

LIDSKÁ PRÁVA A ROZHODOVÁNÍ V REFERENDU

Jan Wintr* – Daniel Askari**

Abstrakt: Článek se věnuje problematice konfliktu ochrany lidských práv a rozhodování v referendu. Nejprve jsou představeny příklady stejnopohlavních manželství ve Spojených státech a zákazu stavby minaretů ve Švýcarsku. Ve Spojených státech dochází ke konfliktu ústavních dodatků jednotlivých států schválených v referendu, v nichž je manželství definováno jako svazek muže a ženy, a judikatury federálních soudů, které považují tyto dodatky za rozporné s principem rovnosti garantovaným federální ústavou. Ve Švýcarsku byla přijata v referendu změna federální ústavy zakazující stavbu minaretů, jež vyvolala debatu o možnosti nerespektování rozhodnutí ústavodárce Spolkovým soudem. V kontextu uvedených aktuálních případů článek nejprve rozebírá možnost úplného vyloučení konání referend o lidských právech. Vyluka z možnosti konat referendum může mít řadu podob, které jsou popsány s uvedením praktických problémů slovenské a slovinské úpravy. V zásadě jde o škálu pěti možností, z nichž ta nejméně restriktivní umožňuje v referendu přijmout jakoukoliv úpravu neodporující materiálnímu jádru ústavy, zatímco ta nejvíce restriktivní zakazuje konání referend jakkoliv se dotýkajících rozsahu lidských práv. Závěrečná kapitola obsahuje teoretické pojednání o legitimitě rozhodnutí přijatých v referendu jako takových s ohledem na možnost jejich aposterioriho soudního přezkumu a apriorních výluk.

Klíčová slova: přímá demokracie, základní práva, ústavní přezkum, práva LGBT osob, ústavní principy

ÚVOD

Lid je v demokratickém státě suverénním, ale základní práva a svobody jsou nezadatelné a nezrušitelné. Tyto dvě klíčové zásady moderního státu se dostávají poměrně často do kolize, a to jak při hlasování parlamentu o omezení základních práv, tak – ještě citelněji – při přímém hlasování lidu v referendu o lidskoprávních tématech. Právě rozhodování referendem o lidských právech se budeme věnovat.

Konkrétních případů z poslední doby není málo. V roce 2009 švýcarští voliči většinou 58 % hlasů¹ v referendu odhlasovali novelu, kterou bylo do ústavy vloženo ustanovení, jež zní: „*Stavba minaretů se zakazuje*“.² V roce 2008 se v Kalifornii konalo referendum o schválení dodatku kalifornské ústavy, který by definoval manželství jako svazek muže a ženy (*Proposition 8*); dodatek ústavy byl schválen většinou 52 % hlasů voličů.³

Na stejné téma proběhlo referendum 7. února 2015 na Slovensku. Předcházelo tomu rozhodnutí slovenského *Ústavného súdu* Pl. ÚS 24/2014 z 28. října 2014, v němž tři

* Doc. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: wintr@prf.cuni.cz. Zpracováno v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, s názvem *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu* a projektu SVV č. 260 139, *Teorie ústavy a lidských práv*.

** Daniel Askari, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: askari.daniel@gmail.com. Zpracováno v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, s názvem *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu* a projektu SVV č. 260 139, *Teorie ústavy a lidských práv*.

¹ Schweizerische Bundeskanzlei: Vorlage Nr. 57. *Ergebnisse der Volksabstimmung vom 29. 11. 2009*.

² „*Der Bau von Minaretten ist verboten*.“ BV 72 III (Bundeverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999).

³ California Secretary of State: Statement of Vote: 2008 General Election, 13. prosince 2008.

z otázek byly shledány slučitelnými s čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy, podle něhož předmětem referenda nemohou být základní práva a svobody; jednu otázku *Ústavný súd* nepřipustil. Slovenské referendum bylo nakonec neplatné pro nedostatečnou účast občanů. Referendum o definici manželství jako svazku muže a ženy se konalo i v Chorvatsku 1. prosince 2013; 66 % voličů hlasovalo pro tuto definici. Slovenské referendum z 25. března 2012 a z 20. prosince 2015 odmítlo většinou 55 %, respektive 63 % hlasů nový kodex rodinného práva přijatý parlamentem, mimo jiné rozšiřující práva registrovaných partnerů. 22. května 2015 Irové většinou 62 % hlasů při šedesátiprocentní účasti potvrdili oběma komorami parlamentu schválený⁴ třicátý čtvrtý dodatek irské ústavy, podle kterého sňatek může být uzavřen mezi dvěma osobami bez ohledu na pohlaví; jde tak o vůbec první zavedení „*same-sex marriage*“ na světě, které se událo cestou referenda.

Státy přistupují k možným kolizím demokratické legitimacy rozhodnutí v referendu na straně jedné a nezadatelnosti a nezrušitelnosti základních práv a svobod na straně druhé různě. Můžeme vysledovat tři typická řešení:

- 1) V některých státech se referenda nekonají. Tak tomu je například na celostátní úrovni v Německu, v Belgii nebo v USA. Ve Velké Británii se referenda konají jen z vůle suverénního parlamentu.⁵ Těmito státy se zabývat nebudeme.
- 2) V některých státech je sice referendum možné konat, ale z možných otázek jsou vyloučeny ty, které se týkají základních práv a svobody. Článek 93 odst. 3 slovenské ústavy už byl zmíněn. O podobné vyluce se uvažuje v připravovaném českém vládním návrhu ústavního zákona o celostátním referendu. Nad dodržováním výluk bdí ústavní soudy. Varianty těchto výluk si rozebereme níže.
- 3) Některé státy či země jsou proslulé velmi širokým používáním referend, platí to zejména o Švýcarsku a o Kalifornii. I v těchto případech však existují instance, které přípustnost případného zásahu do základních práv a svobod mohou přezkoumat. Ve Spojených státech amerických to jsou federální soudy interpretující Ústavu USA a ve vztahu ke Švýcarsku Evropský soud pro lidská práva, který interpretuje Úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod.

Od této specifické konstelace (ad 3) začneme a poznatky zde získané pak využijeme v dalších úvahách o lidskoprávních výlukách, jejich vhodnosti a způsobu interpretace (ad 2). V závěru článku pak zasadíme zmíněnou kolizi do širšího ústavněteoretického kontextu.

Není naším úkolem vyjadřovat zde svůj politický názor, zda jsou referenda obecně přínosná, či ne. Ostatně takový soud lze těžko učinit nezávisle na historickém kontextu té či oné země a ústavy. Ačkoli se ústavní systémy jednotlivých států vzájemně ovlivňují a určité instituty se inspirují v jiných ústavách či přímo transplantují,⁶ přece jen i nadále

⁴ Podle čl. 46 a 47 irské ústavy vyžaduje změna ústavy souhlas obou komor parlamentu a většiny občanů hlasujících v referendu.

⁵ K suverenitě parlamentu ve Velké Británii aktuálně PÍŠA, R. Je suverenita Parlamentu stále živá? *Právník*. 2014, roč. 153, č. 11, s. 988–1006; KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 165–172.

⁶ Srov. v české právní vědě texty Kristiána Léka, např. LÉKO, K. Zahraniční inspirace při změnách ústav. In: J. Wintř – M. Antoš (eds). *Ústavní právo v mezinárodním kontextu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická

matkou ústavy je historie.⁷ Řešení fungující v jednom státě nejsou snadno přenositelná jinam. Referenda v jednotlivých státech jsou také různě konstruována, jsou decisní či poradní, obligatorní či fakultativní, vázaná na různé podmínky atd.; i toho se dotkneme jen okrajově tam, kde konkrétní podoba referenda má zásadní význam pro naše téma.

Zde se zaměříme jen na jeden dílčí problém – na možnou kolizi demokratického rozhodování v referendu a ochrany základních práv a svobod – a budeme sledovat různé řešení tohoto problému, judičiální i legislativní.

1. EXTERNÍ PŘEZKUM VÝSLEDKU REFEREND O LIDSKÝCH PRÁVECH

Zmíněný kalifornský a švýcarský případ spojuje jeden relativně nový fenomén – střet práv či zájmů příslušníků určité, v dané společnosti zpravidla nepopulární, menšiny a vůli většiny, která prosazuje omezování (či nerozšiřování) těchto práv demokratickými mechanismy. Podívejme se, jak rozhodují soudní orgány, které poměřují výsledek referenda požadavky federálními nebo mezinárodními standardy ochrany lidských práv.

Soudní orgány, které mají pravomoc taková opatření *ex post* externě přezkoumávat, totiž stojí před dilematem, jak zároveň chránit základní práva dotčených jednotlivců a přiměřeně respektovat silně vyjádřený názor demokratické většiny.⁸

1.1 Manželství osob stejného pohlaví v USA

Ve Spojených státech v posledních přibližně deseti letech probíhá intenzivní společenská diskuse o tom, zda mají být uzákoněny manželské svazky osob stejného pohlaví. Poprvé se tak stalo v roce 2004 na základě rozhodnutí massachusettského Nejvyššího soudu,⁹ který konstatoval, že omezení institutu manželství jen na osoby odlišného pohlaví odporuje principu zákazu diskriminace garantovanému státní ústavou. Toto rozhodnutí vyvolalo bouřlivou reakci v řadě dalších států USA, přičemž ještě v roce 2004 byla v jedenácti státech konána úspěšná referenda o ústavních dodatcích, které omezovaly institut manželství na páry odlišného pohlaví.¹⁰ Obdobně jako v Massachusetts rozhodl ještě Nejvyšší soud New Jersey v roce 2006,¹¹ kalifornský Nejvyšší soud v roce 2008 (k tomu viz níže) a o rok později Nejvyšší soud státu Iowa.¹² Až po těchto rozhodnutích byly svazky osob stejného pohlaví poprvé schváleny zákonodárci ve státě Vermont.¹³

fakulta, 2013, s. 7–16, a LĚKO, K. Srovnávací argumentace před ústavními soudy (zahraniční inspirace při interpretaci ústav). In: M. Antoš – J. Wintr (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 107–117.

⁷ LLOMPART, J. *Die Geschichtlichkeit der Prinzipien*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1976, s. 160.

⁸ K možnosti řešit toto dilema pomocí principu proporcionality srov. ASKARI, D. Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou. In: M. Antoš – J. Wintr (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 17–30.

⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N. E. 2d 941 (Mass. 2003).

¹⁰ CBS News: 11 States Ban Same-sex Marriage, článek z 30. září 2004. Dostupný z: <<http://www.cbsnews.com/news/11-states-ban-same-sex-marriage/>> (cit. 29. března 2015).

¹¹ *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N. J. 2006).

¹² *Varnum v. Brien*, 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009).

¹³ An Act to Protect Religious Freedom and Recognize Equality in Civil Marriage, Act 3, Regular Session, Session Laws of Vermont 2009.

Kalifornie

Spolu s podzimními volbami v roce 2008 se v Kalifornii konalo referendum o schválení dodatku kalifornské ústavy, který by definoval manželství jako svazek muže a ženy (*Proposition 8*). Referendum bylo po velice vyhrocené kampani úspěšně s podporou 52 % voličů.¹⁴ Tím byly v Kalifornii vytvořeny tři skupiny párů: sezdané páry odlišného pohlaví, sezdané páry stejného pohlaví¹⁵ a páry stejného pohlaví, které po přijetí ústavního dodatku již nemohly uzavřít manželství, ale na základě zákona jen občanský svazek (*civil union*). Přijetí ústavního dodatku bylo napadeno před kalifornským Nejvyšším soudem, který se nacházel v překerní situaci: necelý rok předtím rozhodl, že nedovolení manželství osob stejného pohlaví odporuje zákazu diskriminace obsaženému ve státní ústavě,¹⁶ načež voliči do ústavy dopsali pravý opak.

S tímto dilematem se soudci vypořádali tím, že respektovali výsledek referenda a konstatovali, že do ústavy byla zakotvena pouze velice úzká výjimka ze zásady rovnosti, která se vztahuje výlučně na způsobilost párů stejného pohlaví uzavřít manželství – nikoliv na jakákoliv jiná práva z manželství plynoucí.¹⁷ Tím tedy všechny tři výše uvedené skupiny získaly totožná práva a svazky osob stejného pohlaví se od svazků osob opačného pohlaví lišily výlučně tím, že se nesměly jmenovat manželství. Je třeba zmínit disentní stanovisko soudce Carlose R. Morena,¹⁸ který byl přesvědčen, že voliči neměli právo zasáhnout do ústavně garantované zásady rovnosti. S odvoláním na článek XVIII kalifornské ústavy tvrdil, že referendum znamenalo tak významnou změnu ústavy, že bylo třeba svolat ústavodárný konvent.¹⁹ Podle soudce Morena je smyslem ústavního zakotvení zásady rovnosti ochrana menšin proti rozhodnutí většiny, a tudíž z ní nelze připustit žádné výjimky. Z procedurálních důvodů tedy navrhol prohlásit celý ústavní dodatek za neplatný.

Následně se problém kalifornského dodatku dostal před federální soudy, které měly posoudit jeho soulad se 14. dodatkem federální Ústavy, jenž zakotvil (v roce 1868) rovnost před zákonem (*equal protection of the laws*). Federální obvodní soud a následně Federální odvolací soud 9. obvodu se shodly na tom, že kalifornský dodatek omezující manželství jen na páry odlišného pohlaví je v rozporu s federální ústavou a prohlásily jej za neplatný.²⁰ Argumentovaly však nikoliv rovností před zákonem, ale právní jistotou (*due proces clause*) osob stejného pohlaví, které chtějí uzavřít manželství. Odvolací soud se explicitně odmítl vyjádřit k problematice zákazu manželství osob stejného pohlaví obecně a vystačil si se závěrem, že není přípustné, aby manželství osob stejného pohlaví, která jsou již jednou uzákoněna, byla zase zrušena. Touto argumentací však soud ignoroval skutečnost, že manželství osob stejného pohlaví nebylo v Kalifornii zakotveno rozhodnutím zákonodárce, nýbrž soudu, a nevypořádal se příliš přesvědčivě s tím, zda není vyšší legitimita rozhodnutí voličů v referendu o ústavním dodatku.

¹⁴ California Secretary of State: Statement of Vote: 2008 General Election, 13. prosince 2008.

¹⁵ Nejvyšší soud Kalifornie totiž rozhodl, že manželství osob stejného pohlaví uzavřená v mezidobí, tj. do přijetí ústavního dodatku, jsou i nadále platná. *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009), IX. výrok.

¹⁶ *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).

¹⁷ *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009), I. a II. výrok.

¹⁸ *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48, 129 (Cal. 2009), Concurring and Dissenting Opinion by MORENO, J.

¹⁹ Čl. XVIII kalifornské Ústavy totiž rozlišuje mezi dodatkem (*amendment*) a změnou (*revision*). Zatímco dodatek je možné schválit referendem, k provedení hlubší změny musí být svolán ústavodárný konvent.

²⁰ *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 C. A. 9 (Cal. 2011).

Ve věci *Hollingsworth et al. v. Perry*²¹ potom rozhodoval Nejvyšší soud Spojených států, ale vyhnul se meritornímu přezkoumání. Všechna řízení jsou totiž v americkém právním systému koncipována jako sporná, a tak ve sporu o soulad státního práva s federální ústavou vystupuje jako žalovaný samotný stát (respektive některý jeho orgán), který má za úkol svůj právní řád hájit. Jelikož však politická reprezentace státu Kalifornie odmítla nadále ústavní dodatek hájit s tím, že jej sama považuje za diskriminační a homofobní, hrozilo „kontumační“ vítězství navrhovatelů. Proto se přezkoumání rozhodnutí federálního odvolacího soudu domáhala skupina soukromých osob, která tvrdila, že hájí zájem kalifornských voličů, kteří ústavní dodatek schválili. Nejvyšší soud však v těsném rozhodnutí (pět ku čtyřem) konstatoval, že navrhovatelé nemají aktivní legitimaci (*standing*), neboť nejsou napadeným rozhodnutím odvolacího soudu nikterak přímo dotčeni. Tentýž den také Nejvyšší soud vynesl rozsudek,²² jímž prohlásil za protiústavní část federálního zákona na ochranu manželství (*The Defense of Marriage Act*, DOMA), která znemožňovala uznání manželství osob stejného pohlaví pro účely federálního práva.²³ Argumentace soudu se však opírala o povinnost federace respektovat svobodu jednotlivých států manželství osob stejného pohlaví uzákonit.

Nejvyšší soud se tak nevyjádřil explicitně k protiústavnosti zákazu manželství osob stejného pohlaví. Ačkoliv tak učinil za pomoci formálních argumentů, které se nedotýkaly přímo jádra věci, jednoznačně otevřel cestu k vývoji doktríny rovného manželství (*equal marriage*), která je v americké společnosti čím dál více přijímána. Skutečnost, že se Nejvyšší soud k věci nevyjádřil přímo, však vedla k poněkud nepřehlednému právnímu procesu, pomocí nějž bitva o uzákonění manželství osob stejného pohlaví probíhala v každém státě zvlášť.

Další státy

Výše popsany vývoj otevřel cestu k soudním sporům v dalších státech USA, kde navrhovatelé již přímo argumentovali, že omezení institutu manželství na různopohlavní páry odporuje právu na rovnost před zákonem. Většina federálních soudů prvních i druhých stupňů tuto argumentaci přijala a Nejvyšší soud se opět ve všech případech odmítl příslušnými věcmi zabývat s odkazem na skutečnost, že nebyl v předchozích řízeních vysloven odlišný názor soudem prvního a druhého stupně. Znovu se tedy Nejvyšší soud vyhnul meritornímu rozhodnutí ohledně tohoto závažného tématu rozdělovacího americkou společností. Tímto postupem byly svazky osob stejného pohlaví uzákoněny celkem ve 35 státech (počítaje v to i státy, které přijaly příslušnou změnu legislativní cestou), což v Alabamě vedlo dokonce k nevídané revoltě státního Nejvyššího soudu proti federálním soudům (viz níže).

Konečně až Federální odvolací soud 6. obvodu odmítl na doktrínu rovného manželství přistoupit a zrušil rozhodnutí soudu prvního stupně, který prohlásil za protiústavní úpravu státu Ohio, která omezovala manželství na páry odlišného pohlaví.²⁴ Za těchto

²¹ *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 U. S. (2013).

²² *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 U. S. (2013).

²³ *The Defense of Marriage Act of 1996*, 110 Stat. 2419, Art. 3.

²⁴ *DeBoer v. Snyder*, 772 E.3d 388 C. A. 6 (Mich. 2014).

okolností již Nejvyššímu soudu nezbývalo než souhlasit s tím, že případ projedná, a konečně nařídil ústní jednání ve spojené věci *Obergefell v. Hodges* na 28. dubna 2015.²⁵ Bylo těžko představitelné, že by Nejvyšší soud *de facto* převrátil judikaturu většiny odvolacích soudů, která považovala zákaz manželství osob stejného pohlaví za rozporný se 14. dodatkem Ústavy USA. Takovým rozhodnutím by se totiž řada států ocitla ve stejné situaci jako Kalifornie v roce 2008, kdy by přistoupily k opětovnému zrušení manželství osob stejného pohlaví poté, co byla na základě pravomocných rozhodnutí federálních soudů zavedena. Nejvyšší soud by pak musel zase řešit otázku, zda je takový postup přijatelný – Federální odvolací soud 9. obvodu byl přinejmenším v kalifornském případě přesvědčen, že nikoliv.

Nejvyšší soud USA 26. června 2015 ve věci *Obergefell v. Hodges*²⁶ rozhodl, že osoby stejného pohlaví napříč Spojenými státy mají ústavně zaručené právo uzavřít manželství, čímž dovršil sérii zákonů a rozsudků na toto téma. Rozhodl tak poměrem pět ku čtyřem; disentující soudci zdůrazňovali právě demokratický argument, totiž, že o tak závažné otázce, jako je změna definice manželství, které existuje po tisíciletí, mají rozhodovat reprezentanti lidu v zákonodárných sborech států, a nikoli federální soud. Majorita Nejvyššího soudu se však opřela o 14. dodatek Ústavy USA („*Žádný stát... nemá právo zbavit jakoukoli osobu, podléhající jeho pravomoci, stejné ochrany zákona*“) a argumentovala, že manželství sice je tradiční instituce, ale přece jen se v čase mění (např. zákaz sňatků mezi bělochy a černochoy zrušil Nejvyšší soud definitivně pro celé USA až v roce 1967). Jednotlivec přitom má svobodu rozhodovat o svém životě, včetně intimních rozhodnutí, s kým a jak bude žít. Instituce manželství představuje podporu a ochranu společného života i stabilního prostředí pro děti, které v homosexuálních vztazích tak jako tak vyrůstají. Zdůrazněno bylo rovněž, že rodina je základ státu, že společnost závisí na fungování a stabilitě rodin. Upírání manželství celé velké skupině lidí považovala majorita Nejvyššího soudu za dnes už nepřijatelný zásah do jejich důstojnosti.

Detailněji toto významné rozhodnutí rozebírat nebudeme, avšak dilema ochrany základních práv na straně jedné a respektu k demokratické vůli občanů oněch států, které manželství osob stejného pohlaví odmítaly, je v něm důležitým faktorem.

1.2 Zákaz minaretů ve Švýcarsku a podobné evropské případy

V roce 2009 švýcarští voliči většinou 58 %²⁷ v referendu odhlasovali novelu, kterou bylo do ústavy vloženo ustanovení, jež zní: „*Stavba minaretů se zakazuje*“.²⁸ Příznivci iniciativy proti minaretům argumentovali, že minarety jsou „*symbolem nároku islámu na politicko-spoločenskou moc*“, přičemž minarety podle nich „*neslouží žádnému náboženskému účelu*“.²⁹ Tím vznikla ve Švýcarsku zvláštní situace, kdy součástí ústavy, jež jinak

²⁵ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 1039 U. S. (2015).

²⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ____ (2015). Informaci o tomto rozhodnutí podává ONDŘEJEK, P. Případ *Obergefell v. Hodges* před Nejvyšším soudem USA – k otázce diskriminace párů osob stejného pohlaví. *Bulletin Výzkumného centra pro lidská práva*, č. 3–4/2015. Dostupné z: <http://files.vclp.cz/200000089-a2f46a4eb1/Bulletin_UNCE_3_4_2015.pdf>, s. 16–17.

²⁷ Schweizerische Bundeskanzlei: Vorlage Nr. 57. *Ergebnisse der Volksabstimmung vom 29. 11. 2009*.

²⁸ „*Der Bau von Minaretten ist verboten.*“ BV 72 III (Bundeverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999).

²⁹ *Volksabstimmung vom 29. November 2009, Erläuterungen des Bundesrates*, 26. října 2009, s. 27.

garantuje náboženskou rovnost,³⁰ je ustanovení přinejmenším podezřelé z nepřímé diskriminace jedné náboženské skupiny.

Obecný zákaz stavby minaretů platí na celém území Švýcarska bez vázanosti na ochranu krajiny nebo památkově chráněných oblastí, navíc bez definice toho, co je to minaret. Přitom navrhovatelé ani nepopírali, že svou iniciativu namířili přímo proti muslimské menšině; použili přitom argument, že minarety jako součást mešit, tedy staveb sloužících pro náboženské účtování, neslouží náboženským, nýbrž politickým cílům. Ačkoliv pro tento návrh hlasovala při účasti 53,76 % jen přibližně čtvrtina švýcarských obyvatel, stala se příslušná norma součástí ústavního textu. Spolkový soud Švýcarska jako jediná federální soudní instance přitom nemá pravomoc do celého procesu zasáhnout, a to *a priori* ani *ex post*.³¹

Ve Švýcarsku aktuálně probíhá debata o případné změně pravidel vypisování referend s možností vyloučení některých otázek a soudního přezkumu.³² Vzhledem k současné politické situaci však takové návrhy zůstávají pouze v rovině úvah, které pravděpodobně nenajdou reflexi v legislativních změnách.³³ Uvažuje se však, že by švýcarský Spolkový soud mohl alespoň v určitém rozsahu vyslovit neaplikovatelnost tohoto čl. 72 odst. 3 ústavy pro rozpor s evropskou Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod.

Navázal by tak na své kontroverzní rozhodnutí z roku 2012, kde konstatoval, že mezinárodní lidskoprávní smlouvy, kterými je Švýcarsko vázáno, mají vyšší právní sílu než švýcarské právo, dokonce i na ústavní úrovni.³⁴ To bylo reakcí na referendum z 28. listopadu 2010, v němž 52,3 % hlasujících prosadilo do článku 121 švýcarské ústavy ztrátu práva pobytu cizinců, kteří se dopustili určitých trestných činů nebo zneužívali sociální dávky. Spolkový soud v tomto rozhodnutí z 12. října 2012 vyslovil, že toto ústavní ustanovení není až do přijetí prováděcího zákona použitelné.

Soud se však vyjádřil k situacím, kdy nastává konflikt mezi ustanovením ústavy (přijatým v referendu) a mezinárodní smlouvou, již je Švýcarsko vázáno. Poukázal na skutečnost, že sám je podle Ústavy vázán jak spolkovým, tak mezinárodním právem,³⁵ a navázal na svou předchozí judikaturu týkající se vztahu podústavního spolkového práva a práva mezinárodního. Zdůraznil, že ústavní text je nutné vykládat jako celek za použití všech interpretačních metod a neplatí zde bez dalšího zásada *lex posterior derogat priori*.³⁶

V případě ústavního článku upravujícího pobyt cizinců na území Švýcarska soud přímo vyslovil, že „*text ústavy je v jednoznačném napětí ve vztahu k základním hodnotám uznaným ve Švýcarsku ústavním a mezinárodním právem*“.³⁷ Při použití takového ustanovení, byť včleněného referendem do ústavy, je soud povinen pohybovat se výhradně v mezích mezinárodních smluv závazných pro Švýcarsko, mezi něž patří i Evropská úmluva. Soud ve svém rozsudku uvedl, že se cítí být vázán i veškerou judikaturou ESLP

³⁰ BV 8 II.

³¹ BV 189.

³² MOECKLI, D. Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2011, Vol. 11, Issue 4, s. 785–789.

³³ Ibidem, s. 792.

³⁴ BGE 139 I 16; 2C 828/2011, Urteil vom 12. Oktober 2012, Bundesgericht der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

³⁵ BV 190.

³⁶ BGE 139 I 16, body 4.2.1 a 5.1.

³⁷ BGE 139 I 16, bod 4.3.3.

k Úmluvě a výslovně dodal, že bude brát zřetel na rozhodnutí ústavodárce jen do té míry, do jaké nebudou s judikaturou ESLP v rozporu.³⁸

Švýcarský zákaz minaretů dosud nebyl meritorně přezkoumán Evropským soudem pro lidská práva, existují jen dvě rozhodnutí, v nichž byla konstatována nepřijatelnost stížnosti *ratione personae*, neboť stěžovatelé nebyli přímo dotčeni.³⁹ V případě, že by však Evropský soud pro lidská práva někdy v budoucnu rozhodl, že plošný zákaz stavby minaretů odporuje Úmluvě, musel by se Spolkový soud Švýcarska v návaznosti na vlastní rozsudek z roku 2012 tomuto rozhodnutí podřídit. Neměl by potom jinou možnost, než ustanovení ústavy přijaté v referendu neaplikovat, případně jej vyložit značně restriktivně, respektive v rozporu s jeho smyslem a účelem.

Je ale otevřenou otázkou, jak by se Evropský soud pro lidská práva k možnému střetu mezi vůlí švýcarských občanů vyjádřenou v referendu a článkem 14 Evropské úmluvy postavil. Ve známém případě *S. A. S. proti Francii*⁴⁰ rozhodl ve prospěch zákazu zahalování obličeje na veřejnosti, který zavedl za značné podpory veřejnosti téměř jednomyslně francouzský parlament. ESLP se uchýlil k uplatnění širokého pole uvážení (*margin of appreciation*) a argumentoval, že zákaz ob stojí v testu proporcionality, neboť slouží k ochraně práv jiných, totiž práva ostatních členů společnosti vidět obličeje lidí, které potkávají na veřejnosti. Z odůvodnění rozsudku ESLP ale lze téměř mezi řádky vyčíst, že soud chtěl respektovat demokratické rozhodnutí francouzských zákonodárců se silnou legitimitou, avšak jeho dosavadní striktní judikatura mu to příliš neumožňovala.

Ukazuje se tak, že silná demokratická legitimita aktu omezujícího základní práva může být soudy brána v potaz jako důvod ve prospěch takového aktu. Na druhou stranu jsou však základní práva tradičně chápána jako obrana jednotlivce proti možné tyranii většiny. K tomuto dilematu se vrátíme ve třetí kapitole.

2. APRIORNÍ VYLOUČENÍ REFEREND O LIDSKÝCH PRÁVECH

Nyní se přesuňme od otázky aposteriorního soudního přezkumu výsledku referenda k apriorním zákazům konání referend k určitým tématům.

Jak už bylo řečeno v úvodu, některé státy ve svých ústavách či ústavních zákonech výslovně vylučují konání referend o základních právech a svobodách. Již zmíněný čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy zní: „*Predmetom referenda nemôžu byť základné práva a slobody, dane, odvody a štátny rozpočet.*“

V čl. 8 odst. 3 nové maďarské ústavy z roku 2011 je stanoveno, že nelze konat celostátní referendum mimo jiné o otázkách změny ústavy a o závazcích vyplývajících z mezinárodních smluv. Ústavním zákonem z 24. května 2013 byla do článku 90 slovenské ústavy doplněna pasáž, podle které nemůže být vypsáno referendum o zákonech odstraňujících protiústavnost v oblasti lidských práv a základních svobod nebo jinou protiústavnost.⁴¹ Na základě tohoto ustanovení slovenský parlament 26. března 2015 zablokoval referen-

³⁸ BGE 139 I 16, bod 5.

³⁹ Dvě rozhodnutí ESLP z 28. června 2011, *LA LIGUE DES MUSULMANS DE SUISSE a ostatní proti Švýcarsku* (č. 66274/09), a *Hafid OUARDIRI proti Švýcarsku* (č. 65840/09).

⁴⁰ Rozsudek ESLP ze dne 1. července 2014, *S. A. S. proti Francii*, č. 43835/11, bod 83.

⁴¹ „*Referenduma ni dopustno razpisati: – o zakonih, ki odpravljajo protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost.*“

dum proti dalšímu přijatému zákonu rozšiřujícímu práva párů osob stejného pohlaví. Slovenský ústavní soud ovšem 28. září 2015 shledal toto usnesení parlamentu protiústavním, byť s řadou odlišných stanovisek,⁴² referendum z 20. prosince 2015 pak odmítlo schválený zákon většinou 63 % hlasů.⁴³

Slovenský *Ústavný súd* podobnou otázku rozhodoval 28. října 2014 nálezem Pl. ÚS 24/2014. Věnujme se nyní tomuto rozhodnutí detailněji. Střetly se v něm dvě možné interpretace čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy.

Slovensko

Referendum může na Slovensku iniciovat parlament nebo petice nejméně 350 000 občanů (čl. 95 odst. 1 ústavy). *Aliancia za rodinu* nasbírala do srpna 2014 téměř 390 000 platných podpisů pod petici požadující referendum o čtyřech otázkách, formulovaných poněkud kuriózně negativním způsobem.⁴⁴ 4. září 2014 se prezident Andrej Kiska obrátil na *Ústavný súd* s návrhem na přezkum ústavní konformity otázek. *Ústavný súd* první, druhou a čtvrtou otázku akceptoval jako ústavně konformní, třetí odmítl.

Majorita *Ústavného súdu* viděla při interpretaci čl. 93 odst. 3 ústavy následující dilema: „Príliš široký výklad tejto ústavnej normy by mohol viesť k znefunkčneniu inštitútu fakultatívneho referenda, pretože je málo takých otázok, ktoré by sa aspoň čiastočne nedotýkali základných práv a slobôd. Na druhej strane je zreteľné, že ústavodarca nechcel podriaďiť problematiku základných práv a slobôd... výlučne vôli väčšiny.“ (bod 32 nálezu) Došla k závěru, že čl. 93 odst. 3 brání referendům s takovými otázkami, „ktorých úspech by znamenal narušenie konceptu základných práv a slobôd v podobe znižovania ich štandardu vyplývajúceho z medzinárodnoprávnej úpravy i úpravy vo vnútroštátnom právnom systéme, a to v miere ohrozujúcej charakter právneho štátu“ (bod 37 nálezu).

Podle dosavadní judikatury *Ústavného súdu* a zvláště Evropského soudu pro lidská práva slovenská ústava ani Evropská úmluva nezaručují právo párů osob stejného pohlaví na uzavření manželství (první otázka, bod 57 nálezu), ani na osvojení dítěte za situace, kdy slovenský právní řád toto právo nepřiznává nesezdaným párům opačného pohlaví, a nemůže tak jít o diskriminaci ve smyslu případu X proti Rakousku⁴⁵ (druhá otázka, bod 70 nálezu).

Třetí otázka ale byla shledána rozpornou s ústavním principem právní jistoty, neboť tak, jak je doslovně formulována, by mohla zasáhnout do řady práv přiznaných například

⁴² *Odločitev Ustavnega sodišča v zadevi U-II-1/15 z dne 28. 9. 2015*. Dostupné z: <<http://www.us-rs.si/aktualno/novice/odlocitev-ustavnega-sodisca-v-zadevi-u-ii-115-z-dne-28-9-2015/>>.

⁴³ Týž ústavní zákon z 24. května 2013 doplnil do čl. 90 odst. 4 slovenské ústavy jako podmínku platnosti referenda, že proti zákonu hlasovalo 20 % všech oprávněných občanů. Při účasti 36 % oprávněných občanů celkový podíl občanů hlasujících proti zákonu dosáhl 23 %, takže i tato podmínka byla splněna.

⁴⁴ „1. Súhlasíte s tým, aby sa manželstvom nemohlo nazývať žiadne iné spoložitie osôb okrem zväzku medzi jedným mužom a jednou ženou? 2. Súhlasíte s tým, aby párom alebo skupinám osôb rovnakého pohlavia nebolo umožnené osvojenie (adopcia) detí a ich následná výchova? 3. Súhlasíte s tým, aby žiadnemu inému spoložitiu osôb okrem manželstva neboli priznané osobitná ochrana, práva a povinnosti, ktoré sú právnyimi normami k 1. 3. 2014 priznané iba manželstvu a manželom (najmä uznanie, registrácia či evidovanie ako životného spoločenstva pred verejnou autoritou, možnosť osvojenia dieťaťa druhým manželom rodiča)? 4. Súhlasíte s tým, aby školy nemohli vyžadovať účasť detí na vyučovaní v oblasti sexuálneho správania či eutanázie, ak ich rodičia alebo deti sami nesúhlasia s obsahom vyučovania?“ Srov. citovaný náleží *Ústavného súdu*.

⁴⁵ Rozsudek ESLP z 19. února 2013, X. proti Rakousku, č. 19010/07.

osobám blízkým, a tím nepřipustně omezovat základní právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života (čl. 19 odst. 2 ústavy, body 88 a 89 nálezu). Naproti tomu kladná odpověď na čtvrtou otázku podle vóta majority není s to nepřipustně omezit základní práva rodičů a dětí v oblasti vzdělávání a případný prováděcí zákon by mohl být přezkoumán *Ústavným súdem* (bod 103 nálezu).

Shrneme-li, většina *Ústavného súdu* interpretovala ústavní lidskoprávní výlukou tak, že není možné konat referendum s otázkou, u níž by úspěch znamenal snížení standardu základních práv, vyplývajících z ústavy a mezinárodních smluv o lidských právech tak, jak jsou vykládány ústavním a mezinárodními soudy.

Odlíšné stanovisko k nálezu připojili soudci Ladislav Orosz a Lajos Mészáros. Soudce Orosz by odmítl i druhou otázku ohledně osvojení, neboť otázka podle jeho názoru neodpovídá přiměřené úctě a respektu k právům člověka a dotýká se i práv a zájmů dětí, potenciálních osvojenčů. Podle soudce Mészárose ústavodárce vyloučil referenda o lidských právech mimo jiné, proto, aby objektem rozhodování většiny nebyla práva a svobody menšin; za vhodnější fórum k diskusi o limitech základních práv považuje parlament: „*Ústavodarca mal podľa môjho názoru pri tejto výluke tiež asi na myslí aj reprezentatívnejšiu, deliberatívnejšiu legitimitu parlamentu, ktorý v ústavných limitoch (napr. čl. 12 ods. 1 ústavy) o ľudských právach diskutovať a rozhodovať môže.*“ (bod 3 disentu) Shodně ve prospěch parlamentní deliberace hovoří i právní teoretička Lucia Berdisová.⁴⁶

Lajos Mészáros odhaluje slabinu většinového vóta položením otázky, co kdyby v hlasování zvítězila záporná odpověď (bod 16 disentu). Tím by se vůle hlasujících (manželstvím se může nazývat i jiné soužití osob) dostala do přímého rozporu s první větou čl. 41 odst. 1 ústavy ve znění ústavního zákona č. 161/2014 Z. z.: „*Manželstvo je jedinečným vzťahom medzi mužom a ženou.*“ Toto ustanovení je přitom jednoznačně v hlavě druhé slovenské ústavy, nazvané „*Základné práva a slobody*“. Druhá referendová otázka je zase podle Mészárose v rozsahu (*scope*) práva na ochranu soukromého a rodinného života (bod 17 disentu), jak dokládá judikatura Evropského soudu pro lidská práva.⁴⁷

Shrneme-li minoritní vóta, podle jejich výkladu čl. 93 odst. 3 ústavy se nemá konat referendum o rozsahu (*scope, ambit*⁴⁸) základních práv a svobod, protože hrozí utlačování menšiny většinou, jemuž právě nezadatelnost a nezrušitelnost základních práv a svobod má bránit.

Minoritní vótum lépe odpovídá doslovnému výkladu čl. 93 odst. 3 ústavy, ale hrozí znemožněním téměř jakéhokoli referenda, protože téměř každá otázka se dnes tak či onak dotýká rozsahu základních práv a svobod. Majoritní vótum více chrání prostor pro demokratické rozhodování, vylučuje jen ta referenda, která by omezovala základní práva a svobody způsobem odporujícím ústavě a mezinárodním úmluvám o lidských právech; není však imunní vůči obtížím, které odhalila námitka, že odpověď „ne“ by u první otázky rozpor s ústavou znamenala. Souvisejícím problémem majoritního vóta je okolnost, že rozšíření některé základního práva často znamená zúžení jiného.

⁴⁶ BERDISOVÁ, L. K ne/súladu referenda o ochrane rodiny s Ústavou Slovenskej republiky. *Justičná revue: časopis pre právnú prax*. 2014, č. 10, s. 1246–1255.

⁴⁷ Rozsudek ESLP ze dne 22. ledna 2008, *E. B. proti Francii*, č. 43546/02. Shodně opět BERDISOVÁ, L. K ne/súladu referenda, s. 1253.

⁴⁸ Srov. texty Davida Kosaře a Michala Bobka v KMEC, J. – KOSAŘ, D. – KRATOCHVÍL, J. – BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 102–103, 1215–1216.

Referendum se třemi otázkami se nakonec konalo 7. února 2015, ale ztroskotalo na podmínce účasti nadpoloviční většiny oprávněných voličů (čl. 98 odst. 1 ústavy); navzdory ostré kampani⁴⁹ se počítadlo účasti zastavilo na 21,41 % oprávněných voličů (jasná většina účastníků odpověděla třikrát „áno“).

Slovenský případ a české úvahy de lege ferenda

V České republice ústavní zákon o celostátním referendu byl vícekrát navržen, ale dosud vždy neúspěšně.⁵⁰ Opoziční návrh ČSSD z roku 2011 (sněmovní tisk 520) v čl. 1 odst. 2 zakazoval otázku pro referendum, která by směřovala ke změně podstatných náležitostí demokratického právního státu, „*ke zrušení nebo omezení ústavně zaručených základních práv a svobod*“ nebo k rozhodnutí, které by bylo v rozporu se závazky, které pro Českou republiku vyplývají z mezinárodního práva; shodně formulace obsahoval opoziční návrh ČSSD z roku 2007 (sněmovní tisk 192), jakož i pozdější návrh Úsvitu přímé demokracie z roku 2014 (sněmovní tisk 114). Návrh Nečasovy vlády z roku 2012 (sněmovní tisk 661) obsahoval čl. 1 odst. 2, podle kterého v celostátním referendu nešlo rozhodnout o změně podstatných náležitostí demokratického právního státu. Komunistický návrh z roku 2014 (sněmovní tisk 116) vyšel v zásadě ze slovenské textace: „*Předmětem referenda nemohou být ústavně zaručená základní práva a svobody*“.

Připravovaný návrh Sobotkovy vlády postupně vystřídal formulace, podle nichž nelze v referendu rozhodovat o „*zásahu do ústavně zaručených práv a svobod*“,⁵¹ o „*zrušení nebo zúžení rozsahu ústavně zaručených základních práv a svobod nebo o nepřijatelném zásahu do nich*“⁵² a o „*základních právech a svobodách*“;⁵³ tento text se nakonec objevil v čl. 2 odst. 1 písm. a) vládního návrhu ústavního zákona o celostátním referendu (sněmovní tisk 559).⁵⁴

Pokusme se konfrontovat tato znění lidskoprávní vyluky s výsledky slovenské ústavně-právní debaty.

Problémem slovenského i navrhovaného českého pojetí referenda je neurčitost obsahu závazného výsledku v situaci, kdy se rozhoduje o „*důležitých otázkách veřejného zájmu*“ (čl. 93 odst. 2 ústavy) nebo o „*věcech vnitřní nebo zahraniční politiky státu*“,⁵⁵ místo aby se v referendu rozhodovalo o zákonu, ať už formou zamítnutí zákona schváleného parlamentem (jako je tomu např. ve Slovinsku), potvrzení zákona schváleného parlamentem (typické u ústavních změn, např. v Irsku), popřípadě schválení vládního návrhu zákona zamítnutého parlamentem (§ 46 československé Ústavní listiny z roku 1920).⁵⁶ K tomu se ještě vrátíme ve třetí kapitole.

⁴⁹ Srov. např. pastýřský list biskupů Slovenska ze dne 7. února 2015, čtený v kostelích napříč celou zemí: „*Siedmeho februára dostávame príležitosť ustať a konať; vykročiť k urnám a prispieť k záchrane mladých životov i rodín... Nie každej generácii sa dostáva možnosť rozhodovať o budúcnosti svojej vlasti; my sa ocitáme pred výzvou vyjadriť svoj postoj voči najzákladnejším hodnotám života.*“

⁵⁰ Přehled starších návrhů podává PECHANEC, P. *Přímá demokracie v České republice*. Praha: Wolters Kluwer, 2011. Zde se zaměříme na novější návrhy.

⁵¹ Verze předložená Legislativní radě vlády 15. 12. 2014, čl. 2 odst. 2 písm. c).

⁵² Verze předložená Legislativní radě vlády 15. 5. 2015, čl. 2 odst. 1 písm. c).

⁵³ Verze předložená Legislativní radě vlády 19. 6. 2015, čl. 2 odst. 1 písm. a).

⁵⁴ Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR, sněmovní tisk 559, rozeslaný 28. 7. 2015. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=559&CT1=0>>, čl. 2 odst. 1 návrhu.

⁵⁵ Ibidem, návětí čl. 2 odst. 1 návrhu.

V našich českých poměrech si lze představit zhruba pět pojetí lidskoprávní výluky v závislosti na tom, jaký typ rozhodování o lidských právech chceme vyloučit. Seřadíme si je od nejméně omezující k nejvíce omezující: a) změnu podstatných náležitostí demokratického právního státu, b) změnu textu Listiny včetně její nepřímé novelizace, c) přijetí zákona (nebo rozhodnutí o stejné váze), které nepřipustně omezuje základní práva podle Listiny a mezinárodních úmluv, včetně jejich soudního výkladu, d) jakékoli omezení základního práva (i kdyby zákonem přípustné bylo), e) jakékoli rozhodování spadající do rozsahu (*scope, ambit*) základního práva. Podívejme se na tyto výluky detailněji:

a) Všechny návrhy obsahují zákaz rozhodovat v referendu o změně podstatných náležitostí demokratického právního státu, jejichž změnu „klauzule věčnosti“ v čl. 9 odst. 2 Ústavy vylučuje.⁵⁷ Sama Ústava blíže nespecifikuje, co je obsahem podstatných náležitostí demokratického právního státu a tedy nedotknutelným jádrem českého ústavního pořádku. Ústavní soud sice odmítá poskytnout výčet ústavních ustanovení, zakotvujících tyto podstatné náležitosti demokratického právního státu, v nálezu Pl. ÚS 19/08 (č. 446/2008 Sb., kauza Lisabon I) ale naznačuje obsah tohoto pojmu: „*Vůdčím principem je nepochybně zásada nezadatelných, nezczizitelných, nepromlčitelných a nezrušitelných základních práv a svobod jednotlivců, rovných v důstojnosti a právech; k jejich ochraně je budován systém opírající se o zásady demokracie, svrchovanosti lidu, dělby moci, respektující zejména zmíněné materiální pojetí právního státu.*“ Je-li čl. 9 odst. 2 Ústavy nepřekročitelnou mezí pro veškerou veřejnou moc, je zjevné, že ji nelze překročit ani prostřednictvím referenda. Jinak tomu bude ve státech, které klauzuli věčnosti nepoužívají, i tam ale mohou být limitem mezinárodní lidskoprávní závazky, popřípadě (u členských států federací) federální ústava, jak jsme to viděli v předchozí kapitole.

b) I kdyby bylo možné v referendu přijmout ústavní zákon nebo rozhodnutí, které má fakticky obdobnou právní sílu (srov. čl. 99 odst. 1 slovenské ústavy: „*Výsledok referenda môže Národná rada Slovenskej republiky zmeniť alebo zrušiť svojím ústavným zákonom po uplynutí troch rokov od jeho účinnosti.*“), může být zakotvena výluka, která znemožňuje měnit či prolamovat tu část ústavního pořádku, která zakotvuje základní práva a svobody. Takovou změnu ústavy sice může provést ústavodárce,⁵⁸ ovšem je možné ji odepřít referendu, jemuž nepředchází parlamentní deliberace a nevyžaduje se v něm kvalifikovaná většina chránící menšinu.

c) Kdyby bylo možné v referendu přijmout zákon nebo rozhodnutí, které má fakticky obdobnou nebo vyšší právní sílu, měla by být zakotvena výluka zakazující takové omezení základního práva či svobody, které je podle Listiny a mezinárodních úmluv (včetně jejich soudního výkladu) nepřipustné. Jinak by to totiž přijatý zákon či rozhodnutí byly

⁵⁶ Různé varianty ratifikačních referend namísto vágního rozhodování o zásadních otázkách veřejného zájmu, respektive vnitřní a zahraniční politiky státu, uvádí např. KYSELA, J. Referendum opět na scéně. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2002, č. 1, s. 53–59.

⁵⁷ Např. MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, 2014.

⁵⁸ Neexistuje totiž obecný zákaz snížení již dosaženého standardu ochrany základních práv a svobod; ostatně kontroverzní nález Ústavního soudu Pl. ÚS 36/01 (č. 403/2002 Sb.) hovoří jen procedurální úrovni ochrany („*V nepřipustnosti změny podstatných náležitostí demokratického právního státu je obsažen i pokyn Ústavnímu soudu, dle kterého žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod.*“). Ústavním zákonem č. 162/1998 Sb. koneckonců už jednou ke snížení standardu došlo.

protiústavní a měl by je aposteriorně zrušit či prohlásit za neaplikovatelné Ústavní soud. Vhodnější však je zabránit konání takového referenda apriorně. Toto řešení je blízké závěrům nálezu slovenského *Ústavného súdu* Pl. ÚS 24/2014. Pokusem je uchopit legislativně byla (nakonec Poslanecké sněmovně nepředložená) varianta, podle níž v referendu nelze rozhodovat o „zrušení nebo zúžení rozsahu ústavně zaručených základních práv a svobod nebo o nepřipustném zásahu do nich“.

d) Výluka může případně zakázat jakýkoli zásah referenda do ústavně chráněných základních práv a svobod. Zde je třeba zmínit klasické schéma soudního přezkumu ohledně základních práv a svobod. Soud nejprve posoudí, zda dané opatření zasahuje do chráněného základního práva nebo svobody. Pokud ano, pak testuje, zda se jedná o přípustný zásah.⁵⁹ Zatímco výluka ad c) bránila jen nepřipustným zásahům, výluka ad d) brání jakýmkoli zásahům. Opřela by se o výhradu zákona (základní práva a svobody lze omezit pouze zákonem, srov. např. čl. 4 odst. 2 Listiny), přičemž zákon může být vydán jen zákonodárným sborem po předchozí parlamentní rozpravě a deliberaci. Provedením této výlučky by byla například formulace „*Otázka pro referendum nesmí směřovat ke zrušení nebo omezení ústavně zaručených základních práv a svobod*“. z návrhu ČSSD z roku 2011 (sněmovní tisk 520) nebo výše uvedená zavřená varianta zakazující rozhodovat v referendu o „*zásahu do ústavně zaručených práv a svobod*“.

e) Asi nejširším omezením možnosti konat referendum o základních právech a svobodách by bylo vyloučení otázek, které by se jakýmkoli způsobem týkaly rozsahu (*scope, ambit*) některého základního práva či svobody. Taková výlučka nepřipouští ani případné rozšiřování základních práv a svobod cestou referenda, základní práva a svobody jako téma referenda by byly vyloučeny. K tomuto závěru vede doslovný výklad slovenské výlučky („*Predmetom referenda nemôžu byť základné práva a slobody...*“), jakož i výklad podaný disentujícím soudcem Mészárosom.

Formulace ve vládním návrhu ústavního zákona o celostátním referendu ve sněmovním tisku 559 z roku 2015 je v zásadě obdobná slovenskému článku 93 odst. 3 ústavy. Její doslovný výklad vede k nejširšímu omezení popsanému výše pod písmenem e). Vyloučeno ale není ani převzetí slovenské judikatury, a to s ohledem na podobnost ústavních textů i právní kultury; důvodová zpráva ale slovenskou inspiraci výslovně nezmiňuje. Pak bychom se dostali do situace popsané výše pod písmenem c).

Jednotlivá tato řešení mají své výhody i nevýhody, které se ostřeji projeví především v konfrontaci s ústavněteoretickým kontextem těchto úvah.

3. LEGITIMITA ROZHODNUTÍ PŘIJATÝCH V REFERENDU

V diskurzu o povaze rozhodování lidu v referendu se objevuje otázka, zda má takové rozhodnutí samo o sobě vyšší legitimitu než rozhodnutí přijatá parlamentem. Na první pohled pro kladnou odpověď na tuto otázku existují poměrně přesvědčivé argumenty založené na východisku, že reprezentativní forma demokracie vychází z předpokladu, že lid z nejrůznějších, především praktických důvodů nevládne sám, nýbrž prostřednictvím zástupců, které si za tím účelem volí. Pokud tedy lid v referendu vyjádří určitou vůli

⁵⁹ Srov. např. Kosařův rozbor v KMEC, J. – KOSAŘ, D. – KRATOCHVÍL, J. – BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech*, s. 99–116.

týkající se konkrétní politické otázky, těžko mohou jeho reprezentanti dojít k odlišnému závěru. Pavel Pečanec parafrázuje soukromoprávní zásadu „*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*“ a tvrdí, že rozhoduje-li lid jako nejvyšší suverén formou referenda, „*mělo by jeho rozhodnutí být nejméně stejně závazné jako rozhodování jeho zástupců*“.⁶⁰

Tato zdánlivě jednoznačná logika však dle našeho názoru neplatí, neboť je založena na směřování lidu jako aktéra moci ustavující a lidu jako nositele určitých rozhodovacích oprávnění (kvazipravomocí) vyplývajících mu z platného ústavního řádu.⁶¹ Lid jako svrchovaná moc ustavující je oprávněn konstituovat stát a pravidla, jimiž se má řídit výkon moci v rámci něj. Tento lid nad státem bdí jako nejvyšší suverén a zasáhne jen v případě, že stát selže či zcela vybočí z pravidel, na nichž je založen.⁶² Prostřednictvím referenda se může projevat například při jednostranné secesi, kterou s odvoláním na právo na sebeurčení vzniká nový stát. Rozhodne-li o secesi lid v referendu, bývá s tím spojována vyšší legitimita vzniku nového státu, než dojde-li k tomuto rozhodnutí jinak, například prostřednictvím orgánu reprezentativního.⁶³ To ostatně potvrdil i Nejvyšší soud Kanady, když vyslovil, že k odtržení Quebecu nemůže dojít jinak než prostřednictvím referenda, a zároveň že rozhodnutí o odtržení přijaté v referendu nemůže být federálními orgány ignorováno.⁶⁴ Podle německého Spolkového ústavního soudu zase německé zastupitelské orgány za stávajícího Základního zákona nemohou na Evropskou unii přenést tolik pravomocí, aby ta již začala být federativním státem, neboť „*takový krok je vyhrazen bezprostředně projevené vůli německého národa, a to z důvodu neodvratitelného přenesení suverenity na nový subjekt legitimize, které by s tím bylo spojeno*“.⁶⁵

Kromě takovýchto výjimečných případů však ve fungujícím ústavním řádu nemá lid automatické právo rozhodovat prostřednictvím referenda, ačkoliv je považován za zdroj státní moci, nýbrž záleží na konkrétní ústavní úpravě. Existuje řada demokratických republik, mezi něž patří Spolková republika Německo a doposud i Česká republika, v nichž institut obecného celostátního referenda nefunguje, a přesto není o demokratičnosti těchto států pochyb. Pokud se tedy ústavodárce rozhodne, že referendum zavede, má také k dispozici širokou škálu možností, jak upravit míru závaznosti rozhodnutí v referendu přijatého (viz druhou kapitolu). Uskuteční-li se potom referendum, jedná se o ústavní postup jako každý jiný, v němž lid nevystupuje jako nejvyšší suverén, nýbrž jako ústavní orgán svého druhu, který vykonává svou pravomoc. Oproti argumentům uváděným k obhajobě vyšší legitimacy výsledku referenda uvádí například Kysela, že hlasující lidé zde nejsou ostatními k rozhodování nijak zmocněni, a lze tudíž tvrdit, že

⁶⁰ PECHANEC, P. *Přímá demokracie*, s. 17.

⁶¹ Jan Kysela představuje dokonce sedm různých pojetí lidu: „*Hypotetický lid společenské smlouvy, reálný, avšak obvykle dávný lid státotvorný, lid ústavodárný, lid legitimizující systém jako deklarovaný zdroj moci, lid volící reprezentanty a jimi reprezentovaný, lid vykonávající moc hlasováním v referendu, lid přítomný na ulicích a podobných místech*.“ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 117.

⁶² Vojtěch Šimíček v BAHÝLOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. a kol. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 48.

⁶³ RADAN, P. Secessionist Referenda in International and Domestic Law. *Nationalism and Ethic Politics*. 2012, Vol. 18, Issue 1, s. 12.

⁶⁴ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S. C. R 217, 423–31.

⁶⁵ Srov. rozhodnutí *Lissabon* z 30. 6. 2009, BVerfGE 123, 267, bod 228, v překladu Jana Grince v KUST, J. (ed.). *Evropská inspirace z Karlsruhe*. Praha: OEZ, 2009, s. 67.

nahodilé množství lidí vyjadřujících svůj osobní názor v referendu může mít i menší legitimitu než rozhodnutí skutečně reprezentativní.⁶⁶ Legitimita výsledku referenda tak nemusí být nutně vyšší než legitimita rozhodnutí zákonodárných orgánů, neboť hlasující nemají nutně vyšší míru legitimacy než reprezentativní orgány a nelze je ani považovat za svrchovaný lid stojící nad státem. Je tomu tak i proto, že zatímco ke změně ústavy (a základní práva jsou obvykle zakotvena na ústavní úrovni) se téměř vždy požaduje kvalifikovaná většina a případně i souhlas dvou parlamentních komor nebo ještě složitější schvalovací proces, v referendu zpravidla dostačuje prostá nadpoloviční většina.

Z těchto obecnějších úvah vyplývají důsledky jak pro možnost soudního přezkumu rozhodnutí přijatých v referendu (viz první kapitolu), tak pro možnost stanovení otázek, o nichž referendum konat nelze (viz druhou kapitolu).

Aposteriorní soudní přezkum

Lze mít za to, že vyjádří-li lidé určitou vůli například prostřednictvím ústavního referenda, nemohou tuto skutečnost ostatní ústavní aktéři zcela ignorovat. Ukazuje se totiž, že pokud soudy zvýšenou legitimitu určitého rozhodnutí (které však nemusí být nutně přijaté v referendu) ignorují, mohou být považovány za natolik nepřesvědčivé, že na jejich rozhodnutí v krajním případě nebude brán zřetel. To platí i v případě, že se odvolají na vyšší normu, kterou nelze změnit vůbec nebo je to prakticky vyloučené. V USA stojí nad státními ústavami federální ústava, kterou lze podle pravidel jejího článku V. změnit jen s velikými obtížemi,⁶⁷ v Evropě zase může být právo členských států Rady Evropy předmětem přezkumu z hlediska souladu s Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod. Přitom oba tyto dokumenty jsou pravidelně vykládány velmi široce. V zásadě tedy platí, že demokratické rozhodnutí na jakékoliv úrovni lze vždy přebít přezkumem jeho souladu s lidskoprávními garancemi. Otázka je, zda mají soudy při takovém přezkumu přisuzovat nějakou hodnotu silné legitimitě demokraticky přijaté normy, kterou posuzují, popřípadě jak vysoká má tato hodnota být.

Je zřejmé, že odkazem na vyšší, v praxi nezměnitelnou normu je sice možné rušit demokratická rozhodnutí směřující proti právům příslušníků menšin, která jsou popsána v předchozí kapitole, ovšem pokud soudy v tomto rozhodování vykročí z rámce, který je ještě všeobecně považován za legitimní, vystavují se riziku neblahých reakcí. V USA je v současné době možné sledovat bezprecedentní případ, kdy ve státě Alabama není respektováno pravomocné a vykonatelné rozhodnutí federálních soudů. Odvolací federální soud 11. obvodu potvrdil rozhodnutí, podle něhož je protiústavní, aby ve státě Alabama bylo zakázáno manželství osob stejného pohlaví. Stát Alabama toto rozhodnutí napadl u Nejvyššího soudu USA, avšak ten nepřiznal oprávněnému prostředku odkladný účinek.⁶⁸ Nejvyšší soud Alabamy však následně vydal rozhodnutí, kterým nařídil státním úředníkům nevydávat osvědčení o manželství osob stejného pohlaví, a to s velmi nepře-

⁶⁶ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 103.

⁶⁷ Ve Spojených státech byl opakovaně navrhován dodatek k federální ústavě, který by definoval manželství jako svazek muže a ženy. Naposledy byl tento návrh učiněn začátkem roku 2015 členem Sněmovny reprezentantů Timem Huelskampem z Kansasu (114th Congress, H.J.Res. 32), avšak je zcela zřejmé, že mimořádně náročná kritéria pro schválení dodatku k federální ústavě nemůže nikdy splnit.

⁶⁸ *Strange v. Searcy*, 135 S.Ct. 940 U. S. (2015).

svědčivou a nepřípadnou argumentací, podle níž jsou státní orgány vázány v první řadě právem státu a až v druhé řadě federální ústavou, kterou nadto může státní soud interpretovat odlišně od státu federálního.⁶⁹

Alabamský vývoj tedy ukazuje, že i když je autorita rozhodování vyšších soudních instancí formálně nezpochybnitelná (o primátu federálních soudů nad soudy státními nemůže být pochyb), pakliže jejich rozhodnutí směřují přímo proti silně pocítované a jednoznačně vyjádřené vůli obyvatel, nemusí být zcela respektována ani ve Spojených státech, pro něž je vláda práva jedním ze stěžejních principů.⁷⁰

Odpůrci manželství osob stejného pohlaví se v tom odvolávají na rozhodnutí Nejvyššího soudu, kterým byl zrušen federální zákon na ochranu manželství (DOMA).⁷¹ Soud v tomto rozhodnutí vyzdvihl hodnotu diverzifikované demokratické debaty, kdy v jednotlivých státech docházejí občané k odlišným závěrům. Považoval za rozporné s ochranou demokratického procesu, aby do něj Kongres vstupoval tím, že označí výsledek demokratické diskuse některých států (v tomto případě New Yorku, kde bylo manželství osob stejného pohlaví umožněno zákonodárným rozhodnutím) za méně přijatelný než jiný. Nyní se však situace obrátila – pokud by se Nejvyšší soud držel stejně argumentace jako v rozhodnutí *Windsor*, musel by přirozeně dojít k závěru, že nemůže zadusit demokratickou debatu tím, že prohlásí za protiústavní právní úpravu států, které umožňují jen heterosexuální manželství. Na to upozorňovali právní zástupci státu Ohio v případě *Obergefell v. Hodges* a dodávali, že „demokracie nadto není hra s nulovým součtem. Umožňuje širší perspektivu než úzké okolnosti jednotlivého soudního případu. Není tudíž překvapivé, že z přibližně tuctu států, které přijaly manželství osob stejného pohlaví demokraticky, většina zároveň přijala i zákony chránící svobodu vyznání“.⁷²

Jak už víme, Nejvyšší soud rozhodl poměrem hlasů pět ku čtyřem ve prospěch názoru, že právo osob stejného pohlaví na uzavření manželství vyplývá z federální ústavy, argument ochranou demokratické diskuse a demokratického rozhodování se však vyskytl v odlišných stanoviscích všech čtyř disentuujících soudců.

Opačně lze tento fenomén ilustrovat na rozhodnutí ESLP ve věci *S. A. S. proti Francii*,⁷³ kde soud uplatnil neobvyklou míru sebeomezení. Rozhodl se respektovat „ustálený konsensus“, podle kterého je ve Francii odhalená tvář natolik důležitá pro zachování pospolitého charakteru společnosti, že je třeba přistoupit k omezení jednotlivců ve formě zákazu zahalování tváře na veřejnosti.⁷⁴ Soud také došel k závěru, že musí respektovat silnou demokratickou legitimitu státních zákonodárných orgánů v tak citlivé věci, jako jsou

⁶⁹ *Ex parte State ex rel. Alabama Policy Institute*, __ So.3d __ (Ala. 2015); dosud nepublikováno, zde citováno podle elektronického právního systému Westlaw International.

⁷⁰ Ani po definitivním rozhodnutí ve věci *Obergefell v. Hodges* není jednoznačné, jaký bude další vývoj. Přibližně šestina alabamských okresů v současné době (září 2015) odmítá vydávat osvědčení o uzavření manželství komukoliv, aby nemusela přistoupit k vydávání těchto osvědčení párům stejného pohlaví. Jedná se o totožný postup, který zvolily před rozhodnutím Nejvyššího soudu Alabamy, na něžž bylo odkázáno výše. Nejvyšší soud Alabamy zatím neměl příležitost se k takovému postupu po definitivním rozhodnutí Nejvyššího soudu USA vyjádřit.

⁷¹ *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2689 U. S. (2013).

⁷² *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556 In the Supreme Court of the United States, Brief of the Respondent, Michael Dewine, Attorney General of Ohio, s. 27.

⁷³ Rozsudek ESLP ze dne 1. července 2014, *S. A. S. proti Francii*, č. 43835/11.

⁷⁴ *Ibidem*, bod 122.

otázky pozice náboženství.⁷⁵ Tím tedy ESLP přistoupil na argumentaci, kterou v jiném kontextu uplatnil výše citovaný právní zástupce státu Ohio a disentující soudci Nejvyššího soudu USA: ve sporných hodnotových otázkách je třeba přísně zvažovat, zda zájem na ochraně (či rozšiřování) základních práv převáží nad demokratickou volbou lidí, kteří se rozhodli v danou chvíli individuální práva (či zájmy) příslušníků menšin upozadit pro jiný princip.⁷⁶

Nastíněné dilema tak nemá jednoduché řešení a musí být patrně posuzováno případ od případu.

Apriorní vyluka

Jak již bylo řečeno, jiné státy se pokoušejí dilematu vyhnout tím, že lidskoprávní otázky předem vyloučí z okruhu přípustných předmětů referenda.

Vydeme-li z výše uvedeného předpokladu, že referendum konané na základě ústavy v běžné nerevoluční situaci není projevem moci ustavující, nýbrž aktem moci ustavené, při němž hlasující občané jednají jako ústavní orgán svého druhu, pak záleží jen na ústavodárci, jakou právní sílu výsledku referenda přiřkne a jak vymezí okruh přípustných předmětů rozhodování v referendu. Výsledek referenda může mít ustavující význam, pokud je mu předem připisován, např. při hlasování o nové ústavě. Jinak ho nemá, tudíž je dobře myslitelné omezení v zájmu ochrany jiných ústavních hodnot, tedy i základních práv a svobod.

Již jsme uvedli, že není naším úkolem vyjadřovat zde svůj politický názor, zda jsou referenda obecně přínosná, či ne. Jisté závěry však učinit lze. Budeme se v nich vztahovat především k aktuální diskusi *de lege ferenda* v České republice.

Má-li být referendum decisní a nikoli poradní, je nanejvýš vhodné, aby z důvodu právní jistoty byl jasný předmět rozhodování. Toho lze těžko dosáhnout hlasováním o abstraktně formulovaných otázkách, jak tomu je ve slovenské praxi⁷⁷ a v českých návrzích. Jasný předmět referenda dává například hlasování o souhlasu s ratifikací mezinárodní smlouvy (čl. 10a Ústavy) nebo hlasování o zákonu schváleném parlamentem nebo třeba navrženém parlamentu vládou.

Pak by bylo věcí ústavodárce, zda připustí hlasování v referendu i o ústavních zákonech, nebo jen o běžných zákonech. Pro omezení předmětu referenda jen na běžné zákony by svědčila zkušenost posttotalitního státu, zdůrazňující ochranu základních práv a svobod i před tyraníí většiny.⁷⁸ Zde specifická lidskoprávní vyluka není nezbytná, běžný zákon podléhá klasickému ústavnímu přezkumu, přičemž v případě referenda by byla vhodná předběžná kontrola ústavnosti. Vhodné by ale bylo doplnit slovinskou vyluku, která neumožňuje v referendu odmítnout přijatý zákon, jehož cílem bylo odstranit protiústavní stav; i zde by posouzení, zda tomu tak skutečně je, náleželo ústavnímu soudu.

⁷⁵ Ibidem, body 129–131.

⁷⁶ Srov. též Kyselovo varování před „politikou práv“, viz KYSELA, J.: *Ústava mezi právem a politikou*, s. 269–271.

⁷⁷ Srov. velmi složité diskuse o právním významu a závaznosti referenda v citovaném nálezu Pl. ÚS 24/2014.

⁷⁸ Srov. např. nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 19/93 (č. 14/1994 Sb., k zákonu o protiprávnosti komunistického režimu). Je třeba vidět, že základní práva a svobody chrání především menšinu, většina se ochrání sama demokratickým hlasováním (srov. i čl. 6 Ústavy).

Pokud by bylo možné hlasovat v referendu i o ústavních zákonech či změnách ústavy, bylo by důležitou okolností, zda by se ke změně ústavy požadoval kumulativně souhlas parlamentu a v referendu (jako například v Irsku), nebo zda by mohla být ústavní změna schválena jen v referendu bez souhlasu parlamentu (jak je to možné ve Švýcarsku podle čl. 140 odst. 2 písm. b) tamní ústavy). Zvláště v druhé variantě se z výše uvedených důvodů ochrany menšiny jeví (alespoň v postkomunistických zemích) jako vhodná přinejmenším vyluka znemožňující měnit či prolomovat tu část ústavního pořádku, která zakotvuje základní práva a svobody (viz pojetí ad b) v třetí kapitole). I zde by byla namíste předběžná kontrola ústavním soudem.

Velkým problémem vládního návrhu ústavního zákona o celostátním referendu (sněmovní tisk 559), stejně jako naprosté většiny předchozích návrhů, je nejasnost právní síly a vlastně i formy rozhodnutí přijatého v referendu. Výsledek referenda je závazný (čl. 9), zavazuje vládu, aby toto rozhodnutí v rámci své působnosti provedla (čl. 9 odst. 1), a komory Parlamentu, aby nejméně po dobu tří let nepřijaly usnesení, které by bylo v rozporu s rozhodnutím přijatým v referendu (čl. 9 odst. 2). Zároveň ale referendem nelze schvalovat právní předpisy (čl. 2 odst. 2).

Rozhodnutím přijatým v referendu tedy nelze derogovat zákon; pokud by dosavadní zákon byl v rozporu s rozhodnutím přijatým v referendu, patrně platí dál a Parlament není povinen takový zákon zrušit. Vláda bude v obtížné situaci, kdy má provádět jak zákon, tak s ním rozporný výsledek referenda.

Pokud se ale bude konat referendum k otázce zákonem dosud neupravené, nebude možné rozhodnutí přijaté v referendu překonat po dobu tří let zákonem ani ústavním zákonem. Otázkou ale je, zda bude rozhodnutí přijaté v referendu vynutitelné, bude-li věcně obsahovat pravidlo chování typické pro zákon. Vláda má sice takové rozhodnutí provést, ale zákon to nebude (vylučuje se schvalovat referendem právní předpisy) a každý občan může činit, co zákon nezakazuje a nesmí být nucen činit, co zákon neukládá (čl. 2 odst. 4 Ústavy). To odhaluje problematickou konstrukci článku 9 návrhu ústavního zákona, jejíž rozplétání by ale dalece přesahovalo téma tohoto našeho článku.

Nejasnost právní síly i formy závazného výsledku referenda je zároveň podle našeho názoru dobrým důvodem k opatrnosti ve vymezení okruhu přípustných předmětů referenda. Mimořádně nešťastné by bylo vyvolávání velkého očekávání, že lidové vótum kolidující se základními právy a svobodami převáží nad ústavní či zákonnou úpravou nebo judikaturou ústavních a mezinárodních soudů. Stejně nešťastné by bylo uvržení lidového vóta do nekončících aposteriorních soudních a politických sporů ohledně jeho právního významu.

Nedojde-li tedy k projasnění formy a právní síly závazného výsledku referenda, je vhodné omezit možnost hlasovat v takovém referendu o základních právech a svobodách, a to přinejmenším formulací uvedenou ve druhé kapitole pod písmenem c), tedy, že nelze v referendu o „zrušení nebo zúžení rozsahu ústavně zaručených základních práv a svobod nebo o nepřípustném zásahu do nich“. To odpovídá i závěrům slovenského Ústavního soudu v citovaném nálezu Pl. ÚS 24/2014 z 28. října 2014. Navržená formulace, podle které nelze v referendu rozhodovat o základních právech a svobodách, povede k obdobným dilematům, před kterými stál slovenský Ústavní soud, s dvěma možnými výsledky popsanými ve druhé kapitole – buď se tato vyluka bude vykládat obdobně jako slovenská, tedy podle varianty c), nebo bude možnost konat referenda dotýkající se problematiky základních práv a svobod omezena ještě zásadněji.

ZÁVĚR

Na řadě konkrétních případů jsme tedy ukázali, že kolize demokratického rozhodování v referendu a ochrany základních práv a svobod je možná a v posledních letech i poměrně častá. Dokonce i ve státech s velmi širokou možností referend, jako je Švýcarsko či Kalifornie, se výsledky referend stávají předmětem aposteriorního soudního přezkumu právě z lidskoprávního hlediska; rekapitulovali jsme rozhodnutí švýcarského Spolkového soudu a Nejvyššího soudu USA a myslitelný je v případě Švýcarska i meritorní přezkum před Evropským soudem pro lidská práva. Je otázkou, zda lze formulovat obecné kritérium, podle kterého mají soudy tuto kolizi řešit; mladší ze spoluautorů v již citovaném článku navrhl použití testu racionality.⁷⁹

Některé státy se snaží této kolizi předejít tím, že vyloučí rozhodování o lidských právech z předmětu referenda. Protože se však téměř každá politická otázka více či méně dotýká lidskoprávních otázek, je hlavním problémem těchto apriorních ústavních výluk hledání střední cesty tak, aby základní práva byla dostatečně chráněna, aniž by se však institut referenda obsahově vyprázdnil. Souvisejícím praktickým právním problémem je forma a právní síla případného závazného výsledku referenda.⁸⁰

Český Parlament bude při projednávání vládního návrhu ústavního zákona o celostátním referendu (sněmovní tisk 559) vhodnou podobu této apriorní výluky ještě hledat, a jistě se přitom může opřít o výše rozebrané rozhodnutí slovenského ústavního soudu a zmíněné rozhodnutí slovinského ústavního soudu, jakož i o tyto naše úvahy a o výsledky zmíněné brněnské listopadové konference.

⁷⁹ ASKARI, D. Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou. In: M. Antoš – J. Wintř (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 17–30. Článek vychází z referátu na výjezdním semináři Právnické fakulty UK a jeho autor s ním v roce 2015 zvítězil v soutěži SVOČ na Právnické fakultě UK a obsadil 2. místo v Česko-slovenské právnícké soutěži o nejlepší studentskou práci.

⁸⁰ I těmto tématům se věnovala brněnská konference Přímá demokracie dne 26. 11. 2015, pořádaná Mezinárodním politologickým ústavem MU ve spolupráci s Katedrou ústavního práva a politologie Právnické fakulty MU.

Human Rights and Deciding in a Referendum

Jan Wintr – Daniel Askari

Abstract: *The paper deals with the topic of conflicts between human rights protection and referendums. Firstly, the examples of same-sex marriage in the United States and a ban on building minarets in Switzerland are introduced. In the U. S., a conflict has recently arisen between state constitutional amendments passed in a referendum banning same-sex marriage on the one hand, and case law of a number of appellate courts who believe such amendments to be in breach of the Fourteenth amendment of the Federal Constitution. Switzerland has recently passed, also in a referendum, a constitutional change banning the building of minarets, which has triggered a debate about the possibility of the Federal Court to ignore the will of the people. In the context of those examples, the paper goes on to discuss the different modalities of exclusion of human rights issues from the scope of referenda. Five different models are described in the context of the Slovenian and Slovakian constitutions, ranging from the least restrictive allowing a referendum on almost any topic besides the essential constitutional guarantees, to the most restrictive excluding any issue within the scope of human rights. In its final chapter the paper discusses the theory of legitimacy of decisions passed in a referendum in general, while also mentioning the issues of a posteriori judicial review and a priori material exclusions.*

Key words: *direct democracy, fundamental rights, constitutional review, LGBT rights, constitutional principles*