Téma: BUDOUCNOST STÁTU A JEHO PRÁVNÍ AUTORITY

Jan Kysela

# STÁT JAKO OBR NA HLINĚNÝCH NOHOU
# OPOŽDĚNÉ POZNÁMKY K SERIÁLU O BUDOUCNOSTI STÁTU

***Abstrakt:*** *Článek volně navazuje na diskusi o roli státu a jeho tradičních atributech, jež probíhala v loňském „Právníku". V současném světě jsme konfrontováni s různými typy států, např. moderními, postmoderními a postkoloniálními. Liší se mírou centralizace veřejné moci a povahou politického národa. V Evropě nacházíme státy velké svými úkoly a vzbuzeným očekáváním, avšak slabé díky různým omezením. Někdy jsou připodobňovány „státům" středověkým. Z těch vnějších omezení je možné zmínit rostoucí význam mezinárodního práva, globalizaci a evropskou integraci. Mezi vnitřními je podstatné slábnutí důvěry ve stát a obecný zájem, posilování soudní moci na úkor mocí politických nebo větší význam málo regulované moci sociální. Průřezový charakter mají lidská práva, jež jsou ukotvena mezinárodně i vnitrostátně. Velmi podstatné je narušování homogenity společností v některých státech až do podoby etnicky či nábožensky segmentovaných subkultur.*

***Klíčová slova:*** *stát, omezená moc, lidská práva, mezinárodní společenství, evropská integrace, globalizace*

## ÚVODEM

Obraz obra na hliněných nohou se mi zdá být poměrně výstižnou metaforou pro současné státy, a to zejména evropského typu. Jde o státy velké svými úkoly, nikoliv nutně územím či počtem obyvatel. Jelikož jsou velké, jsou také drahé, avšak leckdy nepříliš silné, tedy různě omezené. Hliněné nohy jsou ohrožené vlhkem, ale možná také nadměrným suchem, nemluvě o zemětřesení – zkrátka leckdy se mohou ukázat být nedostatečnou oporou pro obrovo tělo. Ležící obr bez schopnosti pohybu je obrem nemohoucím. A nemohoucí stát je státem neužitečným. Alternativou slabého obra, případně státu ve stavu rozvalu, jenž je častým jevem v Africe, je efektivní obr T. Hobbese, jehož zbytnělou verzi nabízely totalitní systémy 20. století. Alternativou jiného typu je liberální stát, rovněž efektivní, avšak malý či útlý, případně i vysněný stát konzervativců, ovládaný principem subsidiarity, tj. působící jen jako doplněk občanské společnosti.

Ústřední tezí tohoto textu tedy je, že státy, v nichž žijeme, jsou velké, ale slabé. Jistě to nemusí být postřeh příliš originální. I tak je snad účelné pokusit se sumarizovat jeho příčiny a projevy. Nejde mi přitom o nějaké vychvalování státu, natožpak o jeho zatracování. Nejdříve se tedy dotknu skepse k současnému státu, pozorování jeho „odcházení" či „rozpouštění" v různých sítích, jež jsou obecnou metaforou posunu ke světu s menším významem hierarchií různého typu. Ve druhém kroku upozorním na posilování státu a růst očekávání vůči němu v minulosti, jež jsou vlastně východiskem pro posuzování jednotlivých faktorů omezujících takto „nabuzenou" státní moc. Nástinu těchto faktorů, nahrubo rozdělených na vnější a vnitřní, je věnován zbytek článku.

## 1. SOUČASNÁ SKEPSE K MODERNÍMU STÁTU

Ročník 2013 byl v *Právníku* zahájen studií P. Holländera, jež byla příznačně nazvána *Soumrak moderního státu*; ukotvena byla zejména v německé literatuře.[1] Během roku na něj navazovala řádka mladších autorů, kteří buď sdíleli diagnózu soumraku, avšak spíše ji vítali, případně vykreslenou podobu moderního státu odmítali jako nikdy neexistující.[2] Zde už převažovali referenční autoři anglosaští, případně francouzští. U nich se místo o státu píše spíše o vládnutí, často opatřeném adjektivy jako „post-suverénní" nebo „post-nacionální". Stát je spojován s represí (mocí), vydělováním „my" a „oni". Oproti tomu je preferován poněkud neurčitý proces, všechny zahrnující (inkluze) a všem popřávající sluchu (responsivita). Procesuální pojetí je blízké deliberativní teorii, jež má dalekosáhlé implikace politické i právní.

Dá se z toho něco vyvodit? Generační rozdíl („dobře už bylo" versus „radostná právní věda v postnacionální společnosti", jak zněl podtitul jedné z navazujících statí)? Odlišná reflexe významu státu v literatuře německé a jiných? Pokus o rozlišení psaní deskriptivního (něco se děje) a normativního (je dobře/špatně, že se to děje), který však připadá v úvahu jen tehdy, pokud si nemyslíme, že i popis znamená vždy nějaké konstruování reality? Završení doby s uchopitelnou substancí, vůči níž tu naši vymezujeme tím, co vlastně není (různá „post")?

Pochybnosti o současném státu se nijak výjimečně propojují s odkazy na středověk, v němž bylo možné se setkat s mnohými prvky, jež se nyní vracejí.[3] Týká se to personality práva (mj. multikulturalismus), překrývání jurisdikcí (ústavní pluralismus), oslabování státu jako jednoho z mnoha sociálních svazů namísto hegemona domény politična (pluralistická perspektiva) apod.[4]

N. MacCormick podobnost „tehdy" a „nyní" vidí ve sváru jurisdikcí papeže a císaře, respektive Evropských společenství a jejich členských států. Koexistence a střetávání partikulárních řádů vyvolává otázku, který z nich převáží; a ta je relevantní z hlediska adresátů norem.[5] Podobně má právě při pohledu na evropské reálie s nadnárodními strukturami a nejrůznějšími zprostředkovateli moci, vlivu a zájmů W. Reinhard dojem, že moderní stát skončil, takže bude přežívat jen jako jedna z konkurujících si entit. Doslova mluví o „novém středověku", jenž se od toho skutečného neliší mnohostí zprostředkovatelských instancí, nýbrž absencí společných hodnotových představ – není tu

[1] Tím se nechce říci, že německá literatura je monolit, jen se státu tradičně věnuje s velkou důkladností. Holländerův soumrak se týká poukazů na „metafyzický korelát" limitující moc většiny (přirozenoprávní zákazy), neshody ve zdůvodnění lidských práv (jaká, odkud), „outsourcing" (privatizaci) státu, dekonstrukci právního řádu v podobě jeho fragmentace i ztráty pořádacích principů, rozmlžení odpovědnosti, ústavní pluralismus se střetem nároků různých soudních instancí mít konečné slovo ve sporu či oslabování vztahu jednotlivce a státu.

[2] Explicitně se jedná o PŘIBÁŇ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O „radostné" právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*. 2013, č. 2; AGHA, P. Einmal ist keinmal. *Právník*. 2013, č. 4 a ŠEJVL, M. Stát jako nositel sekularizace? *Právník*. 2013, č. 10; ve volnějším smyslu i GREGÁREK, M. Justification as fairness: liberalismus jako symetrický rámec pro justifikační teorie. *Právník*. 2013, č. 9.

[3] Podrobněji KYSELA, J. Věčné návraty aneb středověk neskončil. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2014, č. 1, v tisku.

[4] K „nové středověkosti" viz též BECK, U. *Co je to globalizace? Omyly a odpovědi*. Brno: Centrum pro demokracii a kulturu, 2007, s. 131.

[5] MacCORMICK, N. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 8–9 a 20–21.

*Imperium Christianum*.[6] Ve větší míře spíše vnitrostátní podobnosti se středověkým korporativismem si všímá v současné, pluralismem způsobené, polyarchii (vládě mnohých) také H. Huber.[7]

Naopak D. Grimm akcentuje rozdíly mezi současností a středověkem: tehdy existoval jediný typ organizace veřejné moci, dovolávající se božského posvěcení, zatímco dnes představují státy moře, v němž se objevují ostrovy „mezinárodní veřejné moci". Domnívá se, že středověkými analogiemi pro pochopení současnosti nic nezískáme.[8] I on však nakonec – v jiné své práci – přitakává užití středověké analogie, ovšem ve vztahu k mezinárodnímu společenství, v němž vidí množství nezávislých nositelů rozptýlené moci.[9]

Není asi podstatné přít se o to, nakolik rozvolňování státu připomíná středověk, anebo představuje novum. Význam přemýšlení o středověku tkví především v tom, že upomíná na dobu před vznikem moderních států. Tím dává najevo, že moderní stát je jedním z typů politické organizace společnosti. Před ním to byla polis, impérium či personalizované uspořádání veřejné moci převážné části středověku. Jistě však může přijít něco i po něm. Ostatně zmíněná studie P. Holländera byla zahájena obšírnou citací z *Pojmu politična* C. Schmitta, věnovanou konci epochy států. To můžeme stejně tak chápat jako předznamenání myšlenky „velkoprostoru", jíž se C. Schmitt věnoval od konce 30. let 20. století, tak i jako vizi evropské integrace překonávající národní státy.[10]

Schmittův pocit „odcházení" státu nebyl úplně unikátní. A. D. Lindsay v roce 1920 prohlásil: „*K teorii nezávislého suverénního státu je třeba v první řadě říci to, že je očividně překonána politickými fakty.*"[11] Tím mínil vývoj mezinárodního společenství, jenž zpochybňoval (povestfálskou) suverenitu států. A to jak v podobě série konferencí, z nichž už před 1. světovou válkou vzešly haagské úmluvy o pravidlech vedení války, anebo v podobě zřízení Stálého soudního dvora mezinárodní spravedlnosti v rámci Společnosti národů. A dokonce už dvě desetiletí před Lindsayem upozorňoval G. Jellinek na rozdíly mezi suverénními státy 16. až 18. století, jež přijímaly jen krátkodobé závazky, a trvalejším omezením zákonů a správy v jeho současnosti. Jelikož však bral na vědomí fakt, že absolutně neomezená státní moc je neslučitelná s historickou zkušeností, nedomníval se, že smluvní omezení státu vede ke zmenšení jeho suverenity.[12]

---

6 REINHARD, W. *Geschichte des modernen Staates*. München: C. H. Beck, 2007, s. 123.

7 Srov. BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době. Proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 124.

8 GRIMM, D. *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin: Berlin University Press, 2009, s. 105–106.

9 GRIMM, D. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: P. Dobner – M. Loughlin (eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 18.

10 Tendence překonávání národních států se objevuje pravidelně. Liší se samozřejmě motivy, způsoby i výsledky. „Velkoprostory" představují parcelaci světa mezi několik velmocí – hegemonů. Blíže k tomu HOOKER, W. *Carl Schmitt's International Thought: Order and Orientation*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2009.

11 SKINNER, Q. *O státě*. Praha: Oikoymenh, 2012, s. 97.

12 JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 786–787. Obdobně ke vstupu do uskupení států nebo převzetí mezinárodního závazku jako projevu suverénní moci FILIP, J. – SVATOŇ, J. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 42–43. Téhož si všímá i Ústavní soud ČR v prvním tzv. lisabonském nálezu (Pl. ÚS 19/08), má-li se vypořádat s námitkou na střet Lisabonské smlouvy a suverenity ČR – způsobilost státu se omezit je projevem, nikoliv popřením suverenity. Srov. bod 100. Je ovšem třeba dodat, že z hlediska právní suverenity nemůže jít o omezení trvalé, respektive neomezené. Z tohoto hlediska má úprava práva států vystoupit z Evropské unie deklarativní význam, takže podstatná je v ní spíše regulace parametrů procesu

Na trvající důležitost státu upozorňuje v současné české literatuře např. V. Belling, další autor důkladně obeznámený s literaturou německou.[13] Dáno je to přemýšlením o legitimitě veřejné moci, jíž váže na existenci politického národa s určitou mírou homogenity. V takové entitě je možné uvažovat o obecné vůli, obecném rozumu či obecném zájmu, což jsou kategorie, s nimiž můžeme spojovat T. Hobbese, J.-J. Rousseaua i E. Burka, ale také C. Schmitta nebo H. Hellera. Reference k obecnosti značí zahrnutí zájmů i těch menšin a jednotlivců, kteří nebyli pro konkrétní rozhodnutí, stále jsou však součástí „my". Při absenci homogenity, onoho pocitu pospolitosti, rovnosti či stejnorodosti, se zdá být většinové rozhodnutí problematické co do způsobilosti vyžadovat loajální podřízení nesouhlasících.[14] Právě sem míří poukazy na absenci evropského „dému" jako limitu většinového rozhodování orgánů Evropské unie.[15]

Nikterak to přitom neznamená, že by „lid" či „národ" musel být útvarem přirozeným, respektive přírodním, definovaným krví. Uznává se, že národy jsou sociální konstrukty, plody imaginace (B. Anderson).[16] Imaginace zde ovšem neznamená pustou vymyšlenost, spíše sebeuvědomění spojené se symboly, mýty, osudem. Nevylučuje to tudíž existenci evropského „dému" v pojetí modulární, tj. nevýlučné (skládací), identity lokální – regionální – národní – evropské. Jen se má za to, že evropská složka sebeidentifikace většiny občanů států Evropské unie není příliš silná, respektive liší se stát od státu. Nevyžadujeme-li ovšem nutně předem pocit sounáležitosti, můžeme samozřejmě lid konstruovat zákonem, případně ústavou. Takto na rozdíl mezi politickou jednotou a předpolitickým množstvím (*multitudo*) nahlížejí někteří političní filosofové.[17] Do jisté míry tím reflektují vývoj v USA, kde se americká identita jako dominantní rodila postupně, tedy až po vzniku institucionálního rámce. Ostatně lid považoval za konstruovaný zákonem rovněž lord kancléř Northington v 60. letech 18. století,[18] na umělost lidu narazíme i u Aristotela apod.[19]

---

vystoupení. Úprava by však jistě neměla být chápána způsobem: jelikož můžete vystoupit a nevystupujete, podřiďte se čemukoliv. Také proto je zakotvena ochrana národní identity členských států v čl. 4 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii. K tomu ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*. 2014, č. 2, a v širším kontextu ONDŘEJKOVÁ, J. *Princip přednosti evropského práva v teorii a praxi soudů členských států Evropské unie*. Praha: Leges, 2011.

13 Srov. zejména BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době*…

14 V obecnějším smyslu srov. k tomu dva ilustrativní citáty F. Fukuyamy: „*Liberální demokracie vždy závisela na řádném fungování určitých (sdílených) hodnot.*" „*… tam, kde žijí lidé příliš rozmanití z hlediska kultury, jazyka, náboženství nebo etnického původu, nikdy nevznikne opravdové občanské společenství, které dokáže své členy přimět, aby dodržovali společné neformální normy.*" FUKUYAMA, F. *Velký rozvrat. Lidská přirozenost a rekonstrukce společenského řádu*. Praha: Academia, 2006, s. 23 a 92. Míří tím jak k vytváření pocitu „my", které předpokládá menší množství rozdílů, než ve vztahu k „oni", tak i k limitům různých neformálních pravidel, jež následně vedou k většímu tlaku na pravidla autoritativně formalizovaná. I ta však předpokládají nějakou míru důvěry v to, že nejsou vnucená, a to zvláště v demokraciích.

15 Této otázce se věnuje mj. A. Somek, když kolektivní sebeurčení spojuje s pocitem přijetí rozhodnutí někoho jiného za své vlastní. Současně však upozorňuje na rizika mýtického chápání kolektivu, jemuž tváří v tvář jednotlivec neznamená nic. SOMEK, A. Europe: Political, Not Cosmopolitan. *European Law Journal*. 2014, č. 2.

16 ANDERSON, B. *Představy společenství. Úvahy o původu a šíření nacionalismu*. Praha: Karolinum, 2008.

17 MICHELMAN, F. J. – FERRARA, A. *Polemika o ústavě*. Praha: Filosofia, 2006, s. 66.

18 McILWAIN, Ch. H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianopolis: Liberty Fund, 2007. Do značné míry jde o variaci na spor o vztah krále (*rex*) a zákona (*lex*), který byl patrný ve středověké Anglii, ale doznával ještě za Jakuba I.: je zákon odvozen od krále, anebo král od zákona?

19 Z této optiky je identita jednotlivce „přirozená", respektive nesporná. Stejně tak se však dá uvažovat o tom, že identita jednotlivce je formována jeho okolím, strukturami „my" a „oni" apod. Z těchto pozic tradiční konzervativci a moderní komunitaristé poněkud zpochybňovali samozřejmost primátu jednotlivce před

Proti pozicím homogenity lidu je možné postavit H. Kelsena s jeho skepsí nejen k ní, ale i k obecné vůli: jde přece pouze o fikce. Existuje právě jen ono množství (*multitudo*). Legitimitu většinového pravidla zdůvodňuje nejsnazším provedením změny: stačí souhlas poloviny a jednoho dalšího člena rozhodujícího sboru.[20] Předpokládá to samozřejmě pozitivní naladění vůči změně, nikoliv vůči ochraně *status quo*.

Stát není zařízením nutným, dozajista však současnému světu jako forma politické organizace lidí dominuje. Koneckonců stále existují národy či národnostní skupiny, které usilují o svůj stát jako formu realizace vlastních potřeb a zájmů. Dozajista jej tedy nepovažují za součást dějinného smetiště. Není ovšem stát jako stát. I v rozrůzňování států je patrné, jak se moderní stát proměňuje.[21] Svou roli v tom sehrávají také metafory sítí, a to jak v prostředí mezinárodním, tak i uvnitř státu.

## 2. SÍTĚ, PRÁVNÍ POLYCENTRISMUS, ÚSTAVNÍ PLURALISMUS[22]

Ve vztahu k právu se obraz sítí objevuje v teoriích právního polycentrismu a ústavního pluralismu. Jde o pokus zachytit posun ve vnímání struktury právního řádu, který buď ztrácí jediné ohnisko (základní norma), nebo se mění pojetí tohoto ohniska. Nejde již o špici pyramidy (byť i to bylo vždy jen zjednodušenou metaforou reality), od níž se odvíjejí nižší úrovně právního řádu. Významné části právního řádu už nemají svůj původ na území státu, nejsou tedy svou existencí (platností) odvozeny od onoho ohniska. Naproti tomu bychom mohli mluvit o zachování ohniska právního řádu v tom případě, že s ním nespojíme vznik, ale účinky mimo území státu vzniklých právních norem (inkorporace mezinárodních smluv, integrační zmocnění pro vstup do Evropské unie, případně ustanovení pojednávající o účincích evropského práva). Právo by tak stále mohlo být „příkazem suveréna", jakkoliv ten jej z určité části nevytváří, určuje však, co jím je, a to bez ohledu na původ.

Na popsaném jevu není nová sama existence právních systémů mimo území jednotlivých států (viz dávné kořeny mezinárodního práva a ještě mnohem dříve potýkání se práva říšského, římského, kanonického a teritoriálních států), ale intenzita jejich působení, respektive jejich reflexe ústavodárstvím a judikaturou ústavních soudů. V důsledku toho je hierarchický model přinejmenším doplňován, možná dokonce zatlačován sítěmi, respektive síťovými vztahy.[23] Místo jednoznačné převahy vyššího práva nad nižším

společností (nevstupuje na prázdný svět, jenž je mu k disposici). U. Haltern zase v kontextu teorie suverenity uvádí, že občan je vlastně až produktem suverénního lidu. Viz HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 40.

[20] Např. KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie.* Praha: Orbis, 1933.

[21] „*Je obecně uznáváno, že žijeme v období eroze státnosti*", říká GRIMM, D. *The Achievement of Constitutionalism…*, s. 13.

[22] Tento oddíl vychází z autorova textu *Měnící se struktura právního řádu a jeho atributy*, který je přístupný jako *Eric Stein Working Paper*. 2009, č. 1.

[23] Obecněji ke „zplošťování" světa, v němž jsou hierarchie autorit, hodnot, organizací atd. nahrazovány „plochými" sítěmi (viz např. antiglobalizační nebo teroristické sítě bez jednoznačných vůdců) srov. FRIEDMAN, T. L. *Svět je plochý. Stručné dějiny jednadvacátého století.* Praha: Academia, 2007. Kriticky k představě masivního opouštění hierarchií srov. FUKUYAMA, F. *Velký rozvrat*, s. 239–240. Říká: „*Tak či onak, lidé nemají nic proti hierarchiím ze zásady, ale vadí jim ty hierarchie, v nichž se ocitají nejníže.*" Hierarchie jsou vyjádřením lidských tužeb po uznání.

(*lex superior derogat legi inferiori*) je třeba mezi sítěmi „překládat", mj. i proto, že nelze stanovit, co je vyšší a co nižší, protože se liší perspektivy. Ilustrativním je citát B. Latoura, ač není přímo určen smíšeným či sdíleným vládám nebo překrývajícím se právním řádům: „*Naší lodí je pojem překladu anebo sítě. Síť, jež je ohebnější než pojem systému, historičtější než pojem struktury, empiričtější než pojem komplexnosti, je Ariadninou nití smíšených historií.*"[24]

V tomto duchu Evropský soudní dvůr nárokuje přednost evropského práva před právními řády členských států, a to včetně jejich ústav. Ústavní soudy členských států zase prohlašují za nejvyšší zákon své ústavy, a to s možností zkoumat evropské akty jako akty *ultra vires* ve vztahu k delegaci pravomocí.[25] J. Wintr k tomu říká: „*V evropském právu tak má poslední slovo Evropský soudní dvůr, ve vnitrostátním právu ústavní soud. Protože žádný z těchto právních systémů nemůže být definitivně nadřazený druhému (pokud se EU nestane státem), je případný konflikt názorů Evropského soudního dvora a ústavního soudu členského státu právně neřešitelný a musel by se překlenout politicky.*"[26] A do třetice mezinárodní právo považuje jiné právní systémy za pouhé *questiones facti*.[27] Z hlediska normativistů, pro něž stát splývá s právním řádem, by ten řád, který se nakonec prosadí jako relevantní pro určování jednání právních subjektů, nejspíše korespondoval státu.[28]

Zřetel věnovaný problému centra, ohniska, zdroje právního řádu ve vzájemně neslučitelných perspektivách spojuje polycentrismus s ústavním pluralismem. Ten je modelem vysvětlení evropské integrace na bázi odlišné od víceméně zavedené představy federativního státu (klasický konstitucionalismus). Ústavní pluralismus totiž rovněž rezignuje na určení „vyššího" práva a spíše se pokouší operacionalizovat konkurenční nároky jednotlivých právních systémů (a ústavních jurisdikcí) tak, aby nedocházelo k patům. Preferuje dialog zainteresovaných před „silovým" posledním slovem autority, která pro udržení řádu v právu podle „pluralistů" není nezbytná. Neexistuje nicméně v jediné variantě, vztažen ani není výlučně k Evropské unii,[29] čehož dokladem může být např. případ Evropského soudu pro lidská práva *Bosphorus Airways* v. *Ireland* (stížnost č. 45036/98).

---

[24] BURKE, P. *Společnost a vědění. Od Gutenberga k Diderotovi*. Praha: Karolinum, 2007, s. 243.

[25] Český Ústavní soud přeměnil výhrůžku v realitu v kauze tzv. slovenských důchodů, když se výslovně odmítl řídit názorem Evropského soudního dvora. Nevíme ovšem, kolik je případů, kdy se národní soudy v Unii neřídí odpověďmi Evropského soudního dvora, aniž by to příliš ventilovaly.

[26] WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 191.

[27] Srov. též čl. 46 Vídeňské úmluvy o smluvním právu: „*1. Skutečnosti, že při vyjádření souhlasu státu s tím, že bude vázán smlouvou, došlo k porušení některého z ustanovení jeho vnitrostátního práva týkajícího se oprávnění uzavírat smlouvy, se stát nemůže dovolávat jako důvodu pro zrušení svého souhlasu, ledaže toto porušení bylo zjevné a týká se zvlášť důležitého pravidla jeho vnitrostátního práva. 2. Porušení je zjevné, jestliže je objektivně zřejmé kterémukoliv státu postupujícímu v této věci podle obvyklé praxe a v dobré víře.*"

[28] Je to pěkný příklad, jak se dá normativismus napojit na sociologickoprávní přístupy, což normativisty samozřejmě nebylo považováno za žádoucí, protože operovali s myšlenými předpoklady a odvozováním. V tomto smyslu se dá připodobňovat základní norma Hartovu pravidlu uznání, jež je ukotveno v sociální praxi (právo rozpoznávané v jednání soudců a jiných oficiálních činitelů, je-li akceptováno veřejností). V kostce představuje tyto dva přístupy k poznávání norem ve své pěkné knize KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Prahe: Leges, 2013, s. 22 nn.

[29] AVBELJ, M. – KOMÁREK, J. (eds). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012. Koncentrovaným úvodem do této tematiky je redigovaný záznam semináře Evropského univerzitního institutu AVBELJ, M. – KOMÁREK, J. (eds). Four Visions of Constitutional Pluralism. *EUI Working Papers, Law*. 2008, 21.

V něm je patrné, jak mezinárodní právo reaguje na soužití vnitrostátního a (zejména) evropského práva s tím, že poslední slovo si tentokráte nárokuje právě štrasburský soud.

D. Halberstam na víceméně zavedený pojem ústavního pluralismu (idea konkurenčních nároků na ústavní autoritu v rámci jediného systému vládnutí) navazuje vlastní koncepcí ústavní heterarchie, tedy ne-hierarchického řádu.[30] Evropská unie i USA jsou si podle Halberstama blízké absencí hierarchie mezi právními systémy a normami na straně jedné (EU) a absencí hierarchie mezi institucemi interpretujícími ústavu na straně druhé (interpretační pluralismus v USA): v obou systémech tak chybí konečná právní autorita, a přesto je v nich pozorovatelný řád. Ten ale nevyplývá z jednostranného prosazování se nadřazeného, nýbrž ze vzájemného přizpůsobování se (akomodace) za účelem prosazení tří základních hodnot konstitucionalismu. Těmi jsou „hlas" (*voice*), tj. právo být slyšen – reprezentován, dále odbornost a konečně práva, respektive jejich ochrana. Tyto hodnoty nemohou být jednoznačně přiřčeny jednotlivým státním mocím, potažmo je ztělesňujícím orgánům (prezident, Kongres, Nejvyšší soud) – každá z mocí se citovaných hodnot dovolává v různých situačních kombinacích, každá chce být konečným arbitrem, každé se to občas daří. Nejvyšší autorita tak je oscilující; předem nelze s jistotou určit, čí názor se prosadí, jakkoliv v „běžných" záležitostech převažuje interpretace soudcovská.[31]

V popsaných případech se setkáváme s omezenou předvídatelností toho, kdo a jak rozhodne, ba s jakousi „tekutostí". Tekutost je však vlastností vody. A slavný historik náboženství M. Eliade případně upozorňuje, že v řadě mýtů působí vodní hlubiny jako symbol chaosu (potopa je ústupem do beztvarého), zatímco ustanovení „pevných forem" odpovídá aktu Stvoření, vítězství řádu.[32] V komplexní realitě současného světa jako by se stvoření řádu přesouvalo na úroveň konkrétních rozhodnutí rozhodovatele, jenž bude v daném případě uznán jako konečný relevantním publikem, respektive společenstvím. Koneckonců rozhodnutí jako předěl ne-řádu a řádu najdeme u různých autorů jak ve vztahu k mikroúrovni rozhodnutí soudcovského, tak makroúrovni rozhodnutí suverénního.

## 3. RŮST MODERNÍHO STÁTU

Máme-li mluvit o faktorech oslabování moderního státu, je snad účelné věnovat se nejdříve krátce expozici růstu jeho moci.

Vytváření moderní státnosti představuje proces eliminace konkurence mocenských center. Omezováno či eliminováno (Anglie) bylo přímé působení papeže, katolická církev a v ještě větší míře církve ostatní (protestantské) se dostaly pod dohled státu, jakkoliv na něj a jeho politiku jistě měly nadále značný vliv (školství, veřejná morálka, zpovědníci panovníků atd.). Podlamována byla autonomie šlechty, jež byla ve větší míře připoutávána ke službě dvorské, úřední či vojenské. Šlechtický velkostatek nejpozději v 19. století ztratil postavení správní jednotky a „rozpustil se" ve správě územní. Stavovské orgány

[30] HALBERSTAM, D. Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflict in the European Union and the United States. *University of Michigan Law School. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper.* June 2008, No. 111.

[31] V tomto ohledu je možné heterarchii zařadit do blízkosti politického konstitucionalismu, který se vymezuje vůči konstitucionalismu právnímu, v němž sehrávají roli hegemona soudy. V politickém konstitucionalismu s ústavou nakládají všechny moci, větší váhu zde má politický proces s občanskou participací.

[32] ELIADE, M. *Mýtus o věčném návratu.* 2. vyd. Praha: Oikoymenh, 2009, s. 55.

byly zatlačovány odbornou státní byrokracií. Jednotlivec byl podřizován státní moci její teritorializací: jeho právní status měl územní, a nikoliv osobní základ. Koneckonců příslušnost k území neměla v intencích augsburského míru rozhodovat pouze o právu, ale i o náboženství, v němž se veřejný prvek mísí se soukromým a profánní s transcendentním.

Jde o vývoj působivě popisovaný A. de Tocqueville v souvislosti s tím, jak starý režim napomohl dílu Revoluce.[33] Centralizace a etatizace ničila intermediární struktury, jež omezovaly bezprostřední dosah působení státní moci a do určité míry i jednotlivce (typicky cechy). Nicméně intermediární struktury představovaly svého druhu také úkryt před státní mocí: po jejich rozbití nebyl mezi státem a (atomizovaným) jednotlivcem žádný prostředník. To se negativně projevilo právě za Revoluce s jejími ambicemi zásahů do životů, výrazně přesahujícími ambice králů.

Podobně to vyjadřuje velký historik Francouzské revoluce *F. Furet*: „*Výsledkem Revoluce totiž nakonec byla atomizovaná společnost izolovaných jedinců, spojených v politické rovině všeobecnou vůlí, proklamující to, co jim bylo společné. Ve skutečnosti však byli velmi rychle podřízeni administrativní diktatuře, což byl jediný prostředek, jak zastavit anarchii, která je s takovýmto radikálním individualismem nerozlučně spjata.*“[34] A pro větší působivost cituje z parlamentní řeči *P. P. Royer-Collarda* z roku 1822: „*Tam, kde neexistuje nic než jednotlivci, jsou všechny záležitosti, které se jich přímo netýkají, záležitostmi veřejnými, záležitostmi státu.*“[35]

Ovládne-li ovšem stát veřejný prostor, znamená to, že všechna ne-privátní očekávání jsou směřována právě ke státu, a nikoliv také k církvi, obcím, cechům nebo panstvím. Kdo se postará o slabé? Kdo se postará o všechny, nečekáme-li leckdy nic od rodiny, ba ani od sebe? Je to možná něco na způsob sebenaplňujícího se proroctví: stát potřel konkurenty, soustředil na sebe různá očekávání, a to jej dále pohánělo k posilování svých funkcí.

Od funkcí pořádkových tak přechází k zajišťování pozemského blaha (blahobytu) ve formě sociálního státu (různá pojištění, instituce sociální péče), k čemuž je třeba peněz, takže dochází k výraznější redistribuci příjmů. Oslabováním (ústupem) státu se tak někomu může jevit i stav, kdy přestávají být peníze na zajišťování sociálních služeb, jež byly realizovány v minulosti a stále mohou být žádané. Jde ale o selhávání, anebo jen o ztrátu iluzí?

Stát se soustředěností na tento svět odlišuje od církve, která se starala především o blaho věčné a ve vztahu k blahu pozemskému využívala spíše darů. Nicméně návaznost na církev se projevovala a projevuje v pastorálním pojetí moci státu (M. Foucault). Státní moc získává vychovatelský rozměr, vyjevuje se v péči o výchovu a blaho každého jednotlivce, jen někdy explicitněji (jakobíni, bolševici), jindy mlčky. Pastorální moc zdaleka přesahuje pouhé zajištění pořádku či bezpečí; s jejími prvky se setkáváme v každém moderním státu.[36] Také v tom je patrné, že stát nastoupil na místo církve.[37]

---

[33] TOCQUEVILLE, A. de. *Starý režim a revoluce*. Praha: Academia, 2003.

[34] FURET, F. *Francouzská revoluce. Díl 2. Ukončit revoluci. Od Ludvíka XVIII. po Julese Ferryho (1815–1880)*. Praha: Argo, 2007, s. 50.

[35] Ibidem, s. 51.

[36] ŠEJVL, M. Stát jako nositel sekularizace? *Právník*. 2013, č. 10, s. 981 nn.

[37] HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?*, s. 30. Podle Halterna můžeme ve státu vidět posvátno, jež značí jednak přesahování jednotlivců, jednak nárok na ultimátní loajalitu. To odpovídá Schmittově tezi o oprávněnosti státu žádat, aby za něj jeho občané položili život, protože stát drží monopol určování přítele a nepřítele, jenž je podstatou politična.

Už zmíněný Tocqueville si všímal demokratického tlaku na konformitu, který se projevuje ve zvětšování vládní kontroly nad jednotlivcem, a to i v podobě „jemné", neviditelné moci. Demokracie je přece vládou většiny, což otevírá prostor pro úvahy, o čem všem má většina rozhodovat: také o vkusu, o dobru i zlu? A jde o většinu společenskou, která určuje či udržuje mravy a sociální konvence, anebo většinu politickou, jež pohání státní mechanismus disponující donucením přesahujícím společenský odsudek? L. Tiger užívá pojmu „byrogamie", kterým chce vyjádřit situaci, kdy stát převzal roli otce v neúplných rodinách, o jejichž (spolu)financování se stará.[38] Býváme konfrontováni s odebíráním dětí z rodinné péče, ač děti zdaleka ne vždy bývají rodiči mučeny v konvenčním slova smyslu. Jenže za mučení může někdo považovat i pohlavek, případně i chudobu.

Pro Foucaulta je v podobných kontextech jasná souvislost s pastýřskou úlohou státu, který chce být arbitrem lidského štěstí.[39] Vzniká tak mj. biopolitika zajímající se o zdraví i život, respektive pouhý, nepolitický život (*zóé*) lidí v míře dříve nebývalé; překračuje tak jedno z tradičních omezení politiky a veřejné moci. Nyní mají být i takto intimní otázky předmětem rozhodování většiny, a to včetně témat typu eugenika nebo euthanasie, jež bývala považována za vyloučená z dosahu veřejné moci, protože náležela Bohu nebo přírodě.[40]

A kde je zájem státu, respektive zájem politický, tam má tendenci se objevit i právo.[41] Po překonání duality státu a společnosti běžné v 19. století tak ztrácí veřejná moc další limit a proniká hlouběji do soukromí. Zastavována začne být až nástupem lidských práv, které převrátí dosažený stav: ne automatické a presumptivně legitimní rozhodování většiny ovládající politické moci o všem, nýbrž zpochybnění rozhodování většiny s odvoláním na lidskoprávní aspekty (viz však dále k lidským právům jako titulu veřejnomocenského omezení individuálních voleb – antidiskriminační politika). Záleží samozřejmě na intenzitě a rozsahu tohoto omezování. Musíme si však být vědomi toho, že většinovému rozhodování musí být vyhrazen podstatný okruh témat, abychom vůbec mohli mluvit o demokratickém státu.[42]

Blaho se může projevovat různě: v plnění hrnců i v zajišťování všemožné rovnosti. Platí-li u Hobbese „*protego ergo obligo*", je důležité vědět, před čím vším stát jednotlivce chrání, a tedy si jej zavazuje poslušností. Problémem totiž je, že stát všestranně chránící má značný potenciál být státem všestranně utlačujícím.

V roce 1941 přišel F. D. Roosevelt s konceptem čtyř svobod, jenž byl následně promítnut ve Všeobecné deklaraci lidských práv OSN. Vedle občanské a politické svobody sem patřily i svoboda od strachu a nedostatku. Je však rozdíl v tom, zajišťuje-li stát jednotlivce před zločinem, anebo se stará i o to, aby měl co jíst. Případně jej dokonce chrání před citovou újmou, což je časté téma řady antidiskriminačních kauz. V některých případech jsou antidiskriminační kauzy založeny na tacitním předpokladu, že většinové postoje

38 FUKUYAMA, F. *Velký rozvrat*, s. 78–79.

39 LOUGHLIN, M. *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 29–30.

40 AGAMBEN, G. *Homo sacer*. Praha: Oikoymenh, 2012, s. 11 nn., s. 119 nn. K tématu vyšla celá kniha – FOUCAULT, M. *Zrození biopolitiky*. Brno: Centrum pro demokracii a kulturu, 2009.

41 FILIP, J. Biojurisprudence – nový pohled na právo nebo jen nový směr právní vědy? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, č. 2.

42 K americké diskusi o akcentech tu na demokracii, tu na lidská práva, srov. PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 71 nn.

a preference jsou represivní, takže identita s nimi spojená je vykazována do soukromí, zatímco postoje a preference různých menšin pronikají do veřejného prostoru. Stát má tedy zajistit, aby se nositelé většinových identit nechovali způsobem, jenž může být nositeli identit menšinových chápán úkorně. Někdy při tom slábne pozornost věnovaná rovnosti před zákonem a negativní svobodě jako vytýčení prostoru vlastního sebeurčení, jako by to byly samozřejmosti, o něž se není třeba starat. Historie však ukazuje, že samozřejmostí rozhodně nejsou. Jen se dříve kladl jiný typ důrazu na srovnání lidí ve výsledku: rovnost měla především sociální parametry, teď se ve jménu rovnosti v důstojnosti kompenzují rozdíly ve zdravotních hendikepech či kulturní identitě. Jenže tento typ dosahování rovnosti je založen na uvědomovaném odlišování: jelikož je XY jinaký, potřebuje dorovnat. A odlišování společnost rozděluje, nikoliv spojuje (záleží samozřejmě na míře).

Klíčová hodnota přiznávaná lidské důstojnosti je základem dignitaristické koncepce lidských práv, jíž lze spojovat s německým Základním zákonem a jeho duchovním zázemím. Od ní se odlišuje spíše anglosaská (možná liberální, možná libertariánská) koncepce negativní svobody.[43] Význam lidské důstojnosti je nepochybný a zásadní. Ošemetnou by se však stala při užívání v roli nástroje soudcovské politiky: rušení zákonů, respektive vynucování přijetí zákonů s určitým obsahem, protože jen ten odpovídá pozitivním právem samozřejmě nepříliš specifikované lidské důstojnosti. Pak by byly lidskoprávní katalogy zbytečné – vše by bylo odvoditelné z této jediné hodnoty.

V úloze státu se projevují i různé nové výzvy typu technologického rozvoje, problémů životního prostředí, mezinárodního terorismu (viz dále). K jejich zvládnutí je třeba peněz, takže oproti státu prapůvodně financovanému z panovnické domény došlo ke zmnožování jednorázových daňových odvodů a „darů" (berně schvalované stavy na panovníkovu žádost, více či méně dobrovolné dary církevních shromáždění) a později i k zavádění stálých plateb v podobě cel, přímých i nepřímých daní, jež během 20. století narůstaly. Současně se ukazovalo, že povaha zmiňovaných výzev vylučuje úspěšné zvládání jednotlivým státem. Vytvořily se tak stimuly pro mezistátní spolupráci, která sice zvyšuje kapacitu státu něco vyřešit, znamená však také omezení jeho manévrovacího prostoru jako autonomního aktéra.

## 4. FAKTORY OMEZUJÍCÍ MOC STÁTU

Limity moci státu se projevují různě. Omezují jej v tom, co reálně může, případně v tom, co smí, chce-li být považován za legitimní. Jindy jej naopak zavazují v podobě příkazů, co musí, jinak mu hrozí různé typy sankcí. Podle mého soudu lze rozlišit dvě velké skupiny takových faktorů, externí a interní. Specifickou je povaha lidských práv, jež působí průřezově jako limit každé veřejné moci. Ve stále větší míře také stát pozitivně zavazují k přijímání opatření tím či oním právem vynucených. Nejde tedy o volnou úvahu, nýbrž o imperativ, leckdy odvozený ze značně volného čtení textové podoby

[43] M. Rosenfeld a A. Sajó si rozdílu všímají ve vztahu ke svobodě projevu, jde však o obecnější koncepce. Viz ROSENFELD, M. – SAJÓ, A. Spreading Liberal Constitutionalism: an Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies. In: S. Choudhry (ed.). *Migration of Constitutional Ideas.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Pěkně o tom mluvil J. Baroš na konferenci „Demokratizace a lidská práva", jež proběhla v květnu 2014 na Fakultě sociálních studií v Brně.

lidskoprávních ustanovení (viz výše). Někdy tedy stát omezují, jindy jej zavazují k pronikání do sféry osobní autonomie. Omezující účinek je patrný ve vztahu ke státům uvnitř i vně: lidská práva jsou limitem státní moci a titulem pro vnější zájem o jednání státní moci na území státu i mimo ně.

## 4.1 Externí limity

### 4.1.1 Pluralita států

Přirozeným vnějším limitem moci státu je existence jiných států. Veřejnou moc stát uplatňuje na svém území; ve vzájemných vztazích mezi státy se mělo dlouho za to, že existuje něco jako přirozený stav bez regulační autority. Proto se ve vztazích mezi státy uplatňoval dyadický model řešení sporů se dvěma stranami, jež se buď dohodnou, anebo válčí.[44] Rovněž nárok suverenity být nejvyšší a konečnou mocí se vztahuje k určitému teritoriu, odhlížíme-li od předmoderní suverenity (supremace), jíž se dovolávali středověcí papežové a císaři ve vztahu k *Imperium Christianum*.

Nutnost střetávání se s jinými státy dopadala na jednotlivé aktéry odlišně v závislosti na jejich síle, tj. nejen velikosti území a počtu obyvatel, ale i bohatství, akceschopnosti armády, loajalitě občanů apod. Život ve stínu velmoci dozajista neomezoval suverenitu malého státu v právním smyslu, mohl však podvázat jeho manévrovací prostor (srov. ve 20. století fenomén finlandizace).

### 4.1.2 Mezinárodní právo

K těmto limitům téměř fyzikálním začaly přibývat během 20. století limity další, spíše ze světa sociálních konstruktů. Zvyšoval se počet mezinárodních smluv, jejichž obsahem byla stále širší paleta otázek (vedle politických i obchodní, zásady vedení války, doprava apod.). Postupem času se zintenzivnily účinky mezinárodních smluv zakotvováním generálních inkorporačních klauzulí do ústav, na základě nichž se smlouvy nejen stávaly součástí právních řádů, ale získaly i aplikační přednost před domácím právem. Ústavodárce tím omezil zákonodárce.[45] Paralelně byly propracovávány mezinárodní

[44] Mluvíme o moderních státech, kdy již nebyla běžně uznávána rozhodčí autorita papeže jako třeba ještě v roce 1494, kdy došlo k rozdělení světa mezi Portugalsko a rodící se Španělsko. To však neznamená, že by papež jako arbitr nemohl z iniciativy stran pře rozhodnout. Příkladem je pohraniční spor mezi Chile a Argentinou v 70. letech 20. století.

[45] Jeden z oponentských posudků vytkl článku přeceňování vnějších limitů, neboť oponent vychází z názoru o „ochočení" mezinárodního i evropského práva státy. Po mém soudu je to věcí perspektivy a míry. Z perspektivy mezinárodního práva (monistické) dozajista mohou být inkorporační klauzule překážkou pro vstup mezinárodněprávních pravidel do vnitrostátního právního řádu, z perspektivy práva vnitrostátního však jde o instrumenty regulovaného otevření se. Pěkně je to vidět už na článku A. Hobzy z *Právníka* č. 1 z ročníku 1923, který se věnoval publikaci a platnosti poválečných mírových smluv u nás, respektive na jeho mimoběžnosti s (nejen) dobovou praxí. Koneckonců o tom v četných textech pojednává J. Malenovský a v knize o mezinárodních smlouvách v českém právu také P. Mlsna a J. Kněžínek. Jde mi o možná banální poukaz na zúžení diskrece státu pro „všední den": zákonodárná, výkonná i soudní moc států v evropském prostoru si všímají pramenů mezinárodního práva v míře nesrovnatelné třeba s dobou před 2. světovou válkou, což samozřejmě nezlikvidovalo možnost smlouvy vypovědět či od nich odstoupit, fakticky se vyvázat z jejich plnění ve stavu státní nouze (případně výjimečný stav – viz níže), případně zrušit generální inkorporační klauzule a vrátit se k „přetavování" mezinárodních závazků cestou legislativních aktů. Nicméně pravděpodobnost odchodu např. ze štrasburského systému ochrany lidských práv s sebou nese důsledky, jež ne každý

mechanismy vynucování smluvních závazků v podobě dohledových výborů, rozhodčích panelů, případně i tribunálů a soudů. Dnes již působí i soudní orgány s obligatorní jurisdikcí, byť reakce států na jejich rozsudky jsou diferencované.

Ze sféry mezinárodních obyčejů vzešla kategorie pravidel označovaných jako *ius cogens*, jež se osamostatňují na vůli jednotlivých států stran ochoty se jim podřídit. Stejně tak se začal měnit náhled na subjekty mezinárodního práva, když vedle států a mezinárodních organizací začaly být beneficienty mezinárodního práva i fyzické osoby. Obojí souvisí s etablováním lidských práv jako pozitivizovaných práv přirozených. Ta se dokonce stala titulem k prolomení zásady svrchované rovnosti států a jejich územní integrity v podobě tzv. humanitární intervence: stát nemusí vést válku, ale přesto může být vnímán jako narušitel mezinárodního řádu, dopouští-li se např. genocidy. Legitimní institucionální záštitu humanitární intervence představuje OSN.

Přesto je mezinárodní právo nadále zacíleno primárně na státy. Jelikož se však v mezinárodním prostředí pohybují též další aktéři vymykající se ze státní regulace (obchodní společnosti, skupiny osob i jednotlivci), umocňuje se fenomén neregulované sociální moci, o němž bude ještě řeč.

### 4.1.3 Evropské právo a evropská integrace

V Evropě se však vedle mezinárodního práva zrodilo i právo evropské, jakkoliv odvozované ze smluvního základu. Ve vztahu k zapojeným státům představuje projekt evropské integrace limit zřetelnější, než jsou pravidla a instituce mezinárodního práva. Dáno je to širokým záběrem řešených otázek, propracovanou strukturou institucí připodobňujících se státu, i účinky evropského práva. Vzhledem k tomu se dá Evropská unie označit za svébytnou veřejnou moc působící na území členských států. Jistě se nedá říci, že by šlo o moc na státech nezávislou, ve vztahu k jednotlivému státu se však jedná o moc vnější. Jsou to státy, které Evropskou unii zřídily, rozhodují o jejím smluvním základu, který se z hlediska účinku blíží ústavám známým ze států, podílejí se na chodu unijních institucí. Stejně tak však platí, že Evropská unie může mít své zájmy, jež nejsou vektorovým součtem zájmů členských států, v jejím rámci mají státy nestejnou váhu i vliv, jsou konfrontovány s prointegrační judikaturou Evropského soudního dvora, zkrátka jsou „pány smluv", ne však nutně Unie samotné. Být pánem smluvního textu navíc není totéž jako být pánem významu tohoto textu, což je poučka známá z analýz vztahu zákonodárce a soudní moci.

Mezinárodní právo i evropská integrace se významně dotýkají suverenity států, klasického konceptu spojeného s moderním státem od jeho počátků.[46] Jde o pojem se středověkými kořeny, v nichž se prolínají nároky papežů (*suprematio*), císařů a francouzských králů (*souverain*). Moderní kontury mu vtiskl J. Bodin, v pozdějším vývoji došlo ke zřetelnější depersonalizaci suverenity ve prospěch státu nebo poněkud abstraktního lidu. Mluvit tak můžeme o suverenitě státu, panovníka, lidu, parlamentu, ústavy, pravidla nebo právního řádu jako celku. Rozlišovat lze přinejmenším suverenitu vnější (negativní), chápanou jako nezávislost na vnější moci, a vnitřní (pozitivní), jež je výlučnou mocí na

stát unese. Určitě však souhlasím s tím, že efektivita mezinárodního práva závisí na vůli alespoň některých států. *Mutatis mutandis* to platí o evropské integraci.

[46] O suverenitě píšu podrobněji ve třetí kapitole knihy: KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014. Odkazuji na ni a na tam citovanou literaturu.

daném území. Také však materiální (v rozhodování o čem spočívá), nebo formální (reziduální a konečná moc rozhodnout o výjimce z pravidel). Mění-li se směrem k většímu propojování svět, k němuž se pojmy typu suverenity vztahují, co z ní zbývá, byla-li v raném novověku konsolidována v opozici k myšlence nadstátů, říší?

Ve vztahu k Evropské unii jde o různé varianty: suverenita pouze států, suverenita Unie i států, suverenita nikoho, protože jde o model postsuverénní. U. Beck považuje Evropu za pokusnou laboratoř inklusivní suverenity, která spočívá v odstoupení práv suverenity výměnou za získání politické regulační moci na základě mezinárodní kooperace.[47] Otázkou samozřejmě je, musíme-li politické regulační moci říkat suverenita. Podstatné rovněž je, že členské státy se nejen podílejí na vytváření vůle Evropské unie, ale jsou připraveny vymknout se omezením primárního práva (viz reakce na finanční krizi), případně se dovolat reziduální moci pro případ excesu z výkonu přenesených pravomocí (srov. judikaturu řady ústavních soudů). Zjevně tedy (pochopitelně) považují za konečnou moc sebe, což nevylučuje dalekosáhlé podřízení se v běžných situacích. Suverenita se aktivuje (ožívá) ve výjimečném stavu. Jím je především odchod z Unie. I v něm se však ukazuje ambivalentní povaha suverenity jako konceptu právního a politického, normativního, respektive zatíženého empirickými rekursy. Jednou věcí totiž je nepominutelné právo státu vystoupit, věcí druhou faktická (ne)možnost vyvést stát a jeho ekonomiku z milionů vzniklých vazeb. Můžeme tedy říci, že státy zůstávají suverénní, „jen" přibývá problémů, při jejich řešení jim to příliš nepomůže.

Zde je účelné podotknout, že na různé státy působí internacionalizace a europeizace odlišně. Současnou situaci tak patrně nelze popsat podle paušálního schématu. G. Sörensen proto popisuje tři typy států: státy moderní, postkoloniální a postmoderní.[48] První typ si činí nárok na kontrolu užití násilí, má centralizovaný systém vládnutí, v němž sehrávají klíčovou roli právní pravidla, opírá se o národní identitu a o relativně soběstačnou ekonomiku. Typ druhý trpí slabostí institucí, takže se zde setkáváme spíše s osobní vládou a klientelismem, státní aparát se leckdy věnuje především dobývání renty a nezřídka nekontroluje celé území státu, místo národa je podstatná kmenová nebo náboženská identita, ekonomika je jen slabě rozvinutá, často zaměřená pouze na těžbu surovin, případně pěstování jedné klíčové plodiny (káva, kakaové boby, bavlna). Konečně třetí typ se vztahuje k evropské současnosti, takže reflektuje nadstátní integraci, víceúrovňové vládnutí s nadstátní i substátní složkou, doplňování národní identity poukazem na evropské „my" a vysoce propojené ekonomiky.[49] Všechny typy však existují souběžně, na což někteří západní myslitelé mohou mít tendenci zapomínat.

V Evropě jsme každopádně konfrontováni nejzřetelněji s faktem tzv. víceúrovňového vládnutí, v němž se stát poněkud rozpouští. Dosti se tím znepřehledňuje identifikace toho, kde je vlastně moc a s ní spojená odpovědnost, organizovaným zájmům to však

[47] BECK, U. *Co je to globalizace?*, s. 158.

[48] SÖRENSEN, G. *Stát a mezinárodní vztahy*. Praha: Portál, 2005, s. 91 nn.

[49] Tento typ označuje N. MacCormick za státy postsuverénní: suverenita již nenáleží ani jim, ale ani Evropské unii. Viz MacCORMICK, N. *Questioning Sovereignty*. V současné české literatuře můžeme nalézt i opačný názor, podle nějž (stupňovitá) suverenita náleží jak členským státům, tak Evropské unii. Viz HAMUĽÁK, O. *Integrující se Evropa a suverenita České republiky*. Olomouc: Acta Iuridica Olomoucensia, 2013. Přehledně k různým pozicím ve sporu o (ne)existenci suverenity WALKER, N. (ed.). *Sovereignty in Transition*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2006.

umožňuje zmnožovat kanály svého působení. Pro konkrétní organizované zájmy a jejich podporovatele to může být ku prospěchu, pro obecný (veřejný) zájem ne nutně.

Na úrovni „nadevropské" chybí vládnutí identifikovatelný subjekt, proto se zdůrazňuje povaha procesu, nikoliv něčího rozhodování. Mluví se o polycentrické síti, do níž jsou zapojeny nejen státy a mezinárodní organizace, ale i nadnárodní korporace nebo jednotlivci: pro některé světoobčané, pro jiné jen globální elita. Rozptýlená povaha moci vede k tomu, že se sice vracejí úvahy o impériu, avšak o impériu delokalizovaném, bez hlavního národa i jednoznačného centra, stále ovšem ovládajícím a rozdělujícím. Tváří v tvář impériu jeví se státy přece jen demokratičtěji (M. Albrow, A. Negri, P. Carrozza, D. Zolo aj.).[50]

Záleží tak na úhlu pohledu. Pro někoho jsou státy represivní a omezující, kýžené jsou osvobozující ploché sítě interakcí a vyjednávání o všem. Pro jiného ovšem sítě spřádá pavouk – impérium jako zástěrku vlastní moci, takže je lepší se orientovat na státy.

Určitě je možné fenomény internacionalizace a europeizace vnímat nikoliv jen jako omezení států, ale i jako zmnožení jejich mocenského potenciálu. Nebude se to ovšem týkat států jako takových, nýbrž spíše určitých států. Proměna mezinárodního práva umožňuje propojovat zájmy s hodnotami, takže nátlak na stát XY nemusí být vnímán jako realizace velmocenské politiky, ale jako prosazování mezinárodním společenstvím uznávaných hodnot. „Mezinárodní společenství" přitom v tomto kontextu neznamená nutně všechny. Marsilius z Padovy ve 14. století chápal lid jako zdroj moci na tomto světě, přičemž lidem byla „*pars valentior*", tedy hodnotnější část, honorace. „*Pars valentior*" existuje jistě i v mezinárodním společenství: tón obvykle neudává Botswana. Otázkou je, nakolik jsme ochotni si to – v konfrontaci se zásadou svrchované rovnosti států – připustit.

Podobné je to i v Evropské unii, která může sloužit jako závoj pro záměry států, jež by byly jejími hybateli, případně sloužily jako jazýček na vahách. Každý z členských států může spolurozhodovat o dění v jiných státech, což by jinak nebylo možné. Otázkou je poměr mezi touto přeshraniční „mocí" a úbytkem oprávnění rozhodovat o sobě samém. Navíc může být stát jako právní entita v rozhodovací autonomii oslaben, jeho bankovní sektor však může být volným pohybem kapitálu silnější než kdy předtím. Jde tedy také o to, koho (co) v jakém kontextu chápeme jako stát.

V oblasti výlučných kompetencí Evropské unie nemůže členský stát samostatně dělat nic, jinde je zavázán zdržet se legislativní aktivity, reguluje-li Evropská unie věc nařízením, případně legislativní aktivitu vyvinout v oblasti transposice směrnic.

### 4.1.4 Globalizace

Mezinárodní právo i evropská integrace jsou přinejmenším zčásti na státech závislé. Na globalizaci však státy přílišný vliv nemají. Podle U. Becka představuje globalizace únik politiky z rámce národního státu.[51] Státy nejsou schopny efektivně zabránit ani přesu-

[50] Srov. např. CARROZZA, P. Constitutionalism's Post-Modern Opening. In: M. Loughlin – N. Walker (eds). *The Paradox of Constitutionalism. Constitutional Power and Constitutional Form.* Oxford: Oxford University Press, 2007; BARŠA, P. *Síla a rozum. Spor realismu s idealismem v moderním politickém myšlení.* Praha: Filosofia, 2007, nebo BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době.* Nejnověji v české literatuře srov. BELLING, V. Pojem suverenity a jeho relevance v éře postnacionálního vládnutí. *Právník.* 2014, č. 8.

nům špinavého vzduchu zpoza hranic, ani proudění kapitálu.[52] Jejich měny mohou být obětí ataku finančních spekulantů. Nadnárodní společnosti s příjmy většími než lecjaký stát jsou ve výhodné pozici při vyjednávání o investicích, neboť mohou jít jinam. A neplatí to jen pro rozvojové země, zvláště ochotné rezignovat na sociální a ekologickou regulaci. Zmíněným společnostem zkrátka chybí „protimoc".[53] Při náznaku odporu se mobilní kapitál přesouvá jinam, vyhýbá se střetu s „jinakostí", tj. jinými preferencemi či hodnotami.[54] Snaha velké společnosti omezit v jejich případné necitlivosti k životnímu prostředí či místnímu obyvatelstvu nevychází ani tak od států jako spíše od veřejnosti razící koncept společenské odpovědnosti. Současně však je součástí globalizačních procesů i universální poselství lidských práv, které ale může být kritiky prezentováno i jako kulturní imperialismus Západu. Globální problémy přispívají k diskusi o globální reakci – debatuje se tak o globálním vládnutí, případně i o globální demokracii (D. Held).

## 4.2 Interní limity

### 4.2.1 Vymizení státního zájmu

Státní zájem, respektive *raison d'Etat*, jsou pojmy, jejichž vznik je v dějinách politického myšlení spojován s ranou fází existence moderních států.[55] Někdy jsou vázány na Machiavelliho a jeho současníky, jindy na reflexi poměrů za francouzských náboženských válek, kdy se stát ve střetu vyznání jevil být neutrální instancí. Každopádně byla identifikace státního zájmu svěřována politickým mocím. Vidět je to pěkně na Lockově koncepci prerogativy jako knížecího oprávnění jednat bez zákona a třeba i proti němu v krajních případech nutnosti ochrany obecného zájmu. Z toho nám zůstaly instituty ústavní (státní) nouze, krizového řízení státu v podobě tzv. ústavní diktatury (C. Rossiter) či diktatury komisařské (C. Schmitt).

Otázkou ovšem je, zda vůbec věříme v existenci státního zájmu. Je stát zvláštní osobou se specifickým zájmem? Stejně tak je možné se ptát, zda existuje zájem veřejný, jenž by byl odlišný od zájmů jednotlivců. Občas je totiž zpochybňována i existence společnosti coby nadindividuální fikce. Jsou-li reální jenom jednotlivci (viz však výše), tak jaký zájem obecný, veřejný, státní?[56]

---

[51] BECK, U. *Co je to globalizace?*, s. 9.

[52] Schopnost kontrolovat hranice je indikátorem jednoho z typů suverenity S. Krasnera. Srov. KRASNER, S. *Sovereignty. Organized Hypocrisy*. Princeton University Press, 1999.

[53] BECK, U. *Co je to globalizace?*, s. 9–10.

[54] BAUMAN, Z. *Globalizace. Důsledky pro člověka*. Praha: Mladá fronta, 1999, s. 19.

[55] Podrobně k tématu SADURSKI, W. Reason of State and Public Reason. *Ratio Iuris*. 2014, č. 1. Z různých pojetí je za smysluplné prohlášeno to, kde je státní zájem identický s obecným dobrem, které ovšem předpokládá uvažování v kategoriích homogenity lidu či obecné vůle.

[56] Oponent článku za základní zájem státu považuje udržení pořádku na svém území. S tím souhlasím. Řekl bych dokonce, že základním zájmem státu je stát sám, jeho udržení, neboť to je prostředkem plnění různých, v čase se měnících funkcí, mezi nimiž ta pořádková bude klíčovou. Velmi pěkně to říká J. Wintr: „*Smyslem státu je stát – stát má stát neochvějně, stát a chránit pokoj a bezpečnost lidu i lidí, stát a přetrvávat, stát a spravovat svěřený díl zemského povrchu, jakož i stát po boku jiných států, v míru, vzájemné spolupráci a společné odpovědnosti za osud lidstva i planety.*" Viz WINTR, J. *Principy českého ústavního práva s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006, s. 144. Nešlo mi tu ovšem ani tak o líčení toho, co si myslím já, nýbrž spíše o pokus nastínit různé faktory stát omezující – a mezi ně skepse ke státnímu zájmu patří.

Nejde tu jen o současné debaty, podmalované neoliberální rétorikou, ale o klasická témata provázející americkou i francouzskou revoluci a silně rezonující v německém myšlení 19. a 20. století. Střetává se zde kritika partikularismu politických stran s různými recepty na odpomoc. Mezi ně patří hledání obecného stavu (byrokracie), stát reprezentovaný panovníkem versus společnost zastřešená parlamentem, obecná vůle prýštící z lidu nebo vytvoření rozsáhlé Unie jako prevence převládnutí jakéhokoliv dílčího zájmu. Různé úhly pohledu se promítly i v hodnocení parlamentů od nástupu masových politických stran koncem 19. století: má tu jít o hledání pravdy a spravedlnosti, anebo jen o hájení různých zájmů na principu směny?

V současnosti je oslabena představa hledání obecného zájmu ať už politickými stranami, anebo byrokracií. Přispívají k tomu ekonomické přístupy k politice, jež zdůrazňují realizaci vlastních zájmů politickými aktéry, někdy dokonce jen dobývání renty jednotlivci i jejich skupinami. Étos celoživotní úřednické služby je potírán manažerismem a jinými prvky přenášenými ze světa podnikání. Pozorovány a medializovány jsou projevy korupce, která podrývá službu obecnému zájmu. Někdy se dokonce zdá, že se o korupci mluví tolik, že to vzbuzuje dojem její všudypřítomnosti, ač třeba nebývá podporován každodenní zkušeností. Zvyšuje se tak distance mezi občany a politiky, občany a státem. Stát není mnohdy vnímán jako civilizační zařízení, nýbrž jako odcizený a leckdy málo srozumitelný erár. Rovněž politici nebývají považováni za ty nejlepší z nás, ale za „oni". To rezonuje zvláště v postkomunistickém prostoru, kde byla politika dlouhodobě diskreditována tím, že byla „ukradena" komunistickými stranami.[57] Je to ovšem v ostrém rozporu s chápáním politické dráhy jako respektované cesty k veřejnému uznání, jež vyvěrá z textů provázejících vznik USA, ale také ilustrujících zlatou éru britského parlamentarismu ve druhé třetině 19. století.[58]

Snižuje se (nejen v této části Evropy) počet členů politických stran, jež rovněž méně pracují s veřejností. Soustřeďují se spíše na získání voličských hlasů marketingovými metodami, k čemuž využívají sponzorských peněz, případně peněz státních (za voličské hlasy): státních peněz politické strany využívají v kampaních, za něž jsou oceněny podílem na rozhodování o osudech státu a opět státními penězi.[59] Zásadní vadou ovšem je

[57] V českém přístupu k politickým stranám je patrná jistá rezervovanost, která se různě vyvíjí od rakouských časů (zkušenosti s partiokracií i státostranou). V 90. letech minulého století chtěl politické strany jako kanály politické participace rehabilitovat V. Klaus, ovšem způsobem značně kontraproduktivním, tj. nárokováním monopolu na veřejný prostor (mimo strany není legitimního vlivu na věci veřejné). Kdo však má monopol, má také úplnou odpovědnost. Poukázal na to ve svém pozoruhodném projevu z léta 1989 také M. Jakeš.

[58] Bohužel k diskreditaci politiky přispěl u nás rovněž případ bývalého předsedy vlády P. Nečase, v jehož stínu zřejmě vznikala vlivová síť, která spočívala v obsazování klíčových míst ve státní správě vzájemně navázanými osobami, a to nikoliv v zájmu obecném, ba ani ne stranickém, nýbrž osobním. Svého času byly prvky vytváření vlivové (klientské) sítě identifikovány rovněž v kauze plzeňské právnické fakulty. Takové sítě jsou způsobilé zcela rozložit stát jako mechanismus služby obecnému zájmu. Hojně o tom u nás píše M. Klíma.

[59] Z pohledu kritiků tu jde o vývojové linie od pokusů o formulování obecného zájmu přes reprezentaci partikulárních zájmů tváří v tvář státu jako neutrální instanci ke kolonizaci státu ve prospěch reprezentovaných zájmů a dále až k prostému dobývání renty, kdy už nejde o oficiálně reprezentované zájmy, ale jen o ty uvnitř a jejich kontakty. V oficiálních typologiích se mění masové politické strany v *catch all parties* a strany kartelové, mluví se i o podnikatelských stranách. Těmi mohou být strany sloužící jako nástroj podnikání, tedy opatřování zakázek pro vnější subjekt s vlivem na jejich vznik, organizaci nebo financování, dále strany sloužící ke krytí podnikání, respektive zajištění politické podpory pro podnikání, a konečně strany, jež jsou vlastním předmětem podnikání ve smyslu opatřování státních finančních příspěvků za hlasy, mandáty a na činnost.

přibývání občanů, kteří nevěří, že podíl na rozhodování o osudech státu slouží obecnému prospěchu. Problematizuje se tak nejen úloha politických stran jako hlavních kanálů politické participace, ale i legitimita politického systému. Velmi podstatná jsou totiž slova U. K. Preusse: „*…reprezentování politického společenství vyžaduje ztělesnění takových obecných hodnot, jako jsou důstojnost, čest a sebeúcta, což může být věrohodně dosaženo pouze osobnostmi, které samy vzbuzují úctu.*“[60] Autor sice mluví o francouzských králích 18. století, výrok však má po mém soudu obecnou platnost.

Oslabení důvěry v předpoklady fungování reprezentativní demokracie otvírá prostor pro hledání alternativ v podobě specifických politických hnutí, přímé demokracie, přímé akce, korporativismu apod.

### 4.2.2 Lidská práva

Při pochybnostech o státním zájmu a jeho interpretech se jako legitimní prosazují práva a zájmy jednotlivců. Lidská práva vůbec slouží jako důvod existence (liberálního) státu a jako hlavní limit jeho moci. Poněkud sporné ovšem je, jsou-li lidská práva výrazem vůle většiny v určitý moment, který je pro příště „zmražen“, takže jsou z disposice většiny vyloučena. A to buď relativně při požadavku kvalifikované většiny, anebo absolutně, jsou-li nezadatelná. V takovém případě fungují jako určitý druh právního tabu – právně jsou legislativní zásahy nepřípustné, takže se vlastně nedějí. Nicméně každý typ takového „opevnění“ právní úpravy sice oslabuje orgán s legislativní pravomocí, nikoliv však soudy, jež mohou cestou interpretace ve skutečnosti rozsah práva modifikovat.[61]

Lidská práva evidentně působí vertikálně jako limit všech větví státní moci. Trochu ambivalentní může být účinek horizontální. Vůči aplikaci lidských práv mezi soukromými osobami byly zdrženlivé země jako Kanada, Velká Británie nebo Jihoafrická republika, což může souviset se shora zmíněným důrazem na lidskou svobodu spíše než na důstojnost. Přinejmenším ve Velké Británii se však začal horizontální účinek prosazovat pod vlivem Evropské úmluvy.[62] Typickým projevem horizontálního účinku je zákaz diskriminace, přičemž zakázané tituly odlišování stanovuje stát. Dochází tedy k omezení svobody osob chovat se diskriminačně, což může zahrnovat někdy až nečekané způsoby jednání. Otázkou ovšem je, zda se tím zvětšuje moc státu. Asi zde nepůsobí něco jako aktivní státní zájem, spíše se brání ostatním nějak se chovat. O zvětšení moci jde v onom pastoračním smyslu, protože stát ingeruje do vztahů dříve ignorovaných. V závislosti na tom, v čem všem svým občanům stát brání, je možné formulovat otazníky i nad jeho neutralitou k různým etickým koncepcím.

Lidská práva bývají často chápána jako nezpochybňovaná dobra svědčící všem, jednotlivcům i obci. Naproti tomu veřejná dobra (veřejné statky) jako veřejná bezpečnost, pořádek, mravnost atd. jsou ve srovnání s lidskými právy kapku podezřelá stran toho, nezastírají-li nějaký partikulární zájem. Jako když nějaká skupina chce prosadit své

[60] PREUSS, U. K. Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept? In: P. Dobner – M. Loughlin (eds). *The Twilight of Constitutionalism?…*, s. 34.

[61] SCHWARTZBERG, M. *Democracy and Legal Change*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2009.

[62] MORAN, M. Inimical to constitutional values: complex migrations of constitutional rights. In: S. Choudhry (ed.). *Migration of Constitutional Ideas…*, s. 236 nn. Za zlomový považuje případ Campbell rozhodnutý Sněmovnou lordů v roce 2004.

morální představy na úkor ostatních. Jenže i samotná lidská práva mohou být vnímána jako partikularistická: určité interpretace svědčí konkrétním jednotlivcům či jejich skupinám, ne nutně většině, případně společnosti.

Zdá se ovšem, že v USA se poměr lidských práv a veřejných dober po 11. září 2001 vyvinul trochu jinak. Sehrávají v tom roli i odkazy na státní nouzi a výjimečný stav, včetně jeho teoretické konstrukce v díle C. Schmitta.[63] Konkrétnějším projevem jsou úvahy M. Shapira o diferenciaci trestního procesu podle typu delikventa: běžný proces pro běžné ohrožení, zvláštní proces pro vysoce organizované skupiny, teroristy apod., tedy nepřátele společnosti.[64] Je tedy možné, že Evropa se vymyká díky relativnímu bezpečí a blahobytu. Obojí je však značně křehké. Při masové imigraci nebo nedostatku vody se může vyjevit, jak jsou naše právní instituty a vysoká úroveň ochrany práv kontextuálně podmíněné.

### 4.2.3 Posilování soudní moci na úkor mocí politických

Odhlédněme nyní od přesvědčivosti existence státního nebo veřejného zájmu a věnujme se krátce otázce kompetence k jeho vyjevení. Shora byla řeč o prerogativě, která se ve francouzské a německé teorii transformovala do učení o aktech vládnutí, jejichž rysem bylo mj. vyloučení soudního přezkumu.[65] Během 20. století však vyloučených otázek ubývalo.[66] Došlo tak k posunu v tom směru, že do agendy dříve vyhrazené politickým mocím byly zahrnuty soudy, jež tak úplně státem nejsou. Koneckonců rozhodují spory mezi státem a osobami.[67]

Posun je vidět už na „nové tripartici dynamiky mocenského procesu" K. Loewensteina.[68] Jde tu o určování politiky, tedy přijímání zásadních rozhodnutí o politickém systému, typu ekonomiky, vztazích zaměstnanců a zaměstnavatelů, vstupu do aliancí atd. (*policy determination* ve formě ústavy, zákonů, mezinárodních smluv). Dále o provádění zásadních rozhodnutí prováděcími zákony, ale hlavně akty aplikace práva (*policy execution*), a konečně o politickou kontrolu (*policy control*), která vede k odpovědné vládě.

---

63 Srov. např. SARAT, A. (ed.). *Sovereignty, Emergency, Legality*. Cambridge University Press, 2010.

64 SHAPIRO, M. Courts in Authoritarian Regimes. In: T. Ginsburg – T. Moustafa (eds). *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2008. V Evropě jsme na přizpůsobování procesu typu pachatele trochu citliví, neboť nám do úvah prosakují vzpomínky na rasové a třídní kvalifikační znaky osob „delikventů".

65 Předobrazem vydělování otázek regulovaných právem a těch ostatních zřejmě bylo odlišení „*gubernacula*" a „*jurisdictia*" H. de Bractonem ve 13. století. Srov. KANTOROWICZ, E. H. *The King's two bodies*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

66 Např. ve Velké Británii prohlásila Sněmovna lordů akty prerogativy za soudně přezkoumatelné v roce 1985 v případu *Council of Civil Service Union* v. *Minister for the Civil Service*, [1985] A. C. 374.

67 Vedle zvýšení zapojení soudů do řešení politických otázek se zvyšuje i počet soudních sporů mezi soukromými osobami. „*Mnozí Američané dnes řeší u soudu záležitosti, které se kdysi vyřizovaly potřesením rukou.*", říká F. Fukuyama. K témuž závěru dochází pro evropské reálie ve svých různých textech P. Holländer. Fukuyama to však neodsuzuje bez dalšího, neboť různé žaloby na náhradu škody plní regulatorní funkci místo dovolávání se centrální autority státu. Srov. FUKUYAMA, F.: *Velký rozvrat*…, s. 36–37. Velmi zajímavý vhled do této problematiky nabízí slovenský právní teoretik R. Procházka. Ukazuje rozdíl americké a slovenské mentality v tom, že první se o sebe mají tendenci starat sami, ti druzí čekají na stát. Viz PROCHÁZKA, R. *Mak proti Gatsbymu. Osud, vina a zodpovednosť za škodu*. Trnava: Edition Ryba, 2009.

68 LOEWENSTEIN, K. *Verfassungslehre*. 2. vyd. Tübingen, 1969, s. 40 nn.

Na přijímání zásadních rozhodnutí se vedle parlamentu podílí i vláda, případně hlava státu nebo ústavní soud; rozhodováním ve volbách a referendu i občané. Jde o obdobu vládnutí jako tvůrčího procesu, v němž jsou určovány a realizovány stát a jeho podstata; nejde tu jen o vykonávání předem daných právních pravidel ani o technickou administraci.[69] V provádění rozhodnutí dominuje exekutiva, setkáme se zde však i s parlamenty a soudy. Při kontrole může jít o sdílení rozdělené moci (vzájemná kontrola spolupůsobením – zákonodárství, potvrzení jmenování, kontrasignace atd.), anebo o kontrolu na základě diskrece nositele dané kompetence (nedůvěra vládě, rozpuštění parlamentu, veto, soudní kontrola zákonů). Do vzájemné kontroly jsou tak vtaženy všechny moci, k nimž je opět třeba přičíst voliče.

Na úvaze o širokém sdílení moci je založen také koncept švýcarského právníka B. Ehrenzellera – řízení státu (vládnutí) je nedílné (*Staatsleitung zur gesamten Hand*), má však více účastníků, kteří se bez sebe vzájemně neobejdou: vládu a parlament, v menší míře soudy.[70]

Zahrnutí soudů do výkonu politické moci oživilo zájem o smíšenou ústavu a smíšenou vládu, potažmo přemýšlení o různých typech demokracie a o rozsahu otázek, o kterých má (musí) rozhodovat bezprostředně demokraticky legitimovaný orgán.[71] Jak upozorňuje R. Hirschl, judicializace politiky tím neskončila. Sleduje stupňující se zapojování soudů do hájemství politiky od kontroly právnosti postupů veřejné správy přes kontrolu ústavnosti postupů zákonodárce až po tzv. megapolitiku. V ní jde o rozhodování zásadních otázek definujících samu podstatu politického společenství, jako je např. míra přípustného přenosu pravomocí členského státu na Evropskou unii (judikatura Spolkového ústavního soudu), přípustnost apartheidu v JAR nebo desegregační judikatura Nejvyššího soudu USA. Aby se Hirschl vůbec pojmově vypořádal s takovým nástupem moci bez meče i měšce, užívá pojem nový konstitucionalismus.[72]

Kritikové vytýkají tomuto vývoji to, že prošel od vyloučení soudů z politických procesů přes jejich zahrnutí až po hegemonii. Tím se jednak soudy politizují,[73] jednak se ochuzuje výčet toho, oč lze ve volbách vůbec soupeřit (s odkazem na vágní zápověď ústavní povahy – typicky: je to lidské právo).[74] Umocněno je to tam, kde jsou to soudy, jež si spolu mají „povídat“. To je případ soudního dialogu vzývaného v Evropské unii,

---

[69] EHRENZELLER, B. *Legislative Gewalt und Aussenpolitik*. Basel – Franfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993, s. 116.

[70] Ibidem, s. 124–125.

[71] V české literatuře ONDŘEJKOVÁ, J. Smíšená forma vlády a Evropská unie. *Právník*. 2010, č. 7. Obecněji a již dříve MANIN, B. *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. Podle B. Manina se ke smíšené ústavě vztahuje už samotná reprezentativní demokracie svým (aristokratickým) principem výběru oproti demokratické rovnosti, jejímž symbolem je los.

[72] Např. HIRSCHL, R. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, 2006.

[73] Politická povaha rozhodované otázky nezmizí jen proto, že ji řeší orgán nezávislý a nestranný, dovolávající se nepolitické autority.

[74] Výluky z politického procesu se netýkají pouze lidských práv, ale v poslední době i snah o konstitucionalizaci různých dluhových brzd. Nicméně zákazy deficitních rozpočtů opět prohlašují určitou podobu hospodářské a sociální politiky za vyloučenou v rámci dané ústavy, čímž omezují to, co je politicky možné. Tím netvrdím, že se státy mají zadlužovat, jen je otázkou, má-li být dynamická politická vůle nahrazována statickou ústavní regulací. Problémem ovšem evidentně je nevíra ve schopnost voličů i politiků odolat pokušení kupování voličských hlasů prostředky sociální politiky.

občas ovšem zpochybňovaného s tím, že soudci mají rozhodovat podle práva, a nikoliv přemýšlet o reakcích jiných soudů, s nimiž si kolíkují hrací pole (svého času soudce Spolkového ústavního soudu S. Bross). Proto se vůči právnímu konstitucionalismu vymezuje konstitucionalismus politický, mluví se o významu otevřenosti politických procesů, participaci, deliberaci (viz výše).[75]

S rolí soudů je na evropském kontinentě spojeno rovněž zmenšování významu zákona. Přitom moderní stát a legalita patří k sobě, protože legalita je způsobem jednání byrokracie,[76] která moderní stát symbolizuje. V 19. a 20. století se zákony stále více profilovaly jako nástroje státní politiky, což bylo kritizováno pro rozpor s ideálně-typickými znaky obecnosti, stability a předvídatelnosti (srov. velkou kritiku F. A. Hayeka). Propojením se státní politikou, respektive její realizací, však tyto kvality zákona padly za oběť. Přibývalo jich a častokráte se měnily: v českém prostředí se mluvilo o legislativní smršti, v německém o normativní záplavě. Vysokou dynamikou a rozpory zatížený právní řád představuje pozvánku ke kreativnímu soudcovskému rekonstruování smysluplných pravidel. Konstantní judikatura tak *de facto* získává povahu pramene práva.[77] Proti ní se nemusí zákonodárce úplně jednoduše prosadit. Tím spíše to platí v situaci střetávajících se právních řádů, vnitrostátního, mezinárodního a evropského, kdy se zvyšuje váha soudní moci formulující pro daný případ relevantní pravidlo.

### 4.2.4 Oslabování veřejného prostoru, práva individuální a menšinová

Se vzrůstající rolí soudů souvisí i slábnutí veřejného prostoru, v němž se hledá shoda, jsou přesvědčováni partneři, pěstuje se politika. Z různých důvodů, o nichž už zčásti byla řeč, politické procesy částečně degenerují. Vadí nám to však zřejmě méně, protože na ně méně spoléháme. Souvisí to také s tím, čemu se říká politika práv, případně rétorika práv. Její podstatou je záměna požadavků na to, co bychom chtěli, za tvrzení, že na něco máme právo.[78] Podobá se to charakteristice utopičnosti z pera polského politologa M. Bankowicze: podle něj jde o vydávání přání a tužeb za skutečnost.[79] Rozdíl je ovšem v tom, že v tomto případě je možné narazit na soud, který dosud netušenou skutečnost (např. právo osob téhož pohlaví na manželství) rozpozná v novém čtení (typicky) lidské důstojnosti.

Chtění totiž vyžaduje hledání podpory v nějakém kolektivu, tvrzení o právu přesvědčení soudu. V prvním případě se utváří veřejnost, v případě druhém se prosazuje jednotlivec. V politice máme názorové oponenty, v právním sporu popírače našeho práva. Vyvozování dalších práv, respektive rozšiřování dosahu práv stávajících, z obecných

---

[75] BELLAMY, R. *Political Constitutionalism. Republican Defence of the Constitutionality of Democracy.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

[76] SCHMITT, C. *The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol.* Chicago: Chicago University Press, 2008, s. 66.

[77] Podobně při výkladu významu a podmíněnosti Montesquieuovy teze o soudcích jako ústech zákona KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom*, s. 54 nn.

[78] Ve více deskriptivním tónu pojednává o „politice práv" M. Shapiro. Popisuje tak nárůst rozsahu a počtu subjektivních práv v reakci na narůstající rozsah a intenzitu vlády. Viz SHAPIRO, M. The Success of Judicial Review and Democracy. In: M. Shapiro – A. Stone Sweet. *On Law, Politics and Judicialization.* Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 180.

[79] BANKOWICZ, M. *Kritikové marxismu.* Brno: Barrister & Principal, 2013, s. 48.

formulací lidskoprávních katalogů nejen obvykle zasahuje do něčí svobody jednat bez omezení (všemožné antidiskriminační praktiky), ale také vyprazdňuje politiku. Je-li totiž něco nezadatelným právem, není možné učinit to předmětem politického boje, vést k tomu volební kampaň. Pak je ovšem třeba se opět ptát, co vůbec může a má být předmětem rozhodování většiny.[80]

Optika subjektivního práva je blízká optice soukromníka, nikoliv občana, jemuž jde o společnou věc. F. Furet k tomu při komentování Proudhonova postoje říká, že základem novodobé společnosti je právní individualismus a demokratická abstrakce.[81] H. Arendtová pěkně ukazuje koncept „veřejného štěstí" působící v době vzniku USA, jenž lákal vynikající muže usilovat o uznání veřejnosti politickým angažmá. Postupně však byl zatlačován odlišným konceptem štěstí soukromého, pro nějž stát vytváří prostor.[82] F. Fukuyama dodává: „*Individualismus, podstata ctnosti v moderních společnostech, začíná měnit barvu: z hrdé soběstačnosti svobodných lidí se stává jakési uzavřené sobectví a maximální osobní svoboda se bez zodpovědnosti vůči ostatním stává samoúčelnou.*"[83]

V USA nicméně nikdy nepřevládla představa cizího eráru, na němž by bylo třeba si něco vyvzdorovat. Stát jako erár, jehož občané jsou soukromníky orientovanými pouze na svá práva, je státem slabým co do způsobilosti se prosadit.[84] Nemá podporu, což paradoxně nutně neznamená vymizení očekávání, že se postará.

My však nežijeme jen ve světě expanze práv individuálních, ale i menšinových, přičemž výčet menšin může být velmi rozsáhlý a předem neukončený. Fakticky také narůstá. Východiskem pro právní závěry mohou být poukazy na tak podstatné složky lidské identity, že při jejich nerespektování dochází k ohrožení sebeúcty, vědomí toho, kdo jsem, lidské důstojnosti. Takovou složkou může být typicky gender, včetně neurčitého či nejistého pohlaví (tzv. třetí pohlaví a transsexualita), rasa, etnicita, sexuální orientace nebo náboženství, tedy to, co není vyjednatelné, není to předmětem směny ani kompromisu. Proti nevyjednatelné identitě, nárokující uznání, stojí vyjednatelné zájmy, jež jsou přinejmenším implicitně stavěny níže; jsou změnitelné. V USA je zřetelněji patrné zdůrazňování genderových a rasových prvků identity, v Evropě je pozornost upírána zejména na prvky náboženské, vesměs ve spojení s islámem.

Problém samozřejmě nastává tehdy, dostávají-li se konsekvence oné specifické identity do rozporu s obecnými pravidly, jež jsou interpretována jen jako vyjádření identity odlišné od té dotčené (maskulinní, bělošské, křesťanské apod.). Jelikož jsou všechny identity stejně hodnotné, proč by se jedna měla podřizovat jiné? Obecné pravidlo by z tohoto hlediska mělo být opatřeno výjimkou, typicky pro případ střetu se zvláštními nároky vyplývajícími ze svobody projevování náboženské víry (jízda na motocyklu

[80] Změna rozhodovatele ze zákonodárných sborů na soudy se projevuje i ve stavu veřejné a politické debaty. O čem má vlastně význam smysluplně debatovat, nemůže-li být výsledek debaty promítnut do politického rozhodnutí? K těmto otázkám srov. též GLENDON, M. A. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse.* New York: The Free Press, 1991.

[81] FURET, F. *Francouzská revoluce*, s. 281.

[82] ARENDTOVÁ, H. *O revoluci.* Praha: Oikoymenh, 2011, s. 118 nn. V krásné literatuře lze tento rozdíl sledovat na slavné Galsworthyho „*Sáze rodu Forsythů*", kteří žijí důsledně pro sebe, dokud si Soamesova dcera nevezme muže s politickými ambicemi a reformním nasazením.

[83] Fukuyma, F. *Velký rozvrat*, s. 60.

[84] Veřejná podpora může posilovat i aktivity ústavních orgánů: populární prezident versus nepopulární parlament, ústavní soud „trestající" politickou třídu apod.

v turbanu místo v helmě, podoba portrétní fotografie v osobních dokladech – míra zahalení atd.). V posledně zmíněném případě jde tedy zhruba řečeno o rozhodování mezi rovností před zákonem a zmírňováním tvrdosti zákona dopadajícího na různé skupiny různě, případně i o poměřování subjektivních práv a veřejných dober. Jenže zdaleka ne vždy jde o hru s nulovým součtem.

Alternativou je vytváření autonomních právních režimů pro skupiny definované kulturní identitou. Jde o další variaci personality, která byla výše zmiňována jako středověký rys. Nejedná se tu o výjimky z obecné úpravy, ale o absenci obecné úpravy – právních úprav je zkrátka více. M. C. Nussbaum upozorňuje na britský model respektu k autonomii náboženských skupin v Indii, a to včetně úpravy statusových otázek a rodinného práva. Zakladatelé nezávislé Indie proti této autonomii vystupovali ve jménu rovnosti a lidské důstojnosti, především kvůli postavení žen.[85] Proti dobru respektu ke komunitní identitě postavili dobro rovného respektu k jednotlivci.

Společným úskalím obou přístupů je „uvěznění" v identitě, z níž by chtěl třeba jednotlivec vyjít. Většina jej ve snaze o toleranci menšiny přenechává menšinovým normám, jež pro něj nemusejí být výhodné. Pokud zase může jednotlivec volně skládat výhody obecného i menšinového statusu, úplně se obrací původní diskriminace, s níž byli jeho předchůdci původně konfrontováni.

Byla-li výše řeč o oslabování veřejného prostoru, třeba dodat, že jde o prostor sdílený. Jinými slovy, jeho účastníci se musí cítit vzájemně jako „my", a nikoliv jako „my" a „oni". Zatímco dříve se mluvívalo o fragmentarizaci společnosti politické (politické sloupy a politické tábory), dnes se upozorňuje na dělítka kulturní (náboženská). A právě s nimi může být spojeno zpochybnění elementární hodnotové shody, ba možná i shody na způsobech řešení neshody.[86] Bez ní ovšem nejde o jednu společnost, nýbrž o společností více.

Přežití více společností v jediném státě je nejisté, protože předpokládá nadřazení vůle být spolu za podmínek určitého omezení všech segmentů, včetně potlačení pocitu „my jsme tu doma". To ovšem znamená nové vytvoření tavicího kotle, v němž se rozpustí všichni. Evidentně k tomu však není ochota na žádné straně, neb důraz se klade právě na pěstování svébytných identit. Na přetrvání obce složené z nadmíru odlišných částí nevěřil už Aristoteles.

Alternativou by mohla být konsocionalizace demokracií v dotčených státech, protože jejím základním účelem je překonat problém vzniku jednoduše většinové vlády, již však významné části populace, etnicky či nábožensky definované, nepovažují za svou. V základním vymezení klíčového teoretika konsociační demokracie A. Lijpharta najdeme

---

85 NUSSBAUM, M. C. Personal Laws and Equality: The Case od India. In: T. Ginsburg (ed.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Britský přístup odpovídal obecnému modelu nevměšování se do místních poměrů, není-li to nutné. Ve vztahu k jiným kulturním identitám byl založen na blahovolné neutralitě: chyběla zde potřeba nějaké hierarchizace, protože neotřesitelný byl pocit britské nadřazenosti – ostatní bylo druhotné. K tomu srov. zajímavé výklady českého politického filosofa Pavla Barši – BARŠA, P. *Politická teorie multikulturalismu*. Brno: Centrum pro demokracii a kulturu, 1999.

86 G. Sartori rozlišuje tři úrovně konsensu v demokratické politice: základní (základní hodnoty), procedurální a taktický, přičemž z hlediska demokracie zdůrazňuje konsensus procedurální. Pro soudržnost společenství je podstatný konsensus týkající se jednak fundamentálních hodnot a idejí (svoboda, rovnost, lidská důstojnost apod.), jednak způsobů řešení konfliktů (násilí/nenásilí, stát/svémoc aj.). Srov. SARTORI, G. *Teória demokracie*. Bratislava: Archa, 1993, s. 92 nn.

odkazy na velké koalice (inkluze všech), vytváření autonomií (vlastně subsidiarita: o čem musí rozhodovat centrum?) a opět již zmiňovanou vůli (politických elit) být spolu. Jenže my nečelíme menšinám tradičním a lokalizovaným, nýbrž novým, jiným a difusním.

Souhlasím s oponentem článku v tom, že jednou z reakcí na tento stav je praxe delegování citlivých rozhodnutí soudům. Tím se však jednak vyprazdňuje obsah politických procesů a politika se nahrazuje „právy", jednak se stejně neřeší hodnotová heterogenita, neboť soudce musí podle něčeho rozhodnout (pravidla a principy většinové společnosti?).[87]

Jsem-li vybízen k formulaci závěrů stran Francie, Spojeného království, Nizozemí nebo Ukrajiny, tedy zemí s rozpadajícím se obecným konsensem o tom, jak být spolu, nemohu odpovědět jinak, než že nevím. Bude-li chtít východní část Ukrajiny jít svou cestou, lze jí nabídnout federalizaci, protože na dlouhodobý účinek „pacifikačního násilí" příliš nevěřím. V ostatních zmiňovaných státech by federalizace připadala v úvahu jen způsobem ještě komplikovanějším než je ten belgický. A Belgii považuji za značně ohroženou co do přetrvání. Jediné, co snad tuším, je, že je vhodné se přiučit od shora zmíněných států v regulaci migrace (kolik, odkud, s jakým očekáváním stran začlenění do společnosti); tím spíše, že nemáme žádnou koloniální zátěž. Všechno utrpení obyvatel Afriky nebo Asie nevyřešíme jejich přestěhováním do Evropy.[88] Lepší by bylo zvýšit kapacity tamních států, aby mohly dopřát svým obyvatelům život alespoň vzdáleně podobný světu reklam, jejž jim nabízí široce přístupná televize. Jenže to je utopie, umocněná nadto tím, že se (my ze Západu) ve stále menší míře spokojujeme s tím, aby tamní státy byly jen tak nějakými, nýbrž plusovými a minusovými znaménky rozlišujeme systémy a režimy, do nichž jsou uspořádány. Zapomínáme přitom poněkud na kulturní podmíněnost konstituční demokracie, která v kmenových společnostech nefunguje příliš dobře. Svržení dozajista hanebného diktátora tak může být následováno rozpadem infrastruktury a schopnosti státu plnit elementární funkce. Podpora diktátora zase znamená zlomení hole nad jeho obětmi. Kde je dobré řešení, pokud bychom si zapověděli Bodinovu a Hobbesovu odpověď ve prospěch legitimity silné státní moci, jež odolává chaosu?[89]

### 4.2.5 Rozvoj techniky a technologií

Jinou proměnnou role, síly a možností státu je technologický rozvoj.[90] Za prvé představuje výzvu pro regulatorní schopnost státu.[91] Za druhé vytvořil potenciál pro rozsáhlý dozor státu nad svými občany. Za třetí ovšem tytéž prostředky poskytl nestátním subjektům, čímž prolomil monopol státu. Kamerové systémy, odposlechy nebo sledování

---

[87] Srov. DEN OTTER, R. C. *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism.* Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2009.

[88] SARTORI, G. *Pluralismus, multikulturalismus a přistěhovalci. Eseje o multietnické společnosti.* Praha: Dokořán, 2005. G. Sartori poukazuje na fakt, že imigrace do USA po dlouhou dobu zamýšlela stát se Američany, zatímco významné segmenty imigrace do Evropy nezamýšlejí stát se Evropany: neláká je nový svět, ale sociální stát, jenž je ovšem v krizi.

[89] Typický africký diktátor ovšem tenduje ke krutosti a korupci bez protiplnění v zajištění fungujícího státu.

[90] Souvisí to i s povahou veřejného prostoru. Rozvoj internetu nám umožňuje vytvářet si vlastní informační svět, aniž bychom opustili byt. Není třeba se s nikým setkávat, poznávat jej, komunikovat. Ztrácí se význam prostoru jako takového. Srov. BAUMAN, Z. *Globalizace*, s. 26 nn.

[91] Včetně už dotčené otázky určování konce života, je-li medicína s to nahrazovat životní funkce přístroji.

elektronické komunikace rozhodně nejsou jeho výsadou. Zdá se, že v Německu 70. let minulého století to bylo součástí diskuse o „smrti státu", k níž přispíval mj. terorismus, který prolomením státního monopolu na užívání násilí ohrožoval základní poslání státu, tj. zajištění bezpečí.[92] Nejednoznačnosti tohoto efektu si je vědom W. Reinhard, když říká, že boj s terorismem stát posílil (největší vzepětí) díky získání prostředků boje s ním a jejich akceptaci.[93] Obava ze státu způsobilého k totálnímu dohledu následně vedla k diskusi o účelné „velikosti" státu.

Nejenže státy nemonopolizují technické prostředky zasahující do soukromí občanů, nemonopolizují ani další činnosti, jež s nimi bývaly spojené. Moderní stát vznikal jako stát centralistický a centralizovaný. U států současných jsou naopak patrné tendence k různým formám decentralizace (Velká Británie, Španělsko, Itálie aj.). Jde tu o vnitrostátní složku modelu víceúrovňového vládnutí, na nějž jsme narazili v souvislosti s evropskou integrací, případně i úvahami o vládnutí globálním. Stát ve smyslu státu centrálního je omezen kompetenčními přesuny směrem dolů. Rozhodné v tomto kontextu není, jde-li o mechanismy „demokratizace demokracií",[94] tj. ukotvení rozhodování co nejblíže občanům za účelem zvýšení jejich participace, anebo jde pouze o racionalitu rozhodování.

### 4.2.6 Privatizace státu

Krom toho však vidíme delegování výkonu veřejné správy rovněž na subjekty soukromé, u nichž pak není jisté, mohou-li jen to, co jim zákon umožní (drží přece veřejnou moc), anebo cokoli, co jim nezakáže (jde přece o soukromé osoby). Nemusí se to týkat pouze veřejné správy civilní: např. v Iráku působili vedle „skutečných" amerických vojáků „vojáci" námezdní a zaměstnanci bezpečnostních agentur. Jde o specifický případ toho, čemu se říká „outsourcing": veřejná moc lecjakou službu nakoupí na trhu, místo realizace ve vlastní režii. Zvyšuje to však její závislost na nestátních subjektech. Smazávání rozdílů veřejné i soukromé sféry je ovšem patrné i v opačném směru, když stát projevuje zájem o nakládání s veřejnými prostředky poskytovanými soukromým subjektům. Ty se tak stávají objektem kontroly, pro niž by jinak u soukromých osob nebyl důvod.

### 4.2.7 Neregulovaná sociální moc

A právě ony nestátní subjekty buďtež poslední položkou tohoto výčtu. Myšlenka ústavního státu je myšlenkou státu omezeného ústavními pravidly za účelem prevence zvrhnutí se ve vládu tyranskou, jež ohrožuje lidskou svobodu. Ohrožovat lidskou svobodu však může jakákoliv moc, nikoliv jen ta státní. Přesouvání moci mimo stát tak

---

92 MÖLLERS, Ch. *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008, s. 44 nn.

93 REINHARD, W. *Geschichte des modernen Staates…*, s. 110–111. Nikdy však nepůjde o vzepětí srovnatelné s poměry za železnou oponou, kde byl stát současně výlučným, případně zcela dominantním zaměstnavatelem. Nebylo mu tedy jak a kam uniknout.

94 Posun zájmu od demokratizace nedemokratických států k demokratizaci demokracií je patrný už v knize L. Whiteheada – WHITEHEAD, L. *Democratization. Theory and Experience*. Oxford University Press, 2002. Dotýká se toho rovněž kniha HOLZER, J. – MOLEK, P. a kol.: *Demokratizace a lidská práva. Středoevropské pohledy*. Praha: SLON, 2014.

snižuje dosah ústavní regulace.[95] Vedle států sílí neregulovaná moc sociální: k obvyklým modelům (neo)korporativním přibylo působení nadnárodních korporací, o němž už byla řeč. Ve východní Evropě se objevil fenomén tzv. oligarchů, v Evropě západní se zase mluví o berlusconizaci politiky. Jde o případy lidí tak bohatých, že pouhé jejich „kapesné" převyšuje možnosti politických stran s nimi soupeřit ve volební kampani, rozhodnou-li se vstoupit do politiky. Ale i když to neudělají, jsou s to vytvářet bariéru hospodářským plánům vlády (přesuny investic, mediální kampaně, korupce apod.). Rizikovým faktorem pro zdraví demokracie se stávají při vstupu na mediální trh a do politiky, kdy kombinují různé prostředky působení na vytváření vůle státu. Relevanci totiž neztrácí úvaha H. McKinderse, podle níž ten, kdo ovládá masmédia, ovládá voliče, a ten, kdo ovládá voliče, ovládá i celý politický proces.[96] Ostatně varování před koncentrací mediální moci patřilo k naléhavým tématům K. R. Poppera v závěru jeho života. Věnoval tomu svou přednášku při přijímání čestného doktorátu Univerzity Karlovy v Praze. Oligarchové se v jistém smyslu dostávají nad zákon, což občas vede k tomu, že je stát v pokušení se jich zbavit prostředky neodpovídajícími úplně ideálům vlády práva. Platí totiž aristotelská poučka, že vymyká-li se někdo příliš z průměru, nechce se podřizovat vládě obecných pravidel. Zakončit tak je možné otázkou: Je právě stát největším ohrožením lidské svobody?[97]

*Článek vznikl v rámci řešení grantu GA ČR P408/12/1255 „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn". Jedná se o přepracovanou verzi úvodní kapitoly kolektivně sepsané knihy „State as a Giant on Feet of Clay", která vyjde v německém nakladatelství Peter Lang. Autor děkuje za připomínky J. Brozovi, T. Friedelovi, J. Grincovi, T. Havlovi, J. Komárkovi, T. Krupové, P. Ondřejkovi, J. Ondřejkové, P. Pithartovi a M. Urbanovi. Netvrdí ovšem, že všem vyhověl.*

**doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.**
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze
Kancelář Senátu

[95] Ve vztahu k přenosu pravomocí na Evropskou unii si toho všímá GRIMM, D. *The Achievement of Constitutionalism…* Vede to k úsilí o konstitucionalizaci EU nebo i mezinárodního společenství, jíž ovšem bývá vytýkán technický ráz: najdeme omezující pravidla, ne však nutně legitimizační subjekt.

[96] LOEWENSTEIN, K. *Verfassungslehre…*, s. 361.

[97] Odkázat lze jak na M. Tropera vykládajícího koncepci francouzského Prohlášení práv člověka a občana ve smyslu státu garantujícího, a nikoliv ohrožujícího občanské svobody, tak na J. Boguszaka upozorňujícího na svazování státní moci nejrůznějšími procedurami, jež reflektuje dobu, kdy byl stát monopolní mocenskou organizací. A to už neplatí. Srov. PREUSS, U. K. *Disconnecting Constitutions from Statehood…*, s. 31, BOGUSZAK, J. Právo a postmoderní situace. *Právník*. 2005, č. 11.

Jan Kysela

**The Future of the State and its Legal Authority**

## State as a Giant on Feet of Clay
## Delayed Notes on the Series on the Future of Modern State

***Abstract:*** *This article is a belated addition to the discussion about role of state and its traditional atributtes which took place last year. In the contemporary world, we are confronted with various types of states, e. g. modern, post-modern, or post-colonial. They differ in intensity of centralization of public power and in nature of politicial nation. In Europe, in particular, there are states, which are strong, be it because of the tasks they perform or the expectations they raise But these states are at the same time weak because of various types of limits. From the external point of view we could mention increasing importance of international law, globalization or European integration. Regarding internal limits, what is important is the gradual weakening of trust in state and in general interest, strenghtening of judicial power at the expense of political powers of the state or almost un-regulated social powers (corporations, media etc.). Human rights belong to both groups. The shift from homogenous societies in some states to plurality of ethnically or religiously segmented sub-cultures plays key role.*

***Key words:*** *state, limited power, human rights, international community, european integration, globalization*