

Volání po posílení empirie: Jak (ne)měnit českou Ústavu

ROBERT ZBÍRAL,
PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY PALACKÉHO, OLOMOUČ¹

Calling for More Empirics: How (Not) to Change the Czech Constitution

Summary: *Proposals to amend Czech constitution, as well as debates about them, are in principle structured by normative beliefs of their authors, unfortunately with little support from empirical knowledge. Everybody defends his or her own vision, but only a few offer analysis based on real data which would reveal what consequences the vision might bring. This article explores the phenomenon on actual amendment of the constitution proposed by the government, aimed at changing the presidential powers. The text argues how to integrate empirical dimension, namely on the main part of the proposed amendment-involvement of the Senate in the nomination process of the Board of the Czech National Bank.*

Key words: *constitutional amendments, presidential powers, Board of the Czech National Bank, empirical methods, critical analysis*

Česká ústava se řadí ve světovém měřítku k rigidnějším základním dokumentům a v praxi je rovněž počet schválených novelizací menší. To však neznamená, že by nebyly vládou, Senátem a poslanci předkládány četné návrhy změn, tu s menší, tu s větší ambicí. Jednou z těch patřících spíše do skupiny druhé je vládní návrh posunutý do připomínkového řízení v listopadu 2014 ministrem pro legislativu Jiřím Dienstbierem, v současné době stále ještě procházející přípravným procesem před předložením parlamentu.² Jakýmsi leitmotivem změn je v tomto případě role prezidenta ČR, konkrétně ve smyslu zpřesnění a omezení jeho pravomocí. Provázaně s tím se mají ovšem změny promítnout rovněž do ústavních článků dotýkajících se vlády, parlamentu či Ústavního soudu. Nejde přitom o žádnou velkorysou komplexní změnu Ústavy, ale ve své podstatě o soubor nápadů sestavený ve stylu akceptovatelného průsečíku zájmů hlavních politických sil.³ To může vyvolat pochybnosti o promyšlenosti předkládaných opatření, na druhou stranu návrh nabývá na významu, nejde o naivní, již od počátku neprůchodnou iniciativu.

Cílem mého příspěvku nicméně není představit a komentovat jednotlivé body návrhu. Využiji jej pouze jako „podvozku“ k poukázání na nešvar, kterým dle mého názoru již dlouhodobě trpí všechny navrhované novelizace českého ústavního pořádku a odborné debaty s nimi spojené. Je jistě trochu nespravedlivé spojovat politiky a ústavní experty v jedné větě, protože pozice a přístup obou skupin jsou mnohdy diametrálně odlišné. Základní argu-

ment následujícího textu nicméně zní, že mají jedno společné: většina z nich přistupuje k problematice změn Ústavy normativně a naopak bohužel zanedbává empirický rozměr situace.

V první části článku stručně přiblížím svou hlavní tezi v obecné rovině u postavení prezidenta, v druhé sekci východiska aplikuji (otesuji) na konkrétním příkladu klíčové změny navrhované výše uvedenou novelizací, totiž zavedením nutnosti souhlasu Senátu se jmenováním členů Bankovní rady České národní banky.⁴ Text nemá ambici být teoretickým vědeckým pojednáním, snad jej lze zařadit do kategorie odborné polemiky.

Návrhy změn ústavy a deficit diskuse o postavení prezidenta v ústavním systému

Není snad v české politice vděčnějšího ústavního tématu, než je postavení a způsob volby prezidenta. Obecně to souvisí s jeho pozicí monokratického orgánu, který je snazší hodnotit než amorfni orgány kolegiální. V našem pro-

¹ Text vychází z mého vystoupení na semináři „Úvahy a náměty ke změnám Ústavy ČR“, pořádaném 9. března 2015 v Poslanecké sněmovně. V příspěvku jsou využity informace a myšlenky dalších účastníků konference, zvukový záznam jednání je dostupný na <http://www.psp.cz/sqw/hp.sqw?k=4006&td=19&cu=16>. Článek byl sepsán v rámci projektu Podpora vytváření excelentních výzkumných týmů a intersektorální mobility na Univerzitě Palackého v Olomouci (CZ.1.07/2.3.00/30.0004).

² Č. j. OVA 259/15 (PID RACK9QAK682A). Dostupné včetně všech příloh v aplikaci ODok (<https://apps.odok.cz>).

³ Vystoupení předsedy Ústavně právního výboru Poslanecké sněmovny Jeronýma Tejce na konferenci.

⁴ Novelizace by se projevila v novém znění čl. 98. odst. 2 Ústavy.

středí navíc byl a je úřad prezidenta obsazen výraznými osobnostmi vykonávajícími⁵ často kontroverzně přijímané kroky, což u mnohých ve společnosti dále násobilo volání po (pravda nejen) ústavním zásahu. Je třeba nicméně přiznat, že zásadní střet týkající se možnosti zavedení přímé volby prezidenta souvisel s působením Václava Havla i Václava Klause pouze nepřímo.

Návrhy na zavedení přímé volby prezidenta se poprvé objevily hned v roce 1989 a poté s pravidelnou frekvencí až do „úspěšné“ koncovky v ústavním zákoně č. 71/2012 Sb.⁶ Změna ve způsobu volby byla přitom vždy pupeční šňůrou spojena s otázkou role prezidenta v ústavním systému a jeho pravomocemi. Každopádně, takový posun znamenal snad největší novelu Ústavy od jejího vzniku. Protože v ústavním právu není „pohříchu“ legislativních změn tolik jako v jiných oblastech práva, nepřekvapí, že se téma setkalo s velkým zájmem akademiků z oboru. Publikovány byly četné časopisecké studie, sborníky a monografie, s trochou nadšázky by se dalo říci, že se k tématu vyjádřil každý, kdo uměl od sebe rozeznat čísla 62 a 63 a popsány byly tisíce stran.

Nemám v úmyslu zde rozebírat obsah jednotlivých příspěvků, mým záměrem je pouze obecně danou odbornou debatu charakterizovat. Za její hlavní negativum pokládám její takřka výhradní normativní směřování, podložené především doktrinálními argumenty. Autoři mají určitou ideální představu, jak by měl český ústavní systém vypadat, a na pozadí této představy formulují pohled na roli prezidenta a hodnotí jeho stávající (či možné budoucí) rozdělení pravomocí. Pohybují se přitom v rovině konkurenčních modelů ve stylu silný vs. slabý prezident, odpovědný vs. neodpovědný prezident atd. Problémem je, že neexistuje žádná správná či ideální podoba českého ústavního systému, a tak případné spory nelze objektivně rozsoudit ve stylu správné vs. špatné řešení. S tím souvisí i styl diskuse. Česká diskuse samozřejmě není originální a o teoretickém zakotvení hlavy státu se píše již několik staletí. V této souvislosti jen s mírnou dávkou sarkasmu Jan Filip prohlásil, že většinu u nás použitých argumentů již analyzovala doktrína na začátku 20. století.⁷ Autoři tak mohou vybírat ze širokého spektra předchůdců, kterými podpoří svůj pohled na věc, aniž by se přitom nutně vypořádali s pozicemi svých myšlenkových oponentů. Uvedené samozřejmě neznamená, že by příspěvky nebyly kvalitní, některé patří k tomu nejlepšímu, co bylo v českém právním prostředí napsáno. Jen jednoduše čtenáři neposkytnou jasné důkazy pro obsažená tvrzení, dodají mu zejména materiál pro subjektivní vymezení se v rámci problematiky.

Kritizovaný fenomén má širší kořeny. České právní prostředí obecně trpí podceněním empirického rozměru problémů, analýzou skutečností (faktů) v reálném světě, které by mohly podpořit (vyvrátit) normativně či doktrinálně podložená východiska. Tento deficit se neomezuje pouze na akademickou sféru, vzpomenout lze velmi kulhavé zavádění hodnocení dopadů zákonů (RIA) v ČR. Předkladatelé přece nejlépe vědí, čeho chtějí dosáhnout a že jimi vybrané řešení je to správné, není třeba zkoumat řešení alternativní, neřkuli dokládat přesnými údaji, jak se dané varianty projeví. RIA je potom považována mnohými na ministerstvech za zbytečné zdržování, neboť co správnějšího by mohlo být než možnost navržená tamními odborníky (právníky)?⁸ Při hodnocení velké právní konference o dopadech členství ČR v EU, konané na Ministerstvu zahraničních věcí v květnu 2014, brněnský politolog a právník Hubert Smékal snad trochu krutě, ale výstižně rozebíraný jev zhodnotil slovy (o českých právnících) „všichni si hrozně moc myslí, ale nevěnují trochu času tomu, aby věděli.“⁹

Vraťme se zpět k debatě o roli prezidenta. Jestliže zkonzultujeme předmětnou odbornou literaturu, zjistíme, že se v ní objevují konkrétní fakta a příklady, které je možné považovat za empirii. Mají ale čistě informativní hodnotu, například že v zemi X prezident má možnost činit Y. Už se ovšem nedovíme, jak konkrétně se věc Y projevuje v daném systému a co to může znamenat pro systém náš.¹⁰ Informace tak vyznívá spíše jako kuriozita, než aby něco vyvracela/potvrzovala. Zmiňovaný návrh Ústavy rovněž upřednostňuje normativnost před empirií. Jestliže bychom v důvodové zprávě hledali ospravedlnění předložených úprav, došli bychom pravděpodobně k úsilí o „zachování par-

⁵ Či naopak nevykonávajícími, vzpomeňme nejmenování kandidátů na soudce nebo otálení s ratifikací mezinárodních smluv u Václava Klause.

⁶ Pro přehled návrhů mezi lety 1989 a 2011 srov. KUDRNA, J. Přímá volba prezidenta konec cesty trvající 23 let. *Acta Universitatis Carolinae*, 2011, č. 4, s. 13–24; také BRUNNEROVÁ, O. – CHARVÁT, J. Přímá volba prezidenta a její legislativní vývoj. In: Charvát, J. – JUST, P. (eds). *První přímá volba prezidenta ČR v roce 2013 : cesta k jejímu zavedení a okolnosti a politické důsledky první přímé volby*. Praha, 2014, s. 13–53.

⁷ FILIP, J. K některým otázkám parlamentní volby prezidenta republiky. In: Šimíček, V. (ed). *Postavení prezidenta v ústavním systému České republiky*. Brno, 2008, s. 65.

⁸ Za všechny VÍTEK, L. Hodnocení dopadů regulací (RIA). In: Nekola, M. a kol. (eds.). *Současné metodologické otázky veřejné politiky*. Praha, 2011, s. 247–277.

⁹ SMEKAL, H. Malenovský, Kühn, Bobek, Komárek etc. In: *Politica Mundi* [online], 25. 5. 2014 [5. 4. 2015]. Dostupné na <http://politicamundi.blogspot.cz/2014/05/malenovsky-kuhn-bobek-ko-marek-etc.html>.

¹⁰ Jeden náhodný příklad z mnoha stovek: V příspěvku prof. Klímy se dočteme, že v Polsku ke jmenování soudců prezident nepotřebuje souhlas vlády. Tím však bohužel naše duševní obohacení k této zajímavé informaci končí. KLÍMA, K. Prezident České republiky v komparativním pohledu. In: Šimíček (ed.) 2008, s. 21.

lamentního charakteru demokracie v České republice.¹¹ Zpráva však v zásadě mlčí, ve kterých momentech stávající znění Ústavy tento charakter ohrozilo, potažmo jak nová varianta situaci napraví. Hezkým příkladem „konceptnosti“ změny je vývoj impeachmentu prezidenta. Nejprve musel žalobu odsouhlasit Senát, v souvislosti s přímou volbou a rozšířením okruhu žalobních důvodů ústavodárce usoudil, že by bylo vhodné návrhový proces zpřísnit a připojit nutnost kvalifikovaného souhlasu Poslanecké sněmovny.¹² Po necelých třech letech se nově navrhuje, aby možnost návrhu měla každá z komor samostatně. Stručně řečeno, při případném schválení by si Ústava prošla již třetí variantou impeachmentu,¹³ byť za celou dobu došlo k pouze symbolické zkušenosti s podáváním návrhu žaloby.¹⁴ Vládní legislativci již jistě pro jistotu uchraňují v šuplíku důvodovou zprávu pro změnu Ústavy v roce 2019, která bude navrhovat poslední možnou kombinaci, totiž svěřením návrhu žaloby do výhradní pravomoci Poslanecké sněmovny.

O příčinách nechuti právníků k empirii mohou pouze spekulovat a pro důkladný rozbor zde stejně není prostor. Myslím, že základním viníkem je dlouhodobé vnímání práva jako oboru „o různých metodách výkladu“,¹⁵ nezajímá nás, k čemu řešení reálně vede, jde nám o abstraktní správnost. Ruku v ruce s tím kráčí podceňování disciplín, jako je ekonomie nebo politologie. Vráťím se k tomu ještě v závěru příspěvku. Zanedbání empirického výzkumu může mít ale i racionální pozadí, třeba právníci vnitřně vnímají tzv. základní problém kauzality, znemožňující srovnání situace A s ne-A ve stejném čase.¹⁶ Například není v lidských silách objektivně určit, zda by bylo efektivnější účinnost nového občanského zákoníku odložit na rok 2016, neboť nikdo nedokáže zopakovat historii. V ústavním právu zvláště se pak často uplatňuje představa, že ústavní systém každé země je unikátní, poznatky jsou nepřenositelné a hlubší komparace nedává smysl.¹⁷ Jakkoli jsou zde jmenované důvody omluvitelné, považují tento deficit za nežádoucí, vedoucí ke škodlivým důsledkům pro řešení otázky. V další části to ozřejmím na příkladu asi největší změny v předmětné novelizaci Ústavy, totiž ustanovení podmiňujícím jmenování členů Bankovní rady ČNB souhlasem Senátu.

Podmínka souhlasu Senátu se jmenováním členů Bankovní rady ČNB: Jak zapojit empirické poznatky?

Otázka oprávněnosti práva prezidenta jmenovat členy Bankovní rady je v centru pozornosti

doktríny přinejmenším od kontroverzního nálezu z roku 2001.¹⁸ Jak sám nález, tak i následná odborná debata nejsou výjimkou z poukazované empirické vyprahlosti. Většina odborníků zdá se pokládá možnost samostatného postupu prezidenta z různých příčin za normativně nežádoucí,¹⁹ malá shoda však již panuje u doporučení řešení jmenovacího procesu. „Umírněnější“ se kloní k potřebě zavedení schválení prezidentem navržených kandidátů, jako možný schvalovací orgán byl v této souvislosti jmenován Senát, Sněmovna či vláda.²⁰ Odvážnější pak chtějí systém jmenování zcela posunout a založit kuriální způsob výběru, ve kterém by vybrané orgány měly ve své diskreci jmenování určitého podílu členů Bankovní rady.²¹ Bohužel se už příliš nedozvíme, z jakých konkrétních důvodů autoři navrhuji zrovna dané řešení a k jakým důsledkům by jimi podporovaná kombinace pravděpodobně vedla. Já se dále budu soustředit pouze na stávající vládní návrh upřednostňující Senát.

Zapojení empirického rozměru není nic složitého. Za východisko si zvolím teorii tzv. veto hráčů,²² načrtnutou před mnoha lety americkým politologem Georgem Tsebelisem.²³ Teorie se věnuje vzájemným interakcím subjektů v politickém systému a snaží se odhadnout působení pravidel na výslednou politiku. Klíčový je samotný koncept veto hráče. Podle Tsebelise zapojení každého dalšího subjektu do rozhodovacího procesu omezuje výstupy z onoho procesu a diskreci ostatních subjektů.²⁴ Pro nás je klíčové, že včlenění Senátu jako veta hráče do jmenovacího řízení musí dle Tsebelisovy teorie za daných podmínek přinést jasné faktické důsledky. Ostatně k témuž stačí selský rozum. Těžko

¹¹ Srov. důvodová zpráva k návrhu, s. 4.

¹² Ústavní zákon č. 71/2012 Sb.

¹³ Dle snadnosti započítí od středně přísného přes nejpřísnější k nejméně přísnému.

¹⁴ Srov. i podle navrhovatelů ne zcela seriózně míněnou žalobu zastavenou Ústavním soudem v Pl. ÚS 17/13 ze dne 27. března 2013.

¹⁵ K tomu (nepřimo) MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. Praha, 2011, s. 5–16.

¹⁶ Podrobněji EPSTEIN, L. – MARTIN, A. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford, 2014, s. 6–7.

¹⁷ Jde o názor vyjadřovaný ovšem i v zahraničí, srv. ROSENKRANTZ, C. Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. *International Journal of Constitutional Law*, 2003, č. 2, s. 269–295.

¹⁸ Pl. ÚS 14/01 ze dne 20. června 2001.

¹⁹ Proti zachování stávajícího stavu by podle všeho nicméně nebyl například Jan Wintr. Prezident republiky jako reprezentant státu, garant řádu a moderátor politických sporů. In: Šimíček (ed.) 2008, s. 28.

²⁰ Pro přehled JANSTOVÁ, K. Jmenování členů Bankovní rady prezidentem republiky a přímá volba hlavy státu. *Acta Universitatis Carolinae*, 2011, s. 59–60.

²¹ Vystoupení Aleše Gerlocha na konferenci.

²² Někdy také překládáno jako teorie blokačních aktérů.

²³ TSEBELIS, G. *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton, 2002.

²⁴ Pro shrnutí teorie také WARNTJEN, A. *Veto Players*. In: Dowding, K. (ed.) *Encyclopedia of power*. Thousand Oaks, 2011, s. 688–693.

by navrhovatel předkládal novou úpravu, jestliže by nevěřil, že se cokoliv změní.

Úkolem empiricky zaměřeného výzkumníka je v této souvislosti odhadnout možný dopad změn na základě poznatků z minulosti. To je ale až součástí druhé fáze, nejprve totiž musíme znát zadání, neboli odhalit důvody, proč pro nás je změna důležitá a k čemu má vést. Samozřejmě se tím oklikou vracíme k normativním východiskům, rozdíl je v tom, že je projektujeme na konkrétní situaci a na konkrétní data.

Před přehledem možných zadání a jejich empirickým rozbohem se ale zaměříme na metodu. Jak již bylo zmíněno, není v lidských silách s jistotou prohlásit, jaké (ne)výhody přinese spoluúčast Senátu. Neukáže se to ani v případech schválení novely, neboť pak již zase nebude ke srovnání varianta „prezident samostatně“. Asi nejčastěji se základní problém kauzality obchází výběrem tzv. nejvíce podobných případů. Jestliže jsou tyto případy obdobné a uplatňují se za podobných okolností, můžeme předvídat i podobné výsledky.²⁵ U jmenování Bankovní rady by šlo jistě analyzovat jmenovací procesy v zahraničí (nejlépe ve státech podobných ČR) a zjistit, k čemu který z nich vede. Akceptujeme nicméně pro jednu tezi o nepřenositelnosti zkušeností z jiných zemí a zůstaňme v českém prostředí. Přirozeně se nabízí další přístup. U jmenování soudců Ústavního soudu souhlas Senátu od počátku vyžadován je, u členů Bankovní rady nikoliv. Aplikovaný „model“ je pak jednoduchý: pokud od zapojení Senátu u Bankovní rady očekáváme skutečnost X, přispěl Senát k X u soudců Ústavního soudu?

První důvod pro zapojení dalšího subjektu do jmenovacího procesu směřuje k zajištění názorové pestrosti příslušného tělesa. Jestliže navrhovatel a schvalovatel nebudou z hlediska názorů zcela kompatibilní, což lze většinou předpokládat, může potřeba kompromisu přispět k tomu, že určitý počet jmenovaných členů bude odpovídat více vůli jednoho či druhého subjektu a rozvine se požadovaná heterogenita zastoupení. Oproti tomu zařazení dalšího veta hráče je s to mít i negativní důsledky, neboť výstupem kompromisu může být jmenování nevýrazných osob, jejichž hlavní devízou je nikomu nevadit.

Empiricky jsou dané předpoklady jednoduše testovatelné na činnosti jmenovaných členů. Je Ústavní soud názorově různorodější než Bankovní rada ČNB? V druhém případě se například populárně rozlišuje mezi jestřáby (podporující nízkou inflaci a vyšší úroky) a holubicemi (nevadí jim vyšší inflace a nízké úroky). V případě ČR je obecně zastáván názor, že Václav Havel upřednostňoval jestřáby a Václav

Klaus holubice,²⁶ nicméně podrobnější analýza hlasování nepotvrzuje velké rozdíly mezi jednotlivými složenými Bankovními radami.²⁷ Obdobně lze zkoumat činnost soudců. Děje se tak pomocí tzv. postojových modelů, které se snaží vysvětlit rozhodování soudců pomocí jejich politického nebo hodnotového přesvědčení.²⁸ Opět by bylo možné tímto způsobem zkoumat, nakolik názorově heterogenní je český Ústavní soud a do jaké míry v tom hraje roli potřeba Senátu vyslovit souhlas se jmenováním. Bohužel je u nás výzkum v tomto směru pořád v plenkách, jedinou mně známou výjimkou jsou příspěvky Jana Chmela, ani on ale neuvažuje o záležitosti prostřednictvím východisek jmenovacího procesu.²⁹ Jen na okraj si dovoluji podotknout, že teoretické předpoklady musí být propracované a zapojovat více rozměrů. Například obava, že prezidentova dominance povede ke jmenování jeho „kamarádů“, kteří následně budou kopírovat ve svém rozhodování postoje prezidenta, jakoby vylučovala přítomnost vlastní vůle (rozumu) u jmenovaných osob či jejich socializaci v rámci instituce. Neudržitelnost podobných zjednodušení dosvědčí každý, kdo zaznamenal ostrou Klausovu kritiku měnové intervence ČNB započaté a obhajované jím jmenovanou Bankovní radou.³⁰

Druhý možný důvod pro včlenění Senátu je jeho fungování jako pojistky proti excesům prezidenta, ve své podstatě se jedná o naplnění konceptu brzd a protivah. Další veto hráč je podle teorie schopen korigovat výběr navrhovatele a zužuje prostor pro jeho uvážení, na druhou stranu se tím zvyšuje hrozba nedosažení žádného rozhodnutí (upřednostnění *statu quo*). To nemusí být problém u vytváření politiky, typicky ve formě přijímání zákonů, u jmenování do funkcí to však má vždy negativní důsledky, neboť *status quo* znamená neobsazení pozice

²⁵ Aplikace přístupu, mající své základy již v díle Johna Stuarta Milla, je pochopitelně o něco komplikovanější, srov. příklady a zdroje citované v GEORGE, A. – BENNETT, A. *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*. Cambridge, 2004, s. 49–51.

²⁶ Srov. například KOHOUT, P. Jestřábi, holubice a prezidenti. In: Finmag [online] 19. 2. 2008 [7. 4. 2015]. Dostupné na <http://finmag.penize.cz/ekonomika/261958-jestrabiholubiceaprezidenti>.

²⁷ EIJJFINGER, S. a kol. Estimating the Preferences of Central Bankers: An Analysis of Four Voting Records. *European Banking Center Discussion Paper no. 2013-009*, s. 17–20.

²⁸ Velmi populární je tento druh výzkumu v USA, srov. za všechny SEGAL, J. – SPAETH, H. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, 2012.

²⁹ CHMEL, J. Politika na Ústavním soudě? Vliv politického přesvědčení na hlasování soudců „druhého“ Ústavního soudu (1. část). *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, č. 2, s. 178–185; CHMEL, J. Politika na Ústavním soudě? Vliv politického přesvědčení na hlasování soudců „druhého“ Ústavního soudu (2. část). *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, č. 4, s. 475–483.

³⁰ Pro přerod z „oblíbenec“ k „nepříteli“ viz debata plná urážek mezi Václavem Klausem a viceprezidentem ČNB Mojmiřem Hamplm z března 2014 na VŠE, dostupné na <http://multimedia.vse.cz/>.

a tím pádem možnost zablokování práce dané instituce.

Empirie by znovu přezkoumávala předpoklady teorie v reálném světě. Jestliže má Senát fungovat jako pojistka, kolikrát a z jakých důvodů odmítl vyslovit souhlas s prezidentovým kandidátem na soudce Ústavního soudu? Ne vždy se musí projevovat výkon pravomoci veto hráče přímo, jsou kroky prezidenta řízeny jakousi předběžnou opatrností? Jinak řečeno, uzpůsobuje prezident již dopředu své návrhy očekávanému postoji Senátu? Vždy je také třeba zohlednit příslušné metody výzkumu. U zkoumání teze o předběžné opatrnosti by bylo logicky náročné shromáždit relevantní data, museli bychom se uchýlit třeba k rozhovorům s prezidenty či členy prezidentské kanceláře. Snadnější by byla analýza zmíněné hrozby upřednostnění *statu quo*. Zkušenosti se zdrženími při jmenování soudců českého Ústavního soudu naznačují, že riziko zablokování není rozhodně pouze teoretické. Stejně bychom se optikou východisek načrtnutého druhého důvodu zabývali Bankovní radou. Zneužil prezident své výhradní pravomoci ke jmenování členů, které by bylo možné označit za zcela nevhodné pro výkon funkce? Případně jestliže rozšíříme kritéria pojistky, došlo ke jmenování členů, kteří by při existenci brzdy neobdrželi podporu schvalujícího orgánu?

Třetí mnou vyvozený normativní důvod vnímá zapojení Senátu jako cestu k vyšší legitimitě a transparentnosti jmenovacího procesu. Souhlas přímo volené parlamentní kontroly posiluje legitimitu jmenovaných kandidátů. Důležitá je rovněž vyšší veřejná kontrola, neboť parlamenty jako deliberační orgány obecně zveřejňují o své činnosti více informací než exekutivní tělesa. Na druhou stranu účast legislativy celý proces nepochybně politizuje, přitom příslušné orgány se vyznačují nezávislostí a jejich členové by měli být především odborníky v daných oblastech.

Analyzovat empiricky rozsah legitimacy kandidátů na základě způsobu jmenování je téměř nemožné, neboť legitimita samotná je z větší části normativní koncept. Hezky se to ukazuje u hodnocení již zmíněné politizace, která se projevila při nesouhlasu Senátu s opakovaným jmenováním soudců Miloslava Výborného a Jiřího Nykodýma. Zatímco jedni (Miroslav Antl) to odmítají jako nepřípustné vměšování do nezávislosti Ústavního soudu, druzí (Eliška Wagnerová) považují za přirozené, že politická instituce zohledňuje své politické zájmy a promítá je do hlasování o kandidátech.³¹ Mnohem lépe se empiricky posuzuje míra transparentnosti. U Bankovní rady se Václav Klaus omezil na oficiálních stránkách prezidenta jen na pro-

stou informací o jméně a datu jmenování,³² praxi nezměnil podle všeho ani Miloš Zeman.³³ Jmenovací proces se tím stává naprostou černou skříňkou a veřejnost neví, proč byly dané osoby do funkcí obsazeny, zda na funkci budou stačit či jaké hodnotové, nebo odborné postoje chtějí zastávat.

Účast Senátu oproti tomu cestu ke jmenování soudců Ústavního soudu činí komplexnější. Kandidáti mohou být požádáni o představení v senátních klubech, probíhají slyšení ve výborech a poté o věci jedná plénum. Struktura formálně poskytuje dostatečný prostor pro řádné otestování kandidátů, ovšem pouze při naplnění dvou podmínek. Za prvé musí mít senátoři motivaci kandidáty skutečně prověřit po všech stránkách. To se ale nedeje, členka ústavně-právního výboru Senátu Eliška Wagnerová přiznala, že se víceméně kontrolují pouze zákonné podmínky pro výkon funkce, nikoliv odborné či hodnotové předpoklady.³⁴ Za druhé, pro možnost kontroly veřejností je potřebná vysoká transparentnost procesu. Ta ale bohužel také chybí: záznamy z jednání klubů nejsou zveřejňovány vůbec, u výborů se zápisy omezují na informace typu „v rozpravě vystoupili senátoři XY, ZW, na jejich otázky odpověděla AB“.³⁵ Z jednání pléna je sice k dispozici stenozáznam, rozsah diskusí k těmto bodům nicméně bývá minimální. Empiricky tak lze dokázat, že transparentnost procesu a přístup senátorů k němu nejsou v Senátu ideální, naneštěstí díky uvedenému deficitu už nejsme schopni replikovat v ČR výzkum prováděný v zemích, kde je přezkum vhodnosti kandidátů v zákonodárných orgánech na vysoké úrovni.³⁶

Ač jsem tři kritéria kvůli jasnějšímu „teoretickému“ zakotvení diskutoval odděleně, materiálně se logicky mohou prolínat, tudíž Senát v roli brzdy zároveň může zajistit větší heterogenitu zastoupení. Znovu zdůrazňuji, že ve všech případech je empirie pouze nástrojem pro

³¹ Srov. KRAMER, J. – LÉKO, K. Překvapivá „stopka“ pro Nykodýma. *Lidové noviny*, 2. 6. 2014, s. 14. Na konferenci politizaci procesu vnímal kriticky třeba i Pavel Molek.

³² Jmenování členů Bankovní rady České národní banky. Nedatováno. Dostupné na <https://www.hrad.cz/cs/prezident-cr/prezidenti-v-minulosti/vaclav-klaus/rozhodnuti-prezidenta/jmenovani-odvolani-rozhodnuti/bankov-ni-rada-cnb.shtml>.

³³ Prezident republiky jmenoval nového člena Bankovní rady ČNB. 5. února 2014. Dostupné na <https://www.hrad.cz/cs/media/tiskove-zpravy/8088.shtml>.

³⁴ Vystoupení Elišky Wagnerové na konferenci.

³⁵ Viz např. zápis z jednání ústavně-právního výboru ze dne 18. dubna 2013, ve kterém je slyšení čtyř kandidátů na soudce odbyto zhruba 250 slovy.

³⁶ Nejlepším příkladem je asi „grilování“ kandidátů na soudce Nejvyššího soudu USA v senátním výboru pro soudnictví, vice k tomu z empirického pohledu RINGHAND, L. – COLLINS, P. May it Please the Senate: An Empirical Analysis of the Senate Judiciary Committee Hearings of Supreme Court Nominees, 1939–2009. *American University Law Review*, 2011, č. 3, s. 590–640.

otestování normativních východisek. Tak například jestliže bude pro mě hlavním důvodem pro změnu jmenovacího procesu jeho nedostatečná transparentnost (viz dosavadní praxe prezidenta), zkušenosti s působením Senátu u kandidátů na ústavní soudce nepřesvědčují, že se dočkám zásadního kroku vpřed a bylo by pravděpodobně lepší uvažovat o jiném řešení.

Závěr

Empirie je stále v právním prostředí v roli Popelky. Ukázalo to i jednání na v úvodu zmíněné konferenci. Na můj konferenční příspěvek bezprostředně reagovala Eliška Wagnerová s tím, že změny Ústavy by neměly být řízeny empirickými poznatky a zdůrazňovala důležitost vnitřní koherence ústavního pořádku, jeho strukturální jednotu, vůči níž je třeba text vykládat i novelizovat. Domnívám se nicméně, že takto směřovaná kritika je spíše nedorozuměním. Nikdo nezpochybňuje, že každá novela musí přihlížet k rámci vymezenému například čl. 9 odst. 2 Ústavy, po mém soudu se ale do těchto mantinelů vměstná mnoho různých (a přesto kompatibilních) možností změn. A zde už je možné uplatnit empirii.³⁷ Mimochodem důležitost empirie ve svém vystoupení (mimoděk?) mnohokrát zdůrazňovala sama E. Wagnerová, její vystoupení se hemžilo výrazy typu „čerpat zkušenosti“, „prověřené principy“ nebo „žitá realita“. Možná, že u některých právníků

dochází ke směšování empirie s výzkumy aplikujícími složité kvantitativní modely, to však je zbytečný koncepční omyl.³⁸

Věřím, že má argumentace a příklady v příspěvku dokázaly možnost a užitečnost propojení normativních východisek a jejich empirického rozměru u ústavních změn. Je s podivem, že v současnosti se vyžaduje hodnocení dopadů u návrhů zákonů upravujících například působení Ústředního kontrolního a zkušebního ústavu zemědělského,³⁹ ale nemusí být (a není) prováděno u klíčových novelizací Ústavy. Nezbývá než doufat, že se přístup doktríny i politické reprezentace v tomto směru zlepší, už další osud a způsob projednání aktuálního návrhu v parlamentu budou v tomto příslovečném lakmusovém papírkem.

³⁷ Představit si lze i alternativní výklad vize paní senátorky, spočívající v (myšlenkové) konstrukci „ideální ústavy“, která by vlastně nemohla být novelizována, protože každá změna by narušovala vnitřní koherenci. Nebo kdyby nebylo ideálu ještě dosaženo, tak by se novely musely jen přibližovat onomu ideálnímu produktu? A kdo ideál při nedostatku shody určuje? Tento výklad pokládám za absurdní a s odkazem na Occamovu břitvu jej můžeme vyloučit.

³⁸ Empirií je cokoliv se vztahem k realitě skutečného světa. Kvantitativní modely pracují s daty, a jsou tak většinou empiricky založené, tvoří však jen malý výsek empirického výzkumu. Navíc nepopírám, že mají mnohdy paradoxně s realitou společného jen velmi málo. Pro ukázkou článku, u kterého matematika zvítězila nad rozumem a který ve výsledku podává zcela nepravdivý obraz o průběhu transpozice práva EU v ČR, srov. FINKE, D. – DANNWOLF, T. Whistle blowing and opposition control: parliamentary scrutiny in the European Union. *European Journal of Political Research*, 2013, č. 6, s. 715–746.

³⁹ Srov. důvodová zpráva k z. č. 279/2013 Sb.