultách (v USA je kombinace funkce federálního odvolacího soudce s postem profesora na renomované univerzitě poměrně častá – ostatně nejslavnější představitel hnutí „law and economics“ a jeden z nejrenomovanějších amerických teoretiků současnosti *R. Posner* je soudcem federálního odvolacího soudu a profesorem na právní fakultě univerzity v Chicagu).

³⁹ *E. WARREN*, bývalý guvernér, byl jedním z nemnoha soudců Nejvyššího soudu rekrutovaných z aktivní politiky.

⁴⁰ Ostatně pro příklady nemusíme chodit daleko. Někteří soudci českého Ústavního soudu byli před svým jmenováním poslanci či aktivními sympatizanti několika politických stran, přičemž se jistě nedá říci, že by rasantně ovlivňovali rozhodování Ústavního soudu v jejich prospěch.

⁴¹ ŠIMÍČEK, V.: Závěrem, in: Šimíček, V. /ed./: *Ústavní soudnictví ve vybraných postkomunistických zemích*, MPÚ MU, Brno 1999, str. 117–118.

III.3 ČESKÁ REPUBLIKA – MIMO ZÁŘI REFLEKTORŮ

Podle Ústavy ČR jmenuje prezident republiky 15 soudců Ústavního soudu se souhlasem Senátu na funkční období 10 let (čl. 84 odst. 1 a 2). Role Senátu je zde nepochybně koncipována v plnohodnotném smyslu, tedy souhlas Senátu je podmínkou jmenování soudce a bez souhlasu Senátu nemá akt prezidenta republiky účinky platného jmenování soudce Ústavního soudu. Podotýkáme, že zde se jedná o prezidentovu kompetenci bez kontrassegnace předsedou vlády (čl. 62 Ústavy). Zákon o Ústavním soudu nicméně nutnost výslovného souhlasu Senátu degraduje jen na jakési právo veta. Podle zákona není-li souhlas k žádosti prezidenta republiky dán do 60 dnů poté, kdy si jej prezident republiky vyžádal, jen proto, že Senát v uvedené lhůtě o této věci nehlasoval, platí, že ke jmenování soudce Senát souhlas dal.⁴² Zákon tak bez výslovného ústavního zmocnění zužuje manévrovací prostor Senátu, což je případ typově shodný s protiústavním omezením jmenovacího oprávnění prezidenta republiky vůči Bankovní radě ČNB návrhem vlády, resp. s eventuální zákonnou úpravou např. jednacím řádu Poslanecké sněmovny, jež by stanovila, že návrh ústavního zákona se má za schválený Senátem, pokud o něm do 60 dnů nehlasoval, jakkoliv Ústava pro přijetí ústavního zákona vyžaduje výslovný souhlas obou komor.⁴³

Jmenování prvních soudců v roce 1993 proběhlo bez existence Senátu, kdy jeho roli plnila Poslanecká sněmovna. Kandidáti byli vybíráni na základě širokého sberu vhodných jmen, která byla shromažďována pomocí inzerátů v denním tisku, dobrozdání právnických institucí atd. Způsoblost v úvahu přicházejících kandidátů byla zkoumána zvláštní poradní komisí prezidenta republiky.⁴⁴ Dne 1. července 1993 nominoval prezident republiky 14 soudců, z nichž jich Poslanecká sněmovna schválila 12. Ty prezident republiky jmeno-

val 15. července 1993. Další tři soudci byli jmenováni na podzim 1993 a na jaře 1994 (soudci *I. Janů*, *E. Zarembová* a *P. Varvařovský*).

Senát dosud projednal nominace čtyř soudců (*J. Malenovský*, *E. Wagnerová*, *F. Duchoň* a *J. Mucha*) a ve všech případech s nimi vyslovil souhlas. Příslušnou proceduru stručně upravuje § 140 zákona č. 107/1999 Sb. o jednacím řádu Senátu, ve znění pozdějších předpisů. S výše zmíněným problémem šedesátidenní lhůty se vypořádává stanovením časového rámce jednání tak, „aby Senát mohl ukončit hlasování o vyslovení souhlasu se jmenováním soudce Ústavního soudu nejpozději do 60 dnů poté, kdy si prezident republiky souhlas vyžádal.“ Jednání Senátu je zahájeno doručením žádosti prezidenta republiky o vyslovení souhlasu Senátu se jmenováním soudce Ústavního soudu. Žádost sestává z vlastního dopisu prezidenta republiky, v němž stručně vysvětluje důvody zvolení právě tohoto kandidáta (častý je argument profesně a odborně vyváženého složení Ústavního soudu), a příloh, jež osvědčují splnění ústavních a zákonných předpokladů pro jmenování (věk, státní občanství, doklad o právníkové praxi, lustrační osvědčení, výpis z rejstříku trestů, prohlášení kandidáta o svém souhlasu se jmenováním a o neexistenci důvodů neslučitelnosti atd.). Součástí příloh je i životopis kandidáta, seznam publikací a případně i různá doporučení. Z těchto dokumentů se, podobně jako z návrhů zákonů, stává senátní tisk, který je veřejně přístupný.

Žádost prezidenta republiky je k projednání přikázána dvojicí výborů: ústavně-právnímu jako garančnímu, a výboru pro vzdělávání, vědu, kulturu, lidská práva a petice. Oba výbory určí své zpravodaje a žádost prezidenta republiky projednávají na veřejných schůzích. Zpravodaj si o kandidátovi opatřuje různé informace a zpravidla se s ním i osobně sejde. Výboru předloží své doporučení k tomu, zda souhlas vyslovit čili nic. To se však stane až po odůvodnění prezidentovy žádosti pověřeným pracovníkem Kanceláře pre-

⁴² § 6 odst. 2 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu. Podotýkáme, že zákon o Ústavním soudu zřejmě nemůže být zrušen Ústavním soudem pro protiústavnost, neboť Ústavní soud je tímto zákonem vázán ve striktním smyslu tohoto slova (viz čl. 88 odst. 2 Ústavy). Co by nastalo v teoretickém případě, že by se Senát vskutku do 60 dnů nevyjádřil? Domníváme se, že by mandát soudce nemohl platně vzniknout. I ve vztahu mezi Ústavou a zákonem o Ústavním soudu pochopitelně platí princip *lex superior derogat inferiori*, a zvláštností zákona o Ústavním soudu je nikoliv to, že nemůže být protiústavní, ale to, že jej jako protiústavní nemůže zrušit Ústavní soud. Důvodem této úpravy je vyloučení možnosti významného přetváření vlastních kompetencí Ústavním soudem v důsledku rušení různých klauzulí specififikujících, a někdy i zužujících, kompetence obsažené v čl. 87 odst. 1 Ústavy. Jak tedy postupovat v případě jmenování soudce, o jehož nominaci Senát v citované lhůtě nehlasoval? Prezident republiky by jej neměl jmenovat, právní i morální povinností dotčeného kandidáta by bylo nepřistoupit na to, že mu mandát soudce vznikl, stejně jako by bylo povinností stávajících soudců nepohlížet na takového nominovaného kandidáta jako na platně jmenovaného soudce. Uvažovat by bylo možné také o kompetenčním sporu mezi Senátem a prezidentem republiky, typově obdobným sporu o kontrassegnaci jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB.

⁴³ K protiústavnosti § 6 odst. 2 zákona o Ústavním soudu viz KYSELA, J.: Senát Parlamentu České republiky v historickém a mezinárodním kontextu. Příspěvek ke studiu dvoukomorových soustav, Praha 2000, str. 116, FILIP, J.: Ústavní soud jako zákonný soudce a něco navíc, in: Novotný, O. /uspř. /: Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám, Praha 2002, str. 114–115, nebo FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu. Komentář. C. H. Beck, Praha 2001, str. 27. Za zmínku stojí, že autoři druhého z komentářů zákona o Ústavním soudu pouze rekapituluji diskusi provázející přijetí této úpravy, aniž by se zabývali její ústavní konformitou. Tuto podobu § 6 odst. 2 prosadila vláda podporovaná prezidentem republiky proti společně zpráve sněmovních výborů, jež uplynutí šedesátidenní lhůty spojovala s fikcí odepření souhlasu – viz MIKULE, V., SLÁDEČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu – komentář a judikatura k Ústavě ČR a Listině základních práv a svobod, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 47–48.

⁴⁴ SLÁDEČEK, V.: Ústavní soudnictví, C. H. Beck, Praha 1999, str. 27.

zidenta republiky (ředitel odboru legislativy a práva) a vystoupení kandidáta. Po těchto třech vystoupeních následuje rozprava, v níž senátoři kladou kandidátovi otázky k jeho minulosti, profesním zkušenostem, názorům na různé problémy morální, politické i právní, hodnocení dosavadní činnosti Ústavního soudu, pohledu na Ústavu, vztahu k přirozenoprávním zásadám apod. Po ukončení rozpravy ve výboru se hlasuje, dosud vždy tajně.

Senát jedná na veřejné schůzi na základě doporučení výborů. Žádost o vyslovení souhlasu se jmenováním tlumočí prezident republiky buď osobně, anebo zvláštním dopisem čteným předsedajícím schůze. Prezident republiky se jednání Senátu v této věci zúčastnil doposud pouze jednou, a to v zatím nejkontroverznějších případech nominace *E. Wagnerové*. Přiblížil tehdy svou filozofii výběru kandidátů, když ve svém vystoupení kritizoval mechanickou aplikaci práva, která není kontrolována zdravým lidským rozumem a nedovoluje vzít v úvahu „smysl, význam a okolnosti“ právní normy.⁴⁵ Prezident se tak přidal k velké řadě kritiků zastaralého formalistického právního myšlení v postkomunistické střední Evropě,⁴⁶ se kterými se ztotožňují i autoři tohoto článku.

Zajímavé je, že čeští prezidentští kandidáti se zpravidla nevyjadřují ke své představě ideálního ústavního soudce, nýbrž spíše ke způsobu jeho hledání založeného na širší shodě.⁴⁷ Liší se nicméně v tom, či to má být shoda: politických stran, prezidenta republiky a vlády, prezidenta republiky a Senátu na základě projednání s reprezentanty odborné veřejnosti apod.

Jak dosavadní senátní praxi hodnotit? Vcelku výrazné většiny hlasů nejen z přítomných, ale i ze všech senátorů, odevzdané pro kandidáty nepotvrzují obavu z těsně procházejících, politicky vyhraněných nominací, jež se promítá do úvah naznačujících vhodnost většiny kvalifikované.⁴⁸ Poukazy na možnost vyslovení souhlasu hlasy pouze 14 senátorů jsou asi stejně případné jako riziko volby prezidenta republiky ve třetím kole volby hlasy jen 48 parlamentářů: praxe totiž

ukazuje na značný význam těchto rozhodování, jichž se proto zpravidla účastní drtivá většina oprávněných volitelů.⁴⁹ Výše zmíněný případ Maďarska nadto ukazuje nebezpečí paralýzy vyplývající právě z kvalifikované většiny.

Jakkoliv jsou všechna relevantní jednání v Senátu veřejná, nezúčastňuje se jich fakticky ani odborná a občanská veřejnost, a překvapivě dokonce ani tisk. Přezkoumávání způsobilosti kandidáta je tak přenecháno pouze senátorům.

Společným znakem všech nominací byla dosti sporná rozprava v plné schůzi Senátu. Zajímavá je zejména absence kritických hlasů, jež je nicméně dosti patrná i v rozpravách výborových. Evidentní tedy je, že senátoři nakonec hlasující proti kandidátovi, nepociťují potřebu sdělit své výhrady, což je nesporně škoda. Prezidentu republiky, a budoucím kandidátům, totiž chybí zpětná vazba. Dokonce i ve zmiňovaném případě *E. Wagnerové* veřejná kritika kandidátky nevycházela od senátorů, ale od ministra spravedlnosti *J. Bureše*. Přesto se dá vyvodit, alespoň z názorů debatérů ve výborech i v plénu Senátu, že kandidátem vhodným je osoba nespojovaná s konkrétní politickou stranou, nejsoucí v minulosti součástí nomenklatury, vyznačující se pestrou životní a profesní zkušeností a znalostí cizích jazyků a cizího práva, a hlásící se k hodnotovému výkladu práva, akcentaci přirozených práv člověka na úkor lpění na liteře normativních textů, jež jsou samými zákonodárci shledávány nepřehlednými a někdy i rozpornými. Zajímavé však je, že hodnotově zaměřený přístup Ústavního soudu je obecně podporován jen do chvíle přijetí konkrétního rozhodnutí, jež má i mezi senátory své příznivce a odpůrce.

Poznámka o absenci kritiky vlastně platí s jednou výhradou, a tou je způsob výběru kandidátů. Prezident republiky totiž před vlastní nominací se senátory návrh nekonzultuje. O svém rozhodnutí se radí s řadou jednotlivců, včetně některých senátorů, nikoliv však s oficiální reprezentací. Některým senátorům tedy vadí, že jsou „stavěni před hotovou věc“, resp. že

⁴⁵ Těsnopisecká zpráva z 15. schůze Senátu ve 3. funkčním období ze dne 14. 3. 2002.

⁴⁶ Podobně v Maďarsku srov. VARGA, C.: *Transition to Rule of Law/On the Democratic Transformation in Hungary*, Budapest: Hungarian Academy of Science, Institute for Legal Studies 1995, str. 142 násl. (autor kritizuje „socialistický normativismus“), v polské teorii PODGORECKI, A.: *Totalitarian Law: Concepts and Issues*, in: Podgorecki, A., Olgiači, V. /eds./: *Totalitarian and Post-Totalitarian Law*, Aldershot: Dartmouth 1996, str. 31, u nás WAGNEROVÁ, E.: *Ústavní soudnictví*, Linde, Praha 1996, str. 31 násl. Na počátku 90. let si konzervativního uvažování v právních kruzích střední Evropy povšiml český rodák E. STEIN, který mu přičítá i jistý vliv na rozpad Československa (srov. Česko-Slovensko, konflikt, roztržka, rozpad, Academia, Praha 2000). Pro možné historické příčiny tohoto jevu srov. SĄDURSKI, W.: *Marxism and legal positivism*, in: Galligan, D. J.: *Essays in Legal Theory*, Melbourne University Press (1984), kde renomovaný autor, polský emigrant, argumentuje, že fenomén ultrapozitivismu je založen stalinistickou koncepcí práva importovanou do našich končin v 50. letech.

Velmi zajímavé je to, že podobné problémy existují též v Rusku. Pravděpodobně jeden z nejrenomovanějších ruských právníků současnosti, G. DANILENKO, upozorňuje, že ruské právní myšlení zůstalo v jakési skořápce, která uchovává řadu idejí, které se přijímaly jako dané na konci 19. století v Německu, ale které již dávno západní právní věda opustila. Viz DANILENKO, G. M., BURNHAM, W.: *Law and Legal System of the Russian Federation*, Second Ed., Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University 2000, str. 3.

⁴⁷ Viz naposledy projevy prezidentských kandidátů *M. Zemana* a *J. Moserové*, 24. 1. 2003, zpráva ČTK.

⁴⁸ FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: *Zákon o Ústavním soudu. Komentář*. C. H. Beck, Praha 2001, str. 28, a dílo cit. v pozn. č. 44, str. 26.

⁴⁹ Jednalo se o tyto počty: *J. Malenovský* ze 76 přítomných senátorů 68 kladných hlasů, *E. Wagnerová* ze 72 přítomných senátorů 40 kladných hlasů, *F. Duchon* z 56 přítomných 41 kladných hlasů a *J. Mucha* 68 kladných hlasů ze 79 přítomných.

nevědí, jakým způsobem byl vlastně ten který kandidát vybrán. První výška má charakter spíše pocitový, neboť náš ústavní model je založen na výběru jednoho kandidáta prezidentem republiky, a nikoliv třeba v nominaci tří kandidátů, z nichž si Senát jednoho vybere. „Věc nicméně není hotova“, dokud Senát nevykloří souhlas a prezident republiky kandidáta nejmenuje. Ani vyslovení souhlasu Senátem samozřejmě prezidenta republiky nenutí celý proces pozitivně dokončit; mohly se např. objevit nové skutečnosti z kandidátovy minulosti.⁵⁰

Druhá výška je poněkud případnější. Bylo-li by známo, že prezident republiky obeslal vysokou soudní instanci, Nejvyšší státní zastupitelství, Českou advokátní komoru, právní fakulty, příp. jiné profesní organizace právníků s žádostí o sdělení jmen vhodných osob, načež své nominace čerpá zásadně ze seznamu takto sestaveného, byl by lépe zajištěn proti útokům z prosazování „hradních“ zájmů nejen on, ale hlavně konkrétní kandidát.⁵¹ Ten se totiž za určitých okolností a bez své viny může stát obětí střetu prezidenta republiky a senátní většiny, který v podstatě se samotnou nominací nijak nesouvisí, je na ní však extendován. Předběžná sondáž v senátorských klubech či v ústavně-právním výboru Senátu by kandidátovi přinejmenším umožnila vytušit, co jej čeká. Na základě řečeného nelze vyloučit, že značná část hlasů odevzdaných proti osobě nominované směřuje ve skutečnosti spíše proti osobě nominující.⁵²

Přes tuto posledně zmíněnou okolnost je zřejmé, že dosavadní praxe byla značně podmíněna osobou prezidenta V. Havla jako uznávané nadstranické osobnosti. Bude-li však nový prezident republiky straničtější postavou než byl a je V. Havel, byl by vhodný i aktivnější postoj Senátu vůči prezidentským nominacím. Minimální rolí Senátu je zamezit, aby mezi kandidáty nepřevažovali kandidáti úzce stranicky a politicky profilovaní, a směřovat vše k tomu, aby byl výběr nových soudců pokud možno reprezentativní, tzn. široce reprezentující jak relevantní směry právního myšlení, tak relevantní názory společenské. Role Senátu je tudíž dynamická, vyvíjející se v čase a v závislosti na typu prezidenta republiky.

IV. POŽADAVKY KLADENÉ NA SOUDCE ÚSTAVNÍCH SOUDŮ

Naše Ústava je poměrně lakonická při specifikaci požadavků kladených na ústavního soudce. Čl. 84 odst. 3 stanoví, že soudcem může být jmenován bezúhonný občan⁵³, který je volitelný do Senátu, má vysokoškolské právníké vzdělání a byl nejméně deset let činný v právníkém povolání. Je patrné, že požadovaná praxe nemusí bezprostředně předcházet nominaci.

Malé zastavení si zaslouží podmínka nejméně desetileté činnosti v právníkém povolání, jehož vymezení nemusí být vždy nepochybné. Evidentní je to v případech tradičních právníkých povolání jakými jsou soudci, státní zástupci, advokáti a notáři, resp. vysokoškolské učitelé práva. Zdá se však, že „praxe pod výkonem právníkého povolání chápe vše, kde se uplatňuje vysokoškolské právníké vzdělání.“⁵⁴ Konkrétní posouzení praxe kandidáta přísluší oběma orgánům zapojeným do procesu kreace Ústavního soudu: spornými by se mohly zdát např. činnost poslance nebo senátora (členství v ústavně-právních výborech, resp. samotný výkon mandátu?), právní poradenství v neziskovém sektoru či povaha činnosti některých správních úředníků. Neměla by však být hodnocena pouze úspěšnost v dosavadním povolání, ale také specifický poměr k ústavnímu právu, ochraně základních lidských práv a svobod apod. Při výběru kandidátů na funkce soudců Ústavního soudu by měla být brána v potaz také jeho profesní pestrost (viz níže IV.1 a naše závěry). Zatím se zdá, že záměrem prezidenta republiky bylo vytvořit Ústavní soud složený z profesně odlišných třetin: akademiků, soudců a ostatních (zejména advokátů).

Podívejme se nyní na podmínky požadované pro soudce ústavních soudů v mezinárodním srovnání.

IV.1 PRÁVNÍ PRAXE

Obecně je možno říci, že právní řády neuvádějí nějakou specifickou právní praxi, která by kandidáta preferovala na post soudce, zejména není zásadně podmínkou předchozí výkon funkce soudce obecného

⁵⁰ Nepominutelný hlas Senátu, nadto koncepčně převzatý z mateřské země systému brzd a protivah, nám nedovoluje přitakat názoru o jmenovací pravomoci prezidenta republiky, „téměř vymaňené ze systému 'brzd a vyvažování'“ – viz SOUČKOVÁ, J.: Proces výběru a jmenování soudců Ústavního soudu a jeho politické aspekty, in: Dančák, B., Šimíček, V. /eds./: Základní lidská práva a právní stát v judikatuře ústavních soudů, MPÚ MU, Brno 2000, str. 127.

⁵¹ Srov. také požadavky publikace nabídky v Rakousku a Slovinsku, IV.1 níže.

⁵² Jinou otázkou je, že by se přinejmenším některým senátorům zamlouvalo, kdyby prezident republiky navrhoval více kandidátů, z nichž by si Senát vybral. To by však již bylo proměnou Ústavy.

⁵³ Občanství je univerzální podmínka pro funkci soudce. V Evropě neexistuje jen v malém Lichtenštejnsku, kde pravidelně jsou soudci státní rady Rakušan a Švýcar, a ze zcela jiných důvodů v Bosně a Hercegovině; tři soudci jmenovaní prezidentem štrasburského Evropského soudu pro lidská práva nesmějí být občany Bosny a Hercegoviny ani žádného z okolních států.

⁵⁴ FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: Zákon o Ústavním soudu. Komentář. C. H. Beck, Praha 2001, str. 4.

soudu.⁵⁵ Stejně tak většina právních úprav neuvádí minimální délku praxe. Z výjimek lze uvést Slovensko, které zná praxi patnáctiletou (podobně Bulharsko, Španělsko a Rusko). Dvanáctiletá praxe je předepsána na Kypru, pokud jde o soudce tamního Nejvyššího soudu, praxe dvacetiletá platí v Maďarsku.

V rakouském modelu (viz II.1 výše) se kladou speciální požadavky na šestici soudců nominovaných spolkovou vládou. Ti musí být jen profesionálními soudci, úředníky nebo profesory práva. Zajímavé je, že počínaje rokem 1995 musí instituce předkládající nominace spolkovému prezidentovi podat inzerát vyzývající případné zájemce o tuto funkci, aby se o daný post ucházeli. Podobně čl. 12 slovinského zákona o ústavním soudu⁵⁶ vyžaduje, aby prezident vyhlásil uvolněné místo ústavního soudce ve slovinské sbírce zákonů (*Uradni list*) s výzvou o zaslání návrhů na nové soudce, aniž by to prezidentovi eventuálně bránilo nominovat jiné kandidáty (čl. 13 odst. 1).

Polovina z 12 soudců belgického Arbitrážního soudu (ústavního soudu s limitovanou kompetencí ve věcech belgické federace) musí být významnými odborníky, tzn. bývalými soudci vyšších soudů, univerzitními profesory, asistenty soudců ústavního soudu, druhá polovina musí být bývalí poslanci, kteří *de iure* být právníky nemusejí, ale zpravidla jimi jsou také. Polská ústava také zdůrazňuje, že soudci se musejí vyznačovat „*vynikajícími znalostmi práva*“.⁵⁷

Nelze patrně očekávat, že by čeští senátoři mohli plnit kvalifikovanou roli kontroly odbornosti soudců. Zkušenosti západních zemí ostatně ukazují, že nikoliv všichni ústavní soudci musejí být kvalifikovaní právníci s dlouholetou specializovanou advokátní nebo soudcovskou praxí. Jak naopak ukážeme níže, ve středoevropském modelu ústavního soudu převažují akademici. Typický ústavní soud tak může být – při splnění podmínky potřebné právní praxe – tvořen jak právními akademiky, obvykle se specializací v ústavním nebo mezinárodním právu, teorií a filozofií práva, případně i v oborech soukromého nebo zejména veřejného práva, tak právními praktiky, tj. soudci či spíše méně často advokáty, případně, a nikoliv nutně, několika bývalými

mi parlamentními politiky splňujícími podmínky pro jmenování.

Důležité je také zachovat rovnováhu. Přílišné zastoupení bývalých politiků by snížilo profesionalitu soudu, přílišné zastoupení reprezentantů právní praxe (soudů, advokacie) by hrozilo jednak rozšířením relativně častého formalismu aplikace i na ústavní soud, jednak posunováním problémů ústavního soudu z oblasti práva ústavního do oblasti práva jednoduchého (trestního, občanského atd.).⁵⁸ Nejméně problematické by asi bylo složení soudu, kde by těžiště leželo na akademických, ovšem i zde lze protiargumentovat možnou odtržeností soudu od praktického života.

Podle názorů bulharských odborníků důležitou roli při volbě a jmenování členů bulharského soudu hrálo vyrovnané zastoupení různých směrů politického a právního myšlení.⁵⁹ V tomto smyslu byl v české literatuře kritizován fakt, že ve složení našeho Ústavního soudu výrazně převládala orientace na pravou část politického spektra. To je sice vysvětlitelné statusem levice počátku 90. let, nemělo by to však být trvalou tendencí, nemá-li to ohrozit autoritu soudu. Zajištění tohoto požadavku bude klást značné nároky na citlivost a předvídatost senátorů, mezi nimiž zřejmě budou díky zvolenému volebnímu systému reprezentanti levice v menšině (podobně třeba ve Francii).

Je jistě vhodné, pokud se nominované osoby vyjádří ke své představě optimální činnosti ústavního soudu včetně vlastní filozofické koncepce práva. Jakkoliv se v tomto smyslu zejména v naší žurnalistické produkci velmi nepřesně hovoří o sváru mezi pozitivním a přirozeným pojetím práva⁶⁰, jde spíše o zohlednění toho, aby v rámci ústavního soudu nebylo jak nadměrné množství zastánců soudcovského aktivismu, jenž se v extrémní podobě projevuje přesvědčením o klíčové roli soudce jako sociálního inženýra v jakékoliv oblasti lidské činnosti, který je s to vyřešit jakýkoliv možný lidský problém, tak zastánců neúměrného sebeomezování ústavního soudu ve vztahu k moci zákonodárné a výkonné, což by soud paralyzovalo a proměnilo jej jen v okrasnou instituci.

⁵⁵ V několika málo státech, kde je ovšem zjevně odlišná filozofická koncepce činnosti ústavního soudce, se nevyžaduje nejen právní praxe, ale dokonce ani právnícké vzdělání. Jde o Arménii, Japonsko nebo Francii, kde byla např. v roce 2001 členkou Ústavní rady jmenována socioložka D. Schnapperová, dcera R. Arona. Přesto právníci pochopitelně tvoří velkou většinu soudců i v těchto zemích.

⁵⁶ Viz pozn. č. 21.

⁵⁷ S podobnými úpravami se ostatně často setkáváme u mezinárodních soudů, jejichž soudci mají být osobami způsobilými zastávat ve svých zemích nejvyšší soudcovské funkce nebo být vynikajícími znalci práva.

⁵⁸ Upozornit je třeba na názor J. Blahože, podle něž je v ústavních systémech zakládajících kompetenci ústavních soudů přezkoumávat rozhodnutí soudů obecných nutné zajistit personální propojení vysokých soudních instancí a ústavních soudů jako prevenci vzniku třech ploch. Doporučuje tak postupovat i u nás – viz dříve cit. v pozn. č. 36, str. 446. Shodně FAVOREU, L.: *Constitutional Review in Europe*, in: Henkin, L., Rosenthal, A. J. /ed./: *Constitutionalism and Rights (The Influence of the United States Constitution Abroad)*, New York 1992. S těmito názory nejsme v rozporu, náš tezí je spíše eliminovat nejvýraznější stranické exponenty stejně jako vyloučit, aby politický element na ústavním soudě převládl.

⁵⁹ Podle práce cit. v pozn. č. 15, str. 41.

⁶⁰ Ve skutečnosti je tato distinkce v moderním právním myšlení do značné míry překonaná, neboť lidská práva chráněná naší Listinou jsou zcela jistě projevem přirozenoprávního myšlení. Naopak žádný rozumný právník nemůže hlásat metafyzické pojetí práva, nijak nesouvisající s právem vytvářeným legislativní mocí.

IV.2 ZASTOUPENÍ MENŠIN

V mnohonárodnostních státech, typicky ve federacích, se přihlíží také k zastoupení všech hlavních národností. Příkladem jsou Švýcarsko, Kanada⁶¹ a Belgie, kde je tento požadavek zakotven v právních předpisech, nebo Finsko, kde se *de facto* zachovává ve vztahu ke švédské menšině. Podobně v Rusku dva z 19 soudců jsou zástupci tzv. konstitutivních národů Ruské federace; zbývajících 17 soudců tvoří Rusové. Fakticky je zastoupení menšin zajištěno též ve Španělsku, Chorvatsku, Makedonii, Litvě a na Slovensku, kde je jeden ze třinácti soudců současného soudu maďarské národnosti⁶². V USA je v posledních dekáдах citlivá otázka rasová, jejíž předzvěstí již před 2. světovou válkou bylo jmenování prvních soudců židovského původu. Zajímavé je, že jen jediný z devíti soudců současného Nejvyššího soudu je černoch.⁶³

Domníváme se, že složení českého Ústavního soudu by mělo reflektovat národnostní skladbu obyvatelstva ČR. Přestože jistě platí, že je ČR národnostně homogennější než kdy dříve ve svých dějinách, nežijí zde pouze Češi. V budoucnu lze navíc očekávat zvyšující se podíl občanů jiného než českého původu. ČR se sice viditelně nerozhodla pro některou z ideálních strategií přístupu k menšinám, přinejmenším z pragmatických důvodů (již vícekrát zmiňovaná legitimita a autorita soudu, ale také možná odlišnost optik) by však bylo vhodné výběr kandidátů neomezovat jen na Čechy, což se ostatně nedělo ani dnes. Pokračovat by proto měla tradice alespoň jednoho soudce jiné než české národnosti.⁶⁴ Jelikož však problematika menšin nemusí být zpřítomněna pouze principem strukturální reprezentace, tj. zastoupením každé myslitelné menšiny (nejde jen o etnický původ, ale také o pohlaví, náboženství, sexuální orientaci, sociální třídy atd.), zajisté postačí, objeví-li se mezi soudci přinejmenším ti, kteří se problematikou menšin důkladně zabývají.

V západní Evropě a USA se také pravidelně přibližují k zastoupení žen, jakkoliv vlastně nejsou menšinou, jejichž podíl na vysokých státních funkcích zdaleka nedosahuje jejich podílu v populaci. Asi nejvyváženější je situace ve Slovensku, kde z devíti soudců jsou čtyři ženy. Nikoliv špatná je i situace v SRN, kde v roce

2003 je mezi šestnácti spolkovými ústavními soudci pět žen (tři v prvním senátu, dvě ve druhém senátu). V Polsku je na patnáctičlenném soudu čtveřice žen. V USA a v Kanadě jsou z devíti soudců jen dvě ženy. Z tohoto pohledu je česká situace v roce 2003 spíše podprůměrná: z patnácti soudců jsou dvě ženy, z nichž jedné končí funkční období v listopadu tohoto roku, ovšem lepší než v řadě jiných zemí (na Slovensku nebo v Maďarsku je žena jediná).

Religiózní úvahy nebudou pravděpodobně hrát v sekularizovaném Česku větší roli. K těmto otázkám se tradičně přihlíží v SRN, kde je dlouhodobá rovnováha mezi protestanty a katolíky, což se zajímavě projevuje v rozdělení Spolkového ústavního soudu na citlivé morální otázky typu interrupce. V SRN ovšem zarazí, že třináct let po sjednocení Německa není v Karlsruhe ani jediný soudce, který by byl původem z NDR.⁶⁵

IV.3 OTÁZKA VĚKU

Požadavek minimálního věku pro výkon funkce ústavního soudce je pochopitelně zcela správný. Řada ústav stanoví také horní hranici věku soudce. Ta počíná od 65 let (tuto spíše zbytečně nízkou hranici zná Malta, Turecko a Ukrajina), přes 67 let (Finsko, Švédsko), 68 let (Německo, Švýcarsko, Kypr), 70 let (např. Rakousko, Belgie, Dánsko, Maďarsko, Irsko, Rusko ad.), popř. 75 let (Kanada). Česká úprava (podobně jako např. Francie, Gruzie, Itálie, Portugalsko, Rumunsko, Španělsko, USA apod.) žádnou horní hranici nezná.

Průměrný věk soudců prvního senátu Spolkového ústavního soudu v SRN je o něco více než 60 let, zatímco průměrný věk soudců druhého senátu je o tři roky nižší. Nejstaršímu německému soudci je 66 let, nejmladšímu 49 let. Ve srovnání s tím je průměrný věk soudce českého Ústavního soudu podstatně vyšší (téměř 62). Nejmladším soudcem je *P. Holländer* (50), nejstarším předseda soudu *Z. Kessler* (76). Pro zajímavost je možno podotknout, že současnému předsedovi Nejvyššího soudu USA *W. Rehnquistovi* je 79 let (ve funkci od roku 1972) a nejstaršímu soudci téhož soudu *J. Stevensovi* bude v tomto roce 83 let (ve funkci od roku 1975).⁶⁶

⁶¹ V Kanadě se jako další požadavek přidává to, že tři zástupci frankofonního Quebecu musí absolvovat studium kontinentálního práva a naopak šest zbývajících soudců by mělo pocházet z kultury *common law*.

⁶² Soudce *L. Mészáros* (údaj podle internetové stránky Ústavního soudu).

⁶³ Soudce *C. Thomas*, jmenovaný *G. Bushem st.*, v černošské komunitě velmi neoblíbený jako nositel republikánských konzervativních názorů, které jsou velké většině Afroameričanů cizí.

⁶⁴ Soudce *P. Holländer* je Slovák.

⁶⁵ Výjimkou je soudkyně *Ch. Hohmann-Dennhardt* narozená v roce 1950 Lipsku, která ovšem podle životopisu zveřejněného na internetové stránce Spolkového ústavního soudu vystudovala západoněmecké školy a tudíž se dá předpokládat, že její rodina záhy emigrovala.

⁶⁶ V USA, kde je rozložení názorů devítičlenného Nejvyššího soudu velmi těsné, může hrát důležitou roli každá rezignace soudce. I z tohoto důvodu soudci vážně uvažují, kdy je vhodné rezignovat s ohledem na to, aby o jejich nástupci mohl rozhodnout ten prezident, k němuž budou mít blíže. V interrupční kauze to řekl poměrně jasně tehdy již letitý soudce *H. Blackmun*, který podotkl, že na soudu nebude na věky a obává se, že jeho nástupce může zvrátit těsnou prointerrupční většinu soudu. Srov. *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), separátní stanovisko soudce *Blackmunna*. *Blackmun* rezignoval o dva roky později a byl nahrazen liberálním soudcem *S. Breyerem* (nekontroverzní kandidát navržený Senátu *B. Clintonem*).

V. DETAILNÍ POHLED NA OBSAZENÍ STŘEDOEVROPSKÝCH ÚSTAVNÍCH SOUDŮ

Předchozí spíše abstraktní náčrt podmínek a předpokladů můžeme doplnit krátkým rozbořením aktuálního personálního složení středoevropských ústavních soudů. Na jedné straně srovnáme Spolkový ústavní soud jako příklad ústavního soudu fungujícího pět desítek let v zavedené demokracii, na druhé straně středoevropské postkomunistické země, kde již ve všech, vyjma Česka, proběhlo vystřídání první generace soudců – zakladatelů.⁶⁷

V Německu tvoří velkou většinu soudců současného Spolkového ústavního soudu profesori práva. Z celkem šestnácti soudců je jich rovných devět; převážně se jedná o profesory ústavního, mezinárodního a správního práva a teorie práva. Šestice soudců, jak je v Německu pravidlem, působila před zvolením do Spolkového ústavního soudu jako soudci jednoho z pětice nejvyšších spolkových soudů (zpravidla Spolkového správního dvora), přičemž jeden z těchto soudců má současně profesorskou hodnost. Jeden ústavní soudce byl před zvolením zemským ministrem a jeden vysokým vládním úředníkem.⁶⁸

Podívejme se nyní na postkomunistickou střední Evropu. Obdobně jako v Německu zde dominují akademici. Profesorů je na polském Ústavním tribunálu deset z patnácti soudců a v Maďarsku dokonce 9 z 11. Pět profesorů (resp. docentů) je ve Slovinsku (devět soudců celkem), stejně tak pět na Slovensku (13 soudců celkem). Český Ústavní soud je tedy v tomto směru dosti pod průměrem (5 profesorů z 15 soudců).⁶⁹

Participace bývalých politiků je relativně malá. V Polsku jsou mezi soudci tamního ústavního soudu celkem čtyři bývalí poslanci nebo senátoři (většina z nich jsou současně profesori), na Slovensku a v Maďarsku po jednom bývalém poslanci. Ze stávajících soudců českého Ústavního soudu byli tři v minulosti poslanci. Ve Slovinsku je jeden soudce bývalým ministrem (*J. Alojz*). Několik soudců ve všech jmenovaných zemích jsou bývalí vysocí vládní úředníci. V Maďarsku jsou jako soudci vyloučeni ti kandidáti, kteří kdykoliv během předchozích čtyř let byli členy vlády, zaměstnanci politické strany nebo zastávali post ve veřejné správě.⁷⁰

Zastoupení bývalých soudců obecných soudů není velké. Jak již bylo řečeno, v Německu je pravidlem, že tvoří nejméně šest z šestnácti členů soudu. Tři ta-

koví soudci působí na Slovensku, jeden v Maďarsku. V Polsku jsou čtyři soudci bývalými soudci Nejvyššího správního soudu (většina z nich jsou zároveň profesori). V Česku jsou tři soudci bývalými soudci Nejvyššího soudu. Dostí neobvyklé je z komparativního hlediska to, že další tři čeští ústavní soudci jsou bývalými soudci nižších obecných soudců a dva z nich dokonce pocházejí z téhož krajského soudu.

Počet reprezentantů dalších právnických profesí je zanedbatelný. V Česku prošli tři soudci advokací, na slovenském ústavním soudu pracují dva bývalí advokáti a v Polsku jeden. V Polsku je nadto ústavní soudkyní bývalá ombudsmanka *E. Łętowska*.

Důležitou roli hrají také zkušenosti ze zahraničí, které byly zahrnuty do hodnocení pravděpodobně již při výběru první generace soudců našeho Ústavního soudu a rozhodně jsou jimi poměřováni soudci jmenovaní za součinnosti Senátu.⁷¹ V Německu se stává postupně spíše pravidlem než výjimkou, že soudce má za sebou studium nejenom v SRN, ale též v další zemi, obvykle v USA, a je hostujícím profesorem na řadě zahraničních univerzit. Přinejmenším stejně elitní soudci jako v SRN působí i na polském Ústavním tribunálu; ostatně sama polská ústava v článku 194 odst. 1 hovoří o tom, že soudci jsou voleni z osob „*vyznačujících se vynikající znalostí práva*“. Velká část polských ústavních soudců současně patří mezi významné mezinárodní odborníky, hostující profesory zahraničních univerzit, členy prestižních mezinárodních akademií a institucí. V tomto ohledu se žádný jiný středoevropský soud polskému Ústavnímu tribunálu rovnat nemůže.

Morální integrita soudců hraje pochopitelně nepominutelnou roli. V postkomunistických společnostech hraje význam také ve vztahu k postojům potencionálního soudce v době komunistického režimu. V SRN podobné úvahy vedly dokonce k tomu, že ani jeden soudce nepochází z bývalé NDR. V Polsku jsou v současnosti přinejmenším tři soudci, kteří v 70. a 80. letech participovali na činnosti tehdy opozičního hnutí Solidarita, další soudce vystupoval jako advokát při obhajobách členů polské opozice v trestním řízení. Zdá se, že podobná hlediska byla reflektována též při výběru soudců v České republice (političtí vězni, navrátilci z politické emigrace apod.), což je jistě cennou devízou hodnou následování. Projednávání některých kandidatur v Senátu bylo dokonce více než na odborné zřetel, jež se zřejmě u nominovaných více méně předpokládají, zaměřeno právě na kandidátův život v předlistopadovém režimu.

⁶⁷ Vycházíme z údajů publikovaných soudy na jejich oficiálních internetových adresách (viz pozn. č. 12 výše). Protože většina soudců vykonávala pochopitelně vícero činností, za rozhodující považujeme tu, která bezprostředně předcházela jmenování (volbě) ústavním soudcem.

⁶⁸ Pozorný čtenář si všiml, že součet uváděných čísel je 17, nikoliv 16. Je to dáno tím, že jeden soudce je profesorem a současně byl bezprostředně před volbou soudcem obecného soudu.

⁶⁹ Akademicky orientované ústavní soudy jsou i ve východní Evropě. Příkladem je Rumunsko (práce cit. v pozn. č. 15, str. 57).

⁷⁰ Viz práce cit. v pozn. č. 15, str. 51.

⁷¹ Srov. zkušenosti soudce *P. Holländera*, *V. Klokočky*, *V. Cepla* ad. Z nových soudců mají bohaté zahraniční zkušenosti všichni, zejména však *E. Wagnerová*, *J. Malenovský* a *J. Mucha* (oba posledně jmenovaní byli mj. velvyslanci při Radě Evropy).

VI. MOŽNOST OPĚTOVNÉHO JMENOVÁNÍ (ZVOLENÍ) SOUDCEM ÚSTAVNÍHO SOUDU

Dá se obecně říci, že desetiletá lhůta pro jmenování ústavního soudce v ČR je vcelku vyhovující (viz srovnání níže). Naše ústava je však z komparativního hlediska výjimečná s ohledem na možnost opětovného jmenování soudcem ústavního soudu. Takováto možnost existuje jen v několika málo zemích (Chorvatsko, Maďarsko, Ázerbajdžán) a pak v rámci nadnárodních tribunálů, kde je ovšem funkce této možnosti specifická. Tak tomu bude v případě ESD, kde je možnost znovuzvolení soudce pravděpodobně dána zájmem členských států udržet si v jistém smyslu kontrolu nad dalším vývojem EÚ.⁷² Právě implicitní kontrolou rozhodování ústavních soudů se snad dá argumentovat ve prospěch zachování možnosti opakovaného jmenování soudců. Nedomníváme se však, že by měli být ústavní soudci „drženi na uzdě“ svírané politickou reprezentací. Zatímco volený zástupce lidu je lidu odpovědný a perspektivou opětovného zvolení také kontrolovaný (vláda na čas), ústavní soudce má být odpovědný především ústavě. Východiskem pro posuzování této otázky je pečlivý výběr kvalitních kandidátů, nikoliv jejich nepřímá kontrola neurčitou vidinou budoucího jmenování na další funkční období. Požadavek kvalifikovaného výběru ostatně platí i pro soudce soudů obecných: mají být jmenováni jako kompetentní kandidáti, nebo jako čerství absolventi po třech letech čekatelské praxe, kteří se kvalifikovanými snad stanou někdy v budoucnu?

Domníváme se, že česká možnost znovu jmenovat soudce Ústavního soudu představuje závažný problém. Důvod je přitom jasný. Je jím problematická nezávislost soudce, který má v úmyslu opětovně se o svou pozici ucházet. Takovýto soudce je přímo či nepřímo nucen zvažovat každé své rozhodnutí s ohledem na svou případnou opětovnou kandidaturu (vztah k prezidentu republiky a senátní většině). Kdyby se většina Senátu politicky výrazněji proměňovala, bylo by riziko vytváření „politických“ předpokladů pro opětovné jmenování menší, neboť by soudce nevěděl, jak politicky složená většina bude o jeho opětovné nominaci rozhodovat. U nás však lze předpokládat pravostředový Senát jako dlouhodobější fenomén. Ještě zásadnější problém může představovat postoj ústavního soudce na sklonku jeho funkčního období k návrhům prezidenta republiky nebo skupiny senátorů, bude-li mít soudce v úmyslu se na svůj post vrátit a bude-li současně vědět, že právě dotyčný prezident za několik měsíců předloží Se-

nátu své nominace (resp. právě senátoři – navrhovatelé o několik měsíců později budou potvrzovat možná právě jeho nominaci).

Problému opětovného jmenování (zvolení) lze zaměřit jmenováním na dobu neurčitou, omezenou buď věkem (Rakousko, Argentina, Belgie, Irsko, Malta, Kanada, Turecko, Arménie) nebo zdravotní způsobilostí soudce a jeho vůlí podílet se na práci soudu (USA). Tento model existoval původně i v Německu, ale v 70. letech od něj bylo upuštěno. Na dobu neurčitou jmenování soudci ovšem pokračovali v Německu ve své funkci, stejně jako v ní pokračují soudci ruského Ústavního soudu jmenování v roce 1991 (Ústavní soud byl podle Ústavy z roku 1993 rozšířen na 19 členů, takže noví soudci jmenování Jelcinem na dvanáct let mají v postsovětském soudu většinu). Základním nedostatkem tohoto modelu je to, že neodráží dostatečně společenské proměny. V takovémto případě je snadno představitelné, že soudci zastávající své funkce desítky let představují myšlení minulosti za zcela změněných podmínek současnosti. Nejnázornějším příkladem jsou USA, kde se ve 30. letech minulého století na Nejvyšším soudě zastavil čas a soudcové tohoto soudu nezaznamenali fundamentální změny vyvolané světovou hospodářskou krizí, a dále upírali legislativě a exekutivě možnost aktivnějších zásahů státu do ekonomiky. Politický charakter ústavního práva (viz výše) přitom znemožňuje předpokládat, že ochranou ústavy je v každé situaci a v každé době to samé konání ve prospěch týchž hodnot a postojů. Ústavy jsou živým právem, jež je interpretací a praxí ústavních orgánů, a ústavních soudů především, přizpůsobováno měnícímu se světu, což samozřejmě neznamená jen a pouze momentálně se měnící politické vůli. Snaha čelit působení soudců ve funkci dvacet či třicet let tak v tomto modelu nakonec ústí ve jmenování soudců spíše pokročilého věku.

Instalace ústavního soudce na určitou dobu bez možnosti opětovného jmenování (zvolení) existuje v převážné většině evropských států. Na devět let (bez možnosti opětovného jmenování nebo zvolení) jsou ústavní soudci jmenováni (voleni) ve Francii, Itálii, Litvě, Polsku, Portugalsku,⁷³ Rumunsku, Slovinsku a na Ukrajině, na deset let v Gruzii, na dvanáct let v Německu a Rusku. Nově (od roku 2001) je opětovné jmenování znemožněno též velkou ústavní novelou na Slovensku (mj. na základě neblahých zkušeností s ustavováním druhého ústavního soudu v roce 1999), již dříve to znemožnila nová polská ústava z roku 1997 (podle předchozí úpravy byli soudci Ústavního tribunálu znovu volitelní). Na Slovensku byli nicméně za

⁷² Možnost „kontrolovat své soudce“ je ale v rámci ESD dosti obtížná, zejména s ohledem na neexistenci separátního stanoviska. Možnost politické kontroly je omezena i tím, že soud sepisuje jednotné odůvodnění, spíše abstraktněji a nepřilíš určitě formulované. V literatuře jsme také nevysledovali, že by tímto způsobem státy nějak zásadně zneužívaly svůj vliv.

⁷³ V Portugalsku do roku 1997 bylo znovu ustavení do funkce možné, jako nesouladné se soudcovskou nezávislostí bylo ale zakázáno.

účelem zachování „institucionální paměti“ ještě před účinností novely ústavy opětovně jmenování tři soudci z funkčního období let 1993–2000.⁷⁴

Specifická situace je ve Španělsku, kde může být soudce jmenován (zvolen) znovu, ale nikoliv pro bezprostředně následující termín (v praxi to znamená tři roky nemožnosti kandidovat).

VI.1 KE KONTINUITĚ NAŠEHO ÚSTAVNÍHO SOUDU

Kontinuitou ústavního soudu rozumíme postupné obměňování jeho členů, které zajišťuje stabilitu judikatury a její evoluční, nikoliv revoluční vývoj.⁷⁵

Problém kontinuity soudu si lze ukázat na dvou kontrastních příkladech. V Bulharsku ústavodárce zvolil proceduru, kdy z 12 nově ustavených soudců byli po prvních třech letech vylosováni tři, jejichž funkční období skončilo, po dalších třech letech ze zbývajících devíti starých soudců byli vylosováni další tři atd., takže po uplynutí devíti let nenastala náhlá obměna celého soudu.⁷⁶ Naopak v Maďarsku se na tento problém nepamatovalo, což mělo ten důsledek, že během několika měsíců v letech 1998 a 1999 došlo k úplné obměně Ústavního soudu a následně k zásadní filozofické změně přístupu k výkladu ústavy a, podle mnohých, také k úpadku prestiže soudu.⁷⁷ Ačkoliv se na sklonku roku 1997 objevily návrhy na prodloužení mandátu soudců a tím zamezení diskontinuity, návrhy se v praxi neprosadily.⁷⁸

V ČR byly učiněny dva pokusy o legislativní řešení problému opakovaného jmenování v kombinaci s potřebou zajištění kontinuity Ústavního soudu. S prvním přišla vláda (sněmovní tisk 541, 3. volební období), s druhým Senát (sněmovní tisk 1134, 3. volební období). Vládní návrh stanovil zákaz opakovaného jmenování a věkový limit 70 let, který se však neměl vztahovat na soudce jmenované přede dnem účinnosti novely Ústavy. Senátní návrh rozšířil tato opatření o prodloužení funkčního období na 12 let (stejně jako na Slovensku „kompenzace“ zákazu opakovaného jmenování). Pomocí popsaného mechanismu mohlo

perspektivně docházet ke spontánní postupné obměně Ústavního soudu. Pro jeho iniciaci bylo navrženo přechodné ustanovení, jímž se všem soudcům jmenovaným před 1. červencem 2003 (první den měsíce očekávaného „personálního zemětřesení“) funkční období prodlužuje na 12 let, avšak s tím, že soudcům k tomuto dni starším 70 let zaniká funkce nejpozději 31. prosince 2003. Na začátku roku 2004 by tak na Ústavní soud nastoupilo jen několik nových soudců, další větší změna by přišla až v létě 2005; mezitím by již působila věková hranice. Udržela by se tak „institucionální paměť“ soudu.⁷⁹

Na efektivní legislativní řešení je již pravděpodobně pozdě. Jedinou šancí k realizaci této žádoucí změny by bylo využít projednávání novely Ústavy, jejíž zpracování bylo vyvoláno nálezem Ústavního soudu ve věci zákona o soudech a soudcích. Novela Ústavy má především umožnit výkon státní správy soudnictví soudci, jinak však obsahuje řadu sporných námětů. Každopádně by nic nebránilo rozšíření jejího tematického záběru na další náměty v oblasti moci soudní, včetně Ústavního soudu, zejména měla-li by účinnost obou předpokládaných úprav nastat k 1. červenci 2003. Naléhavost tohoto problému se jen zčásti zmírnila přirozenou obměnou Ústavního soudu; i tak totiž v červenci 2003 ve funkci končí devět soudců. Tím obtížnější je otázka, zda v zájmu kontinuity soudu bude vhodné znovu jmenovat některé ze stávajících soudců; samozřejmě, nebyla-li by změněna Ústava. Samotná skutečnost, že v těchto úvahách může být brán zřetel na dosavadní rozhodovací praxi těchto soudců je varující, a je zároveň ukázkou potřeby zamezit tomu *pro futuro* ústavní novelizací. Protože na tuto otázku nelze dost dobře objektivně odpovědět (mají být znovu jmenováni všichni zájemci, nebo jen někteří; jaká by byla kritéria selekce?), nebudeme se o to ani pokoušet. Jde totiž v podstatě o poměrování dvou principů: kontinuity Ústavního soudu a garancí jeho nezávislosti.

Lze kontinuitu zajistit pouze opakovaným jmenováním stávajících soudců? Jako určité řešení tohoto problému se nabízí nominace několika současných asistentů nebo poradců soudců, což není řešení v zahraničí

⁷⁴ KLUČKA, J.: Organizácia ústavného súdництва v Slovenskej republike, in: Bröstl, A., Klučka, A., Mazák, J.: Ústavný súd Slovenskej republiky (Organizácia, proces, doktrína), Košice 2001, str. 25.

⁷⁵ Naše právní teorie příliš nediskutuje o tom, že občané mají právo na právní jistotu a předvídatelnost práva nejen ve vztahu k legislativě tvořené parlamentem, ale též k judikatuře ústavního soudu. V této souvislosti odkazujeme na Fina R. Siltala, který nedávno poukázal na to, že soudcovské právo ve skutečnosti jen velmi obtížně splňuje postuláty „vnitřní morálky práva“, jak je formuloval L. Fuller (SILTALA, R.: A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford: Hart Publishing 2000).

⁷⁶ Viz práce cit. v pozn. č. 15, str. 20.

⁷⁷ Jeden z autorů tohoto článku (Z. Kühn) pobýval na jaře 2001 v Budapešti na Středoevropské univerzitě, kde se toto tvrzení objevovalo mezi tamními maďarskými právníky velmi často. Podobně BOULANGER, CH.: Europeanisation Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and Hungary's „Return to Europe“, přednáška na St. Anthony's College, Oxford, 24.–25. května 2002 (záznam přednášky k dispozici u autorů tohoto příspěvku).

⁷⁸ K tomu velmi kriticky bývalý předseda Ústavního soudu L. SÓLYOM: To the Tenth Anniversary of Constitutional Review, in: Halmai, G./ed.: A Megtalált Alkotmány? A Magyar Alapjogi Bírásokdás Első Kilenc Éve/The Constitution Found? The First Nine Years of Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights, INDOK, Budapest 2000, str. 21 násl. (kritizuje, že zákonodárce na kontinuitu nepamatoval nebo dokonce pamatovat na počátku 90. let nechtěl).

⁷⁹ Podrobněji k tomu KYSELA, J.: K dalším důsledkům přijetí tzv. Euronovely Ústavy ČR, Právní rozhledy č. 11/2002, str. 526–527.

neobvyklé. Současně by to s ohledem na míru zapojení těchto osob do rozhodování ústavního soudu přineslo značnou kontinuitu a zamezilo negativním následkům, o kterých jsme se zmiňovali výše. Úvahy o kontinuitě se nicméně nevyčerpávají přechodem soudců; podstatné bude rovněž zkoumat vztah kandidátů k dosavadní judikatuře, její filozofii atd. V zásadním směřování rozhodovací činnosti Ústavního soudu totiž mohou (a měli by) pokračovat i noví soudci. Lze jen upozornit, že v Maďarsku na konci 90. let v podobně složité situaci nebyl žádný ze soudců starého ústavního soudu znovu zvolen; o Slovensku již byla řeč.

VII. NAŠE ZÁVĚRY

Z předchozího textu je možné vyvodit toto shrnutí:

1. Vzhledem ke kompetencím Ústavního soudu a povaze ústavního práva je jeho činnost politicky citlivou. Z tohoto důvodu lze mít za přijatelný proces výběru soudců, v němž hrají svou roli mimo jiné i politické ideologie a zájmy. Nikoliv však v podobě identifikace s jakýmkoliv stranicko politickým programem, nýbrž v podobě ideového spříznění, jež přispívá k reprezentativnímu charakteru soudu. Vzhledem k soudnímu charakteru Ústavního soudu a s ním spjatými atributy nezávislosti a nestrannosti však legitimní politické vlivy musejí být koncentrovány právě jen a pouze do procesu kreace Ústavního soudu.

2. Komparativní zkušenosti ukazují, že s ohledem na mimořádný význam ústavního soudu je ideální proces jmenování či volby ústavních soudců rozvržen mezi vícero ústavních institucí, které na tomto procesu společně (jako v našem případě) či samostatně participují. V reakci na občasnou neprůhlednost kreace se ozývá celosvětově volání po jejím zprůhlednění.

3. Model obsazování Ústavního soudu ČR je vyhovující a v mezinárodním srovnání nikterak neobvyklý. Jde ovšem o model dynamický, založený na kooperaci

prezidenta republiky a Senátu, jejíž povaha se může měnit jak v závislosti na složení měnící se většiny Senátu, tak na typu konkrétního prezidenta republiky. Stranickopoliticky vyhraněný prezident republiky se může ve výběru kandidátů na funkce soudců Ústavního soudu častěji orientovat na podobně vyhraněné osobnosti, čemuž by měl Senát čelit. Nominace aktivních politiků není, za samozřejmého předpokladu splnění ústavních a zákonných podmínek, vyloučena. Jde nicméně o důkladné posouzení způsobilosti jednotlivých kandidátů (viz též znění slibu soudce Ústavního soudu), aby se pokud možno zamezilo obchodům typu „našeho poslance na soudce výměnou za podporu tohoto zákona“. Slabší vazba Senátu na politické dění ve Sněmovně je zde nespornou výhodou.

4. Bylo by velmi účelné, kdyby veřejným jednáním Senátu a jeho orgánů o vyslovení souhlasu se jmenováním soudců Ústavního soudu věnovala širší veřejnost patřičnou pozornost bez ohledu na konkrétního kandidáta. Právě veřejná diskuse může napomoci odhalit skutečnosti svědčící proti vyslovení souhlasu. Jelikož prezident republiky je orgánem monokratickým, může být debatní platformou jen Senát. Z tohoto důvodu by však neměla být doba mezi zasláním žádosti prezidenta republiky a vyslovením souhlasu Senátem příliš krátká.

5. Prezidentu republiky, ale i právnické veřejnosti, by bylo ku prospěchu explicitnější formulování představy ideálního kandidáta ze strany senátorů. To by ovšem předpokládalo obsírnější rozpravy vedené v plné schůzi Senátu. Z dosavadních jednání lze ocenit jak důraz kladený na transparentní výběr kandidátů, tak kritéria jejich posuzování: vymezování se vůči přemrštěnému právnímu formalismu, zahraniční zkušenosti, morální integrita atd.

6. Kvůli eliminaci rizika politických vlivů přesahujících proces výběru kandidátů by měl být respektován zákaz opakovaného jmenování, ať už zakotvený v Ústavě, anebo pouze praktikovaný.