

Techniky soudní politiky a jejich načasování

Michal Šejvl*

Abstrakt: Tento článek je pokusem o vytvoření jistého teoretického rámce soudní politiky vysokých soudů (apex courts). Soudní politikou (ve smyslu policy) rozumím takové rozhodování, kdy se vysoké soudy stávají i „pozitivními zákonodárci“, přičemž jejich rozhodování se řídí především strategickými důvody, nikoli čistě právními důvody. Článek proto popisuje různé techniky a strategie, které vysoké soudy mohou při tomto vytváření soudní politiky používat – např. technika „časované miny“, technika stanovování nových doktrín za současného stanovení výjimek z ní apod. Tyto techniky typické pro právní diskurs se pak dají kombinovat s technikami využitelnými vysokými soudy z důvodů institucionálního uspořádání vztahů mezi nimi a ostatními aktéry (především vysokými soudy a zákonodárcem), např. technikou konformní interpretace. Všechny tyto techniky však budou úspěšné pouze tehdy, když budou z dlouhodobého hlediska akceptovány ostatními aktéry, kdy především vztah vysokých soudů (zejména ústavních) se zákonodárcem vede k využívání dalších technik, pomocí nichž se vysoký soud snaží „minimalizovat“ své konflikty se zákonodárcem a zároveň podržet si své postavení „pozitivního zákonodávce“. Druhá část článku pojednává zejména o načasování použití těchto technik. Použití všech těchto technik pak vykazuje velké podobnosti s uplatňováním ctnosti zvané ve středověké filozofii prudentia, přičemž stejně jako prudentia nemůže např. pro Akvinského zajistit v oblasti praktické racionality stejnou jistotu jako v oblasti teoretického poznání, i použití těchto technik nemůže „automaticky“ zajistit jejich úspěšnost. Všechny techniky i načasování jsou demonstrovány na příkladech z praxe ústavních soudů (zejména německého, italského, španělského, francouzského a českého), nejvyšších soudů (zejména nizozemského), nejvyšších správních tribunálů (zejména francouzské státní rady) a Soudního dvora EU, aby to podpořilo zobecnitelnost teoretického rámce.

Klíčová slova: politika, evropské vysoké soudy (apex courts), epistemická autorita vysokých soudů, politická role ústavních soudů, strategická soudní právoroba, prudentia v soudním rozhodování, konformní interpretace, soud jako „pozitivní zákonodávce“, minimalizace konfliktů vysokých soudů se zákonodárcem, načasování soudního rozhodování

Úvod

Následující text je esejem, tedy vlastně pokusem (v původním významu slova *essai*) o jistý teoretický rámec uchopující soudní politiku. Proto empirické poznatky o fungování vysokých soudů, z nichž budu vycházet, budou primárně pocházet z již existujících prací, a v tomto smyslu nepůjde o poznatky nové. Výjimkou mohou být některé poznatky získané rozhovory se soudci českého nejvyššího soudu či nejvyššího správního soudu, asistenty českého ústavního soudu a soudci nizozemských soudů. Tyto rozhovory se soudci či asistenty českých soudů jsem vedl v letech 2017 až 2019, rozhovory se soudci nizozemských soudů zase v roce 2002.¹ Tyto poznatky získané rozhovory však nemají systematický charakter (nejsou typicky výsledkem rigorózně provedeného kvalitativního výzkumu)

* JUDr. Michal Šejvl, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: michal.sejvl@ilaw.cas.cz. Tento článek je jedním z výstupů grantového projektu Grantové agentury ČR *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* č. 17-08176S.

¹ Některé poznatky získané od nizozemských soudců, pokud se týkaly aplikace práva ES těmito soudy, byly publikovány v ŠEJVL, M. *The Application of EC Law by the Dutch Courts*. In: BAPULY, B. – PUNTSCHER RIEKMANN, S. – SLOMINSKI, P. (Hrsg.). *Europäisierung durch Recht: Zwischen Anspruch und Wirklichkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005, s. 135–150.

a v tomto textu slouží spíše k dokreslení poznatků získaných jinak. Vysokými soudy v tomto textu rozumím to, čemu se v literatuře někdy říká *apex courts*, tedy soudy, které mají „poslední slovo“ v rámci nějakého druhu soudnictví (obecného, správního či ústavního), a proto pro ně někdy platí známé *quod licet Iovi non licet bovi*.² Soudní politikou budu rozumět uplatňování moci (chápané široce) vysokých soudů k vytvoření nových právních doktrín, argumentů, principů apod., které se řídí strategickými ohledy, nikoli čistě právnickým uvažováním.³ Právě proto budu níže hovořit o technikách či strategiích, které se dají k vytváření takovéhoto „novinek“ používat. Protože v případě vytváření „novinek“ jedná vysoký soud v podstatě jako „pozitivní zákonodárce“ a změny práva si většinou z dlouhodobého hlediska někdo „všimne“ (pokud zrovna nejde o společnost žijící v nějaké „verzi“ právního nihilismu, která nás nemusí zajímat), je jasné, že příklady pro uplatňování technik a strategií soudcovské politiky, které budu uvádět, budou většinou známá či slavná rozhodnutí vysokých soudů. Při uvádění příkladů se omezím pouze na evropské vysoké soudy, jejichž judikatura je v literatuře dobře zpracovaná, takže stranou zůstanou jak vysoké soudy asijské, africké či latinskoamerické,⁴ tak nejvyšší soud USA.⁵ Výběr toho, které evropské vysoké soudy v tomto textu budou sloužit jako příklady uplatňování soudní politiky, je dán, za prvé, tím, že reprezentují dnes již dlouhotrvající tradice (jako německý ústavní soud, francouzská ústavní rada nebo italský ústavní soud), takže stranou většinou zůstanou ústavní soudy vznikající typicky v devadesátých letech ve střední a východní Evropě, za druhé, tím, že o jejich fungování již dnes existuje dostatek literatury, a, za třetí, tím, že s fungováním některých z nich mám i osobní zkušenosti.⁶

² Za vysoké soudy budu považovat i ty orgány, které někdy za soudy považovány nebývají, jako jsou typicky nizozemská státní rada nebo francouzská ústavní rada. Důvodem, proč někdy nebývá nizozemská rada považována za soud, je, že se vedle své činnosti nejvyššího správního soudu podílí i na vytváření legislativy jako poradní orgán. Zde však budu brát v úvahu pouze její soudní funkci, nikoli legislativní. Jde-li o francouzskou ústavní radu, socioložka a bývalá členka této rady Dominique Schnapperová píše, že v současnosti je třeba radu považovat za skutečný ústavní soud (přestože jejími členy se mohou stát i neprávnicki), takže ti, kdo ji stále ještě považují za politický orgán („klub vysloužilých politiků“ nebo „spolek republikánských notáblů“) jsou spíše ti, kteří se snaží roli ústavní rady zlehčovat – viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*. Paris: Gallimard, 2010, s. 121 an.

³ Dle mého názoru je možné vycházet z premisy, že právní uvažování je normativní, takže jakékoli strategické uvažování, které je vlastně o efektivitě, mu má být cizí. Toto vyloučení strategie či efektivity z právního diskursu sice ve svém důsledku vede až k *fiat iustitia pereat mundus*, ale je třeba ho mít dle mého názoru v teoretické rovině na paměti, abychom příliš snadno neskouzlili k jakési „pojmové kaši“, v níž se právo, ekonomie, politika či morálka v podstatě „rozpliznou“.

⁴ Např. současné ústavní soudy Latinské Ameriky bývají někdy popisovány jako značně „aktivističtější“ než jejich evropské protějšky, přestože jejich původní role spočívala spíše v udržování *statu quo* – viz např. BRINKS, D. M. – BLASS, A. *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance and Judicial Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

⁵ Z institucionálního hlediska představuje americký nejvyšší soud příklad do jisté míry „extrémního“ uspořádání, když jde spíše o „devět malých právnických firem“ (jak to bylo výstižně vyjádřeno v O'BRIEN, D. M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 3. vydání. New York: W. W. Norton, 1993, s. 164 an.), všichni jeho soudci jsou silnými individualitami, disenty jsou běžné, o soudním aparátu (*law clerks*) si soudci rozhodují sami, skupinová interakce mezi soudci je omezená (společně vlastně „jen“ vybírají případy, kterým poskytnout *certiorari*, společně hlasují o rozsudku a většina pak společně vytváří rozhodnutí soudu, přičemž při psaní odůvodnění může ještě docházet k přeskupování hlasů a argumentů) a medializace kauz je vysoká. Oproti tomu druhý „extrém“ představují již výše zmiňované státní rady (vytvořené po vzoru té francouzské), jejichž členové ani nemusí být právníky, soud má relativně dostatečný a stabilní „expertní“ aparát, který soudcům zásadně pomáhá v práci, soud hovoří jednotným hlasem navenek bez možnosti disentu (někdy není známo ani jméno zpravodaje, který často zásadním způsobem ovlivňuje rozhodnutí) – což však nutně neznamená, že na rozhodnutí se opravdu podílejí všichni soudci – a role v mediálním světě je minimální, takže soud se prezentuje spíše jako „sluha státu“, který se drží v pozadí. V prostoru mezi těmito dvěma „extrémy“ (mezi soudem jako jistou „federací soudců“ a soudem jako „byrokratickým orgánem“) se pak pohybují ty vysoké soudy, kterým bude v tomto textu věnováno nejvíce místa.

1. „Nepolapitelná“ politika jako *politics* a soudní politika jako *polity*

Jestliže zde má jít o soudní politiku praktikovanou vysokými soudy, je nejspíše vhodné na počátku vyjasnit, co se může rozumět politikou. Jistou inspirací či východiskem by v tomto kontextu mohlo být to, co za politiku považovali sami soudci českých vysokých soudů v několika rozhovorech, které jsem s nimi vedl: 1) politika je vše, co zajímá veřejnost („jestli budou na Pankráci mrakodrapy, je politika“), 2) politika je oblast, v níž existuje libovůle či diskrece, 3) politika je technologie moci, 4) politika je kontrola zdrojů v nejširším smyslu. Tato vymezení (s výjimkou prvního, které je příliš široké, protože pak by politikou byl třeba i soukromý život mediálních „osobností“, které získaly tento status často jen díky tomu, že o nich média jako o osobnostech píší) ukazují jediné: Politika je spojena s mocí, což nás přivádí ke známému Weberovu vymezení politiky operujícímu s (fyzickým) násilím,⁷ k němuž třeba Pierre Bourdieu dodává ještě to, že ono násilí nemusí být pouze fyzické, ale i symbolické – odtud jeho pojem symbolického kapitálu.⁸ Operování s fyzickým násilím je však pro sociální vědy vždy ošidné, protože fyzické násilí „trhá“ sociální vztahy – viz typicky hobbesovský přirozený stav, který je pravděpodobně dlouhodobě neudržitelný. Pro soudní politiku je pojem fyzického násilí vyloženě nevhodný: Zákon sice „vždy odkazuje k sekyře“, jak říkal kdesi trefně Foucault, ale soudci nemají „ani pokladnu, ani meč, jenom svou soudnost,“ jak říkal neméně výstižně Alexander Hamilton. Soudci ale mohou disponovat symbolickým kapitálem závislým na uznávání či oceňování členy politického společenství,⁹ čímž se však již dostáváme k normativnímu pojmu moci, kterou bychom mohli nazvat autoritou.¹⁰ Pokud půjde o autoritu, její zkoumání se pravidelně redukuje na studium oprávněnosti autority, tedy na zkoumání legitimacy, což je opět normativní pojem, s nímž bude pracovat etika či právní věda. Studium politiky se tedy často redukuje na řešení etických otázek (problém dobré či spravedlivé vlády, jak ho známe již od Platóna či Aristotela) či na řešení právního problému (jak svázat moc právidly, o což se snaží minimálně od 19. století doktrína právního státu).

Přesto se domnívám, že na politice jakožto moci (ať již faktické, či normativní) je nejzajímavější nakonec to, že je naopak neredukovatelná na jakoukoli jinou expertní činnost,

⁶ Typicky nizozemské vysoké soudy jsou v tomto článku zmiňovány proto, že jsem na nich v roce 2002 prováděl výzkum, jak aplikují právo ES. Nizozemí je zajímavé i tím, že nemá ústavní soud: Jestliže ukáží, že techniky soudní politiky se netýkají pouze ústavních soudů, ale i jiných vysokých soudů, může to posílit zobecnitelnost poznatků o fungování soudní politiky.

⁷ WEBER, M. Politika jako povolání. In: WEBER, M. *Metodologie, sociologie a politika*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 246 an.: „Politikou budeme rozumět vedení nebo ovlivňování vedení politického svazu, tedy dnešního státu [...]. Moderní stát lze sociologicky nakonec definovat spíše ze specifického prostředku, který je mu – stejně jako každému politickému svazu – vlastní: a to je fyzické násilí [...] řekneme-li o nějaké otázce, že je to ‚politická‘ otázka, nebo o ministrowi či úředníkovi, že je to ‚politický‘ úředník, o nějakém rozhodnutí, že je ‚politický‘ podmíněné, vždycky se tím míní, že pro odpověď na tuto otázku jsou směrodatné a že příslušné rozhodování anebo sféru činnosti tohoto úředníka podmiňují zájmy na rozdělení, udržování nebo přesunu moci. Kdo dělá politiku, usiluje o moc. O moc buď jako prostředek ve službě jiným (ideálním nebo egoistickým) cílům, nebo o moc ‚pro ni samotnou‘, aby prožíval pocit prestiže, který moc dodává.“

⁸ Symbolický kapitál je „kterákoli vlastnost (kapitál kteréhokoliv druhu – fyzický, ekonomický, kulturní, sociální), pokud je nahlížena sociálními činiteli, jejichž kategorie vnímání jsou takové, že ji dokáží poznat (vidět) a uznat, ocenit.“ Viz BOURDIEU, P. *Teorie jednání*. Praha: Karolinum, 1998, s. 81.

⁹ Uvědomme si, že ti, kdo rozumí symbolickému řádu, musí rozumět nejen jazyku, ale i kultuře a tím vytvářejí společenství, které může být i politickým společenstvím.

¹⁰ Lze samozřejmě pracovat i s bohatší strukturou, než s dichotomií faktické násilí a normativní autorita, když se třeba opřeme o Arendtovou rozlišující mezi mocí (*power*), individuální silou (*strength*), silou (*force*), autoritou (*authority*) a násilím (*violence*) – viz ARENTOVÁ, H. *O násilí*. Praha: OIKOYMENH, 2004, s. 34 an. Ale bohatší rozlišování nemusí nic podstatného přidávat, protože síla je neosobní entitou (přírodní silou či silou okolností), kolektivní moc a individuální síla spolu s instrumentálním násilím patří do řádu faktického a do řádu normativního patří autorita.

ať již jde o etiku, právo, ekonomii či válčení.¹¹ Za prvé proto, že ať se totiž jakkoli snažíme politiku svázat pravidly (etickými či právními), či podřídít ji racionálním strategiím (ekonomie či válčení), vždy se opět odněkud „vynoří“ ve své neredukovatelnosti, za druhé proto, že jde (minimálně od doby, kdy se všeobecné hlasovací právo stalo pravidlem) o činnost laickou v tom smyslu, že jí „rozumí každý“. Politika je zkrátka jakýsi „nepolapitelný objekt“ (abych parafrázoval název jedné Žižkovy knihy), který se vzpírá jakékoli redukci, snad jen na to, že jde o objekt, který je veřejný (i když třeba pro mnohé feministické myslitelky politiku můžeme najít i uvnitř soukromé sféry, jíž je rodina).¹² Jinými slovy jde o něco, co se vzpírá tematizaci, co se ukrývá v „pojmové temnotě“, a právě proto jde o jakýsi základ či fundament. Když totiž objekt „zmizí“ našemu pohledu, tematizaci, reflexi a pak i analýze, můžeme ho používat nereflektovaně, tedy nakonec libovolně. Jak takovou „nepolapitelnost“ politiky ukázat? Myslím, že vhodný příklad by mohly představovat různé doktríny politických otázek, které vysoké soudy rozvinuly. Když se totiž zaměříme třeba na americkou *political question doctrine*, shledáme brzy, že zřetelná kritéria toho, co americké soudy považují za politickou otázku (a co tedy uniká jejich pravomoci) a co naopak je otázkou právní, jsou kazuistická v tom smyslu, že z dlouhodobého hlediska mohou soudy „přidávat“ nové případy politických otázek a jiné případy, které by podle stávající judikatury spadaly pod politické otázky, z těchto otázek zase „odebírat“.¹³ Také doktrína aktů vládní či výkonné moci unikajících soudnímu přezkumu (*actes de gouvernement*) ve francouzském právu je podobně kazuistická¹⁴ a zřejmě se můžeme s podobnou nejasností setkat i v dalších jurisdikcích.¹⁵ Jestliže se tedy snaží vysoké soudy politickým otázkám

¹¹ O tom, že právo či ekonomie jsou expertní činnosti, asi nikdo nepochybuje. Válčení je expertní činností, protože málokterý stát se pouští do ozbrojeného konfliktu bez toho, aby jeho průběh řídili vojenští experti. Etikové jsou experti na morálku nikoli v tom smyslu, že by říkali ostatním, jak mají žít a jak typicky řešit svá morální dilemata, ale v tom smyslu, že usilují o vytvoření koherentního systému morálky, čímž „vykolikují hřiště“, na němž hrajeme své morální „hry“. Jejich úkolem je tedy prizmatem různých etik, které zastávají, říkat nám, jak naše morální volby ovlivňují celý systém našich morálek.

¹² Tyto úvahy o „nepolapitelnosti“ politiky mají mnoho společného se Schmittovým názorem, že „politika nemá žádnou substanci“ – viz např. KERVÉGAN, J.-F. *Co s Carlem Schmittem?* Praha: OIKOYMENH, 2015, s. 154. V této souvislosti je dobré poznamenat, že Schmittova známá redukce politična na rozlišování přítele a nepřítele je opět „pouze“ operací s mocí a Schmitt tímto způsobem vlastně redukuje politiku na válku, jejíž souvislost s politikou je jasně patrná nejen ve známém Clausewitzově výroku (že válka je pokračování politiky prováděné jinými prostředky), ale i v opačném výroku Foucaultově (že politika je pokračováním války prováděné jinými prostředky).

¹³ Jistá kritéria obsahují typicky rozhodnutí amerického nejvyššího soudu ve věcech *Baker v. Carr* z roku 1962 nebo *Nixon v. Spojené státy* z roku 1993 (viz např. ROSSUM, R. A. – TARR, G. A. *American Constitutional Law. Volume I. The Structure of Government*. 4. vydání. New York: St. Martin's Press, 1995, s. 60 an.), ale viz např. tzv. *gerrymandering* (o němž nejvyšší soud řekl, že v zásadě politickou otázkou není právě v *Baker v. Carr*) a jedno z posledních rozhodnutí nejvyššího soudu o něm ve věci *Rucho v. Common cause* z roku 2019, kdy soud naopak řekl, že *gerrymandering* politickou otázkou je (ačkoli se snažil o odlišení současné kauzy od *Baker v. Carr*). Hlasování však bylo velmi těsné (pět ku čtyřem) a doprovázeno silným disentem soudkyně Kaganové (k němuž se připojili i ostatní disentující soudci). K vývoji a současné judikatuře rozhodování amerického nejvyššího soudu o politických otázkách v české literatuře viz MALÍŘ, J. *Klasická doktrína politické otázky v kontextu limitů soudního přezkumu v USA. Jurisprudence*. 2018, roč. 2018, č. 5, s. 15–29; MALÍŘ, J. *Moderní doktrína politické otázky v USA: příběh, v němž stále nepadlo poslední slovo. Jurisprudence*. 2019, roč. 2019, č. 1, s. 1–18. Ve druhém článku Malíř přímo označuje judikaturu amerických federálních soudů o politické otázce za nekonzistentní – viz *ibidem*, s. 15 an.

¹⁴ MALÍŘ, J. *Actes de gouvernement v soudobém francouzském právu: kompromis mezi soudním přezkumem a politikou. Právník*. 2018, roč. 157, č. 2, s. 89–114.

¹⁵ Např. britské právo zná kritéria toho, co je soudem přezkoumatelná otázka (*justiciable*) a co nikoli, z rozhodnutí Sněmovny lordů ve věci *GCHQ [viz Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (1984) UKHL 9]*, ale ta zřejmě nedávají odpověď pro každý případ – např. ukončení zasedání britského parlamentu (*prorogation*) provedené panovníkem na návrh předsedy vlády je pro anglický soud zřejmě politickou otázkou [viz rozhodnutí Vysokého soudu Anglie a Walesu ve věci *Miller II*, tedy rozhodnutí *The Queen on the application of Gina Miller v. Prime Minister and Others*, (2019) EWHC 2381 (QB)], zatímco pro skotský soud zřejmě nikoli [viz rozhodnutí Court of Sessions ve věci *Cherry*, tedy rozhodnutí *Joanna Cherry and Others v. The Advocate General*, (2019) CSIH 59]. Nedávné jednomyslné rozhodnutí britského nejvyššího soudu [ve věci *R (on the*

ve svém rozhodování vyhnout (aby nepůsobily více škody než užítku zcela jistě samy sobě a pravděpodobně i celé společnosti) a jestliže je politika onen „nepolapitelný objekt“, pak judikatura ani nemůže být jiná než kazuistická, případně dokonce nekonzistentní.

Odlišme proto tento „nepolapitelný objekt“ politiky od politiky, kterou vykonávají vysoké soudy. Tyto soudy se samozřejmě liší od ostatních politických aktérů v tom, že soudci nemají být politiky z povolání (ve výše zmíněném Weberově smyslu), takže jejich soudcovská politika nemá být či by neměla být touto „nepolapitelnou“ *politics*, ale spíše *policy* ve smyslu prosazování nějakých cílů strategickými prostředky. Úkolem soudů je přece nestranně provádět expertní činnost aplikace práva, nikoli dělat *politics*, a proto lze jejich autoritu označit za epistemickou. To je patrné třeba z toho, jak se soudci vysokých soudů brání tomu považovat svou činnost za související s *politics*,¹⁶ i když mohou existovat výjimky, a to často tehdy, když je soud složen z bývalých profesionálních politiků, kteří třeba nemají mnoho zkušeností s právem, které má soud aplikovat.¹⁷ Profesionální politici předstupují před voliče s nabídkou a jako každá nabídka i tato musí být atraktivní, přičemž jedním z hlavních komponentů atraktivity je novost – podobně jako je marketing „*uměním, jak futrovat sračky zpátky do bufetů tak, aby je lidé stále považovali za opravdové jídlo*“,¹⁸ jde tedy o předstíranou novost, umí předstírat novost i profesionální politikové, a to pravidelně před každými volbami.¹⁹ Soudní *policy* naproti tomu musí

application of Miller) v *Prime Minister a Cherry and Others v Advocate General for Scotland*, (2019) UKSC 41] v zásadě dalo za pravdu skotskému soudu, přičemž ale mj. poukázalo i na to, že podle názoru lorda Roskilla ve věci GCHQ je rozpuštění parlamentu (*dissolution*) soudem nepřezkoumatelnou otázkou – viz par. 35 rozhodnutí nejvyššího soudu.

- ¹⁶ Např. známý akademik a bývalý soudce italského ústavního soudu Sabino Cassese uvádí, že diskuse uvnitř soudu probíhají pomocí čistě právních argumentů a nikdy v nich přímo nezaznívají politické argumenty, přestože jsou si soudci sami vědomi politických dopadů svého rozhodnutí. Viz CASSESE, S. *Dentro la corte. Diario di un giudice costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2015, s. 24. V podstatě totéž říkali i někteří soudci českých vysokých soudů, s nimiž jsem měl možnost hovořit. Podobně třeba soudci španělského ústavního soudu přiznávají, že ohled na to, jak bude jejich rozhodnutí přijato ostatními politickými aktéry (mezi něž počítají i španělský nejvyšší soud), hraje roli při diskusích uvnitř soudu, aniž by však podle nich měly nějaký rozhodující vliv – viz RUFINO DO VALE, A. *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, s. 102 an.
- ¹⁷ Typickým příkladem může být francouzská ústavní rada v počátcích svého fungování, jak o tom informuje třeba Schnapperová: Když byla ústavní rada v roce 1958 zřízena podle ústavy páté republiky (která byla De Gaullovým ideovým výtvorem), jejími členy nebyl žádný specialista na ústavní právo, zato dva bývalí soudci, dva advokáti, diplomat (první předseda ústavní rady Léon Noël), dva ředitelé soukromých podniků, jeden čestný člen státní rady a lékař. Není proto divu, že podle Noëlových vzpomínek započal jeden ze členů rady svou argumentaci větou: „*Ano tomu, co říká de Gaulle!*“ Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 56 an. U jiných vysokých soudů, jejichž členy se mohou stát a pravidelně se stávají i neprávnicki, však k otevřeně politické argumentaci docházet nemusí, pokud mají soudci k dispozici právnícky personál, který jim připravuje podklady pro rozhodnutí – viz např. nizozemská státní rada (která někdy bývá popisována jako „přístav“ bývalých politiků a kde je politická afiliace potenciálního člena důležitým kritériem pro jeho jmenování – viz např. BRUINSMA, F. *Dutch Law in Action*. Nijmegen: Ars aequi libri, 2000, s. 25), na niž působí právnícky vzdělaní asistenti (v podstatě stálá funkce, za níž jsou tyto asistenti adekvátně odměňováni, takže většinou setrávají na soudě celá desetiletí) připravující soudcům podklady pro rozhodnutí a píšící pro ně často i odůvodnění. (Informace z rozhovoru s členem této rady v roce 2002.) V této souvislosti připomejme, že právnícky personál francouzské ústavní rady byl [alespoň před zavedením řízení o přednostní otázce ústavnosti (QPC) v roce 2008] poměrně skromný – tři právníci právní služby, tři právníci přidělení od obecných soudů, správních tribunálů a legislativních sborů a právnícky vzdělaný generální tajemník (jehož role na radě je nezanedbatelná), kterému pomáhají tři členové dokumentační služby a jeden *greffier* – viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 43 an.
- ¹⁸ COUPLAND, D. *Generation X. Tales for an Accelerated Culture*. New York: St. Martin's Press, 1991, s. 28, kde jedna z postav říká: „*Marketing is essentially about feeding the poop back to diners fast enough to make them think they're still getting real food. It's not creation, really, but theft, and no one ever feels good about stealing.*“
- ¹⁹ I konzervativní strany, které slibují stabilitu, nemohou většinou slibovat, že vše nechají při starém, protože stabilita společnosti v neklidných časech musí být zajištěna nějakými novými prostředky – viz např. kritika především britské konzervativní strany v tom, že se jí nedostává nových idejí v BECKETT, A. „*A zombie party: the deepening crisis of conservatism*“. *The Guardian*. 28. května 2019.

fungovat opačně: Snaží se slibovat právě to, že vše bude probíhat jako doposud, protože právo (podle něhož soudci rozhodují), má být přijato pravidelně před tím, než se problém, jenž mají řešit, vyskytl. Soudci se opírají o kontinuitu a stabilitu práva, a to i tehdy, kdyby právo produkované legislativou takové vůbec nebylo. Proto musí jakákoli změna v jejich *policy* působit tak, jako by o žádnou změnu vlastně nešlo. I kdyby zákonodárství překotně, nesystematicky, mnohomluvně a bezkonceptně plodilo neustále stohy předpisů, kterými chce reagovat na staré chyby, nedostatky či opomenutí (ať již jsou výsledkem neznalosti legislativní techniky, nebo záměrnými „podvody“), soudní *policy* musí vždy působit tak, že vše je již jen rozvinutím předchozích názorů soudu a že v tomto chaotickém světě představuje vysoký soud jakýsi „bezpečný přístav“ stability a předvídatelnosti. Proto i když se dělá něco nového, musí se vždycky říci, že je to již uvnitř toho starého a dobře známého, což připomíná Foucaultovo „bublání komentářů“, které má jen „říci nahlas“ to, co je již „tiše“ dávno řečeno.²⁰

2. Techniky a strategie soudní politiky

Z výše řečeného je patrné, že první technika, o níž bude řeč, je technika, kterou mají vysoké soudy společnou se středověkými scholastiky, tedy neustálé obracení se do minulosti (ať již do minulosti vlastního soudu, nebo do minulosti jiných institucí), neustálá reinterpretace minulých textů, neustálé „pootáčení“ jejich významu (v tom smyslu, že text je vytržen ze svého kontextu a použit v novém kontextu).²¹ Jakákoli zásadní změna judikatury či „novinka“ judikaturou zavedená tak musí působit jako pouhá aplikace toho, jak soud rozhodoval již v minulosti. Z hlediska soudní politiky použití této techniky znamená, že soud může kdykoli vůči ostatním politickým aktérům obhájit své rozhodnutí, které je pro ně překvapivé, či dokonce nelegitimní, tím, že takto rozhodoval již v minulosti – jenom si toho profesionální politici nevšimli, čímž opět poukazuje na svou expertní roli či (chcete-li) epistemickou autoritu. Příkladem může být postup francouzské ústavní rady, která svým rozhodnutím z roku 1971 ve věci *Liberté d'association*²² způsobila to, co bylo později nazýváno „právní revolucí“. Jak známo, v této věci rada začala argumentovat základními principy uznanými zákony republiky (*principes fondamentales reconnue par les lois de la République*), k čemuž ji vedl i odkaz na preambuli ústavy páté republiky, která zmiňovala Deklaraci práv člověka a občana z roku 1789 a preambuli ústavy čtvrté repub-

²⁰ Soudcovské zacházení s předchozími texty se podobá technice komentáře tak, jak ji výstižně popisuje Foucault: „Na jedné straně dovoluje posun (mezi prvotním textem, tedy textem komentovaným, a druhotným textem, tedy textem komentáře – pozn. autora) tvořit, a to neomezeně nové diskursy [...]. Ale na druhé straně má komentář jen jednu roli, bez ohledu na techniku, které použijeme: chce totiž konečně vyslovit to, co bylo potichoučku vyjádřeno tam. Musí [...] vyslovit poprvé to, co už bylo nicméně řečeno, a neúnavně opakovat to, co přece ještě nikdy vyřčeno nebylo. Neomezené bublání komentářů je zevnitř zpracováváno snem maskovaného opakování: na jeho horizontu se možná nachází jen to, co bylo na jeho počátku, totiž jednoduché odříkávání. Komentář zažehňává nahodilost diskursu tím, že se na ní podílí, dovoluje sice říci jinou věc než samotný text, avšak za podmínky, že to bude právě tento text, který bude pronesen a jaksi završen. Otevřená mnohost, nahodilost jsou principem komentáře přeneseny od toho, co hrozilo, že bude řečeno, na počet, formu, masku, okolnost opakování. Nové nespočívá v tom, co je řečeno, nýbrž v události svého návratu.“ FOUCAULT, M. *Diskurs, autor, genealogie*. Praha: Svoboda, 1994, s. 15 an.

²¹ Asi nejčastěji uváděným příkladem této techniky ze středověké scholastické praxe v kontextu politické filozofie je příklad zásady *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*, tedy „co se týká všech, má být všemi schváleno“ z původního kontextu justiniánského *Codexu* (*Cod. Iust.* 5.95.5), kde je zásadou týkající se poručnictví více poručníků z římského soukromého práva. Tato zásada byla přenesena do práva kanonického, kde se stala nejprve zásadou práva korporátního, pak i zásadou práva veřejného. Odtud se pak opět „navrátí“, tentokrát jako „ústavněprávní“ zásada do práva světského. Viz TIERNEY, B. *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150–1650*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, s. 24 an.

²² DC 71-44, *Liberté d'association*.

liky z roku 1946, jež právě hovořila o těchto principech a dále o některých hospodářských a sociálních právech. Díky tomuto odkazu na preambuli ústavy si tak ústavní rada podstatně rozšířila možnosti právní argumentace do budoucna jak o argumentaci právními principy (kterou však používá v podstatě jen tehdy, nelze-li rozhodnutí opřít o zákonné či ústavní ustanovení²³), tak o argumentaci základními právy (přestože tvůrci ústavy páté republiky zřetelně nehodlali přiznat třeba Deklaraci práv člověka a občana status aplikovatelného ústavního práva).²⁴ Odkaz na preambuli ústavy však obsahovalo již rozhodnutí Ústavní rady z roku 1970²⁵ (ale toto použití preambule proběhlo bez povšimnutí), rovněž argumentace právními principy se již „připravovala“ dříve, když byla rada ještě chápána v podstatě jako „prodloužená ruka“ gaullistické exekutivy mající především za úkol omezovat legislativu,²⁶ a také Deklarace práv člověka a občana byla již dříve aplikována státní radou²⁷ i obecnými soudy. Prizmatem tohoto vývoje se tak „právní revoluce“ jeví jako kontinuita s předchozí judikaturou. Jiný příklad může nabídnout nizozemský nejvyšší soud ve svém rozhodnutí ve věci *Lindenbaum v. Cohen* z roku 1919, které je v literatuře zmiňováno jako zásadní rozhodnutí nejen proto, že soud zde opustil doslovný výklad tehdejšího občanského zákoníku (a založil tím vlastně povinnost náhrady škody způsobené nekalosoutěžním jednáním), ale i proto, že tímto rozhodnutím počíná dlouhá řada rozhodnutí majících nesporný vliv na formování nizozemské společnosti a tedy i politický význam.²⁸ I tento inovativní interpretační přístup měl však v judikatuře tohoto soudu své předchůdce (pokud jde o opouštění doslovného výkladu)²⁹ a z hlediska obsahu (založení práva nekalé soutěže) byl zřetelně inspirován názory nizozemského právníka Molengraaffa publikovanými již v roce 1887 (jehož názor přebírá soud téměř slovo od slova).³⁰ Ostatně i slavné rozhodnutí českého ústavního soudu ve věci *Melčák*³¹ chce ve své argumentaci působit tak, že jde vlastně jen o aplikaci předchozí judikatury soudu, případně tak, že jde o projev v podstatě středoevropského ústavního „trendu“.³²

Je myslím zřejmé, že použití takovéto techniky je vlastně typické pro právníkové uvažování jako takové (protože právníci v podstatě vždy hledají argumentaci pro rozhodování současných případů v již existujícím „skladišti“ předchozích textů podobně jako středověcí scholastikové) a má mnoho společného s technikou precedentu, chápaného však

²³ Tzv. Vedelova doktrína zmiňovaná v SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 80 an.

²⁴ Podle vyjádření Raymonda Janota, poradce prezidenta de Gaulla pro ústavní otázky, citovaného např. v LECLERCQ, C. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7. vydání. Paris: Litec, 1990, s. 524.

²⁵ DC 70-39, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*.

²⁶ K tomuto „připravování právní revoluce“ viz zejména FAVOREU, L. – GAIA, P. – GHEVONTIAN, R. – MESTRE, J.-L. – PFERSMANN, O. – ROUX, A. – SCAFFONI, G. *Droit constitutionnel*. 21. vydání. 2019, s. 332.

²⁷ Nejnámější případy, kdy státní rada aplikovala Deklaraci, jsou patrně rozhodnutí ve věcech *Barel* (CE, 28. května 1954, *Barel*, č. 28238, 28493, 28524, 30237, 30256) a *Condamine* (CE, 31. května 1957, *Condamine*, č. 26188, 26325). V prvním rozhodnutí tento správní tribunál aplikoval čl. 10 Deklarace o svobodě projevu tak, že *École normale d'administration* nesmí diskriminovat uchazeče o studium pro jejich politické názory, a to s odkazem na pátý odstavec preambule ústavy čtvrté republiky, který zakazoval diskriminaci – šlo tedy o nepřímou aplikaci Deklarace. K přímé aplikaci Deklarace (bez odkazu na jiným pramenům práva) došlo až v rozhodnutí ve věci *Condamine*.

²⁸ Viz typicky VAN KOPPEN, P. J. *The Dutch Supreme Court and Parliament: Political Decisionmaking versus Nonpolitical Appointments*. *Law and Society Review*. 1990, Vol. 24, No. 3, s. 745–780.

²⁹ *Ibidem*, s. 746.

³⁰ DE VREY, R. W. *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, s. 83 an.

³¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 27/09 publikovaný pod č. 318/2009 Sb.

³² K tomuto rozhodnutí v perspektivě podobných rozhodnutí jiných evropských ústavních soudů viz např. MADEJ, M. *Melčák nebo Melčáci? Ústavní soudy rušící ústavní zákony*. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 413–426.

nikoli ve svém úzkém technickém významu tak, jak se vyvinulo v anglickém právu,³³ ale ve významu co nejširším, kdy v podstatě každá věta použitá v předchozím soudním rozhodnutí má potenciál k opakování a reinterpetaci v budoucích rozhodnutích, nezávisle na rozlišování mezi *ratio decidendi* a *obiter dictum*.³⁴

Použití této techniky reinterpetace, která má vzbudit minimálně zdání toho, že „novinka“ jakožto zásadní krok soudcovské politiky zde byla přítomna již v minulosti, může být přítom jak záměrné, tak ve své podstatě nahodilé. Příklad, kdy si vysoký soud záměrně „připravuje půdu“ pro své budoucí zásadní rozhodnutí již nyní, nazval jeden ze soudců českého nejvyššího správního soudu, s nímž jsem hovořil, „časovanou minou“, která napoprvé „nevybuchne“, takže ostatní političtí aktéři mají dojem, že se v judikatuře soudu nic zásadního neděje. Naopak o nahodilé použití jde tehdy, když se nějaké minulé rozhodnutí ukáže jako zásadní teprve při zpětném pohledu na judikaturu soudu – to, co soud v minulosti rozhodl, nebylo v čase takového rozhodnutí chápáno ani soudem samotným jako významné, ale jako zásadně důležité se to ukáže teprve při budoucím rozhodování. Známým příkladem je rozhodnutí francouzského *Tribunal des conflits* ve věci *Blanco* z roku 1873, které začalo být chápáno jako jistý „základní kámen“ francouzského správního práva (protože jednak stanovuje kritérium pro kompetenci správních tribunálů vůči obecným soudům,³⁵ jednak umožnilo do budoucna státní radě vytvořit celé právo regulující právní odpovědnost veřejné správy nezávisle na ustanoveních francouzského občanského zákoníku³⁶) až tehdy, kdy ho na počátku 20. století „objevil“ vládní komisař státní rady Jean Romieu – do té doby toto rozhodnutí vlastně nebylo v judikatuře státní rady zmiňováno.³⁷ Podobně známým příkladem může být rozhodnutí britské sněmovny lordů ve věci *Donoghue v. Stevenson* z roku 1932, které je dnes považováno za zásadní krok pro založení doktríny *duty of care* v britském deliktním právu, přestože v době, kdy bylo vydáno, tak rozhodně nepůsobilo, dokud na něj nebylo navázáno později, především v rozhodnutích *Hedley Byrne v. Heller* v roce 1963 a *Home Office v. Dorset Yacht Co* v roce 1970.³⁸ Jestli je však nějaké rozhodnutí záměrnou „časovanou minou“, anebo zda jde „pouze“ o zpětnou reinterpetaci rozhodnutí ve světle pozdějších rozhodnutí, které na něj navazují, lze poznat jen velmi obtížně,³⁹ ale ve výsledku to vlastně ani není příliš důležité. Na první

³³ Viz typicky CROSS, R. – HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. vydání. Oxford: Clarendon Press, 1991.

³⁴ Takto svá předchozí rozhodnutí používají třeba Evropský soud pro lidská práva nebo Evropský soudní dvůr, když extenzivně citují ze svých předchozích případů, aniž by jejich rozhodnutí byly precedenty v technickém smyslu *common law*, jak o tom svědčí např. to, co o své (ne)vázanosti svými předchozími rozhodnutími sám strasbourský soud řekl typicky v rozhodnutí ve věci *Cossey* z roku 1990, které ale bylo změněno např. v rozhodnutí ve věci *Goodwinová* z roku 2002 (nejspíše proto, že soud „vyšel vstříc“ trendu společenské akceptace transsexuality). Od lucemburského soudu zase známe rozhodnutí ve věci *HAG II* (C-10/89 *CNL-Sucal v. HAG*) jako otevřenou změnu judikatury ustavené v rozhodnutí ve věci *HAG I*. (192/73 *Van Zuylen v. HAG*) (nejspíše v důsledku toho, že původní řešení bylo poněkud „drastické“).

³⁵ Viz např. ROUSSET, M. – ROUSSET, O. *Droit administratif II. Le contentieux administratif*. 2. vydání. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2004, s. 80 an.

³⁶ Viz např. ibidem, s. 141. V tomto ohledu navazuje rozhodnutí ve věci *Blanco* na již vydané rozhodnutí státní rady ve věci *Rotschild* z roku 1855 a potvrzuje, že v případě *service public* neexistuje obecná odpovědnost za škodu nezávislá na ustanovení zákona. Teprve rozhodnutí státní rady ve věci *Tomaso Grecco* z roku 1905 stanovilo tuto obecnou odpovědnost za škodu i pro *service public*.

³⁷ Viz např. ibidem, s. 80. Viz i článek BOSVIEUX-ONYEKWELU, Ch. Revenir sur une légende en sociologue: l'arrêt *Blanco* et le mythe de la «naissance» du droit administratif français. *Droit et Societé*. 2019, Vol. 101, No. 1, s. 159 an., dokládající dodnes probíhající diskusi o tom, zda je rozhodnutí ve věci *Blanco* opravdu „zakládacím aktem“ francouzského správního práva a pravomoci správních tribunálů, anebo zda jde pouze o mýtus, na jehož vytvoření se zásadně podílel vlivný vládní komisař Jean Romieu.

³⁸ Viz např. BUXTON, R. How the Common Law Gets Made: *Hedley Byrne* and Other Cautionary Tales. *Law Quarterly Review*. 2009, Vol. 125, No. 1, s. 60–78.

pohled v nahodilosti nemusíme vidět případ strategického chování vysokého soudu, ale musíme si také uvědomit, že „objevování“ staré judikatury již může rysy strategického jednání vykazovat – vybírat ze „skladiště“ textů ty, o něž soud opře své aktuální rozhodnutí, již může být strategickým počinem.

Kdyby vysoké soudy opravdu chtěly jednat vůči ostatním politickým aktérům strategicky a záměrně vytvářet „časované miny“, pak je pro ně nevhodnější používat tuto techniku reinterpretace tak, že nejdříve nashromáždí dostatek rozhodnutí, v nichž zavedou nové doktríny, principy či argumenty, ale nenechají je „plně rozvinout“ v tom smyslu, že v těchto rozhodnutích zároveň uvedou důvody, proč se tyto „novinky“ neuplatní, čímž minimalizují možnost „výbuchu časované miny“ hned při jejím vytvoření a tedy i možnost kritiky takové „novinky“ ze strany ostatních politických aktérů. Např. dnes slavné rozhodnutí německého ústavního soudu ve věci *Elfes* z roku 1957⁴⁰ podstatně rozšířilo pravomoc tohoto soudu díky inovativní interpretaci čl. 2 základního zákona, která z něj udělala záruku obecné svobody jednání (*allgemeine Handlungsfreiheit*). Protože však rozhodnutí nevyhovělo stěžovateli, tedy bývalému politikovi CDU Elfesovi a ten nezískal svůj cestovní pas (neboť nevydání pasu a tím i omezení jeho svobody pohybu bylo podle soudu opodstatněno tím, že jako představitel mírového hnutí podporovaného částečně z NDR představoval bezpečnostní hrozbu), nikdo z politických aktérů si v době vydání rozhodnutí neuvědomil (na rozdíl od německých konstitucionalistů), že inovativní interpretace čl. 2 základního zákona představuje zásadní krok jednak k rozšíření kompetence soudu rozhodovat i o právech, která nejsou výslovně zmiňována v katalogu základních práv základního zákona, jednak k tomu, že jakákoli omezení takovéto obecné svobody jednání budou muset mít zákonný podklad, což do budoucna omezí manévrovací prostor státu.⁴¹ Další příklady můžeme najít v rozhodnutích Evropského soudního dvora, kdy *Van Gend en Loos*,⁴² *ERTA*⁴³ či *Francovich*⁴⁴ jsou slavnými rozhodnutími nikoli proto, že okamžitě způsobily nějakou změnu, ale tím, že zavedly nové doktríny práva EU, které se však v těchto rozhodnutích z různých důvodů ještě neaplikovaly: Připomeňme si, že v rozhodnutí ve věci *Van Gend en Loos* je popřen přímý účinek ustanovení, o něž jde, ale doktrína přímého účinku je ustavena; v rozhodnutí ve věci *ERTA* se najde procesní překážka, která nedovolí uplatnit právě vytvořenou doktrínu o kompetencích ES k uzavírání mezinárodních smluv a o nevyčerpávajícím výčtu právních aktů ES; v rozhodnutí ve věci *Francovich* se vytýčí princip náhrady škody za porušení práva ES státem vůči osobě, ale nerozhodne se o výši odškodnění, která se později ukáže jako nulová. Vůbec netvrdím, že německý ústavní soud či Evropský soudní dvůr zcela jistě postupovaly při vytváření své judikatury strategicky vytvářením „časovaných min“, ale poukazují pouze na to, že takovýto postup by byl vhodný, pokud by soud strategicky postupovat chtěl.

³⁹ Jedinou možností, která mne napadá, je informace přímo od soudců, kteří ono zásadní rozhodnutí vydali (pokud můžeme věřit v jejich upřímnost) – např. v případě výše zmiňovaného rozhodnutí francouzské ústavní rady č. DC 70-39 existuje svědectví člena rady François Luchaira, že si již v případě tohoto rozhodnutí uvědomoval jeho „revoluční“ potenciál, který byl naplno zřejmý až z rozhodnutí č. DC 71-44. Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 292.

⁴⁰ BVerfGE 6 32.

⁴¹ K rozhodnutí ve věci *Elfes* a jeho přijetí viz např. COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 49 an., nebo LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011, s. 50 an.

⁴² Věc 26/62 N. V. *Algemene Transport-en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v Netherlands Fiscal Administration*.

⁴³ Věc 22/70 *Komise v Rada*.

⁴⁴ Spojené věci C-6 a 9/90 *Francovich a Bonifaci a spol. v Itálie*.

Ze strategického hlediska je také vhodné vytvářet „novinky“ při rozhodování případů, jejichž meritum věci je spíše nevýznamné. Každý, kdo trochu podrobněji studoval třeba judikaturu Evropského soudního dvora, ostatně ví, že ve slavné věci *Costa*⁴⁵ šlo o zaplacení účtu za elektřinu, jehož výše byla zanedbatelná, a ve věci *Stauder*⁴⁶ šlo o kupóny na levné máslo, a přesto jde o zásadní rozhodnutí ustavující „pilíře“ doktrín dnešního unijního práva.⁴⁷ Tato možnost je samozřejmě otevřena jen těm vysokým soudům, které mají za základ rozhodnutí v konkrétním případě (typicky u ústavních soudů rozhodujících o ústavních stížnostech), nikoli těm soudům, které řeší především abstraktní právní problémy nezávislé na konkrétním případě, typicky soulad přijatého návrhu zákona s ústavou, jak to dlouho dělala francouzská ústavní rada (před zavedením možnosti QPC v roce 2008).

Z výše řečeného je patrné, že k tomu, aby soud mohl používat techniku reinterpretační či „pootáčení“ judikatury, potřebuje mít „za sebou“ dostatečnou „masu“ již vytvořených rozhodnutí, dostatečně velké „skladiště“ textů, z něhož může vybírat argumenty a používat je v nových kontextech. Pokud tomu tak není, jednou z možností je předstírat, že takové texty již v minulosti soud vytvořil. Takovéto „falšování“ své vlastní minulosti nebude časté tehdy, když je minulá judikatura soudu veřejná a dobře dostupná. Pokud tomu tak ale někdy nebylo, typicky tehdy, když se soudní rozhodnutí zveřejňovala sporadicky formou soukromého sepsání práva, „falšování“ vlastní minulosti se vlastně meze nekladly. Dobrým příkladem může být slavné rozhodnutí ve věci doktora *Bonhama* z roku 1610,⁴⁸ které dodnes zejména američtí autoři považují za základ *judicial review* v angloamerickém právu.⁴⁹ V tomto rozhodnutí totiž slavný soudce Edward Coke dovedl, že soudy *common law* mohou kontrolovat parlamentní zákony a že je mohou prohlásit nicotnými („*the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes will adjudge them to be utterly void*“) a to v případě, že jsou proti „*common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed*“.⁵⁰ Zajímavé na tomto Cokeově rozhodnutí je to, že samotný rukopis rozhodnutí z roku 1610 tento argument neobsahuje, ale Coke jej tam doplnil až později, když vydával své *Reports* (mezi léty 1600 až 1615), nejspíše proto, že chtěl zdůraznit nikoli pouze to, že nikdo nemůže být soudcem ve vlastní věci (což se v Bonhamově případě stalo), ale i veřejnoprávní či ústavní „rozměr“ celé kauzy.⁵¹ Díky tomu bylo toto rozhodnutí považováno za základ pro soudní přezkum parlamentních zákonů již Cokeo-

⁴⁵ Věc 6/64 *Costa v ENEL*.

⁴⁶ Věc 26/69 *Stauder v město Ulm*.

⁴⁷ Někdo by mohl říci, že před Evropským soudním dvorem nebylo „malých případů“, protože vzhledem k tomu, že jeho pravomoc byla do velké míry závislá na tom, zda soudy členských států podají předběžnou otázku či nikoli, tento soud „bral za vděk“ jakoukoli příležitost k tomu, aby ustavil základní doktríny práva ES a zajistil tak, že právo ES bude členskými státy dodržováno (typicky v době, kdy ještě neexistovalo řízení o porušení zakládajících smluv členským státem). Příznivý postoj soudu k „malým případům“ navíc mohl ukazovat, jak se soud „stará“ o práva „obyčejných lidí“ (důchodce Staudera nebo dělníka Francoviche), i když z dlouhodobého hlediska může být realita jiná: Jak na to upozorňoval třeba Stephen Weatherill, většina stran žádajících po státu odškodnění za porušení práva EU rozhodně nebyli „obyčejní lidé“, ale bohaté korporace – viz WEATHERILL, S. *Law and Values in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 190.

⁴⁸ Lékař dr. Bonham byl žalován *Royal College of Physicians* za to, že praktikuje medicínu, aniž požádal tento „cech“ o povolení. Samotná *college* pak dr. Bonhama odsoudila k zaplacení pokuty deseti liber, na což měla zákonnou pravomoc, přičemž polovina této pokuty měla být odvedena *college* samotné. Toto rozhodnutí pak dr. Bonham napadl o *Court of Common Pleas*.

⁴⁹ Viz např. Berger, který argumentuje rozhodnutími ve věcech *Bonham*, *Savadge* z roku 1614 a *Wood* z roku 1702, aby ukázal, že existuje linie anglických precedentů, která umožňuje *judicial review*, a to až do americké revoluce. BERGER, R. *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?* *University of Pennsylvania Law Review*. 1969, Vol. 117, No. 4, s. 521 an.

⁵⁰ *Dr. Bonham v. College of Physicians and Others*, 77 *Eng. Rep.* 1378–1865, s. 652.

⁵¹ Viz GRAY, Ch. M. *Bonham's Case Reviewed. Proceedings of the American Philosophical Society*. 1972, Vol. 116, No. 1, s. 35–58.

vými soudci, jak o tom svědčí typicky dvě rozhodnutí Henryho Hobarta (Cokeova nástupce na *Court of Common Pleas*) ve věcech *Day v. Savadge* z roku 1614 a *Lord Sheffield v. Ratcliffe* z roku 1615,⁵² než se celá myšlenka soudního přezkumu zákonů stala ve druhé polovině 17. století dosti nepopulární, mj. i proto, že byla využita roku 1686 v rozhodnutí *Privy Council* ve věci *Godden v. Hales* (podle něhož může král pozastavovat výkon zákonů, protože je to v souladu s jeho prerogativou), což byla jedna z mnoha příčin Slavné revoluce roku 1688. Kvůli tomu myšlenka *judicial review* z anglického práva postupně mizí⁵³ a místo ní se postupně prosazuje myšlenka suverenity parlamentu. Příkladem z dnešní doby může být třeba používání argumentů, které se sice v minulém rozhodnutí objevily, ale nikoli jako argument většiny soudců daného soudu, nýbrž jako argument přehlasované menšiny, jež je znám z publikovaného menšinového stanoviska. Zde samozřejmě o „falšování“ minulosti nejde, pokud soud otevřeně vysvětlí, proč se nyní přiklání k dříve menšinovému stanovisku, což však nebývá vždy zřejmé.⁵⁴

Uvědomme si také, že technika reinterpretační či „pootáčení“ judikatury je nezávislá na tom, zda soud za základ své argumentace považuje nějaký text právního předpisu (byť velmi obecný jako je třeba ústava), anebo jsou základem argumentace právní principy, které pro daný případ vyvažuje pomocí proporcionality (tak, jak si to představuje typicky Alexy). O právních principech zde mluvím zvláště proto, že pro někoho může argumentace právními principy znamenat dokonce synonymum soudcovské politiky vůbec, protože zde soud „vykračuje mimo“ interpretaci textů právních předpisů, které vytvořil zákonodárce. Zde se nechci připojovat k těm, kteří dosti zjednodušeně chápou používání právních principů jako „otevřené dveře“ pro soudcovskou svévoli (byť se někdy může zdát, že právní principy se používají i tam, kde by bylo možné snadno aplikovat ustanovení právních předpisů). Ani se nechci pouštět (na rozdíl od předchozích odstavců) do rozborů případů, v nichž se právní principy používají. Chtěl bych místo toho upozornit pouze na dvě věci: Za prvé, za „otevřené dveře“ soudcovské svévoli naopak může být velmi dobře považována argumentace používající „klasické“ interpretační metody zákonného textu, protože když jednou soud interpretuje text pomocí *a contrario* a podruhé tentýž text pomocí analogie či *a fortiori*, aniž by odůvodnil, proč ve druhém případě postupoval jinak než v prvním, stává se svévolným.⁵⁵ Za druhé, v případě argumentace právními principy se soudcovské rozhodování přenáší v podstatě do morální roviny, protože skutečné právní

⁵² Byť v prvním případě Hobart zmiňuje možnost soudu přezkoumávat zákony parlamentu pouze *obiter* a ve druhém případě (opět *obiter dictum*), upozorňuje na to, že zákony parlamentu musí být interpretovány v souladu s *right reason*, takže o nerespektování zákonů nehovoří. V obou případech přitom šlo o aplikaci zásady *nemo iudex in causa sua*, takže je patrné, že Hobart interpretoval Cokeův precedens striktně (jak bývá ostatně v *common law* zvykem).

⁵³ Jak přehledově ukazuje třeba Luc Heuschling, který zmiňuje na podporu svého tvrzení mnohá soudní rozhodnutí z 18. století. Viz HEUSCHLING, L. *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002, s. 202 an.

⁵⁴ Příkladem možná může být bod 64 nálezu českého ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 55/10, v němž soudkyně zpravodajka cituje své vlastní menšinové stanovisko k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/07.

⁵⁵ Příkladem by možná mohlo být rozhodování československého prvorepublikového nejvyššího správního soudu o otázce, zda stejná práva na užívání svého menšinového jazyka mají dle § 2 ústavního jazykového zákona č. 122/1920 Sb. z. a n. i cizinci: Zatímco ve svém rozhodnutí č. 966 Boh. A z roku 1921, v němž tento soud jazyková práva pro cizince uznal, argumentoval gramatickým výkladem § 2, úmyslem vlády (známým z neuveřejněného vládního návrhu jazykového zákona) a § 33 obecného občanského zákoníku (který stanovil, že cizinci mají stejná občanská práva a povinnosti jako tuzemci, není-li výslovně stanoveno jinak), v nálezu č. 12675 Boh. A z roku 1936 argumentoval soud ve prospěch opačného názoru tak, že gramatický výklad § 2 je nejistý (přestože soud třeba v nálezu č. 1968 Boh. A z roku 1923 tvrdil naopak, že jistý je), úmysl vlády je irrelevantní (protože nebyl zveřejněn), jazykový zákon je vzhledem k § 33 občanského zákoníku *lex posterior* a systematický výklad naopak přikazuje brát v úvahu § 129 ústavní listiny z roku 1920 a znění tzv. St. Germánské menšinové smlouvy (vyhrazující práva na užívání menšinového jazyka státním občanům, z čehož soud *a contrario* dovodil, že pouze jim).

principy (jako princip rovnosti, právní jistoty, ochrany legitimních očekávání apod.) mají vždy nakonec morální rozměr (jak na to upozorňoval třeba již Dworkin).⁵⁶ Pokud má tedy právní princip morální základ⁵⁷ (a soud se tak jeho používáním stává představitelem hodnotové jurisprudence), vyvažování mezi konfliktními principy (pomocí proporcionality) v kombinaci s respektem k předchozím rozhodnutím soudu, které také vyvažovaly principy, by mělo v podstatě zajistit, že svévolie je nakonec v dlouhodobé perspektivě úplně vytlačena, protože s každým dalším použitím proporcionality se snižuje „rozhodovací prostor“ soudu do budoucna (pokud svá předchozí vyvažující rozhodnutí respektuje) a z principů se nakonec stanou pravidla.⁵⁸ Rozhodování podle morálně ukotvených právních principů má však jedno zásadní úskalí: Zdá se, že potom se právní uvažování redukuje na morální, což nemusí být nutně dobré, podobně jako redukce „nepolapitelné“ *politics* na jinou expertní činnost, jak o ní bylo pojednáno výše.⁵⁹

Další technika, která umožňuje vysokému soudu vytvořit nějakou novou doktrínu či argument, se již nutně nesnaží o to, aby „novinka“ minimálně působila jako reinterpretace či „pootáčení“ stávající judikatury, anebo aby nebyla aktuálně použita. Naopak spočívá v tom, že nová doktrína je vytvořena otevřeně a je také aktuálně použita (čímž se vysoký soud stává otevřeně „pozitivním zákonodárcem“), ale současně se stanoví výjimky z této doktríny, které umožňují, aby se nepoužila – kreativní novost soudního rozhodnutí je tedy „vyvážena“ tím, že za určitých okolností může zůstat „vše při starém“. Navíc si vysoký soud při takovém vytváření práva zachovává flexibilitu, protože je to přece on, kdo bude do budoucna rozhodovat o tom, kdy se použije doktrína a kdy se naopak použije výjimka. Hezký příklad může představovat série rozhodnutí Evropského soudního dvora v případech týkajících se protiprávních omezení majících rovnocenný účinek jako kvóty v kontextu volného pohybu zboží (jakožto základního „pilíře“ vnitřního trhu).⁶⁰ Tak v rozhodnutí ve věci *Dassonville* z roku 1974⁶¹ soud nejdříve interpretoval pojem takových zakázaných

⁵⁶ To samozřejmě neznamená, že cokoli vysoký soud nazve právním principem skutečně takovým morálně „založeným“ principem je – např. kdysi jsem analyzoval všechna rozhodnutí Evropského soudního dvora vydaná za rok 1998, v nichž se slovo „princip“ vyskytovalo v cca sedmdesáti procentech případů. Tyto výskyty slova „princip“ jsem roztřídil do třinácti kategorií, z nichž pouze jedna představovala právní principy v tom smyslu, v jakém je zde používám – viz ŠEJVL, M. Principy v rozhodování Evropského soudního dvora. *Právní obzor*. 2003, roč. 86, č. 4, s. 377–385.

⁵⁷ Něko by s tímto předpokladem mohl nesouhlasit a argumentovat třeba morální indiferentností některých právních principů. Takový argument by byl však založen na tom, jaké pojetí morálky zvolíme (např. Kant chápe morální jednání jako jednání založené na povinnosti, křesťané se zase opírají o lásku k bližnímu, někdo jiný chápe za morální jakékoli jednání, které bere ohled na ostatní morální aktéry apod.) Na takovou argumentaci by se však dalo zareagovat otázkou, jaký jiný základ (ospravedlnění) by měly právní principy mít než morální, když nejsou produktem ani společenské praxe (jako právní obyčeje), ani institucionální praxe (jako právní předpisy, mezinárodní smlouvy či soudní precedenty)?

⁵⁸ Možná podobně, jako si představuje používání proporcionality Kai Möller: Na „počátku“ je vše dovoleno (třeba i vražda), aby postupně pomocí vyvažování v konfliktních situacích došlo k vytvoření pravidel, která jsou vlastně nezávisle na nějakém zákonodárci. Viz MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁵⁹ Nemusíme hned hovořit o schmittovské „tyranii hodnot“, aby bylo zřejmé, jak velkým praktickým problémem může být třeba vztah mezi morálkou a politikou v kontextu soudního rozhodování – máme třeba známé rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Sejdić a Finci v. Bosna a Hercegovina* z roku 2009 chápat jako vítězství principu rovnosti (a tedy i morální hodnoty), anebo jako necitlivost k ústavnímu uspořádání schválenému mezinárodním společenstvím prostřednictvím Daytonské dohody (které opravdu diskriminuje židy či Romy), když toto uspořádání je nejspíše maximem kompromisu, kterého bylo možné dosáhnout po poměrně krvavé občanské válce? Když zvolíme druhou možnost (třeba s myšlenkou na to, kolik nespravedlností či nemorálností stálo v dějinách vybudování národních států třeba typu Francie), nestane se pro nás morálka nakonec vlastně pouze konvenční záležitostí a produktem dějinného vývoje, což je přesně postoj, proti němuž etikové vždy vystupovali?

⁶⁰ Podrobně o celé sérii těchto případů viz např. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*. 5. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 637–668, nebo CHALMERS, D. – HADJIIEMMANUIL, Ch. – MONTI, G. – TOMKINS, A. *European Union Law. Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press 2006, s. 661–695.

⁶¹ Věc 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville*.

omezení velmi široce (opatření, která přímo či nepřímo, aktuálně či potenciálně mohou ohrožovat volný pohyb zboží), ale zároveň připustil, že členské státy mohou nadále aplikovat „rozumná opatření“, která nebudou ve svém výsledku diskriminační. V rozhodnutí ve věci *Cassis de Dijon* z roku 1979⁶² znovu rozšířil pojem takových protiprávních omezení o vnitrostátní pravidla, která nejsou diskriminační, ale zároveň stanovil první výjimku, že protiprávní taková pravidla nejsou, „pokud taková ustanovení jsou shledána jako nezbytná pro splnění oprávněných požadavků vyplývajících zejména z nutnosti efektivního fiskálního dohledu, ochrany veřejného zdraví, poctivých obchodních transakcí a ochrany spotřebitele,“ a také druhou výjimku, kterou představují tzv. kategorické požadavky (*mandatory requirements*), pokud jsou vhodné a proporcionální svému účelu, nediskriminují a nezasahují do oblastí, která již byla harmonizována na úrovni ES jako celku. Protože se pak v průběhu času ukázalo, že takto široce formulovaný zákaz (byť s výjimkami) je zřejmě široký až příliš, soud znovu ve věci *Keck*⁶³ reformuloval to, která omezení jsou zakázána tak, že rozlišil mezi omezeními spojenými s užíváním výrobku (která jsou nadále zakázána) a omezeními spojenými se způsoby prodeje výrobku (*selling arrangements*), které nadále podle rozhodnutí ve věci *Keck* zakázány nebudou. Tato „dělicí čára“ byla dostatečně jasná, i když z hlediska dopadu na obchod uvnitř vnitřního trhu není mezi těmito dvěma omezeními velký rozdíl.⁶⁴ Později však soud toto rozlišování sám zpochybnil a možná se vydal tím směrem, že zakázána budou omezení vstupu na trh (*market access*).⁶⁵ Pro naše účely není důležité zkoumat všechny detaily této značně „technické“ judikatury – zajímavé naopak je, že výsledkem takového „zastřelování na cíl“ či „metody pokus-omyl“ je v podstatě soudem otevřeně vytvořená právní úprava, které má relativně složitou strukturu, v níž se stanovení širokých zákazů kombinuje s různými výjimkami, či dokonce výjimkami z výjimek. Důležitost takovýchto kauz pro soudcovskou politiku spočívá v tom, že soud si na jedné straně zachovává flexibilitu ve svém rozhodování a na druhé straně vždy ostatním aktérům (v tomto případě členským státům) „nabízí cestu“, jak stále provádět nějakou „rozumnou“ regulaci problému (v tomto případě regulaci toho, které zboží nebude vpuštěno na trh členského státu). Nevýhodou takového přístupu je samozřejmě to, že (často podobně jako legislativa) může být taková soudcovská tvorba práva nejasná co do svých výsledků (v tomto případě se neví, zda způsoby prodeje spadají nadále do výjimky ze zakázaných omezení, nebo byly nahrazeny požadavky přístupu na trh) a otevřená budoucím (někdy nečekaným) změnám judikatury. Soud zkrátka někdy přestává být „bezpečným přístavem“ stability, když jím vytvořená práva není nutně lepší než to zákonodárcovo.

Při používání výše popsaných technik soudcovské politiky je na místě upozornit na možná zajímavou souvislost s pojmem *prudentia*, s nímž pracoval Aristotelés (*fronésis*)⁶⁶ a jeho pozdější středověcí interpreti jako Akvinský. Když se totiž podíváme do Akvinského

⁶² Věc 120/78 *Rewe-Zentral v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁶³ Věci C-267 a C-268/91 *Trestní řízení proti B. Keck a D. Mithouard*.

⁶⁴ Viz např. CHALMERS, D. – HADJIEMMANUIL, Ch. – MONTI, G. – TOMKINS, A. *European Union Law. Text and Materials*, 685 an.

⁶⁵ Např. ve věcech C-189/95 *Trestní řízení proti Harry Franzénovi*, C-110/05 *Komise v Itálie* z roku 2009 a C-142/05 *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos*. K otázkám, jak se lucemburský soud staví k omezením vstupu na trh, viz např. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*, s. 665 an. nebo CHALMERS, D. – HADJIEMMANUIL, Ch. – MONTI, G. – TOMKINS, A. *European Union Law. Text and Materials*, s. 690 an.

⁶⁶ *Etika Níkomachova*, VI, 5, 1140a, 25 an.

Teologické sumy, vidíme, že užívání této ctnosti souvisí s pamětí, zkušeností,⁶⁷ výchovou,⁶⁸ ochotou nechat si poradit (*eubolia*),⁶⁹ uměním aplikovat obecná pravidla jednání, která byla vytvořena pro jedny situace, na situace podobné (*synesis*),⁷⁰ ale i s uměním neaplikovat je, a tedy z nich učinit výjimky (*gnome*), což prozrazuje určitou „bystrost“ úsudku (*perspicacitas iudicii*).⁷¹ Zatímco pro Akvinského v kontextu jeho právního uvažování (které je zase specifickým případem praktické racionality) hraje *prudentia* zásadní roli při odvozování konkrétnějších pravidel ze čtyř nejobecnějších pravidel přirozeného zákona,⁷² v kontextu uplatňování soudcovské politiky vidíme, že všechny prvky či složky této ctnosti jsou přítomny ve všech výše představených technikách – když soud odkazuje na svou předchozí judikaturu, pak aplikuje svou vlastní zkušenost a paměť; jeho pozice jakožto expertního „fóra“ je dána právníkovou výchovou soudců; reinterpretace či „pootáčení“ judikatury může být příkladem *synesis*; *eubolia* by mohla odpovídat soudcovské ochotě inspirovat se při tvoření práva názory jiných soudů (jak se to typicky ukazuje v používání komparatistických argumentů soudy⁷³) či právní vědou; stanovování doktrín (ve formě obecných pravidel) a výjimek z nich je zase příkladem *gnome*. Možná by se tak dalo říci, že při používání zde popisovaných technik je *prudentia* tou zásadní ctností, kterou musí soudy mít.⁷⁴ Uvědomme si také, že *prudentia* v oblasti praktické racionality v Akvinského pojetí (na rozdíl třeba od Kanta) nemůže dosáhnout stejné jistoty v usuzování jako teoretická racionality, neboť se zabývá nahodilými věcmi, mezi něž patří i lidské skutky.⁷⁵ Aplikováno analogicky na techniky soudcovské politiky to znamená, že žádné jisté „recepty“ na „úspěšnou“ (tedy dlouhodobě akceptovatelnou ostatními aktéry) soudcovskou politiku neexistují.

Zatímco techniky popsané v předchozích odstavcích souvisí přímo s charakterem práva jako diskursu otevřeného neustále novým a novým interpretacím (a jiným změnám), další technika souvisí s institucionálním postavením vysokých soudů, které jsou pravidelně vybaveny vlastně „pouze“ kasačními pravomocemi,⁷⁶ respektive pokud posuzují soulad právních předpisů s nějakým standardem (především ústavní soudy posuzující

⁶⁷ *Summa Theologiae* (ST), II-II, q. 49, a. 1. co.

⁶⁸ ST, II-II, q. 49, a. 3. co.

⁶⁹ ST, II-II, q. 51, a. 1. co.

⁷⁰ ST, II-II, q. 51, a. 3. co.

⁷¹ ST, II-II, q. 51, a. 4. co.

⁷² ST, II-II, q. 94.

⁷³ Viz např. JAKAB, A. – DYEYRE, A. – ITZCOVICH, G. (eds). *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

⁷⁴ Možná je vhodné upozornit, že zde představený pojem soudcovské *prudentia* je odlišný od pojmu *judicial prudence* (který je znám především v americkém prostředí), protože soudcovská *prudentia* je zde zmiňována v kontextu technik umožňujících soudcovskou právtvorbu, zatímco *judicial prudence* naopak úzce souvisí se soudcovským sebeomezením (*judicial self-restraint*) a soudcovským respektem k ostatním mocem ve státě (*judicial deference*).

⁷⁵ *Etika Nikomachova*, VI, 5, 1140b, a ST, I-II, q. 94, a. 4. co.

⁷⁶ Mohlo by se zdát, že kasace, při níž vysoký soud může pouze rozhodnutí potvrdit nebo zrušit pro rozpor s právem, aniž by sám mohl rozhodnout, je určitým minimálním soudním přezkumem. Vývoj kasace ve francouzském právu starého režimu (odkud tento institut pochází) však naopak ukazuje to, že kasace (uplatňovaná královskou radou) byla přímým důsledkem královny legislativní pravomoci – protože pouze autor zákona (král) může rozhodovat o tom, zda byl zákon porušen či nikoli, zrušení rozhodnutí *parlements* (soudních dvorů) pro rozpor se zákonem (manifestované zlomením pečeti na rozhodnutí) bylo cca od 15. století vyhrazeno pouze králi, respektive jeho radě, která tak ale činila pouze velmi výjimečně. V tomto smyslu jsou mnohé vysoké soudy (především ty ústavní), které působí jako „negativní zákonodárci“, vlastně následovníky královské rady, respektive toho jejího složení, v němž rada rozhodovala kasačně (tedy od roku 1661 tzv. soukromé státní rady). K tomuto vývoji kasace viz např. GODIN, X. La procédure de cassation au XVIIIème siècle. *Histoire, économie & société*. 2010, Vol. 29, No. 3, s. 19–36.

soulad právního předpisu s ústavou, ale nejen ony⁷⁷), mohou „pouze“ vyslovit soulad, či naopak nesoulad podle představy, že jsou pouze „negativními zákonodárci“. Mnohé ústavní soudy však rozšiřují svůj „rozhodovací prostor“ tím, že se snaží „uniknout“ této dichotomii („buď soulad, nebo nesoulad“) typicky pomocí techniky konformní interpretace, přičemž příklady nalezneme v doktrínách ústavně konformní interpretace německého,⁷⁸ českého,⁷⁹ španělského,⁸⁰ italského⁸¹ nebo belgického ústavního soudu⁸² či francouzské ústavní rady.⁸³ (Vskutku bychom asi nenalezli ústavní soud, který by nějakou variantu této techniky nepoužíval.) Na první pohled vypadá technika konformní interpretace jako postup, jímž lze „zachránit“ potenciálně protiústavní předpis, a tedy jako postup respektující demokratickou legitimitu zákonodárce. Tato technika ale také znamená (vedle *judicial deference*) i příležitost pro soud k rozvinutí jeho soudcovské politiky (tedy vlastně *judicial empowerment*) pomocí výše popsaných technik, takže (přijmeme-li fakt, že

⁷⁷ Dobrým příkladem by mohl být nizozemský nejvyšší soud. Čl. 120 nizozemské ústavy sice zakazuje soudům přezkoumávat, zda jsou zákony či mezinárodní smlouvy v souladu s ústavou, ale nejvyšší soud si tento svůj nedostatek kompetence „vynahrazuje“ právě přezkumem toho, zda jsou zákony v souladu s mezinárodními smlouvami, což dle čl. 93 a 94 ústavy činit může. Prominentní roli v tomto soudním přezkumu přitom hraje Evropská úmluva o lidských právech. K této nizozemské praxi viz např. UZMAN, J. – BARKHUYSEN, T. – VAN EMMERIJ, M. L. The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator? *Electronic Journal of Comparative Law*, 2010, Vol. 14, No. 3, s. 1–35. Bližší pohled zaměřený pouze na aplikaci Evropské úmluvy o lidských právech ukazuje, že soud se snaží spíše minimalizovat vliv judikatury strasbourského soudu tím, že interpretuje jeho rozhodnutí spíše úzce či „minimalisticky“ (podobně jako soudy belgické, německé či francouzské) – viz GERARDS, J. – FLEUREN, J. The Netherlands. In: GERARDS, J. – FLEUREN, J. (eds). *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-law*. Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia, 2014, zejména s. 242 an.

⁷⁸ Poprvé byla doktrína *Verfassungskonforme Auslegung* užita tímto soudem již v roce 1953 v rozhodnutí č. BVerfGE 2 266.

⁷⁹ Poprvé byla doktrína ústavně konformní interpretace užita v nálezu sp. zn. III. ÚS 189/95, pak poněkud zpochybněna v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/97 (když soud připustil, že když soudy odmítají interpretovat ustanovení ústavně konformně, není možné se na ně spoléhat, ale vhodnější je ustanovení zrušit, přestože existuje ústavně konformní interpretace – viz zejména odlišné stanovisko soudce Holländera kritizující tento postup), aby se k ní soud vrátil, obohatil ji o odkazy na čl. 90 a 95 české ústavy (z nichž prý podle soudu plyne požadavek ústavně konformní interpretace), rozšířil povinnost interpretovat ustanovení ústavně konformně i na jiné státní orgány než soudy (v nálezu sp. zn. IV. ÚS 202/99), aby se pak požadavek ústavně konformní interpretace naplno „zabydlel“ v judikatuře soudu a byl i obecnými soudy nakonec akceptován. Pro některé kritické poznámky k „rané“ judikatuře českého ústavního soudu o ústavně konformní interpretaci viz např. ŠEJVL, M. Několik poznámek k pojmu ústavně konformní interpretace v judikatuře Ústavního soudu. In: KLÍMA, K. (ed). *Závaznost rozhodování ústavních soudů*. Plzeň: ZČU v Plzni, 2004, s. 83–92.

⁸⁰ Viz např. zpráva španělského ústavního soudu pro dvanáctý kongres Konference evropských ústavních soudů v roce 2002 *Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, dostupná z: <<https://www.confueconstco.org/en/common/home.html>>, bod 41, s. 21.

⁸¹ Italský ústavní soud rozvinul dva typy svých rozhodnutí o ústavně konformní interpretaci (*sentenze interpretative*). Soud vydává *sentenze interpretative di rigetto*, pokud pouze jedna z interpretací zákonného ustanovení je v souladu s ústavou (a ostatní musí být obecnými soudy odmítnuty), a *sentenze interpretative di accoglimento*, pokud pouze jedna z interpretací zákonného ustanovení je protiústavní (a na obecných soudech je ponecháno, aby ustanovení interpretovaly jinak). Protože italské obecné soudy (zejména kasační soud) považují za svou výhradní pravomoc interpretovat zákony (zatímco ústavnímu soudu je zase vyhrazena interpretace ústavy), pokud existuje konstantní judikatura obecných soudů (zejména kasačního) o interpretaci určitého zákonného ustanovení, kterou později ústavní soud shledá za rozpornou s ústavou, považuje ústavní soud takovou praxi obecných soudů za živé právo (*diritto vivante*), nevydává interpretační rozsudek (protože jím by zasáhl do pravomoci obecných soudů), ale zákonné ustanovení zruší jako protiústavní. K těmto interpretačním rozhodnutím viz např. PEDERZOLI, P. *La Corte costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2008, s. 80 an., BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 84 an.

⁸² Asi nejznámějším příkladem praxe ústavně konformní interpretace belgického ústavního soudu je rozhodnutí č. 10/2001, *Vlaamse concentratie en anderen („Partijfinanciering“)* – viz DE VISSER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 294 an.

⁸³ Francouzská ústavní rada použila tzv. interpretační výhradu (*réserve d'interprétation*) hned ve svém prvním rozhodnutí o souladu s ústavou č. DC 59-2, kdy dotčené ustanovení nezrušila s výhradou, že bude interpretováno tak, jak stanovila. Praxe těchto výhrad začala být pravidelná od roku 1984 a na své předchozí výhrady rada sama odkazuje ve svých rozhodnutích od roku 2002 – viz např. SCHNAPPER, D. *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, s. 95 an., nebo FAVOREU, L. a kol. *Droit constitutionnel*. 21. vydání. Paris: Dalloz, 2019, s. 386 an.

rozdíl mezi interpretací práva a jeho tvořením je spíše plynulý) se vysoké soudy pomocí této techniky stávají i „pozitivním zákonodárcem“. Uvědomíme-li si tuto souvislost mezi technikou konformní interpretace a *judicial empowerment*, pak je zřejmé, že i jiné vysoké soudy než jen ty ústavní používají techniku konformní interpretace ke svému „posílení“, přičemž příkladem může být Evropský soudní dvůr, jenž stanovil povinnost vnitrostátních soudů interpretovat národní právo v souladu s právem EU,⁸⁴ nebo nizozemský nejvyšší soud požadující po nižších soudech, aby interpretovaly vnitrostátní právo konformně s mezinárodními smlouvami.⁸⁵

Technika ústavně konformní interpretace však nepředstavuje jediný způsob, kterým se ústavní soudy snaží „unikat“ výše představené dichotomii, přičemž dobrým příkladem může být italský ústavní soud, který používá následující rozhodnutí „manipulující“ s textem ústavně nekonformního zákona (*sentenze manipolative*): Velmi časté jsou *sentenze additive*, jimiž soud dodává do textu zákona ustanovení, která v něm z ústavního hlediska chybí, aby „zachránil“ ústavnost zákona; zvláštní „podskupinu“ pak představují *sentenze additive di principio*, jimiž soud zruší zákon jako protiústavní, ale zaváže zákonodárce, aby se při tvorbě nového (již ústavně konformního) zákona řídil určitými principy, které stanoví. *Sentenza ablativa* je zase rozhodnutí, které odebírá z textu zákona ustanovení, aby byla „zachráněna“ ústavnost zákona, a *sentenza sostitutiva* je rozhodnutí, kterým soud „vymění“ určité ustanovení za jiné, opět proto, aby byla zachována ústavnost zákona.⁸⁶ Jde tedy opět o techniku, kdy se vysoký soud stává „pozitivním zákonodárcem“.

Všechny výše uvedené techniky však „fungují“ pouze tehdy, když jsou jejich výsledky (ať již ve formě nových doktrín, nebo konformních interpretací) respektovány ostatními aktéry, zejména jinými soudy nebo zákonodárcem – jinak by totiž šlo o pouhý projev faktické moci vysokých soudů, nikoli o projev jejich epistemické autority, která je v podstatě závislá na uznání. Na ostatních soudech (buď na nižších soudech, nebo na jiných vysokých soudech téhož státu) totiž záleží, zda skutečně přijmou novou doktrínu, nebo budou nějaké ustanovení interpretovat podle „instrukcí“ soudu, který je k ústavně konformní interpretaci vyzval. Typickým příkladem je v tomto případě vztah ústavního soudu s nejvyšším soudem, protože ten zde většinou existoval dříve než ústavní soud, a tak si dlouhodobě vyvinul vlastní tradice, metody práce či doktríny – někdy se oba vysoké soudy snaží o vzájemný respekt ústící v jistou „harmonizaci“ jejich rozhodování (jako v případě francouzské ústavní rady a státní rady⁸⁷), jindy dojde k akceptaci rozhodnutí ústavního

⁸⁴ Nejdříve byla povinnost „eurokonformní“ interpretace stanovena v případě interpretace v souladu se směrnicí, která nemá přímý účinek – viz např. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*, s. 200 an. Později byla tato povinnost rozšířena i na interpretaci v souladu s ostatními akty EU (typicky akty bývalého tzv. „třetího pilíře“ EU v rozhodnutí ve věci č. C-105/03 *Trestní řízení proti Marii Pupino*), přičemž lucemburský soud je dosti „tvůrčí“ v tom, jak daleko taková konformní interpretace sahá – viz např. DE VISSER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, s. 305 an.

⁸⁵ Tento soud také začal používat tuto techniku ještě před tím, než se „odhodlal“ ke zrušení zákona pro soulad s mezinárodními smlouvami – viz např. VAN KOPPEN, P. J. *The Dutch Supreme Court and Parliament: Political Decisionmaking versus Nonpolitical Appointments*, s. 759.

⁸⁶ K těmto „manipulativním“ rozhodnutím viz např. PEDERZOLI, P. *La Corte costituzionale*, s. 85 an., BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 86 an.

⁸⁷ Např. Schnapperová informuje o tom, že ústavní rada většinou respektovala judikaturu státní rady nejen pro propracovanost doktrín tohoto správního soudu, ale i z toho důvodu, že mnoho členů ústavní rady přišlo na soud právě ze státní rady, mnoho bylo profesory veřejného práva, kteří znali velmi dobře judikaturu státní rady, a i generální sekretáři ústavní rady po celou dobu fungování tohoto soudu (s tříletou výjimkou) byli původně radové státní rady. Státní rada se naopak roku 1985 poprvé odhodlala změnit svou judikaturu (rozhodnutí CE, 20. prosince 1985, č. 31927), aby byla v souladu s názorem ústavní rady, a od konce roku 1989 cituje rozhodnutí ústavní rady ve svých rozhodnutích. Velkou výjimkou v jinak spíše „harmonickém soužití“ je roz-

soudu poměrně rychle a konflikty jsou zřídka (jako třeba v případě českého nejvyššího soudu⁸⁸ nebo německého nejvyššího soudu⁸⁹), někdy je vztah dlouhodobě napjatý (jako třeba v případě italského kasačního soudu⁹⁰) a jindy dojde ke skutečné „válce soudů“, kterou nepomůže „vyřešit“ ani zásah zákonodárce (jako třeba v případě španělského nejvyššího soudu⁹¹); podobné problémy s akceptací svých doktrín národními soudy ostatně řešil či řeší třeba i Evropský soudní dvůr,⁹² zatímco třeba vůči Evropskému soudu pro lidská práva národní soudy sice „nerevolují“, ale mnohdy se snaží spíše o „minimalistickou“ interpretaci rozhodnutí štrasburského soudu, aby byla jejich domácí judikatura co nejlépe zachována.⁹³ Institucionální uspořádání vztahů mezi ústavním soudem a nejvyššími soudy přitom hraje svou důležitou roli: Lze např. poukázat na to, že absence institutu

dílňý názor obou soudů na spojování rodin, které jsou polygamní (kdy je státní rada uznala v rozhodnutí CE, 11. července 1980, *Mme Montcho*, č. 16596, zatímco ústavní rada odmítla v rozhodnutí č. DC 93-325). Formálně však nejsou oba soudy navzájem vázány judikaturou toho druhého. Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 330 an.

- ⁸⁸ Připomeňme si třeba spory známé z počátku devadesátých let minulého století o výklad tzv. laustračního zákona (který byl dle názoru nejvyššího soudu retroaktivní), nebo spory o nabytí nemovitosti od nevlastníka na základě dobré víry v zápis do katastru nemovitosti (které skončily v roce 2016 tak, že nejvyšší soud nakonec uznal názor ústavního soudu). Viz ale i spor o náhradu škody státem za nemajetkovou újmu způsobenou nezákonným uvězněním, který se rozhořel po nálezů ústavního soudu sp. zn. I.ÚS 3438/11 a který byl částečně vyřešen nálezem sp. zn. Pl. ÚS-st. 39/14, kdy ústavní soud částečně uznal argumenty nejvyššího soudu.
- ⁸⁹ Připomeňme si, že německý nejvyšší soud se v padesátých letech minulého století pokoušel „narušit monopol“ ústavního soudu na výklad ústavy, nejdříve v otázce ústavnosti zákona vydaného v roce 1951 k provedení čl. 131 základního zákona, který se týkal správních úředníků z dob třetí říše (tzv. Gesetz 131). Velký senát nejvyššího soudu ve svém rozhodnutí 6 BGHZ 208 z roku 1952 otevřeně zpochybnil ústavnost tohoto zákona (opíraje se o argument, že správa je apolitická a nemění se bez ohledu na to, zda je vládá nacistická či ne), zatímco ústavní soud ve svém rozhodnutí ve věci *Beamtenverhältnisse* č. 3 BVerfGE 58 z roku 1953 potvrdil jeho soulad s ústavou (užívaje mnoho historických příkladů toho, jak za nacismu byla správa zpolitizována). První senát nejvyššího soudu nadále trval na svých argumentech, přičemž ho podpořily i ostatní vysoké německé soudy (s tím, že úkolem všech soudů je zkoumat ústavnost zákona). Na to reagoval ústavní soud v roce 1957 svým nálezem ve věci *Gestapo* č. 6 BVerfGE 132, v němž argumenty nejvyššího soudu popřel. Viz COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 29 an. Oproti tomu nejvyšší soud ve stejné době podpořil názor ústavního soudu (vyslovený v nálezů č. 3 BVerfGE 225 z roku 1953), že čl. 3 odst. 2 základního zákona stanoví rovnost mezi muži a ženami je přímo aplikovatelným právem, a to poté, kdy po konci března 1953 přestala platit (podle čl. 117 odst. 1 základního zákona) ustanovení občanského zákoníku stanovící nerovnost v manželských vztazích (ve prospěch manželky). Viz ibidem, s. 51 an.
- ⁹⁰ Pro napjatý vztah mezi italským ústavním soudem a kasačním soudem, který většinou nepřerůstá v otevřený konflikt díky tomu, že na jedné straně ústavní soud akceptuje, že jeho interpretační rozhodnutí nejsou závazná pro obecné soudy, ale působí silou přesvědčivosti, a nejvyšší soud zase akceptuje, že ústavní soud má monopol na výklad ústavy viz např. GARLICKI, L. *Constitutional Courts versus Supreme Courts. ICON. 2007, Vol. 5, No. 1, s. 54 an.* Vztah mezi italským ústavním soudem a obecnými soudy bývá ale charakterizován i jako „loajální kooperace“, která zásadněji konflikty vylučuje – viz BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 63 an.
- ⁹¹ Po počátečním klidném soužití obou vysokých soudů v osmdesátých letech minulého století (kdy si zejména ústavní tribunál teprve postupně budoval svou pozici mezi španělskými vysokými soudy), následovala konfrontace s nejvyšším soudem vyvolaná rozhodnutím ústavního soudu č. STC 7/1994 (které nejvyšší soud chápal jako zásah do své výhradní pravomoci interpretovat zákony), která pokračovala dalšími rozhodnutími, v nichž ústavní soud rušil rozhodnutí nejvyššího soudu v rámci rozhodování o ústavních stížnostech (*recurso de amparo*) (šlo především o rozhodnutí STC136/1999, STC 115/2000 a STC 186/2001), aby nakonec vyvrcholila rozhodnutím nejvyššího soudu z ledna 2004, které stanovilo občanskoprávní odpovědnost soudců ústavního soudu za jejich rozhodování. Krize vyvolala i změnu rozhodování o *amparo* v organickém zákoně o ústavním soudu č. 6/2007, přestože kontroverzi mezi oběma soudy nezažehala. Přehledově k tomuto vývoji viz RUFINO DO VALE, A. *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, s. 106 an., podrobně pak FERNANDÉZ SEGADO, F. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo III. La justicia constitucional en América Latina y en España*. Madrid: Dykinson, 2009, s. 805–889 (pro konfrontaci mezi oběma soudy) a s. 893–1052 (pro změny, které přinesl zákon č. 6/2007 a reakci ústavního soudu na ně).
- ⁹² Viz např. CRAIG, P. – DE BÜRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*, s. 268 an. pro obtížné přijímání doktríny o primátu práva EU národními soudy.
- ⁹³ Viz např. GERARDS, J. – FLEUREN, J. Comparative analysis. In: GERARDS, J. – FLEUREN, J. (eds). *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-law*, zejména s. 358 an.

ústavní stížnosti nejspíše vedla k tomu, že vztah mezi italským ústavním soudem a kasačním soudem se vyhrtl jen zřídka (když je ústavní soud závislý na podnětech obecných soudů pro své rozhodování a když má kasační soud vlastně „poslední slovo“ při rozhodování konkrétního případu), podobně jako je „harmonické soužití“ francouzské státní rady a ústavní rady, když byla role té druhé po dlouhou dobu omezena na abstraktní přezkum ústavnosti (a i po zavedení QPC fungují kasační soud a státní rada jako „filtry“ toho, co se dostane k ústavní radě). Naproti tomu přítomnost institutu ústavní stížnosti (*recurso de amparo*) nejspíše vedla k tomu, že španělský nejvyšší soud ostře reagoval na rozhodnutí ústavního soudu rušící jeho rozsudky. Argumentovat svou epistemickou autoritou mohou nejvyšší soudy stejně tak dobře jako ústavní soudy, takže ve „spor o poslední slovo“ se institucionální uspořádání vždy „hodí,“ minimálně stejně dobře jako poukaz na expertní roli.⁹⁴

Jde-li o vztahy se zákonodárcem, ty mohou být ještě „delikátnější“, vezmeme-li v úvahu, že zákonodárcova demokratická legitimita je jen obtížně zpochybnitelná (na rozdíl od epistemické autority, kterou se snaží disponovat vysoké soudy) a že zákonodárce může na rozhodnutí ústavního soudu, s nímž nesouhlasí, v zásadě reagovat změnou ústavy (kterou si pouze málokdy ústavní soud „dovolí“ nerespektovat), případně pomocí *court packing*, jak se to stalo třeba v Maďarsku,⁹⁵ nebo úplným „paralyzováním“ ústavního soudu, jak se to stalo třeba v současné Polsku nebo v prvorepublikovém Československu. Proto ty vysoké soudy, které přezkoumávají zákony, vyvinuly mnohé techniky, jak své konflikty se zákonodárcem minimalizovat: Typickým příkladem by mohlo být rozhodnutí o tom, že zákon je sice v souladu s ústavou, ale pouze dočasně, takže se zákonodárce vyzývá k vytvoření ústavně plně konformní úpravy (přičemž se mu někdy stanovují i lhůty, případně podrobnější „návod“, jak má vypadat ústavně konformní úprava), což bývá motivováno strategickými ohledy v tom smyslu, že kdyby byl zákon jako protiústavní zrušen, mělo by to horší důsledky (plynoucí z absence právní úpravy), než když zrušen není.⁹⁶ Stejnou roli může plnit i odložení vykonatelnosti nálezu českého ústavního soudu⁹⁷ nebo *sentenze di incostituzionalità differita* od italského ústavního soudu,⁹⁸ přičemž tam, kde předpisy výslovně stanovují, že odklad vykonatelnosti nelze provést (protože rozhodnutí

⁹⁴ Např. jeden soudce českého nejvyššího soudu při rozhovoru několikrát zdůraznil, že úkolem nejvyššího soudu je ochraňovat jednotu a systém práva, k čemuž jsou soudci vybaveni svými dlouhodobými specializacemi, zatímco soudci ústavního soudu někdy specializované agendě plně nerozumí, a tak mohou mít někdy tendenci k vykonání „individuální spravedlnosti za cenu nesystémových kroků“. Kdyby takto smýšlejících soudců na nejvyšším soudě bylo více, pak na ně rozhodování ústavního soudu vůbec nemusí působit jako opěnené o epistemickou autoritu a institucionální uspořádání (tedy možnost, že rozhodnutí nejvyššího soudu bude ústavním soudem změněno cestou rozhodování o ústavní stížnosti) je možná důležitějším faktorem ovlivňujícím vztah obou soudů. Oproti tomu lze poukázat na to, že v případě, že je rozhodnutí nejvyššího soudu zrušeno ústavním soudem, pak se nejvyšší soud nemusí beze zbytku „podřít“, ani zahajovat „válku soudů“ (jako ve Španělsku), ale snažit se o dialog s ústavním soudem, který může vést až ke změně v názoru ústavního soudu – viz judikatura obou soudů týkající náhrady nemajetkové újmy za nezákonné uvěznění zmiňovaná výše.

⁹⁵ Viz např. SZENTE, Z. – GÁRDOS-OROSZ, F. Judicial deference or political loyalty? The Hungarian Constitutional Court's role in tackling crisis situations. In: SZENTE, Z. – GÁRDOS-OROSZ, F. (eds). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*. London – New York: Routledge, 2018, s. 89–110.

⁹⁶ Tuto praxi známe od německého ústavního soudu, kdy byla poprvé použita roku 1955 při přezkumu tzv. saarského statutu v rozhodnutí č. BVerfGE 4, 157. Také italský ústavní soud používá tuto praxi, kdy jsou tato rozhodnutí známa jako *sentenze di costituzionalità provvisoria* – viz BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 87 an.

⁹⁷ Viz např. ŠIMÍČEK, V. Odklad vykonatelnosti nálezů Ústavního soudu v řízení o kontrole norem. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 7, s. 756–768, nebo KÜHN, Z. Intertemporální dopady zrušení právního předpisu Ústavním soudem. *Jurisprudence*. 2011, č. 4.

⁹⁸ Viz BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 87 an.

o neústavnosti je účinné ihned či v krátké lhůtě po publikaci rozhodnutí), se prostě s oficiální publikací rozhodnutí posečká, než zákonodárce vydá ústavně konformní úpravu.⁹⁹ Teprve když zákonodárce ústavně konformní zákonnou úpravu nevytvoří, přikročí se k vyslovení neústavnosti zákona a jeho zrušení s účinky *ex nunc* (jako např. v České republice, Polsku či Maďarsku) nebo s účinky *ex tunc* (jako např. v Německu, Belgii, Francii, Itálii či Španělsku). Podobnou techniku zná i francouzská ústavní rada: Doyen francouzských konstitucionalistů Georges Vedel mluvil o technice „malých kroků“, kterou má ústavní rada používat a jejíž *ratio* spočívá v tom, že parlament nemá být ústavní radou překvapován: Problematický parlamentem přijatý návrh zákona, jehož ústavnost rada posuzuje, má tedy být v prvním kroku prohlášen za neústavní především z procesních důvodů (nedostatky legislativního procesu mají být posuzovány velmi striktně), ale již v tomto rozhodnutí se má rada vyjádřit i k obsahu přijatého návrhu zákona, aby bylo parlamentu „signalizováno“, v čem by do budoucna mohl spočívat ústavní problém podobné úpravy, kterou by parlament v budoucnu přijal již korektním legislativním procesem. Teprve když parlament tuto „výstrahu“ ústavní rady neuposlechne, je na místě ve druhém kroku přikročit k přezkumu zákona z obsahových důvodů.¹⁰⁰ Někdy může ústavní soud dokonce přikročit k tomu, že konstatuje neústavnost zákona, aniž by ho rušil, jak je to známo z praxe třeba německého,¹⁰¹ italského¹⁰² či španělského ústavního soudu.¹⁰³ Použití takového postupu však nutně není pouze projevem *judicial deference* vůči zákonodárci, ale je spíše opět projevem toho, že by zrušení zákona přineslo více škody než užitku. Zejména ústavní soudy by zkrátka měly používat výše popsané techniky vůči zákonodárci velmi uvážlivě, což nás opět přivádí na začátek této části článku, kde byla popsána technika, pomocí níž musí jakékoli „novinky“ zavedené soudem minimálně působit jako pouhá aplikace již stávající judikatury.

Na závěr této části bych pouze připojil dvě poznámky týkající se role lidských práv v soudní politice, protože mnoho výše představených příkladů používání různých technik soudní politiky se týkalo právě lidských práv (s výjimkou rozhodnutí Evropského soudního dvora a nizozemského nejvyššího soudu). Proto si dovolím říci, že používání nových

⁹⁹ K této praxi, k níž se výjimečně uchyluje italský ústavní soud a v minulosti ji používal i španělský ústavní soud viz např. DE VIS-SER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, s. 320.

¹⁰⁰ Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 94 an.

¹⁰¹ Poprvé se tak stalo v roce 1970 v rozhodnutí č. BVerfGE 28, 227. Později byla možnost rozhodnout o neústavnosti zákona bez jeho zrušení zakotvena v novele zákona o ústavním soudu v sedmdesátých letech. Viz zpráva německého ústavního soudu pro patnáctý kongres Konference evropských ústavních soudů v roce 2011 *Constitutional Justice: Functions and Relationships with Other Public Bodies*, dostupná z: <<https://www.confueconstco.org/en/common/home.html>>, s. 13 an.

¹⁰² Tento soud totiž zná i *sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, při nichž se opět ponechává čas zákonodárci k tomu, aby přijal ústavně konformní zákon. Zajímavé však je, že někdy ani v situaci, kdy je zákonodárce nečinný, následuje po takovém rozhodnutí druhý krok v podobě zrušení zákona. K této poněkud zvláštní praxi (kdy ústavní soud projevuje snad až přemíru respektu k zákonodárci) viz např. DE VISSER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, s. 322. Na druhou stranu někdy italský ústavní soud zareaguje na nečinnost zákonodárce dosti rázně či odvážně – např. v říjnu 2018 přerušil řízení o ústavnosti ustanovení trestního zákona trestajícího účast na sebevraždě a ve svém rozhodnutí stanovil podmínky, za nichž by napomáhání k sebevraždě nemuselo být trestné (mj. když osoba, která chce sebevraždu spáchat, je nevy-léčitelně nemocná a velmi trpí), přičemž stanovil zákonodárci roční lhůtu k přijetí takové právní úpravy, která by tyto podmínky splňovala. Když byl zákonodárce nečinný, rozhodl v září 2019 italský ústavní soud, že i bez specifické zákonné úpravy není z podmínek zformulovaných v říjnu 2018 účast na sebevraždě trestná, protože jinak by úprava odporovala ústavě. Viz příspěvek FARAGUNA, P. „*Constitutional Paternalism*“ and the Inability to Legislate. *The Italian Constitutional Court's Decision on Assisted Suicide*. 26. září 2019. Dostupné z: <verfassungsblog.de>.

¹⁰³ Viz výše citovaná zpráva španělského ústavního soudu pro dvanáctý kongres Konference evropských ústavních soudů v roce 2002, bod. 19, s. 10 an.

doktrín vysokými soudy tehdy, když jde o zvětšování ochrany lidských práv, vede vlastně vždy k *judicial empowerment*, proti němuž se může politická reprezentace postavit jen velmi obtížně. Kdo by se ostatně stavěl proti lidským právům, která mnozí chápou jako práva přirozená? Je však také možné, že tato „poslední utopie“ (řeceno titulem známé Moynovy knihy) dnes postupně ztrácí své „kouzlo“: Zatímco ve výše uvedených příkladech šlo o lidská práva těch, na nichž politické reprezentaci záleželo (protože jsou voliči), dnes si, myslím, již nemůžeme být zcela jisti, zda stejný vstřícný postoj bude mít veřejnost či její politická reprezentace k lidským právům marginalizovaných osob, např. migrantů, cizinců nebo bezdomovců.¹⁰⁴ Lze si snad zaspekulovat, že na roli lidských práv v soudní politice možná v budoucnu naváže jiný standard, proti němuž v podstatě také nelze mnoho namítat, a sice ochrana životního prostředí.¹⁰⁵

Druhá poznámka o lidských právech se týká faktu, že vysoké soudy jsou navrženy často jako „negativní zákonodárci“, což se dobře hodí právě k ochraně těch lidských práv, která považujeme za negativní práva – soud prostě nějaké zásahy do lidských práv znemožňuje. Naopak tehdy, když se vysoký soud pouští do judikování o hospodářských a sociálních právech (která většinou mají charakter pozitivních práv), může narážet na větší „odpor“ ostatních politických aktérů, protože v případě pozitivních práv má zákonodárce poměrně širokou možnost volby, jak tato práva zajistí. To vede např. k tomu, že v judikování o pozitivních právech jsou aplikovány vůči zákonodárci mírnější „testy“ (viz typicky tzv. „test“ racionality oproti striktnějšímu „testu“ proporcionality u českého ústavního soudu), čímž se vysoký soud opět snaží o minimalizaci možných konfliktů se zákonodárcem.

3. Načasování technik soudní politiky

O některých časových aspektech různých technik soudní politiky bylo již částečně pojednáno výše, když jsem psal o tom, že čas soudní *policy* je spíše dlouhý, zatímco čas *politics* krátký, o nutnosti vytvořit dostatečně velké množství rozhodnutí jako jisté „skladiště“ textů, pomocí něhož lze tvořit nové argumenty a doktríny, o poskytování času zákonodárci, aby přijal ústavně konformní právní úpravu apod. Jestliže bylo výše pojednáno také o *prudentialii*, je nyní vhodné upozornit, že její důležitou složkou je i předvídatost čili

¹⁰⁴ Možná, že tato „nechut“ vůči lidským právům „těch druhých“ se již začíná odrážet i v některých rozhodnutích vysokých soudů – viz např. nedávné rozhodnutí maďarského ústavního soudu, jež používá argumentaci lidskou důstojností k tomu, aby obhájilo ústavnost kriminalizace bezdomovectví (viz následující příspěvky dostupné z: <verfassungsblog.de>: CHRONOWSKI, N. – HALMAL, G. *Human Dignity for Good Hungarians Only*. 11. června 2019, a KAZAI, V. Z. „No one has the right to be homeless [...]“. 13. června 2019), anebo možná i rozhodnutí českého ústavního soudu, které argumentuje svobodou projevu podnikatele (politického projevu, který je v souladu s oficiální politikou české vlády), aby obhájil diskriminaci (na základě politického názoru) cizinců při poskytování ubytovacích služeb (nálež sp. zn. II. ÚS 3212/18).

¹⁰⁵ Tuto spekulaci lze podložit dvěma aktuálními (a již proslavenými) rozhodnutími vysokých soudů, konkrétně rozhodnutím nizozemského nejvyššího soudu ve věci *Urgenda* (věc č. 19/00135 *De Staat der Nederlanden v. Stichting Urgenda* z 20. prosince 2019) a rozhodnutím francouzské ústavní rady ve věci *Union des industries de la protection des plantes* (věc č. 2019-823 QPC ze dne 31. ledna 2020). V první věci využila nadace *Urgenda* nizozemské úpravy *actio popularis* ve věcech životního prostředí k tomu, aby nejvyšší soud (poté, co tak již učinily okresní soud a odvolací soud) rozhodl, že nizozemský stát porušuje čl. 2 a 3 Evropské úmluvy o lidských právech, pokud neredukuje emise skleníkových plynů o 25 % v roce 2020. Lidskoprávní úmluva tedy byla použita k prosazení cílů ochrany klimatu. Ve druhém rozhodnutí ústavní rada poprvé přiznala ochraně životního prostředí a ochraně zdraví přednost před svobodou podnikání tím, že potvrdila ústavnost zákona (tzv. zákon *Egalim* z roku 2018) zakazujícího nejen použití fytofarmaceutických výrobků (především hnojiv) zakázaných v EU (na tom by nebylo nic zvláštního), ale i výrobu těchto látek (které nebyly určeny pro použití v EU, ale vyvezeny do třetích zemí, především afrických). Ochrana životního prostředí a zdraví tedy byla použita k omezení základního práva na podnikání.

„citlivost“ k tomu, jaké důsledky budou mít naše činy v budoucnu.¹⁰⁶ V kontextu soudcovské politiky se důležitost předvídatosti ukazuje v tom, že použití výše popsanych či alespoň nastíněných technik je vhodné dobře načasovat.

Dle mého názoru v zásadě platí, že zásadní rozhodnutí by vysoký soud neměl provádět brzy po svém vzniku, ale až poté, co je jeho role dostatečně etablována uvnitř institucionálních vztahů s ostatními politickými aktéry. Instruktivní příklad neúspěchu příliš „unáhleného nástupu“ může představovat osud prvorepublikového československého ústavního soudu.¹⁰⁷ Za prvé bylo slabé jeho institucionální postavení, ať již jde o jeho složení (protože neměl stálé členy, kteří by se snadněji ztotožnili s novou institucí), pravomoci (chyběla typicky kompetence k projednávání ústavních stížností, která by mu umožnila rozvinout judikaturu o základních právech, a řízení o abstraktní kontrole ústavnosti bylo omezeno tříletou lhůtou od publikace přezkoumávaného zákona), či „incentivy“ k podávání návrhů k ústavnímu soudu (političtí aktéři nepodávali návrhy ústavnímu soudu vůbec, ostatní vysoké soudy vlastně tak učinily až v roce 1936 a 1937).¹⁰⁸ Jedinou pravomocí, kterou tak od svého počátku vlastně mohl vykonávat, byl přezkum opatření tzv. Stálého výboru Národního shromáždění, protože tento přezkum byl obligatorní a nezávisel na návrhu od jiného orgánu. Hned ve svém prvním nálezu z listopadu 1922 o opatření ve věci inkorporace Vitorazska a Valčicka¹⁰⁹ sice ústavní soud potvrdil ústavnost tohoto opatření (i když nejtěsnějším poměrem hlasů čtyři ku třem), ale vyslovil v něm právní názor naznačující, že zákonodárny sbor nemůže delegovat na vládu vydání nařízení ve věcech, k nimž by jinak bylo třeba vydání zákona.¹¹⁰ To pochopitelně vládu zneklidnilo, protože ta zejména po vypuknutí hospodářské krize hojně využívala právě takové delegace.¹¹¹ Není proto divu, že když v listopadu 1931 uplynulo první funkční období soudců ústavního soudu, neměli se političtí aktéři (s vládou v čele) příliš k tomu, aby jmenovali nové členy ústavního soudu, takže po mnoha peripetiích zasedl „obnovený“ ústavní soud na své ustavující schůzi až v květnu 1938, aby svůj první a poslední nálezu rušící zákon pro rozpor s ústavní listinou vydal až v červnu 1939¹¹² za podstatně změněné

¹⁰⁶ Již Cicero spojoval *prudentialia* s *providentia*, nikoli však ve smyslu boží prozřetelnosti (neboť tento význam rozvinula až křesťanská teologie), ale právě ve smyslu předvídatosti (viz význam slovesa *providere*). Některé raně novověké francouzské práce o souzení také upozorňují na to, že *prudentialia*, jakožto zásadní soudcovská ctnost, znamená především vyvarovat se unáhlenosti úsudku – viz GARAPON, A. – PERDRIOLLE, S. – BERNABÉ, B. *La Prudence et l'Autorité. Juges et procureurs du XXIe siècle*. Paris: Odile Jacob, 2014, s. 279 an. Připomeňme si také, že zejména v raně novověké ikonografii je *prudentialia* často zobrazována jako postava hledící do zrcadla, v němž vidí tři své tváře (v dětství, dospělosti a ve stáří), což poukazuje k sebepoznání, které zohledňuje minulost, současnost a budoucnost – viz např. ROYT, J. *Slovník biblické ikonografie*. Praha: Karolinum, 2007, s. 60 an. Zatímco o zohledňování minulosti (spojené se zkušeností a pamětí) v technikách soudní politiky zde již byla řeč, když hovoříme o předvídatosti, jde v podstatě o jakési „zohledňování budoucnosti“.

¹⁰⁷ K fungování (či spíše nefunkčnosti) tohoto soudu v současné literatuře viz např. LANGÁŠEK, T. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, OSTERKAMP, J. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939)*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009 nebo BENÁK, J. Historický vývoj ústavního soudnictví a přístupu jednotlivce k ústavnímu soudu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2018, roč. 26, č. 3, zejména s. 407 an.

¹⁰⁸ K této institucionální „slabosti“ ústavního soudu viz z dobové literatury asi nejpodrobněji KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*. Praha: Moderní stát, 1932, s. 65 an., pro kritiku zákona o ústavním soudě č. 162/1920 Sb. z. a n. srov. zejména s. 107 an.

¹⁰⁹ Nálezu publikován v Úředním listu č. 284 ze dne 17. prosince 1922 a v dodatku č. III. z r. 1922 Boh A.

¹¹⁰ K tomuto právnímu názoru viz zejména názory Krejčího, který ho (mj. i jako tehdejší tajemník ústavního soudu) obhajoval, známé především z KREJČÍ, J. *Moc nařizovací a její meze*. Praha: Parlament, 1923, a názory Hoetzela, který ho kritizoval zejména v HOETZEL, J. *Meze nařizovací moci podle československé ústavní listiny*. *Právník*. 1923, roč. 62, č. 1, s. 23–35.

¹¹¹ Viz především zákon č. 95/1933 Sb. z. a n., o mimořádné moci nařizovací, podle něhož zákonodárství v mnoha hospodářských záležitostech *de facto* přešlo na vládu.

¹¹² Pouze výrok nálezu publikován v 187/1939 Sb.

politické situace (kdy měla většina lidí dosti jiné starosti než sledovat judikaturu ústavního soudu státu, který „paralyzoval“ vlastní ústavní soud). Jistě lze říci, že za „paralyzování“ ústavního soudu mohly především ty orgány, které k němu nepodávaly návrhy (v čele s nejvyšším soudem a nejvyšším správním soudem¹¹³), právní názor vyslovený hned v prvním nálezu ústavního soudu v roce 1922 však rozhodně nepřispěl k tomu, že by byla vláda ochotna konat po roce 1931 ve věci obsazení ústavního soudu.¹¹⁴

Oproti tomu existuje daleko známější výjimka, kdy soud zahájil svou činnost skutečně přelomovým rozhodnutím, a sice první rozhodnutí italského ústavního soudu z roku 1956,¹¹⁵ jímž soud nejen založil svou pravomoc posuzovat ústavnost zákonů přijatých před vznikem ústavy italské republiky z roku 1948 (ve věci šlo o ustanovení zákona o veřejné bezpečnosti z roku 1931), ale i přímou aplikovatelnost katalogu práv z této ústavy (na rozdíl od názoru kasačního soudu, který v únoru 1948 ve věci *Marciano* rozhodl, že ustanovení ústavy garantující základní práva mají být považována pouze za programatická, a tedy nemohou být soudně vynutitelná bez příslušných prováděcích zákonů.)¹¹⁶ Na rozdíl od prvního rozhodnutí meziválečného československého ústavního soudu můžeme spatřovat podstatné důvody toho, proč bylo toto rozhodnutí úspěšné (a dnes bývá někdy zmiňováno jako italská „verze“ *Marbury v. Madison*) v tom, že rozhodnutí se týkalo ústavnosti zákona přijatého v době fašismu (což politická reprezentace té doby vesměs přivítala), právní názor ústavního soudu podpořilo mnoho tehdejších významných právníků (jako Mortati, Crisafulli, Vassalli nebo Calamandrei) a předběžnou otázku zpochybňující platnost zákona podalo třicet trestních soudců z celé Itálie.¹¹⁷ I přelomové rozhodnutí na začátku „kariéry“ soudu tak může být úspěchem, pokud je právní názor v něm vyslovený dostatečně „populární“ mezi odborníky (akademiky a soudci), opírá se o lidská práva (konkrétně čl. 21 italské ústavy garantující svobodu projevu) a politickým aktérům minimálně nevadí (což jsou podmínky, z nichž ani jedna nebyla splněna třeba v případě prvního nálezu prvorepublikového ústavního soudu).

Ostatní v tomto textu výše zmiňovaná rozhodnutí vysokých soudů však pravidelně následovala až poté, co vysoký soud již delší dobu existoval, a někdy pro ně existovaly i vhodné politické či sociální podmínky, což platí zejména pro ústavní soudy, ale nejen pro ně: Rozhodnutí ve věci *Lindenbaum v. Cohen* vydal nizozemský nejvyšší soud po více než osmdesáti letech od svého vzniku a názor v něm založený začal být později aplikován nižšími soudy, což se projevilo zejména ve třicátých letech, kdy v důsledku hospodářské krize rostla konkurence (protože Nizozemí nezačalo ve větším rozsahu řídit své hospodářství), takže potírání nekalosoutěžních praktik bylo více než žádoucí.¹¹⁸ Své rozhodnutí ve věci *Blanco* vydal *Tribunal des conflits* dvacet pět let od svého založení a navíc krátce po vzniku francouzské třetí republiky v roce 1871, když se právě v této době obnovy republikánských institucí (byť dle ústavy psané monarchisty a původně zamýšlené jako

¹¹³ K neaktivitě těchto soudů (které mj.ablokovaly pokusy o přezkum vládních nařízení s mocí zákona argumentací, že ústavní soud přezkoumává jen zákony, nikoli vládní nařízení s mocí zákona) viz např. LANGÁŠEK, T. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*, s. 131. an. a 183 an.

¹¹⁴ Pro názor, že se vládní úředníci obávali ústavního soudu pro jeho názor o mezích delegace zákonodárství na vládu, viz ibidem, s. 138 an.

¹¹⁵ Rozhodnutí č. 1/1956.

¹¹⁶ Viz např. BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 30 an.

¹¹⁷ Viz *The Italian Constitutional Court*. Roma: Corte Costituzionale, 2002, s. 19 an.

¹¹⁸ DE VREY, R. W. *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*, s. 87.

provizorní) naskýtala vhodná příležitost pro vyřešení zásadní otázky, jak ustavit kompetenci správních soudů, protože doktrína na to již byla připravena (neboť od šedesátých let 19. století se jednak rozšiřovala kompetence státní rady přezkoumávat správní akty pro překročení pravomoci, jednak systematika správního práva a správní vědy dostával své pevné a trvalé rysy).¹¹⁹ Rozhodnutí francouzské ústavní rady ve věci *Liberté d'association* bylo vydáno nejen v době, kdy již pátou republiku neovládal de Gaulle (který zemřel v roce 1970), ale společnost byla po bouřlivých šedesátých letech příznivě nakloněna lidsko-právnímu diskursu (navíc, když šlo o věc, která se osobně týkala časopisu vedeného Sartrem a de Beauvoirovou, proti němuž byl posuzovaný zákon namířen)¹²⁰ a začala se již připravovat změna ústavy, podle níž může návrh k ústavní radě podávat i šedesát poslanců či šedesát senátorů.¹²¹ Rozhodnutí německého ústavního soudu ve věci *Elfes* bylo sice vydáno poměrně brzy od vzniku tohoto soudu, ale v době, kdy soud si již vydobyl své místo vůči ostatním německým vysokým soudům,¹²² uhájil svou nezávislost na politicích,¹²³ ale zároveň vlastně nijak výrazně nezpochybňoval klíčové aktivity Adenauerovy vlády,¹²⁴ i když soud zároveň nikdy nepopřel svou pravomoc (třeba pomocí stanovení nějaké „verze“ doktríny politické otázky) kontrolovat je.

To nás přivádí k tomu, že pro soud je výhodné na počátku jeho „kariéry“ spíše stabilní politické prostředí, než si vybuduje svou pozici a rozvine své judikатурní doktríny, takže pak může lépe čelit pozdějším útokům ze strany politických aktérů. Např. francouzská ústavní rada se může nerušeně rozvíjet ve státě, v němž vládne gaullistická strana až do roku 1981 (když si navíc v důsledku „právní revoluce“ rozšířila svůj rozhodovací prostor), ale je efektivně využívána i parlamentní opozicí (takže „neustrne“ ve své původní roli navržené de Gaullem). První otevřené konflikty s politickou mocí nastávají vlastně až v roce 1987 a 1993, tedy v dobách kohabitace, přičemž na ten druhý politická moc reaguje změnou ústavy, což se opakuje ještě roce 1999.¹²⁵ V té době jde však již o pevně etablova-

¹¹⁹ Tak to tvrdí alespoň Hauriou v HAURIU, M. *Droit administratif*. In: LAFERRIÈRE, E. (dir.). *Répertoire du droit administratif. Tome quatorzième. Premier fascicule*. Paris: Paul Dupont, 1897, bod 78 an., s. 24 an. Doba třetí republiky do roku 1914 bývá také označována za „zlatý věk“ francouzského správního práva (přestože jde o dobu, kdy je exekutiva spíše upozaděna před takřka neomezeným parlamentarismem) – viz např. ROUSSELLIER, N. *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France XIX^e–XX^e siècle*. Paris: Gallimard, s. 173 an.

¹²⁰ Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 72 an. Bezprostřední motivy k vydání tohoto rozhodnutí však byly podle vyjádření některých pamětníků spíše nízké, protože podle nich se chtěl předseda ústavní rady Palewski „revolučním“ rozhodnutím „pomstít“ za to, že prezident republiky mu neudělil kříž Čestné legie, i když měl na něj podle svého názoru větší nárok než jeho bývalí političtí rivalové, kteří významenání byli – viz ibidem, s. 290 an.

¹²¹ Změna byla definitivně přijata v roce 1974, čímž dostala parlamentní opozice nástroj proti vládní většině, jejímž zájmem měla podle původního záměru ústavní rada „sloužit.“

¹²² Viz poznámka pod čarou č. 89 výše.

¹²³ Když ústavní soud vznikl, vládnoucí CDU/CSU prosadila své kandidáty především do jeho druhého senátu (Zabývající se konflikty mezi ústavními orgány), protože se domnívala, že jeho rozhodování bude významnější, zatímco opoziční SPD do jeho prvního senátu (do jehož kompetence spadala kontrola ústavnosti předpisů). V politickém sporu mezi vládou a opozicí týkající se ratifikace smlouvy o založení Evropského obranného společenství v letech 1952 a 1953 oba senáty prokázaly především loajalitu k soudu a třikrát během devíti měsíců rozhodly (spolu s plénem) proti politickým očekáváním stran. Soud také ve stejné době uhájil svůj status a samostatný rozpočet v roce 1953 – viz COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 9 an., nebo LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 29 an.

¹²⁴ Soud v roce 1952 zrušil na návrh vlády neonacistickou Socialistickou říšskou stranu, v roce 1956 na návrh vlády komunistickou stranu, a v roce 1958 plebiscity o atomových zbraních a s politicky senzitivním rozhodnutím o Evropském obranném společenství „otálel“ tak dlouho, až byla smlouva roku 1954 neratifikována Francií, takže konečné rozhodnutí o ústavnosti v této věci vlastně nikdy nevydal. Soud zrušil první důležitou aktivitu Adenauerovy vlády (vytvoření soukromé, ale v podstatě provládní televize) až v roce 1961.

¹²⁵ Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 100 an.

nou instituci. Také německý ústavní soud si může vytvářet své doktríny, třeba na poli lidských práv,¹²⁶ nerušeně po dobu dlouhé vlády křesťanských demokratů, která přinesla i známý „hospodářský zázrak“, šedesátá léta se dají charakterizovat i jako období nižší aktivity soudu (což je způsobeno mj. i tím, že v dobách velké koalice od roku 1966 se na vládě podílejí obě velké strany, které tudíž nemají zájem na „aktivaci“ soudu), takže velké konflikty s politickou mocí se objevují až od počátku sedmdesátých let v dobách koalice socialistů s liberály.¹²⁷ I český ústavní soud se může rozvíjet bez větších intervencí politických aktérů až do počátku tohoto století, kdy se poprvé dostává do většího „napětí“ s politickými stranami v době opoziční smlouvy, když ruší jejich změnu volebního systému¹²⁸ – protože v devadesátých letech vlastně vládou především pravicové strany, nepřekvapí např. posilování ochrany soukromého majetku cestou rozšiřování majetkových restitucí nebo naopak postupné rušení regulace nájemného. Nejspíše by bylo možné podobný „trend“ vysledovat i v případě italského ústavního soudu navzdory notoricky známé nestabilitě italských vlád: Počátky italského ústavního soudu se překrývají s dobou, kdy je dominantní politickou silou křesťanská demokracie (od šedesátých let v koalici se socialisty), a jeho již výše zmiňované první rozhodnutí do jisté míry předurčilo tento soud především k „očišťování“ právního řádu od starší legislativy přijaté ještě ve fašistické éře nebo i dříve. Protože zákonodárce byl (právě vlivem nestability vlád) v této „očistě“ spíše pomalý a liknavý, soud se dostal vůči zákonodárci do jakési „didaktické“ role, k jejímuž uplatňování začal rozvíjet právě svůj bohatý „repertoár“ interpretativních a „manipulativních“ rozhodnutí popsanych výše.¹²⁹ Protože soud se politickým kontroverzím vyhýbal a vyhýbá, třeba Bognetti v polovině sedmdesátých let hovořil o spíše „diskrétní přítomnosti“ soudu,¹³⁰ Simoncini zase tvrdí, že soud byl k této „diskrétnosti“ vlastně „dohnán“ tím, že postoj politických aktérů vůči němu byl zpočátku přezíravý a dokonce nepřátelský, stejně jako byl napjatý vztah s obecnými soudy již zmiňovaný výše – soud se prostě musel pokusit o „adaptaci“ v prostředí, které mu nebylo zcela „přátelsky“ nakloněno.¹³¹ Zhruba od poloviny sedmdesátých let se však již soud pouští do kontroly tehdy aktuální legislativy, tudíž i jeho politický význam narůstá, aniž by však jeho činnost vedla k otevřenému konfliktu s politickou mocí – jde spíše o roli mediační.¹³² To se v podstatě ukazuje dodnes, když model fungování tohoto ústavního soudu označují Barsotti a ostatní jako „relační“ v tom smyslu, že soud neustále navazuje, opravuje a vyvažuje svoje vztahy s ostatními politickými aktéry a ostatními soudy.¹³³

¹²⁶ Kromě rozhodnutí ve věci *Elfes* jde hlavně o rozhodnutí ve věci *Lüth* z roku 1958 č. BVerfGE 7, 98 a první použití metody proporcionality v tzv. lékárenském rozhodnutí z téhož roku č. 7 BVerfGE 377. Soud však v té době ještě není otevřeně aktivistický na poli lidských práv, takže např. v nálezu č. BVerfGE 6, 389 z roku 1957 neshledal na kriminalizaci homosexuality (dle ustanovení trestního zákoníku, které bylo přijato nacisty) nic protiústavního. Viz LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 54 an.

¹²⁷ Viz COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 109 an., LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 119 an.

¹²⁸ Nálež sp. zn. Pl. ÚS 42/2000.

¹²⁹ GROPPI, T. *The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review*. *Journal of Comparative Law*. 2008, Vol. 3, s. 110 an.

¹³⁰ BOGNETTI, G. *Political Role of the Italian Constitutional Court*, *Notre Dame Lawyer*. 1973, Vol. 49, s. 981 an.

¹³¹ SIMONCINI, A. *The Success of a Constitutional Experiment: When History Matters: The Italian Constitutional Court in Global Context*. *Italian Journal of Public Law*. 2016, roč. 8, s. 79 an.

¹³² GROPPI, T. *The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review*, s. 111 an.

¹³³ BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, zejména s. 234 an.

Věnujme se však již konečně vlastnímu načasování konkrétního rozhodnutí, tedy strategickému rozhodování soudu samotného o tom, kdy o věci sám rozhodne.¹³⁴ Použití této strategie je samozřejmě možné pouze tehdy, když soud nemá výslovně předepsané lhůty, do kdy má o návrhu rozhodnout, jako to má třeba francouzská ústavní rada, která v otázkách apriorní kontroly ústavnosti musí rozhodnout skutečně ve velmi krátké lhůtě jednoho měsíce. Naši pozornost tak mohou přitahovat ta zásadní rozhodnutí vysokých soudů, která byla vydána buď poměrně rychle, nebo naopak až s velmi dlouhým časovým odstupem, případně byla vydána v okamžiku, který se jako „vhodný“ jeví z jiného hlediska. Extrémním případem je pak situace, kdy soudu jeho rozhodování trvá tak dlouho, že k němu již vůbec nedojde, anebo jde o rozhodnutí bezpředmětné. Příklady (zcela výjimečně) pro poslední případ je již výše zmiňované rozhodování německého ústavního soudu o smlouvě o Evropském obranném společenství v padesátých letech, anebo případy známé z praxe italského či španělského ústavního soudu, kdy soud se svým rozhodnutím vyčkává tak dlouho, než se stane bezpředmětným, když zákonodárce mezi tím přijme již ústavně konformní úpravu.¹³⁵ Německý ústavní soud také vyčkával se svým zákazem komunistické strany, když o návrhu podaném již v roce 1951 krátce po vzniku soudu rozhodl až v roce 1956,¹³⁶ možná z toho důvodu, že očekával, že problém se časem „vyřeší sám“, jak se to stalo v případě smlouvy o Evropském obranném společenství,¹³⁷ možná z toho důvodu, že si na více než třísetstránkovém rozsudku (rozebírajícím podrobněji doktrínu marxismu-leninismu) chtěl dát záležet. Velmi dlouhý čas si vyžádalo i rozhodnutí ve věci *Lüth* (zásadní pro chápání ústavy jako objektivního systému hodnot a pro rozvinutí názoru o „prozařování“ ústavní ochrany základních práv do všech odvětví právního řádu včetně soukromého práva), kdy stěžovatel podal svou ústavní stížnost v prosinci 1951 (když tehdy ústavní soud existoval pouze tři měsíce) a rozhodnutí bylo vydáno až v lednu 1958, tedy v době, kdy soud již zásadně konsolidoval svou pozici vůči ostatním aktérům.¹³⁸ Příkladem praxe, kdy je rozhodnutí vydáno v politicky „vhodný“ okamžik, by mohlo být rozhodnutí Evropského soudního dvora o tom, že Británie může ještě vzít zpět svůj návrh na použití čl. 50 Smlouvy o EU, které bylo vydáno v prosinci 2018, den předtím, než o této otázce rozhodoval britský parlament.¹³⁹ Když budeme některá rozhodnutí vnímat prizmatem takového strategického rozhodování o „urychlování“ či naopak „otálení“, mohou se dostat do zvláštního světla – např. rozhodnutí českého ústavního soudu ve věci *Melčák* bylo vydáno 9. září 2009 na základě ústavní stížnosti podané 26. srpna téhož roku, zatímco rozhodnutí o zastavení řízení o velezradě prezidenta Klause z 27. března 2013 vedené na základě žaloby senátu podané 5. března téhož roku následovalo až po skončení Klausova funkčního období (když hlavním argumentem pro zastavení byl ten, že pokračování

¹³⁴ Viz např. zajímavý článek EPSTEIN, L. – LANDES, W. M. – POSNER, R. A. The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions. *Duke Law Journal*. 2015, Vol. 64, No. 6, s. 991–1022, který ustavuje a empiricky testuje hypotézu, že tento soud vydává svá zásadní rozhodnutí ke konci června (kdy mu končí jeho *term*, který opět začne v říjnu), a to z toho důvodu, že soudci si zřejmě nechávají záležet na „vybroušení“ argumentace v takovém rozhodnutí a možná se také nechtějí zabývat odpovědní na mediální reakce během léta.

¹³⁵ Viz výše poznámka pod čarou č. 99.

¹³⁶ Rozhodnutí č. BVerfGE 5, 85. Oproti tomu o návrhu na zákaz Socialistické říšské strany podaném ve stejné době rozhodl již v roce 1952.

¹³⁷ To naznačuje Collings v COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 40 an.

¹³⁸ Viz ibidem, s. 54 an., LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 66 an.

¹³⁹ Rozhodnutí ve věci C-621/18 *Andy Wightman a další v. Secretary of State for Exiting the European Union*.

řízení o ústavní žalobě po skončení funkčního období je obecně vyloučeno).¹⁴⁰ Opět zdůrazňuji, že netvrdím, že by vysoké soudy ve výše prezentovaných případech jednaly vždy strategicky a cíleně „manipulovaly“ s časem, kdy vydají svá rozhodnutí, ale že takovou strategii použít mohou, pokud by strategicky jednat chtěly.

Závěr

V sedmém díle notoricky známého britského seriálu *Jistě, pane premiére* řeší premiér Jim Hacker doporučení královně na jmenování kandidáta na uvolněné biskupské místo v anglikánské církvi. Jeho státní tajemník Humphrey Appleby začne premiéra poučovat, že anglikánská církev je především společenskou organizací, nikoli náboženskou. Svě manželce pak premiér vysvětluje, proč nedoporučí ani jednoho z navržených kandidátů, protože by šlo o politický zásah. Manželka se podiví: „Právě jsi mi vysvětlil, že církev je politická.“ Na to premiér opáčí: „Ale nesmí tak vypadat.“

Ačkoli můžeme shledávat mnohé podobnosti mezi „nakládáním“ s právem a s náboženstvím (protože obě činnosti se většinou opírají o neustálou reinterpretaci textů, které svůj zvláštní charakter získávají z toho důvodu, že náboženské texty vytvořila boží autorita, v jejíž dokonalost se věří, i když „páchá“ třeba zemětřesení, a právní texty zase normotvůrce, v jehož racionalitu také právníci musí věřit, i kdyby se skutečný zákonodárce příliš racionálně nechoval) a přestože srovnávání mezi církevní autoritou a soudní autoritou by mohlo být zajímavé (zejména v tom, že obě potřebují ke své existenci víru nebo alespoň konformitu *in foro externo*), ve vysokých soudech nemůžeme automaticky spatřovat pouze politické aktéry, jejichž mocenské zásahy se liší od ostatních politických aktérů především v tom, že probíhají skrytě zahalené do hávu jejich expertní role či epistemické autority a jakéhosi „právníčení“ (*lawyering*), které pro laiky vytváří jistou atmosféru „tajuplné neproniknutelnosti“. Je zřejmé, že rituál a s ním se pojící „posvátno“ je pro dobré fungování soudů důležitým prvkem¹⁴¹ a právě rezignace na rituál či posvátno může být příznakem úpadku víry v právo. Oproti tomu je však možná dobré připomenout, že právo má být (minimálně ve své moderní podobě) především o omezení moci, takže ti „praví“ soudci se nejspíše poznají tak, že své mocenské ambice korigují a jsou ochotni rozhodnout i proti svému politickému přesvědčení, když je o tom přesvědčují právní argumenty.¹⁴²

V tomto textu jsem se nejdříve pokusil odlišit soudní politiku ve smyslu *policy* od politiky ve smyslu *politics*, která je sice v zásadě obtížně definovatelná (a tedy i „nepolapitelná“), ale vysoké soudy by si od ní měly zachovávat odstup, jinak riskují nejen svou důvěryhodnost a ztrátu epistemické autority, ale někdy i svou vlastní existenci. Pak jsem se snažil popsat různé techniky a strategie soudní politiky chápané jako uplatňování soudní

¹⁴⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 17/13.

¹⁴¹ Viz např. GARAPON, A. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 1997, s. 91: „Rituál umožňuje dvěma projevům, aby byly protichůdné a zároveň oba legitimní; dovoluje, aby uvnitř práva došlo k diferenciaci, přináší do něj napětí, ale tak, aby nebyla ohrožena jeho jednota. Když pak násilí konfliktu, vyjádřené dvěma proti sobě stojícími projevy, odeznívá, je ovládnuto celkem rituálu a dále již neohrožuje. Přítomnost soudního rituálu tak umožňuje právu, aby uskutečnilo to, co by rozum sám uskutečnit nemohl.“

¹⁴² Samotný fakt, že soudci vysokých soudů rozhodují často odlišně od politických očekávání těch aktérů, kteří je na vysoký soud jmenovali či nominovali, samozřejmě ještě nijak nevypovídá o tom, že toto jsou ti „praví“ soudci, protože rozhodování proti jejich vlastnímu politickému přesvědčení nemusí být zapříčiněno jejich úctou k právu, ale strategickými důvody.

moci „říci, co je právo“ (*dicere, quod ius est*, tedy *ius dictio*) strategicky k dosahování dlouhodobějších změn v právu, tedy ke tvorbě práva. Techniky soudcovské politiky lze (pracovně) dělit na materiální a „procesní“.¹⁴³ Jde-li o ty první, pak pokud má tvorba práva vysokého soudu probíhat „skrytě“ (minimálně před zraky politických aktérů), pak je vhodné použít techniku reinterpretační minulých rozhodnutí soudu (aby se jakákoli změna práva jevila pouze jako rozvinutí předchozí judikatury soudu). Pokud se tak děje nahodile, pak strategické jednání soudu může být patrné z toho, jaká rozhodnutí si ze „skladiště“ předchozích rozhodnutí k reinterpretaci vybere. Pokud se tak děje záměrně, pak soud vytváří „časované miny“, které „vybuchnou“ nikoli ihned (tj. právní názor soudu není použit v tom rozhodnutí, v němž se objevil poprvé), ale až v následujících rozhodnutích, které jsou více „senzitivní“ pro politické aktéry. Při tomto záměrném vytváření „časovaných min“ je vhodné „zabránit výbuchu miny“ tím, že aktuálně vytvořený právní názor soudu se nepoužije díky tomu, že z právního názoru jsou stanoveny výjimky, mezi něž „spadne“ i aktuálně rozhodovaná věc. Pokud naopak může tvorba práva probíhat otevřeně, pak spolu s novým právním názorem soudu a vytvořením výjimek z něj (které se uplatní již v aktuálním rozhodnutí – na rozdíl od „časované miny“) soud současně i „nabízí cestu“ politickým aktérům, jak nadále provádět nějakou „rozumnou“ regulaci problému, kterého se nový právní názor soudu týká.

Z „procesního“ hlediska se tyto techniky kombinují s technikami, které zejména ústavním soudům umožňují „unikat“ z dichotomie „bud' soulad, nebo nesoulad“ prostřednictvím technik konformní interpretace, odkládání vykonatelnosti rozhodnutí, vyslovení neústavnosti právní úpravy bez jejího zrušení, vyslovení dočasné ústavnosti ustanovení nebo „manipulacemi“ s textem ústavně nekonformní úpravy. Použití těchto technik závisí na institucionálním uspořádání prostředí, v němž se vysoký soud pohybuje, a to jak vůči jiným vysokým soudům, tak vůči politickým aktérům, mezi něž lze počítat především zákonodárce. Tyto „procesní“ techniky pak na jedné straně vedou k *judicial empowerment* (protože umožňují soudu tvořit právo), na druhou stranu však vedou i k *judicial deference* (protože „zachraňují“ ústavnost právní úpravy a „vycházejí tak vstříc“ zákonodárci jakožto politickému aktéru).

Právo tvorba vysokého soudu, ať již je skrytá, či otevřená, však bude z dlouhodobého hlediska úspěšná pouze tehdy, když ostatní soudy (zejména ostatní vysoké soudy) a ostatní političtí aktéři (zejména zákonodárce), přijmou její výsledky, aby se expertní role vysokého soudu opravdu „přetavila“ v jeho epistemickou autoritu či symbolický kapitál (protože ty jsou závislé na uznání ostatními). To vyžaduje obezřetnost a opatrnost, která vede k použití dalších technik přicházejících ke slovu zejména tehdy, když vysoký soud chce, aby jeho právo tvorbu uznal i sám zákonodárce. Přestože použití všech těchto technik je vlastně nezávislé na tom, co je obsahem soudcovské právo tvorby, výše jsem prezentoval názor, že když se obsah „novinky“ týká ochrany lidských práv, pak je téměř vždy úspěšné (anebo ještě do nedávna úspěšné bylo). Použití všech technik jsem pak dal do souvislosti s Akvinského rozpracováním pojmu *prudencia*, abych jednak ukázal jejich příbuznost,

¹⁴³ Slovo „procesní“ zde používám v uvozovkách, protože jsem dobře vědom toho, že tyto techniky nespádají do toho, co se běžně považuje za procesní právo. Přesto mám tendenci nazývat je „procesními“, protože regulují postup, pomocí něhož vysoký soud může používat techniky tvorby práva, které jsem nazval materiálními. Kdybychom (třeba po vzoru předválečných normativistů) chápali procesní právo šířeji jako „předpisy o tom, jakým způsobem mohou vznikat, zanikat a měnit se normy“ (WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 133), pak bychom tyto techniky mohli nazvat procesními bez uvozovek.

jednak upozornil na to, že žádné „zaručené recepty“ na „úspěch“ těchto technik (tedy jejich dlouhodobá akceptovatelnost ostatními aktéry) zřejmě neexistují.

Ve druhé části článku jsem se pokusil ukázat, že pro použití výše popsaných technik je důležité správné načasování, kdy vysoký soud může (pokud mu to právní úprava dovoluje) např. „odkládat“ své rozhodnutí na dobu, kdy pro jeho přijetí budou vhodné politické či společenské podmínky (typicky na dobu, kdy bude jeho postavení vůči ostatním soudům či politickým aktérům dostatečně zajištěno), anebo naopak „urychlovat“, aby jeho rozhodnutí zapůsobilo tak, jak to považuje za nejvhodnější. Vyslovil jsem také domněnky, že zásadní či přelomová rozhodnutí by spíše neměla být vydávána soudem v době krátce po jeho vzniku a že pro rozvinutí judikatury soudu (které pro něj bude představovat dostatečné „skladiště“ textů, které může do budoucna používat) je vhodná na počátku jeho existence dostatečně stabilní politická situace.

Možná jsou všechny výše popsané techniky a strategie dostatečně známy a možná, že jejich popis zde závisí na jistém „optickém klamu“, který je způsoben tím, že text se zaměřuje v podstatě pouze na „slavné“ případy.¹⁴⁴ Ale snad je tento pokus o jistý teoretický rámec soudních technik a strategií přeci jen v něčem přínosný.

¹⁴⁴ Možná kdyby se naopak text soustředil pouze na spíše méně známá rozhodnutí (možná podobně jako Foucault rozvinul své teorie o různých technikách disciplinace či jiných způsobů „ovládání“ v moderní společnosti na základě studia spíše druhořadých autorů), byl by výsledek jiný.

Techniques of Judicial Policy and their Timing

Michal Šejvl

Abstract: This article tries to develop a theoretical framework for judicial policy of apex courts. First, judicial policy is distinguished from politics and understood as court's law-making (apex courts as "positive legislators") directed by strategic reasons, not only by purely legal reasons. Thus, various techniques apex courts might use to make law (e.g. technique of "time bombs", technique of creating new doctrines, arguments or principles on the one hand and exceptions to them on the other at the same time etc.) are demonstrated. These techniques, typical for legal discourse, can be combined with other techniques suitable for apex courts because of the institutional design (like e.g. technique of conform interpretation). All these techniques can be successful, if their results are in the long run accepted by other "players", especially by other apex courts and by legislator itself. Thus, especially towards legislator apex courts have developed another set of techniques used to minimize conflicts with legislator, but at the same time to keep the position of "positive legislator" for themselves. The second part of the article is about proper timing of these techniques to ensure that courts' "innovations" are accepted in the long run. To conclude, the use of all these techniques resembles strongly the use of virtue of prudentia as it was developed in the scholastic philosophy – in the similar way like prudentia (e.g. for Aquinas) cannot bring the same level of certainty in the sphere of practical reason (in comparison with the sphere of theoretical reason), the use of these techniques of judicial policy cannot in itself ensure the success of judicial policy. The use of all techniques is demonstrated using examples from case law of constitutional courts (typically German, Italian, Spanish, French or Czech), supreme courts (Dutch), supreme administrative tribunals (French Council of State) and Court of Justice of the EU to support the general character of the presented theoretical framework.

Key words: politics vs. policy, European apex courts, epistemic authority of apex courts, political role of constitutional courts, strategic judicial law-making, prudentia in judicial law-making vs. judicial prudence, conform interpretation, courts as "positive legislators", minimization of conflicts between apex courts and legislators, timing of judicial law-making