

6. kapitola

Politické argumenty v právu.

Úvaha kontextová a strukturální

Jan Kysela¹

1. Úvod

Odmítnout nabídku Tomáše Sobka přispět do jím editované knihy mi dost dobře nepřišlo možné, neměl-li bych potřebu rozhojnit výčet svých zásadních životních pochybení; a tu jsem neměl. Napsat požadovaných třicet stran o politických argumentech prosakujících do argumentace právní, tj. do argumentace o tom, co je obsahem práva a jak má být právo (právní norma) vykládáno a aplikováno,² mi však možné nepřišlo rovněž. Kvůli nedostatku času, možná i schopností, hlavně však kvůli nejistotě, ko za politický argument vůbec považovat ve světě, v němž je v zásadě o všem možném se přít s různě strukturovanými odkazy na zákon, právo či spravedlnost. Říká-li totiž editor této knihy, že „*právo nelze vymezit jinak než na společenském pozadí toho, co není právo,*“³ nelze smlčet dialektickou dynamiku na bázi spojených nádob a nepřímé úměry; toho právem nedotčeného v čase zjevně ubývá.

Nakonec jsem se tedy rozhodl pro úrok stranou. Nebudu psát „jen“ o právě vylíčeném tématu, avšak ani o širokém a Tomášem nepoptávaném tématu vztahu práva a politiky, nýbrž tak trochu o obojím. Vzhledem k okolnostem dozajista nepůjde o vyčerpávající rozbor, snad spíše o nastínění struktury problémového pole, která bude moci být následně vyjasňována a upřesňována. Ostatně mnohé otázky spíše položím, než zodpovím.

Postupovat budeme v několika krocích. Zamyslet bychom se přece jen měli nad vztahem politiky a práva, resp. politického a právního myšlení, bez čehož těžko vymezíme, co vůbec jsou, potažmo být mohou politické argumenty. Z povahy věci mají být mimoprávní, znamená to však současně, že jsou v právním diskurzu

¹ Za přečtení kapitoly a připomínky k ní děkuji již osvědčeným čtenářům T. Friedelovi a D. Vítovcovi. Poděkování za konkrétní náměty k vylepšení textu patří rovněž recenzentu D. Kosařovi a nakonec i T. Sobkovi, který na některé z nich reagoval v krátké a hutné výměně názorů mezi editorem a recenzentem, jež se pohříchu odehrávala o několik úrovní výše, než je nadmořská výška, v níž se běžně potuluje má mysl. Děkování nesnímá z autora vinu.

² Takto MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 11. K vymezení argumentů a argumentace jako komunikačního procesu sdělování za účelem a) překonání rozporů, b) změny názoru oponenta, c) poznání pravdy srov. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha, Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR a Aleš Čeněk, 2008, kapitoly 1 a 2.

³ SOBEK, T., op. cit. sub 2, s. 151.

nepřípustné? Neplatí-li samozřejmě, že každý argument užitý zákonodárcem nebo soudcem (hledisko aktéra) je právním.⁴ Anebo záleží na povaze politického argumentu (volební program, přání státostrany, zájem na zachování státu...), typu právního diskurzu a širším kontextu, jehož součástí nemůže nebýt rovněž reflexe expanze právní regulace i do oblastí dříve regulovaných normami čistě politickými, náboženskými nebo etickými?

Má-li totiž např. F. Schauer za to, že z právního diskurzu jsou jako irelevantní vyloučeny argumenty morální, politické, ekonomické nebo náboženské,⁵ jde jednak o to, nemýlí-li se (viz třeba pozice non-positivistů Alexyho typu), jednak o to, zda se v důsledku expanze a otvírání práva mnohé z oněch nepravých argumentů netransformovaly v právní.

Užitečné je však samozřejmě jeho upozornění, že ne každý mimoprávní argument je nutně politický; ty se budou vztahovat především k moci, jejímu rozhraničení (kdo co má v systému vládnutí dělat: co je věcí zákonodárce, co výkonné a nařizovací moci, co soudce, co moci soukromníků) i obsahu (jak a k čemu má být využita). Jenže motivace využívání moci může být rovněž morální (správnost) či ekonomická (užitečnost, poměr nákladů a výnosů), což se tak nakonec v politických argumentech může promítnout rovněž. Záleží však samozřejmě na pojetí politiky, jak následně ukážeme na příkladu Tamanahově i na vymezení právní politiky.

Ptát se ovšem symetricky k hledisku aktéra můžeme, nakolik se měnlivost auditoria (publika) promítá ve výběru politických a právních argumentů, jde-li o přesvědčivost a výsledné přesvědčení, anebo povaha auditoria (soudci, členové parlamentu...) přímo definuje, o jaký argument jde (hledisko publika)?⁶ Argumentace judikaturou

⁴ Rozumím-li výše zmíněné názorové výměně Kosář – Sobek správně, ač ta se týkala vztahu ústavních funkcí a soudů, mohl by to být příklad Eutyfronova dilematu: určuje povaha aktéra povahu argumentu, anebo povaha užívaného argumentu povahu aktéra? Ono dilema, pokud jsem je správně pochopil, udělalo velkou kariéru ve středověku ve vztahu k otázkám typu, je-li dobro dobrem, protože je chce Bůh, anebo dobro Bůh chce proto, že je dobrem. Variací jsou různé mechanismy mající zajistit, aby panovník chtěl jen to, co chtít smí, když už máme za to, že to, co chce, je zákonem (výchova, projednávání s rádci). Do demokratických souvislostí jsem se, nevěda nic o Eutyfronovi, pokusil tuto problematiku zasadit v textu KYSELA, J. *Je to, co chce lid, dobré proto, že to chce lid?* In: PRIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. (eds.) *Právo a dobro v ústavní demokracii*. Praha: ŠLON, 2011.

⁵ Srov. SOBEK, T., op. cit. sub 2, s. 285–286.

⁶ Opět Eutyfron? „Publikum“ je důležitým elementem teorie Ch. Perelmana, příliš nám však nepomůže k odlišení právních a politických argumentů. Důležité totiž je, aby argumenty byly akceptovány jako validní (dobré, rozumné...) publikem, tedy shromážděním osob, které si řečník přeje ovlivnit svou argumentací. Je-li řečníkem soudce, uchází se o aprobaci trojí veřejnosti: stranami sporu, právníckou obcí a veřejným míněním. V úvahu připadá i akceptabilita férového rozhodnutí, opřeneho o nejobecnější hodnoty (*loci*), chybí-li možnost opory v platném právu. Srov. FETERIS, E. T. *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1999, kapitola 5. Významu publika si všímá rovněž politická věda, byť v jiných, a mnohých, souvislostech. Např. B. Manin píše o demokracii „publika“ jako o třetí vývojové formě reprezentativní vlády, v níž se veřejnost neprojevuje typicky jako aktivní stranici, nýbrž jako veřejné mínění. Politika se personalizuje, úloha stran slábne na úkor různých médií, pro politické vůdce se stávají klíčoví experti na komunikaci, protože jde o prezentaci sebe sama publiku. Vzhledem k přešrlí různých překrývajících se sociálních a kulturních štěpení se smazávají jasné kontury voličských táborů, voliči se stávají „plovoucími“, politik si nakonec spíše vytváří své (reagující) publikum, na němž je relativně nezávislý. Srov. MANIN, B. *Principy reprezentativní vlády*. Praha: Karolinum, 2022, s. 225 násl. S. E. Finer zase samu existenci publika ve smyslu veřejného mínění vymezuje jako klíčový faktor stavu politické kultury s dopadem na četnost a úspěšnost vojenských intervencí do politiky: čím méně je politika věcí veřejnou, tím více a úspěšněji se v úzkém kruhu držitelů moci angažují vojáci. Srov. FINER, S. *The Man on Horseback. The Role of the Military in Politics*. Routledge, 2002 (reprint vydání z roku 1964).

ústavního soudu v parlamentním jednání slouží účelu, který může být politický (např. plnění volebního programu), argument sám však nejspíše může zůstat právním, což neznamená, že je nutně přesvědčivější než jiné.⁷ Naproti tomu odkaz na volební program v abstraktní kontrole norem před ústavním soudem může objasnit motivaci normotvůrce, argument sám však bude považován za politický, a tím pádem za málo přesvědčivý, půjde-li o spor o právo. Vidět je to i v české praxi, kdy sice před Ústavním soudem příliš často svědci nevystupují, avšak např. výpovědi ministrů Topolánkovy vlády T. Julínka a M. Kalouska svého času řadu soudců nepřesvědčily. A to nejen proto, že ministři nedoceňovali právní rovinu úsporného programu, ale i kvůli nedokonalým věcným analýzám a prognózám stran toho, co mají různé úsporné kroky ve zdravotnictví či ve stavebním spojení přinést, nemohly-li být citlivější ve vztahu k zachování podstaty dotčeného základního práva, legitimního očekávání apod. V tomto ohledu tak platí, že je to praxe interpretačního společenství, která určuje podmínky diskurzivní přípustnosti argumentů.⁸

A to by mohlo být vše. Nicméně následně přece jen ještě ve dvojím nástinu upozorníme jednak na několik pojetí autonomních domén, z nichž jednu budeme moci vždy provázat spíše s (zavazujícím) právem, zatímco tu druhou spíše s (nevázanou) politikou, jednak se stručně a přehledově zaměříme na argumentační figury odkazující na politiku v argumentaci o právu, a to i před soudy, tedy v jádru právního procesu. Sem spadá mj. doktrína politické otázky.

Už nyní můžeme snad trochu zjednodušeně říci, že politický odkaz může v právu sloužit buď jako nástroj imunizace té či oné kauzy před argumenty a institucemi právními (politika jako autonomní sféra, svébytná logika posuzování věcí, *arcana imperii*)⁹, anebo jako pokyn k určitému řešení právnímu (upřednostnění konkrétního argumentu či úhlu pohledu před jinými, včetně případného pošlapání juristického způsobu posuzování věcí).

⁷ Nedá mi to nevzpomenout příkladu E. Wagnerové, jež se po přechodu z Ústavního soudu do Senátu zdála být občas překvapena, že odkazy na judikaturu nepůsobí v obou prostředích stejnou silou.

⁸ PROCHÁZKA, R. *Dobrá vola, spravodlivý rozum. Hodnoty a principy v soudní praxi*. Bratislava: Kalligram, 2005, s. 141. Interpretační společenství může být nahlíženo i jako jeden z druhů publika. Jde o společenství osob, jejichž účast na realizaci práva vyvolává vzhledem k jejich formální i neformální autoritě bezprostřední i zprostředkované normativní implikace (tamtéž, s. 175). Na význam jeho reakcí, případně i jen reakcí soudcovské složky interpretačního společenství, pro posouzení korektnosti postupu soudců (jak právo interpretují či dotvářejí, jak argumentují) upozorňují mnozí autoři, mj. C. Schmitt, D. Kennedy, R. Dworkin, T. Sobek. Pokud interpretační společenství spojíme s právníky jako stavem, vystoupí do popředí jeho několikerý rozměr. Jde o komunitu sdílející soubor poznatků a způsob myšlení, mající ovšem i vlastní zájmy a jsoucí ve vztazích vzájemné závislosti jednotlivých částí, přinejmenším co do prestiže. Srov. SHAPIRO, M., STONE SWEET, A. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 174–175.

⁹ *Arcana imperii* jsou tajemství politiky a vládnutí, jež jsou nutně vyhrazena nemnohým, králům a členům jejich rad. Těžiště tkví v účelové racionalitě. Viz FRIEDRICH, C. J. *Die Staatsräson im Verfassungsstaat*. Freiburg im Breisgau: Verlag Karl Alber, 1961, s. 18. Podle C. Schmitta k nim patří např. návody, jak udržet lid v klidu poskytnutím neškodného podílu na politických institucích. Viz SCHMITT, C. *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 7. vydání. 2006, s. 12 násl.

2. Právo a politika: oddělené světy, mimoběžné argumenty?

Uvažovat o vztahu práva a politiky je vcelku obvyklé,¹⁰ nezdá se mi však, že by existoval zavedený a univerzální vzor, jak to činit. K dispozici je totiž mnoho perspektiv; oba referenční fenomény jsou nadto multidimenzionální. Zkusme tedy v rozvitých bodech alespoň některé z oněch dimenzí či možná faset popsat.

2.1 Hezké a ošklivé, čisté a špinavé?

Proberme nejdříve několik rychlých populárních obrazů, k nimž se budeme porůznu vracet: politika je špinavá, mocenská, zatímco právo čisté; právo představuje racionalitu (viz Weberovo odkouzlování světa a důraz na obecná pravidla), politika iracionalitu, právo rozum, politika vášně, právo rozum, politika vůli, právo objektivitu, zatímco politika subjektivismus.

A do tohoto schématu si naopak dosaďme líčení politiky založené na rozumné principiálnosti v dílech klasiků 18. a 19. století, poukazy na význam citů (strachu, studu, solidarity) pro právo, zvláště právo lidských práv,¹¹ zahrnutí (dobré) vůle i (spravedlivého) rozumu do záběru právně-filozofické reflexe soudcovského konání v díle Procházkové,¹² roli advokátů před soudem v porotních systémech, s jejich psychologickými finesami, instrumentální vztah k právu atd. K tomu přidejme Agambena („*Politika prošla dlouhodobým zatemněním, jelikož byla kontaminována právem.*“),¹³ Dworkinovo členění soudcovských argumentů na principiální (*principles*), v nichž jde o práva jednotlivců, a politické (*policies*), jež směřují ke společenskému prospěchu,¹⁴ nebo prohlášení hodnotových soudů za nutně subjektivní, a tedy politické (ideologické), v kritické právní teorii (*Critical Legal Studies* – CLS), a to s dopadem na posouzení toho, co vlastně soudci dělají, i když nakrásně tvrdí, že to nedělají.¹⁵

Vidíme tedy jednak rozostření jasné hranice mezi právem a politikou, jakož i to, že právo i politika mohou anebo nemusejí, být zhruba stejně pokleslé, především v závislosti na tom, kdo je vytváří, resp. obsluhuje, což zase souvisí s nastavením „klientů“ práva i politiky (co a proč snesou). Má-li J. Waldron za to, že není právě korektní srovnávat idealizovaný obraz soudců a soudnictví s reálnými poslanci

¹⁰ Srov. i KYSELA, J. *Politika a právo: úvod do ústavního práva*. In: NOVÁK, M. a kol. *Úvod do studia politiky*. 2. vydání. Praha: SLON, 2019.

¹¹ Srov. SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*. Yale University Press, 2011, případně SOBEK, T. *Právní rozum a morální cit*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016.

¹² PROCHÁZKA, R., op. cit. sub 8.

¹³ KERVÉGAN, J.-F. *Co s Carlem Schmittem?* Praha: OIKOYMENH, 2015, s. 125. Srov. též Dworkinův postřeh, že politická diskuse v USA je ovládána slovníkem práv. Viz DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 235. Trochu jinak je postavena formulace Příbáňova: „*Každá politická strategie se dnes musí nejprve přetlumočit do jazyka lidských práv a svobod.*“ Viz PŘIBÁŇ, J. *Právo a politika konverzace*. Praha: G plus G, 2001, s. 91. Formulace se jednak zaměřuje na lidská práva, jednak může být jak deskriptivní, tak normativní.

¹⁴ DWORKIN, R., op. cit. sub 13.

¹⁵ KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication (fin de siecle)*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1997, s. 27 a kapitola 5. V češtině nabízí hutný úvod do CLS např. PÍŠA, R. *Soudcovské, zachránčí a byrokrati*. Praha: Leges, 2018, s. 40 násl.

a parlamenty,¹⁶ není asi úplně korektní srovnávat ani obraz práva, jaké by mělo být, s momentkami z politiky, jaká (také) je.

Oproti zmíněnému rozostření se B. Tamanaha pokouší naše vnímání politiky, alespoň co se vztahu k soudcům týče, upřesnit.¹⁷ Politika jistě soudce ovlivňuje, stejně tak soudci ovlivňují politiku, ale co to přesně znamená? Podle prvního pojetí v jeho odpovědi je právo součástí politiky a soudy součástí vlády; společným účelem je v aristotelském duchu vytváření a udržování morálního společenství. Podle pojetí druhého interpretací a aplikací práva soudci ovlivňují implementaci obsahových politik. Třetí pojetí odkazuje na ideologie jednotlivých soudců, jimiž se míní souhrn jejich názorů na politiku, morálku, ekonomiku, společnost, náboženství a život, které „prosakují“ do rozhodování. Čtvrtá koncepce analyzuje soudcovskou ingerenci v citlivých politických sporech typu reformy zdravotní péče, stejnopohlavních sňatků, afirmativní akce apod. V pátém případě jde o politické vlivy na výběr soudců. Pokud si je soudce různých politických vlivů vědom, filtruje je a snaží se o nestranné rozhodování, je v dobré víře. Naproti tomu soudce sloužící politice nikoliv, a nemusí to být pouze politika čistě stranická.¹⁸

My se budeme k některým z uvedených pojetí implicitně vracet, ovšem při vědomí, že nám nejde primárně o politiku, její vlivy a provozování, nýbrž o politické argumenty, a to nejen soudcovské. Nezajímá nás tudíž ani tak to, co na soudce působí, ale to, jak (nejen) soudce toto působení transformuje v argument vyjasňující, doplňující či popírající právo nebo jeho dosavadní výklad v dané kauze. A to se stane jen někdy, protože politické vlivy mohou být neuvědomované (interpretují zákon, aniž bych si uvědomoval, že někdo jiný, jinak světonázorově orientovaný či hodnotově ukotvený mu může rozumět jinak po stránce textu i účelu), anebo uvědomované jsou, avšak nemohou být výslovně přiznané (odsuzují k trestu smrti, protože mi to nařídili vládcové státu).

2.2 Společné pokušení, společný účel

Sdíleným rysem práva i politiky může být pokušení ke vznášení hegemonických nároků. Na straně politiky je vidíme např. v Talmonově konceptu totalitní demokracie, v níž vládne ničím neomezená a všeprostopupující vůle většiny, smazává se rozdíl mezi soukromým a veřejným, dominuje ideologie a veřejný zájem,¹⁹ anebo na stalinismu, pro nějž bylo politickým vše, včetně vědy a umění (do značné míry to platilo i pro fašismus, nacismus a reálný socialismus).²⁰ Na straně práva jde zase o pokus o instalaci sebe sama jako univerzálního měřítka správného a nesprávného

¹⁶ WALDRON, J. *Dignity of Legislation*. Cambridge University Press, 1999, s. 2.

¹⁷ TAMANAHA, B. Ž. *The Several Meanings of „Politics“ in Judicial Politics Studies: Why „Ideological Influence“ is not „Partisanship“*. Emory Law Journal, 2012, s. 759 násl. Za tip děkuji D. Kosařovi.

¹⁸ Na základě podobných východisek K. Blažková, dnes Zbiralová, především se zřetelem k pojetí třetímu, avšak s různými přesahy k druhému a čtvrtému, vymezuje a na činnosti rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu zkoumá tři typy soudcovských filozofií: právní formalismus, pragmatismus a substancialismus. Srov. BLAŽKOVÁ, K. *Soudcovská filozofie a její vliv na rozhodování soudů ve složitých případech*. Praha: Leges, 2022.

¹⁹ TALMON, J. J. *O původu totalitní demokracie*. Praha: SLON, 1998. Totalitní demokracie se opírá o „fanatismus abstrakce“ či „totalitární koncepci svobody“, jimž je společné vzývání rozumu, pokroku a jediného způsobu, jak být člověkem. K tomu např. KOSEK, J. *Jak (ne)být sám (se) sebou. Problém autenticity*. Praha: Dokořán, 2015, kapitola. 4.

²⁰ Odhlížíme tu od skutečnosti, že na ideologii (dogma, pravda, univerzálnost) lze pohlížet i jako na protiklad politiky (vyjednávání, zájmy, kompromisy).

ve specifickém obrazu světa, ve svém ustavení jako svébytného systému, jenž se reprodukuje sám ze sebe,²¹ ve vymezení hodnot, slovníku,²² způsobu myšlení i argumentace. Když něco není po právu, má se to změnit, anebo vůbec nebyt.

Posuneme-li se dále, můžeme vzít v potaz, že v přemýšlení o lidské přirozenosti a jejím promítnutí v uspořádání vztahů mezi lidmi se prolínají důrazy na svobodu, rovnost, důstojnost, obec, řád, transcendenci, spravedlnost, zákon i právo, které bychom mohli spojovat s filozofií státu, politiky i práva, ba i s teologií, přičemž ovšem po dlouhá staletí nebylo běžné, že by se tyto pohledy vydělovaly.²³ Politické a právní myšlení tak může působit jako jakýsi amalgám od starověku až do hloubi 18. století: kdo myslí na jedno, na moc, politiku či stát, myslí i na druhé, na právo (pozitivní, přirozené, Božské...). Koneckonců politika i právo se vztahují k poměrům mezi lidmi jako bytostmi odkázanými na život ve společenství, pokud možno k poměrům mírovým a kooperativním, založeným tu více na obecných pravidlech (Luhmann líčí účel práva jako redukci komplexity na standardizované případy),²⁴ jindy na zohlednění unikátní potřeby, místa a chvíle. Vidíme tu Tamanahou zmíněné udržení integrity společenství jako sdílený cíl.

Společným východiskem práva a politiky jistě mohou být základní principy, jejichž hledání a rozvíjení od dob francouzských osvícenských právníků spojuje M. Loughlin pojmem „*droit politique*“; patří sem principy slučující řád a svobodu v legitimní vládu, také však vzájemná autonomie politična i legality se společným jazykem práva a zákonů, mířící k uchování skupinové existence.²⁵ V současné podobě se „*droit politique*“ promítá v ústavní legalitě, podle níž vláda práva neobnáší pouze soulad s pravidly, ale i s abstraktními principy závislými na politické i právní racionalitě.²⁶

K tomu se však nabízí ptát se: Jsou-li strážci vlády práva soudy, což je vcelku obecně přijímáno, v jaké míře zohlední onu politickou racionalitu? Uznáním autonomní politické sféry, variabilitou standardů řešení sporů? Odpovídá to kýženému profilu soudcovské osobnosti, případně tomu, co od soudců očekáváme? Být krom jiného překladaťeli politických argumentů do řeči práva? Vráťíme se k tomu v dalších částech kapitoly.

²¹ „Zákon není zákon, protože je zákonem, jak se snaží například tvrdit Hans Kelsen ve své čisté právní vědě, ale zákon je zákon tehdy, když musí neustále čelit zpochybňování ze strany infikujícího smeti. V opačném případě se jedná o pustý teror a násilí“, píše PŘIBÁŇ, J., op. cit. sub 13, s. 16. Smetím je iritující okolí právního systému, včetně politiky nebo lidské spontaneity. V jiné knize též autor myšlenku rozvíjí tak, že právo je legitimní úměrně schopnosti nechápat se jako svrchané, legitimní je pouze „děravá“ legalita. Viz PŘIBÁŇ, J. *Disidenti práva*. Praha: SLON, 2001, s. 9. C. Schmitt k tomu ve svém „Glossariu“, jehož nakladatelskou verzi pro české vydání jsem měl možnost číst, dodává: „*Holé právo je děsivější než holá moc.*“ (záznam z 24. června 1948).

²² Moderní politické panství je definováno pouze právním jazykem, ať už jde o tyranie, nebo o liberální demokracie. Srov. PŘIBÁŇ, J., op. cit. sub 21, s. 76. Jedním z důsledků je přítomnost ústavy i v nedemokratických zřízeních, ať už je dodržována nebo ne.

²³ T. Sobek charakterizuje právo pomocí odkazu na autoritu, svobodu, řád, spravedlnost, společnost, rozum, příkaz, smlouvu, kontrolu a donucení. Viz SOBĚK, T., op. cit. sub 2, s. 163. Neužili bychom stejné pojmy i při pokusu o přiblížení podstaty, účelu a prostředků politiky? Koneckonců nejslavnější díla o spravedlnosti posledních dekád pocházejí z pera politických filozofů J. Rawlse a M. Sandela.

²⁴ REINHARD, W. *Geschichte des modernen Staates*. München: C. H. Beck, 2007, s. 26.

²⁵ LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2017, kapitola 5.

²⁶ LOUGHLIN, M. *Against Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2022, s. 123.

Byla-li výše řeč o amalgámu, je třeba dodat, že jeho obsahem je spíše právo nahlížené z vnější, filozofické, státovědné, potažmo ideální perspektivy (čemu slouží, jaký má poměr k moci, spravedlnosti a obci), zatímco vnitřní perspektiva uživatele práva, tj. účastníka právních vztahů nebo toho, kdo právo aplikuje a vykládá, mívá spíše jinam. Ani ne tak k vládě a vládnutí jako spíše ke vztahům, které bychom dnes označili za soukromoprávní (srov. dominantní záběr římského práva). Samozřejmě i ty vyžadují značně abstraktní úvahy (např. typologie obligací), jsou však jiného typu než projektování významu práva pro dobrou a nejlepší vládu.

Z tohoto úhlu pohledu se tak historicky jako „skutečné“ právo jeví to soukromé, a to na rozdíl od práva veřejného, práva regulujícího politiku a politickou moc, jež bylo právem v trochu jiném slova smyslu, bez efektivních právních sankcí, místo nichž často působila směsice morálních apelů a mocenských vztahů (kdo má moc, má i právo).²⁷ O současném veřejném právu to již samozřejmě neplatí, snad s určitou výjimkou pro jádro organického ústavního práva, ale i tam záleží na konkrétních právních poměrech.

Ozvukem tohoto paradigmatu oddělování (soukromého) práva a (veřejné) moci může být postřeh Lisy Hilbink o chilské justici 20. století, sloužící jako dílčí vysvětlení jejího vcelku uspokojivého soužití s vojenskou juntou: veřejné právo, jako právo regulující veřejnou moc, je vlastně politika, a ta se soudců netýká.²⁸ Ostatně už Savigny se prý pokoušel vytěsnit státní právo mimo pojem práva, čímž se chtěl vyhnout (nepřípadným?) otázkám, které vedly směrem ke konstituování politické autority.²⁹

Výše jsme uvedli spravedlnost jako něco, k čemu se vztahuje právní i politická filozofie, právo i politika. Vstupuje do představ o politickém uspořádání, podobě distribuce a redistribuce statků, úvaze o zatížení břemeny vyplývajícími z právní úpravy atd. Spravedlnost tudíž není specificky právnícká.

Pokud by měl někdo na tomto místě obavu z kontaminace spravedlnosti politickými zřeteli, neuklidní jej nejspíše G. Radbruch, když do ideje práva, resp. účelu práva, zařazuje nejen spravedlnost a právní jistotu, ale také účelnost.³⁰ Záleží samozřejmě na tom, jak vymezení účelu a účelů pojmem, dozajista však nepůjde pouze o operace „uvnitř“ práva. Ostatně Radbruch sám spojuje přiřazování správných prostředků k určenému cíli s právní politikou,³¹ cíl tudíž předpokládá mimoprávní přesah. Teleologická interpretace hledá účel právní normy, netvrdí však nutně, že jde o účel nezávislý na mimoprávní vůli normotvůrce.

²⁷ C. Schmitt v *Glossariu* exponuje podobnou tezi jako protiklad zcela privatizované vědy tradičního římského práva a církevního (kanonického) práva stavěného před problémy typu deklarace nicotnosti, odvolatelnosti vládních a neodvolatelnosti správních aktů, zpětného účinku, nabytých oprávnění apod. Srov. záznam z 22. dubna 1948. Kanonické právo považuje za laboratoř terminologie moderního veřejného práva také AGAMBEN, G. *State of Exception*. The University of Chicago Press, 2005, s. 5–6.

²⁸ HILBINK, L. *Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet's Chile*. In: GINSBURG, T., MOUSTAFA, T. (eds.) *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008.

²⁹ LOUGHLIN, M., op. cit. sub 25, s. 2.

³⁰ RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 2. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, § 7, § 9.

³¹ Tamtéž, s. 16.

Typickým účelem v právu je podle Radbruchova maxima „*Salus populi suprema lex esto*“ („*Blaho lidu budiž nejvyšším zákonem.*“)^{32, 33} Jenže je to maxima určená právnímu filozofovi, zákonodárci, nebo soudci? Autor sám připouští, že se výklad obecného blaha může lišit, což odpovídá tezi Hartově, že společné blaho nikdy nesvědčí všem: pomoc chudým jde na úkor bohatých, povinná školní docházka na úkor jiných investic času, peněz...³⁴ Plyne z toho nutnost provést volbu cíle a prostředku, zvážit důsledky a náklady alternativ, přičemž jejich hodnocení se může lišit podle hodnotových premis a preferencí, jež zase souvisejí s tím, v jakém světě žijeme, co prožíváme, s kým se stýkáme, co vidíme, když se kolem sebe díváme.³⁵

Přestože tak jistě platí, že argument absurdním důsledkem určité interpretace právního standardu užitečně slouží k vyjasnění racionálního obsahu takového standardu,³⁶ nelze asi tvrdit, že každá úvaha o důsledcích právní úpravy s dopadem na rozhodnutí o přijetí a podobě právní úpravy je úvahou právní.

A obdobně to nakonec o hodnotových volbách a poměřování platí i tehdy, když jde o aplikační úvahu soudcovskou: Má být spravedlnost, i kdyby kvůli tomu zhynul svět? Příkladem budiž občanská válka v důsledku postihu špiček padlého režimu navzdory smluvené amnestii, kterou však soudy nerespektují. Anebo má soudce vyhodnotit systémový dopad svého rozhodnutí, a podle toho je přijmout, anebo nepřijmout? Což lze ilustrovat možným dilematem provázejícím kauzy typu *Marbury v. Madison* nebo *Melčák*: akceptují politické moci soudní nečekané a invazivní rozhodnutí, anebo se soud ukáže být papírovým tygrem? Anebo se má s tím dopadem vypořádat někdo jiný? Přitakat tak nakonec nejspíše Radbruchovi můžeme, když tvrdí, že juristické myšlení je odlišné od čistě účelového myšlení ve službě obecnému blahu.³⁷ To však neznamená, že se oba typy myšlení nemohou „srazit“ v jedné hlavě.

Každé hledání účelu právní normy nemusí být teleologickou argumentací či interpretací. Zkoumáme-li přehled užívaných standardních právních argumentů, publikovaný jak Z. Kühnem, tak F. Melzerem,³⁸ nemůžeme si nepovšimnout, že jde o argumenty různého druhu. Na jedné straně tak může stát argument běžným významem textu právního předpisu, u nějž asi stačí předpokládat, že normotvůrce

³² KINCL, J. *Dicta et regulae iuris aneb právnícké mudrosloví latinské*. Praha: Univerzita Karlova, 1990, s. 251.

³³ RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 95. Na Thunovském paláci, sídle Poslanecké sněmovny, se skví nápis modifikovaný: „*Salus rei publicae suprema lex esto.*“ „Res publica“ však v tomto kontextu nemusí znamenat „stát“, jak se uvádí v anotaci Národního památkového ústavu, ale to, co se týká všech, tj. pospolitost (srov. ostatně Ulpiánův výměr veřejného práva jako toho, co se všech týče).

³⁴ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 168.

³⁵ Ve vztahu ke spravedlnosti o tom píše RÜTHERS, B. *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*. 3. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 2, 9 a násled.

³⁶ Co by znamenalo, kdybychom bez změny právní úpravy, jen v procesu interpretace, přijali argument o možném odvolání vlády (s dopadem na zásadní systémový posun), libovolném počtu kandidátů navrhovaných poslanci a senátoři v prezidentské volbě (s dopadem na riziko účelového využívání mandátů, rozbití pole kandidátů s dopadem na voličskou orientaci a asymetrickou podporu v různých částech politického spektra, což rozhodně nemusí svědčit svobodné soutěži politických sil v demokratické společnosti v duchu čl. 22 LPS). Obecně k této výkladové zásadě WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 157 násled.

³⁷ RADBRUCH, G., op. cit. sub 33, s. 113.

³⁸ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 147 násled.; MELZER, F., op. cit. sub 2, s. 12.

snažící se stanovit pravidla lidského chování užívá jazyka lidem srozumitelného natolik, že jsou s to k předjímanému následku cílit. Oproti tomu argumenty precedenty a analogií již operují s méně samozřejmými předpoklady koherentního a bezmezovitého právního řádu, určitě se však přidržují práva. V obou případech se každopádně vztahujeme k racionálnímu zákonodárci, zhruba v intencích Fullera krále Rexe.³⁹

Je však ve stejné míře právní argumentací ta, která odkazuje na hodnotové úvahy, nejsou-li institucionálně ukotveny, tedy nebyly stvrzeny zákonodárcem racionálně zvažujícím účinnost právní regulace (ne)odpovídající hodnotám rozšířeným ve společnosti? Jistěže má smysl vykládat právní normy ve vazbě na hodnotový systém společnosti, avšak jsou hodnoty zjevné, objektivní,⁴⁰ všemi sdílené? Pokud ne, jakou povahu má v obtížném případě, případě bez jednoznačného řešení za použití obvyklých interpretačních metod, hodnotová volba soudce? Není tím pádem axiologický argument svou nevázaností, resp. nízkou mírou vázanosti na právní standardy, podobnější politickému než právnímu argumentu?

Takto spatřuje D. Kennedy v argumentaci o právních otázkách modus deduktivní a modus politický. Ten první spočívá v analyticko-sémanticko-logickém procesu s oporou v abstraktním pravidlu, zatímco ten druhý zahrnuje vše, co vybočuje z modu deduktivního: odkazy na užitečnost, morálku, dobrou víru nebo úvahy institucionální, mířící k optimálnímu vyvažování společenských hodnot.⁴¹

Aniž bychom se museli ztotožňovat s naladěním kritické právní vědy, můžeme připustit, že soudci nejsou „subsumpčními automaty“, ba ani „ústý zákona“, zastávají různé role podle (ne)přítomnosti předem daných jasných pravidel a také argumentují lečjak, přičemž některé používané argumenty být právními nutně nemusejí. Dále uvidíme, v jakém smyslu by mohly být politickými.

2.3 Fakticita a normativita

Jiné dělítko mezi právem a politikou nabízí myšlenková tradice, k níž můžeme přiřadit např. Humea, Kanta nebo Kelsena. Podle nich existuje kvalitativní rozdíl (nepřevoditelnost) mezi bytím (*Sein, is*) a mětím (*Sollen, ought*).⁴² Je-li právo orientováno na to, co být má, můžeme fakticitu jako to, co jest, spojit s politikou. Jenže to platí jen s výhradami.⁴³

³⁹ FULLER, L. *Morálka práva*. Praha: OIKOYMENH, 1998. K racionálnímu zákonodárci přesvědčivě uvádí T. Sobek: „Při interpretaci zákonů právníci vycházejí z hypotézy racionality zákonodávce, a to nikoli z důvodu nějaké zbožné úcty, ale prostě proto, že hypotéza iracionality zákonodávce je pro účely interpretace zákonů naprosto k ničemu. Typickým znakem iracionality je arbitrárnost, a proto nemá smysl se ptát, co by nějakým ustanovením zákona zamýšlel zákonodávce, kdyby nebyl racionální. Vždyť o někom říkáme, že je iracionální, právě tehdy, když se rozhoduje vrtošivým způsobem.“ Viz SOBEK, T. *Uznání jako zdroj normativity*. Právník, 2007, č. 5, s. 480.

⁴⁰ Viz představa objektivního hodnotového řádu Základního zákona v duchu judikatury Spolkového ústavního soudu ovlivněné tezemi význačného meziválečného teoretika integracionismu R. Smenda. Je-li řád objektivní, stačí jej odkrýt, nikoliv se o něj ptát či o jeho obsahu a rozsahu rozhodovat.

⁴¹ KENNEDY, D., op. cit. sub 15, kapitoly 5 a 6.

⁴² R. Zippelius přidává k měti (*Sollen*) ještě smětí (*Dürfen*) jako výraz dovoleného, tj. nezakázaného jednání. Viz ZIPPELIUS, R. *Juristische Methodenlehre*. 7. vydání. München: C. H. Beck, 1999, s. 4. Nevím, je-li to nutné, když se obecně uznává vzájemná převoditelnost mezi různými normativními modalitami.

⁴³ C. Schmitt připomíná, že představené pojetí není jediné možné, odpovídá však právním teoriím vztahu práva a moci, zatímco teorie mocenské činí právo součástí fakticity. Limitem odvozování práva ze skutečnosti však je riziko splývání obého: kdyby tomu tak bylo, právo jako normativní řád zmizí, nebude, co

Právní norma sice je preskriptivní, věta popisující obsah právní normy však už nikoliv. Norma je výrazem chtění toho, co platit má, výkony právní vědy nicméně spočívají v poznávání norem; věda o právních normách tak sama normativní není, B. Tomsa ji (jako právní dogmatiku) přímo označuje za empirickou, poznávající platné právo.⁴⁴

Když J. Boguszak s právní vědou spojuje úvahy o žádoucím rozsahu a obsahu právní regulace, tj. úvahy *de lege ferenda*, váže je na právní sociologii jako jednu z věd o právu, která zkoumá jednak to, nakolik se lidé právem řídí, jednak to, které společenské vztahy mají být regulovány právem. Právní sociologie (poznávání) mu je východiskem právní politiky jako činnosti směřující k tvorbě práva, tedy ke stanovení norem (chtění).⁴⁵ Právo je tu plodem politiky, v níž se prosazují motivy leccaké, včetně morálních a ekonomických, o nichž už byla řeč. Argument právně-politický se tak může lišit od argumentu politického, pokud bychom jej chápali čistě mocensky: Chci, protože chci to můžu.

F. Weyr v obdobném smyslu jako Boguszak odlišuje poznávání hotového právního řádu (hledisko statické či *de lege lata*) od úvah o tom, jak by podle určitých ideálů vypadat měl (hledisko dynamické či *de lege ferenda*). Z právnícké perspektivy splyvá obor *legis ferendae* s oborem politiky.⁴⁶ A. H. Kelsen jej právě proto z ryzí nauky právní jako vědy o poznávání norem vytěšňuje, jelikož důvody vedoucí ke vzniku norem, ať už jde o motivy zákonodárce anebo o vlivy působící na soudce (např. jejich náboženské představy), přenechává právní sociologii.⁴⁷

Naproti tomu O. Weinberger odmítá prohlásit právní politiku a učení o zákonodárství za mimojuristickou oblast. Předmětem právovědčné analýzy má být zkoumání právně-politických argumentů v zákonodárství,⁴⁸ právně-politických úvah soudců i legislativní techniky. V základech zákonodárství máme nacházet vědu, a to jak ve formě rozboru právní relevance společenských vztahů, tak při posuzování adekvátních prostředků dosažení společenských cílů, rovněž však např. při využití informačních technologií nebo při experimentálním testování právní úpravy. Účely

s čím konfrontovat. Srov. SCHMITT, C. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. 2. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, s. 24 násl., 36–37. M. Weber proti mocenské teorii (právo platí, jelikož je nařízeno mocí, která je s to je vynutit) staví teorii uznání (moc spočívá na uznání těch, kteří jsou jí podřízeni). Srov. RADBRUCH, G., op. cit. sub 30, s. 80–81. T. Sobek k tématu moci a uznání podotýká: „Faktická síla norem se v konečném důsledku opírá o fyzickou sílu těch, kteří je berou vážně, kteří jejich dodržování požadují a sankcionují. (...) Neměli bychom ale klást důraz ani tak na fyzickou schopnost aktérů vynutit dodržování pravidel, jako spíš na fakt, že tato pravidla berou vážně. Klíčový je totiž právě ten moment, že určité standardy někdo respektuje, dobrovolně se jim podřizuje, uznává je jako dobrý důvod k jednání.“ Viz SOBEK, T., op. cit. sub 39, s. 491. Ještě se k tomu vrátíme v souvislosti s Hartem.

⁴⁴ TOMSA, B. *Nauka o právních vědách. Základy právní methodologie*. Praha: Věšhrd, 1946, s. 61.

⁴⁵ BOGUSZAK, J. In: BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: ASPI, 2004, s. 31–32.

⁴⁶ WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 14.

⁴⁷ KELSEN, H. *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Brno, Praha: Orbis, 1933, s. 10–11.

⁴⁸ Takovými argumenty jsou analýza následků (posouzení různých řešení, vztah k jiným normativním systémům), koherence (logická bezrozpornost, vztah k hodnotovému standardu), teleologické odůvodnění, resp. usuzování, imanentní a externí hodnocení, tj. z nitra právního systému, anebo z perspektivy světonázorové či náboženské. Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus. Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Archa, 1995, s. 144–146.

práva mohou jak vyplývat z pozitivního práva samotného, tak být vneseny „zvenčí“, jako politické cíle.⁴⁹

Ke kritice vytěšňování právní politiky z právní vědy do svébytné právní politologie se Weinberger vrací opakovaně. V jiném textu např. zdůrazňuje, že právnícká činnost není nezávislá na právně-politických výzkumech a argumentacích. Věda jistě nemůže nahradit politické rozhodnutí, má mu však poskytovat oporu; nadto analyzuje strukturu a proces právně-politického rozhodování.⁵⁰

Téhož jevu si všímá L. J. Wintgens, který systematicky rozvíjí obor legisprudence jako pendant aplikační jurisprudence. Jelikož zákonodárství vychází ze světa politiky, bylo dlouhodobě ignorováno právní vědou, jež se soustředila až na analýzu plodů zákonodárského procesu. Zkoumá právo, které je zde, aniž by se ptala, odkud a proč se vzalo. Zaměřuje se na logické vyplývání norem z norem a na subsumpci skutkových okolností, tedy na jakési vztahy nutnosti, oproti nimž se zákonodárství jeví jako věc volby. Wintgens na rozdíl od tradičního pojetí požaduje pojímat zákonodárce jako aktéra nejen politického, ale i právního. Z toho vyplývají nároky, v některých ohledech dokonce přísnější než u soudců. Zatímco soudci jsou povinni zdůvodnit odchýlení od precedentu, a nikoliv jeho následování, zákonodárce by měl obhájit jak přidržení se *status quo*, tak odklon od něj. Soudci i zákonodárci jsou shodně zatíženi povinnostmi vytvářet právní systém jako koherentní celek. A to tím více, čím méně připodobňujeme činnost soudce matematické operaci, jelikož i v ní nacházíme prvek vůle, která se může vztahovat k následování pravidel, výběru interpretačních metod i nejlepšího významu pravidla.⁵¹

Důraz na zdůvodňování postupů a rozhodnutí odpovídá obecnějšímu posunu od kultury autority, v níž stačí odkaz na kompetenci nebo stranický zájem, ke kultuře justifikace, v níž je vláda tlačena k argumentaci svým neupřímnějším úsudkem o vyvážení veřejného zájmu.⁵² Ani takový úsudek však z protiprávního aktu akt po právu udělat nemusí. Vláda se může snažit sebevíce, přesto může případný soud její argumentaci považovat za irelevantní, protože je politická, anebo za nedostačnou, protože se sice dovolává právních pravidel a principů (viz dále), avšak soud je vyhodnocuje jinak. Píše-li tak M. Loughlin, že veškerá činnost státu, včetně zákonodárství, je podřízena objektivní justifikaci,⁵³ záleží hodně na posuzovatelích dané činnosti, typicky soudcích, co budou za objektivní justifikaci považovat. Viděli jsme to u nás pěkně v časech covidové pandemie: stačí jakékoli odůvodnění krizových a mimořádných opatření, anebo až odůvodnění určitého stupně přesvědčivosti, vypořádání se s argumenty právními, medicínskými, ekonomickými, sociálními...

Odkaz na Wintgense byl pro naše téma důležitý ve dvojím ohledu. Jednak upozorňuje na oddělování práva a politiky, právní a politické vědy, v duchu toho, o čem

⁴⁹ WEINBERGER, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 1995, s. 185 násl.

⁵⁰ WEINBERGER, O., op. cit. sub 48, zejména kapitola V.

⁵¹ Wintgensových textů je celá řada, úvodem do jeho životního tématu může být WINTGENS, L. J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. Ratio Iuris, 2006, č. 1.

⁵² OLIVER, D. *The Politics – Free Dimension to the UK Constitution*. In: QVORTRUP, M. (ed.) *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, s. 90–91.

⁵³ LOUGHLIN, M., op. cit. sub 23, s. 162.

píše také R. Ch van Ooyen, tedy západní víry v oddělení právní a politické sféry, kdy sféra právní má být symbolizována logicko-konstruktivistickou objektivitou promítnutou v sylogismech. To se může zračit i ve schematické kontrapozici „špinavého politického boje“ a moudrých mužů v rudých róbách soudců Spolkového ústavního soudu, která odpovídá legalistickým a nepolitickým základům německé politické kultury.⁵⁴ V důsledku toho se některá témata „přenechávají“ politologům, v německém případě však údajně zůstávají stranou pozornosti právníků i politologů (např. soudní procesy sloužící politickým účelům; pro právníky to zavání politikou, pro politology je v tom až příliš práva).⁵⁵

Tomu pro specifickou perspektivu německé vědy ústavního práva přizvukuje Ch. Möllers. Současná věda ústavního práva se soustřeďuje na výklad a systematizaci rozhodnutí Spolkového ústavního soudu, nikoliv na přesahy k politické teorii či na dějiny pojmů.⁵⁶ Namísto výmarské debaty o vztahu práva a politiky se profiluje metodologie interpretace norem, což značí přeměnu státovědné diskuse v diskusi ústavněprávní.⁵⁷ Rizikem nahrazení teorie judikaturou (*Bundesverfassungsgerichtspositivismus*) je podle jeho soudu rezignace na kritiku, ospravedlnění a hledání smyslu toho, co se děje.⁵⁸

Naproti tomu debata britská je determinována primárně politickým (historickým, evolučním) základem tamní ústavy, v důsledku čehož výklad ústavního práva pravidelně zahrnuje rovněž přesahy k politické teorii a historické rozbory, zatímco pozornost věnovaná lidským právům se zvyšuje až zhruba v posledních čtyřiceti letech. V důsledku důrazu na politiku se samozřejmě uznává, že politika může být špatná v onom ušpiněném smyslu slova (korupce, patronáž, čistě stranické zájmy), jež zasívá nedůvěru v politiku jako takovou, ač ta jako proces vyjednávání o věcech veřejného zájmu, jsoucí alternativou k vládě donucením, dozajista zavrženíhodná není. Jen je třeba o její důvěryhodnost pečovat, mj. regulací, případně seberegulací, zajišťující to, aby veřejná moc sloužila veřejným účelům, a nikoliv jen jednotlivcům (střet zájmů apod.), nebo zvýhodňovala strany u moci ve volebním klání. Ambicí regulace chování politiků tak není to, aby přestali být politiky, nýbrž eliminace oné politiky „špatné“ v zájmu politiky „dobré“.⁵⁹ Koneckonců skrze takovou politiku se účastníme na vládě; také politické ideje slouží, obvykle spolu s právem, k legitimizaci moci, protože „holá“ moc dlouhodobě příliš úspěšná nebývá.⁶⁰

⁵⁴ Ooyen, R. Ch. van *Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*. Wiesbaden: Springer, 2014, s. 69. Van Ooyen tu cituje jiného autora.

⁵⁵ Ooyen, R. Ch. van *Rechts- und Verfassungspolitologie bei Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer*. Frankfurt am Main: Verlag für Verwaltungswissenschaft, 2014, s. 68–70.

⁵⁶ Möllers, Ch. *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2008, s. 10–11.

⁵⁷ Möllers, Ch. *Der vermiste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008, s. 39–40.

⁵⁸ Jestaedt, M. *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*. Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2009, s. 39–41.

⁵⁹ Takto např. Oliver, D., op. cit. sub 52, s. 70–71. 88 a násl. Autorkou je symptomaticky citována kniha B. Cricka *In Defence of Politics* (4. vydání. The University of Chicago Press, 1992), na jejíž starší vydání u nás navázal P. Pithart; viz Pithart, P. *Obrana politiky*. 2. vydání. Praha: Academia, 2005; Pithart, P. *Obrana politiky II. Přednášky z let 1994 – 2018*. Praha: Leges, 2018. Srov. též Fiala, P. *Politika, jaká nemá být*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2010.

⁶⁰ Reinhard, W., op. cit. sub 24, s. 10.

Druhý důvod, proč je nám Wintgens k užítku, spočívá v tom, že je-li do role toho, kdo má zvolit nejlepší význam interpretovaného pravidla, postaven soudce, může v ní být i právní akademik (viz výše k interpretačnímu společenství). Čistě poznávací role vědy by se tudíž vyčerpala identifikací jediného správného řešení, resp. identifikací několika řešení připadajících v úvahu na základě korektní volby interpretačních metod či argumentů, výběr té nejlepší možnosti však už nespočívá v poznávání, nýbrž je plodem vůle.⁶¹ Jakkoliv kultivované zkušeností a znalostí historického a komparativního kontextu, mnohdy však též hodnotami, intuicí a jinými komponenty interpretova předporozumění. Kognitivismus je tak provázen decisionismem:⁶² „Zavazující síla pozitivního práva může být založena pouze a právě na té skutečnosti, že správné právo není ani rozpoznatelné, ani prokazatelné.“⁶³

Vraťme se však od teorie právní politiky k praxi. B. Tomsa na základě zhodnocení děl řádky jiných autorů vymezuje právní politiku jako snahu vytvořit právní normy bez ohledu na platné právo. Přesněji řečeno z obsahového hlediska bez ohledu na platné právo. Má ji za praktickou vědu hledající správné normy, které by se měly stát zákonem. Měřítkem správnosti jsou mimoprávní standardy, zatímco jurisprudence se orientuje na vytváření správného práva v rámci práva platného. Správnost však v právní politice nemáme vztahovat k abstraktnímu ideálu (nejlepší stát, nejlepší právo), ale k podmínkám a potřebám skutečného života.⁶⁴

Vidíme tedy i zde, že (právní) politika nepředstavuje ani tak poznávání, případně jen poznávání, jako spíše chtění. Argument neopírající se o platné právo je argumentem (právně) politickým. Najít jej můžeme vedle očekávatelné legislativní právotvorby (právotvorba spočívající v produkci právních předpisů) i v soudcovské výbavě: soudce provozuje jurisprudence, když aplikuje právní normu, zatímco do právní politiky se pouští, když si vlastní činností vytváří vhodnou normu pro řešený případ.⁶⁵

Poznávání je v tomto kontextu orientováno na zjištění přípustného obsahu vůle tvořit či měnit právní řád. Evidentní je, že se od dob citovaných autorů výrazně proměnila jeho struktura: byli jsme svědky juridizace a judicializace ústav, zejména však hraje roli zřetelná přítomnost mezinárodního a evropského práva, promítající se v potenciálu normativních rozporů ústavního pluralismu. Zákonodárce v naší části Evropy tak toho smí méně (je to v rozporu s kogentními pravidly mezinárodního práva či s přenesením pravomocí na Evropskou unii apod.); naopak však mnohé dělat musí, jelikož je k tomu zavázán (transpozice evropských směrnic, promítnutí

⁶¹ Ch. Perelman připomíná, že závěr o tom, že rozhodnutí nevyhnutelně nevyplývá z argumentů, ale až z dodatečného kroku osobního angažování a osobní odpovědnosti, najdeme už u Aristotela. Viz PERELMAN, CH. *Právní logika. Nová rétorika*. Bratislava: Kalligram, 2014, s. 11, 17.

⁶² Kognitivismu a decisionismu v judičiální praxi se věnuje P. Holländer, např. HOLLÄNDER, P. *Ústavně-právní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, kapitola 3. Jde o obdobu letité diskuse v systému common law, týkající se otázky, nakolik soudci právo pouze nalézají, odhalují či deklarují (proto deklaratorní teorie) anebo je i vytvářejí. Srov. např. KÁČER, M. *Proč zotrvat při rozhodnutom. Teória záváznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, s. 74 násl. Další rozměr představuje jusnaturalistická pozice, jež v zásadě směřuje rovněž k poznání na člověku nezávisle existujícího práva. Ani tady však prvek vůle či rozhodnutí není eliminován, protože musíme mít vůli poznané následovat.

⁶³ RADBRUCH, G., op. cit. sub 33, s. 88.

⁶⁴ TOMSA, B., op. cit. sub 44, s. 74 a násl.

⁶⁵ Tamtéž, s. 73.

mezinárodních závazků). J. Boguszak tu mluví o mezích rozhodování v legislativních procesech.⁶⁶

Důležité samozřejmě je, jak vnímáme platné právo, o němž Tomsa pojednává. Jsou to „jen“ psaná pravidla, a to bez ohledu na státní či mimostátní původ, anebo i nepsané principy stojící v základech pravidel, případně jsouc jejich důsledkem? Dnes je jako vcelku neproblematická akceptována druhá varianta:⁶⁷ „V současnosti se stále více vzdáváme myšlenky, že právo se omezuje na psaný zákon.“⁶⁸ Důvodem je snaha uchovat právní řád jako řád, tj. jako koherentní a racionální celek. V německém Základním zákoně je vyjádřena zásadou vázanosti soudce nejen zákonem, ale i právem,⁶⁹ jakkoliv nám neodpovídá na to, co je právem: stane se princip XY právním, jelikož na něj odkázal zákonodárce, případně jsme schopni v zákoně princip identifikovat, anebo se o něj ve svém rozhodnutí opřel soud? Vždyť např. zásada „*audiatur et altera pars*“ („*Bud' vyslechnuta i druhá strana!*“)⁷⁰ může být chápána jako zásada diskursivní férovosti, aniž by se nutně týkala soudů a řízení před nimi.

Ve vztahu k pojetí ústavy tento přístup kriticky zkoumá L. Tribe, když poukazuje na rozdíl mezi A. Hamiltonem tvrzenou nadřazeností Ústavy USA, jež má vyústit v soudní přezkum zákonů, a současnou realitou, kdy Ústavou není zdaleka jen text, ale i neviditelný oceán idejí, vzpomínek, zkušeností...⁷¹ Stanou-li se, někdy i s oporou v konceptu neviditelné ústavy, pilířem soudcovského rozhodování, můžeme se blížít k situaci, o níž píše R. Hirschl jako o situaci, kdy se soudy ze strážců ústavy stávají jejími pány.⁷² S odvoláním na nejobecnější pojmy pak ve sféře „megapolitiky“ rozhodují i ty nejcitlivější otázky identity politického společenství.⁷³

⁶⁶ BOGUSZAK, J. *K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy)*. In: *Právnická fakulta Univerzity Karlovy 1348 – 1998. Jubilejní sborník*. Praha: Právnická fakulta UK, 1998, s. 168–169.

⁶⁷ Po mém soudu představoval v české nauce předěl především sborník *Právní principy* (ed. J. Boguszak, Pelhřimov: Vydavatelství 999), který využil mj. zahraniční inspirace (R. Dworkin, R. Alexy, H. Hart), jakož i judikaturu Ústavního soudu (zejména nálezy Ústavního soudu vyhlášené č. 30/1998 Sb. k počítání času v ústavním právu). Stežejní monografií tohoto období byla opulentní disertační práce Z. Kühna; srov. KÜHN, Z., op. cit. sub 38.

⁶⁸ PERELMAN, CH., op. cit. sub 61, s. 94.

⁶⁹ R. Procházka zákon (*lex*) spojuje s kontingentním obsahem, jenž je výrazem dominujících zájmů a cílů, jakož i dohody o jejich průniku, zatímco právo (*ius*) je emanací nadosobních principů, v nichž se zračí objektivita a univerzalita toho, v čem spočívá správné jednání. Právo je imanentně racionální, zatímco v zákoně je zřetelný prvek subjektivní vůle. Viz PROCHÁZKA, R., op. cit. sub 8, s. 69, 122. Právě to, a nikoliv snaha o posílení soudců stojí za úpravou Základního zákona. Přínejmenším tak lze chápat Leisnerův výklad o historickém splývání a následném odlišení zákona a práva, když zkušenost 20. století prokázala možnost zneužití psaných norem proti elementárním právním zásadám. Z „*nulla poena sine lege*“ jsme se posunuli k „*lex nulla sine iure*“. Viz LEISNER, W. *Krise des Gesetzes. Die Auflösung des Normenstaates*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001, s. 13 násl. Povšimněme si důrazu na rozpor se zásadami právními; jako kdyby nestačilo popření podstaty lidství, abychom se mohli pohybovat ve světě práva. K tomu kriticky J. Příbáň: „*Každá snaha právním jazykem definovat podmínky, obsah a souvislosti lidskosti a přisoudit jim univerzální platnost je banální a ve své podstatě násilná.*“ Viz PŘIBÁŇ, J., op. cit. sub 13, s. 43. A ještě jednou: „*Lidskost redukovaná na lidská práva a svobody, tj. lidskost pojatá jako kategorie pozitivního práva, je parodií humanity.*“ Viz PŘIBÁŇ, J., op. cit. sub 21, s. 223.

⁷⁰ KINCL, J., op. cit. sub 32, s. 44. Autor zdůrazňuje prastarý, předřímský původ pravidla.

⁷¹ LOUGHLIN, M., op. cit. sub 23, s. 134.

⁷² Tamtéž, s. 129. Kritici by sem mohli přiřadit sira Johna Lawse jako hlasatele suverenity nepsané ústavy britské, již mají soudy vynucovat třeba i zneplatňováním zákonů. J. Goldsworthy to považuje za nejextrémnější pozici i mezi odmítací suverenity parlamentu. Viz GOLDSWORTHY, J. *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999, s. 2. Opakují se tu meziválečné kontinentální debaty o suverenitě ústavy, která se nicméně sama neprosadí, takže potřebuje interpreta, a toho, kdo ji vynutí, tj. soudy, ovšem nově s rozmlžením toho, co ústavou je.

⁷³ K tomu HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy*. Harvard University Press, 2007.

Nicméně i zásadu otvírání pojmu práva lze dále extendovat, třeba v duchu Midásova teorému uváděného Kelsenem: tak, jako se vše, čeho se dotkl bájný král Midás, změnilo ve zlato, tak i vše, nač odkáže právo (dobré mravy, obchodní zvyklosti...), se mění v právo.⁷⁴ Jenže je to tak?

„*Legalita ve smyslu předem určených pevných skutkových podstat a legalita ve smyslu obecného, neměřeného zmocnění jsou dva rozdílné pojmy*“, říká ve svém Glossariu C. Schmitt, když se zamýšlí nad významem generálních klauzulí v právu.⁷⁵ Anebo jinak: Znamená např. to, že když se z myšlenky proporcionality stal veleúspěšný princip a test, měla by každá úvaha o uměřenosti, přiměřenosti, poměřování a vyvažování nabývat charakteru úvahy právní, anebo bychom právní charakter vyhradili pouze poměřování mezi právy? Není asi překvapivé, přikloníme-li se k druhé variantě, a ani to ne bezvýhradně, uvážíme-li, v čem spočívají jednotlivé kroky testu proporcionality (potřebnost, vhodnost...). Vždyť vyvažování ve spojení s řádem a hledáním proporcí bylo ústřední ideou řeckého politického myšlení,⁷⁶ po dlouhá staletí se s ním setkáváme rovněž jako s klíčovým atributem učení o smíšené vládě (ústavě), s nímž vplynulo do doktríny dělby moci.⁷⁷

Zmínili jsme se o tom hned v úvodu, když byla řeč o expanzi práva, vrátíme se k tomu v části věnované v užším smyslu politickým argumentům, resp. tomu, co z nich zbylo, když téměř o všem se můžeme pít z pozic nějak definovaných jako právní. Přičemž důležitým je slovo „nějak“. Zatímco po Velké francouzské revoluci byla legitimita rozhodnutí dána jeho souladem se zákonem, po druhé světové válce je zákon jen jedním z faktorů, vedle přiměřenosti, rozumnosti a vyargumentované přijatelnosti, říká Perelman.⁷⁸

V závislosti na vymezení pojmu práva se tak bude měnit stav, kdy právně-politické rozhodnutí vychází anebo nevychází z práva (co vše je právem?)⁷⁹, resp. je motivováno úvahami čistě politickými (volební příslib snížení daní či zvýšení starobních

⁷⁴ K tomu např. ONDŘEJEK, P. *Inkorporační problém v právní filozofii: příspěvek k diskusím o vztahu práva k dalším společenským subsystémům*. Jurisprudence, 2020, č. 2, příloha i TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2010, s. 158–159. V české debatě o ústavních změnách se dlouhodobě zvažuje rozšíření kontrolní působnosti Nejvyššího kontrolního úřadu (NKÚ). Součástí diskuze bývá i to, má-li NKÚ u obcí kontrolovat zákonnost, anebo i hospodárnost. Napíšeme-li však do zákona, že nakládání s veřejnými prostředky má být hospodárné, nemění se hospodárnost z argumentu ekonomicko-politického v právní, a to právě s dopadem na rozsah a obsah kontroly?

⁷⁵ Nakladatelská verze pro české vydání, záznam z 6. května 1948.

⁷⁶ LOUGHLIN, M. *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 56 a 65–66. Smyslu pro míru, hledání míry věcí nebo hledání proporce toho, co komu patří, být třeba v trestání, si ve svém výkladu o starověkém Řecku všimá rovněž BRÖSTL, A. *Frontisterion alebo Búdky pro vzletné myšlienky (o štáte a práve)*. Bratislava: Kalligram, 2009.

⁷⁷ Srov. např. KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věcného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019, kapitola 2. Podobné to může být s principem subsidiarity, který bývá připomínán v souvislosti s katolickou sociální naukou konce 19. století. Stal se však rovněž důležitým principem evropského práva, k nalezení je také v německém Základním zákoně jako směrnice upravující míru spolkové ingerence ve společných (konkurujících) legislativních působnostech. Nicméně samo zakotvení v právním dokumentu ještě neurčuje adresáta, resp. důsledky porušení. Záleží totiž na tom, je-li princip subsidiarity považován za justiciabilní, anebo je určen pouze politickým orgánům. V evropském právu je vytvořen mechanismus kontroly jeho dodržování zahrnující národní parlamenty i Evropský soudní dvůr.

⁷⁸ PERELMAN, CH., op. cit. sub 61, s. 186–187

⁷⁹ Připomeňme, že chemici nemívají potřebu řešit otázku, co je chemie, zatímco pro právní filozofii, a do značné míry i praxi, je otázka, co je právo, stará a stále znovu kladena. Viz HART, H. L. A., op. cit. sub 34, s. 17.

důchodů). I v posledně uvedeném případě však právo představuje filtr přípustnosti (zvláště při zakotvení limitů veřejného dluhu) a procesní rámec.⁸⁰

Do popředí v přemýšlení o politice vystupuje vůle. J. Kallab, známý sice především jako kriminalista, jehož však můžeme snadno označit i za jednoho z prvních českých teoretiků politiky, o tom píše: „*Nenazveme totiž nikdy politikou činnost, při níž jde toliko o provedení a uskutečnění daného závazného předpisu právního. Výkon práva a povinnosti není politikou.*“⁸¹ A dále: „*Mimo hranice právem upravených úkonů jest velké pásmo úkonů, jimiž stát zásadní své poslání plní podle potřeb daného případu, tedy individuálně, nikoliv podle předem stanovených závazných pravidel. ... Jest tedy politika jako druh činnosti tvůrčí činnost individua, směřující k plnění úkolů státních...*“, přičemž individualitou se míní individualita jednajícího i případu.⁸²

Podobné zdůraznění kreativity jako opaku vázanosti právem najdeme třeba u P. Holländera, když odlišuje kreativní a koncepční vládnutí, příslušející politické výkonné moci, od právem vázaného administrování.⁸³ Mezi klasiky politického a právního myšlení smýšlí obdobně E. J. Sieyes. Vláda či vládnutí (*gouvernement*) představuje činnost v právním smyslu volnou a sledující obecný zájem, zatímco výkonná moc je vázána právem. Z toho následně vychází i typologie aktů vládnutí a aktů správních.⁸⁴ D. Feldman k tomu poznamenává, že mezi administrativou a tvorbou politiky se nedá nakreslit ostrá hranice.⁸⁵

Předběžně tedy spojujeme a) politiku s vůlí a kreativitou, b) právní politiku s uvažováním o tom, co by jako právo platit mělo, protože mnohé cíle (obecné) politiky se v demokratickém právním státě bez média právní regulace dosáhnout nedají (nejde tudíž o chtění normy jako normy, nýbrž jako prostředku dosažení cíle, jenž je obsahem právní normy: zákon je politikou v pevné podobě),⁸⁶ c) právo se stanovením toho, co platit má, a d) dogmatickou právní vědu s poznáváním toho, co jako právo platí.

Rozdíl mezi právem a politikou tudíž nespočívá v absenci či přítomnosti chtění, nýbrž v míře závaznosti chtění: „*Vůle politická není svrchovanou, avšak směřuje k tomu, aby se svrchovanou stala...*“⁸⁷ Nebo možná přesněji podle vyjádření Rüttersova, z nezávazného a rozmanitého sociálně-etického a politického mínění (*Meinen*)

⁸⁰ R. Zippelius nicméně příznačně vtahuje i vyvažování nároků sociálního státu a rozpočtových úspor do práva, jelikož je prezentuje jako poměřování konkurujících si zásad a jimi reprezentovaných zájmů a svobod. Viz ZIPPELIUS, R., op. cit. sub 42, s. 13. Nejde samozřejmě o to, že by dopad rozpočtových úspor na zachování sociálních práv neměl právní rozměr, ale přece jen bychom neměli zapomínat na rozměr politický. Obdobně to platí třeba o masivním snížení rozpočtových příjmů s dopadem na akceschopnost státu.

⁸¹ KALLAB, J. *Politika vědou a uměním. Základy teoretické politiky*. Praha: Snaha, 1914, s. 9.

⁸² Tamtéž, s. 13–15.

⁸³ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 206.

⁸⁴ S odkazy na literaturu srov. KYSELA, J., op. cit. sub 77, s. 129.

⁸⁵ FELDMAN, D. *Beginning at the Beginning: The Relationship between Politics and Law*. In: FELDMAN, D. (ed.) *Law in Politics, Politics in Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, s. 4.

⁸⁶ V tomto smyslu má význam Kühnovu odlišení politického programu a právně-politického cíle, jehož má být dosaženo právními prostředky. Jelikož je však právně-politický cíl připodobněn Dworkinově „policí“, není zřejmě vyhrazen pouze zákonodárci, ale vstupuje rovněž do soudcovského uvažování, resp. do argumentace před soudy. Srov. KÜHN, Z., op. cit. sub 38, s. 95.

⁸⁷ KNAPP, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Aleš Čeněk: Dobrá Voda, 2002 (reprint vydání z roku 1947), s. 21.

a chtění (*Wollen*) se zákonodárným procesem stává to, co závazně platí (*Gelten*) a má se (*Sollen*).⁸⁸

Juridizaci politické vůle můžeme označit za imanentní, tj. právním řádem upravenou, cestu politiky do práva, oproti cestě transcendentní, jíž se míní cesta revoluce v právním smyslu.⁸⁹ Vzhledem k tomu, že obsah práva může být předurčen opět právem, nedá se bez dalšího říci, že by politika vymezovala obsah práva, zatímco právo představovalo rámec politiky. Je to zkrátka složitější a my se k tomu dostaneme za malou chvíli.

Vraťme se teď zpět k oné základní distinkci mezi normativitou a fakticitou. Přitakáme-li normativitě práva, můžeme se v dalším kroku ptát, jaké právo máme na mysli, víme-li přinejmenším od dob nástupu právního realismu v prvních dekadách 20. století o rozdílu mezi právem v knihách (*law in books*) a právem žitým, aplikovaným (*law in action*). Právo v knihách, tj. ve sbírkách zákonů, je skutečně právem, které v právním smyslu platí jako to, co být má, zatímco právo žité je to, které máme, které jako právo používáme, které tudíž platí ve smyslu sociálním. Ptáme se při jeho identifikaci, co je, anebo co být má? Asi spíše, co je, co fakticky platí, je reálně účinné. A když to je, znamená to současně i to, že to právě takto býti má (z fakticity normativita)?

Důležité nejspíše je právě to, proč žité právo platí. Je-li důvodem, že to odráží pocit právní komunity o tom, co býti má, přičemž tento pocit může být zakotven jak v knihách zákonodárců, tak v knihách soudců, jakož i v právních principech, odpovídá to zřejmě základnímu schématu, v němž se fakticita přizpůsobuje normativitě. Současně platí důležitý Zippeliův postřeh, že platné právo může lidské jednání účinně motivovat, dokud slouží jako orientační schéma,⁹⁰ což mj. znamená nutnost respektu k Fullerovým postulátům vnitřní morálky práva (seznatelnost, prospektivnost, stabilita, bezrozpornost...)⁹¹

Není jistě příliš originálním zjištěním, že čím více se vůle normotvůrce odchyluje od současných poměrů, a také od očekávání adresátů normy, s tím většími obtížemi se může prosazování takto koncipovaných (kontrafaktických či kontrafaktuálních) norem setkat.⁹² A nemusí se to týkat jen pověstného pokusu o normování toho, co je přirozeně nemožné, jak zněla známá poučka limitující moc suverénního britského parlamentu.⁹³ Dopadat to může třeba i na trestnost jednání vnímaného v daném společenství jako běžné (v poslední době např. debata o trestnosti mimomanželského sexu v Indonésii, zejména ve vztahu k turistům).⁹⁴

⁸⁸ RÜTHERS, B., op. cit. sub 35, s. 8.

⁸⁹ KNAPP, V., op. cit. sub 87, s. 21–22.

⁹⁰ ZIPPELIUS, R., op. cit. sub 42, s. 6.

⁹¹ FULLER, L., op. cit. sub 39.

⁹² Když J. Kallab nastiňuje důvody poslušnosti zákonu, uvádí soulad s normami mravními, soulad s (společenskými) mravy či zvyky a prvek donucení. Viz KALLAB, J., op. cit. s. 81, s. 35. V tomto schématu kontrafaktičnost představuje vymezení se vůči prostřednímu důvodu poslušnosti. Za zmínku stojí i apel na to, aby politikové dbali postihu každé nezákonnosti: „*Jakmile politikové trpí, aby se určitého zákona ne-dbalo, zeslabují naději, že jiného zákona, na němž jim záleží, bude dbáno.*“ (tamtéž, s. 37).

⁹³ Někdy se i s tím lze vypořádat svého druhu trikem. Pokud jedním z případů přirozeně nemožného byla tehdy změna muže v ženu, dodávalo se, že parlament může pro účely zákona XY stanovit fikci, že muž se považuje za ženu a opačně. Srov. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 165.

⁹⁴ Viz např. „*Za sex mimo manželství rok vězení. Indonésie schválila nový trestní zákoník*“, www.novinky.cz, 6. 12. 2022. Daný příklad je alespoň prospektivní, zatímco současné proměny mnohých sociálních konven-

Faktičita může být přirozeným limitem prosazování normativity, navzdory tezi o oddělenosti obou sfér však může „prosakovat“ i do jejího obsahu. V nejobecnějším smyslu je to dáno tím, že sice vše, co je, by nejspíše mohlo být jiné a jinak, je to však lidskými silami nemožné či alespoň obtížné zařadit. To se následně může promítnout i v chápání zákona buď jako postižení nutných vztahů mezi věcmi a silami v intencích zákonů přírodních, anebo jako vyjádření vůle, aby to, co je nahodile, tak bylo i cíleně, případně aby to bylo jinak.

Ve smyslu specifictějším se tu projevuje Jellinekovo dictum o normativní síle skutečnosti. Nejde ani tak o to, že by poměry byly vnímány jako racionální, jsou však považovány za normální, a v tomto smyslu oprávněné: „... že toto skutečně jest povahy normativní, že tak tomu má být, jak tomu jest“.⁹⁵

To odpovídá i Smendovu konstatování: „Jako pozitivní právo je ústava nejen normou, ale i skutečností; jako ústava je integrující skutečností.“⁹⁶ Za prvé se tím postihuje psychologický či sociální účinek působení ústavy,⁹⁷ za druhé vidíme onen už výše připomenutý poukaz, že v samotné ideji pozitivního práva se setkává to, co být má, s tím, co takovým i v knihách jest, přičemž to, co je v knihách, se může lišit od toho, co je praktikováno.

Klasičtějším příkladem setření rozdílu mezi bytím a mětím je právní obyčej. Základními definičními znaky právních obyčejů jsou přesvědčení o právní závaznosti (*opinio necessitatis*) a dlouhodobé faktické zachovávání (*usus longaevis*).⁹⁸ Odhadovat můžeme, že nejdříve se nějak, často bezděčně, postupuje, přičemž z dlouhodobého zachovávání postupu vzejde pocit, že se tak postupovat má.⁹⁹ J. Malenovský mluví o tom, že se faktická realita pozvolna přetváří v realitu právní: *ex factis ius oritur*.¹⁰⁰ Opačné řešení totiž předpokládá jiný zdroj normativity, který by určil, že právě postup XY je správný. Tím by ovšem obyčej přestal být samostatným pramenem práva, ledaže by se jím stal dodatečně, po odpadnutí (zrušení) původního právního titulu.

Obdobné je to u ústavních konvencí, ač nejsou striktně vzato považovány za právní pravidla přímo vynucovaná soudy. Mimo jiné tím odlišuje klasik A. V. Dicey „conventions of constitution“ jako jakousi ústavní morálku od psaného i nepsaného „the law of constitution“.¹⁰¹ Konvence jsou závislé na právu, resp. jsou právu podřízené,

cí, typicky ve vztazích mezi pohlavími (slova, pohledy, dotyky), jsou spojeny se snahou o jejich projekto-
vání do minulosti; řád minulosti se poměruje řádem přítomnosti, co je nepřijatelné dnes, se stává nepřija-
telným i před třiceti lety.

⁹⁵ JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 358, 364.

⁹⁶ SMEND, R. *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 4. vydání. 2010, s. 192.

⁹⁷ Podle A. Sajó ústavy privilegují určité hodnoty a mění je ve zvyky. Srov. SAJÓ, A., op. cit. sub 11, s. 70.

⁹⁸ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 134; MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné. Obecná část a poměr k jiným právním systémům*. 6. vydání. Brno, Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, s. 161 násl.

⁹⁹ Takto i JELLINEK, G., op. cit. sub 95, s. 360.

¹⁰⁰ MALENOVSKÝ, J., op. cit. sub 98, s. 162. Někteří autoři chápou v pozici normotvorného faktu nouzi (*necessitas*), která umožňuje chránit společenství, stát a právo i proti zákonu. Srov. AGAMBEN, G., op. cit. sub 27, s. 29 a násl.

¹⁰¹ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982 (reprint 8. vydání, 1915). V češtině přehledově KYSELA, J., op. cit. sub 93, s. 241 a násl., nebo KINDLOVÁ, M. *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy*. In: KLÍMA, K., JIRÁSEK, J. (eds.) *Pocta Jánů Gronskému*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008. D. Kosář mne ve svých poznámkách s odkazy na nejnovější literaturu správně upozornil na posun oproti klasickému pojetí, jelikož ústavní konvence

mohou právo vyjasňovat, stabilizovat a dotvářet, vznikají však praxí (shodou) politických mocí, typicky praxí opakovanou, založenou na pocitu správnosti takového postupu, který je odvozen od trvání či od nějakého relevantního principu. Praxe současně představuje i sankci v podobě nesouhlasu a nátlaku na toho, kdo konvence porušuje. G. Marshall je prohlašuje za neprávní pravidla ústavního chování: jsou to pravidla, kterými by se měl řídit ten, kdo bere korektně precedenty a argumenty, protože to prospívá odpovědnému vládnutí.¹⁰² Můžeme tak o nich mluvit jako o civilizačním standardu vytvářeném a udržovaném praxí.

Někdy mohou konvence, potažmo debaty o nich přesahovat až k základním otázkám právního systému, což v britském případě znamená spor o suverenitu parlamentu: kde se vlastně vzalo přesvědčení o suverenitě parlamentu a čím se udržuje? „Nestačilo“ by, aby ji soudy interpretující právo přestaly respektovat?¹⁰³ Jak uvidíme vzápětí, pojednává v této souvislosti o úloze soudů H. Hart.

Výše bylo zmíněno, že pouhým pozorováním praxe nezjistíme, čím přesně se řídí. Sleduje normativní vodítko, bezprostřední zájem každého aktéra, anebo je v tomto ohledu tak trochu bezduchá, mechanická, přízpůsobující se tomu, co bylo? Je praxe zdrojem poznání normy (nějak se chováme kvůli normě), anebo představuje sama praxe normu (chováním vytváříme normu)? Na sledování normativního vodítka můžeme usuzovat z koherentní praxe, čímž ale neodpovídáme na otázku po vzniku onoho vodítka.

V praxi hledá zdroj určení práva H. Hart se svou konstrukcí pravidla uznání, které označuje, co v dané společnosti jako právo platí. Klíčové tak není pozorovatelné jednání, ale jeho důvod, tedy právo,¹⁰⁴ a to je určeno shodou (ustálenou praxí) úředních osob, veřejných činitelů, zejména soudců.¹⁰⁵ Bez významu není ani postoj občanů, tedy jejich tichý souhlas s výsledky úředních operací, projevující se v dodržování zákonů nebo ve využívání zákonných oprávnění. Na rozdíl od Kelsenovy základní normy, jsoucí myšleným normativním ohniskem právního řádu, představuje pravidlo uznání empirickou otázku: platí, protože je uznáváno.¹⁰⁶ Uznání patří

zhruba od 80. let stále častěji vstupují do soudních rozhodnutí. Mohou sloužit k osvětlení právního pravidla (to bych si myslel já), mohou být i autonomně vynucovány. T. Sobek by je za autonomní pramen práva považoval až tehdy, kdyby soudci kritizovali porušování ústavních konvencí, a současně byli kritizováni za to, že je nevynucují.

¹⁰² MARSHALL, G. *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2001 (reprint vydání z roku 1984), s. 3, 12, 17.

¹⁰³ K tomu např. PÍŠA, R. *Suverenita Parlamentu stále žívá?* Právník, 2014, č. 11.

¹⁰⁴ Při podrobnějším pohledu bychom mohli rozlišit jednání na základě znalosti práva, na základě představy, že takovým právo je, na základě představy, že takovým by být mělo. Podle práva si můžeme počínat proto, že je to správné, šetříme čas strávený vymýšlením alternativ, bojíme se trestu, konkrétní pravidlo svědčí našemu zájmu...

¹⁰⁵ T. Sobek tuto tezi zobecňuje tak, že sdílenou soudcovskou praxí spojuje jako s kritériem platnosti práva se současnými právními pozitivisty jako takovými. V jiné poznámce ji poněkud modifikuje: „*Právní pozitivismus znamená, že pro platnost práva je konstitutivní nějaká společenská praxe a postoj účastníků této praxe.*“ Srov. SOBEK, T., op. cit. sub 2, s. 99, 240.

¹⁰⁶ HART, H. L. A., op. cit. sub 34, s. 72–73, 108, 115 násl., 286. Srov. též KÁČER, M., op. cit. sub 62, s. 27 a násl. Určení těch, jejichž shoda je podstatná pro identifikaci práva, se může měnit. Může jít o občas zmiňované „*communis opinio doctorum*“, mající základy v římském starověku a středověku, dodnes u nás implicitně užívané např. ve sporech o výklad pravomocí prezidenta republiky. Ale např. podle nacistického ideologa A. Rosenberga bylo právem to, co za správné považovali árijsší muži. Srov. COLOTKA, P., KÁČER, M., BERDISOVÁ, L. *Právní filosofie dvadsiátého storočia*. Praha: Leges, 2016, s. 146.

do světa fakticity, autoři výše zmiňovaní by je spojovali s právní sociologií, nikoliv s právní vědou. Představuje tedy odkaz na ně argument právní?

2.4 Vyšší, nižší?

Pakliže bychom po vzoru hledání priority slepice nebo vejce hledali prioritu politiky nebo práva, historicky nejspíše přitakáme prioritě politiky, resp. neformalizované moci v určité sociální skupině. Právo v archaických společnostech bude projevem prvotní institucionalizace takové moci. Bude nejspíše „rozpuštěno“ v jediném normativním řádu společně s normami náboženskými, etickými i jinými. S takovými normami se ovšem setkáme záhy, protože i samotný fakt, že vůdcem tlupy má být ten nejsilnější, musí odpovídat přesvědčení dané skupiny. Sama síla by nestačila, protože i ten nejsilnější může být ve spánku zabit slabými členy tlupy.¹⁰⁷

Pro současné společnosti se nejspíše takovému hledačství vyhneme a přikloníme se ke vztahu dialektickému; politika ovlivňuje obsahy i způsob vzniku práva (realizace politických programů, lobbying), právo stanovuje obsahové i procesní limity politice.

Na vyšší úrovni abstrakce můžeme dojít k tomu, že právní řád je plodem ustavené moci, která je odvozena od ustavující moci lidu, předcházející ústavě i právu, je tedy mimoprávní (právně bezforemná), ač sama idea ustavující moci je samozřejmě myšlenkovým konstruktem spadajícím do sfér myšlení politického i právního. Vzhledem k tomu, že se ústavy mění a často i přijímají na základě předpisů ústav předchozích, museli bychom však skutečnou originární ustavující moc, nevázanou právem, hledat až u přijetí ústavy č. 1, což v našem případě odpovídá prozatímní ústavě z roku 1918. Ústava tak navazuje na stav předústavní, těžko však už dojdeme ke stavu, který bychom dokázali označit za předprávní. Platí to tím spíše, čím menší nároky klademe na formalizaci pravidel chování, která označujeme za právní.

Přesto je i právo rámováno politikou, zaleží však na definicích, jak uvidíme na následujících třech příkladech.

Za prvé, považujeme přijetí ústavy jako základního a nejvyššího zákona, s nímž má být právní řád v souladu, za akt politický, anebo právní? Záleží na subjektu rozhodování a míře jeho (ne)vázanosti právem? Záleží na charakteru rozhodnutí, resp. na očekávání, s nímž je přijímáno?

Co se první otázky týče, má E.-W. Böckenförde ustavující moc za hraniční pojem, pojem spojující právní s mimoprávním, relevantní však pro ústavní teorii, nikoliv pro operace v platném právu, jež teprve po projevení se ustavující moci začíná.¹⁰⁸

U druhé otázky může záležet na tom, je-li subjektem podle všeobecného přesvědčení Bohem vyvolený panovník či jako přirozený zdroj moci identifikovaný lid jednající v revolučním vzepětí anebo od lidu odvozený orgán rozhodující podle stanovených právních pravidel, jehož vůle může být stvrzena lidem, avšak podle referendové procedury.

¹⁰⁷ Jde o součást „minimálního obsahu přirozeného práva“, potažmo antropologických konstant práva- Viz HART, H. L. A., op. cit. sub 34, s. 193–194.

¹⁰⁸ BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes: ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*. Würzburg: Metzner, 1986.

K otázce třetí případně připomíná M. Loughlin, že jak americká Deklarace nezávislosti, tak francouzské Prohlášení práv člověka a občana byly původně vyhlášením politických ideálů, a nikoliv katalogem právních závazků. V právo se francouzské Prohlášení změnilo až judikaturou Ústavní rady od roku 1971.¹⁰⁹

Může jít i o obecnější vzorec i pro jiné ústavní texty, jak by naznačoval izraelský případ prohlášení dvou základních zákonů Nejvyšším soudem za soudně vynutitelné, ač to bylo v rozporu se záměrem parlamentu.¹¹⁰ Anebo užití sousloví o „stále dokonalejší Unii“, které v případě USA nejspíše mnoho prakticky neznamená, zatímco sousloví „stále těsnější Unie“ v případě Evropské unie může být jak kritériem pro výběr osob do evropských institucí, tak zdůvodněním „prointegrační“ judikatury evropských soudů: děláme přece jen to, co členské státy chtěly.

Za druhé, platí-li, že suverénem je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu, jak tvrdí C. Schmitt,¹¹¹ rozhoduje současně i o tom, kdy právo platí, neboť se neodvolává na výjimku, resp. na výjimečný stav, v němž dochází k návratu k původnímu stavu bez diferencovaných mocí, ba možná i bez práva vůbec.¹¹² Rozhodnutí suveréna má povahu diskreční. Je suverenita pojmem právním, anebo mimoprávním? Nejspíše opět hraničním (suverén stojí vně právního řádu, ale přesto k němu patří: „*Suverén stojí současně uvnitř a vně právního řádu ... suverén je bodem nerozlišitelnosti mezi násilím a právem, je prahem, kde násilí přechází v právo a právo přechází v násilí*“¹¹³).¹¹⁴ Schmitt ji zařazuje mezi ty státovédné pojmy, které mají teologické kořeny...¹¹⁵

Za třetí, stejně tak Schmitt uvádí, že pojem politična předpokládá pojem státu, přičemž politično představuje sféru asociace, resp. mezní disociace, v níž se vymezuje, kdo je přítel a kdo (veřejný) nepřítel. Nepřátelství představuje existenciální ohrožení, přeměnit se může ve stav války nebo občanské války.¹¹⁶ Právo je tu upozaděno, existenciální konflikt o trvání politické jednoty přesahuje ústavu a zákony. Dosadit sem můžeme jak boj za čistotu rasy (notorietou je nepřátelství Židů), tak třídní konflikt (notorietou je nepřátelství zbytků poražené vládnoucí třídy), ačkoliv Schmitt v době svého psaní nemyslel na jedno ani na druhé. Nepřátelství se může projevit i v tom, jak vůbec definujeme člověka, resp. kdo jím je. Jde tak o jeden

¹⁰⁹ LOUGHLIN, M., op. cit. sub 26, s. 89.

¹¹⁰ Viz GOLDSWORTHY, J. *Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence*. In: CHOUDHRY, S. (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006, s. 117. Za zmínku snad stojí, že aktivismus Nejvyššího soudu vzbuzoval opakovaně mezi částí politiků nelibost. Současná izraelská vláda s ním zjevně zamýšlí něco dělat, podobně jako svého času vláda Orbánova v Maďarsku. Na rozdíl od Maďarska však její snahy narážejí na hlasitý odpor části veřejnosti.

¹¹¹ SCHMITT, C. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 8. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, s. 13.

¹¹² AGAMBEN, G., op. cit. sub 27, s. 5–6.

¹¹³ AGAMBEN, G. *Homo sacer*. Praha: OIKOYMENH, 2012, s. 23 a 39.

¹¹⁴ Podrobněji s odkazy na literaturu a nastínění odlišného kontextu právního a politického srov. KYSELA, J., op. cit. sub 93, kapitola 3.

¹¹⁵ SCHMITT, C., op. cit. sub 111, s. 43. Souvislost práva s teologií bývá obvykle spatřována v oblasti interpretačních metod, jež umožňují odhalit „pravdu“ v „posvátném“ textu (linka rabíni – scholastici – právníci). Na obecnější spříznění upozorňuje Z. Kryštůfek, když cituje Engelse: „*Právnícký světový názor je sekularizací názoru theologického*.“ Viz KRYŠTŮFEK, Z. *Historické základy právního pozitivismu*. Praha: Academia, 1967, s. 21.

¹¹⁶ SCHMITT, C. *Pojem politična*. Brno, Praha: Centrum pro studium demokracie a kultury a OIKOYMENH, 2007.

z krajních příkladů B. Rütthersem tematizovaného promítání politických představ v právu.¹¹⁷

K tomu je možné přičinit dvě poznámky. První odkazuje k důležitému rozvedení a posunu těchto úvah V. Bělohradským. Politično je transcendentní abstraktní jednotou, jejíž udržení je nejvyšším zájmem státu, a to jak v konkurenci se státy jinými, tak i s lokálními mocemi. Součástí instrumentária určeného k udržení politična je i oprávnění legálně nařizovat. Legalita zahrnuje preventivní poslušnost. Oproti tomu superlegalita, vedle významu ochrany určitých norem stanovením rigidní procedury jejich změny, představuje místo zlomu v řetězci legální argumentace, v němž také končí autorita soudců. Namísto normativní racionality se má prosadit autorita otevřená a inkluzivní argumentující obce, zhodnocující mj. kolektivní zkušenost rozporu mezi zákonem a ideou spravedlnosti. Veřejné užívání rozumu ústí ve formulaci určitých legitimizujících principů (např. svoboda, rovnost, bratrství), které se nevyčerpávají normami ani jimi nemohou být zrušeny. Argumentující obec je ustavena sdílením kantovské zásady „myslet z hlediska všech druhých“ jako občanské ctnosti a zvyku, vžitou praxí „ducha zákonů“, kterou „byrokratická autoritativní a sebestředná obec litery zákona (*litera legis*) už nemůže pohltnout“. Normy jsou dočasné, principy věčné.¹¹⁸

Dodejme, že i „věčnost“ principů je nejspíše podmíněna shodou argumentující obce. Bělohradského výklad se dá připodobnit Lockově tezi o státu jsoucím v dispozici lidu, který jej může změnit, selhává-li stát v naplňování konstitutivních očekávání. Bližší analogií jsou však samozřejmě stanoviska současné radikálně-demokratické politické teorie, vyhraňující se vůči byrokratizaci a vůbec odlišťující depolitizaci. Stěžejní je poukaz na to, kterak koncept superlegality, obvykle sloužící k ilustraci mocenské expanze soudnictví, jež na základě abstraktních principů sděluje dokonce i derivativnímu ústavodárci, co smí a co nesmí, v tomto kontextu podřizuje celý aparát právního státu, včetně soudnictví, veřejnému rozumu nesenému obcí.

Sporná může být konkrétní aplikace. V. Bělohradský uvádí příklad rozhodnutí, nejspíše Ústavní rady, vylučujícího potrestání francouzského občana za „nezištnou materiální pomoc“ migrantovi, jelikož součástí francouzské ústavnosti je princip bratrství nadřazující „věčnou“ solidaritu s druhými lidmi „dočasným“ příkazům legality.¹¹⁹

Jenže nebylo by přesvědčivější pro expozici vztahu argumentující obce jako jakési obdoby moci ustavující s mocí ustavenou, kdyby bratrství nebylo k dohledání v právních textech? Kde by však bylo nalezeno? V průzkumech veřejného mínění, v objektivní morálce? Mohlo by také být legitimně popřeno, případně zúženo: bratrství mezi Francouzi nezahrnuje bratrství např. se Somálci? Jinými slovy argument nadřazenou hodnotou je validní, je to však argument argumentující obce, anebo opět argument soudcovský, byť třeba soudu atypického? A jde o argument politický, anebo právní? Nepřipomíná vůbec evolutivní metodu výkladu práva, v jejímž

¹¹⁷ RÜTHERS, B. *Co je na spravedlnosti nespravedlivé – k proměně právních ideálů při změnách politických systémů*. Právník, 1994, č. 4.

¹¹⁸ BĚLOHRADSKÝ, V. *Čas pléthokracie. Když části jsou větší než celky a světový duch spadl z koně*. Praha: Nakladatelství 65. pole, 2021, kapitola 5, citace s. 216.

¹¹⁹ Tamtéž, s. 211.

důsledku tvrdíme, že vůlí ústavodárce, zákonodárce či smluvních stran je něco, co jí v době přijetí rozhodnutí nepochybně nebylo?

Poznámka druhá spočívá v konstatování, že vnímání člověka jako ne-člověka je jistě krajní, jenže ukazuje, jak některé samozřejmosti nemusí být úplně samozřejmé: „*Pokládáme za samozřejmé pravdy, že všichni lidé jsou stvořeni sobě rovni, že jsou svým Stvořitelem obdařeni určitými nezczizitelnými právy, mezi něž náleží právo na život, svobodu a sledování osobního štěstí*“, uváděli slavnostně tvůrci Prohlášení nezávislosti amerických osad, aniž by ovšem uvedené samozřejmé pravdy vztáhli k černým či původním Američanům. Stejně tak bylo v 19. století nepochybné, že zevšeobecnování volebního práva nezasáhne ženy, protože nejsou pro politickou participaci, resp. podíl na vládě, psychologicky, sociálně ani jinak uzpůsobené. Také manželství bylo ještě před pár lety samozřejmě svazkem muže a ženy. A mohli bychom pokračovat ve výčtu toho, co bylo v naší části světa samozřejmým, přičemž dnes se prosazuje jiný kánon samozřejmosti. Někdy až překvapivě svižně.

Pro nás je podstatné, že onen kánon přichází do práva zvnějšku, ze společnosti a jejích představ o dobrém a správném. Dopadat to může také na utěšeně se rozvíjející koncept posledních dekád, tj. na (anti)diskriminaci. Je-li diskriminací neopodstatněné odlišování, tedy porušení pravidla „*posuzuj podobné podobně a odlišné odlišně*“, ¹²⁰ předpokládá určení relevantních znaků stejnosti a odlišnosti, přičemž z některých se začnou vyvozovat závěry ve vztahu k tomu, co se smí a nesmí, co se patří a nepatří. Může jít o rasu, pohlaví, náboženství, etnicitu, původ, vzdělání, majetek atd.; s mnohými proměnnými se setkáme v podobě historických volebních cenzů, postupně odstraňovaných pod tlakem změny společenských nálad, politických hnutí apod. Jako bylo evidentní, že výkon volebního práva předpokládá určitou kompetenci, mj. ekonomickou nezávislost na jiných, tak je v současnosti evidentní, že žádnou kompetenci nevyžaduje, protože je emanací lidské důstojnosti a svobody.

Představoval odkaz na kompetenci argument politický, zatímco odkaz na lidskou důstojnost argument právní? Protože se s důstojností setkáváme jako s pojmem v ústavních textech? Znamená zakotvení všeobecného a rovného volebního práva, že debata o jeho významu a předpokladech skončila, anebo jen to, že ji lze vést pouze po dvou neprotínajících se myšlenkových a argumentačních kolejích, právní a politicko-filozofické? A jsou tyto diskusní linie ve vztahu nějak hierarchickém, vznešené ideje versus technikálie, mainstream a marginální iritace, právem zakotvená „fakticita“, jako to, co jest, a případně politickou filozofií nabízená „normativita“, jako to, jak by to jinak být mohlo, či mělo?

Připustíme, že nenárokové udílení státního občanství může být ovlivněno zohledněním kritérií, která bychom jinak v přístupu k základním právům považovali za citlivá, ne-li zapovězená, a to na základě (politického) argumentu uchování rázu politického společenství, tj. státoobčanského korpusu? G. Sartori v tomto duchu varoval před masivním udílením italského státního občanství příslušníkům stále početnější muslimské komunity ze zemí severní Afriky, protože ji považoval za kulturně odlišnou, neintegrovanou a integraci se vzpírající.¹²¹ Velmi podobně se vyhraňoval ve své poslední knize vůči (zdvojenému) občanství přibývajících imigrantů

¹²⁰ HART, H. L. A., op. cit. sub 34, s. 161.

¹²¹ SARTORI, G. *Pluralismus, multikulturalismus a přistěhovalci*. Praha: Dokořán, 2005.

z Latinské Ameriky, najmě z Mexika, S. Huntington.¹²² Oba totiž považovali za hodnotu zásadním způsobem nezměnit to, co znamená být Italem nebo Američanem. Ani ne tak ve smyslu rasovém jako kulturním. A pokud platí, že žádný stát či právní řád se neudrží bez společného hodnotového přesvědčení, protože právní řád předpokládá nějaký hodnotový řád, není to bez právního významu.¹²³

Po mém soudu je to argumentace validní, což neznamená, že se jí nutně máme řídit. Jen ji nepovažuji za *a priori* nepřijatelnou, jelikož sleduje legitimní požadavek relativní homogenity politického společenství, bez níž se společenství začne otřásat. Vždyť přece i pozitivní diskriminace amerického typu byla založena na odčiňování minulých křivd a snižování společenského napětí vůbec. Koho všeho zvýhodňovat, je však otázkou nepochybně mimoprávní, která může být testována právním požadavkem rovnosti před zákonem. Nejde přitom o odlišení mezi pozitivní a negativní diskriminací na bázi přípustného zvýhodnění a nepřípustného znevýhodnění, neboť bonus pro jednoho je malusem pro druhého (fenomén „předbíhání ve frontě“). Tím pádem by to však nemělo být vyňato ze sféry politické polemiky (něco nějak má být), protože sféra právního rozhodování je spojena s dojmem, že už jsme se nějak dohodli či rozhodli, přičemž teď už dohodu či rozhodnutí pouze aplikujeme (něco už nějak je). Čím méně toho však v povědomí demokratické veřejnosti bylo skutečně dohodnuto, tím pokrytečtější může tato figura vyznít.

Není to nepodobné situaci, v níž se v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva střetlo konsociační uspořádání Bosny a Hercegoviny, jsouc výsledkem mírových dohod po krvavé občanské válce, se stížností na diskriminaci dvou stěžovatelů, Roma a Žida, kteří se neidentifikovali s žádným konstitutivním národem, tj. Srby, Chorvaty a „Muslimy“, a proto nemohli kandidovat ve volbách do orgánu kolektivní hlavy státu.¹²⁴ Evropský soud pro lidská práva upřednostnil optiku individuálních práv, přičemž je vcelku zřejmé, že ústavní uspořádání bylo mezinárodně dohodnuté, situačně odůvodněné, modelově aprobované (multikulturalismus, konsociativismus a federalismus jako způsoby uspořádání strukturálně rozdělených společností) a sledující legitimní cíl.¹²⁵ Nelze samozřejmě tvrdit, že v tomto případě se střetl čistě právní argument s politickým, protože se poměřovala Evropská úmluva s domácí ústavou, nicméně připustit, že větší míra politického důrazu spočívala na obhajobě konsociačního modelu, nejspíše možné je.

K úvahám o mimoprávním, nejen politickém, kontextu práva přidejme ještě jednu vrstvu. Již vícekrát citovaný německý politický a právní myslitel C. Schmitt totiž tvrdí, že veškeré právo je právem situačním, tj. kontextově podmíněným.¹²⁶ Pěkně je to vyjádřeno v důležité zásadě smluvního práva, jíž je *clausula rebus sic stantibus*

¹²² HUNTINGTON, S. P. *Kam kráčíš, Ameriko? Krize americké identity*. Praha: Rybka Publishers, 2005.

¹²³ RÜTHERS, B., op. cit. sub 35, s. 23 a 30. V duchu snad nikoliv nepodobněm uvádí A. Sajó: „Do značné míry jsou práva kulturně sdílenými konvencemi a vzájemnými očekávanými. (...) Právní instituce slouží jako kolektivní paměť.“ Sdílená zkušenost se promítá v porozumění a empatii. Viz SAJÓ, A., op. cit. sub 11, s. 34 a 37. Můžeme tedy dodat, že není lhostejné, zda tu sdílená zkušenost je nebo není, protože podle toho budeme právní pravidla a instituce vnímat jako své a pochopitelné anebo vnucené a nesrozumitelné. To podbarvuje mj. teorii a praxi multikulturalismu.

¹²⁴ Případ *Sejdić a Finci v. Bosna a Hercegovina* (27996/06 and 34836/06).

¹²⁵ K tomu McCRUDDEN, CH., O'LEARY, B. *Courts and Consociations. Human Rights versus Power-Sharing*. Oxford University Press, 2013.

¹²⁶ SCHMITT, C., op. cit. sub 111, s. 19.

(výhrada, že věci zůstanou tak, jak jsou).¹²⁷ Aby však bylo možné posoudit, zda jsou okolnosti, za nichž má smlouva platit, změněné, čili nic, je třeba provést analýzu právní, anebo spíše mimoprávní (historickou, ekonomickou, politickou, sociální, statistickou), z níž vyvodíme právní závěry?

Podobně bychom se mohli vymezovat i vůči jiné zásadě, totiž *quieta non movere* („klidné nechat v klidu“).¹²⁸ Ta je sice výrazem pochopitelné zkušenosti radící nám investovat energii tam, kde je to nezbytné, když už jí máme málo, současně však předznamenává konzervativní nastavení ve prospěch ochrany *status quo*, jež se však např. socialistům nebo feministkám příliš zamlouvat nebude.¹²⁹

Na to upozorňuje Ch. Perelman, když zmiňuje tři principy presumpcí P. Daye; pro konzervativce je prvořadé to, co existuje, takže je třeba odůvodňovat změnu, liberál preferuje svobodu, tudíž trvá na odůvodnění jejího omezení, a pro socialistu nevyžaduje žádné zdůvodnění rovnost.¹³⁰ Pro kritickou právní teorii z toho plyne, že soudcovská ochrana *status quo* se soukromým vlastnictvím vyjadřuje ideologický postoj,¹³¹ a to bez ohledu na argumenty, které soudce používá.¹³² Důsledkem je, že musíme vyřešit, zda citované zásadě vůbec přitakáme, věcí druhou vyhodnocení, co vlastně obnáší klid, resp. jaký typ neklidu vyžaduje jakou reakci.¹³³

Právo zkrátka je sociálním konstruktem, plodem dané epochy, opírajícím se sice o dlouhou tradici pojmů a institutů, jež se však historicky mění, přizpůsobují poměrům a představám. Dojde-li k náhlé a intenzivní změně společenských poměrů, právo se přizpůsobit nestihne, čímž se otevírá výše uvozená otázka po tom, zda se náhodou neocitáme v prostoru výjimky, v němž nevládné pravidelnost (srov. právo) ani normalita (srov. norma). Tak tomu mohlo být např. při velké imigrační krizi

¹²⁷ KINCL, J., op. cit. sub 32, s. 50.

¹²⁸ Tamtéž, s. 215.

¹²⁹ Nemusí jít nutně jen o socialisty s touhou měnit společenské poměry, ale o celé nastavení legislativní právorovny, která je orientována spíše na obecné a apriorní stanovování toho, co být má, než na induktivní rozpoznání toho, co jako to, co být má, uznává společenská a právní praxe. Jde o velké Hayekovo téma spontánních řádů, karteziánského rozumu a různých typů tvorby práva. Vedle „nomos“ jako práva nalézaného či rozpoznávaného soudci stojí „thesis“, což je právo cílené vytvářené pro řízení organizace, potažmo vlády. Viz HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha: Academia, 1994, kapitoly V a VI.

¹³⁰ PERELMAN, CH., op. cit. sub 61, s. 172.

¹³¹ KENNEDY, D., op. cit. sub 15, s. 290 a násl. Vzpomeňme tu na Tamanahovo soudcovské rozhodování v dobré a zlé víře, zmíněné v úvodu. Pro kritickou právní teorii, marxisty, také mnohé feministky je ideologií v zásadě vše, pročej nemá smysl se snažit o neideologický postoj. Jenže za prvé platí, že je-li ideologií vše, nemusí jí nakonec být nic, pojem by ztratil obsah. A za druhé: Nebude rozdíl mezi nevědomým ovlivňováním vlastního poznávání a usuzování a vědomým zastíráním faktů pod heslem třídní vědy, jak jsme toho byly svědky třeba v 50. letech minulého století? Za třetí: Nehraje roli to, že soudce chrání ústavně aprobovaný řád?

¹³² Prestože tedy Z. Vikarská pečlivě a přesvědčivě argumentuje mechanismy omezujícími politickou motivaci rozhodování soudců (Evropského soudního dvora), pozici kritické právní teorie by to neotřásl, jelikož cílí na soudnictví jako takové (všichni soudci jsou stejní), zatímco Z. Vikarská na jednotlivé soudce, korigované především jinými soudci. Srov. VIKARSKÁ, Z. *Evropský soudní dvůr jako politický aktér*. In: KYSELA, J., ONDŘEJKOVÁ, J. a kol. *Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě*. Praha: Leges, 2012, s. 109 násl. Obdobně se dá říci, že podporují-li všichni soudci Evropského soudního dvora stále užší Unii, nemusí jim připadat nijak kontroverzní (politické), když to dělá kterýkoliv z nich, např. v posuzování námitek vůči dodržování principu subsidiarity.

¹³³ Příznačné je, že má-li Schmitt za suveréna toho, kdo rozhoduje o výjimečném stavu, Goethe ve Faustovi praví, že pánem je ten, kdo nám vytváří klid. Viz RADBRUCH, G., op. cit. sub 30, s. 83. Klid tudíž zjevně není neutrální a nehodnotové kategorie, o čemž konečnicův svědčí i nedávná prezidentská volební kampaň, v níž vyhrál „řád a klid“.

kolem roku 2015, kdy byl mechanismus individuálního posuzování osudů a statusu různých migrantů, „šitý na míru“ pro stovky a tisíce případů, zatížen stovkami tisíc případů, takže těžko mohl fungovat dobře.¹³⁴ A opět, nepodléhá vyhodnocení skutkových okolností posouzení spíše (víceméně nevázanému) politickému než (víceméně vázanému) právnímu? Po mém soudu ano.

Takové vyhodnocení samozřejmě nemusí obnášet přesun do mimonormativní sféry ovládané ve schmittovském duchu *ad hoc* opatřeními a příkazy suveréna, jakkoliv ani ta by nakonec nepůsobila v prostoru prostém jakéhokoliv práva.¹³⁵ Schmitt totiž uvažuje o určitém pra-právu, abstraktním právu, právu jako čisté myšlence, z něž přecházíme do sféry konkrétního, pozitivního práva, kvalifikovaného coby právo rozhodnutím státu; až takové právo je způsobilé konkrétní realizace.¹³⁶ Od normativní nicoty se tak můžeme na myšlenkové škále posouvat k nějakému hodnotovému řádu, v jehož rámci se ustavují právní pojmy a instituty, jež se kodifikují ve sféře psaného práva, v níž mohou být hierarchizovány jako právo „vyšší“ a „nižší“, a následně jsou opět ovlivňovány vyvíjejícími se hodnotovými představami. Pravděpodobnější však bude v reálném světě změna normativních standardů v rámci ustaveného právního řádu, tj. dočasné derogace lidskoprávních závazků,¹³⁷ odstoupení od mezinárodních smluv, aktivace institutů mimořádného vládnutí.¹³⁸

2.5 Dílčí shrnutí

Co z předchozího textu plyne? Přinejmenším to, že právo nemusí být ušlechtilé a politika pokleslá, hranice mezi nimi nemusejí být zdaleka ostré a mezi fakticitou a normativitou existuje svého druhu prostupnost. Argumenty, které by historicky byly považovány za mimoprávní, mohou být dnes chápány jako právní, což však neznamená, že všechny argumenty užívané soudci nutně právní jsou. Záleží však samozřejmě na tom, jak právní argumenty chápeme, nakolik jde o texty právních předpisů, z nich vyvozené závěry, soudní rozhodnutí, odvětvové i obecné principy, argumentační řetězce odvozené z toho, že ústavy chrání lidskou důstojnost či jsou ústavami demokratických států...

¹³⁴ Migrační vlnu považuje za výjimečnou situaci V. Honusková, ovšem s důsledkem hledání jiných adekvátních řešení podle práva. Viz HONUSKOVÁ, V. *Řešení bromadného přílivu uprchlíků skrze status prima facie*. In: BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016.

¹³⁵ Takto DIENSTBIER, J. *K otázkám mimoprávnosti mimořádného vládnutí*. Právník, 2022, č. 6, s. 510–511. Zajímavě se od Schmitta odráží při svém precizním výkladu evropského práva v migrační krizi SCHEU, H. *Výjimečný stav v kontextu uprchlické krize a jejího řešení ze strany Evropské unie*. In: BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016.

¹³⁶ SCHMITT, C., op. cit. sub 43, s. 56, 77, 80–81. Nabízí se srovnání s Bodinem, který vedle sebe staví zákon (*loi*) a právo (*droit*), přičemž práva se občan dovolávat nemůže, to se stává aplikovatelné až zprostředkováním opatřením knížete. Srov. FRIEDRICH, C. J., op. cit. sub 9, s. 82. Vzdálená není ani Krejčího koncepce prosté a kvalifikované právnosti, kdy ta první obnáší soulad s normami obsaženými v libovolných pramenech práva, zatímco ta druhá soulad s normami v právních předpisech, především v zákonech. Rozdíl bude v tom, že Krejčí vždy předpokládá prameny práva, tedy právo jimi konkretizované. Srov. DIENSTBIER, J., op. cit. sub 135, s. 506.

¹³⁷ BÍLKOVÁ, V. *Derogace smluv o lidských právech*. In: BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016.

¹³⁸ V poslední době se této tematice pilně a do hloubky věnuje J. Dienstbier. Srov. přinejmenším DIENSTBIER, J., op. cit. sub 135.

3. Politické argumenty v procesu realizace práva

3.1 Paralelní řády

Žijeme ve světě prostoupeném právem, světě, v němž M. Kumm nachází „totální ústavy“, které se neomezují jen na regulaci vlády (státu), ale konstitucionalizují vše, tak, jako „totální stát“ vše politizoval.¹³⁹ Z dlouhodobého hlediska je to stav neobvyklý, protože záběr (pozitivního) práva byl zprvu omezený. My se nyní stručně podívejme na stav, v němž je to, co bychom dnes označili za veřejnou moc, vykonáváno ve dvou právních režimech: vedle režimu explicitního a obvyklého práva může jít i o režim práva tacitního či mimořádného, resp. dokonce režim ne-práva.

Povědomost o tom, že právo může stát proti právu, máme přinejmenším od Sofoklovy *Antigony*, která řešila dilema poslušnosti buď právu bohů, nebo právu lidí. K právu bohů záhy přistupují odkazy na právo přírody či přirozenosti, právo přirozené. A s těmito řády, potenciálně kolizními, bylo třeba konfrontovat jednání panovníků, kteří v různých koncepcích mohli stát nad právem lidí, byli však podřízeni ostatním řádům práva, jakkoliv ne vždy směli být donucováni k poslušnosti vůči nim (závaznost ve svědomí). Nám tu však nejde o právo transcendentní, nýbrž o různé řády práva lidského.¹⁴⁰

Ve středověké Anglii se distinkce tohoto typu prvně objevuje v *Bractonově* rozlišení *gubernacula* a *iurisdictia*. Tak jako byl „*dux*“, tedy vládce (vojevůdce, vůdce, viz fašistický duce, ale také vévoda) pro případ války, pánem neomezeným, zatímco „*rex*“, mírový král, byl podřízen právu, vystupuje i král ve dvojím režimu. Ve sféře *gubernacula* působí jako nositel neomezené nařizovací a donucovací moci, zatímco ve sféře *iurisdictia* vládne především svými soudy, které se vypořádávají s důsledky královských chart a grantů. V *gubernaculu* platí králova přání, v *iurisdictiu* zákony, jež jsou způsobilé z královských aktů činit akty *ultra vires*.¹⁴¹ Dělítkem tak je (ne) přítomnost zákona: jelikož k jeho vzniku bylo třeba královské sankce, král se přitakáním k zákonu omezoval, vzdával se možnosti odvolat se pouze na svou (politickou, nevázanou) vůli, resp. autonomně posouzený obecný prospěch. Schematicky tak platí jako zásada *gubernaculum*, ledaže převáží *iurisdictio*.

Obě sféry se později transformují, nejdříve do podoby Tomášem Akvinským inspirovaného „*dominium regimem politicum et regale*“ (*politicum* jako vláda omezená, *regale* jako neomezená) a později do souběhu prerogativy a řádné moci (viz dále).

V tom se projevuje také starší odlišování „*potestatis absolutae*“ a „*potestatis ordinatae*“ Balda de Ubaldis a kardinála Jindřicha ze Susy (Hostiensis). Řádná moc (*potestas ordinata*) je mocí právní, mocí v zákonech, slouží prospěchu jednotlivých

¹³⁹ LOUGHLIN, M., op. cit. sub 26, s. 130–131.

¹⁴⁰ V další části tohoto oddílu vycházím z KYSELA, J., op. cit. sub 84, s. 105 a násl. Text je však dosti upraven a odkazy redukovány.

¹⁴¹ MCILLWAIN, CH. H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Liberty Fund, Indianapolis 2007, s. 71 násl. Na „*gubernaculum*“ a „*iurisdictio*“ můžeme výslovně narazit i v současné literatuře. G. Sartori považuje v *Bractonově* duchu za zhmotnění prvního příkaz, zatímco druhého zákon. V 18. století bylo *gubernaculum* podřízeno *iurisdictiu*, zatímco dnes vidíme opak; vláda zákonodárců obnáší nahrazení ideje zákona jako obecného a stálého pravidla chování příkazovou teorií práva. Srov. SARTORI, G. *Teoría demokracie*. Bratislava: Archa, 1991, s. 326–327. Připomíná to Hayekovy úvahy o vztahu práva (*nomos* jako právo svobody ve formě obecných pravidel správného chování) a zákonodárství (*thesis* jako regulace vlády ve formě směrnic), o nichž jsme se už zmiňovali.

poddaných, zatímco právem tak úplně nevázaná moc absolutní (*potestas absoluta*) je orientována na veřejný prospěch lidu jako celku. Ve zmíněné dvojici se promítá reflexe božské „*potentiae absolutae et ordinatae*“ teologických nominalistů. „*Potestas absoluta*“ byla původně mocí jednorázově porušit platné normy, teprve později se jako „*plenitudo potestatis*“ (plnost moci) stala také nejvyšší jurisdikční mocí.¹⁴²

Od 16. století se oproti uváděným pojmům v anglickém kontextu ustálilo označení prerogativa. Využijme k jejímu přiblížení J. Locka, ač jde o autora písíciho až koncem 17. století. Locke nás upozorňuje, že všechna omezení moci slouží především tomu, aby se politická společnost udržela ve formě přinášející svým občanům prospěch, a nikoliv újmu. Dostane-li se však v sázku sama existence politické společnosti, omezení moci ustupují. „*Kde moc zákonodárná a výkonná jsou v různých rukou (jako je tomu ve všech umírněných monarchiích a dobře uspořádaných vládách), tam dobro společnosti vyžaduje, aby některé věci byly ponechány rozvážnosti toho, kdo má výkonnou moc. Protože totiž zákonodárci nejsou s to předvídat a opatřit zákony vše, co může být užitečné společenství, vykonavatel zákonů, který má moc ve svých rukou, má ji podle obecného zákona přirozeného užít pro dobro společnosti v mnoha případech, kde pozitivní zákon nedal žádnou směrnicí, dokud se legislativa nemůže náležitě shromáždit, aby to opatřila. ... Ano, sluší se, aby zákony samy v některých případech ustoupily výkonné moci nebo spíše onomu základnímu zákonu přirozenému a státnímu, totiž že pokud je možno, všichni členové společnosti mají být zachováni. ... Tato moc jednat podle rozvahy pro veřejné dobro bez předpisu a zákona a někdy i proti němu je to, co se nazývá prerogativou.*“¹⁴³

Prerogativa, ale i soudcovská ekvita, jsou výrazem poznání a uznání faktu, že zákon nemyslí na vše. Prerogativa tak není pouze mocí pro výjimečné situace, jakkoliv zvláště v nich se uplatní, spíše je reziduální mocí panovníkovou působit ku obecnému prospěchu tam, kam dosud nezasahují zákony. K takovým zásahům dochází zejména tehdy, když panovník neužívá nevymezené moci k dobru lidu, prerogativa totiž není „*libovolnou mocí činit věci lidu škodlivé*“.¹⁴⁴ Není mocí mimoprávní, k jejímu vynucování byly zřízeny i prerogativní soudy (typicky soud Hvězdné komory).

T. Poole nechápe vztah prerogativy k zákonu pouze kompetenčně. Váže ji na vůli, zatímco zákon na rozum; prerogativa může vyústit v „nebezpečnou extravaganci“ vládnutí silou.¹⁴⁵ Je-li zneužívána, má být omezena, což odpovídá přesvědčení, že parlament může prerogativu omezovat zákonem (atrahovat úpravu), nikoliv však kontrolovat její výkon,¹⁴⁶ což přetrvalo až do zavedení odpovědné vlády v 18. a ještě spíše v 19. století.

Na počátku 17. století byla prerogativa i soudně potvrzena (*Case of Proclamations*) jako oprávnění panovníka pozastavovat právo (*common law*) a vyjímat z jeho do-sahu.¹⁴⁷ To však bylo překonáno Slavnou revolucí. Jestliže tedy pro středověkého

¹⁴² Srov. GOLDSWORTHY, J., op. cit. sub 72, s. 79–80, 82–83, 115 násl.; BELLING, V. *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filozofii*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2015, s. 40 násl.

¹⁴³ LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. 2. vydání. Praha: Svoboda, 1992, s. 125.

¹⁴⁴ Tamtéž, s. 127.

¹⁴⁵ POOLE, T. *Reason of State. Law, Prerogative, and Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 81.

¹⁴⁶ GOLDSWORTHY, J., op. cit. sub 72, s. 57.

¹⁴⁷ ŠEJVL, M. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, s. 181.

Hinkmara z Remeše bylo atributem panovníka oprávnění prolomit zákon jeho zmírněním ve jménu vyšší spravedlnosti (viz *potestas absoluta* výše), přispělo vyjímání osob z dosahu zákonů ve formě dispensů k sesazení Jakuba II.; změnilo se vnímání panovníka.¹⁴⁸

V jiném případě z počátku 17. století (*Case of Impositions*) soudce sir Thomas Fleming prerogativu rovněž akceptoval, avšak rozdělil ji na prerogativu běžnou (*ordinary*) a absolutní (*absolute*), čímž ji poněkud omezil. Ta první sleduje soukromý zájem panovníka a je přezkoumatelná soudy, ta druhá sleduje obecný prospěch lidu a řídí se moudrostí krále. Obě stojí vedle *common law*.¹⁴⁹

Schematicky vyjádřeno platí v těchto úvahách jako zásada obecné právo, ledaže převáží prerogativa, pokud ji ovšem „nepřebije“ zákon. E. Burke sice považoval prerogativu ve své době za mrtvou, protože Koruna ji nahradila „měkkou mocí“ vlivu,¹⁵⁰ přesto byla striktně vzato oporou vlády v koloniích, a v britském ústavním systému plní, malou sice, ale přesto roli, dodnes.¹⁵¹

Vidíme, že rozhranění obou sfér, řádné a mimořádné, je odvozeno od předmětu, tedy od posouzení obecného prospěchu. Má být chráněn a sledován cestou zákonů, anebo úradkem panovníka a jeho rádců?

To, co bylo v Anglii známo jako prerogativa, vystupuje na kontinentu od dob Machiavelliho, Guicciardiniho a Botera jako „státní zájem“ (*raison d'Etat*, *Staatsräson*, původně *ragione di stato*).¹⁵² V duchu zásady „*necessitas legem non habet*“ („*utnost nezna žádný zákon*“)^{153, 154} bylo zachování státu prohlášeno za hodnotu vyšší než dodržování zákonů, přičemž ovšem pouze osoby znalé tajů vlády (*arcana imperii*) věděly, čeho je k zachování státu třeba, tedy, kdy má právo ustoupit. Prostředky k ochraně státu měly být přiměřené účelu, tedy povaze nebezpečí.¹⁵⁵

Z. Neubauer státní resonu přímo váže na poměry, v nichž je stát nejvyšším účelem politické činnosti, namísto účelů jiných. V podobě samoučelu (státní egoismus) může žádat oběti jednotlivců i skupinových zájmů. V modifikované variantě představuje udržení formy s proměnlivým obsahem (účelem), který mohou vyjadřovat různé, nepejorativně chápané, ideologie.¹⁵⁶

Tento koncept ob stojí jen za předpokladu, že stát vůbec považujeme za nějaké dobro ve vztahu ke společnosti a jednotlivcům (zajišťuje mír, bezpečnost, ochranu právům...). Máme-li jej za škodlivý a nelegitimní, jeho udržování porušováním práva je tím spíše vyloučeno. Aby bylo riziko dosahování legitimního cíle

¹⁴⁸ KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Clarendon University Press, 15. vydání. 2007, s. 109–110, 221, 234.

¹⁴⁹ POOLE, T., op. cit. sub 145, s 27. V podobném duchu vymezoval ve druhé půli 17. století republikánský spisovatel M. Nedham zájem státu, v němž se může potkat soukromý zájem knížat a veřejný zájem, aniž by však byly tímtež. Tamtéž, s. 71.

¹⁵⁰ Tamtéž, s. 121.

¹⁵¹ Významným předělem byl soudcovský vstup do sféry prerogativy po roce 1985. Z poslední doby jsou klíčová pobrexitová rozhodnutí Miller I a Miller II (prerogativa podřízená pravidlům common law, nikoliv jen účelové racionalitě), na jejichž rozbor tu už není prostor.

¹⁵² ŠEJVL, M., op. cit. sub 147, s. 146 a násl.

¹⁵³ KINCL, J., op. cit. sub 32, s. 167.

¹⁵⁴ K tomu např. ONDŘEJEK, P. *Necessitas non habet legem? 24 hodin, v nichž mizí právo*. In: *Právo v umění a umění v právu*. Praha: Leges, 2011.

¹⁵⁵ FRIEDRICH, C. J., op. cit. sub 9, s. 15.

¹⁵⁶ NEUBAUER, Z. *Státověda a theorie politiky*. 2. vydání. Praha: Jan Laichter, 1948, s. 129 násl.

nelegálními prostředky zmírněno, institucionalizují se výjimky oproti vládnutí běžným pořadem práva do podoby vládnutí výjimečného, mimořádného. Za jádro státní resony transformované na poměry ústavního státu však např. Friedrich nepovažuje ani tak výjimečné stavy jako spíše prostředky tzv. obranyschopné demokracie (rušení antisystémových politických stran, vyloučení „podvrtných elementů“ z veřejné správy atd.).¹⁵⁷

Pro nás je důležité, že státní zájem, zahrnující mj. strategické volby, obtížná politická a morální rozhodnutí, také však poměřování vztahu práva a politiky, indikuje existenci dvou modulů, modulu práva a správnosti a modulu zájmu a moci,¹⁵⁸ přičemž ten druhý představuje rámec, avšak také „stopku“ působení prvního (tabu). Bezpečnost a zájem státu je argumentem pro přerušení legalistické argumentace, podobně (i když jinak) jako to výše ukazoval V. Bělohradský na příkladu superlegality opírající se o autoritu argumentující obce.

Na závěr dodejme, že zajímavou modifikaci teze o souběžné existenci veřejné moci různé povahy (co do míry vázanosti právem) najdeme ve 20. století v učení o duálním státu Ernsta Fraenkela (paralelní existence státu norem a státu opatření, státu normativního a prerogativního, státu práva a soudů a státu koncentračních táborů a gestapa). Autor totiž ve Třetí říši pozoroval nikoliv univerzální čistou svévoli, potažmo absenci pravidel, nýbrž duální stát, v němž vedle sebe koexistují stát norem se státem opatření.

Stát norem v zásadě pokračuje v předchozím fungování, ovšem jen v prostoru, který mu ponechává stát opatření, v němž není jednání vázáno na formální pravidla, ale řídí se naplňováním specifických politických účelů, které stanovují politické instance (mj. boj s vnitřním nepřítelem). Rozsah státu opatření je dynamický a arbitrární. I ze vztahu na první pohled nenápadného se může stát vztah vyňatý ze státu norem, např. je-li pronajímatelem či nájemcem bytu Žid. S prvky státu opatření se setkáváme za výjimečných stavů s jejich limitovanou soudní kontrolou i v demokraciích (základní sféra prerogativy, viz výše), ve Třetí říši se však výjimečný stav stal trvalým. Symbolem státu norem byl soud, symbolem státu opatření gestapo. V prvním případě byla moc svázána paragrafy, ve druhém případě se projevovala násilím.¹⁵⁹

Odkaz na koncentrační tábory se objevuje také v současnosti. Příkladem může být G. Agamben, který jej považuje za typický prostor pouhého života (*zóé*), který je vyňat z politiky, je výjimkou z obecných norem, „nelokalizovatelnou zónou“. Současně však svou totální kontrolou symbolizuje stále širší dosah politického rozhodování.¹⁶⁰ V jiné práci jej připodobňuje americké věznicí v Guantanámu; v obou případech je život bez právního určení.¹⁶¹

Právě Guantanáma si všímají i další autoři. W. Hooker jej považuje za právní černou díru, v níž se uplatňuje plná diskrece, pro W. Scheurmana představuje rakovinu (*cancer of normlessness*) s potenciálem infekce zdravých právních orgánů, příklad pověstného šikmého svahu.¹⁶² Jiným takovým příkladem je přivolení k mučení.

¹⁵⁷ FRIEDRICH, C. J., op. cit. sub 9, s. 123–124.

¹⁵⁸ POOLE, T., op. cit. sub 145, s. 4.

¹⁵⁹ FRAENKEL, E. *Der Doppelstaat*. 2. vydání. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 2001.

¹⁶⁰ AGAMBEN, G. *Homoc sacer*. Praha: OIKOYMENH, 2012.

¹⁶¹ AGAMBEN, G. *State of Exception*. The University of Chicago Press, 2005, s. 3–4.

¹⁶² Obojí podle HOOKER, W. *Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation*. Cambridge University Press, 2009, s. 185.

Schematicky se tak stát norem projevuje kdekoliv, je univerzální, všude však může být zastaven státem opatření, vyjadřujícím zájem na postupu jiném než právním. Obrátil se tak vzájemný poměr, kterým jsme začínali u Bractona.

3.2 Politické argumenty v interpretaci a aplikaci práva demokratického právního státu

Výše bylo uvedeno, že politické argumenty ve smyslu rekursu k politickým idejím a zájmům nacházejí své legitimní místo v úvahách právně-politických, resp. v procesech legislativní tvorby práva. Otázkou je, jak je tomu v interpretaci a aplikaci práva, tedy v oblasti, v níž nejsou primárně činní politici, nýbrž profesionálové jiného druhu, pro něž je klíčové rozpoznání, co jako právo v daném případě platí. Omezme se už jen na hesla. Jsou vybrána intuitivně, takže důvodně vzbudí hrůzu v každém metodologicky vyškoleném čtenáři.

1. Pokud něco z dosavadního textu plyne, tak je to obtížnost vymezení politického argumentu v podmínkách, kdy se argument právní neomezuje na recitaci právního předpisu, resp. na rekonstrukci pravidla v něm obsaženého jen na základě analýzy izolovaného textu, protože srovnáváme text s textem v rámci právního systému, používáme logické argumenty, zkoumáme historické okolnosti formulace pravidla, zohledňujeme při interpretaci dosavadní praxi na základě předpokladu koherence právního řádu, odkazujeme na obecné i odvětvové právní principy, „dobrou praxi“ jiných států, reflektujeme vývoj hodnotových představ společnosti atd.

2. Zajímavý je případ citace zahraničního práva. Argumentovat právem, zejména právními předpisy, ale i jejich soudní interpretací, je samozřejmě jádrem argumentace právní, platí to však tehdy, když jde o platné právo. Zahraniční právo platné není. Odhlédneme-li od právních transplantátů, které je určitě možné chápat a vykládat se zřetelem k původnímu kontextu (jaký význam měl text či institut v původním prostředí, jak byl užíván, proč došlo k transplantaci), užíváme zahraniční právo pro tvrzení, že když někde něco platí, platí to i u nás. Např. co se skrývá pod krutým a nelidským zacházením. Zpravidla si však nevybereme jako referenční zemi, kterou vyhodnotíme jako jednoznačně horší.

Oporou pro tvrzení o (zahraničním) právu osvětlujícím (domácí) právo bývá představa společné lidské přirozenosti (vykládáme-li univerzální lidská práva) nebo hodnotové spřízněnosti v rámci civilizačních okruhů. Zvyšujeme tím přesvědčivost vlastní interpretační pozice, pakliže se někdo chce nechat přesvědčit, což např. v USA (*American Exceptionalism*) mnohdy neplatí.¹⁶³ Stačí nám však pro stvrzení právní povahy takových argumentů, jinak nepochybně legitimních, opora v ústavní preambuli typu té české (Česká republika jako součást rodiny evropských a světových demokracií, rozhodlání řídit se všemi osvědčenými principy právního státu)?

3. V důsledku proměny chápání právního řádu není ani diskreční pravomoc vyňata z posuzování prismatem práva, není tedy politická ve smyslu úplné normativní nezávanosti. V tomto smyslu např. ústavní komise Senátu ve svém usnesení č. 14 z 10. schůze konané dne 22. dubna 2022 konstatovala mj., že „*milost udělená řediteli Lesní správy Lány dne 26. března t. r. představuje výkon kompetence prezidenta republiky, který je v hrubém rozporu s účelem institutu milosti, jakož i s principy*

¹⁶³ Srov. např. HIRSCHL, R. *Comparative Matters*. Oxford University Press, 2014.

demokratického právního státu“. Kompetence tedy není výslovně podmíněna, není však vyňata ze sebedefinice České republiky v čl. 1 odst. 1 Úst. Jinou, avšak velmi podstatnou, věcí samozřejmě je nalézání a vymezení principů demokratického právního státu.

4. Jen o trochu jinak můžeme postavit kauzu Melčák. Vodítkem uvažování Ústavního soudu (nález vyhlášený pod č. 318/2009 Sb.) sice je především čl. 9 odst. 2 Úst, tedy česká klauzule věčnosti, a nikoliv jen obecné principy právní, záleží však hodně na interpretačním společenství, jaký obsah a význam vůbec danému ustanovení přizná. Vzhledem k relativní neobvyklosti kauzy generoval názor interpretační komunity především právě Ústavní soud, jenž navíc, na rozdíl od milosti zmíněné výše, sáhl i k derogaci. Čím abstraktnější úvaha přitom je, tím méně je k rozeznání právní základ, limit či omezení, tím více vystupují do popředí úvahy, které bychom spojovali spíše s tím, kdo pravidlo vytváří, než je aplikuje.

Zřetelné je to též u rámuující doktríny sekundárního (derivativního, revizního) ústavodárce, který oproti ústavodárci originárnímu nesmí bortit nosné zdi ústavní budovy. Doktrína je to přesvědčivá, spadá však do ústavní teorie s kořeny v teorii politické. Otázkou je, jaké z ní mají být vyvozovány závěry ve sféře právní dogmatiky, resp. praktikovaného práva.

5. Na začátku kapitoly jsme připomněli častou představu sebezprezentace práva jako „čistého“. „Politický“ argument tak působí nutně podezřele, „špinavě“. Zatím jsme jej spojovali se situací, v níž interpret není příliš vázán výslovnými právními normami, ale spíše jen principy, jejichž pomocí dotváří právo (takto kritická právní teorie, Tomsa aj.), které v dané kauze platí, případně s obecnými odkazy na státní (obecný) zájem zadržujícími právo jako takové. Jenže odkazy na politiku mohou prosakovat i do řízení před soudy, není-li eliminováno flexibilitou státu opatření, jak ukazoval Fraenkel.¹⁶⁴ Podívejme se na ně za pomoci O. Kirchheimera.¹⁶⁵

Mohou to být případy politických deliktů (zločiny proti státu apod.), jež vedly k odlišování kategorií trestanců politických a běžných. Někdy bylo lepší být ve výkonu trestu jako delikvent politický (staré Rakousko), podle okolností se však lépe mohl mít vrah (nacistické Německo, komunistické Československo, možná i současné Rusko). V úvahu připadá rovněž zřízení zvláštních soudů pro takové delikty (státní soud), což ve variaci vidíme u úředních deliktů ministrů a jiných státních činitelů. V tomto případě tedy jde o kriminalizaci činností, jež by mohly být považovány za politické.

M. Shapiro v duchu možná podobném po 11. září 2001 uvažoval o zavedení zvláštního trestního procesu pro teroristy, jelikož konvenční řádný trestní proces odpovídá prototypu individuálního delikventa, jehož jednání má omezený dopad na společnost, oproti vysoce organizovaným skupinám se značnými zdroji i dopady svého jednání.¹⁶⁶ Avšak A. Barak k úvahám na téma „oko za oko“ už dříve v jednom rozhodnutí poznamenal: „*Je to osud demokracie, protože ne všechny prostředky jsou pro*

¹⁶⁴ Výzkumy role soudů v autoritářských systémech ukazují různé strategie vládnoucí moci. Pakliže soudy vykazují rezistenci, vypořádá se s odpůrci jinak, jsou-li soudy vstřícné, využije jich. Srov. GINSBURG, T., MOUSTAFA, T. (eds.), cit. sub 29. Historicky jde o přístup známý i ze vztahu panovníků k parlamentům.

¹⁶⁵ KIRCHHEIMER, O. *Politische Justiz*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1985.

¹⁶⁶ SHAPIRO, M. *Courts in Authoritarian Regimes*. In: GINSBURG, T., MOUSTAFA, T. (eds.), op. cit. sub 29, s. 333.

ni přijatelné a ne všechny uplatňované metody jejich nepřátel jsou pro ni přístupné. Demokracie musí někdy bojovat s jednou rukou přivázanou za zády.¹⁶⁷ Jde tu jednak o obavu ze šikmého svahu, která již byla připomenuta výše, jednak o sebelegitimizační hodnotovou pozici „nejsme jako oni“.

Další kategorií jsou běžné trestní případy, v nichž ale hraje roli (polehčující, přitěžující) to, že pachatelem je osoba tak či onak profilovaná politicky. Profilace se nutně nemusí týkat konkrétní činnosti, může vyplynout z toho, že Žid či kulak bude mít bez dalšího nepřátelský poměr ke státnímu zřízení nacionálně socialistickému či lidově demokratickému (teorie notoriety).

Tady se typicky můžeme setkat s argumentem politickým ve smyslu zájmu vládnoucích, který nemusí být ukotven v zákonech, ale projeven jinak, např. formou pověstné „spravedlnosti po telefonu“. J. Příbání ji pojímá tak, že soudy mohou rozhodovat autonomně, pokud není na věci politický zájem.¹⁶⁸ Aktualizovanou verzí by mohlo být „seznamování soudců se stanovisky prezidenta republiky“, provozované vedoucím Kanceláře prezidenta republiky V. Mynářem v případech, na kterých měl Hrad zájem,¹⁶⁹ případně i starší případ tzv. justiční mafie. V něm se tehdejší místopředseda Nejvyššího soudu P. Kučera na opakovaných schůzkách pokoušel ovlivnit trestní stíhání ministra J. Čunka, mj. slovy: „... nezávislost justice musí ustoupit politickým zájmům“.¹⁷⁰

Co se může v případech telefonní justice ozvat ve sluchátku? Pohrůzka smrti či násilí na osobách soudci blízkých. Takové je asi vcelku racionální vyhovět, jakkoliv racionalitu validního argumentu si nejspíše představujeme jinak. Pravděpodobnější však bude pohrůzka kariérní újmou, anebo naopak příslib kariérního postupu. Za ještě pravděpodobnější mám odkaz na vůli strany nebo vůdce jako nositelů zájmu vládnoucí třídy, resp. posla Prozřetelnosti. Má-li být soudce s to dostat své roli ochránce zájmů rasové pospolitosti nebo jinak definovaného politického společenství, musí chápat nadřazenost politického (státního) zájmu. Jinak nemá na svém místě co dělat.

Notorieta se však nemusí projevit pouze v trestním procesu, ale i v klasifikaci jedince jako nenormálního, protože nikdo normální by přece režimu XY a jeho rozumným a prospěšným politikám vzdorovat nemohl. Nejde nám ani tak o medicínskou diagnózu jako o politické rozhodnutí ve smyslu Freudovy teze, že jedinec je normální, resp. nenormální jen ve vztahu ke standardům určité společnosti.¹⁷¹ Takto měl Bulgakovův Pilát Pontský potulného filozofa Ješuu Ha-Nocriho za pomateného, což jej mělo uchránit před trestem.¹⁷² Stejně tak však může prohlášení za nerozumné a pomatené znamenat vytěsnění, resp. umístění v prostoru bez garancí, které trestní proces obvykle nabízí.

Jinou povahu má označení trestního procesu za politický jeho aktéry, typicky obžalovaným. Viděli jsme to u nás v případě trestního stíhání A. Babiše, a to včetně

¹⁶⁷ BARAK, A. *Sudca v demokracii*. Bratislava: Kalligram, 2016, s. 377.

¹⁶⁸ PŘIBÁŇ, J., op. cit. sub 21, s 212.

¹⁶⁹ Dostupné na https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/vratislav-mynar-statni-zastupce-lelek-soudci-trestnycin-ovlivnovani-zeman-hrad_1905171555_lac.

¹⁷⁰ Dostupné na <https://www.euro.cz/clanky/brozova-versus-kucera-1-0-830011/>.

¹⁷¹ LORD, CH. *Politika*. Praha: Karolinum, 1999, s. 46.

¹⁷² Srov. BULGAKOV, M. *Mistr a Markétka*. Praha: Odeon, 1990. Clavellův „Šógun“ i Cooperův „Poslední Mohykán“ názorně ukazují, kterak šilenství bránilo před trestem, ba i propůjčovalo svérázný respekt.

jeho fáze před soudem. Takové vyjádření může mít těžko jiný účel, než je delegitimace procesu a případného trestu, jakož i sebezprezentaci obžalovaného jako oběti mocných. Může se tím pokoušet ovlivnit soud (zastrašit, vyvinut se), hlavně však jde o formu komunikace s veřejností. Její hodnocení se bude odvíjet od toho, kdo jsme my sami, jakou realitu vidíme, jaký máme vztah k politickému a právnímu systému. Ruské politické procesy jsou oficiálně prezentovány jako čistě kriminální, aniž by jim to politický ráz ubralo. Nevěříme-li demokratickému právnímu státu českému, můžeme politické procesy vidět i tady. Věříme-li mu, těžko se vyhneme pocitu, že označování zdejších soudních procesů za politické vyznívá antisystémově.

Třetí kategorií v uvažování o „politické justici“ je „souzení politiky“, o něž jde v ústavním soudnictví, které přezkoumává soulad postupu (kompetence, procedura, obsah) politických mocí s ústavou, přičemž nemálo záleží na explicitnosti referenční normy. Ale o tom už byla řeč.

6. Už jsme viděli, že politické argumenty (chtění) budou typické v tvorbě práva. Nemohou se však promítat i v úřední interpretaci zákona?

Prezidentské volby s sebou u nás nesou pravidelné spory o postup ministerstva vnitra, potažmo o to, jak vykládá ústavní a zákonnou úpravu. Po poslední vlně kritiky na podzim 2022 avizoval nejspíše nespokojený ministr vnitra V. Rakušan, že se v lednu 2023 sejde s ministerskými úředníky, aby se domluvili na případných změnách zákona.¹⁷³ Považovali bychom za nelegitimní, kdyby ministr rozhodl, jak má ministerstvo vykládat zákon, pakliže by to neobnášelo výklad absurdní, v rozporu se zněním a účelem zákona apod.? Pokud ministr v řízení o rozkladu své ministerstvo zavazuje, jak postupovat ve správním řízení, a to včetně odpovídajícího výkladu právních předpisů, nezdá se mi být nikterak kontroverzní, kdyby výkladovou směrnicí stanovil na poradě vedení ministerstva, a to ne proto, že straní tomu či onomu kandidátovi, ale proto, že jako resortní ministr nechce být za hlupáka ignorujícího judikaturu Nejvyššího správního soudu, veřejnou debatu atd. Obdobnou funkci bych přiznal usnesením vlády; z více možných výkladů právního předpisu vybíráme tento, jelikož jej považujeme za správnější, hospodárnější, lépe odpovídající našim záměrům.

7. Zatímco v předchozím případě by politická diskrece typově vedla k výběru jedné z více právně možných cest, v případě následujícím slouží prosazení řešení protiprávního. Případně řešení, které sám jeho tvůrce za protiprávní považuje.

Může jít např. o mimořádné opatření ministerstva zdravotnictví z dubna 2021, jímž se i po skončení nouzového stavu přísně restringovaly kontakty mezi osobami. Ministr P. Arenberger veřejně připustil, že jde o opatření nezákonné, avšak až do případného zrušení soudem platné a účinné, což nicméně stačí na zlomení dalšího nebezpečného výkyvu covidové pandemie. Toto prohlášení vyvolalo vlnu nevole.

Po mém soudu přitom nebyla právní pozice ministerstva úplně beznadějná, těžko však akceptovat karty odkryté v této míře, snad s výhradou už výše popisovaného rozvratu, resp. radikální změny okolností, na něž byla právní úprava napasována.

Na druhou stranu ministrova upřímnost názorně ilustruje střet paradigmat jednání státu: jednání jen skrze rozpoznatelné a kontrolovatelné právo vznikající v procesu

¹⁷³ Dostupné na <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/volby-prezidentske-ministr-rakusan-chce-zacit-resit-rozpor-v-zakone-o-volbe-prezidenta-220138>.

spojeném s politickými střety a rozpory na straně jedné versus očekávání zajištění bezpečnosti v širokém smyslu na straně druhé.

8. To se možná promítlo v tzv. hejtmanském nouzovém stavu z února 2021. Nouzový stav již tehdy nebyl prodloužen, vláda však soudila, že bez něj pandemii nezvládne, případně nezvládne tak pohodlně. Proto prezentovala konstrukci, podle níž lze nevládu Poslanecké sněmovny nahradit žádostí hejtmánů o vyhlášení nového nouzového stavu. Konstrukce to byla bizarní a kompetenčně neobhajitelná, dobře však ilustruje pocit, že pouze odvoláním na státní (veřejný) zájem se vládnout nedá, pročez se hledá právní krytí, jež však někdy připomíná pouhý fíkový list.

9. Přestože si jistě nepřejeme, aby výkon soudnictví probíhal podle průzkumů či jiných projevů veřejného mínění (viz petice z počátku 50. let 20. století, poněkud výhrůžné označení soudců anglického vrchního soudu za „nepřátele lidu“ v úvodníku Daily News v rámci vypořádávání se s brexitovým referendem), veřejné mínění není bez významu nejen pro tvorbu práva. Záleží však na tom, jak se projevuje.

Například britské a americké soudy nakonec nepřiznaly žádnou váhu referendům jako výrazům vůle lidu (institucionalizovaný kanál veřejného mínění). Platí to přinejmenším pro posuzování toho, co plyne z britského práva pro vztahy mezi Parlamentem a vládou, a to zvláště při dotčení prerogativy, i když tu bylo referendum o brexitu (nedotčená suverenita parlamentu). A také toho, co vyplývá z Ústavy USA pro úpravu (zákazy, dovolení) stejnopohlavních sňatků, i když v řadě států byl zákaz opřen o referenda (autonomní výklad zákazu diskriminace).¹⁷⁴

Na druhou stranu případ Obergefell sledoval trendy. V mnohých státech USA už manželství osob téhož pohlaví mají, což odpovídá nějakému naladění veřejného mínění, v rozporu s nímž by neměla být Ústava vykládána.¹⁷⁵ V americkém kontextu se to snad dá opřít i o Ackermanovu doktrínu ústavních momentů a dynamického ústavního vývoje. Do aktuálního významu Ústavy se promítají generace Američanů mobilizující, argumentující a řešící spory o identitu a osud národa v dynamickém procesu stálého rekonstituování politické jednoty lidu. Vedle vzniku Ústavy jsou tak stěžejní období rekonstrukce, Nového údeľu a hnutí za občanská a politická práva. Zapomínat však nemáme, že ve 20. století se lid vyjadřuje primárně skrze zákony, jež mají právníci tendenci podceňovat ve prospěch judikatury Nejvyššího soudu.¹⁷⁶

Chápání ústavy pomocí toho, co si lidé (adresáti norem) myslí, jak se chovají a mění, se podobá štrasburské doktríně *margin of appreciation*, na jejímž základě Evropský soud pro lidská práva při výkladu Evropské úmluvy zohledňuje praxi států (původní adresáti norem), resp. jak tomu či onomu ustanovení (právu) rozumějí. A to se zase podobá zohlednění praxe relevantních států při výkladu obecného mezinárodního práva.

¹⁷⁴ K tomu např. WINTR, J., ASKARI, D. *Lidská práva a rozhodování v referendu*. Právník, 2016, č. 2.

¹⁷⁵ Ale je to možná přílišné zjednodušení. Podobně PÍŠA, R., op. cit. sub 15, s. 65. V české judikatuře najdeme odkazy na veřejné mínění, představy společnosti, resp. na to, co se v obecném povědomí bere za dané, např. ve sporech o pohlaví; viz rozsudek NSS sp. zn. 2 As 199/2018 a náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 2/20. Ústavní soud v jednom z náleží k soudcovským platům (sp. zn. Pl. ÚS 11/02) obecně vymezuje změnu kulturních představ společnosti, ale také změnu sociálních a ekonomických poměrů v zemi nebo změnu v jejich struktuře jako jednu z možností, kdy Ústavní soud může překonat vlastní judikaturu. Další možnosti se týkají změn podústavního práva, jakož i referenčních norem.

¹⁷⁶ LOUGHLIN, M., op. cit. sub 26, s. 146–147.

10. Politický argument může být vodítkem pro to, jak mají soudy rozhodnout. Už výše jsme viděli, že může rovněž soudnímu rozhodnutí bránit (státní zájem). V tomto smyslu lze nahlížet rovněž na komplexní doktríny soudcovské zdrženlivosti, resp. na doktrínu politické otázky, jež je mezi nimi nejdůležitější.¹⁷⁷

Její podstatou je tvrzení, že daná kauza je svou povahou určena pro rozhodování orgánů politické moci, nikoliv pro soudy, jelikož jim pro její rozřešení chybí dostatečný normativní standard, zřejmě je svěřena orgánům jiným, typicky vybaveným politickým mandátem, apod. Brání zkrátka soudcovské hegemonii. Má-li soud zůstat orgánem, který právními metodami (a argumenty) řeší spor o právo, nemůže věc rozhodnout, jelikož by přebíral úlohu orgánů jiných. Možná ve smyslu nikoliv nepodobném tomu, který v britském kontextu tematizuje sir John Laws, jinak podezřelý z prosazování soudcovské nadřazenosti; členové institucí mají uznávat, že každá instituce má svou specifickou morálku, přičemž morálky se nemají vzájemně přebírat; morálka a hodnoty žádné instituce nemají nárokovat monopol.¹⁷⁸ Zdrženlivost tak je politickým argumentem chránícím dělbu moci, potažmo obecněji rozdělení rolí v ústavním systému.

Úskalím přístupu, podle kterého se soud pokouší vyhýbat tomu, co považuje za téma pro politické moci, tj. politickému rozhodnutí, je obvinění, že i nerozhodnutím provozuje politiku stvrzením *status quo*. Takto je nastaveno hlasovací právo předsedy britské Dolní sněmovny; obecně nehlasuje, vyjádří se pouze při rovnosti hlasů, a to proti změně. Když obdobně postupoval Nejvyšší správní soud v kauze počtu pohlaví (sp. zn. 2 As 199/2018), byl kritizován, protože podle kritiků rozhodnout měl, byv k tomu naváděn judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Soud však v bodu 91 odůvodnění uvedl: „*Nejvyšší správní soud ani v nejmenším nevylučuje, že náhled společnosti na pojetí právního pohlaví se v běhu času promění, stejně jako se měnil na mnohé jiné otázky podobného typu (postavení žen, homosexualita, význam rasy, národnosti, náboženství a jiných „vrozených“ nebo více či méně volbou určených rysů, podle nichž lze jednotlivce rozlišovat). Má však za to, že není rolí vysokého soudu, aby změnu náhledu společnosti urychloval svojí judikaturou.*“ Politikou tak v očích kritiků je vlastně i uznání politiky jako svébytné domény na soudech autonomní; podobně jako může být vše ideologií, může být zjevně vše i politikou.

Doktrína politické otázky má americké kořeny. Její část (kdo a kdy má o čem rozhodovat) se v Evropě skrývá zčásti pod (britskou) prerogativou, zčásti pod naukou o aktech vládnutí. Jejich společným rysem je buď vyloučení soudního přezkumu, anebo zachování vyšší míry uvážení politického orgánu.

Český Ústavní soud akty vládnutí akceptoval v souvislosti s návrhy na přezkum rozhodnutí vlády o nouzovém stavu (odmítací usnesení sp. zn. Pl. ÚS 8/20 a další usnesení navazující), když uvedl: „*Vyhlášení nouzového stavu vládou je v nyní projednávané věci primárně aktem aplikace ústavního práva; představuje ‘akt vládnutí’, který má normativní dopad, zásadně nepodléhá kontrole Ústavního soudu a je ‘přezkoumatelný’ primárně demokraticky zvoleným politickým (‘nesoudním’) orgánem, kterým je Poslanecká sněmovna. Nestanovil-li zákonodárce vhodný standard soudního přezkumu*

¹⁷⁷ Z poslední doby MALÍŘ, J. *Institucionální zdrženlivost ústavních soudů se zřetelem k Ústavnímu soudu ČR*. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. a kol. *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Praha: Leges, 2020, nebo PROCHÁZKOVÁ, A. *Ústavní soud ČR mezi právem a politikou*. Právník, 2022, č. 11.

¹⁷⁸ FELDMAN, D., op. cit. sub 85, s. 10–11.

formou speciálních procesních pravidel, nelze na politické rozhodnutí o nouzovém stavu aplikovat tradiční ústavněprávní přezkum proporcionality. Vláda za vyhlášení nouzového stavu nese politickou odpovědnost, neboť odpovídá Poslanecké sněmovně (čl. 68 odst. 1 Ústavy), která pak může naplnit kontrolní funkci ve smyslu čl. 5 odst. 4 ústavního zákona o bezpečnosti republiky.“ A opět byl kritizován, přestože by se mohlo snadno tvrdit, že prostě nemá k přezkumu takového rozhodnutí založenou pravomoc (oproti Ústavnímu soudu slovenskému).

11. Od politické otázky bychom měli odlišit politické téma (*political question a political issue*). Souvisí typicky s veřejnými rozpočty, může však jít také o přezkum voleb. Tady nemusí jít o problém se standardy přezkumu, ale o uznání faktu, že soudy nenesou odpovědnost za ekonomiku a plnění rozpočtů (netisknou peníze, nemají působit jako „třetí komora parlamentu“), resp. mají vykazovat respekt vůči vůli voličů, takže není na nich, aby ji opravovaly, ale spíše bděly nad tím, aby se mohla korektně projevit. Obojí zdůvodnění soudcovské deference spočívá v argumentu politickém.

V naší praxi však vidíme, že „diskriminace bohatých důchodců“ byla pro Ústavní soud dostatečným důvodem pro zásah do oblasti sociálního zabezpečení. Potřebu rozpočtových úspor je podle judikatury třeba korigovat zákazem pravé retroaktivity a propojit s ochranou legitimitního očekávání a testovat ji racionalitou. Soudcovské platy se těší zvýšené ochraně, ledaže se úspory týkají skutečně všech zaměstnanců státu. Státní bankrot by tu však jistě představoval změnu skutkového (politického) rámce.¹⁷⁹ V Německu zase Spolkový ústavní soud při přezkumu sociální reformy (Hartz IV) trval na omezení škrťů podpory zachováním minimálního životního standardu, přičemž si vytvořil určitou představu, co to obnáší.

12. Unikátní, ač vlastně docela pochopitelné, je promítnutí politické role či možná spíše typu politické osobnosti, ve výkladu ústavní kompetence. Zatímco prezident republiky V. Havel mohl být nadstranickým garantem nezávislosti České národní banky (nález sp. zn. Pl. ÚS 14/01), prezident republiky V. Klaus jako součást moci výkonné mohl ohrožovat nezávislost soudnictví (nález sp. zn. Pl. ÚS 18/06). Připouštím ovšem, že nešlo o jádro argumentace soudu. Ta se týkala spíše obsahu kompetence, jež v prvním případě spočívala ve jmenování, zatímco v případě druhém v odvolání, a to s řadou dalších konsekvencí.

4. Závěr

Přestože jsem si v úvodu nepoložil řádnou výzkumnou otázku, nějaký cíl jsem snad měl, a to zamyslet se nad tím, je-li očividné, co je politickým argumentem oproti argumentu právnímu.

Zdá se mi, že to očividné není, jelikož to, co je právním argumentem, v čase extendeje daleko nad rámec odkazu na zákony či jiné právní předpisy, případně i nad rámec soudních rozhodnutí opřených o zákony a jiné právní předpisy. Nepochybně však politické argumenty existují. Jednak jako překážka rozhodování soudů, jednak

¹⁷⁹ Podobné otázky se řeší v předjaří 2023 v souvislosti se stavem legislativní nouze vyhlášeným kvůli projednání novely zákona snižující míru valorizace důchodů. Nakolik je výrazné a rychlé navyšování deficitu imaginárního důchodového účtu „značnou hospodářskou škodou“ zdůvodňující stav legislativní nouze, nadto pod případnou soudní kontrolou?

jako směřování rozhodování soudů (pokyn k určitému výsledku, modifikace standardu přezkumu). Obecně se zdráhám označit je za bezpodmínečně nepřipadné, natož za nelegitimní; záleží však samozřejmě na konkrétním posouzení konkrétní kauzy v konkrétním kontextu.

Seznam použité a doporučené literatury

- AGAMBEN, G. *State of Exception*. The University of Chicago Press, 2005
- AGAMBEN, G. *Homo sacer*. Praha: OIKOYMENH, 2012
- BARAK, A. *Sudca v demokracii*. Bratislava: Kalligram, 2016
- BELLING, V. *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filozofii*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2015
- BĚLOHRADSKÝ, V. *Čas pléthokracie. Když části jsou větší než celky a světový duch spadl z koně*. Praha: Nakladatelství 65. pole, 2021
- BÍLKOVÁ, V. *Derogace smluv o lidských právech*. In: BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016
- BLAŽKOVÁ, K. *Soudcovská filozofie a její vliv na rozhodování soudů ve složitých případech*. Praha: Leges, 2022
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes: ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*. Würzburg: Metzner, 1986. böck
- BOGUSZAK, J. *K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy)*. In: Právnická fakulta Univerzity Karlovy 1348–1998. Jubilejní sborník. Praha: Právnická fakulta UK, 1998
- BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: ASPI, 2004
- BRÖSTL, A. *Frontisterion alebo Búdky pro vzletné myšlienky (o štáte a práve)*. Bratislava: Kalligram, 2009
- BULGAKOV, M. *Mistr a Markétka*. Praha: Odeon, 1990
- COLOTKA, P., KÁČER, M., BERDISOVÁ, L. *Právna filozofia dvadsiateho storočia*. Praha: Leges, 2016.
- CRICK, B. *In Defence of Politics*. 4. vydání. The University of Chicago Press, 1992
- DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982 (reprint 8. vydání 1915)
- DIENSTBIER, J. *K otázce mimoprávnosti mimořádného vládnutí*. Právník, 2022, č. 6
- DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001
- FETERIS, E. T. *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1999
- FIALA, P. *Politika, jaká nemá být*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2010
- FELDMAN, D. *Beginning at the Beginning: The Relationship between Politics and Law*. In: FELDMAN, D. (ed.) *Law in Politics, Politics in Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013
- FINER, S. *The Man on Horseback. The Role of the Military in Politics*. Routledge, 2002 (reprint vydání z roku 1964)
- FRAENKEL, E. *Der Doppelstaat*. 2. vydání. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 2001
- FRIEDRICH, C. J. *Die Staatsräson im Verfassungsstaat*. Freiburg im Breisgau: Verlag Karl Alber, 1961
- FULLER, L. *Morálka práva*. Praha: OIKOYMENH, 1998

- GOLDSWORTHY, J. *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999
- GOLDSWORTHY, J. *Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence*. In: CHOUDHRY, S. (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006
- HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004
- HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha: Academia, 1994
- HILBINK, L. *Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet's Chile*. In: GINSBURG, T., MOUSTAFA, T. (eds.) *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008
- HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy*. Harvard University Press, 2007
- HIRSCHL, R. *Comparative Matters*. Oxford University Press, 2014
- HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace. Oblédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003
- HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009
- HONUSKOVÁ, V. *Řešení bromaždného přílivu uprchlíků skrze status prima facie*. In: BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016
- HOOKE, W. *Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009
- HUNTINGTON, S. P. *Kam kráčíš, Ameriko? Krize americké identity*. Praha: Rybka Publishers, 2005
- JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906
- JESTAEDT, M. *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*. Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2009
- KÁČER, M. *Pročotrvať při rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013
- KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. 15. vydání. Oxford: Clarendon University Press, 2007
- KELSEN, H. *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Brno, Praha: Orbis, 1933
- KERVÉGAN, J.-F. *Co s Carlem Schmittem?* Praha: OIKOYMENH, 2015
- KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication (fin de siecle)*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1997
- KINCL, J. *Dicta et regulae iuris aneb právníké mudrosloví latinské*. Praha: Univerzita Karlova, 1990
- KINDLOVÁ, M. *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy*. In: KLÍMA, K., JIRÁSEK, J. (eds.) *Pocta Jánu Gronsckému*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008
- KIRCHHEIMER, O. *Politische Justiz*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1985
- KNAPP, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Aleš Čeněk: Dobrá Voda, 2002 (reprint vydání z roku 1947)
- KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1996
- KOSEK, J. *Jak (ne)být sám (se) sebou. Problém autenticity*. Praha: Dokořán, 2015
- KRYŠTŮFEK, Z. *Historické základy právního pozitivismu*. Praha: Academia, 1967
- KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002
- KYSELA, J. *Je to, co chce lid, dobré proto, že to chce lid?* In: PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. (eds.) *Právo a dobro v ústavní demokracii*. Praha: SLON, 2011

- KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014
- KYSELA, J. *Politika a právo: úvod do ústavního práva*. In: NOVÁK, M. a kol. *Úvod do studia politiky*. 2. vydání. Praha: SLON, 2019
- KYSELA, J. *Dělna moci v kontextu věčného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019
- LEISNER, W. *Krise des Gesetzes. Die Auflösung des Normenstaates*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001
- LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. 2. vydání. Praha: Svoboda, 1992
- LORD, CH. *Politika*. Praha: Karolinum, 1999
- LOUGHLIN, M. *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000
- LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2017
- LOUGHLIN, M. *Against Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2022
- MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné. Obecná část a poměr k jiným právním systémům*. 6. vydání. Brno, Plzeň: Doplněk a Aleš Čeněk, 2014
- MALÍŘ, J. *Institucionální zdrženlivost ústavních soudů se zřetelem k Ústavnímu soudu ČR*. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. a kol. *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Praha: Leges, 2020
- MANIN, B. *Principy reprezentativní vlády*. Praha: Karolinum, 2022
- MARSHALL, G. *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Oxford University Press, 2001 (reprint vydání z roku 1984)
- McCRUDDEN, CH., O'LEARY, B. *Courts and Consociations. Human Rights versus Power-Sharing*. Oxford University Press, 2013
- McILLWAIN, CH. H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Liberty Fund, Indianapolis 2007
- MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010
- MÖLLERS, CH. *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2008
- MÖLLERS, CH. *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008
- NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*. 2. vydání. Praha: Jan Laichter, 1948
- OLIVER, D. *The Politics – Free Dimension to the UK Constitution*. In: QVORTRUP, M. (ed.) *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013
- ONDŘEJEK, P. *Necessitas non habet legem? 24 hodin, v nichž mizí právo*. In: Hamulák, O. (ed.) *Právo v umění a umění v právu*. Praha: Leges, 2011
- ONDŘEJEK, P. *Inkorporační problém v právní filozofii: příspěvek k diskusím o vztahu práva k dalším společenským subsystémům*. Jurisprudence, 2020, č. 2
- OOYEN, R. CH. van *Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*. Wiesbaden: Springer, 2014
- OOYEN, R. CH. van *Rechts- und Verfassungspolitologie bei Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer*. Frankfurt am Main: Verlag für Verwaltungswissenschaft, 2014
- PERELMAN, CH. *Právna logika. Nová rétorika*. Bratislava: Kalligram, 2014
- PÍŠA, R. *Suverenita Parlamentu stále živa?* Právník, 2014, č. 11
- PÍŠA, R. *Soudcokraté, zachránci a byrokrati*. Praha: Leges, 2018
- PITHART, P. *Obrana politiky*. 2. vydání. Praha: Academia, 2005
- PITHART, P. *Obrana politiky II. Přednášky z let 1994 – 2018*. Praha: Leges, 2018

- POOLE, T. *Reason of State. Law, Prerogative, and Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015
- PROCHÁZKA, R. *Dobrá vola, spravodlivý rozum. Hodnoty a princípy v súdnej praxi*. Bratislava: Kalligram, 2005
- PROCHÁZKOVÁ, A. *Ústavní soud ČR mezi právem a politikou*. Právník, 2022, č. 11
- PŘIBÁŇ, J. *Disidenti práva*. Praha: SLON, 2001
- PŘIBÁŇ, J. *Právo a politika konverzace*. Praha: G plus G, 2001
- RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 2. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003
- RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012
- REINHARD, W. *Geschichte des modernen Staates*. München: C. H. Beck, 2007
- RÜTHERS, B. *Co je na spravedlnosti nespravedlivé – k proměnám právních ideálů při změnách politických systémů*. Právník, 1994, č. 4
- RÜTHERS, B. *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*. 3. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009
- SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*. Yale University Press, 2011
- SARTORI, G. *Teória demokracie*. Bratislava: Archa, 1991
- SARTORI, G. *Pluralismus, multikulturalismus a přistěhovalci*. Praha: Dokořán, 2005
- SHAPIRO, M., STONE SWEET, A. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002
- SHAPIRO, M. *Courts in Authoritarian Regimes*. In: GINSBURG, T., MOUSTAFA, T. (eds.) *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008
- SCHEU, H. *Výjimečný stav v kontextu uprchlické krize a jejího řešení ze strany Evropské unie*. In: BÍLKOVÁ, V., KYSELA, J., ŠTURMA, P. (eds.) a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016
- SCHMITT, C. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. 2. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2004
- SCHMITT, C. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 8. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2004
- SCHMITT, C. *Die Diktatur*. 7. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2006
- SCHMITT, C. *Pojem politična*. Brno, Praha: Centrum pro studium demokracie a kultury a OIKOYMENH, 2007
- SMEND, R. *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 4. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2010
- SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha, Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008
- SOBEK, T. *Právní rozum a morální cit*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016
- ŠEJVL, M. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014
- TAMANAH, B. Z. *The Several Meanings of „Politics“ in Judicial Politics Studies: Why „Ideological Influence“ is not „Partisanship“*. Emory Law Journal, 2012
- TALMON, J. J. *O původu totalitní demokracie*. Praha: SLON, 1998
- TOMSA, B. *Nauka o právních vědách. Základy právní methodologie*. Praha: Všehrd, 1946
- TRYZNA, J. *Právní princípy a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2010
- VIKARSKÁ, Z. *Evropský soudní dvůr jako politický aktér*. In: KYSELA, J., ONDŘEJKOVÁ, J. a kol. *Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě*. Praha: Leges, 2012
- WALDRON, J. *Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999

- WEINBERGER, O. *Inštitucionalizmus. Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Archa, 1995
- WEINBERGER, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 1995
- WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937
- WINTGENS, L. J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. Ratio Juris, 2006, č. 1
- WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013
- WINTR, J., ASKARI, D. *Lidská práva a rozhodování v referendu*. Právník, 2016, č. 2
- ZIPPELIUS, R. *Juristische Methodenlehre*. 7. vydání. München: C. H. Beck, 1999