

Ústavně konformní holič: K podjatosti vedoucích ústředních správních úřadů

MGR. JAN JIRÁSEK, PH.D.

Ústavní soud vydal dne 2. dubna 2013 pod sp. zn. Pl. ÚS 30/09 usnesení, jímž odmítl návrh Nejvyššího správního soudu na zrušení § 14 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, který se týká podjatosti vedoucích ústředních správních úřadů. Návrh byl odmítnut podle § 43 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 64 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, jako návrh podaný zjevně neoprávněnou osobou. Plenární usnesení bylo poměrně stručně odůvodněno, nicméně může mít dopady nejen na posuzování podjatosti ve správním řízení, ale též na rozhodování správních soudů. Tato stať si proto klade za cíl rozebrat a kriticky zhodnotit odůvodnění plenárního usnesení a poukázat na možné důsledky v právní praxi.

Návrh Nejvyššího správního soudu

Úřad na ochranu hospodářské soutěže pokutoval jistého soutěžitele za zneužití dominantního postavení; rozklad soutěžitele předseda úřadu zamítl. Soutěžitel se proti pokutě bránil před správními soudy a mimo jiné namítal, že předseda úřadu měl být vyloučen z rozhodování věci pro podjatost. Poukazoval přitom na mediální výroky předsedy úřadu v televizi a v hlavních denících, z nichž nabyt dojmu, že je o věci již předem rozhodnuto. Dále tvrdil, že předseda úřadu má přátelské vztahy s advokáty subjektu, který na něj podal podnět úřadu pro zneužití dominantního postavení, a že se předseda účastnil soukromé oslavy této advokátní kanceláře.

Otázka podjatosti úředních osob ve správním řízení je upravena v § 14 správního řádu. První odstavec obsahuje materiální vymezení podjatosti (hmotněprávní podmínky): každá osoba bezprostředně se podílející na výkonu pravomoci správního orgánu, o níž lze důvodně předpokládat, že má s ohledem na svůj poměr k věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti, je vyloučena ze všech úkonů v řízení, při jejichž provádění by mohla výsledek řízení ovlivnit. Doplnění k tomu obsahuje odstavec pátý: vyloučena je též ta

úřední osoba, která se účastnila řízení v téže věci na jiném stupni. Důvodem vyloučení není účast na úkonech před zahájením řízení nebo na výkonu kontroly prováděné podle zvláštního zákona. Druhý až čtvrtý odstavec obsahují procesní postup (kdo je oprávněn podjatost namítat, jak je s takovou námitkou naloženo, jak se určí náhradník podjaté úřední osoby). Šestý odstavec pak uvádí následující: ustanovení předchozích odstavců se nepoužijí pro vedoucí ústředních správních úřadů a státní tajemníky.

Právě znění šestého odstavce se stalo důvodem předložení věci Ústavnímu soudu. Nejvyšší správní soud byl totiž postaven do situace, kdy byla před ním namítána vada správního řízení spočívající v podjatosti vedoucího ústředního správního úřadu (předsedy Úřadu na ochranu hospodářské soutěže) a současně zákonné ustanovení zakazovalo otázku podjatosti takové osoby posoudit. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu je v rozporu s ústavním pořádkem, konkrétně s principem nestrannosti při rozhodování, a tím práva na spravedlivý proces, dále s principem proporcionality a konečně s právem na přístup k soudu (článek 36 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod). Předložil proto věc s podrobným zdůvodněním Ústavnímu soudu s návrhem na zrušení citovaného ustanovení správního řádu.¹

Odpověď Ústavního soudu

Ústavní soud se ve svém usnesení po obsáhlejší rekapitulaci podání, která ve věci obdržel, zabýval procesní podmínkou aktivní legitimace obecného soudu podle § 64 odst. 3 zákona o Ústavním soudu, tedy tím, zda ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu zakládá pro Nejvyšší správní soud rozhodovací důvody pro hmotněprávní posouzení věci anebo upravuje postup daného řízení. Podle Ústavního soudu tato otázka evokuje slavný Russellův paradox vesnického holiče: „Holiče můžete definovat jako člověka, který holí všechny a jen ty, kteří neholí sami sebe. Otázka zní, zda holič holí sám sebe. (...) [P]okud je holič obyvatel vesnice a jako holič holí všechny, kdo se neholí sami, pak

¹ Návrh ze dne 8. 10. 2009, sp. zn. 1 Afs 7/2009 – 680, je dostupný na www.nssoud.cz.

má zároveň příkaz i zákaz holit sám sebe.“ Podle Ústavního soudu tedy v posuzované věci otázka zní „zdali Nejvyšší správní soud ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu aplikuje v tom smyslu, že ho neaplikuje, anebo tomu tak není.“

Ústavní soud při řešení tohoto problému vyšel ze dvou úvah. Zaprvé připomněl, že k základním argumentačním metodám postupu Ústavního soudu v řízení o kontrole norem patří princip priority ústavně konformní interpretace před derogací. Zadruhé poukázal na názor vyslovený v usnesení ze dne 25. června 2009, sp. zn. II. ÚS 1062/08, v němž uvedl, že nestrannost je třeba vyžadovat v případě všech státních orgánů. „Jiný výklad by ve svém důsledku založil procesní nerovnost, a otrásl by tak důvěrou v právní stát, jehož posláním je mimo jiné i zajistit neutrální a objektivní rozhodování jeho orgány. Námitka podjatosti úředníka rozhodujícího ve správním řízení, byť nejde o instituci soudního typu, tedy může mít ústavněprávní rozměr.“

Poté Ústavní soud k věci uzavřel následovně: „Z uvedeného právního názoru Ústavního soudu vyplývá, že vady správního řízení posuzuje soud v rámci soudního přezkumu nejen z pohledu kautel, jež na správní řízení dopadají ze správního řádu (případně dalších zákonných úprav správního řízení), nýbrž i těch, jež plynou přímo z ústavního pořádku, v daném kontextu pak z čl. 36 odst. 1 Listiny. Ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu tudíž nepředstavuje pro soudní přezkum rozhodnutí správního orgánu překážku posouzení podjatosti úřední osoby v řízení dle § 152 správního řádu. V tomto smyslu není oním zákonným ustanovením, jež v rozhodované věci pro správní soud zakládá rozhodovací důvody pro její hmotněprávní posouzení anebo upravuje postup daného řízení, pročez v dané věci není naplněna procesní podmínka aktivní legitimace obecného soudu dle § 64 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu. Řečeno slovy Russellova holiče, správní soud v dané věci ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu aplikuje v tom smyslu, že ho neaplikuje, tj. aplikuje ho v tom smyslu, že pro posouzení rozhodované věci nedopadá, jelikož představuje, jak již bylo vyloženo, bariéru pro postup uplatnění námítky podjatosti úřední osoby ve správním řízení dle § 152 správního řádu, nikoli ale pro její posouzení v soudním řízení správním. Jelikož dle soudního řádu správního je správní soudnictví ovládáno zásadou kasační, v případě, shledá-li soud v přezkumu správního řízení dle § 152 správního řádu důvody vyloučení úřední osoby pro její podjatost, je povinen se dále zabývat otázkou, zdali se tato okolnost promítla v nezákonnosti správního rozhodnutí, příp. v dalších vadách řízení, jež předcházelo jejímu vydání, jež pak

opodstatňují závěr o důvodnosti žaloby proti rozhodnutí správního orgánu a následně dle § 78 odst. 1 s. ř. s. vedou k jeho zrušení soudem.“

Polemika

Usnesení Ústavního soudu nabízí k polemice tři oblasti. Zaprvé se jedná o užitý paradox vesnického holiče, za druhé o ústavně konformní interpretaci právních předpisů a za třetí o aplikaci článku 95 odst. 1 Ústavy.

Ústavní soud své usnesení opírá o „Russellův paradox vesnického holiče“.² Toto řešení má ovšem hned tři vady. Zaprvé autorem tohoto paradoxu podle všeho není Bertrand Russell, zadruhé se patrně vůbec nejedná o paradox, a za třetí, situace, kterou paradox popisuje, v dané věci neexistuje. Prvními dvěma vadami není účelné se blíže zabývat, neboť z hlediska právního náhledu na věc nemají významu. Postačí proto odkázat na povolnější autory, kteří se této problematice věnují.³

„Paradoxní“ situaci popisovanou v případě s holičem by v daném případě bylo možno spatřovat v tom, že Nejvyšší správní soud má současně zákaz (§ 14 odst. 6 správního řádu) i příkaz (článek 36 odst. 1 Listiny) posoudit podjatost vedoucího ústředního správního úřadu. „Paradox“ zde záleží v konfliktu dvou norem: to je však jev v právu velmi četný a řešitelný řadou výkladových metod, takže nazývat jej paradoxem snad ani nelze. Ostatně právě pro konflikt normy ústavní a zákonné byla věc předložena Ústavnímu soudu k posouzení, neboť ten jediný je k řešení takového konfliktu povolán článkem 95 odst. 2 Ústavy.

Ústavní soud však zřejmě shledává paradoxní situaci v tom, zda má Nejvyšší správní soud vůbec § 14 odst. 6 správního řádu v projednávané věci aplikovat.⁴ Zde ovšem žádná paradoxnost není už z povahy věci: neexistuje tu žádný protichůdný příkaz a zákaz. Pro řešení této otázky není třeba sofisticky aplikovat paradox holiče, nýbrž pouze na základě skutkových okolností případu a výkladových metod posoudit, zda je nutno předmětnou normu použít. Ústavní soud takto také postupoval a dospěl k závěru, že Nejvyšší správní soud v daném případě § 14 odst. 6 správního řádu aplikovat nemá, a tudíž ani Ústavní soud není

² Budiž poznamenáno, že se jedná již o druhé užití vesnického holiče v judikatuře Ústavního soudu. Poprvé se holič objevil v odlišném stanovisku soudce JUDr. Pavla Holländera k nálezu ze dne 2. července 1997, sp. zn. Pl. ÚS 2/97. Holič je zde ovšem zmíněn jen okrajově bez viditelného vlivu na odůvodnění disentu. V tomto smyslu tedy vesnický holič prodělal strmý judikaturní vývoj.

³ Raclavský, J. Je paradox holiče paradoxem? *Pro-fil*, 2/2012, s. 3–10, www.phil.muni.cz a literatura tam uvedená.

⁴ Tak si alespoň vysvětlují Ústavním soudem položenou základní otázku celého případu „zdali Nejvyšší správní soud ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu aplikuje v tom smyslu, že ho neaplikuje, anebo tomu tak není.“

populán k posouzení ústavnosti tohoto ustanovení. Z těchto důvodů není vůbec jasné, proč se Ústavní soud při řešení nadnesené otázky dosti nesrozumitelně dovolává paradoxu holiče, neboť jde o dvě zcela nesouvisející materie.⁵

Odhlédneme-li od nadbytečné argumentace holičem, pak plenární usnesení tvrdí, že jeho závěry jsou postaveny na ústavně konformním výkladu. Podle něj v situaci, kdy určité ustanovení právního předpisu umožňuje dvě různé interpretace, přičemž jedna je v souladu s ústavním pořádkem a druhá je s ním v rozporu, není dán důvod zrušení tohoto ustanovení. Při jeho aplikaci je pak úkolem soudů interpretovat dané ustanovení ústavně konformním způsobem. Přednost ústavně konformního výkladu napadené právní normy před jejím zrušením vyslovil Ústavní soud již v řadě svých nálezů,⁶ a proti samotnému tomuto principu lze málo co namítat.

Jeho užití v posuzované věci však trpí několika vadami. První vadou je skutečnost, že Ústavní soud na základě ústavně konformního výkladu dovedl neoprávněnost návrhatele. Ústavně konformní výklad je však metodou, která má své místo při posouzení merita věci (tvrzené rozpornosti právního předpisu s ústavním pořádkem), nikoliv při řešení procesních otázek, jako je přípustnost návrhu či aktivní procesní legitimace návrhatele (tam snad pouze v souvislosti s výkladem příslušných procesních ustanovení zákona o Ústavním soudu, což však nebyl tento případ). Jinými slovy ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu nelze ústavně konformně vyložit tak, že se na jeho soulad s ústavním pořádkem nelze vůbec zeptat.

Na to navazuje další zásadní vada: ústavně konformní výklad totiž nemůže být v přímém rozporu se zákonným textem. Pokud bychom tuto možnost připustili, pak by Ústavní soud vybočil ze své role negativního zákonodárce a svým výkladem by stanovil nové normy rozporné s výslovným zněním zákona. Ústavní soud by v takovém případě fakticky žádné derogální pravomoci nepotřeboval, neboť by si s každým protiústavním zněním zákona či jiného právního předpisu poradil jeho přeformulováním. Jestliže pak v projednávané věci § 14 odst. 6 správního řádu stanoví, že otázku podjatosti nelze posuzovat u vedoucích ústředních správních úřadů a státních tajemníků a jestliže je správní soud vázán zákonem (k tomu viz podrobněji dále), pak toto ustanovení nelze ústavně konformně vyložit tak, že správní soud otázku podjatosti posoudit může, jelikož se jedná o interpretaci v přímém rozporu se zněním zákona. Užití ústavně konformní interpretace Ústavním soudem v projednávaném případě tak lze označit za nepřipadné a chybné.

Ostatně užití ústavně konformního výkladu a závěry Ústavního soudu o neoprávněnosti návrhatele a možnosti správního soudu posoudit si bez ohledu na znění zákona otázku podjatosti postrádají logické spojení. Ústavní soud poté, co zmíní potřebu ústavně konformní interpretace, předestírá některé dílčí úvahy z usnesení sp. zn. II. ÚS 1062/08. (V tomto usnesení Ústavní soud připustil, že námitka podjatosti úředníka rozhodujícího ve správním řízení, byť nejde o instituci soudního typu, může mít ústavněprávní rozměr, neboť článek 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod vyžaduje zajištění nestrannosti správních orgánů. Její posouzení tedy může být napadeno před Ústavním soudem v rámci ústavní stížnosti. Ústavní soud v tomto usnesení však v konkrétním případě porušení této kautely neshledal a ústavní stížnost odmítl jako zjevně neopodstatněnou.) Plenární usnesení navazuje myšlenkou, že správní soud posuzuje vady správního řízení nejen z pohledu ustanovení správního řádu, ale i z hlediska kautel plynoucích z ústavního pořádku, v daném případě z článku 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Ústavní soud uzavírá, že pak § 14 odst. 6 správního řádu nezakládá pro správní soud v daném případě rozhodovací důvody pro hmotněprávní posouzení věci ani neupravuje postup daného řízení, proč v dané věci není naplněna procesní podmínka aktivní legitimace obecného soudu dle § 64 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu. Lapidárně řečeno, podle Ústavního soudu stačí správnímu soudu k posouzení podjatosti článek 36 odst. 1 Listiny a nepotřebuje k tomu správní řád. Kde je však v této úvaze obsažen ústavně konformní výklad § 14 odst. 6 správního řádu nebo nějakého jiného ustanovení, resp. co zde vůbec Ústavní soud ústavně konformně vykládá, není zřejmé. Stejně není příliš jasné jaké je spojení mezi ústavněprávním rozměrem podjatosti správního úředníka (usnesení sp. zn. II. ÚS 1062/08) a možností správního soudu neaplikovat § 14 odst. 6 správního řádu a řídit se přímo článkem 36 odst. 1 Listiny.

Konečně pokud jde o článek 95 odst. 1 Ústavy, tak ten stanoví, že soudce je při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou,

⁵ Paradoxy nejsou dle mínění Viktora Knappa v právním myšlení časté, a pokud se objeví, označuje jejich odstraňování za „složitý problém“ (Knapp, V. *Vědecká propedeutika pro právníky*, Praha, 2003, s. 97–98). Jestliže Ústavní soud v daném případě paradox objevil, pak ovšem ze zkoumaného plenárního usnesení neplyne, že by se do obtížné práce jeho odstraňování jakkoliv hlouběji zabral. Ústavní soud ostatně ani nenaznačil, že by položenou otázku řešil některým ze způsobů, jimiž se paradox holiče řeší, srov. Knapp, V., Holländer, P. a kol. *Právne myslenie a logika*, Bratislava, 1989, s. 128–129, 229.

⁶ Poprvé již v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 48/95, dále např. v nálezech ve věcech sp. zn. Pl. ÚS 10/99, Pl. ÚS 33/03, Pl. ÚS 45/04 a v řadě dalších.

kteřá je součástí právního řádu; je oprávněn posoudit soulad jiného právního předpisu se zákonem nebo s takovou mezinárodní smlouvou. Vázanost soudce zákonem nutně znamená, že se soudce nemůže volně rozhodnout, že ve věci aplikovatelné zákonné ustanovení neaplikuje. Je snad mimo pochybnost, že ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu je zákonným ustanovením, kterým je soudce vázán, a je rovněž zřejmé, že v daném případě předsedy Úřadu na ochranu hospodářské soutěže toto ustanovení bylo třeba soudem aplikovat. Ústavní soud však v plenárním usnesení uvedl, že toto ustanovení se uplatní jen ve správním řízení a nikoliv již v řízení před soudem. Z dikce § 14 odst. 6 ale nplyne, že by se jakkoliv omezovalo na správní řízení, resp. že by vylučovalo své použití správními soudy. V takovém případě omezování jeho působnosti nemá opodstatnění. Dovojuje-li Ústavní soud neaplikaci § 14 odst. 6 správního řádu v řízení před správními soudy z vázanosti soudů článkem 36 odst. 1 Listiny, pak ani tento článek nijak aplikaci § 14 odst. 6 správního řádu před správními soudy neomezuje.

Jiná otázka je nesoulad § 14 odst. 6 správního řádu s článkem 36 odst. 1 Listiny – pak by bylo ale třeba postupovat jinak. Skutečnost, že je obecný soud vázán též článkem 36 odst. 1 Listiny, totiž nemůže vést k neaplikaci ustanovení „obyčejného“ zákona soudem: je-li takový ve věci aplikovatelný obyčejný zákon v rozporu s ústavní kautelou a nelze-li jej současně ústavně konformně vyložit (což Ústavní soud v dané věci neučinil), je na místě jej zrušit a nikoliv jeho aplikaci vyloučit (pouze) v řízení před soudy.

Důsledky a závěr

Patrně jediné smysluplné východisko ze situace nastavené Ústavním soudem je neaplikace (odhlédnutí od) § 14 odst. 6 správními soudy a posouzení otázky podjatosti vedoucího ústředního správního úřadu podle zásad uvedených v § 14 odst. 1 správního řádu.⁷ Přímo aplikaci článku 36 odst. 1 Listiny, jak navrhuje Ústavní soud, též nelze vyloučit, ale pro rozhodování soudů není příliš praktická, neboť toto ustanovení neobsahuje bližší kritéria posuzování podjatosti a dává správním soudům až nebezpečně velký prostor pro výklad pojmu „nestrannost“. Ať tak nebo tak, větší problémy by se neměly objevit, pokud správní soud podjatost příslušné osoby neshledá. Pokud však dospěje k závěru, že vedoucí byl při rozhodování podjatý, bude muset s největší pravděpodobností napadené správní rozhodnutí nebo jiný akt zrušit. Tím se ovšem správní orgán dostává do překerní situace, neboť správní řád ani jiný

právní předpis neupravuje, jak by se tato situace měla řešit, resp. kdo by měl rozhodovat na místo podjatého vedoucího ústředního správního úřadu. Pokud podjatý vedoucí rozhodne znovu, je více než pravděpodobné, že jeho rozhodnutí bude znovu pro podjatost správním soudem zrušeno. Možným řešením je jistě odvolání příslušného vedoucího a jmenování jiné osoby na jeho místo. To je ovšem poněkud drastický způsob řešení nedostatku procesního předpisu. Ústavní soud k této otázce podotkl, že se jí § 14 odst. 6 správního řádu netýká. Tento závěr je ovšem poněkud alibistický: § 14 odst. 6 nahrazení podjatého vedoucího ústředního správního úřadu neupravuje jen proto, že posuzování takové podjatosti přímo vylučuje. Pokud ale Ústavní soud dospěl k závěru, že tuto podjatost posuzovat lze na základě ústavního pořádku, měl by též vysvětlit, jak bude podjatá osoba (patrně též na základě nějakého ustanovení ústavního pořádku) nahrazena.

Usnesení pléna Ústavního soudu též dosti mění roli správních soudů a při zkoumání otázky podjatosti vedoucího ústředního správního úřadu je posouvá z orgánů přezkumných mezi orgány nalézací. Jelikož ve správním řízení nelze podjatost těchto vedoucího zkoumat, bude správní soud první orgán, který ji bude moci originálně posoudit. Tady ostatně vyniká absurdita výsledné konstrukce. Otázku podjatosti vedoucího ústředního správního úřadu nebude možné v rámci správního řízení vůbec položit, ačkoliv si třeba budou všichni účastníci (i sám vedoucí) této podjatosti vědomi. Bude proto nutno správní řízení dokončit, a poté podat žalobu ke správnímu soudu, který následně správní rozhodnutí zruší. Poté bude znovu rozhodovat tentýž vedoucí, jelikož zde není mechanismus jeho náhrady jinou osobou, a bude následovat nová žaloba, a tak dále až do úplného vyčerpání účastníků nebo vedoucího.

Dalším důsledkem je faktická nezrušitelnost § 14 odst. 6 správního řádu v řízení o konkrétní kontrole norem před Ústavním soudem. Neexistuje totiž subjekt, který by byl oprávněn takové řízení zahájit, neboť dle výkladu Ústavního soudu obecné soudy tuto úpravu neaplikují. Ústavní soud zde vytvořil novou kategorii zákonné normy, kterou obecné soudy nejsou vázány a nemohou ji aplikovat, a tudíž ani předložit Ústavnímu soudu k posouzení její ústavnosti.

Za významný negativní důsledek lze považovat i skutečnost, že se Ústavní soud nijak meri-

⁷ Srov. postup Nejvyššího správního soudu v předkládané věci – rozsudek ze dne 26. 6. 2013, č. j. 1 Afs 7/2009 – 753, bod 34, www.nssoud.cz.

torně nevyjádřil k otázkám předloženým Nejvyšším správním soudem a nevyjasnil problém posuzování podjatosti vedoucích ústředních správních úřadů.

Lze tedy shrnout, že usnesení obsahuje logické chyby, je v rozporu s dosavadními interpretačními postupy Ústavního soudu i se samotnou Ústavou. Přesvědčivosti usnesení dále nijak nepřispívá fakt, že o zjevné neoprávněnosti navr-

hovatele rozhodl Ústavní soud až po třech a půl letech (*sic!*) od předložení věci Nejvyšším správním soudem. Předmětné plenární usnesení tak rozhodně nelze zařadit mezi pomyslné *best of* Ústavního soudu. To ale není důležité – podstatné je, zda si správní orgány i správní soudy s dopady tohoto usnesení do své praxe budou umět poradit a případně vyloučit jeho negativní důsledky, což ukáže blízká budoucnost.

Dělba moci jako nástroj konstitucionalismu

JIRÍ BAROŠ, ÚSTAVNÍ SOUD ČR A FAKULTA SOCIÁLNÍCH STUDIÍ MASARYKOVY UNIVERZITY V BRNĚ

Předkládaný článek představuje první část širšího projektu genealogie a architektury konceptu dělby moci. Tento projekt se chce po metodologické stránce inspirovat Schmittovou sociologií (právních) pojmů. Ta není bezprostředně orientována na praktické zájmy právního života, ale snaží se (1) o nalezení poslední, radikálně systematické struktury právních pojmů. Ovšem na rozdíl od koncepce sociologie právních pojmů tohoto velkého německého právního teoretika není ambicí mého daleko skromnějšího příspěvku (2) „konsekventnost dovedená až k metafyzice a teologii“, kdy si Schmitt v tomto druhém kroku klade za cíl „odhalenou systematickou pojmovou strukturu srovnávat s pojmovým zpracováním sociálních struktur určité epochy“.¹ Tato práce prostě a jednoduše předpokládá, že v modernitě nastal přechod od monarchistické myšlenky legitimacy k myšlence demokratické, podle níž veškerá moc spočívá v konstitutivní moci lidu.² Bez ohledu na konkrétní státní formu či formu vlády³ určitého politického společenství dává dělba moci smysl jen v rámci širší teorie konstitucionalismu, jenž je spojován (nikoliv ovšem výlučně, a pokud ano, tak podle mnoha autorů neprávem) s omezením výkonu státní moci. Konstitucionalismus ovšem transformuje jak monarchie, tak demokracie do podoby konstituční monarchie a ústavní demokracie.⁴ Jelikož se alespoň v západní civilizaci v průběhu posledních staletí konstitucionalismus dokázal prosadit, mohou v ní existovat pouze umírněné, tj. liberální varianty monar-

chií, a především pak demokracií; moderní politické režimy totiž zároveň odpovídají touze lidu vládnout si sám sobě. Ač lid zůstává suverénní, jeho vláda skrze různé orgány moci konstituované zůstává omezená, a to ústavou.

Konstitucionalismus je nutno odlišovat od konstitucionismu, který odkazuje k přilnutí k ustanovením (či dokonce někdy i k duchu) ústavního textu a ústavního pořádku. Podobně jako konstitucionalismus může i konstitucionismus omezovat výkon vládnutí, nikoliv ovšem ještě způsobem jako konstitucionalismus.⁵ Ten totiž vyžaduje přilnutí nikoliv k jakémukoliv ústavnímu textu či pořádku, nýbrž k takovým ústavním principům, v jejichž jádru je respekt k hodnotě lidské důstojnosti, zakládající celý systém základních práv. V předválečném období, kdy v myšlení tehdejších liberálů (ještě) nehrála hlavní roli důstojnost, ale svoboda, označil Schmitt tuto lidskoprávní složku konstitucionalismu za základní distribuční princip liberálního právního státu. Podle Schmitta ovšem existuje ještě druhý princip, organizační, který zajišťuje, že jakékoliv užití státní moci je vymezitelné a podrobené přezkumu. Tímto principem je právě princip dělby moci.⁶ Jinak řečeno, ústavní limity, se kterými přichází konstitucionalismus, se týkají (a) rozsahu autority a me-

¹ Schmitt, C. *Politická theologie*. Praha: Oikoymenh, 2012, s. 37.

² Baroš, J. Cesty k suverenitě lidu: nástin genealogie jednoho konceptu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, vol. XXI, no. 1, s. 1–10.

³ Viz Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J. *Základy státovědy*. Brno: MU, 2000, s. 94n.

⁴ Schmitt, C. *Constitutional Theory*. Durham: DUP, 2008, s. 235.

⁵ Murphy, W. F. *Constitutional Democracy*. Baltimore: JHUP, 2007, s. 15n. Jinak řečeno, všechny státy mají ústavu v určitém minimálním smyslu slova, která se skládá z pravidel a norem, jež vytváří, strukturují a definují limity (či jejich absenci) vládní moci a autority.

⁶ Schmitt, op. cit. sub 4, s. 220.

chanismu výkonu státní moci a (b) základních práv.⁷ Úkolem konstitucionalismu je však nejen omezit, ale též zlepšit vládnutí.⁸ To mění celý pohled na ústavu: její základní funkce není čistě jen negativní, tj. omezit moc vlády (*government*) tím, že se některá rozhodnutí vyjmou ze zákonodárného procesu, ale jde jí stejně tak o posílení schopnosti státu vládnout a řešit kolektivní problémy. Z této dvojí perspektivy bych se rád na fenomén dělby moci podíval. V první části své práce (1) rozvinu v návaznosti na amerického politického filosofa a ústavního právníka Stephena Holmese pohled na konstitucionalismus jako na nástroj jak vytvořit efektivní způsob vládnutí, abych se v druhé části (2) zaměřil na to, jak vymezit koncept dělby moci a s ním většinou spojovaný princip brzd a protiváh a jak cíli efektivnímu vládnutí princip dělby moci napomáhá.

Konstitucionalismus jako opora vládnutí

Aby ústava byla pro společenské elity přijatelná, musí jim sloužit, být pro ně v jistém slova smyslu výhodná. Jinak totiž nelze vysvětlit, proč by elity byly ochotny uložit si samy sobě určitá omezení. Konstitucionalismus ukládá elitám omezení v podobě jakéhosi vyššího (ústavního) práva, které nemohou unilaterálně změnit, stejně jako toto vyšší právo nemůže být změněno standardní demokratickou procedurou. Realismus v ústavní teorii dle Holmese velí k uznání toho, že ústavní brzdy politické moci se vynořily a přežily jen tehdy, když sloužily, či se zdálo, že sloužily, zájmům jednotlivců spojených s dobře organizovanými společenskými silami.⁹ Není možné porozumět ústavním omezením, pokud by jejich hlavním cílem bylo jen to, aby z nich profitovali slabí tím, že blokují jednání silných. Jejich sebe-omezení musí směřovat k růstu jejich moci. Pakliže by omezená moc nikdy neprodukovala ještě větší moc, ústavy by nikdy nehrály tak významnou roli, jež jim v politickém životě přisuzujeme. Elity si ukládají omezení, protože tím získávají více bezpečí, bohatství, území, spolupráce a moci.¹⁰ Proto jsou si také ochotny ukládat nové a nové limity své moci. Tímto způsobem lze např. vysvětlit, proč jsou v ústavní demokracii přijímány periodicky opakované volby. Rizika spojená se setrváním v úřadu převyšují ztráty spojené s jeho opuštěním. Neúspěšní kandidáti bývají utišení vidinou budoucích voleb, a proto se nemusí uchýlovat k násilí. Zásadním důvodem, proč si elity dobrovolně ukládají omezení, je to, že se takto mobilizuje spolupráce mas při dosahování nejnaléhavějších cílů elit. Za ústavní demo-

kracií tak v podstatné míře stojí strategické kalkulace mocných politických aktérů. Ti jednak (a) mají zájem učinit své jednání předvídatelným (pro možnost kooperace) a zároveň (b) akceptují systém založený na principu rovnosti před zákonem, pokud je společnost složena z množství určitou moc držících skupin, přičemž žádná z nich nemůže získat nadvládu nad ostatními.¹¹

Smyslem ústavy je proto ustavit trvalou vládu, která přivede zemi k prosperitě. Jde tak o uspořádání vlády, které by zajistilo ideálně politické a ekonomické vzkvétání země, minimálně pak zabránilo její dezintegraci. Jakékoliv uspořádání vlády je vždy spojeno s jistým omezením moci elit. To se ale z dlouhodobé perspektivy ukazuje být (pro ně) daleko výhodnější. Omezená vláda je (či může být) mocnější než vláda neomezená.¹² Ač se může zdát, že typické liberální instituce, jako např. dělba moci, brání rychlejšímu a efektivnějšímu řešení problémů, historická zkušenost svědčí o opaku. Tato pozitivní a (žádoucí cíle) umožňující stránka liberálního konstitucionalismu bývá ovšem zoufale často opomíjena. Konstitucionalismus bývá chápán toliko negativně jako preventivní a přibrzdňující nástroj. Již se nebere v potaz to, že úkolem omezení vládnoucích je usnadňovat vládnutí. Ústavy tu nejsou pouze od toho, aby omezily vládu a zabránily tyranii, ale také od toho, aby vybudovaly moc, vedly ji k sociálně žádoucím cílům a zabraňovaly sociálnímu chaosu a útlaku ze strany soukromých osob.¹³ Ústava by měla napomáhat řešení celé řady politických problémů, nikoliv jen zabraňovat ustavení tyranie, ač je samozřejmě pravdou, že většina liberálů se snažila zabránit ustavení hypertrofované a arbitrární vládě, která by utlačovala jednotlivce i sociální skupiny. Boj proti tyranii je pouze jedním prvkem liberalismu.¹⁴ Ústava se rozhodujícím způsobem podílí též na budování státu. Jejím cílem je ustavit takový systém, který by učinil rozhodování rozumnějším, a snadnějším učít se z chyb a korigovat je. Liberální instituce tak zvyšují schopnost státu

⁷ Waluchow, W. Constitutionalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), E. N. Zalta (ed.), URL: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>, kap. 1.

⁸ Murphy, W. F., Fleming, J. E., Barber, S. A., Macedo, S. *American Constitutional Interpretation*. New York: Foundation Press, 2012, s. 45.

⁹ Holmes, S. Constitutions and Constitutionalism. In: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Eds. M. Rosenfeld and A. Sajó. Oxford: OUP, 2012, s. 192.

¹⁰ Holmes, op. cit., s. 198.

¹¹ Viz Holmes, S. Lineages of the Rule of Law. In: *Democracy and the Rule of Law*. Eds. J. M. Maravall and A. Przeworski. Cambridge: CUP, 2003, s. 19–60.

¹² Holmes, S. *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995, s. IX.

¹³ Holmes, op. cit. sub 12, s. 6.

¹⁴ *Ibid.*, s. 18.

mobilizovat zdroje pro naplnění kolektivních účelů. Neexistuje-li silný stát, nemohou být ani zajištěna liberální tolik ceněná přirozená (lidská) práva.¹⁵ Pouze silný stát může ochránit slabé před silnými. Liberalismus nevznikl jen jako protest proti státní moci, ale také jako protest proti nedostatku státní moci, neschopné chránit soukromé osoby. Zajištění osobní svobody a vládní kapacity se navzájem posilují. Liberální instituce jako např. soukromé vlastnictví, smluvní svoboda či svoboda projevu zvyšují schopnosti státu řešit kolektivní problémy.

Úkolem všech ústavních omezení je v podmínkách moderních ústavních demokracií v konečném důsledku posilovat demokracii. Většina (dobrých) teoretiků byla dle Holmese schopna integrovat suverenitu lidu a konstitucionalismus. Až ústava totiž umožňuje, aby se demokracie realizovala v praxi. Právě proto, že je zděděna od předchozích generací, pomáhá ústava – paradoxně – institucionalizovat a stabilizovat demokracii.¹⁶ Přítomná realizace výkonu suverenity lidu předpokládá nutně přijetí jistých závazků z minulosti, ledaže by snad přítomná generace nechtěla demokracii dále uskutečňovat. Jinak musí nezbytně přijmout jistá omezení sebe samé. Ostatně tato omezení jsou právě výrazem svobody a moci suverénního lidu, strategií, jak si je uchovat. Jestliže se však přítomná generace pokusí řešit své problémy sama, snadno se nakonec připraví o svou moc a svobodu. Autonomie vyžaduje v jistém slova smyslu heteronomii. Byť ústava ztěžuje jisté volby přítomné generace, činí tak se zřetelem ke generacím následujícím. A většinou i pro dobro generace přítomné. Procedury a instituce přijaté kdysi v minulosti ulehčují dosahování současných cílů. Zděděná demokratická ústava může napomoci institucionalizovat a stabilizovat demokracii, jež činí vládce odpovědné lidu. Způsobuje, že většinu rozhodnutí momentální většiny bude možno revidovat. Byť musí zabezpečit dostatečný prostor pro manévrování, inovaci a reformu, některým volbám musí být bráněno, jestliže by mohly obětovat budoucnost nutně omezené perspektivě přítomné generace. Ačkoliv generace tvůrců ústavy nemůže nikdy zcela zabránit budoucím změnám podstatných náležitostí politického systému, může je alespoň brzdit. Přítomná generace ani nemůže být pouhým otrokem generace minulé. Proces konstrukce ústavy totiž nikdy nekončí, neboť k jejím podstatným inovacím dochází postupnou změnou jejího výkladu. Aby mohla vláda lidu přetrvat, musí ústava zajišťovat, aby se budoucí generace mohly kriticky vyslovit k volbám generace současné a v případě potřeby je také revidovat.

Podle otců moderního konstitucionalismu by politická autorita lidu měla převážet nad politickou autoritu vlády, jejíž akty se mohou (někdy) dostat do rozporu s ústavou.¹⁷ Otcové konstitucionalismu byli často pohoršeni fungováním parlamentů, jež si v rané modernitě nárokovaly suverenitu. Základním nástrojem konstitucionalismu jim byla reprezentace, nezbytná pro vyloučení útlaku ze strany vlády a zabezpečení efektivního vládnutí.¹⁸ Díky periodickým volbám závisí reprezentanti na lidu a právě tato závislost je hlavním způsobem kontroly vlády. Sama o sobě však nestačí, protože uplatňování moci z nich smazává postoje, jež si osvojili pod vlivem způsobu, jakým byli zvoleni,¹⁹ a tak je potřeba dalších podpůrných opatření.²⁰ Z nich hlavní je princip brzd a protiváh, spojovaný automaticky většinou autorů s principem dělby moci.²¹ Soustředění celé zákonodárné, výkonné a soudní moci v jedné rukách je definicí tyranie.²² Autoritu je nutno svěřit konkurujícím si orgánům. Jinak by totiž koncentrovaná moc mohla svévolně zasahovat do svobodné sféry jednotlivce. Aby ji nebylo možné zneužít, musí jedna moc klást meze jiné moci.²³ Princip dělby moci ovšem nemá jen tento negativní význam, ale hraje pozitivní a dynamickou roli v institucionálním designu.²⁴ Umožňuje efektivnější distribuci a organizaci vládních funkcí. Je vnitřní, nerepublikánskou strukturou republiky a zabezpečuje lepší výkon moci. Kromě jeho vymezení bych i tuto jeho dvojí roli v ústavní demokracii rád v následující části svého příspěvku naznačil.

Dělba moci a brzdy a protiváhy

Hodnoty jako spravedlnost, svoboda či rovnost nejsou „samovykonatelné“, nýbrž vyžadují ke své praktické realizaci určité institucionální struktury a procesy. Stejně jako ony hodnoty byly tyto struktury a procesy velkým tématem politického myšlení naší civilizace a stojí v jádru

¹⁵ Viz Holmes, S., Sunstein, C. R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000.

¹⁶ Dále sledují Holmes, op. cit. sub 12, s. 153nn.

¹⁷ Srov. Henry St John Bolingbroke. A Dissertation upon Parties, letter 10 cit. dle Holmese, op. cit. sub 9, s. 208.

¹⁸ Mansfield, H. C. *America's Constitutional Soul*. Baltimore: JHUP, 1991, s. 115.

¹⁹ Madison, Hamilton, JAY, op. cit., no. 57, s. 166.

²⁰ Ibid., no. 51, s. 150.

²¹ „Používám dále asi nejvíce zavedený termín dělba moci (...), a termín brzdy a protiváhy (...); změnit na jednotné číslo „asi nejvíce zavedený termín (nikoliv „nejvíce zavedené termíny“), a před slovo „brzdy a protiváhy“ vložit „termín“ (nyní je bez).“

²² Ibid., no. 47, s. 139.

²³ Montesquieu, Ch.-L. de. *O duchu zákonů I*. Praha: Oikoymenh, 2010, XI/4, s. 181.

²⁴ Holmes, op. cit. sub 12, s. 165n.

²⁵ Vile, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1997, s. 1.

normativní teorie konstitucionalismu. Jak vyplývá již z výše řečeného, nejdůležitější podporou ústavní demokracie je kromě konceptu reprezentativní demokracie doktrína dělby moci.²⁵ Tato doktrína hrála zásadní roli jak ve francouzské revoluci, tak v americké revoluci, význačných momentech historie moderního konstitucionalismu.²⁶ Historie této doktríny je ovšem daleko starší. Vznikla jako alternativa doktríně smíšené, resp. vyvážené vlády, jež měly původ v antice a stály v centru debat anglických konstitucionalistů 17. století.²⁷ V tomto bouřlivém období se objevila potřeba nové ústavní teorie, jelikož představa vlády založené na směsi krále, šlechty a lidu přestala odpovídat realitě. Proces přechodu od starověké doktríny smíšeného zřízení k moderní doktríně byl ovšem postupný. Dvěma hlavními kroky této transformace byl (1) důraz na to, že každý orgán státu musí být omezen na vykonávání určité funkce a (2) objevení se nezávislé soudní moci. První krok byl dosažen v 17. století, druhý až ve století následujícím. Stejně jako teorie smíšeného zřízení se doktrína dělby moci snažila čelit absolutismu zabráněním tomu, aby moc byla koncentrována v jednom orgánu státu.

Čistá doktrína dělby moci²⁸ byla založena na představě, že pro ustavení a udržení politické svobody musí být vláda (*government*) rozdělena (a) do tří složek,²⁹ přičemž každé z nich musí odpovídat (b) určitá funkce, zároveň ale žádná z těchto složek nesmí zasahovat do funkcí dalších dvou. A konečně (c) osoby, jež vytvářejí tyto tři vládní orgány, musí být ponechány od sebe navzájem oddělené a musí být odlišné tak, aby žádná osoba nebyla nikdy než členem jedné vládní složky. Pokud budou tato doporučení dodržována, bude podle čisté doktríny dělby moci každá složka vlády zadržovat (potenciálně) arbitrární výkon moci složkami ostatními. Jelikož je omezena na výkon své funkce, nebude žádná z těchto větví moci vykonávat nepřipustnou kontrolu či vliv na větve další. Čistá doktrína dělby moci tak zastává čistě jen negativní přístup k mocenským brzdám mezi jednotlivými větvemi vlády. Pouhá existence několika autonomních orgánů se specifickými funkcemi je podle ní dostatečným zamezením hrozby koncentrace moci. Jednotlivé složky vlády nemusí aktivně brzdit ty ostatní, protože by tak zasahovaly do funkcí ostatních složek. Problémem čisté doktríny dělby moci ovšem je, že neumožňuje řešit situaci, kdy jedna větev moci či jedna skupina lidí, kteří třímají oštěž moci, překračuje svou pravomoc a vykonává neoprávněně svou moc zasahováním do funkcí dalších větví. Ostatně čistá dělba moci vedla již v průběhu 17. století k patu, a proto bylo třeba

najít vhodnou alternativu, která by ovšem zachovala přitažlivé rysy této doktríny.³⁰ Bylo třeba najít způsob jak překonat negativní přístup k brzdám arbitrární moci. Jako vhodné řešení se ukázalo přijetí některých elementů starší teorie smíšené vlády. Tak došlo k zásadní modifikaci doktríny dělby moci, která je od té doby vždy spojována s doktrínou brzd a protiváh.

Včlenění pozitivních brzd (výkonu moci) do doktríny dělby moci znamenalo, že každé složce vlády byla dána moc vykonávat jistý stupeň přímé kontroly nad složkami ostatními tím, že každá z nich byla autorizována hrát určitou roli ve výkonu funkcí dalších dvou. Toto zasahování je však přesně vymezené. Proto je možno říct, že základní myšlenka rozdělení funkcí vlády vlastní doktríně dělby moci zůstala zachována, modifikována byla jen tím, že každá z větví vlády může vykonávat jistý díl autority ve všech třech funkcích vlády. K tomu došlo v první polovině 18. století, kdy myšlenky doktríny dělby moci byly propojeny s teorií smíšené vlády, z čehož vzešla teorie brzd a protiváh. Zatímco podle teorie smíšené vlády měly jednotlivé složky vlády sdílet výkon funkcí, v nové doktríně měla každá větev mít svou specifickou funkci, ačkoliv se v oné době každá větev vlády podílela na zákonodárné funkci.³¹ Zároveň by měla mít každá větev možnost pozitivně působit na postoj dalších dvou větví. V Anglii byla tato teorie aplikována na instituce smíšené monarchie, později však byla adaptována na jinou sadu institucí, v nichž monarcha a dědičná aristokracie nebude již hrát žádnou roli. Tak např. Montesquieu měl daleko jasnější pohled na oddělení zákonodárné a výkonné moci a důležitá byla též jím zdůrazňovaná rov-

²⁶ Srov. Matteucci, N. *Lo Stato moderno*. Bologna: Il Mulino, 2011, s. 147nn.

²⁷ U Řeků má původ ideál *smíšeného* (mixed) *zřízení*, jehož cílem bylo dosažení rovnováhy mezi různými zájmy přítomnými ve společnosti. V jeho základu je představa, že hlavním zájmem ve společnosti musí být dovoleno účastnit se společně na funkcích vlády, aby jeden nevnucoval svou vůli ostatním. Předpokládá existenci tří společenských tříd a nutnost smíchání monarchických, aristokratických a demokratických prvků. Teorie *vyvážené* (balanced) *ústavy* se objevila v Anglii na přelomu 17. a 18. století. Mísí v sobě části doktríny smíšené vlády, nadřazenosti parlamentu a dělby moci. Je založena na částečném oddělení funkcí, jelikož umožňuje sdílení zákonodárné autority, ale zároveň odděluje exekutivní a zákonodárnou funkci. Vile, op. cit., s. 23–82.

²⁸ *Ibid.*, s. 14.

²⁹ Původně byly ale vláda (tj. nejvyšší státní orgány, resp. státní moc) rozděleny do dvou složek (resp. do dvou větví vlády, tzv. *branches of government*, tyto termíny dále používám *promiscue*), přičemž trojčlenění se stalo všeobecně akceptovaným až v první polovině 18. století. Jen dva orgány jsou totiž schopny efektivně zabránit tomu třetímu, aby nepřekračoval rozsah svých kompetencí. Vznik tří oddělených složek vlády reflektoval též rostoucí potřebu dělby práce a specializace orgánů a požadavek, aby v procedurách různých státních orgánů byly ztělesněny vždy jiné hodnoty a aby byly různé společenské zájmy reprezentovány v oddělených větvích vlády.

³⁰ *Ibid.*, s. 57.

³¹ *Ibid.*, s. 79.

nost soudní funkce s funkcemi ostatními.³² Po-
dařilo se mu transformovat teorii smíšené vlády
do sady brzd a protiváh v systému orgánů od-
dělených podle funkcionálního základu.³³ Ač-
koliv první americké státy explicitně odmítaly
teorii brzd a protiváh, historické okolnosti při-
nutily Američany opustit původně preferova-
nou doktrínu čisté dělby moci. Byla to ale až
federální ústava, v níž najdeme obsaženu no-
vou a specificky americkou kombinaci dělby
moci a brzd a protiváh.³⁴ Zatímco v Anglii byla
dělba moci nutným, ale podřízeným elementem
systému, v němž se tři třídy brzdí a vyvažují na-
vzájem, v Americe se brzdy a protiváhy staly
nutným, ale podřízeným elementem systému,
v němž funkcionálně rozdělené složky vlády si
na sobě udržují svou nezávislost. Důležitou vý-
vojovou etapou byla aplikace doktríny brzd
a protiváh v podmínkách parlamentní vlády,
v nichž byla tato doktrína aplikována nejprve
jako nástroj zajištění vyvažování mezi vládou
a parlamentem. Později byla ale často společně
s doktrínou dělby moci opouštěna ve prospěch
teorie suverenity parlamentu. Ta je však konsti-
tucionalisty odmítána, neboť všechny konstitu-
ované autority by měly být podřízeny
konstitutivní autoritě. Přesto nemusí být odliš-
ní konstituované a konstitutivní moci nezbytně
kombinováno s teorií dělby moci, neboť stejně
jako je legislativní moc podřízena konstitutivní
moci, měla by být exekutivní moc podřízena zá-
konodárné moci, čímž je hierarchie mocí zacho-
vána. Ránu hierarchii mocí ovšem zasadil objev
a rozkvět ústavního soudnictví.

V americké právní doktríně i judikatuře Nej-
vyššího soudu se v souvislosti s doktrínou děl-
by moci objevily dvě soupeřící školy myšlení,
formalismus a funkcionalismus. Zatímco podle
formalistů³⁵ mají být otázky horizontální vlád-
ní struktury řešeny odkazem na pozitivní sadu
pravidel (tj. dle textu ústavy, resp. podle někte-
rých autorů odkazem na původní chápání jejího
textu), nikoliv podle účelů jednotlivých pravi-
del, podle funkcionalistů mají být tyto struktu-
rální otázky vlády řešeny ve světle vyvíjejících
se principů, jejichž cílem je rozvíjet poslední
účely, na nichž spočívá systém dělby moci. For-
malisté předpokládají, že v ústavní struktuře je
zakotveno striktní oddělení mocí. To rozhodují-
cím způsobem omezuje oprávnění Kongresu
strukturovat vládu. Naproti tomu funkciona-
listé předpokládají široká oprávnění Kongresu,
pokud příslušné nastavení zachovává rovnová-
hu moci.³⁶ Současná děkanka Stanford Law
School, M. Elizabeth Magillová, ovšem ve svém
vlivném článku upozornila, že existuje latentní
konsensus mezi těmito dvěma soupeřícími ško-
lami. Podle něj je účelem principu dělby moci

zabránit jedné vládní instituci nadměrně aku-
mulovat moc. Prostředkem k dosažení je pak
rozptýlení tří vládních mocí do rozdílných in-
stitucí, z nichž každá by byla vybavena mocí
chránit sebe samu a dohlížet na ty ostatní.³⁷ Ji-
nak řečeno, konsensus se dotýká jak cílů, tak
prostředků. Problémem ovšem je, že se toto spo-
lečné jádro snaží obsáhnout zároveň dvě kon-
cepce, oddělení funkcí a rovnováhu moci, které
mají odlišný historický původ a docela obtížně
vytvářejí harmonický celek. Není pravdou, že
funkcionální oddělení mocí nutně vytváří napě-
tí a soupeření mezi vládními orgány, vedoucí ke
stavu rovnováhy. Tři složky vlády též nejsou
jednoduše (mocemi) v rovnováze.

V současných ústavách je přítomno jak insti-
tucionální oddělení funkcí vlády, tak modifikova-
ná verze doktríny smíšeného zřízení
(vyvažování moci, nikoliv ovšem již mezi růz-
nými společenskými třídami). Formalisté
a funkcionalisté se od sebe liší tím, že formalisté
kladou důraz na oddělení funkcí, zatímco funk-
cionalisté na rovnováhu moci. K vyvažování má
dojít mezi funkcionálně oddělenými instituce-
mi, ovšem odpověď na otázku, jak mohou být
tyto instituce v rovnováze, zůstává hádankou.
Stejně tak je nejasný mechanismus, skrze který
by se této rovnováhy mělo dosáhnout.³⁸ Sama-
otné přidělení vládních funkcí jednotlivým slož-
kám moci totiž ještě mezi nimi nevytváří
soutěživost a napětí, a tím rovnováhu. Ač roz-
voj specifické institucionální identity jednotli-
vých složek vlády (např. pro soudnictví je
typická zvláštní odbornost a jisté opovržení ve
vztahu k rozhodování zákonodárné a výkonné
moci) může podporovat toto napětí a soutěži-
vost, je otázkou, zda jejich zdrojem je funkcion-
ální rozdělení výkonu moci, a nikoliv jen
existence více oddělených institucí sama o sobě.
Neplatí ani to, že funkcionální rozptýl moci do
různých složek sám o sobě vede k jejich vyva-
žování. Tato teze spočívá na představě, že
všechny tři moci mají přibližně stejnou sílu, což
očividně neplatí, a zároveň neposkytuje žádný
analytický nástroj, jak jednotlivé moci srovná-
vat a dojít k závěru o tom, že se nacházejí
v rovnováze.

³² Montesquieu, op. cit., XI/6, s. 183.

³³ Vile, op. cit., s. 105n.

³⁴ Ibid., s. 131–192.

³⁵ Mezi *formalisty* patří Steven G. Calabresi, David P. Currie, Gary Lawson, Saikrishna B. Prakash, Martin H. Redish, Kevin H. Rhodes. Mezi *funkcionalisty* Harold Bruff, Cynthia Farina, Martin S. Flaherty, Lawrence Lessig, Peter L. Strauss, Kathleen M. Sullivan či Cass R. Sunstein.

³⁶ Srov. Manning, J. F. Separation of Powers as Ordinary Interpretation. *Harvard Law Review*. Vol. 124, no. 8, 2011, s. 1939nn.

³⁷ Magill, M. E. The Real Separation in Separation of Powers Law. *Virginia Law Review*. Vol. 86, no. 6, 2000, s. 1130. Z jejího textu dále vycházím.

³⁸ Magill, op. cit., s. 1166nn.

Podle Magillové vedou tyto dvě doktríny k odlišným odpovědím:³⁹ zatímco podle doktríny oddělení funkcí by soudy měly vynucovat rozdělení třech funkcí vládnutí do tří složek vlády (hlavním nebezpečím je proto výkon více než jedné funkce jednou ze složek vlády: smíšení funkcí je nepřipustné), podle doktríny rovnováhy moci by se soudy měly snažit především o udržení rovnováhy skrze vyvažování mezi jednotlivými složkami vlády (soudy by měly zrušit jakoukoliv normu, která by podkopávala soutěživost a napětí mezi mocemi). Nejenže tyto doktríny vedou k odlišným normativním pozicím, ale dalším, a možná ještě větším problémem je, že se nekladou otázky po jejich smyslu.⁴⁰ Tak např. (1) odpůrci míšení vládních funkcí málokdy udávají důvody, proč je tato praxe tak nebezpečná. Oddělení funkcí neznamená totiž ještě rozptýl moci, jelikož tento nevyžaduje funkcionální (postačuje jen institucionální) oddělení moci. Jedno z častých ospravedlnění, tzv. koordinační teze (tři různé instituce se musí shodnout předtím, než vláda může způsobit újmu jednotlivci; oddělení funkcí má tak zabránit svévoli), podle Magillové také selhává,⁴¹ neboť nevysvětluje, proč je nezbytná institucionální dělba vládních funkcí. Navíc je založena na nerealistické představě odděleného výkonu zvláštních funkcí, přičemž výkonná a soudní moc si může kdykoliv učinit úsudek o moudrosti legislativního řešení a tím pak zabránit (negativnímu) vlivu arbitrárního zákona na jednotlivce. Každá z mocí prostě nevykonává stejným způsobem funkci nezávislé tvorby státních politik. Další ospravedlnění, založené na myšlence právního státu (tj. na oddělení tvorby práva od jeho implementace), s sebou nese také jisté obtíže,⁴² jelikož předpokládá schopnost životaschopně a uceleně rozlišit mezi funkcemi vlády a neozřejmuje, proč by tyto funkce měly být odlišeny na úrovni jednotlivých složek vlády. Stejně tak nejistý je (2) význam doktríny brzd a protiváh, kdy nebyl vypracován nějaký standard, podle něhož by bylo možno určit, zda má jedna moc přílišnou moc, a proto by měla být vyvažována. Navíc ani popis mechanismu, který umožňuje soutěž a napětí mezi vládními institucemi, není příliš rozpracován.

Velkou zásluhou M. Elizabeth Magillové je to, že upozornila na mnohé konceptuální nejasnosti spjaté s koncepty jako dělba moci a princip brzd a protiváh. Přesto nelze podle mého názoru podceňovat pozitivní vliv, který jejich mix měl z hlediska dlouhodobé perspektivy. Ač tento mix může být také korumpován, když členové formálně oddělených mocí se neformálně dohodnou na jim vyhovujícím řešení,⁴³ přičemž

jimi dohodnutý status quo napomáhá určité společenské skupině a určitým organizovaným zájmům se dlouhodobě udržet u moci a ponechat si privilegované postavení, nelze opomíjet ani ty momenty, kdy kombinace dělby moci a brzd a protiváh přispěla ke zlepšení vládnutí. Byť v omezené, ale jistě v podstatné míře pomohl tento mix dvou doktrín zabránit nakonec mnoha zásahům do svobodné sféry jednotlivce. Zvláště negativní konstitucionalisté vyzdvihují to, že jsme se díky němu vyhnuli přílišné koncentraci moci. V konečném důsledku se však dělba moci spojená se systémem brzd a protiváh ukázala být pozitivním a dynamickým prvkem institucionálního designu.⁴⁴ Dělba moci je sama o sobě způsobem dělby práce, jenž umožňuje efektivnější rozdělení a organizaci vládních funkcí; tak např. nezávislé soudnictví bylo zavedeno ne proto, aby omezovalo moc, nýbrž aby zvětšilo schopnosti vládnutí. Specializace kromě efektivity přináší též citlivost k různorodosti sociálních problémů. Každá složka vlády rekrutuje své složení podle jiných kritérií právě proto, aby v rozhodování vlády bylo přítomno více společenských zájmů a perspektiv. Dělba moci má navíc též důležitou roli z hlediska demokracie (tzv. reprezentativní funkci), neboť jestliže by členové zákonodárského sboru byli zároveň vykonavateli zákonů, hrozilo by, že by se z jejich aplikace, pakliže by se jim to hodilo, vyloučili. Naopak, pokud jsou tyto moci odděleny, roste podstatně pravděpodobnost, že perspektiva běžného občana bude reprezentována v zákonodárném procesu. Demokracii konečně stejně tak napomáhá systém brzd a protiváh, jelikož je neustálým procesem, který je velice citlivý i na informace přicházející zvnějška, z veřejného mínění.

³⁹ Ibid., s. 1174nn.

⁴⁰ Ibid., s. 1183nn.

⁴¹ Ibid., s. 1185nn.

⁴² Ibid., s. 1192nn.

⁴³ Holmes, op. cit. sub 9, s. 213.

⁴⁴ Holmes, op. cit. sub 12, s. 165.