

# Dělba moci v právní argumentaci

Martin Hapla\*

**Abstrakt:** Dělba moci je tradičně považována za jeden z klíčových právních a politických principů. Při důkladnějším zkoumání však vychází najevo, že se ve skutečnosti skládá z několika velmi různorodých komponent. Autor článku si všímá zejména rozporu, který nastává mezi důrazem na nezávislost nějaké instituce a nutností její kontroly ze strany jiných složek moci. Pokládá si otázku, kdy máme upřednostnit první, kdy druhou uvedenou komponentu. Současná doktrína nám na to nedává uspokojivou odpověď. Uvedený problém nelze vyřešit doplněním dělby moci o další normativní tezi nebo identifikací jejího základu. V odborné komunitě nepanuje shoda na tom, jaká idea stojí v jejím pozadí. Uvažuje se takto o efektivitě, svobodě, sebeurčení a mnoha dalších. Autor ve svém textu argumentuje pro to, abychom uvedené komponenty chápali jako samostatné kontradiktorní principy, jejichž kolize může být řešena prostřednictvím metod založených na proporcionalitě. Ve srovnání se současnou praxí znamená takový přístup posun k transparentnějšímu rozhodování.

**Klíčová slova:** dělba moci, nezávislost, systém brzd a protivah, proporcionalita, legitimita soudcovského rozhodování

## Úvod

Dělba moci nepochybně patří mezi tradiční témata ústavní a politické teorie. V posledních letech však její zkoumání získává stále větší důležitost, zejména díky tomu, že v mnoha částech světa dochází k ústupu liberální demokracie a zvláště ve střední Evropě prochází řada ústavních systémů výraznějšími změnami, například pokud jde o postavení jejich soudnictví.<sup>1</sup> Pozornost si zaslouhují nejen konkrétní změny ve státech nejvíce zasažených těmito trendy, ale i obecná východiska celé problematiky. Co dělba moci přesně je? Opravdu v sobě obsahuje nějaká vodítka pro naše úvahy o institucionálním uspořádání státu? A jsme vůbec schopni taková vodítka jasně rozpoznat? To jsou jen příklady mnoha otázek, které si v tomto kontextu můžeme položit. Snad se mohou zdát na první pohled trochu znepokojujícími, ale přesto na nich není nic kacířského. Pochybovat o dělbě moci není v rámci dlouhé tradice právního a politického myšlení ničím neobvyklým. Kritické přístupy vůči tomuto konceptu se objevovaly již v meziválečném Československu,<sup>2</sup> jakož i napříč evropským ústavním a státovědným uvažováním v 19. století.<sup>3</sup> Pokud má dělba moci nějaký smysl, pak by měla obstát i v takovém rámci. Pokud nemá, pak je nebezpečný

\* JUDr. Martin Hapla, Ph.D., odborný asistent na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: martin.hapla@gmail.com. Tento text vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Nové teorie dělby moci*, číslo MUNI/A/0736/2017, podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2018. Na tomto místě bych rád poděkoval řadě vážených kolegů, kteří si přečetli původní verzi mého textu a poskytli mi k ní mnoho inspirativních a cenných připomínek. Za to, že jsem ji mohl významným způsobem vylepšit, bych chtěl v abecedním pořadí vyjádřit svou vděčnost Mgr. Pavlu Dufkovi, Ph.D., doc. Mgr. Marku Káčerovi, Ph.D., Mgr. Bc. Janě Kokešové, doc. JUDr. Davidu Kosařovi, Ph.D., LL.M., J.S.D., JUDr. Pavlu Ondřejkovi, Ph.D., a Štěpánu Paulíkovi. Dále též děkuji doc. JUDr. Tomáši Sobkovi, Ph.D., za podnětné diskuse, které se mnou vedl o řadě otázek, které jsou předmětem zkoumání mého článku.

<sup>1</sup> Problematice ústupu liberální demokracie ve střední Evropě a dělbě moci se věnuje zajímavý text autorského kolektivu Pavla Dufka, Jiřího Baroše a Davida Kosaře. Viz BAROŠ, Jiří – DUFEK, Pavel – KOSAŘ, David. *Separation of Powers and Politics in Central Europe*. 2018, rukopis.

<sup>2</sup> WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 21.

<sup>3</sup> K tomu srovnaj některé názory v rámci obsáhlé rekapitulace v textu FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*. *Michigan Law Review*. 1923, Vol. 21, No. 4, s. 406 an.

sebeklam spoléhat se na ni. Bylo by proto jistě chybou uhýbat před pochybovačnými, možná poněkud provokativními otázkami po jejich obecnějších východiscích.

V současné literatuře bývá dělba moci charakterizována někdy jako právní, jindy jako politický princip, což je odrazem specifik různých ústavních systémů.<sup>4</sup> V tomto textu na ni budeme nahlížet zejména z perspektivy ústavního soudu, který je nucen řešit různé subtilní problémy institucionálního uspořádání státu, jako například to, zda prezident republiky může jmenovat místopředsedou Nejvyššího soudu jakéhokoliv soudce.<sup>5</sup> Budeme ji tedy vnímat jako právní princip, od něhož očekáváme, že nám poskytne vodítka pro řešení praktických případů. Toto hledisko se zdá být v našem prostředí nejdůležitější, protože základní parametry našeho ústavního systému jsou již mnoho let nastaveny a v praxi vyvstávají spíše různé sofistikovanější problémy, které nakonec musí být zpravidla rozsouzeny v rámci ústavního soudnictví. Tím samozřejmě nemá být popřen význam odlišných hledisek – například pohledu ústavodárce demokratického právního státu, který v tomto principu hledá návody, jak nastavit vztahy mezi jednotlivými státními orgány v nové ústavě. Jen má být zdůrazněn základní rozměr principu dělby moci v následujících úvahách.

Po tomto objasnění si již můžeme položit výchozí otázku, která bude na první pohled znít možná trochu šokujícím způsobem: Je dělba moci vůbec schopna být principem ve výše uvedeném smyslu? Má-li být totiž coby princip relevantní, musí z ní být odvoditelné institucionální aplikace pro konkrétní případy, které by byly konzistentní i z dlouhodobého hlediska. Tím nemá být odmítnuta očividná skutečnost, že se v praxi lidé často chovají iracionálně, nejsou dostatečně informovaní, podléhají svým osobním zájmům a z těchto, jakož i mnoha jiných důvodů se na takových aplikacích neshodnou. Tím má být zdůrazněno pouze to, že kdybychom mohli tyto negativní jevy odstínit a brát v úvahu ideální lidi v ideální situaci, pak by se takoví lidé dlouhodobě shodovali na tom, co z principu dělby moci v jednotlivých případech vyplývá. Jinými slovy: Pokud má být dělba moci principem, musí mít alespoň potenciál poskytovat nám v delším časovém měřítku nějaká konzistentní řešení. Protože pokud by se z ní ve skutečnosti nedalo nic dovodit, nebo by se z ní naopak dalo dovodit téměř cokoli, snadno by otvírala dveře arbitrárnímu rozhodování, mohla by se až příliš snadno stát zástěrkou maskující pouhou libovůli.<sup>6</sup> Byla by spíše jakýmsi kouzelným kloboukem, z něhož si každý může vytáhnout, co si bude zrovna přát, než skutečným principem, protože by nám neposkytovala důvody pro řešení případů, ale spíše by umožňovala skrývat důvody skutečné. Tím by mimo jiné narušovala požadavek transparentnosti soudního rozhodování.

V tomto textu bude obhajována teze, že dělba moci principem v uvedeném smyslu není a ani jim být nemůže, protože není normativem – neplyne z ní s dostatečnou jasností, jakým způsobem bychom měli v té či oné situaci postupovat. Současná doktrína připouští, že je složena z několika různorodých komponent, pro něž se snaží různí autoři najít

<sup>4</sup> V některých zemích bývá dělba moci spíše chápána jako právní princip (např. Německo), v jiných jako politický mechanismus (např. USA). K tomu viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 50. K dělbě moci jakožto právnímu principu a principu politické teorie v kontextu USA srovnej též WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory. Essays on Institutions*. Cambridge – London: Harvard University Press, 2016, s. 46–48.

<sup>5</sup> Tímto problémem se Ústavní soud České republiky zabýval v rozhodnutí: Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06. NALUS [online]. Ústavní soud ČR, 2006 [cit. 19. 4. 2018]. Dostupné z: <[http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=PI-87-06\\_1](http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=PI-87-06_1)>.

<sup>6</sup> Ve spojitosti s tím srovnej i chápání svévole v textu VOLKOVÁ, Jana. Právní akty svévolného zákonodárce. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2015, Vol. 23, No. 2, s. 119 an.

vhodný svorník. Domnívám se, že takové úsilí je marné. Mezi oněmi komponentami (zejména odděleností jednotlivých složek moci a systémem brzd a protivah) existuje nepřekonatelné napětí a bylo by proto vhodnější chápat je jako samostatné principy, které se mohou dostat (a v praxi také často dostávají) do vzájemných kolizí. Stávající teorie dělby moci nejsou schopny poskytnout transparentní prostředky, s jejichž pomocí by je bylo možno vyřešit. Na následujících stránkách bude prezentována teze, že vhodným způsobem jejich řešení je použití určité varianty testu proporcionality.

Výše uvedeným nastíněným cílům bude odpovídat i struktura tohoto textu, který se nejprve zaměří na objasnění samotného pojmu dělby moci, jeho tzv. komponent a vztahů mezi nimi, následně se bude věnovat justifikačním problémům dělby moci a otázce jejího možného upřesnění právě za pomoci identifikace jejich východisek a nakonec se zaměří na samotnou možnost použití testu proporcionality coby řešení naznačených problémů.

## 1. Pojem dělby moci a kontradiktornost jeho komponent

Co přesně znamená výraz dělba moci? Na takovou otázku může být až překvapivě obtížné dát jednoznačnou odpověď. M. J. C. Vile před padesáti lety napsal: „*Hlavním problémem v přístupu k literatuře o doktríně dělby moci je, že málo spisovatelů definuje přesně co myslí touto doktrínou, co jsou její podstatné prvky a jak souvisí s ostatními ideami.*“<sup>7</sup> V současné době se situace v tomto směru sice přece jen zlepšila, přesto zde přetrvává určitý chaos. Již samotné slovo dělba může být mnohoznačné<sup>8</sup> a o slovu moc<sup>9</sup> to platí dvojnásob.<sup>10</sup> Většina autorů v zásadě připouští, že se pod tímto výrazem obvykle slučuje několik odlišných komponent. Tato skutečnost bývá někdy vnímána jako důsledek toho, že samotné oddělení jednotlivých složek moci není dostatečné k vytvoření stabilního politického systému, ale musí být kombinováno s dalšími idejemi, jakými jsou třeba teorie smíšené vlády, myšlenka rovnováhy nebo koncept brzd a protivah.<sup>11</sup> Takový postoj lze vysledovat nejen u M. J. C. Vileho,<sup>12</sup> ale i v závěrech mnoha autorů 19. století.<sup>13</sup> Jeho odrazem je i rozlišení na čistou doktrínu dělby moci, která zdůrazňuje oddělení, a parciální doktrínu, která je obohacena o další prvky, zejména pak již zmiňovaný systém brzd a protivah.<sup>14</sup> Ve skutečnosti však nic jako čistá doktrína dělba moci, nebo její klasický systém nikdy neexistovalo. Takové přesvědčení je spíše „jednoduchým, mocným a mylným narativem“,<sup>15</sup> kterému podléhá část právnícké veřejnosti. Jen s největšími potížemi bychom v průběhu historie našli opravdové zastánce takových modelových koncepcí, natož pak snahy o jejich praktické uskutečnění.

<sup>7</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2nd edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, s. 13: „A major problem in an approach to the literature on the doctrine of the separation of powers is that few writers define exactly what they mean by the doctrine, what are its essential elements, and how it relates to other ideas.“

<sup>8</sup> Slovo dělba přinejmenším zamlžuje rozdíl mezi oddělením jednotlivých složek moci a její prostou distribucí. K tomuto rozdílu srovnej třeba ELGSTAM, Lars. *The Distribution of Power. Philosophy Now*. 2003, iss. 40, s. 23–26.

<sup>9</sup> Srovnej VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 13. Podrobnější rozbor tohoto problému viz v práci HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 13–14. O moci coby diskurzivním pojmu pak uvažuje ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*. Praha: Leges, 2017, s. 17–18.

<sup>10</sup> Obecně k mnohoznačnosti dělby moci viz HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 11 an.

<sup>11</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 2.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> K tomu srovnej ibidem, s. 4. Dále též FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 405–422.

<sup>14</sup> Toto dělení viz např. v textu BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers. Cambridge Law Journal*. 2001, Vol. 60, No. 1, s. 60.

<sup>15</sup> Viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 8.

Jaké komponenty dělby moci jsou v odborné literatuře uváděny nejčastěji? Například Jeremy Waldron diferencuje v jejím rámci pět samostatných principů, a to: princip oddělení moci; princip rozptýlení moci, z něhož můžeme odvodit zákaz její koncentrace v rukou jedné osoby, skupiny nebo úřadu; princip brzd a protivah; princip bikameralismu a princip federalismu spočívající v rozdělení moci mezi federální vládu a složky, které reprezentují její jednotlivé státy.<sup>16</sup> Odlišnou klasifikaci nám nabízí M. J. C. Vile, který se zmiňuje o oddělenosti úřadů, oddělenosti funkcí, oddělenosti osob a systému brzd a protivah,<sup>17</sup> nebo Dimitrios Kyritsis, který pro účely svých teorií rozlišuje taktéž systém brzd a protivah a dělbu práce.<sup>18</sup> Christoph Möllers nakonec píše, že: „*Bližší pohled na různé tradice pomáhá identifikovat tři základní významy [dělby moci – doplnil M. H.]: První vyžaduje organizační rozdělení různých částí politické entity. Druhý rozšiřuje pravidlo brzd a protivah na všechny instituce nebo úřady. Konečně, třetí připisuje mocím specifické úkoly nebo funkce a zakazuje uplatňování těchto funkcí prostřednictvím jiných mocí.*“<sup>19</sup> Vidíme, že všechny přístupy se v určitých směrech liší, mají však i mnoho společného. Některé jako například ten Waldronův odráží specifické poměry v USA, když operují s bikameralismem a federalismem, které v kontextu řady jiných států mají jen velmi omezený význam.

Myslím si, že v praxi stojíme nejčastěji před dvěma problémy: 1) Kdo má v rámci systému vlády vykonávat jakou funkci?<sup>20</sup> 2) Nakolik má být při jejím výkonu nezávislý, nebo pod kontrolou někoho jiného?<sup>21</sup> V prvním kontextu tedy zvažujeme, zda má každou funkci vykonávat jiný státní orgán, nebo má jeden orgán vykonávat více funkcí, popřípadě má být jedna funkce vykonávána více orgány. Ve druhém zvažujeme, zda máme uplatnit princip nezávislosti nebo systém brzd a protivah.<sup>22</sup> Výše uvedené komponenty pak podnět můžeme zpravidla vždy nějakým způsobem podřadit. Oba problémy jsou přitom po většinu času do velké míry zastřeny širší shodou, která panuje na základním nastavení ústavního uspořádání, v jeho každodenním běhu se ale mohou projevovat například kompetenčními spory nebo spory o postavení jednotlivých státních orgánů a funkcionářů, jejich jmenování a odvolávání.

Pro naše další úvahy bude klíčové zejména to, že systém brzd a protivah<sup>23</sup> a myšlenka nezávislosti jednotlivých složek moci stojí proti sobě<sup>24</sup> v tom smyslu, že nemůžeme obha-

<sup>16</sup> WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory. Essays on Institutions*, s. 49.

<sup>17</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 17 an.

<sup>18</sup> KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 40.

<sup>19</sup> MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 43: „A closer look at the different traditions will help identify three basic meanings: the first demands an organizational division of different parts of the polity. The second unfolds a precept of alternating checks and balances for all institutions or offices. Finally, the third assigns to the powers specific tasks or functions and prohibit the exercise of these functions through other powers.“

<sup>20</sup> K tomu srovnej i Kyritsisovo vymezení dělby práce v kontextu dělby moci. KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, s. 40.

<sup>21</sup> Srovnej HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 15.

<sup>22</sup> S uvedeným dělením srovnej též rozlišení Jana Kysely na dělbu moci ve funkcionálním a institucionálním smyslu. KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 287.

<sup>23</sup> Zajímavou alternativu vůči systému brzd a protivah představuje koncept mečů a štítů, který rozvíjí N. W. Barber. Podle tohoto autora mají instituce k dispozici mechanismy sebeobrany, které mohou být pozitivní (meče) a negativní (štítů). Negativní mají chránit instituci před pozorností ze strany jiných institucí. Jedná se například o různé druhy imunit. Naopak pozitivní poskytují instituci zbraně, které může vůči ostatním použít (např. legislativní kontrola financování exekutivy, impeachment, veto exekutivy vůči některým aktům produkovaným legislativou). Podrobnosti k této teorii viz v textu BARBER, N. W. Self-Defence for Institutions. *Cambridge Law Journal*. 2013, Vol. 72, No. 3, s. 558 an.

<sup>24</sup> K tomu srovnej MAGILL, Mary Elizabeth. The Real Separation in Separation of Powers Law. *Virginia Law Review*. 2000, Vol. 86, No. 6, s. 1130.

jovat ingerenci jedné složky do druhé a její nezávislost zároveň. Tyto komponenty mají kontradiktorní charakter. Můžeme tedy aplikovat jen jednu z nich a je otevřené, na základě jakých kritérií to máme udělat. Jinými slovy, alespoň na první pohled určitě není zřejmé, kdy máme použít první a kdy druhou z uvedených zásad.<sup>25</sup>

Nelze říci, že by některá z komponent měla absolutní přednost, tedy že by v každé situaci přebíjela komponentu druhou. Pokud bychom zdůrazňovali pouze nezávislost jednotlivých složek, mohly by si postupně začít žít svým vlastním životem. Mohli bychom tím nakonec ohrozit i samotnou jednotu státu.<sup>26</sup> A čím jiným by nakonec byla taková naprosto nezávislá složka než obdobou absolutistického panovníka, který by měl jen věcně ohraničené pole své působnosti?<sup>27</sup> Naopak ani nelze soustavně upřednostňovat systém brzd a protivah. Takový postup by totiž postupně vedl k oslabování dělby funkcí, k absurdní situaci, kdy by všichni hovořili do všeho a participovali na všem. Výrazně by se tím snížila efektivita celého systému, která vyžaduje alespoň do nějaké míry dělbu práce. Obě komponenty musí tedy dostat určitý prostor. Kudy má být ovšem vedena hranice mezi jejich uplatněním?

Můžeme předpokládat, že existuje stav, kdy jsou obě komponenty ve vzájemné rovnováze.<sup>28</sup> Klademe-li si tedy otázku, kterou komponentu máme upřednostnit, hledáme vlastně určité ekvilibrium.<sup>29</sup> Jsme však schopni takový stav s jistotou identifikovat? Sám Jiří Baroš, který se ke koncepci dělby moci staví poměrně optimisticky, konstatuje, že nemáme k dispozici analytický nástroj, který by nám to s jistotou umožňoval zjistit.<sup>30</sup> Navíc samotný systém může rovnováhy dosahovat v různých stavech, čili pokud máme dospět k nějakému jednomu konkrétnímu řešení, musíme si klást rovněž otázku po nejlepší rovnováze – hledat určitý optimální stav.

Výše popsany problém je nakonec ještě dále rámován a prohlubován některými obecnějšími paradoxy, které jsou s dělbou moci spojeny. Klíčový z nich má noetický charakter. Pokud vůbec můžeme spolehlivě rozpoznat nějaké porušení dělby moci, tak jen takové, které bude velmi flagrantní. Je ovšem pravděpodobné, že pokud k takovému porušení dojde, pak již mu budeme moci často jen bezmocně přihlížet, aniž bychom byli schopni vůči němu zasáhnout. Naopak drobné případy, ve kterých bychom úspěšně zasáhnout mohli, jsou jen obtížně rozpoznatelné. Jestliže je očividné, že zrušení ústavního soudu by dělbu moci narušilo, není zdaleka zřejmé, zda by bylo v pořádku, či v nepořádku, pokud by měl o jednu pravomoc méně, nebo více. Napětí mezi kontradiktorními komponentami

<sup>25</sup> Srovnej CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 32.

<sup>26</sup> Viz rekapitulace takových úvah v práci FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 412–413, 420.

<sup>27</sup> S podobným argumentem se lze setkat též v práci Richarda Bellamyho, který po mém soudu velmi výstižně říká, že pokud by nějaká složka moci byla naprosto autonomní, tak by v rámci své sféry působnosti mohla postupovat arbitrárně. BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 202.

<sup>28</sup> K tomu srovnej i způsob, jakým se představa rovnováhy promítá do následující úvahy o dělbě moci z pera Maxima Tomoszeka: „Celkově tak lze konstatovat, že ačkoliv je dělba moci primárně vnímána jako princip garantující demokracii, její hlavní význam spočívá v zajištění existence právního státu tím, že rozděljuje úkoly při tvorbě a aplikaci práva mezi jednotlivé moci a zajišťuje tak určitou rovnováhu.“ TOMOSZEK, Maxim. Dělba moci jako podstatná náležitost demokratického právního státu. In: JIRÁSEK, Jiří (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2013*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2014, s. 249.

<sup>29</sup> S tím srovnej úvahu Dimitriose Kyritsis o spojení systému brzd a protivah s obnovením institucionální rovnováhy. KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, s. 48.

<sup>30</sup> BAROŠ, Jiří. Dělba moci jako nástroj konstitucionalismu. *Jurisprudence*. 2013, Vol. 22, No. 7, s. 15. K tomu srovnej též MAGILL, Mary Elizabeth. *The Real Separation in Separation of Powers Law*, s. 1166.

dělby moci je největší právě v oněch nejsubtilnějších otázkách, ve kterých se nám rozdíl v relevanci argumentací vycházející z obou přístupů jeví jako nejmenší.

Jednoduchá řešení problému s volbou jednotlivých komponent nejsou k dispozici. Není jej možné řešit například poukazem na určité ústavněprávní a státovědecké modely. To, zda má mít prezident nějakou pravomoc, můžeme na první pohled sice odůvodnit odkazem k tomu, že jsme parlamentní republikou a pro parlamentní republiku je typické určité řešení dané otázky. Proč bychom se ovšem měli striktně držet nějakých modelů a raději nehledat jejich kombinace? Určitě je zde třeba vzít v úvahu, že ony modely jsou teoreticky probádané a v praxi do určité míry otestované, což je činí předvídatelnými, zatímco při hledání jejich kombinací riskujeme, že se nezdárá budeme ubírat slepými cestami.<sup>31</sup> Na druhou stranu první z uvedených přístupů může vést k nízké adaptabilitě celého systému a nese s sebou riziko, že nebudeme schopni adekvátně odpovídat na nové výzvy, které společenský vývoj nutně přináší. Ani bychom nemuseli být v jeho kontextu dostatečně vnímaví vůči různým specifikům konkrétních ústavních systémů, které zpravidla neodráží jeden model v jeho čisté formě, ale jsou do určité míry kontaminovány i dalšími z nich. Stejně jako bychom nemuseli být schopni dostatečně zohlednit vlivy spojené s působením právní a politické kultury, které se do praktického fungování takových systémů vždy promítají. Argumentů podporujících skepticismus v této věci tudíž rozhodně není málo.

Neobstojí ani snaha o upřesnění trojčlenného konceptu dělby moci doplněním jeho dalších složek. Samozřejmě, neexistuje žádný pádný důvod pro to, aby moc musela být rozdělena právě na tři tradiční složky.<sup>32</sup> Jakkoliv zůstává tento koncept stále živým, byl předmětem důrazné kritiky již v průběhu 19. století.<sup>33</sup> Někteří autoři jej dokonce neváhali označovat za metafyzickou konstrukci, která představuje analogii k teologické doktríně Svaté Trojice.<sup>34</sup> Ostře se vůči němu vymezil i František Weyr, který poukazyval zejména na absenci relevantního rozlišovacího kritéria mezi výkonnou a soudní funkcí.<sup>35</sup> Trojčlennost tak měla ustupovat dvojčlennosti, která nacházela podporu i v tom, že mnohé starší teorie rozlišovaly pouze legislativní a exekutivní složku, přičemž druhou zmíněnou dále podrobněji strukturovaly.<sup>36</sup> V současnosti se můžeme setkat spíše s odlišnými námitkami, které zdůrazňují, že klasická doktrína tří mocí nedokáže postihnout složitost moderních států, především rozmanitost jejich administrativních funkcí. Takový postoj nalezeme například v dílech autorů, jakými jsou Eoin Carolan<sup>37</sup> nebo M. J. C. Vile.<sup>38</sup>

To, že rozvoj byrokracie vyvolává krizi ideje dělby moci a zejména jejího trojčlenného pojetí, začalo být patrné již na počátku 20. století,<sup>39</sup> následující vývoj však tento trend ještě více posílil. Mnohé z tradičních teorií dělby moci přehlížely skutečnost, že vedle politicky

<sup>31</sup> Za tuto myšlenku děkuji jednomu z recenzentů tohoto článku.

<sup>32</sup> V obecné rovině bych si dovolil k problému trojčlennosti poznamenat následující: To, že současný stav neodpovídá trojčlennému pojetí, by samo o sobě nemuselo být vnímáno jako námitka, pokud bychom byli schopni prokázat, že v případě, že by s tímto pojetím byl sladěn, tak by uspořádání státu fungovalo lépe. Nic takového se ovšem prokázat nedá. K samotné kritice trojčlennosti dělby moci dále srovnaj některé úvahy v publikaci HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 47–51.

<sup>33</sup> Srovnej např. FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 405.

<sup>34</sup> Viz ibidem. Dále srovnej i MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 16.

<sup>35</sup> WEYR, František. *Československé právo ústavní*, s. 21–22. Dále srovnej též WEYR, František. *Teorie práva*. Reprint původního vydání z roku 1936. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 244.

<sup>36</sup> Viz např. FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 409.

<sup>37</sup> CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, s. 42, 257.

<sup>38</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 16.

<sup>39</sup> Ibidem, s. 6–7.

odpovědné vlády může existovat i rozsáhlý byrokratický aparát, který si do značné míry může žít svým vlastním životem.<sup>40</sup> Frank Vibert pak trefně upozorňuje na to, jak v moderních demokraciích stále víc vzrůstá vliv nevolených orgánů, které mají expertní charakter (např. nezávislých centrálních bank, různých inspekčních a auditorních orgánů apod.).<sup>41</sup> Podle tohoto autora nemusí představovat hrozbu demokracii, pokud se v systému dělby moci konstituují jako jeho čtvrtá složka.<sup>42</sup> Silnou stránkou takové složky by bylo to, že by zvyšovala informovanost lidí, kteří by se tím stávali méně manipulovatelnými zejména ze strany politiků. Právě tím by mohla přispět ke zkvalitnění demokracie.<sup>43</sup> Taková úvaha je nepochybně pozoruhodná. I pokud však připustíme, že je ve svých základních obrysech správná, stále dnes existuje mnohem více institucí, jejichž zařazení do některé ze tří tradičních složek moci je z různých důvodů problematické.<sup>44</sup>

Uvedené úvahy mají nepochybně svůj smysl, protože přemýšlení o institucionálních otázkách v tradičním schématu nám může znemožňovat spatřit a artikulovat některé současné problémy související s institucionálním uspořádáním státu. Z tohoto důvodu by možná bylo vhodnější přiklonit se k pojetí, kdy jsou instituce státu identifikovány se specifickými společenskými zájmy, jak navrhuje Eoin Carolan.<sup>45</sup> Jen stěží však může vést k vyřešení střetu mezi jednotlivými komponentami dělby moci. Žádné rozdělení moci do složek totiž není samozřejmé a otázka, zda máme upřednostňovat spíše jejich nezávislost nebo vzájemnou kontrolu se dá položit nezávisle na něm.

Je třeba zdůraznit, že vše, co bylo zatím uvedeno, není jen šedou teorií, ale má významné konsekvence i v rovině české právní praxe. Napětí mezi důrazem na nezávislost složek moci a systémem brzd a protivah je určující pro řadu případů, které byl nucen Ústavní soud České republiky v minulosti řešit. Jedná se například o otázku kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování guvernéra a viceguvernéra České národní banky, kdy souhlas vlády může být vnímán jako významný kontrolní prvek vůči činnosti této instituce i prezidenta, současně však může podryvat její nezávislé postavení.<sup>46</sup> Podobným způsobem lze uvažovat také o problému, zda může prezident republiky jmenovat místo předsedou Nejvyššího soudu jakéhokoliv soudce,<sup>47</sup> nebo o možnosti soudního přezkumu rozhodnutí komory Parlamentu ve věci přestupku jejího člena.<sup>48</sup> Uvedené napětí můžeme v obecné rovině dále spatřovat i v rozhodování ústavního soudu o tzv. politických otázkách, v problémech soudního přezkumu některých aktů prezidenta republiky v rámci správního soudnictví a soudním přezkumu vnitrostranických rozhodnutí orgánů politických stran, nebo v otázce zavedení soudcovské samosprávy.

Pokud se přímo podíváme, jak s pojmem dělby moci pracují naše soudy, tak zjistíme, že jednou je jimi zdůrazňován spíše systém brzd a protivah,<sup>49</sup> jindy naopak nezávislost

<sup>40</sup> Srovnej FLEINER-GERSTER, Thomas. *Allgemeine Staatslehre*. 2. Auflage. Berlin: Springer, 1999, s. 333.

<sup>41</sup> VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 1, 5.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 2.

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 3. Dále srovnej i *ibidem*, s. 12–13.

<sup>44</sup> N. W. Barber uvádí jako jejich příklad i některé orgány Evropské unie. Viz BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 70.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 257.

<sup>46</sup> Nález Ústavního soudu ČR ze dne 20. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 14/01. In: NALUS [online]. Ústavní soud, 2016 [cit. 29. 12. 2018]. Dostupné z: <<https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=40748&pos=2&cnt=2&typ=result>>.

<sup>47</sup> Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

<sup>48</sup> Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 13. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 17/14. In: NALUS [online]. Ústavní soud, 2016 [cit. 31. 5. 2018]. Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=86828 & pos=1 & cnt=1 & typ=result>>.

<sup>49</sup> Srovnej např. Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 7. 9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 4/10. In: NALUS [online]. Ústavní soud, 2016 [cit. 31. 5. 2018]. Dostupné z: <<https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=67433&pos=1&cnt=3&typ=result>>.

jednotlivých mocenských složek,<sup>50</sup> aniž by byl jejich střet výslovně artikulován a bylo adekvátně vysvětleno, proč má být upřednostněna jedna z těchto dvou komponent. České soudy totiž nedisponují teorií, která by jim umožnila v jednotlivých případech průkazně usoudit, co mají upřednostnit. Takové rozhodnutí stojí zcela na intuicích soudců. To nás nutí položit si otázku, nakolik můžeme těmto intuicím důvěřovat, nakolik je tedy legitimní, jestliže je rozhodnutí soudu v konkrétní kauze podloženo právě takto. Intuice soudců mohou vycházet i z předsudků nebo třeba jejich politických názorů a osobních sympatií, u nichž očekáváme, že budou od nich při svém rozhodování odhlížet. Nakolik je pravděpodobné, že by spor o odvolání předsedkyně Nejvyššího soudu dopadl jinak, pokud by byl prezidentem republiky Václav Havel, a nikoliv Václav Klaus, pokud by v čele soudu nestála Iva Brožová, ale spíše člověk typu Štefana Harabina?

Je třeba připustit, že intuici nemůžeme ze soudcovského rozhodování zcela vyloučit. Svět, jehož jsme součástí, je příliš složitý na to, aby nám nějaká teorie poskytla jednoznačná vodítka ve všech možných situacích. Musíme však dobře zvažovat, kdy už je takové uplatnění intuice na místě a kdy ne. Měli bychom se mít obzvláště na pozoru před situacemi, kdy absence explicitněji vyjádřených vodítek otvírá prostor pro rozhodování na základě důvodů, které jsou zjevně nelegitimní. Otázka, které důvody jsou legitimní a které nikoliv je samozřejmě velmi subtilní a v mnoha případech na ni nelze dát jasnou odpověď. Každý však bude souhlasit s tím, že soudce nemá rozhodnout ve prospěch strany, která má hezčí nos. Osobní sympatie by neměly hrát v jeho rozhodování žádnou roli. Pro lidi je akceptovatelné, pokud jsou ovládáni právem, a nikoliv jinými lidmi a jejich rozmary.<sup>51</sup>

Dělba moci tím vším získává tak trochu charakter kouzelného klobouku – klobouku, do kterého když sáhneme, tak se nám z něj podaří vytáhnout cokoliv, co si budeme zrovna přát. Kontradiktornost mezi důrazem na nezávislost nějaké instituce a potřebou její kontroly prostřednictvím určitých brzd a protivah nám v mnoha konkrétních případech umožňuje obhajovat naprosto protichůdná řešení.<sup>52</sup> Pojmy tohoto typu mají samozřejmě tu výhodu, že si je mohou snadno osvojit i velmi odlišné politické režimy. Nabízela by se tedy myšlenka, že budou dlouhodobě používanější než pojmy rigidní, tedy takové, které jsou svázány pouze s jedním hodnotovým systémem. Nemusí však tomu být nutně tak, protože pokud má nějaký politický režim zájem na tom, aby se postupně nepřeměnil v jiný, bude mít snahu pracovat s koncepty, které vykazují malou míru flexibility. V případě dělby moci ji bude navíc limitovat její legitimizační potenciál a skutečnost, že je tradičně spojována s určitým typem ideologií.<sup>53</sup>

Každopádně snad není třeba nikoho příliš přesvědčovat, že pokud může někdo rozhodnout i dvěma naprosto protichůdnými způsoby a odkázat přítom na jeden standard –

<sup>50</sup> Viz např. bod č. 67 Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 13. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 17/14: „Ústavní soud má za to, že respekt k autonomii Parlamentu České republiky, opírající se o ústavní princip dělby moci, představuje legitimní a přiměřený cíl omezení práva senátora na přístup k soudu v případech, že si takový postup dobrovolně zvolí.“ Dále též srovnej Nález ÚS ČR, sp. zn. Pl. ÚS 87/06. V Nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 20. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 14/01 je pak zdůrazněn význam nezávislosti ČNB, zatímco v odlišném stanovisku V. Güttlera, M. Holečka, I. Janů, Z. Kesslera a J. Malenovského k jeho výroku je naopak podtrhována důležitost systému brzd a protivah.

<sup>51</sup> Srovnej WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999, s. 24.

<sup>52</sup> Zde se nabízí úvaha, zda nemůžeme dělbu moci označit za diskurzivní pojem. O diskurzivních pojmech v českém prostředí pěkně píše Tomáš Sobek: SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 205 an.

<sup>53</sup> Určitý ideologický a legitimizační rámec dělby moci můžeme vidět již v tom, že po několika století byla této doktríně přisuzována schopnost odlišovat institucionální strukturu svobodné společnosti od nesvobodné. K tomu srovnej VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 9–10.



dělbu moci – je něco špatně. I v případě, že nejsme schopni konzistentním způsobem dovozovat z nějakého principu konkrétní institucionální aplikace, nezabývá nás to povinností učinit naše rozhodování o s ním souvisejících otázkách co nejvíce transparentní a omezit jeho arbitrárnost, jak jen to bude možné.

## 2. Justifikace dělby moci a otázka její konkretizace prostřednictvím další normativní teze

Ačkoliv tento text nemá být primárně o justifikaci dělby moci, nelze se vyhnout ani několika poznámkám k tomuto tématu, už jenom proto, že jeden z možných způsobů, jak řešit napětí mezi kontradiktorními komponentami tohoto principu, by mohl spočívat v jeho doplnění o další normativní tezi, v určitém upřesnění toho, co přesně je jeho základem a cílem, který má realizovat. Stejně tak možné úvahy o užitečnosti a zbytečnosti tohoto konceptu mohou úzce souviset právě s problémem jeho ospravedlnění.

Již František Weyr se domníval, že dělba moci začíná ztrácet význam, což dával do souvislosti s oslabováním tradiční role panovníka a snižováním rizika absolutismu.<sup>54</sup> Dělba moci tak byla vnímána jako produkt určité historické situace, která již pominula, jako něco, co může být bez větších problémů nahrazeno jinými právními nebo politickými principy.<sup>55</sup> Po zkušenosti s různými totalitními a autoritářskými režimy však takové hlasy ustaly. Jistě, nebezpečí nemusí představovat jen ničím neomezený monarcha, ale i (leckdy samozvaní) zástupci lidu, pokud nejsou jejich činnosti nastaveny patřičné meze. Taková představa se intuitivně jeví jako velmi atraktivní a v současné době, kdy můžeme nejen ve střední Evropě zaznamenat určitý vzestup populismu, by mohla snadno získat na popularitě. To ovšem nevylučuje, že posuzovat užitečnost či zbytečnost dělby moci na základě nějaké historické zkušenosti může být značně zavádějící. Takové zkušenosti mohou totiž jen do určité míry vysvětlovat, proč se společnost v konkrétním okamžiku přiklonila k tomuto konceptu. Již však nevypovídají nic o tom, zda byl takový příklon správný, jestli byl podložen opravdu dobrými důvody, nebo ne. Ve středověku mohli v reakci na neúrodu začít upalovat čarodějnice. Z toho také nelze dovodit, že pokud se poté navrátily roky hojnosti, bylo to proto, že několik žen shořelo na hranici. Nemluvě o tom, že takový náhled nám jen stěží umožňuje odpovědět na otázky, kam by v současné době měl koncept dělby moci směřovat, ale pouze konzervuje současný stav. Historické situace nastávají stále nové a nové a nikdy nemůže být řečeno, že se v současnosti nemylíme podobně, jako se svého času údajně mylil František Weyr. Ostatně nemůže být ani řečeno, zda doopravdy máme právo hovořit o nějakých historických situacích, nebo jen o narativech. Nelze totiž ani zcela odmítnout tezi, že ony historické situace jsme zatím poznali příliš málo, ne do potřebné hloubky, ani ve všech nezbytných kontextech. Možná, že když používáme takový termín, ve skutečnosti máme v hlavě pouhé příběhy (ať už o zlých politických stranách, nebo hodných soudcích), které nejsou reprezentativní výpovědí o tom, co se v minulosti skutečně odehrálo, ale spíše zpečetují některé naše dnešní přání a touhy. Pokud tedy chceme justifikovat koncept dělby moci, musíme hledat jiné pádnější důvody. Říci, že je nějaký koncept reakcí na historickou zkušenost, není žádným

<sup>54</sup> WEYR, František. *Československé právo ústavní*, s. 21.

<sup>55</sup> Stojí za zmínku, že podobným způsobem byly v meziválečném Československu do jisté míry vnímány i další koncepty jako třeba volný mandát. Takové tvrzení by však nebylo vhodné absolutizovat. K tomu srovnej některé úvahy v textu HAPLA, Martin. *Geneze vázaného mandátu v prvorepublikovém Československu. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, Vol. 17, No. 2, s. 124 an.

ospravedlněním.<sup>56</sup> Tím spíš, že určitý institut může postupem času získat úplně jinou, užitečnou funkci, která již nemá vztah k původnímu historickému impulsu, na jehož základě vznikl.<sup>57</sup>

Ať už však bude ospravedlnění tohoto konceptu jakékoliv, je pravděpodobné, že bude mít instrumentální charakter. Dělbba moci bude tedy justifikována tím, že je dobrým nástrojem pro dosažení nějakého cíle. Takové cíle mohou být velmi různorodé. Thomas Fleiner-Gerster například uvádí, že dělbba moci je základním nástrojem, který zajišťuje předcházení lidských omylů ze strany úředníků uplatňujících státní moc.<sup>58</sup> Podle Bruce Ackermana stojí v jejím pozadí tři legitimizační ideály: demokracie, profesionální kompetence, ochrana a upevňování pozice základních práv.<sup>59</sup> Výrazně delší výčet nám pak poskytuje Eoin Carolan, který uvádí, že normativními důvody ospravedlňující tento koncept mohou být: ochrana před tyraní tím, že bude zajištěno, že moc nebude plně svěřena jednotlivci nebo orgánu;<sup>60</sup> střežení rovnováhy mezi institucemi takovým způsobem, aby na sebe mohly vzájemně dohlížet v systému brzd a protivah; zajišťování toho, aby bylo právo vytvářeno ve veřejném zájmu díky ustanovení rovnováhy moci mezi institucemi nebo (zastupitelskými) skupinami; zvyšování efektivity díky tomu, že se odpovědnost za individuální úkoly dává nejvhodnějším institucionálním aktérům; zabraňování zaujatosti a prospěchářství oddělením pracovníků účastnících se rozhodování; zajišťování objektivitu a všeobecnosti při tvorbě zákonů separací jejich tvorby a vynucování; umožnění zvoleným zástupcům dohlížet na to, jak jednájí úředníci exekutivy, a pohnat je k odpovědnosti, jestliže je to nezbytné.<sup>61</sup> Tento výčet obsahuje nejen řadu různých cílů, ale i řadu dílčích instrumentů, které zpravidla považujeme za jednotlivé komponenty dělby moci. Některé z uvedených cílů přitom mohou být považovány za instrumentální vůči cílům jiným. Například střežení rovnováhy mezi institucemi lze poměrně snadno vnímat jako pouhý prostředek k tomu, aby byla zajištěna svoboda. Stojíme zde tudíž před velkým množstvím cílů, které je možno vícero způsoby vzájemně uspořádat. Navzdory tomu lze však dát za pravdu slovům Christopa Möllerse, že teoretický konsenzus na tom, proč organizace státu potřebuje dělbu moci, není.<sup>62</sup>

Zřejmě nejvíce byla coby cíl dělby moci zdůrazňována ochrana svobody. Jejich úzký vztah můžeme ostatně vysledovat již u Montesquieua,<sup>63</sup> který ve svém slavném díle *O duchu zákonů* zdůrazňoval, že smyslem dělby moci je zabránit tyranii. Samotný pojem tyranie dále nijak nevymezil, avšak z dalších řádků jeho práce lze dovodit, že jí měl na mysli vládu, která potlačuje svobodu.<sup>64</sup> Svoboda je samozřejmě velmi mnohoznačná. Nemusíme přitom uvažovat pouze o svobodě pozitivní a negativní,<sup>65</sup> můžeme jí dávat řadu nejrůznějších, někdy možná i protichůdných, významů.

<sup>56</sup> Totéž podle mého soudu platí o ospravedlnění dalších významných konceptů, např. lidských práv.

<sup>57</sup> Za tento postřeh jsem obzvlášť zavázán Marku Káčerovi.

<sup>58</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. *Allgemeine Staatslehre*, s. 337.

<sup>59</sup> ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. *Harvard Law Review*. 2000, Vol. 113, No. 3, s. 640.

<sup>60</sup> Podle klasiků teorie dělby moci, jakými byli John Locke nebo Charles Louis Montesquieu, bylo smyslem dělby moci právě zabránění tyranii absolutního vládce, čímž měla být chráněna individuální svoboda. K tomu viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches*, s. 41.

<sup>61</sup> CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, s. 27–28.

<sup>62</sup> MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 49.

<sup>63</sup> V českém prostředí Montesquieua myšlenky výstižně popisuje a analyzuje Michal Šejvl. K tomu viz ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, s. 196 an.

<sup>64</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, s. 190 an.

<sup>65</sup> K problému negativní a pozitivní svobody v kontextu teorie dělby moci srovnej BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 565.

Na názory některých autorů, kteří zdůrazňovali, že účelem doktríny dělby moci je právě ochrana svobody jednotlivce, reagoval N. W. Barber.<sup>66</sup> Tento autor tvrdí, že jádrem doktríny dělby moci není ona, nýbrž efektivita.<sup>67</sup> Ta ovšem představuje prázdný pojem.<sup>68</sup> Pokud ji chceme měřit, musíte přitom vždy zohlednit nějaký další účel. Být efektivní totiž znamená úspěšně dosahovat určitého cíle. To, že tento pojem sám o sobě nestačí k vytvoření nějaké verze dělby moci, nakonec přizná i sám N. W. Barber.<sup>69</sup> I podle jeho názoru je ji třeba doplnit o nějakou silnější normativní tezi, aby mohla vygenerovat dostatečně komplexní koncepci, která by nám mohla poskytnout nějaké institucionální úvahy.<sup>70</sup> Musíme tedy porozumět cílům státu.<sup>71</sup> Výše zmíněná ochrana svobody je nepochybně jen jedním z nich – tím primárním je podle Barbera zajištění blahobytu jeho příslušníků.<sup>72</sup> Sám blahobyt však představuje široký pojem a otvírá tak nakonec více otázek, než poskytuje odpovědi.

Dále bychom mohli uvažovat, že dělba moci usiluje o zajištění dobré vlády.<sup>73</sup> Její ostatní možné účely bychom mohli pod tento velmi široký cíl snadno podřadit. V neurčitosti takového velmi širokého cíle je však nejenom jeho síla, ale i slabina. O tom, co je dobrou vládou, můžeme mít velmi různorodé představy. Je otázkou, zda v tomto případě musíme mít na mysli opravdu nějaké konkrétní uspořádání státu, nebo naplnění nějakých kritérií, zda pouze nestačí, pokud z hlediska co nejvíce lidí je taková vláda schopná plnit cíle, které od ní očekávají.

Jako pokus o východisko z neshody bývá někdy vnímán posun k vyšší úrovni abstrakce.<sup>74</sup> Na všech třech výše uvedených pojmech – svobodě, efektivitě i dobré vládě je vidět, že jsou výsledkem značného zobecnění, přesto je podložení dělby moci ať už jimi nebo nějakými podobnými pojmy obtížné, zpravidla z toho důvodu, že takové pojmy bývají obsahově prázdné nebo příliš mnohoznačné. Takové konstatování nás může přivést k úvaze, zda bychom o justifikaci dělby moci neměli uvažovat jen v úzkém kontextu materiálních kritérií, ale naopak bychom měli zaměřit svou pozornost i na kritéria procedurální. Jako reprezentativní bychom mohli v tomto kontextu vnímat velmi promyšlený přístup Christopa Möllerse, který se zakládá zejména na ideji individuálního a demokratického sebeurčení.<sup>75</sup> Tento autor považuje procedury sebeurčení za nezbytné pro legitimní definování a adekvátní specifikaci ostatních legitimizačních standardů (např. spravedlnosti, *welfaru*, efektivit)<sup>76</sup> a tento způsob legitimizace, který má procedurální charakter, za slučitelný i s řadou dalších materiálních justifikací.<sup>77</sup> „*Veřejná autorita se ospravedlňuje odkazem k sebeurčení svých subjektů.*“<sup>78</sup> Möllersova teorie představuje zajímavý posun oproti dosavadním přístupům. V zásadě však ani ona nedokáže uniknout tomu, že nejsme schopni ospravedlnit poslední normativní důvody, které za ní stojí. Člověk je ve svém

<sup>66</sup> BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 61.

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 59. Viz též BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 566.

<sup>68</sup> BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 567.

<sup>69</sup> BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 65.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 567.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> S tímto tvrzením srovnaj představy, že dělba moci je potřeba pro zajištění dobře fungujícího politického řádu. KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, s. 5.

<sup>74</sup> Srovnaj GAUS, Gerald F. – KUKATHAS, Chandran (eds). *Handbook of Political Theory*. London: Sage Publications, 2004, s. 6.

<sup>75</sup> MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 5.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 5–6.

<sup>77</sup> *Ibidem*, s. 52.

<sup>78</sup> *Ibidem*, s. 67: „*Public authority justifies itself by reference to the self-determination of its subjects.*“

životě v zásadě stavěn před velký paradox – musí mít nějaký konkrétní systém hodnot, avšak proč je tento systém právě takový a nikoliv jiný, není schopen zdůvodnit. Ani princip dělby moci není hodnotově neutrální, ale je slučitelný s určitými soubory hodnot, zatímco s jinými nikoliv. Nelze přitom říci, že hodnoty, s nimiž souzní, jsou z nějakého objektivního, transcendentního hlediska lepší. Odlišná hodnotová východiska přitom mají i dopady na naše představy o tom, jak mají být uspořádány politické instituce a jaké úkoly mají plnit.<sup>79</sup>

Na dělbu moci lze ovšem podle mého soudu aplikovat i Rawlsovu ideu překrývajícího se konsenzu.<sup>80</sup> Můžeme se na tomto principu institucionálního uspořádání shodnout na základě odlišných, navzájem třeba i neslučitelných důvodů. Tím by se mohly mnohé problémy spojené se založením dělby moci vyřešit. I vůči této ideji však byly v obecné rovině nadneseny významné námitky, například ze strany Davida Millera.<sup>81</sup> Tento autor se rovněž kriticky stavěl k pluralistickým teoriím ospravedlnění, třebaže o nich uvažoval ve specifickém kontextu lidských práv.<sup>82</sup> Vytýkal jim především to, že pokud akceptují různé základy nějakého konceptu, mohou mezi těmito základy vznikat konflikty.<sup>83</sup> S touto kritikou by se bylo možno snadno vyrovnat poukazem k tomu, že pokud odlišná východiska vedou v určitých důsledcích ke konfliktům, pak se nejedná o opravdový překrývající se konsenzus. Pak ovšem vyvstává otázka, jak často k tomuto typu konsenzu vlastně dochází, jestli není ve skutečnosti něčím velmi vzácným.<sup>84</sup> Hlavním problémem této ideje opětovně je, že předmětem naší shody jsou často velmi abstraktní koncepty, pod nimiž si mohou jednotliví aktéři často představovat velmi různorodé věci a vyvozovat z nich často naprosto protichůdná řešení. Stejně jako se rozcházejí v představách základu, rozcházejí se i v konkrétních aplikacích, které z konceptu vyvozují. Má taková shoda ještě nějakou cenu?

Vůči různým snahám o nalezení hlubšího základu dělby moci, nějaké specifické normativní ideje v jejím jádru, lze tedy nadnést řadu pádných námitek. Na první pohled se zdají být přijatelnější přístupy, které mají spíše procedurální charakter. Je pochopitelné, že nám neposkytují materiální kritéria pro řešení konkrétních problémů, které ve spojitosti s tímto konceptem vyvstávají. Jejich základní ambice jsou totiž velmi odlišné. Naopak nás spíše pomalu navádí k identifikaci nějaké metody, která by nám poskytla řešení, jež budou ve srovnání s jinými alternativami obecně přijatelná (respektive přijatelnější), rozhodně však nebudou absolutně platná.

### 3. Dělba moci v právní argumentaci: metoda proporcionality jako světlo na konci tunelu?

Jak zde bylo již vícekrát řečeno, problémem je, že pod dělbu moci bývají často řazeny kontradiktorní komponenty, které umožňují volit protichůdná řešení různých s ní souvisejících problémů. Pro lepší porozumění jejich vztahu můžeme využít metaforu auta.

<sup>79</sup> Srovnej obdobný názor uvedený v textu BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 67.

<sup>80</sup> K této myšlence viz RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 2005, s. 133 an.

<sup>81</sup> K tomu srovnej např. MILLER, David. *Grounding Human Rights*. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 2012, Vol. 15, No. 4, s. 410 an.

<sup>82</sup> *Ibidem*, s. 410–411.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> V této souvislosti srovnej i trefnou glosu Pavla Dufka k problematice překrývajícího se konsenzu v oblasti lidských práv: „Překrývajícím se konsenzus se nestává sociální realitou jen proto, že jej teoretik považuje morálně za nanejvýš žádoucí.“ DUFEK, Pavel. *Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně*. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 1, s. 70.

Člověk, který jej řídí, se snaží jet optimální rychlostí. Musí se přitom přizpůsobovat řadě faktorů od stavu vozovky, hustoty provozu až po počasí. V zásadě má dva instrumenty, kterými může rychlost ovlivňovat – plynový a brzdový pedál. V některých situacích je vhodnější zmáčknot plyn, v jiných stoupnout na brzdu. Nedává ovšem smysl stlačovat oba pedály zároveň. Nikoho by přece nenapadlo ve stejném okamžiku brzdit a přidávat plyn? S odděleností složek moci a systémem brzd a protivah se to má podobně. Obojí slouží stejnému účelu – udržování nejlepší možné vlády (se zřetelem k tomu, že nejlepší možná vláda v sobě zahrnuje další charakteristiky, na nichž nemusí panovat úplně stoprocentní shoda). Aby jí bylo dosaženo, je někdy potřeba jednotlivé složky moci více oddělit, položit důraz na jejich nezávislost, jindy naopak posílit jejich společnou kontrolu. Nelze však obojí uplatňovat najednou – budeme-li řešit problém odvolatelnosti předsedkyně Nejvyššího soudu prezidentem republiky, pak je nesmyslné říkat, že máme posílovat nezávislost této instituce a současně jí prostřednictvím pozitivních brzd dávat pod kontrolu někoho jiného. Musíme upřednostnit jedno z toho. Vystává zde tedy klíčová otázka, co a proč.

Pokud soud odůvodňuje svá rozhodnutí a odkazuje přitom na nějaký princip, nemělo by být jeho použití arbitrární a už vůbec by nemělo vzbuzovat dojem, že mu bývá v jednom případě přiřazován zásadně odlišný význam než v případě druhém.<sup>85</sup> Něco takového se ale podle mého soudu občas dělo, když Ústavní soud České republiky v minulosti řešil některé případy související s dělbou moci. Není možné jednou zdůrazňovat, že jedna složka moci by neměla zasahovat do druhé, jindy naopak podtrhovat pozitivní význam ingerence, aniž by byly mezi jednotlivými případy konzistentně identifikovány nějaké relevantní odlišnosti. Právě takový stav je špatný, protože zásadním způsobem limituje transparentní diskusi a posouzení institucionálních otázek, které se v jednotlivých kauzách mají řešit. Transparentnost je přitom základním východiskem pro učinění správných a legitimních rozhodnutí.<sup>86</sup> Uvedený stav není možné odstranit identifikací nějakého základu dělby moci, proto je třeba dát (nejen) Ústavnímu soudu do ruky nějaký nástroj, který by mu umožňoval zmíněným požadavkům alespoň při řešení konkrétních, praktických případů dostát, nebo se k nim alespoň zásadním způsobem přiblížit.<sup>87</sup>

Takový nástroj přitom nemusí být ani příliš složitě hledán – může být totiž podle mého názoru založen na našem ústavnímu soudu již dobře známému principu proporcionality. Ve skutečnosti zde totiž nemáme co do činění s jedním principem dělby moci, ale s více kontradiktorními principy, které mají sloužit podobnému cíli – tedy dosažení rovnováhy a jejím prostřednictvím nastolení nejlepší možné vlády. Hovořit o dělbě moci a jejích komponentech je v tomto smyslu velmi zavádějící, protože s nezávislostí, oddělením jednotlivých státních orgánů, systémem brzd a protivah budeme pracovat mnohem korektněji, pokud je budeme vnímat jako samostatné principy, které mohou být propojeny ně-

<sup>85</sup> Viz např. již citovaná rozhodnutí Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. Pl. ÚS. 4/10. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. Pl. ÚS 17/14. Nález ÚS ČR, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

<sup>86</sup> Význam transparentnosti v demokratickém systému pěkně zdůrazňuje Aharon Barak, který uvádí, že představuje zásadní přínos pro zajištění férovosti a integrity při rozhodování. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 463: „However, transparency is a major contribution to the notion of fairness and integrity in the decisionmaking process. That contribution, in and of itself, is of major value.“

<sup>87</sup> K zajímavé úvaze mne přivedl Tomáš Sobek svou myšlenkou, zda se v případě dělby moci ve skutečnosti nejedná o problém distributivní spravedlnosti. Řešíme zde totiž, jak máme rozdělit pravomocí mezi jednotlivé státní orgány, respektive zda máme rozsah některých pravomocí rozšířit, nebo naopak zúžit. Takový náhled je podle mého soudu v zásadě správný, jsem ovšem skeptický k tomu, nakolik můžeme identifikovat nějaká obecná kritéria této distribuce, pomoci níž by bylo možné odvodit přijatelná a věrohodná řešení konkrétních případů. Moje výtky je tedy v tomto případě totožná jako v případě všech obecných teorií dělby moci.

kterými společnými účely. Navíc – jestliže má být upřednostňování nezávislosti instituce, nebo její kontroly, otázkou hledání určitého ekvilibria, či přímo určité optimální pozice,<sup>88</sup> o co jiného usilují různé formy testu proporcionality než o dosažení optimálního uplatnění kolidujících principů? Pozornost si v této souvislosti jistě zaslouží i teze Davida M. Beattyho, podle níž má princip proporcionality neutrální charakter.<sup>89</sup> Což ještě více podtrhuje vhodnost použití takové metody.

Ústavní soud by tedy měl nejprve identifikovat otázku, v níž se tyto principy střetávají a pak přistoupit k vlastnímu poměřování. Pozornost by měla být věnována zejména srovnávání rizik spojených s ingerencí jedné složky moci do druhé s riziky spojenými s vyloučením takového zásahu. V odborné literatuře se můžeme setkat s přístupem, že test proporcionality nemusíme aplikovat jen na kolize základních práv, respektive základních práv a veřejných zájmů, ale i na střety jakýchkoliv principů.<sup>90</sup> Souhlasím s tvrzením Pavla Ondřejka, že v takovém případě je třeba redefinovat tříprvkovou strukturu klasického testu proporcionality a přesunout hlavní důraz na prvek poměřování.<sup>91</sup> Použití takové metody v uvedeném kontextu může přinést více pozitiv. Obecně bývá jako jedna z hlavních výhod klasického testu proporcionality uváděno, že svou strukturovaností přispívá k větší transparentnosti.<sup>92</sup> Podle mého názoru lze totéž (byť v o něco menší míře) tvrdit i o samotném poměřování dvou v kolizi stojících ústavních principů. Soud je totiž použitím takovéto metody nucen explicitně formulovat, k jakému střetu v řešené otázce dochází a srovnávat argumenty na podporu možných řešení. Musí začít hrát s otevřenými kartami, namísto toho, aby s nimi blafoval a tvrdil, že má v rukou určité trumfy, aniž by tak tomu skutečně muselo být.

Použití uvedené metody samozřejmě může mít i svá úskalí: Když bude posuzován vztah mezi jednotlivými složkami moci, měli bychom se mít například na pozoru, abychom vždy srovnávali mezi sebou jen jejich idealizované nebo realistické představy. Měli bychom se vyvarovat toho, abychom kladli proti sobě idealizovanou představu jedné složky proti realistické představě složky jiné (například idealizovanou justici vůči realistickému zákonodárství).<sup>93</sup> Mnohem zásadnější je však námitka, že samotné poměřování ponechává tomu, kdo jej provádí, poměrně velkou volnost a umožňuje mu do určité míry uplatňovat své subjektivní postoje. Taková kritika je jistě oprávněná. Na druhou stranu vkládání subjektivních postojů do soudního rozhodování se nikdy není možné zcela vyhnout a ve srovnání se stávajícím stavem by použití nějakého judičiálního testu nepochybně představovalo posun správným směrem, který by onen prostor pro arbitrárnost přece jen omezil.

Jak by tedy mohlo vypadat takové uplatnění principu proporcionality v konkrétním případě, například ve zde již několikrát zmiňované kauze jmenování dalšího místopředsedy Nejvyššího soudu ČR?<sup>94</sup> Nejprve by měla být identifikována klíčová otázka celé kauzy, objasněno, proč je důležitá a zda se v ní projevuje napětí mezi principy nezávislosti a systému brzd a protivah. Touto otázkou je, zda má prezident republiky pravomoc jmenovat na Nejvyšší soud dalšího místopředsedu, a to i z řad soudců jiných soudů. S přihlédnutím

<sup>88</sup> K tomu viz příslušnou úvahu v první části tohoto textu.

<sup>89</sup> BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 162.

<sup>90</sup> V naší literatuře takové názory rekapituluje např. Pavel Ondřejek. Viz ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 95–97.

<sup>91</sup> *Ibidem*, s. 96–97.

<sup>92</sup> BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, s. 462.

<sup>93</sup> Podobným způsobem nás varuje i Jeremy Waldron. Viz WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, s. 2.

<sup>94</sup> Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

k tomu, že místopředseda soudu může činnost celé instituce významným způsobem ovlivňovat, jedná se o důležitý problém. Zmíněné jmenování nepochybně představuje zásah do její činnosti a jako takové snižuje její nezávislost. Na druhou stranu může představovat i určitou kontrolní brzdu vůči ní. Je proto třeba zjistit, zda k optimálnímu naplnění těchto principů dochází v situaci, kdy prezident tuto pravomoc má, nebo kdy ji naopak nemá.

K poměření principů samotných lze využít vhodnou vážící formuli. Jako jednu z alternativ si dovoluji nabídnout přístup založený na formuli Roberta Alexyho, která je ostatně v české odborné literatuře velmi dobře popsána.<sup>95</sup> Plně se totiž ztotožňuji s názorem Jana Wintra, že „její aplikace není omezena na lidskoprávní témata, ale může posloužit i pro poměrování jiných právních principů“.<sup>96</sup> Lze ji vyjádřit následujícím vzorcem:

$$G_{i,j} = I_i * G_i * S_i / I_j * G_j * S_j$$

V tomto vzorci se poměřují dva kolidující principy  $P_i$  a  $P_j$ .  $I_i$  vyjadřuje intenzitu zásahu do principu  $P_i$ ,  $G_i$  jeho abstraktní váhu a  $S_i$  spolehlivost normativních a empirických předpokladů o intenzitě zmíněného zásahu. Totéž platí analogicky pro proměnné  $I_j$ ,  $G_j$  a  $S_j$ . Intenzitu zásahu můžeme hodnotit jako lehkou ( $2^0$ ), střední ( $2^1$ ), nebo značnou ( $2^2$ ), abstraktní váhu principu jako malou ( $2^0$ ), střední ( $2^1$ ), či velkou ( $2^2$ ) a nakonec normativní a empirické předpoklady o intenzitě zásahu jako jisté ( $2^0$ ), plauzibilní ( $2^{-1}$ ), případně nikoliv evidentně nesprávné ( $2^{-2}$ ). Výsledný koeficient představuje  $G_{i,j}$ . Pokud je jeho hodnota vyšší než jedna, z kolize vychází úspěšně princip  $P_i$ . Pokud je nižší než toto číslo, pak převládá princip  $P_j$ . Při hodnotě rovné jedné se otvírá zákonodárci prostor pro to, aby střet vyřešil podle svého uvážení.

V rozebírané kauze bych intenzitu zásahu do obou principů hodnotil jako střední. Touto pravomocí by prezident republiky činnost Nejvyššího soudu nepochybně významně ovlivňoval, ale jistě ne ve srovnatelné míře, jako kdyby měl například možnost jeho funkcionáře podle svého uvážení odvolávat. Analogicky lze pak uvažovat o intenzitě zásahu do systému brzd a protivah, která by byla nepochybně mnohem větší, jestliže by byla prezidentovi odňata pravomoc jmenovat předsedu Nejvyššího soudu a svěřena například volbě ze strany orgánu soudcovské samosprávy.

Abstraktní váha obou principů je shodná, v obou případech se jedná o zásadní principy ústavního práva, které směřují k realizaci totožného účelu a zároveň ovlivňují výslednou podobu ústavního systému. S ohledem na shodnou velikost jejich váhy není příliš zásadní, jaká hodnota jim bude přesně přiřazena, protože se ve výsledku pokrátí. Osobně bych se však přikláněl k hodnotě střední, protože ve srovnání s většinou ústavních principů a základních práv by tyto dva jistě nepředstavovaly trumfovou kartu, která by ostatní přebíjela, ale současně se bez nich neobejde úspěšná realizace některých z nich (např. práva na spravedlivý proces). Nemohou mít tudíž váhu velkou, ani malou.

Stran spolehlivosti normativních a empirických předpokladů o intenzitě zásahu do předložených principů mám za to, že zásah do nezávislosti je jistý, protože možnost jmenovat na Nejvyšší soud jakéhokoliv soudce coby jeho dalšího místopředsedu, získává prezident republiky nepochybný vliv na činnost této instituce. Přiřazená hodnota by mohla být nižší, pokud by byl při výběru možných kandidátů vázán pouze na soudce Nejvyššího

<sup>95</sup> Z mnoha textů, které jí věnují pozornost, uvedme příkladem alespoň tři následující: ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878. ONDŘEJEK, Pavel. Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 349–368. WINTR, Jan. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461.

<sup>96</sup> *Ibidem*, s. 458.

soudu, což ovšem nebyl tento případ. Naopak vyloučením takové pravomoci ještě zdaleka nemusí dojít k zásahu do systému brzd a protivah, protože zde stále zůstávají další mechanismy, v jejichž rámci se může uplatňovat (třeba samotným jmenováním jeho předsedy a místopředsedy). Není tedy naprosto zřejmé, zda by nezavedení takové pravomoci zasáhlo do uvedeného principu, ačkoliv určitá nikoliv nevýznamná pravděpodobnost tu je – proto bych u něj hovořil pouze o plausibilitě.

Přiřazením uvedených hodnot do rovnice dospíváme k následujícímu výsledku:

$$Gi,j = 2^1 * 2^1 * 2^0 / 2^1 * 2^1 * 2^{-1} = 2 * 2 * 1 / 2 * 2 * 0,5 = 2$$

Protože je výsledná hodnota vyšší než jedna, jako úspěšnější vychází z kolize princip nezávislosti, což koresponduje i se závěrem Ústavního soudu v analyzovaném případě. K výše uvedenému je ale nakonec třeba uvést, že se nejedná o jediný možný způsob, jak princip proporcionality při řešení uvedeného typu problémů používat. Je velmi pravděpodobné, že takových způsobů bude vícero a jejich výhody a nevýhody by měly být předmětem další a důkladnější diskuse. Zde nastíněná (německým pojetím proporcionality ovlivněná) varianta představuje pouhou doplňující ilustraci k obecným úvahám obsaženým v tomto textu. Je navíc pouhým nástinem možného řešení a rozhodně nemá vyčerpávající charakter. I navzdory tomu se však domnívám, že již z ní je patrná jedna z hlavních výhod této formule (potažmo celého testu proporcionality), kterou je zpřehlednění argumentace.<sup>97</sup>

Navzdory možným pochybám aplikace principu proporcionality v případech souvisejících s dělbou moci by představovala posun k lepšímu oproti současné situaci.<sup>98</sup> Nadto lze říci, že samotné proporcionalní uvažování není specifickým prvkem usuzování soudů, ale součástí obecné lidské racionality. Mohou jej proto při snaze nalézt řešení uvedených případů aplikovat nejen soudy, ale kdokoliv, kdo o něj bude usilovat, tedy i ústavodárce při řešení otázky, jaká má být podoba nové ústavy. Odpověď na v této práci tolikrát zmíněný problém, která vykrystalizovala v rámci rozhodování konkrétní soudní instituce, lze tedy použít v mnohem širším rámci.

## Závěr

Již John A. Fairlie z perspektivy první poloviny 20. století uvedl, že „*Jasně vymezená vědecká analýza vládních funkcí jako základ pro neměnný plán politické organizace je pravděpodobně nemožná.*“<sup>99</sup> Tento náhled nakonec ani není příliš překvapivý. Žijeme ve složitějším světě a funkčnost politické organizace ovlivňuje i řada dalších faktorů, které jen obtížně můžeme zahrnout pod zužující pojem dělby moci. Například kvalita politické kultury v dané zemi může mít na každodenní fungování ústavního uspořádání možná i zásadnější vliv než nastavení některých institucionálních vazeb.<sup>100</sup> Neméně důležité

<sup>97</sup> K tomu srovnej ibidem, s. 459.

<sup>98</sup> Totéž lze říci i o samotném použití Alexyho vážící formule. Lze vůči ní samozřejmě nadnést řadu pádných námitek, jak činí ve svém textu například Pavel Ondřejek, na což později reaguje Jan Wintr. Mám však za to, že i navzdory jim představuje aplikace této formule oproti současnému stavu krok k větší transparentnosti. Podrobnosti viz WINTR, Jan. *Alexyho vážící formule*, s. 460–461. ONDŘEJEK, Pavel. *Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky*, s. 363 an.

<sup>99</sup> FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 431.

<sup>100</sup> Samozřejmě připouštím, že politická kultura a dělba moci jsou v mnoha ohledech spjité nádoby. Souhlasím s poznámkou Jany Kokešové k původní verzi mého textu, že státy s dlouhou tradicí faktické dělby moci zpravidla mají i vyšší míru politické kultury. Na druhou stranu – zatímco korelace zde může být poměrně zřejmá, cesty kauzality někdy bývají složité.



je ovšem si i uvědomit, že dělba moci byla původně ledasčím, jen ne vědeckou teorií. Sám Montesquieu ji ve svém díle prezentuje jako popis politického uspořádání v Anglii jeho doby.<sup>101</sup> V rámci těchto úvah není zásadní, že ani jako takový popis není adekvátní.<sup>102</sup> Zásadní je, že po velkou část historie měla spíše charakter praktického návodu, který měl sloužit různým praktickým účelům, nejčastěji zabránění tyranie.<sup>103</sup> Ustupovalo se od snahy o její uplatnění v nějaké čisté, vědecky obhajitelné podobě ve prospěch fungování konkrétního státu v konkrétní situaci. To dobře ilustruje i přístup otců zakladatelů promítnutý do ústavy USA, který se podle Samuela W. Coopera neopíral o nějakou vůdčí teorii dělby moci, ale měl naopak pragmatický charakter.<sup>104</sup> Coby praktický návod pak nutně reflektovala určitou společenskou a historickou situaci (například v Evropě napětí mezi panovníkem a šlechtou). Není třeba zdůrazňovat, že tato situace se postupem času výrazným způsobem změnila.<sup>105</sup> Jistě není proto nic špatného, když se na problémy, které s dělbou moci souvisí, budeme dívat pragmaticky i dnes. Bez ohledu na to, prostřednictvím jakých teorií institucionálního uspořádání se snažíme vnímat okolní realitu nebo ji přetvářet, tak vždy žijeme v nějaké konkrétní situaci. Naše institucionální uspořádání je vždy výsledkem z části historických nahodilostí, z části různých politických kompromisů.<sup>106</sup>

Nemyslím si, že je třeba mít z toho špatné pocity – zmíněné uspořádání představuje podle mého soudu příliš komplexní strukturu na to, aby jej bylo možno plně postihnout jen prostřednictvím jedné teorie. Právě taková snaha by mohla vést i k vážným externalitám. Snaha promítnout ideály do skutečného světa nejednou v průběhu historie vedla ke krutosti a nespravedlnosti. Naopak bychom se měli vzdát snahy budovat systém institucionálního uspořádání za pomoci nějakých teorií, ale měli bychom se přiklonit k řešení konkrétních problémů, které před námi vyvstávají. Výše navržený instrument založený na principu proporcionality, který není vázán na nějaký specifický rozvrh státních orgánů, tomu může dobře posloužit. Má potenciál umožnit vysokou adaptabilitu systému, který se může volně rozvíjet při minimalizaci z toho vyplývajících rizik.

Nemožnost poskytnout na jednotlivé otázky související s dělbou moci absolutně platné odpovědi nás ovšem vede k tomu zvažovat možné alternativy. A je pravda, že žádná seriózní alternativa vůči konceptu dělby moci v současné době není v nabídce. Navzdory tomu nám však stále zůstává povinnost omezovat možnou libovůli v soudním rozhodování. To opět podtrhuje význam proporcionality. Nakonec, pokud se chtějí soudy nějakým způsobem odlišit od ostatních složek moci – neměly by mít snahu být těmi, kteří do veřejného prostoru, do uplatňování veřejné moci vnášejí argumentaci? Kdo uvádí důvody, namísto toho, aby se snažil o pouhé přesvědčování? Mezi zdůvodňováním a přesvědčováním je rozdíl stejně jako mezi logikou a rétorikou. Tomu druhému se nemohou vyhnout politici, kteří jsou vystaveni tlaku voleb. Neměly by právě o to první usilovat soudy?

<sup>101</sup> Viz např. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*, s. 189.

<sup>102</sup> Srovnej COLE, Kenneth C. "Government," "Law," and the Separation of Powers. *The American Political Science Review*. 1939, Vol. 33, No. 3, s. 424–440, s. 426. Z české literatury pak ŠEJVLA, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*, s. 202–203.

<sup>103</sup> Srovnej PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti: úvahy a polemiky*. 3. *Demokratický a laický stát*. Praha: Univerzita Karlova, 2009, s. 278. WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 2. vydání, ve Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 1. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 71.

<sup>104</sup> COOPER, Samuel W. Considering "Power" in Separation of Powers. *Stanford Law Review*. 1994, Vol. 46, No. 2, s. 366.

<sup>105</sup> Srovnej HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 32.

<sup>106</sup> S tím srovnej i některé závěry textu BAROŠ, Jiří – DUFEK, Pavel – KOSAŘ, David. *Separation of Powers and Politics in Central Europe*. 2018, rukopis.

## Separation of Powers in Legal Argumentation

Martin Hapla

**Abstract:** The separation of powers is traditionally considered as one of the key legal and political principles. However, after a closer look, it becomes clear that it actually consists of several very diverse components. The author of the article notes the contradiction that arises between the emphasis on the independence of an institution and the need for its control by other powers. He asks when we are to prefer the first component at the expense of the other and vice versa. The current doctrine does not give us a satisfactory answer. This problem can not be solved by adding another normative thesis to the separation of powers or by identifying its basis. In the professional community, there is no consensus on what the idea stands in its background. Some academics think about efficiency, freedom, self-determination and many others. The author suggests in his text to understand the two components as separate contradictory principles whose collision can be solved through proportionality-based methods. Compared to the current practice, this approach means a shift towards more transparent decision making.

**Key words:** separation of powers, independence, system of checks and balances, proportionality, legitimacy of judicial decision making