

Kapitola 6. Demokracie, konstitucionalismus a lidská práva

Jiří Baroš

Benjamin Constant kdysi ve slavné přednášce rozlišil dva druhy svobod: na jedné straně stojí *svoboda starých* spočívající „v kolektivním, a přitom přímém výkonu určitých částí suverénní moci, ve veřejném projednávání války a míru, v uzavírání spojeneckých smluv s cizinci, v hlasování o zákonech, ve vyhlašování rozsudků, ve zkoumání činnosti úředníků, v odhalování jejich činnosti před celým lidem, v možnosti jejich obžaloby, odsouzení či zproštění viny“ [Constant 2006: 79 an.]. Na druhé straně je pak *svoboda moderních*, jejíž podstatou je poklidné užívání individuální nezávislosti. V antice byl jediný téměř vždy suverénem ve veřejných záležitostech, zároveň byl však otrokem v soukromých vztazích. Zatímco pro staré bylo soukromé jednání podřízeno přísnému dohledu, prvotní potřebou moderních národů je nezávislost jednotlivce, a proto po nich nelze žádat, aby tuto nezávislost obětovaly politické svobodě [Constant 2006: 90]. Antické národy neměly dle Constanta žádné vědomí individuálních práv, kterých si dnes natolik ceníme, až lze říci, že v našem skeptickém věku představují (možná) poslední zbývající utopii [Moyn 2012]. Cenou nám je ovšem to, že se dnes jedinec nemůže již těšit ze svobody v antickém pojetí, tj. svobody jako aktivní a stálé účasti na kolektivním výkonu moci. I pro nás je však politická svoboda nezbytná, jelikož je zárukou moderní individuální svobody. Nebezpečí moderní svobody tkví v tom, že „se kvůli plnému zaujetí naší individuální nezávislostí a naplňováním našich soukromých zájmů můžeme příliš lehce vzdát svého práva podílet se na politické moci“ [Constant 2006: 95]. Je proto třeba pokusit se oba druhy svobody naučit spojovat.

Právě snaha o spojení obou těchto druhů svobod je v základu moderního projektu *ústavní demokracie*. Tento normativní projekt v sobě snoubí jak konstitucionalistické, tak demokratické prvky. Právě fenoménu konstitucionalismu obecně a lidským právům a jejich ochraně ústavními soudy zvláště se v této kapitole budeme věnovat především. Nejprve ovšem krátce rozebereme filozofické zdroje a vztah zmíněných dvou zakládajících principů ústavní demokracie. Legitimita současných států je totiž založena na (nutném) spojení dvou abstraktních principů [srov. Tully 2002: 205 an.]: *konstitucionalismu*

(respektive vlády práva, ač je dnes většinou konstitucionalismus chápán širším způsobem než *rule of law*) a *demokracie* (respektive suverenity lidu). Jak demokracii, tak konstitucionalismus je možné vnímat jako dva zakládající principy ústavních pořádků moderních liberálně-demokratických režimů, jelikož formují jejich strukturu i ducha. Politická moc by podle konstitucionalismu měla být vykonávána ve shodě s obecným systémem principů, pravidel a procedur. Ty jsou přitom zakotveny v ústavě, jíž musí být všechny ostatní zákony, instituce a vládnoucí autority podřízeny. Hlavní rolí konstitucionalismu je dnes zajištění, v Constantově výše zmíněné terminologii, *svobody moderních* (tj. ochrana subjektivních práv či soukromé autonomie), není to však jeho jediná role. Ačkoliv jsou lidé v daném politickém sdružení podřízeni ústavnímu systému, měli by to být přímo oni nebo jejich reprezentanti, kdo si tento obecný systém na sebe uvalí. Jen tak je totiž o lidech možno mluvit jako o suverénních a svobodných a stát může být demokraticky legitimní. Být demokraticky svobodní tudíž neznámá pouze různými způsoby participovat na politickém životě ve shodě s těmito principy, pravidly a procedurami, nýbrž také být schopen zapojit se do rokování o nich. Výsledkem konstitucionalismu jsou pak moderní ústavy, které stanovují způsob a omezení výkonu mocí konstituovaných. Vůle a úsudek lidu se projevuje především ve výjimečných *ústavních momentech* [Ackerman 1989 a 1991]. V nich získává přijaté právo, ztělesněné v ústavách, specifickou legitimitu; normální běh politiky se odehrává v mantinelech v nich stanovených.

Jednotlivá ustanovení moderních demokratických ústav musí být interpretována s odkazem na základní strukturu ústavy jako *celku*. Jsou to totiž tyto zakládající principy, jež pronikají celou ústavou a dodávají jí život. Tyto principy jsou implicitní ústavě jako celku. Představují její základní stavební prvky a pomáhají dobře interpretovat její text [srov. rozhodnutí kanadského Nejvyššího soudu *Reference re Secession of Quebec*, 2 S.C.R. 217, File No. 25506, 1998, §§ 49–54]. Porozumění moderním ústavám tak předpokládá porozumění filozofiím, v nichž mají svůj původ. Ústavy moderních ústavních demokracií mají svoje filozofické základy v liberální a republikánské tradici. Zatímco *republikanismus* vždy dával přednost veřejné autonomii občanů před politickými svobodami soukromých osob, *liberalismus* nepřestával upozorňovat na nebezpečí tyranských většin, a proto hlásal prioritu lidských práv [Habermas 1998: 258; viz též Rawls 2005: 410]. Podle republikanismu odvozují lidská práva legitimitu z etického porozumění a suverénního sebeurčení politické komunity, naproti tomu liberalismus předpokládá přirozený původ těchto práv, která představují legitimní překážky zabraňující suverénní vůli lidu, aby narušovala nedotknutelnou sféru osobní svobody. Proti sobě tak stojí individuální svobody členů moderní společnosti

a práva demokratických občanů na politickou participaci. Buď je rozhodující fakt [Habermas 2001: 767], že demokratický zákonodárce může suverénně rozhodnout pouze v rámci hranic vytčených lidskými právy (liberalismus), anebo je třeba si všítat především politické autonomie občanů ztělesněné ve vnitřní organizaci společenství, jež má možnost svobodně utvářet zákony; pak je nejvíce hodnocen proces demokratické tvorby vůle (republikanismus). Zatímco liberalismus stojí v základu ideálu moderního konstitucionalismu, republikanismus zase formoval naše představy o demokracii.

O tom, nakolik je možné spojit normativní principy demokracie a konstitucionalismu, se neustále vedou spory. I když účastníci této debaty (většinou) přiznávají odlišný historický původ obou principů, liší se v tom, nakolik je třeba zdůrazňovat jejich odlišné směřování. Například Walter F. Murphy upozorňuje na to, že demokracie a konstitucionalismus implikují normy, které jsou v mnoha aspektech podobné, v mnoha aspektech zase odlišné a v některých dokonce stojí proti sobě. Směšovat demokratická a konstitucionalistická pravidla podle jeho názoru představuje zmatečné myšlení a vede ke katastrofálním veřejným politikám [Murphy 2007: IX; Murphy, Fleming, Barber, Macedo 2008: 45; k Murphymu viz blíže Baroš 2013c a 2013d]. Naproti tomu podle Stephena Holmese republikanismus a liberalismus nestojí v opozici a byly v plném souladu v 17. a 18. století, kdy autoři, jako například James Harrington, dokázali kombinovat oddanost suverénitě lidu s přijetím ústavních omezení a v mezích spravedlnosti i soukromého sledování osobních zájmů. Také teoretický základ pro pojmání liberalismu a republikanismu jako alternativních modelů politického života je podle něj slabý. *Omezená vláda* není totiž překážkou vládnutí sobě samým, ba naopak je daleko mocnější než neomezená vláda [Holmes 1995: 5 an.]. Holmes sice připouští, že předpoklad nesmiřitelného napětí mezi konstitucionalismem a demokracií je jednou ze základních premis moderního politického myšlení, v moderních podmínkách se však podle něj omezená vláda a vláda sobě samým vzájemně posilují. Jestliže se demokracie a konstitucionalismus podporují, zní nám v současnosti pojem „neústavní demokracie“ spíše jako rozporný [Holmes 1995: 136]. Všechny stabilní demokracie totiž přirozeně fungují v rámci jistých hranic stanovených ústavními normami. Mýtus napětí mezi demokracií a konstitucionalismem podle Holmese přetrvává jen kvůli tomu, že ústavy omezují vůli momentálních parlamentních většin a jsou docela obtížně změnitelné.

Také Jürgen Habermas se ve svých textech pokusil ukázat, že soukromá a veřejná autonomie se vzájemně předpokládají tím způsobem, že ani lidská práva, ani suverénita lidu si nemohou nárokovat primát nad svým protějškem [Habermas 2000: 260]. Lidská práva nemohou být paternalisticky vnučena suverénovi jako vnější omezení. Veřejná autonomie občanů totiž vyža-

duje, aby si adresáti právních norem byli schopni porozumět zároveň jako jejich autoři. Pokud ale občané vystupují jako zákonodárci, nemají již svobodu vybrat si médium, jehož prostřednictvím se bude realizovat jejich autonomie. Tímto médiem je nutně právo, které musí komunikativní předpoklady institucionalizovat ve formě politických občanských práv. Aby mohl být někdo nositelem těchto práv, je nutno vytvořit zákony a s nimi i vymezit status právní osobnosti, jež je jako nositel individuálních práv členem dobrovolného sdružení občanů a může si také efektivně nárokovat svá práva. Základní práva tak nemohou být pouze instrumentalizována jako funkcionální podmínka zákonodárského procesu [Habermas 2001: 767]. Podle Habermase právo nemůže existovat bez soukromé autonomie právních osob. Bez základních práv zajišťujících soukromou autonomii občanů pak neexistuje žádné médium, skrze které by šlo institucionalizovat podmínky, za nichž mohou občané užívat svou veřejnou autonomii. Adekvátní užití veřejné autonomie je možné pouze tehdy, pokud jsou občané dostatečně nezávislí. Občanům tak musí být rovným způsobem zajištěna soukromá autonomie v jejich životních plánech [srov. též Ferrajoli 200]. Právní regulace soukromé autonomie je však možná pouze tehdy, když občané mohou užívat svou politickou autonomii. Oba dva principy jsou stejně původní (*co-original*), nemohou existovat bez sebe a vyžadují se navzájem. Tato skutečnost byla podle Habermase dlouho skryta kvůli soutěži dvou dominantních paradigmat: liberálního modelu volného trhu a modelu státu blahobytu, který reagoval na rozpory prvního modelu [Habermas 2000: 261].

John Rawls se v reakci na Habermase pokusil ukázat, že (a) liberalismus neponechává politickou a soukromou autonomii v nevyřešeném soutěžení, že (b) dilema spočívající v tom, že lidská práva nemohou být zvnějšku vnučena výkonu veřejné autonomie a že tato autonomie nemůže legitimně porušovat tato práva svými zákony, je opravdovým dilematem a že (c) i v liberalismu jsou oba dva principy stejně původní a se stejnou hodnotou jako v Habermasově teorii [Rawls 2005: 412]. Nemůžeme se zde rozsáhleji zabývat Rawlsovou odpovědí, jen bychom upozornili, že oba autoři předpokládají, že zahrnutí moderních svobod do ústavy je záležitostí konstitutivní moci demokratického lidu. Jinak řečeno, byť mohou být svobody starých a moderních v napětí, politická teorie se snaží, aby soutěž mezi těmito svobodami byla určitým způsobem vyřešena. Jakkoliv různé (soudní) případy konfliktů těchto svobod ukazují, že se jim žádný ústavní design nemůže nakonec zcela vyhnout, může nicméně jejich závažnost omezit a napomoci tak životaschopné vládě.

Doktrínou, jež k tomu mimořádným způsobem přispěla, byl *liberální konstitucionalismus*, spojený již s autory jako George Lawson či John Locke,

u nichž najdeme rozpracování rozlišení konstitutivní a konstituované moci. To vzniklo jako reakce na absolutismus spjatý s *legislativní* koncepcí suverenity [Beaud 1994] a jeho cílem bylo v prvé řadě omezit moc parlamentu jako pouhé moci konstituované, jelikož jejím zdrojem a omezením je *moc konstitutivní*. Ta se projevuje konstitutivním aktem, kterým je dána *ústava* [Baroš 2013a]. Konstitucionalismus vyžaduje, aby jakákoliv činnost vlády byla v souladu se zákony, především pak s ústavou [viz *Reference re Secession of Quebec*, 2 S.C.R. 217, File No. 25506, 1998, § 72]. *Liberální* povaha ústavy spočívá v tom, že se snaží především o omezení moci. Byť ústava sestává ze sady pravidel a norem, které vytvářejí, strukturují a definují limity vládní moci či autority, v podmínkách moderního konstitucionalismu by moci vlády měly být jistým způsobem omezeny a její autorita by měla záviset na dodržování právě těchto omezení [Waluchow 2007].

O rozbor toho, jakým způsobem je v ústavní demokracii nejen *omezována*, nýbrž i *zlepšována* moc, nám půjde především v první podkapitole. Následně se zaměříme na (specifičtější) fenomén *lidských práv*, který zde rozebereme jako důležitou část (vývoje) normativního projektu moderního konstitucionalismu, abychom se ve třetí podkapitole podívali na to, jak by se v ústavní demokracii měla *institucionálně* chránit lidská práva.

6.1. Konstitucionalismus: zlepšení a omezení vládnutí

Téměř všechny současné demokratické režimy jsou ústavními demokraciemi, jelikož se ve svých politických strukturách snaží zkombinovat vládu lidem (z)volených reprezentantů s komplexním institucionálním uspořádáním, jehož hlavním cílem je omezit a zlepšit vládnutí [Murphy, Fleming, Barber, Macedo 2008: 45]. V ústavním režimu mají instituce dvojí roli: za prvé *umožňují* uskutečnění různých činností a výsledků, k nimž potřebujeme specializaci a organizaci. Například pro udržení práva a veřejného pořádku potřebujeme soudy a policii. Druhou rolí institucí je blokovat a zvyšovat náklady koordinace různých činností a výsledků, aby byly co nejobtížněji uskutečnitelné [Hardin 1999: 82]. Společenské instituce zároveň umožňují, ovšem také blokují, projevení se vůle lidu. Podle Hardina leží v jádru demokratického konstitucionalismu právě tato tenze. Na ní je ostatně vybudována celá tradice politické filozofie. Například účelem Hobbesova díla *Leviathan* bylo umožnění takové koordinace lidských činností, aby byla zajištěna sebezáchova a spokojenější život. Kvůli vymanění se z bědného stavu války, jež je nutným důsledkem přirozených vášní lidí, je třeba zkonstruovat takovou moc, jíž by lidé vděčili za mír a obranu [Hobbes 2009: 117 an.]. V centru

Hobbesova zájmu byla snaha zredukovat nebezpečí ze strany vlastních spoluobčanů, aristokratických hledačů slávy a náboženských fanatiků, pro něž pozemský mír vůbec nic neznamenal. Pozdější liberální tradice se zaměřila na nebezpečí, které hrozí jednotlivcům ze strany vládních úředníků a všemocného státu, a proto se snažila omezit vládu, jež do značné míry spočívá v omezování svobody jednotlivců.

Skutečnost, že konstitucionalismus má nejen *negativní*, ale také *pozitivní* složku, umožňující realizovat žádoucí cíle státu, je možno dokumentovat již ve slavných *Listech federalistů*. Ti totiž pohlíželi na ústavu instrumentálně, tj. jsou vedeni otázkou, zda její přijetí bude znamenat větší bezpečnost z hlediska zachování (tohoto) typu vlády, svobody a majetku [Hamilton, Madison, Jay 2010: 2]. Je-li síla vlády nezbytná pro bezpečnost svobody, zájem na větší bezpečnosti může dokonce vést k ochotě riskovat jistou ztrátu svobody. Není-li totiž vláda dostatečně energická, tj. nedaří-li se konstitucionalismu zlepšovat vládnutí tak, aby například vláda byla schopna občany chránit před vnějším nebezpečím, pak „násilné ničení životů a majetku doprovázející vojnu, neustálé vypětí a obavy, vyplývající ze stavu trvalého ohrožení, přinutí i státy s tím nejoddanějším vztahem ke svobodě uchýlit se ve jménu míru a bezpečnosti k institucím zavedeným na potlačení jejich občanských a politických práv“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 19]. Pokud dobře nefungují společenské instituce, hrozí despotismus.

Tváří v tvář slabosti Konfederace si federalisté uvědomovali nezbytnost *energie ve vládnutí* [Epstein 1984: 35–58]. Tato energičnost je nezbytná již z toho důvodu, že lidé mají přirozený odpor k tomu, aby se podřídili vládě: „Proč vůbec vláda vznikla? Protože lidské vášně se nechtějí beze zbytku podříditi zásadám rozumu a spravedlnosti“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 41]. Nezbytnost energické vlády vyplývá již z toho, že vášně člověka nemohou být omezeny pouhými doporučeními, nýbrž je potřeba určitá mocenská struktura. Aby vláda zapůsobila na vášněmi hnané jednotlivce, je nezbytné, aby byla nadána jistými mocemi, především pak ozbrojenými složkami a správním, hlavně berním aparátem. Podle federalistů by vláda měla být nadána těmito oprávněními bez omezení [Epstein 1984: 41]. Prvotním úkolem vlády je zajištění bezpečnosti, což však může někdy vyžadovat užití neomezených prostředků. Struktura vlády by ale měla být uspořádána tak, aby bylo zabráněno zneužívání moci. Energie vlády by nicméně měla směřovat především k tomu, aby byly vytvořeny sociální podmínky pro úspěšné fungování ústavních institucí [Barber, Fleming 2007: 46]. Mezi tyto podmínky patří rostoucí ekonomika, přítomnost lidí, kteří si cení rovných ekonomických a politických příležitostí, a ve společnosti dostatečně rozšířený pocit, že lidé mají víceméně to, pro co byli ochotni se namáhat.

Je-li účelem negativního konstitucionalismu omezení vlády ve prospěch svobody a dalších práv proti vládě, a proto se především ptá, zda nějaká složka vlády nepřekračuje svou autoritu, pozitivní konstitucionalismus se především pokouší o ustavení životaschopné vlády. Nikdo totiž nechce vládu jen proto, aby ji mohl omezovat [Barber, Fleming 2007: 37]. Základní funkce ústavy tak není jen čistě negativní, tj. omezit moc vlády vyjmutím určitých rozhodnutí ze zákonodárského procesu, avšak jde jí stejně tak o posílení schopnosti státu vládnout a řešit kolektivní problémy. Proto také již federalisté kladli důraz na pozitivní výhody, které mohou být zajištěny a umožněny jen skrze silnou vládu. Je-li nejvyšším cílem vlády skutečný blahobyt většiny lidu, pak se hodnota každé vlády posuzuje jen podle toho, zda je v jejích silách tohoto cíle dosáhnout [Hamilton, Madison, Jay 2010: 133]. Úkolem ústav tak není jen omezovat moc a zabraňovat tyranii, ale zkonstruovat a vést ji také ke společensky žádoucím cílům a zabraňovat sociálnímu chaosu a útlaku ze strany soukromých osob [Holmes 1995: 6]. Tomuto účelu slouží dvojí druh energie, jenž by měl být vlastní každé ústavně demokratické vládě [Barber, Fleming 2007: 47]: zatímco *negativní energie* vynucuje právo na lidech neposlouchajících vládu (zaujatých proti vládě), *pozitivní energie* se týká přijímání zákonů a provádění jistých činností.

Poté, co federalisté rozebrali pozitivní úkoly vlády, začínají se věnovat problému, jak by vláda mohla být zneužívána. Snaží se navrhnout takovou strukturu vlády, v níž by bylo zneužívání moci méně pravděpodobné, a pokud by k němu přece jen došlo, bylo by dobře odhalitelné a napravitelné. K tomu může dojít jen za podmínky, že se jednotlivé konstitutivní složky vlády budou držet v patřičných mezích prostřednictvím svých vzájemných vztahů [Hamilton, Madison, Jay 2010: 149]. Při tvorbě ústavního designu federalisté vycházejí z poznatků politické vědy, která umožňuje chápat působení různých „principů, jež ve starověku vůbec neznali nebo znali nedokonale. Vyvážené rozdělení moci na jednotlivé složky – vytvoření systému zákonodárných brzd a kontrol, zřízení soudů složených ze soudců zastávajících svůj úřad po dobu řádného výkonu své funkce, zastoupení občanů v zákonodárném sboru poslanci, které si sami zvolili – to vše jsou buď vcelku nové objevy, anebo principy, které se v moderních časech zdokonalily. Jsou to prostředky – a to velmi účinné – pomocí nichž je možno zachovat přednosti republikánské vlády a zmírnit anebo odstranit její nedostatky“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 22].

Federalisté se snažili hledat ochranu před zneužitím vlády nikoliv v omezení moci vlády, nýbrž v tom, jak vytvořit takovou strukturu vlády, aby se občané nemuseli bát, když jí svěří potřebné pravomoci [Hamilton, Madison, Jay 2010: 65]. Zabráněno by proto mělo být hlavně tomu, aby došlo k „soustře-

dění celé zákonodárné, výkonné a soudní moci v jedněch rukách, ať už by šlo o jednotlivce, malou či velkou skupinu a bez ohledu na to, zda ji získali dědičně, či jde o samozvance anebo ji získali ve volbách“, jelikož právě toto soustředění lze oprávněně označit za definici *tyranie* [Hamilton, Madison, Jay 2010: 139]. Zásadní pojistkou proti tyranii jim proto byla *dělbá moci*, neboť oddělené a vzájemně odlišené vykonávání jednotlivých pravomocí vlády představuje základ zachování svobody [Hamilton, Madison, Jay 2010: 149]. Svobodu federalisté chápou v intencích Montesquieuhu: „Politická svoboda občana je onen klid ducha, který vyvěrá z přesvědčení, jež má každý o své bezpečnosti; a aby každý měl tuto svobodu, je třeba, aby byla vláda taková, že se jeden občan nemusí obávat jiného občana“ [Montesquieu 2010: 183]. Podle Montesquieuhu svoboda nemůže existovat tam, kde dochází ke spojení moci v jedné osobě či v jednom úředním tělese. Proti postupnému soustřeďování jednotlivých pravomocí do rukou jedné složky moci působí podle federalistů zejména to, že jejich řídicí představitelé mají ústavní prostředky a osobní pohutky zabránit zasahování ze strany ostatních složek. Proti ctižádosti prostě musí být postavena jiná ctižádost [Hamilton, Madison, Jay 2010: 150].

Kromě dělby moci [srov. Epstein 1984: 126–146; v češtině viz např. Baroš 2013b] je v podmínkách republikánského zřízení, v němž je „jediným legitimním zdrojem moci lid a od jeho vůle se dovozuje celá ústavní charta, na základě které jednotlivé složky vlády získávají svou moc“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 145], dalším, ba dokonce „prvořadým momentem kontroly vlády její závislost na občanech“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 150; srov. Epstein 1984: 147–161]. Pokud lid nemůže vládnout přímo, musí mít jeho reprezentanti alespoň podíl na vládě, aby zajistili, že se nebude vládnout za účelem vlastního prospěchu, nýbrž veřejného dobra. Účelem *reprezentace* jako jisté náhražky systému shromáždění občanů [ke vztahu reprezentace a demokracie srov. např. Manin 1995; Pettit 2009; Urbinati 2008 a 2011; Brim, Dufek 2012] musí být zajištění toho, aby vláda měla shodné zájmy s občany. K tomu může dojít jen tehdy, jestliže bezprostředně závisí na občanech. Duch republikánské svobody podle federalistů vyžaduje, aby všechna moc vycházela od občanů a aby „funkční období osob pověřených vládou bylo krátké, aby tak byli na občanech závislí a aby v průběhu tohoto krátkého období nebyla moc svěřená do rukou několika jednotlivců, nýbrž do rukou velkého počtu lidí“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 101 an.]. Právě reprezentace, tj. skutečnost, že celá moc vlády má být v rukou zástupců lidu, je hlavní a nejučinnější zárukou práv a výsad lidu, jaké je možno v občanské společnosti dosáhnout [Hamilton, Madison, Jay 2010: 77].

Je zajímavé, že oproti pozdějšímu vývoji moderního konstitucionalismu federalisté nevkládali pražádnou naději do Listiny základních lidských

práv a svobod [Barber 2003: 28 an.], nýbrž do mechanismu fungování nové ústavy. Listiny práv byly podle Hamiltona vhodnějším nástrojem pro omezení monarchií než vlád založených na moci lidu. Byly původně dohodami mezi králem a jeho poddanými a znamenaly „omezení výsadních práv panovníka ve prospěch základních práv člověka a vyčlenění práv nepodléhajících panovníkovi“ [Hamilton, Madison, Jay 2010: 249]. Ustanovení o právech v listinách Hamilton pojímal jen jako „svazky aforismů, jež by se lépe vyjímaly v nějaké rozpravě o etice než v ústavě. Listina práv by podle něj byla v navrhované ústavě zbytečná, ba nebezpečná. Lepší zárukou občanských svobod je právům nakloněná kultura než jejich explicitní zakotvení v určitém právním dokumentu [Hirschl 2004: 153]. Výčet oprávnění federace podle federalistů dostatečně zajišťoval přirozenou svobodu a duch národa byl důležitějším prostředkem ochrany práv než jakékoliv na papíru zaznamenané garance [Hamburger 1993: 935].

Zatímco federalisté kladli důraz na jiné principy než na základní práva, která by ukládala smysluplná omezení moci státu a diskreci vládních úředníků, je pro nás dnes přirozené ztotožňovat konstitucionalismus právě s ochranou práv [srov. Loughlin 2000: 197]. Ačkoliv toto ztotožňování není zcela přesné, protože práva jednotlivců jsou pouze jedním ze zásadních principů konstitucionalismu [Whittington 2010: 281], vzhledem k tomu, že jsme vstoupili do *éry práv* [Bobbio 2005], jejich význam narostl a konstitucionalismus se stal z pouhé doktríny formálních omezení vlády prostřednictvím institucionálního systému brzd a protiváh [Loughlin 2000: 183] novou formou politické vlády kladoucí si za svůj hlavní cíl ochranu individuálních práv. V jádru moderního ústavního státu spočívá nutnost zajištění a ochrany přirozených práv jednotlivců. Ačkoliv byl v centru americké i francouzské revoluce konce 18. století pojem přirozených práv, hlavním nástrojem raně moderního konstitucionalismu bylo omezení státní moci, zatímco v centru zájmu současného konstitucionalismu je garantování základních práv [Comanducci 2002: 99 an.]. Tato „revoluce práv“ se přitom odehrála až po druhé světové válce [Loughlin 2003: 125 an.], kdy se základní práva stala přímo vynutitelným právem. Řečeno v termínech Carla Schmitta, na jedné straně je *organizační* princip, typický již pro počátky moderního konstitucionalismu, který zajišťuje, že jakékoliv užití státní moci je vymezitelné a podrobené přezkumu; naopak až ve druhé polovině 20. století byl do důsledků akceptován *distribuční* princip, dle něhož je „jednotlivec jako takový nositelem absolutní hodnoty a zůstává s touto hodnotou v soukromé sféře, a proto je jeho soukromá svoboda něčím, co je v principu neomezené. Stát je pouze prostředkem, a proto něčím relativním, odvozeným, omezeným v každé ze svých mocí a kontrolovaným ze strany soukromé sféry“ [Schmitt 2008: 198].

Omezení státní moci nejsou jen strukturální, nýbrž také, ba především, materiální. Vyústěním moderního konstitucionalismu je stát, který jako nejvyšší hodnotu uznává lidskou důstojnost, jež je pojímána též jako základ všech deklarovaných práv [Kommers 1997: 32]. Cesta k tomu, aby byl všem jednotlivcům garantován široký katalog základních práv vyrůstajících z nejvyšší ústavní hodnoty lidské důstojnosti, byla nicméně značně komplikovaná. Rádi bychom se proto v následující podkapitole zaměřili na přechod k současnému konstitucionalismu, pojímanému (již také) jako způsob materiálních omezení a závazků státní moci. Jejich zdroj přitom vyplývá z lidské důstojnosti jako základní hodnoty (každé) spravedlivé společnosti. Tato hodnota zároveň státu ukládá kromě omezení též pozitivní závazky za tím účelem, aby měl každý jednotlivec možnost žít slušný život [srov. Murphy 2007: 6 an.].

6.2. Prosazování lidských práv v ústavní demokracii

Vznik moderního suverénního státu a objev lidských práv jsou úzce spojeny. Jak lidská práva, tak moderní stát byly zkonstruovány na společném individualistickém základě, který je v radikální opozici s holistickou organizací starověkých a středověkých společností [Bobbio 2005: 55 an.; k opozici holismus versus individualismus srov. též Dumont 1991]. Lidská práva a suverénita nemohou existovat odděleně, protože jsou částí širší historie moderního subjektu [k tomuto konceptu viz Taylor 1975, citovaný již výše v podkapitole 5.1. in fine]: moderní subjekt zkonstruoval *suveréna* ve formě někoho jiného, než je on sám, a tento suverén, jakmile je jím zkonstruován, zpětně uznává jednotlivce jako nositele práv srovnatelných s právy suverénů za starého režimu [Baranger 2012: 298]. Jako schopnosti jednání jednotlivce jsou práva státem uznána jako limit jeho moci i moci kohokoliv jiného. Jiní zase mluví o tom, jak se struktura práv římských občanů, svobod poddaných koruny a středověkých privilegií přenesla na přirozená práva člověka a občana [Colliot-Thélène 2008: 9 an.]. Pojem práv, jimiž by šlo oponovat (státní) moci, se objevil v rámci konfliktů mezi partikulárními skupinami, hájícími svá tradiční *privilegia*, na jedné straně a hegemónickými nároky státu na straně druhé. Subjektivní práva mají svůj původ právě v privilegiích těchto zvláštních společenských skupin. Za jejich teoretické rozpracování ovšem vděčíme především individualistickým teoretikům *společenské smlouvy*, kteří byli zároveň prvními teoretiky moderního státu. Vývoj vztahu mezi státem a právy a svobodami byl poznamenán třemi po sobě následujícími (ideálně typickými) modely [Champeil-Desplats 2012: 3 an.]: prvním byl tzv. *mechanický*

model, typický pro období práv člověka (*droits de l'homme*), druhým na zákon zaměřený normativní model, vlastní době veřejných svobod (*libertés publiques*) a třetím konečně normativní model ústavní axiologie, v němž hrají centrální roli základní práva (*droits fondamentaux*).

Mechanický model byl založen na představě přirozené (tj. nediferencované) svobody, kterou měl jednotlivec v přirozeném stavu. V jádru tohoto systému byla přirozená práva [srov. Loughlin 2000: 199 an.], přičemž přirozené právo bylo jistým dílem této přirozené svobody. Přirozená práva byla podřízena přirozenému zákonu. Pro předmoderní koncepcie přirozeného zákona právo představovalo katalog povinností, které vedou člověka k realizaci jeho určení. Moderní autoři naproti tomu vyšli z jednotlivce poháněného vášněmi, z nichž nejsilnější byla podle Hobbese touha po sebezáchově [Loughlin 2003: 116]. Aby jednotlivec mohl ochránit svou přirozenou svobodu před těmi, kdo neposlouchali požadavky přirozeného zákona, byla vytvořena vláda. Na základě všemi jednotlivci přijaté ústavy byla jejich přirozená svoboda podřízena vládě, a proto si lidé ponechávali svá přirozená práva pod občanskou vládou jen do té míry, do jaké to dovoľovala ústava a další zákony [Hamburger 1993: 908 an.]. Tyto zákony ovšem musely reflektovat přirozený zákon a zachovávat též jistý díl „přirozené svobody“ v občanské společnosti. Člověk totiž vyměnil svá přirozená práva za státem sankcionovaná občanská práva. Účelem „práv člověka a občana“ bylo ale to, aby byla jednotlivcům zaručena jistá přirozená práva, jimiž byli nadáni již v přirozeném stavu. Přirozená práva, pojímaná jako „věčné pravdy“ a „evidentní sama o sobě“, tak představovala axiomatické principy, které byly vnější a zároveň nadřazené státu, stály v základu každé ústavy a představovaly cíl každého politického sdružení [Champeil-Desplats 2012: 4 an.].

Za nejlepší prostředek zajištění respektu a ochrany práv a svobod bylo považováno ústavní *oddělení jednotlivých mocí*. Rozhodující byla efektivita mechanismů tohoto oddělení, nikoliv pozitivní zakotvení práv a svobod v textu ústavy. Vládní funkce měly být rozděleny proto, aby každá z mocí byla kontrolována jinou mocí za tím účelem, aby požadavky exekutivy a entusiasmus legislativy nemohly vést k útisku jednotlivce [Loughlin 2000: 185]. Až v dalších modelech vztahu mezi státem a právy a svobodami se z nich staly pozitivní právní normy; diskurs práv totiž nejprve nepatřil do sféry práva, nýbrž ztělesňoval politický ideál, tj. axiomatický, nikoliv však normativní základ výkonu moci státu.

Za právní normu ovšem již v této vývojové fázi byla považována ústava, jelikož by jí měly být jako aktu konstitutivní moci poslušné všechny moci konstituované, neboť vytváří normativní rámec jejich výkonu. Ústava zaujala konečné místo v rámci tradice tzv. *vyššího práva*, jež se prolíná celou his-

torií západního právního myšlení [Corwin 2008]. Úkol vykládat ústavu byl v Americe (nikoliv však v Evropě) svěřen nezávislým soudům, jelikož ústava je základním zákonem a výklad zákonů přináleží soudům, tj. nejméně nebezpečné moci, která nedisponuje ani silou, ani vůlí, ale jedine úsudkem [Hamilton, Madison, Jay 2010: 226]. Specifickou inovací mechanického modelu tu byla institucionální ochrana ústavy skrze soudy. Názory federalistů byly posléze potvrzeny slavným rozhodnutím Nejvyššího soudu *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 [1803], v němž soudce Marshall vyšel z toho, že původní a nejvyšší vůle lidu se projevuje v ústavě, jež organizuje vládu a každé složce vlády určuje jejich pravomoci. Aby bylo zamezeno zákonodárné moci měnit nejvyšší zákon prostřednictvím obyčejných zákonů a tím z ústavy učinit pouze absurdní nástroj omezení svou povahou vlastně neomezitelné vlády, bylo třeba soudům svěřit oprávnění prohlásit s ústavou rozporný akt za neplatný. Jestliže se při řešení konkrétního případu ústava a zákon rozcházejí, je povinností soudů aplikovat ústavu, neboť je nadřazena jakémukoliv běžnému zákonu. Na kontinentě byla ovšem *rigidita ústavy*, respektive její nadřazenost, dlouhou dobu nemyslitelným fenoménem. Až poválečné evropské ústavní soudy postupně získaly definitivní oprávnění rušit zákony pro rozpor s ústavou [Ferrajoli 2004: 336].

Na konci 18. století nebyla listinám práv přikládána větší (než symbolická) důležitost. Vyjadřovaly spíše sdíleného ducha nového politického uspořádání, neobsahovaly však přímo vynutitelná práva [Loughlin 2003: 123]. Přestože byla americká Listina práv, nakonec akceptovaná i federalisty [Raynaud 2010: 77 an.], přijata ve formě dodatku k Ústavě Spojených států amerických, k explozi práv došlo až v poválečném období, i když důležitými byla již období rekonstrukce [Amar 1998] a New Dealu [Ackerman 2000]. Francouzská Deklarace práv člověka a občana pak neměla vůbec právně závazný charakter, ale byla považována za pouhý politický dokument. Byla nadto založena na předpokladu, že k omezování práv může dojít na základě zákona. Právě spoléhání na integraci práv a svobod do pozitivního práva prostřednictvím aktu zákonodárné moci charakterizovalo druhý, na zákon orientovaný model vztahu mezi státem a právy a svobodami [Champeil-Desplats 2012: 5 an.]. V tomto „zákonném, či zákonodárném státě“ (*l'État légal ou législatif*) získávají práva a svobody svůj právní status prostřednictvím zákona. Kvůli svému zákonnému zakotvení se jich lze dovolávat ve vztahu ke státní správě, či dokonce (někdy) jednotlivcům. Měly v zásadě povahu negativních závazků, tj. závazků nezasahovat ze strany státu [srov. Jellinek 1906], odtud jejich liberální charakter. Zásah do této soukromé sféry si vždy vyžadoval dovolení ze strany zákona. Pro většinu právních teoretiků 19. století ovšem nebylo ještě myslitelné, že by tato práva šlo postavit proti suverénu,

jímž byl parlament. I když byla práva integrována do právního systému, podmínky a způsoby jejich omezení byly ponechány zákonu. Účelem této výhrady zákona bylo zajistit, aby jakékoliv akty státní správy byly v souladu se zákonem [viz Caldwell 1997: 33]. Práva byla výrazem objektivní vůle státu omezit hlavně administrativu. Nejvyšším vyjádřením vůle státu byl zákon, a proto (ještě) nebylo představitelné, že by soudy mohly přezkoumávat zákony z hlediska jejich souladu se základními právy. Spojené státy americké s normativní nadřazeností ústavy a soudním přezkumem ústavnosti byly vnímány spíše jako odstrašující případ.

Získávají-li práva jednotlivce svoje místo v právním řádu pouze na základě jejich interpretace zákonodárcem, je rozhodující, jaké interpretační metody práva zaujímají výsadní postavení. V daném období v právu dominovaly pozitivistické a formalistické přístupy, podle nichž měly práva a svobody právní hodnotu pouze do té míry, do jaké byly integrovány do pozitivního práva. Proto také například pozitivismus významného francouzského vědce tohoto období Raymonda Carré de Malberga prakticky o právech mlčel a považoval je za nahodilý rys moderního státu [Carré de Malberg 2003; blíže viz Maulin 2003]. O státu bylo možno přemýšlet zcela bez ohledu na práva a svobody, které představovaly pouze morální pravidla, jež nemohla být základem právní teorie státu [Champeil-Desplats 2012: 7]. Carré de Malberg se to pokusil ukázat na příkladu Deklarace práv člověka a občana z roku 1789, jež je napsána v tak obecných a vágních termínech, že nemůže představovat žádnou právní normu, respektive právní závazek pro zákonodávce, či dokonce konstitutivní moc. Veškeré omezení státu je tak pouhým sebeomezáním, a to prostřednictvím řádně přijatých zákonů, jelikož stát se nemůže vázat či omezovat ničím jiným než projevem své vlastní vůle. Proti této koncepci Carré de Malberga však vystoupili v této době Léon Duguit a Maurice Hauriou, kteří se snažili ukázat právně závazný charakter deklarace [Raynaud 2010: 46–61]. I u nich však zůstal základním nástrojem potvrzení právní závaznosti práv a svobod zákon.

Německý pozitivista Carl Friedrich von Gerber pak dokonce považoval práva jednotlivce za objektivní odraz právního řádu či státního organismu. Jelikož vůle zákonodávce reprezentovala tento organický celek, z něhož se práva odvozovala, nemohla jim být vůbec podřízena. Práva tak mohla představovat pouze negativní omezení, jež stát dával zákonem sám sobě. Podobně o nich mluvil i asi nejslavnější představitel německého právního pozitivismu Paul Laband, dle něhož tato negativní práva nebyla opravdovými subjektivními právy jednotlivce [Caldwell 1997: 31]. V žádném případě práva nemohla stát nad vůli státu, a tak mohl jakýkoliv zákon základní práva suspendovat či omezit. Ač podle Georga Jellinka mohly existovat individuální nároky na

stát v podobě subjektivních veřejných práv, i podle něj tato práva existovala pouze v rámci právního řádu a skrze něj a vrcholný výraz vůle státu nutně představoval zákon.

Základním pilířem celého politického systému byl v zásadě až do období po druhé světové válce v tehdejších konstitučních monarchiích i republikách zákon, nikoliv základní práva. Ať už byl jeho obsah jakýkoliv, byl považován za nejvyšší a neomezený zdroj práva, nepodřízený ani ústavě. Ta totiž nepředstavovala nic jiného než zákon, a proto pro ni musela platit stejná pravidla, jako platí pro vztah mezi zákony (*lex posterior, lex specialis*). Pro pozitivisty byla nepředstavitelná myšlenka nějakého zákona nad zákonem, protože jediným zdrojem práva byl zákon, pojímaný jako výraz vůle suveréna [Ferrajoli 2004: 337]. Zákonodávce byl tak pojímán jako všemocný. S tím byla spjata pouze formální koncepce demokracie, podle níž suverenita lidu spočívá v tom, že rozhodnutí jsou výrazem, přímým nebo nepřímým, „vůle lidu“, tj. těch, kdo jsou v konečném důsledku jejich příjemci. Rozhodující bylo proto nastavit takové formy a procedury, aby bylo garantováno, že rozhodnutí budou přijímána právě tímto způsobem, tj. lidmi přímo nebo jejich reprezentanty, a to podle principu většiny [srov. Ferrajoli 2007]. Ačkoliv tato formální dimenze zůstává nezbytnou podmínkou demokracie, v substantivní demokracii se stal klíčovým obsah politických rozhodnutí, který klidně mohl být ve formální demokracii antidemokratický. Jak uvádí Luigi Ferrajoli, substantivní demokracie je naproti tomu založena na nezbytném spojení mezi suverenitou lidu, politickou demokracií a základními právy. Po druhé světové válce téměř všechny demokratické státy učinily součástí ústavy katalogy práv a svobod. Poválečné demokracie jsou nerozlučitelně spjata s uznáním a ústavní ochranou práv a svobod jednotlivců. Starý „zákonný, či zákonodárný stát“ se stává „ústavním právním státem“ [viz Champeil-Desplats 2012: 11]. Vstupujeme do nové fáze vztahu mezi státem a základními právy. Legitimita současných států závisí na obsahu jejich ústavních norem.

Podle Ferrajoliho došlo po druhé světové válce k novému založení celého právního řádu i politických institucí. V centru je *rigidita ústavy* zajišťující omezení nejvyšších státních mocí. Ačkoliv o ní lze mluvit již v souvislosti s rakouským experimentem po první světové válce, až zkušenost nacistického a fašistického režimu přinesla změnu celého paradigmatu [Ferrajoli 2007]. Země střední a východní Evropy k tomuto paradigmatu přistoupily po pádu komunismu. I Ústava České republiky se tak snaží navázat „na moderní konstitucionalismus, který podřizuje základní otázky politických institucí a procesů ve státě principům vlády práva a právního státu“ [Klokočka 1994: IX]. Demokracie již nespočívá v ničím neomezené „vůli lidu“, ale ústavou jsou vůli lidu vnucena jistá substantivní omezení a všechny konstituované moci

jsou proto zavázány respektovat a chránit základní práva. Podmínkou platnosti právních norem už není jen dodržení formálních náležitostí, nýbrž soulad s principy spravedlnosti obsaženými v ústavě.⁸⁷ Zatímco Kelsen nebyl přímému uplatnění základních práv ještě nakloněn, základní práva se v reakci na totalitarismy stala *justiciabilním* právem [Wagnerová 2012: 6]. Jde se jich dovolávat nikoliv již jen proti státní správě, ale též zákonodárci. Nejsou už jen normativními zdroji vnějšími státu, nýbrž byly ústavní demokracií internalizovány, tj. *pozitivizovány*. Zaujímají v ní privilegované postavení [Stone Sweet 2000: 31]. Mohou být navíc zdrojem pozitivních závazků [Champeil-Desplats 2012: 10], čímž se kontinentální tradice poválečného konstitucionalismu podstatně liší od anglosaské, která je v zásadě určována koncepcí negativních práv [Currie 1986].

Důvodem odlišnosti amerického konstitucionalismu je to, že ústavní dokumenty v něm byly přijaty dávno předtím, než vznikl *sociální stát*, s nímž veřejná moc přijala odpovědnost za důležité aspekty života lidí [Glendon 1992]. Ostatně i mezinárodní poválečné nástroje ochrany lidských práv vycházejí z tradice založené na lidské důstojnosti, jež je odlišná od individualistické anglosaské tradice. Zatímco v anglosaském světě je člověk pojímán obecně jako sebeurčující se jedinec, *dnigaristické* právní dokumenty si všímají jeho sociální zakotvenosti v rámci rodiny a komunity [Glendon 2002: 227]. Ve Spojených státech je jednotlivec soběstačným osamělým nositelem práv; dle tzv. *nového konstitucionalismu* je naopak společenskou bytostí situovanou ve vztazích [Glendon 1991: 74]. Ačkoliv se například velký liberální soudce William J. Brennan, Jr. snažil založit svou soudcovskou filozofii na lidské důstojnosti [viz Michelman 2005], američtí právníci pojímají lidství člověka daleko spíše prizmatem zakládajícího pojmu svobody (ve smyslu nezávislosti a soběstačnosti). Naproti tomu německý Spolkový ústavní soud, vlajková loď poválečného konstitucionalismu, založil svou judikaturu na představě existence objektivního hodnotového řádu, v jehož centru leží hodnota rovné lidské důstojnosti chápáné jako fyzická a duchovní integrita a identita osoby [srov. Eberle 2002].

6.3. Ochrana základních práv ústavními soudy

Mezi základní charakteristiky *třetího modelu vztahu mezi státem a právy a svobodami* patří [Champeil-Desplats 2012: 10–15]: (a) integrace práv a svobod do ústavních dokumentů, (b) z těchto práv a svobod se stávají přímo vynutitelné ústavní normy, jež se (c) skrze soudní kontrolu ústavnosti šíří do celého právního řádu i politického systému. Z práv a svobod se stávají strukturující hodnotové elementy ústavního práva i celého právního řádu. Používá se pro ně označení „základní práva a svobody“, což vyjadřuje jejich normativní nadřazenost. Všechny moci konstituované by je měly chápat jako nutné východisko své činnosti. Přechod k ústřednímu postavení ústavy vychází z nedůvěry k zákonodárci, který přestal být pojímán jako někdo, kdo je schopen svými normativními akty (zákony) vyjadřovat obecnou vůli lidu. Zkušenost totalitarismů vedla k poznání, že i zákon může (z)ničit svobodu. Bylo třeba zajistit institucionální prostředky, jak ochránit základní práva a svobody před zákonodárcem. Po druhé světové válce proto došlo k využití kelsenovského modelu *koncentrovaného* ústavního soudnictví, který byl, ač neúspěšně, vyzkoušen již ve 20. letech 20. století v Rakousku a Československu [Langášek 2011]. Ten vycházel z tradiční nedůvěry vůči soudcům, kteří nebyli vnímáni jako strážci individuálních svobod, nýbrž jako hlavní odpůrci liberálních reforem [srov. Ferreres Comella 2009: 11 an.]. Proto mohla být přijatelná pouze specifická instituce stojící nad tradiční horizontální dělbou moci, nadaná výlučnou a konečnou jurisdikcí v ústavních věcech.

Přesto postupně došlo k „*judicializaci*“ ústavních soudů, jež začaly samy sebe vnímat jako součást široce pojímané soudní moci. Ta tradičně považuje za jednu z nejdůležitějších hodnot právní jistotu. Právě ta stála jako jeden z hlavních důvodů za ospravedlněním volby koncentrovaného⁸⁸ systému ústavního soudnictví, který ji naplňuje lépe než americké *difuzní* ústavní soudnictví [Ferreres Comella 2009: 23]. Právní jistota bezprostředně souvisí s hierarchickou výstavbou právního řádu, v němž by mělo zaujímat nadřazené postavení ústavní právo [srov. Stone Sweet 2000: 34 an.]. Každý výkon veřejné autority by s ní měl být v souladu, a proto bylo třeba najít odpovídající institucionální odpověď, která by zajišťovala dodržování ústavního pořádku. Poválečný konstitucionalismus byl založen na představě, že by rozhodnutí (nově utvořených) ústavních soudů měla zavazovat moci kon-

⁸⁷ Jak zdůrazňuje naše současná doktrína [Klokočka 1994: XI] i judikatura [např. již nález Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993], Ústava ČR váže aplikaci práva jak na zákonnost, tak i na respektování základních a nedotknutelných hodnot demokratické společnosti, a těmito hodnotami také užití právních norem měří. Stát se má chovat nejen zákonně, nýbrž také spravedlivě.

⁸⁸ Jak v návaznosti na Aleca Stone Sweeta [Stone Sweet 2000: 117 an.] upozornil v našem prostředí Zdeněk Kühn, význam centralizace přezkumu ústavnosti se přeceňuje. Judikatura všech evropských ústavních soudů totiž „tenduje alespoň k určité decentralizaci, což je viditelné z opakovaných požadavků kladených ústavními soudy na soudy obecné, které jsou nuceny chovat se v jistém smyslu jako soudy ústavní“ [Kühn 2007: 78].

stituované. Do celého právního řádu díky jejich novému chápání prosakují základní práva a svobody, a tak ústava postupně skrze judikaturu ústavních soudů zasahuje do všech oblastí života; to bylo ovšem ještě pro Kelsena nemyslitelné. Všechny aktivity veřejné moci jsou nyní nuceny usilovat o to být konkretizací, aktualizací a zajištěním základních práv. *Nový konstitucionalismus* chce být podle jeho proponentů alternativou překonávající jak po teoretické, tak po metodologické stránce dříve dominantní pozitivismus [srov. kriticky Comanducci 2002: 97 an.]. Pozitivismus selhal, neboť chápal ústavu jako souhrn procesních pravidel naplnitelných jakýmkoliv obsahem, a proto nenabízel žádné obranné prostředky proti bezpráví ve formě zákona. Toho využila mj. komunistická strana v Československu k legalizaci únorového zvratu v roce 1948 [Klokočka 1994: XI]. Po roce 1989 mělo dojít k hodnotové diskontinuitě se starým režimem, revidována ale měla být i pozitivistická tradice [např. Čermák 1991].

Se třetím modelem vztahu mezi státem a právy a svobodami tak došlo k rozhodující změně ve vztahu mezi právem a politikou: právo by již nemělo být podřízeno politice; z politiky se naopak stal nástroj aktualizace práva [Ferrajoli 2004: 339]. Z původně čistě jen politického ideálu lidských práv se stal ideál právní. Došlo tak k *legalizaci politiky* a zároveň k *politizaci práva* [Loughlin 2000: 209], jelikož obsah toho, co je lidmi chápáno jako právo, má vždy původ v jejich politických postojích. Ve třetím modelu se též různé, dosud neregulované sféry života dostaly pod ochranu práv. Právo postupně začalo rámovat běh politiky. Jakýkoliv sociální a politický konflikt lze reinterpretovat v *jazyce práv*, a proto se rozhodování právních sporů stalo výsostně politickou věcí. Ve Spojených státech amerických lze akceptaci jazyka práv chápat jako pokus odpovědět na požadavky menšin [Loughlin 2003: 127 an.]. Aktivismus amerického Nejvyššího soudu je spojován s rozhodovací činností Warrenova soudu, jehož emblematickým případem bylo již jedno z prvních rozhodnutí *Brown v. Board of Education* [Powe 2000].

Na kontinentě pak zase k tomuto poslednímu stupni konstitucionalizace spjatým s revolucí práv došlo v různých vlnách až v období po druhé světové válce. Právní řády se začaly točit kolem jistých, ústavou stanovených základních hodnot. Axiologizací práva mělo dojít k nápravě morálního deficitu práva, do něhož upadlo předchozí ústavní právo [Sager 2006], na kontinentě spjaté s představou *sovereignty parliamentu*. Nový konstitucionalismus naproti tomu předpokládá, že parlament může dělat chyby a některé z nich by měly být napraveny [Stone Sweet 2000: 50]. Především by měly být odčiněny jakékoliv zásahy do lidských práv. Práva tak představují substantivní omezení zákonodárné moci. Úlohou zajištění respektu a ochrany (nyní zpozitivizovaných, dříve jen morálních) hodnot v podobě základních práv a svo-

bod bylo pověřeno právě ústavní soudnictví. Přesun formy ochrany základních práv a svobod ze zákona na ústavu byl doprovázen přenosem instituce, jež by k tomu měla sloužit: zákonodárce byl nahrazen (ústavním) soudcem. Ústavní soudci se tak stali hlavními ochránci ústavních principů [Champeil-Desplats 2012: 16 an.]. Představují totiž hlavní protiváhu demokratickým většinám; když tyto většiny ovládají legislativu i exekutivu, nejsou nikým vyrovnávány a mohou tak ústavní principy snadno porušovat. Podle některých autorů vytvářejí ústavní soudy dokonce nejvyšší moc nad ostatními mocemi, jelikož jsou strážci nejvyššího zákona země. Kritici ústavních soudů ovšem namítají, že se takto vytratil důležitý náhled – a pro středoevropský prostor to platí obzvláště –, že by všechny orgány státu měly interpretovat a respektovat ústavu, o níž navíc mohou být mezi rozumnými lidmi neshody, což vlastně znamená [Sadurski 2003].

Postavení soudů jako (nejlepších) ochránců lidských práv je tak stále zdrojem velké kontroverze. Nejvýznamnější kritiku ústavního soudnictví v poslední době představil Jeremy Waldron, podle jehož názoru nemá ospravedlnitelné místo v dobře fungující ústavní demokracii. Soudy totiž nejsou nijak lepší než zákonodárce při rozhodování o základních právech, jelikož jsou až příliš zatíženy výkladem textu a detailním uváděním analogií s jinými soudními rozhodnutími (tj. doktrínou), a proto se (často) debaty uvnitř zákonodárského sboru stran morálních otázek, které jsou při konfliktu práv ve hře, vyrovnají soudním odůvodněním, jelikož zákonodárce může jít bez okolků k podstatě věci [Waldron 2006: 1379–1386]. Podle Waldronových kritiků význam (některých) práv ospravedlňuje, že jim je poskytována (další) ochrana skrze ústavní soudnictví. Morální náklady nadměrné ochrany práv, ke které ústavní soudnictví pravděpodobně povede, jsou nižší než morální náklady vyplývající z nedostatku jejich ochrany v případě absence ústavního soudnictví [Fallon 2008: 1713 an.]. Napomáhá-li ústavní soudnictví dosahování morálně lepších výsledků, dobré důvody svědčí pro uznání jeho legitimacy. Zatímco například americká debata ohledně legitimacy ústavního soudnictví je mimořádně rozsáhlá, jelikož se právě na ní profilují ambiciózní profesori ústavního práva [srov. např. Bickel 1986; Tushnet 2000; Kramer 2005; Seidman 2006; Eisgruber 2007; Breyer 2010], ve středoevropském prostoru se debaty stran legitimacy ústavního soudnictví na kvalifikované úrovni příliš nevedly.

Rádi bychom proto v úplném závěru této kapitoly poukázali na některé více i méně přitažlivé rysy kontinentálního modelu (koncentrovaného) ústavního soudnictví, které po roce 1989 přebrala i Česká republika (respektive Československo) a které také hrálo význačnou (politickou) roli v procesu mnoha postkomunistických tranzicí [např. Schwartz 2000; Procházka 2002;

Sadurski 2005]. Důvěře v ústavní soudy napomohla všeobecná skepse z politických složek vlády. Přes své významné „politické“ pravomoci pomohlo zdání neutrality spojované se soudní mocí tomu, aby ústavní soudnictví nebylo vystaveno kritickému zkoumání své legitimacy [Sadurski 2002: 8 an.]. A když už se nějaké kritické hlasy objevily, bylo to – alespoň v našem prostředí – spíše ze strany nespokojených politiků,⁸⁹ případně v popularizačních publikacích akademiků, nikoliv však (příliš) na stránkách odborných časopisů.

V poválečné Evropě se z ochrany základních práv stal vysoce strukturovaný proces, založený na kontinuálních interakcích a dialogu mezi ústavním soudnictvím, zákonodárnou mocí a obecnou justicí [viz Stone Sweet 2000: 92 an.]. Jsou-li dnes v ústavních demokraciích ústavní soudy akceptovány jako nejvyšší vykladači ústavy, tj. i obsahu a rozsahu základních práv, musí všichni političtí aktéři vzít jimi rozvíjený způsob ústavněprávní interpretace vážně, neboť vymezuje rámec všech politik. Zasahuje-li ústava do všech oblastí života, dotýká se jí potenciálně každé rozhodnutí veřejné moci. Proto také ústavní soudy často nutí zákonodárce k přijetí specifických legislativních opatření, vyplňují mezery v zákonech nebo se pokoušejí jednotlivá ustanovení zákonů interpretovat ústavně konformním způsobem. Zákonodárce je tak nucen přinejmenším myslet jako ústavní soudce. Dochází tak k *judicializaci legislativního procesu*, což dle některých autorů může napomoci proměnit charakter parlamentních debat [Ferrerres Comella 2009: 61]. Političtí aktéři jsou totiž nuceni předvídat rozhodnutí soudů, aby se vyhnuli porážce. Možnost soudu zrušit právní předpis kvůli rozporu s ústavou zvyšuje kvalitu právních argumentů. Ctností koncentrovaného soudnictví je to, že zajišťuje vládní většině možnost hájit legitimitu přijatých právních předpisů. To také zvyšuje viditelnost sporu a vtahuje do něj veřejnost. Účasti veřejnosti ovšem na druhou stranu brání specifický charakter ústavního diskursu, který je veden technickým právnickým jazykem za použití ústavní dogmatiky. Neprávníci (a dokonce i právníci nespécializovaní v ústavní dogmatice) jsou tak vytěsněni z politického diskursu, jenž je nahrazen diskursem ústavním [Kühn 2007: 81].

Uvedené novoty svědčí o zásadní proměně tradičního modelu parlamentní demokracie, který se pojil s nedůvěrou k soudní mocí a s pozitivistickou právní vědou a formalistickou právní interpretací [Stone Sweet 2000: 131]. Podle některých autorů je namíste mluvit spíše o smíšené vládě, jelikož

⁸⁹ V Maďarsku za současné vlády Viktora Orbána ale došlo dokonce k omezení kompetencí tamějšího ústavního soudu a vládnoucí většina se pokusila mimořádně spornými ústavními dodatky překonat významná rozhodnutí tohoto soudu, asi neaktivističtějšího ze všech středoevropských soudů během přechodu k demokracii (k některým projevům toho, jak maďarský ústavní soud zasahoval do maďarské tranzice, viz podkapitola 10.1.).

zákonodárná moc je sdílena volenými či demokratickými autoritami a nevolenými či aristokratickými představiteli státu [Troper 2003: 121]. Pokusy ospravedlnit ústavní soudnictví nadřazeností ústavy, respektive tím, že ústavní přezkum je jediným prostředkem realizace její nadřazenosti, podle Tropera selhávají, jelikož ústavní normy jsou nakonec tím, za co je soudci prohláší; jsou tak spíše produktem jejich volné úvahy, respektive jejich hodnotových preferencí. Ne všichni právní teoretici ale tuto pozici sdílejí, jelikož podle alternativní koncepce soudce objevuje (a to jen ta) práva, která jsou již obsažena v právu [Dworkin 2001]. Právní interpretace totiž není aktem vůle, nýbrž plodem poznání práva. Soudce v existujících institucionálních praktikách, zákonech a precedentech odhaluje dnes široce uznávané hodnoty (lidských) práv, které navíc byly v poválečných dokumentech explicitně kodifikovány.

Zatímco ústavy před druhou světovou válkou měly procedurální charakter, ústřední místo v poválečných ústavách zaujímají katalogy práv vyjadřující konsensus důležitých politických proudů na určitých hodnotách, na nichž ústavní demokracie spočívá. Ochrana těchto základních hodnot byla svěřena ústavním soudům, jelikož se předpokládalo, že právě ony budou mít tendenci brát ústavní hodnoty vážně [Ferrerres Comella 2009: 32 an.]. Dřívější výsadní postavení zákonodárce a jeho aktů (suverenita parlamentu a zákona) se však projevila v tom, že to může být pouze specializovaný soud, jenž se vyjádří k ústavnosti jeho aktů. Předpokládá se nicméně, že při rozhodování o ústavních věcech budou ústavní soudy pravděpodobně méně nedokonalé než zákonodárce. Proto bylo také nezbytné zajistit ústavním soudcům dostatek „volného času a odloučení“, aby mohli vytvořit konzistentní doktrínu lidských práv. Vnitřní koherence rozhodovací činnosti se totiž od soudců obvykle očekává. Jelikož jsou v kontinentálním právu nejvyšší soudy většinou zavaleny množstvím řešených kauz, měly by od něho být ústavní soudy jako specializované instituce co nejvíce osvobozeny [Ferrerres Comella 2009: 36 an.]. Zároveň by měla být zajištěna pestrost jejich složení, protože právě různost pohledů umožní vhodným způsobem řešit ústavní problémy rozvíjející se demokratické společnosti. Jelikož při výkladu ústavy vznikají často názorové střety, stojí zato veřejně publikovat *odlišná stanoviska*, jež díky své přesvědčivosti mohou v budoucnu případně převážit. Je-li však účastníkům řízení v abstraktní kontrole norem dána možnost obrátit se na ústavní soud, je tento soud ochuzen o názory nižších soudních instancí, což je naopak velkou výhodou amerického modelu ústavního soudnictví. To však neznamená, že v některých případech je i bez toho dostačující množství informací; nadto protiústavnost může být mnohdy evidentní.

Zemím kontinentálního práva kvůli zděděné politické a právní kultuře hrozí extrémní pasivita ústavních soudů, především pak vůči zákonodárci.

Podle Víctora Ferrerese Comelly, autora asi nejkomplexnějšího pojednání o koncentrovaném modelu ústavního soudnictví, však k překonávání bázlivosti ústavních soudů a naplňování role „tribuny“ principů napomáhá to, že se (a) nemohou vyhnout odpovědi na kvalifikované podání a navíc (b) nemohou být příliš zdrženlivé, protože to není v souladu s jejich rolí spočívající v odstraňování protiústavních aktů z právního řádu [Ferrerese Comella 2009: 71 an]. Samotná jejich přítomnost podporuje tezi, že lid považuje za dostatečně pravděpodobné, že mnohé akty konstitutivních mocí budou v rozporu s ústavou. Proto ústavní soudy na ochranu ústavních hodnot, zvláště individuálních práv, nesmějí rezignovat. Žádná demokracie nemůže dobře fungovat, jestliže nejsou respektována základní práva. Právě kvůli jejich hodnotě má být, dle některých autorů, politická komunita připravena obětovat (neosvědčený) majoritní model reprezentativní demokracie demokracii s rozvinutým ústavním soudnictvím. Ústavní soudy se zdají být z instrumentálních důvodů ospravedlněny tehdy, když společnosti (lépe) umožňují naplnit ideál substantivní spravedlnosti [Ferrerese Comella 2009: 95]. Aby si nepřisvojily větší moc, než jim náleží, musí být jejich role přísně vymezena, a silněji demokraticky legitimované moci by navíc měly mít možnost rozhodovat o jejich složení a případně reagovat na nepovedené rozhodnutí novým zákonem, či dokonce změnou ústavy.