

Současné ústavní soudnictví: nepravý dědic Hanse Kelsena?

MAREK ANTOŠ*

Contemporary Constitutional Justice: False Heir of Hans Kelsen?

Summary: *Conventional wisdom has it that Hans Kelsen is the founding father of European constitutional justice. The paper argues that while the European approach to judicial review is indeed inspired by Kelsen, it has significantly departed from the original concept, mainly due to the focus on human rights protection. When discussing the present functioning of the courts, we should accept that they are political actors sui generis.*

Keywords: *constitutional courts, Hans Kelsen, methodology of judicial review*

Již nedlouho po svém vzniku, v roce 1803, Nejvyšší soud USA ve známém případě *Marbury v. Madison*¹ dovodil, že soudy mají pravomoc přezkoumávat ústavnost zákonů.² Více než sto let trvalo, než se obdobná pravomoc objevila i na evropském kontinentu: nikoliv však jako právní transplantát, nýbrž v důsledku myšlenek Hanse Kelsena a v odlišné podobě. Nikoliv náhodou se tak stalo v Rakousku a v tehdejší Československu, které v roce 1920 jako první v Evropě zařadily do svých ústav možnost soudního přezkumu ústavnosti.³ Na rozdíl od amerického modelu však nešlo o difuzní, nýbrž koncentrovaný model: vytvořeny byly speciální instituce, ústavní soudy, kterým byla svěřena úloha „negativního zákonodárce“.⁴ V průběhu 20. století se tyto instituce rozšířily i do řady dalších evropských zemí,⁵ což je důvodem, proč je dnes Hans Kelsen všeobecně považován za otce evropského ústavního soudnictví.⁶

Jistě nelze popřít, že se práce Hanse Kelsena výrazně zasloužily o vznik ústavního soudnictví v Evropě a ovlivnily i jeho povahu. V tomto příspěvku bych však rád upozornil na to, že dnešní podoba evropského ústavního soudnictví, do které se postupně vyvinulo, se od původních Kelsenových představ výrazně odlišuje. Snaha vykládat dnešní postavení ústavních soudů prostřednictvím Kelsenových myšlenek přitom představuje překážku správného přístupu k doktrinárnímu zkoumání judikatury Ústavního soudu a omezuje rámec její kritické analýzy.

Hans Kelsen a ústavní soudnictví

Hans Kelsen se dožil pozeňaného věku (1881–1973) a většinu svého života strávil tvůrčím a myšlenkově i publikačně plodným způsobem. Byl akademikem v pravém smyslu slova, přednášel a psal v řadě zemí a v řadě různých jazyků, zároveň se však přinejmenším v určitém období věnoval i právní praxi, nejprve v úřednických pozicích, později jako autor rakouské ústavy a po dobu necelých deseti let také jako soudce

* Autor působí jako odborný asistent katedry ústavního práva PF UK v Praze. Text vznikl s podporou projektu Primus/HUM/20. E-mail: antos@prf.cuni.cz.

1 5. U.S. 137 (1803).

2 Podrobněji viz ANTOŠ, M. Slavný případ *Marbury v. Madison* aktuální i po dvou stoletích. *Jurisprudence*, 2010, č. 1, s. 38–42.

3 O tom, zda úplné prvenství náleží rakouskému či československému ústavnímu soudu, lze vést spory, jež by však byly poněkud malicherné. Podrobněji se této otázce věnuje Tomáš Langášek, podle něhož se československý ústavní soud může chlubit přinejlepším tím, že byl jako první zřízen (československá ústavní listina byla schválena 29. února 1920, zatímco rakouská ústava až 1. října 1920), fakticky byl však ustaven až 17. listopadu 1921, několik měsíců po svém rakouském protějšku. Navíc se oproti němu „do historie ústavního soudnictví světového i československého výrazněji nezapsal a ve srovnání s ním i s kompetencemi a judikaturou nynějšího Ústavního soudu České republiky působí spíše jen jako historická kuriozita.“ (LANGÁŠEK, T. Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948. Plzeň, 2011, s. 15).

4 S odkazem na Hanse Kelsena záměrně používám – a ještě několikrát použiji – tento obrat, přestože sdílím kritiku jeho jistě nadužívání, jak ji zformuloval např. SLÁDEČEK, V. Ústavní soudnictví. Praha, 2003, s. 18.

5 Srov. COMMELLA, V. F. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. New Haven, 2009. In: Dorsen, N. et al. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. St. Paul, 2010, s. 153–154.

6 STONE, A. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York, Oxford, 1992, s. 228.

rakouského ústavního soudu.⁷ Bohatost jeho života přináší jisté komplikace při zkoumání, jaká byla vlastně Kelsenova původní představa o podobě ústavního soudnictví, se kterou je možné poměřovat dnešní stav. Jak dále uvidíme, autoři se dnes při interpretaci některých Kelsenových myšlenek různí, mj. v závislosti na tom, o jaká Kelsenova díla se primárně opírají. V tomto textu jsem se rozhodl vycházet z příspěvku „Podstata a vývoj ústavního soudnictví“, který Kelsen v roce 1928 přednesl na výroční konferenci sdružení německých učitelů ústavního práva (a o rok později publikoval)⁸ a který byl základem pro následnou polemiku, kterou s Kelsenem vedl Carl Schmitt.⁹

Kelsenovy úvahy o ústavním soudnictví vycházely z již existujícího správního soudnictví, které sloužilo ke kontrole výkonné moci. Kelsen přitom zastával názor, že vytváření a provádění právních předpisů, resp. moc zákonodárná a výkonná, nestojí ve vzájemné opozici, nýbrž že se vzájemně prolínají a liší se jen stupněm volnosti. Proces aplikace práva, prováděný orgány moci výkonné, v sobě zahrnuje i jistou míru jeho vytváření (resp. dotváření), a naopak proces přijímání zákonů je v jistém pohledu aplikací (a dotvářením) předpisů vyšší právní síly, tedy ústavy.¹⁰ Obě tyto činnosti se tak podle něj neliší absolutně, ale jen relativně: mírou, v jaké je daný orgán ve své činnosti vázán „vyšším“ právem, resp. v jaké míře může naopak svobodně uplatňovat své představy. Čím hlouběji na ose ústava – zákony – podzákoně předpisy – individuální rozhodnutí, tím větší vázanost právem: mění se však pouze míra této vázanosti, nikoliv její existence jako taková.¹¹ Zákonodárce je tak sice ve své činnosti relativně svobodný, ale vázán ústavou je: jak procedurálně (tím, že je předepsána procedura, která musí být při vydávání zákona dodržena), tak materiálně (zákony nesmí porušovat základní práva a svobody, je-li součástí ústavy také jejich katalog).¹² Z této úvahy pak Kelsen dovozoval, že nemá žádnou logiku kontrolovat pouze aplikaci práva orgány výkonné moci a nikoliv také legalitu (resp. ústavnost) právních předpisů, a tento existující rozpor v tehdejší evropské praxi přičítal politickým důvodům.¹³ Vycházel zde přitom ze své ryzí nauky právní, která pracovala s pyramidální (stupňovitou) strukturou právního řádu¹⁴ – a k ochraně vnitřní konzistence této pyramidy mělo ústavní soudnictví sloužit.

Základní kámen jeho myšlenek byl přitom v podstatě shodný jako v rozhodnutí *Marbury*

v. *Madison*: měl za to, že pokud by ústava nemohla být důvodem pro zrušení zákonů, které jsou s ní v rozporu, „nebyla by z právnětechnického hlediska ničím víc než jen nezávazným přáním“,¹⁵ což ovšem nejde dohromady s tím, že je rigidní.¹⁶ Proč by měla být ústava chráněna proti změnám, ptá se Kelsen, pokud by současně byla v podstatě nezávazná? Obdobná myšlenka byla základem amerického rozhodnutí: „Pravomoci zákonodárné moci jsou definované a omezené: a aby ohledně těchto omezení nemohlo dojít k omylu a nemohla být zapomenuta, je Ústava psaná. Proč by však měla být moc omezena a proč by tato omezení měla být písemně zachycena, kdyby je kdykoliv mohli překročit právě ti, které mají omezovat?“^{17,18}

Při hledání způsobu, jak kontrolovat ústavnost zákonů, Kelsen diskutoval možnost, že by tuto kontrolu mohl provádět sám parlament¹⁹ – a ostře ji vyloučil. „Z pochopitelných důvodů zákonodárny sbor ve skutečnosti sám sebe nepovažuje za nic jiného než za svobodného tvůrce práva, nikoliv za orgán právo aplikující a vázaný ústavou, přestože právě tím [...] je. Pokud mají právní omezení parlamentu fungovat, nelze jejich garantem

⁷ Srov. např. MACHALOVÁ, T. Předmluva. In: Kelsen, H. *O státu, právu a demokracii. Výběr prací z let 1914–1938*. Praha, 2015, s. X–XIV.

⁸ Kelsen, H. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929. Zde citováno podle anglického překladu In: Vinx, L. (ed.). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge, 2015, s. 22–78.

⁹ Podrobněji ke kontextu této polemiky srov. Vinx, L. Introduction. In: týž (ed.). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge, 2015, s. 1–21.

¹⁰ Kelsen, 1929, s. 23.

¹¹ Ibid, s. 24.

¹² Ibid, s. 29.

¹³ Ibid, s. 25.

¹⁴ Kelsen, H. *Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy*. Brno, Praha, 1933, s. 32–38.

¹⁵ Kelsen, 1929, s. 69.

¹⁶ V českém kontextu je často citován jeho vzletný výrok: „Ústava, která nezavedla ústavní soud ke zrušení neústavních aktů, může znamenat jen nezávazné přání, je světem, které nesvítil“, který je zpravidla přebírán z Blahož, J. *Soudní kontrola ústavnosti: srovnávací pohled*. Praha, 2001, s. 46. Vzhledem k jeho nepopíratelné eleganci pevně doufám, že jde skutečně o autentický Kelsenův výrok, bohužel se mi však nepodařilo dohledat původní zdroj.

¹⁷ 5. U.S. 137 (1803).

¹⁸ Michel Troper ovšem zdůrazňuje důležitý rozdíl v obou případech: zatímco Nejvyšší soud USA v *Marbury* tvrdí, že jeho kompetence k soudnímu přezkumu ústavnosti bezprostředně vyplývá z existence psané a ostatním zákonům nadřazené ústavy, pro Kelsena je to pouze argument, proč by ústavodárce měl vytvořit ústavní soud a tuto kompetenci mu svěřit (srov. Troper, M. The logic of justification of judicial review. *I.CON*, 2003, č. 1, zejm. s. 103–105).

¹⁹ Není bez zajímavosti, že podobná argumentace se v českém kontextu objevila v souvislosti s otázkou, kdo má být garantem čl. 9 odst. Ústavy, podle něhož „[z]měna podstatných náležitostí demokratického právního státu je nepřipustná.“ Zatímco Ústavní soud došel ve známém případě „*Melčák*“ k závěru, že tato kompetence (umožňující mu rušení ústavních zákonů pro rozpor s čl. 9 odst. 2) náleží jemu, řada poslanců a senátorů se netajila přesvědčením, že by tímto garantem měl být spíše sám Parlament, které se zrcadlilo i ve vyjádření Poslanecké sněmovny jako účastníka předmetného řízení o zrušení ústavního zákona o zkrácení páteho volebního období Poslanecké sněmovny (srov. náleze Ústavního soudu ze dne 10. září 2009, sp. zn. Pl.ÚS 27/09, část II.).

učinit parlament sám.²⁰ Kelsen proto považoval za nezbytné, aby byl vytvořen na parlamentu nezávislý orgán, ústavní soud, který bude mít pravomoc rušit zákony. Námitky, že by šlo o porušení principu dělby moci, přitom rovnou odrážel tím, že i když pro tento orgán použil označení „soud“ (zřejmě zejména pro zdůraznění jeho nezávislosti a způsobu rozhodování), považoval jej za orgán moci zákonodárné, nikoliv soudní.²¹ Zároveň zdůraznil – což je inspirativní i ze současného pohledu –, že v kontextu demokratického státu je třeba princip dělby moci chápat jako „rozdělení, nikoliv oddělení mocí“, přičemž smyslem je právě vzájemná kontrola, nikoliv jejich izolace.²²

Ústavní soud však – slavně – považoval jen za zákonodárce negativního, jehož činnost je na rozdíl od pozitivního zákonodárce (parlamentu) výrazně předurčena ústavou, v čemž také spatřoval silnou podobu s klasickými soudy, v jejichž činnosti rovněž výrazně převažuje aplikace práva nad jeho tvorbou.²³ Z této podobnosti vycházel v úvahách o tom, jak by měl být ústavní soud složen: počet soudců by podle něj neměl být příliš vysoký a žádný ústavní orgán (parlament, vláda ani hlava státu) by neměl mít výlučnou pravomoc při jejich ustavování. Za žádoucí považoval, aby se na jejich výběru podílelo více orgánů, například tím, že by vláda na každé volné místo navrhla několik kandidátů, ze kterých by pak vybral parlament, nebo naopak. Vzhledem k potřebě dostatečného zastoupení právních expertů také doporučoval, aby přinejmenším na některá místa mohly kandidáty navrhnout také právnické fakulty, popř. aby o obsazení části míst mohli rozhodnout ústavní soudci sami. Pozornost věnoval také neslučitelnosti funkcí. Na prvním místě měli být z členství v ústavním soudu vyloučeni členové vlády a parlamentu, tedy orgánů, které má soud kontrolovat.²⁴

Charakteristika ústavního soudu jako negativního zákonodárce Kelsenovi nebránila v tom, aby předmětem jeho přezkumu učinil i individuální právní akty. Jednoznačně se však postavil proti tomu, aby se tato možnost týkala soudních rozhodnutí, protože garantem jejich ústavnosti je už obecný soud sám, či rozhodnutí správních orgánů, protože jejich kontrolu provádí správní soudnictví a hrozily by tak kompetenční konflikty mezi správním a ústavním soudem. Tím tedy velkou většinu individuálních aktů fakticky vyloučil; zbývají však podle něj individuální právní akty parlamentu (bez ohledu na to, zda mají vnější formu právního předpisu

nebo nikoliv), které by jinak byly úplně vyloučeny z přezkumu, což Kelsen považoval za nežádoucí. Nebránil se ani tomu, aby zákonodárce – v podstatě z prestižních důvodů – svěřil ústavnímu soudu přezkum některých aktů hlavy státu, jež by jinak náležely do působnosti správních soudů.²⁵

Není překvapivé, že podle Kelsena měl mít ústavní soud možnost přezkoumávat v zásadě pouze právní normy, které jsou v době jeho rozhodování stále platné. Byl si však vědom, že i norma již zrušená může být stále aplikována na případy, které se staly během její platnosti: a pro takové případy připouštěl možnost, aby ústavní soud deklaroval její protiústavnost, a tím zabránil její další možné aplikaci.²⁶ Naproti tomu však také zvažoval, že by měla být – v zájmu právní jistoty – možnost přezkumu právní normy omezena lhůtou např. 3 až 4 roky od okamžiku, kdy vstoupila v účinnost.²⁷ Kelsen řešil také otázku, jak postupovat v případech, kdy je jako protiústavní zrušena norma, která novelizovala předchozí právní úpravu. Správním řešením podle něj sice není automatické obživení předchozí úpravy, ale ústavní soud sám by podle něj měl mít pravomoc rozhodnout, zda k ní v konkrétním případě dojde či nikoliv.²⁸ Vedle toho by také ústavní soud mohl odložit vykonatelnost svého rozhodnutí, a tím poskytnout parlamentu čas k přijetí nové úpravy.²⁹

Zásadní otázkou pro faktické uplatňování přezkumu ústavnosti je širší okruhu subjektů disponujících aktivní legitimací. V zájmu ochrany vnitřní konzistence právního řádu se Kelsen zasazoval o spíše širší přístup k ústavnímu soudu, přičemž vůbec nejsilnější zárukou by podle něj bylo připuštění *actio popularis*: tedy možnosti, aby byl k zahájení řízení oprávněn kdokoliv. S ohledem na značné riziko sudičství a z něj vyplývajícího přetížení ústavního soudu však Kelsen tuto možnost nedoporučoval. Místo toho vymezil relativně široké pole subjektů, které by měly mít aktivní legitimaci: orgány veřejné moci aplikující právo (tj. nejen soudy, ale v ideálním případě i správní orgány), či alespoň orgány vyššího stupně, dále účastníci řízení před

20 Ibid, s. 45.

21 Ibid, s. 46.

22 Ibid, s. 46. (V jistém směru zde přitom Kelsen navazuje na obdobné úvahy zformulované už v Listech federalistů, srov. zejm. č. 48.)

23 Ibid, s. 47.

24 Ibid, s. 48.

25 Ibid, s. 54.

26 Ibid, s. 55.

27 Ibid, s. 62.

28 Ibid, s. 62–63.

29 Ibid, s. 68.

takovým orgánem (ale jen s jeho souhlasem), parlamentní menšiny a zvláště k tomu účelu vytvořený „advokát ústavy“.³⁰ Vyjadřoval se i k dalším záležitostem procesu: doporučoval například povinné zastoupení stran advokátem. Přestože jádrem rozhodování ústavního soudu jsou ryze právní otázky, s ohledem na významný veřejný zájem se stavěl za co největší otevřenost a důraz na ústní jednání, přičemž ke zvážení dával dokonce i myšlenku, zda by i samotná deliberace soudců neměla probíhat veřejně.³¹

Velmi významnou roli v Kelsenových představách o tom, jak má vypadat soudní ochrana ústavy, ovšem hrála také ústava samotná. Kelsen rozhodně nebyl příznivcem myšlenek o závaznosti přirozeného práva a trval na tom, že jakékoliv meta-právní principy či hodnoty mohou mít vliv pouze při vytváření práva (v podobě určitých nezávazných apelů na zákonodárce a další orgány, které jsou podle jeho koncepce zapojeny do vytváření práva), ale při aplikaci práva rozhoduje výhradně právo pozitivní. Stavěl se přitom i proti „zpozitivnění“ těchto hodnot, protože je považoval za nedostatečně určité. Z intenzity formulací, které používal, přitom vyplývá, že je vnímal jako skutečně nebezpečné, protože by dávaly příliš velký prostor pro uvážení ústavního soudu ve sféře, která z ryze právních otázek přesahuje do otázek, které považoval za politické:

„Vysvětlení, co znamenají pojmy jako spravedlivý, svobodný, rovný, slušný apod., záleží na úhlu pohledu konkrétních lidí, který vždy vychází z toho či onoho zájmu, a jsou natolik různorodá, že – při absenci legální definice v pozitivním právu – mohou posloužit jako zdůvodnění pro jakýkoliv podivný právní výklad. [...] V rámci soudního přezkumu ústavnosti mohou tyto pojmy sehrát velmi nebezpečnou úlohu, zejména pokud jde o přezkum ústavnosti zákonů. Pokud ústava obsahuje požadavek, aby zákonodárce vykonával svou činnost v souladu s principy ‚spravedlnosti‘, ‚svobody‘, ‚rovnosti‘, ‚slušnosti‘ apod., je možné podlehnout pokušení tato slova považovat za podmínky, které musí budoucí zákony splňovat. Ale takový závěr by byl rozhodně chybný, protože takové podmínky mohou existovat pouze v případě, pokud dávají nějaké určité pokyny, tedy pokud sama ústava obsahuje nějaké objektivní kritérium [jejich naplnění] nebo něco podobného. [...] [Pokud by ústavní soud například] mohl rušit zákony s argumentem, že jsou v rozporu s ústavním principem spravedlnosti [...], poskytlo by mu to

naprosto nepřijatelnou moc. To, co považuje za spravedlivé většina soudu, může zcela odporovat tomu, co za spravedlivé považuje většina obyvatel státu, a zjevně by to odporovalo tomu, co považovala za spravedlivé většina parlamentu, který takový zákon přijal. Je nad slunce jasnější, že smyslem ústavy nemůže být, aby kvůli použití nejasně vymezených a značně nejednoznačných slov – jako je ‚spravedlnost‘ či jiný podobně prázdný pojem – všechny zákony přijaté parlamentem podléhaly volnému uvážení tělesa, jehož členové jsou [...] vybírání arbitrárně. Takový přesun moci z parlamentu na mimoparlamentní instituci, která by se mohla stát exponentem politických sil zcela odlišných od těch, které se projevují v parlamentu, jistě není cílem ústavy a i z politického hlediska by byl značně nevhodný. Aby se tomu předešlo, ústava se musí počítat-li s ústavním soudem, vystříhat všech obrátů tohoto typu; a pokud chce vymežit základní principy, zásady a jiná omezení pro zákony, které budou podle ní přijímány, musí je určit tak přesně, jak je to jen možné.“³²

Ostré Kelsenovo varování před něčím, co bychom mohli označit za „politizaci ústavního soudu“ (či dokonce moderním slovem soudcokracie), mohlo souviset s „lochnerovskou érou“ Nejvyššího soudu USA, který byl na začátku 20. století kritizován právě kvůli tomu, že začal s objevováním „implicitních“ základních práv a jejich využíváním pro rušení zákonů.³³

Rozmach ústavního soudnictví v Evropě a jeho dnešní podoba

S výjimkou Rakouska a Československa Kelsenovy myšlenky o ústavním soudnictví v meziválečném období nedošly praktického naplnění. Těm, kdo byli v principu proti jakékoliv úvaze o možném soudním přezkumu ústavnosti, mohly znít příliš revolučně, zatímco těm, kteří hledali inspiraci

³⁰ Ibid, s. 64–66.

³¹ Ibid, s. 68.

³² Ibid, s. 60–61.

³³ Označení této éry se odkazuje k případu *Lochner v. New York* z roku 1905, ve kterém Nejvyšší soud poprvé „objevil“, že garance „stejně ochrany zákona“ (*Due Process Clause*) všem občanům ve Čtrnáctém dodatku nemá vzdor své formulaci jen procedurální rovinu, ale také rovinu věcnou (*substantive due process*). Jedním z práv, které podle tehdejšího rozhodnutí zaručovala, měla být také ochrana smluvní volnosti (*freedom of contract*), což podle soudu státům bránilo v tom, aby přijímaly zákony chránící zaměstnance (např. stanovením maximální délky pracovní doby). Tento výklad byl ve 30. letech 20. století překonán v rozhodnutích k programu *New Deal*; samotný koncept *substantive due process* však v judikatuře soudu přetrvával a byl použit např. k dovození práva na soukromí, které se stalo základem pro přelomový rozsudek *Roe v. Wade* z roku 1973, kdy Nejvyšší soud došel k závěru, toto právo zahrnuje i právo ženy na provedení interrupce.

v americkém modelu, naopak nedostatečně. Ilustrativní je v této souvislosti názorový vývoj ve Francii. Alec Stone Sweet ukazuje, že představitelé francouzské doktríny byli přinejmenším od roku 1890 výraznými zastánci zavedení soudního přezkumu ústavnosti, byť byla jejich shoda po roce 1921 oslabena v důsledku vlivné studie Edouarda Lamberta, která – i v návaznosti na lochnerovská rozhodnutí amerických soudů – upozornila na rizika (reakční) vlády soudců, která brání přirozenému vývoji společnosti a rozvoji sociálního státu. Zcela jednoznačně se však shodovali v odmítnutí myšlenky zvláštního ústavního soudu a naopak chválili difuzní model po americkém vzoru.³⁴

Skutečný rozmach ústavního soudnictví v Evropě nastal až po druhé světové válce. Velmi často šlo přitom o součást přechodu k demokracii, tedy o reakci na neblahou zkušenost s předchozím režimem, která vedla k rozhodnutí, že je třeba politickou moc (včetně zákonodárského sboru) svázat určitými pravidly (ústavou) a vytvořit instituci, která bude dohlížet na jejich dodržování (ústavní soud). Na této vlně vznikly ústavní soudy v Itálii (1948), Německu (1949), Portugalsku (1976), Španělsku (1978) a po roce 1989 pokračovala i v bývalém sovětském bloku.^{35,36} Hlavní motivací pro zřízení ústavního soudu v těchto případech ovšem nebyla ochrana vnitřní koherence právního řádu, nýbrž potřeba chránit základní práva a hodnotově zakotvení nového režimu. Ilustrativní je příklad Německa, kde navíc na přijetí listiny práv a zavedení soudního přezkumu ústavnosti tlačily okupační mocnosti, zejména USA. Němci tomuto požadavku vyhověli, ale místo převzetí amerického modelu se rozhodli vytvořit specializovaný ústavní soud,³⁷ ovšem s výrazným zaměřením na ochranu základních práv, která se odráží mj. v kompetenci rozhodovat o ústavních stížnostech.³⁸ V posledních desetiletích navíc lidskoprávní dominanci v agendě ústavních soudů posiluje také existence Evropského soudu pro lidská práva a jeho stále se rozšiřující judikatura.³⁹

Při pohledu na dnešní ústavní soudy v Evropě tedy rozhodně nelze popřít, že se opírají o původní Kelsenovy představy: jde o specializované a centralizované orgány soudní ochrany ústavnosti, které mají pravomoc rušit (tedy nejen neaplikovat) zákony. Zároveň však nelze přehlédnout, že se od nich v řadě zásadních ohledů liší. Těžko je můžeme chápat jako ochránce pyramidální struktury právního řádu a její vnitřní konzistence, je-li sama tato struktura vlivem

otevírání se mezinárodnímu a evropskému právu nahrazena polycentrismem.⁴⁰ Těžko je můžeme chápat jako pouhé negativní zákonodárce, vydávají-li rozhodnutí, která konstatují protiústavní nečinnost zákonodárce,⁴¹ podávají závazný ústavně konformní výklad právního řádu,⁴² fakticky mění určitá ustanovení tím, že z jejich působnosti vyjmají určité osoby,⁴³ či dokonce v rámci derogálního nálezu velmi detailně předepisují,

³⁴ STONE SWEET, A. Why Europe Rejected American Judicial Review – and Why it May not Matter. *Michigan Law Review*, 2003, č. 8, zejm. s. 2753–2760.

³⁵ STONE SWEET, A. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford, 2000, s. 31.

³⁶ Stojí myslím za zmínku, že mezi těmi evropskými zeměmi, které podobnou zkušeností neprošly, naopak převažují ty, které doposud necitily potřebu specializovaný ústavní soud vytvořit: např. Dánsko, Finsko, Irsko, Nizozemí, Norsko, Spojené království, Švédsko a Švýcarsko (srov. přehled v European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). *Study on Individual Access to Constitutional Justice*. CDL-AD(2010)039rev, s. 61–63).

³⁷ M. Cappelletti jako jednu z příčin tohoto rozhodnutí uvádí odlišnou strukturu a procesní pravidla evropských nejvyšších soudů. Zatímco Nejvyšší soud USA se skládá z devíti soudců rozhodujících v plénu, kteří si do značné míry mohou případy vybírat (prostřednictvím *certiorari*), v Německu existuje hned několik „nejvyšších“ soudů pro různá odvětví práva, které se navíc vnitřně člení do samostatně rozhodujících senátů, které musí vyřídít poměrně značné množství věcí (srov. CAPPELLETTI, M. *Judicial Review in Comparative Perspective*. *California Law Review*, 1970, č. 5, zejm. s. 1046–1050).

³⁸ SROV. KOMMERS, D. P. a MILLER, R. A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham, London, 2012, s. 7.

³⁹ To platí dokonce i o Francii, kde bylo původní zaměření ústavního přezkumu zcela odlišné. Přestože hlavním účelem Ústavní rady, kterou údajně sám generál de Gaulle slavně charakterizoval jako „dělo namířené na parlament“, byl původně dohled nad racionalizovaným parlamentarismem (tj. prosazování ústavních limitů zákonodárné moci), v roce 1971 se ujala i lidskoprávní agendy, která postupně rostla. Kompetenci ke konkrétní kontrole ústavnosti, na základě předběžných otázek pokládaných obecnými soudy, však získala až v roce 2008, a to zejména z toho důvodu, aby nedocházelo k přímému přebírání štrasburské judikatury obecnými soudy (srov. PHILLIPE, X. *Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutionnel through the new Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC)*. *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Iuridica*, 2012, s. 65–94).

⁴⁰ SROV. KYSELA, J. Mění se struktura právního řádu a jeho atributy. *Eric Stein Working Papers*, 2009, č. 1.

⁴¹ Český Ústavní soud tak poprvé učinil v nálezu ze dne 28. 2. 2006, sp. zn. Pl.ÚS 20/05, který se týkal regulovaného nájemného. Dospěl tehdy k výroku, že „[d]louhodobá nečinnost Parlamentu České republiky spočívající v nepřijetí zvláštního právního předpisu vymežujícího případy, ve kterých je pronajímatel oprávněn jednostranně zvýšit nájemné, úhradu za plnění poskytovanou s užíváním bytu a změnít další podmínky nájemní smlouvy, je protiústavní a porušuje čl. 4 odst. 3, čl. 4 odst. 4 a čl. 11 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 odst. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod“ a – nikoliv nekontroverzně – dovedl povinnost obecných soudů tuto protiústavní mezeru překlenout. Obdobný aditivní výrok použil také v nálezu ze dne 1. 7. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 9/07, který se týkal – tehdy ještě – nedořešených církevních restitucí: „Dlouhodobá nečinnost Parlamentu České republiky spočívající v nepřijetí zvláštního právního předpisu, který by vypořádal historický majetek církví a náboženských společností, je protiústavní a porušuje čl. 1 Ústavy České republiky, čl. 11 odst. 1 a 4, čl. 15 odst. 1 a čl. 16 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.“

⁴² Na rozdíl od někdejšího Ústavního soudu ČSFR nemá ÚS ČR kompetenci podávat závazný výklad ústavy (srov. čl. 5 odst. 1 ústavního zákona č. 91/1991 Sb., o Ústavním soudu České a Slovenské Federativní Republiky). Osvojil si však – poněkud nad rámec ustanovení zákona o ústavním soudu – možnost vydávat tzv. interpretativní výroky, jejichž cílem je „kvazizávazný“ ústavně konformní podústavní právní předpis. K dnešnímu dni lze v databázi NALUS najít celkem 22 nálezů a 32 stanovisek pléna, které obsahují tento druh výroku.

jakou úpravu by měl zákonodárce přijmout namísto té zrušené.⁴⁴ Těžko lze přehlédnout, že zatímco Kelsen chtěl z kompetence ústavních soudů jednoznačně vyloučit přezkum soudních rozhodnutí, dnes naopak právě tento typ přezkumu představuje drtivou většinu jejich agendy.⁴⁵

Tím hlavním, co ústavní soudy odlišuje od Kelsenových představ, je ovšem právě jejich funkce ochránců neurčitě formulovaných lidských práv, které je nutí rozhodovat v nejednoznačných, složitých případech. Připustíme-li, že lidská práva představují principy, které se mohou ocitnout ve vzájemné kolizi, a že o řešení této kolize mají ústavní soudy rozhodovat, nutně tím také připouštíme, že přitom musejí činit i hodnotové soudy. A připustíme-li, že mají dělat hodnotové soudy, nutně tím připouštíme, že jejich rozhodnutí budou odrážet hodnotovou a politickou orientaci soudců: vždyť o co jiného by se mohli opřít třeba při hledání správného vyvážení mezi svobodou a rovností.

Tohle není Kelsenův soud. No a?

Současné ústavní soudy v Evropě tedy, vzdor značné vnější podobě, těžko můžeme považovat za „Kelsenovy soudy“. Kritika, která by byla zaměřena právě tímto směrem a brojila například proti nebezpečí, že se z ústavních soudů stanou „třetí komory parlamentu“, tedy nedává dobrý smysl. Ústavní soudy už totiž ve skutečnosti v jistém smyslu třetí komorou parlamentu jsou: ne však z vlastního rozhodnutí, nýbrž z rozhodnutí tvůrců ústavy, kteří jim – v rozporu s Kelsenovými představami, ale z dobrých důvodů – svěřili kompetenci rozhodovat o neurčitě formulovaných lidských právech.

Je tedy třeba se smířit s tím, že ústavní soudy jsou politickými aktéry svého druhu⁴⁶ a že se v jejich rozhodnutích zrcadlí politické přesvědčení soudců. Tím, co ústavní soud odlišuje od parlamentu, totiž na prvním místě není odlišná povaha jeho rozhodnutí ani požadovaná odbornost jeho členů, nýbrž větší potřeba argumentace. Zatímco parlament svou legitimitu k rozhodování čerpá především z voleb, ústavní soudy ji musí

čerpat zejména z přesvědčivosti svých odůvodnění.⁴⁷ Jen s malou mírou nadsázky tak v parafrázi slavného Clausewitzova výroku můžeme říci, že soudní přezkum ústavnosti vlastně představuje jen pokračování politiky jinými prostředky. Kritická reflexe judikatury by proto měla na prvním místě sledovat, zda ústavní soudy poctivě a přesvědčivě vysvětlují důvody, které je vedly k určitému rozhodnutí, byť by to byly důvody spočívající v hodnotovém či politickém zakotvení, místo aby si skutečné důvody nechávaly pro sebe anebo je maskovaly do vzletných frází.

Právě možnost pečlivé kontroly myšlenkových pochodů soudu je ostatně klíčovým důvodem, proč by ústavní soudy měly aplikovat schéma testu proporcionality a dalších metod ústavního přezkumu. Ne proto, aby svému rozhodování daly punc vědeckosti či předstíraly, že jde o cosi na způsob algoritmu s determinovaným výsledkem, a tím méně jako ornament na okraj jinak nestructurované argumentace, nýbrž jako prostý nástroj, který nutí k poctivé argumentaci. Mám za to, že český Ústavní soud má v této sféře stále značné rezervy – a právě tím směrem by se proto měla zaměřit i jeho doktrinární kritika.

⁴³ V nálezu ze dne 7. září 2010, sp. zn. Pl. ÚS 12/10, Ústavní soud dospěl k následujícímu výroku: „Ustanovení § 3 odst. 4 zákona č. 236/1995 Sb., o platu a dalších náležitostech spojených s výkonem funkce představitelů státní moci a některých státních orgánů a soudců a poslanců Evropského parlamentu, ve znění zákona č. 418/2009 Sb., pokud se týká soudce, se ruší dnem 30. září 2010“. Napadené ustanovení tedy ve skutečnosti zrušeno nebylo a zůstalo součástí právního řádu, Ústavní soud však zakázal podle něj postupovat v případě soudců.

⁴⁴ V míře, která podle mého názoru zatím nemá v judikatuře českého Ústavního soudu obdobu, to učinil německý Spolkový ústavní soud ve vztahu ke státnímu financování politických stran, kdy v podstatě „nadiktoval“ zákonodárci, jak by měla právní úprava vypadat (srov. rozsudek Spolkového ústavního soudu ze dne 9. 4. 1992, sp. zn. 2 BvE 2/89).

⁴⁵ Českému Ústavnímu soudu v roce 2016 napadeno celkem 4 292 věcí, z čehož 4 256 (99,2 %) tvořily ústavní stížnosti, a z nich 4 109 (96,5 %) směřovalo proti rozhodnutím obecných soudů (srov. Ústavní soud ČR: Roční statistické analýzy 2016, s. 2, 17 a 18. Dostupné na <http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Statistika/Rocni_statisticke_analyzy_2016.pdf>).

⁴⁶ Obdobně – byť v americkém kontextu – argumentuje také TUSHNET, M. *Why Constitution Matters*. New Haven, London, 2010.

⁴⁷ A také ovšem z toho, že se v roli strážců lidských práv osvědčili. V tom se do určité míry podobají centrálním bankám, jejichž rozhodnutí v oblasti monetární politiky mají obrovský dopad, který není tak docela v souladu s jejich nízkou demokratickou legitimitou. Ale funguje to.