

RECENZE A ANOTACE

„Stará“ a „nová“ dělba moci: nový pohled na starý koncept

MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 263 s.

CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers. A Theory for Modern State*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 286 s.

VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 199 s.

Adam Blisa*

Úvod

Koncept dělby moci se zdá být všudypřítomný, a to nejen v kruzích (ústavně)právních, ale také v kruzích laických. S jeho projevy či důsledky se setkáváme každý den v běžném životě, ať už při čtení novinových zpráv o vládních a ústavních krizích, v níž se střetávají představitelé moci výkonné, a příležitostně také zákonodárné s případnou dohrou za účasti moci soudní, při styku s úřady, anebo při snaze domoci se svých práv u moci soudní. Ve všech těchto situacích vidíme v praxi projev jednoho ze základních a klíčových¹ teoretických státovědných či ústavněprávních konceptů. Kdokoliv s průměrným vzděláním přitom pravděpodobně nebude mít problém na otázku, co je obsahem dělby moci, odpovědět alespoň to, že se jedná o rozdělení státní moci na moc zákonodárnou, výkonnou a soudní. Někdo by možná také zvládl dodat, že „dělba“ neznamená pouze to, že každá z mocí dělá něco jiného, ale také to, že se žádná z těchto tří složek státní moci nemá (příliš) vměšovat do záležitostí zbylých dvou. V tomto bodě se však zřejmě úvahy běžného občana zastaví.

Princip dělby moci je totiž nepochybně jakousi stálicí, který v základních konturách dokáže popsat kdekdo. I z tohoto důvodu jej však možná příliš často bereme za daný,

* Mgr. Adam Blisa, odborný pracovník, Ústav pro otázky soudnictví, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Researcher, Judicial Studies Institute, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Adam.Blisa@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-5117-6693

¹ KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou*. Praha: Leges, 2014, s. 281.

v podstatě státovědný „fyzikální zákon“, kterému není nutné věnovat příliš mnoho další pozornosti a úvah. Je sice možné namítnout, že některým problémům, které mají dopad na dělbu moci, pozornost věnována ve skutečnosti je – jako příklad si můžeme vzít mnohými skloňovanou „juristokracii“ či judicializaci.² I v těchto případech však bývá často středem pozornosti pouze jedna z mocí, a koncept dělby moci je pak zároveň brán spíše jako úhelný kámen či statické pravidlo (*benchmark*), které je – či není – určitým způsobem a do určité míry narušováno. Dělbá moci samotná, jako komplexní koncept, je však předmětem zevrubné analýzy poměrně zřídka. To nicméně neznamená, že akademický zájem o koncept dělby moci je nulový. V posledních letech totiž vyšlo hned několik knih či článků věnovaných dělbě moci. Tato díla přitom často spojuje v podstatě tentýž cíl: (re)konceptualizovat princip dělby moci, a to buď pro lepší pochopení jeho fungování,³ anebo za účelem vypořádání se s proměnlivou podobou veřejné moci ve dvacátém a jednadvacátém století. Třem z těchto děl, knihám Eoina Carolana, Franka Viberta a Christophu Möllerse, je pak věnována tato recenzní esej.⁴

„Stará“ dělba moci

Výchozí pozicí všech tří recenzovaných knih je nespokojenost se současnou teorií dělby moci, a to ze dvou důvodů. **Prvním důvodem** je, že dělba moci v podobě tripartice vlastně nikdy nebyla v čisté formě realizována. Zatímco podle Viberta lze tedy „starou“ dělbu moci v moderním státě aplikovat jen s opatrností,⁵ Carolan⁶ s Möllersem⁷ rovnou poukazují na to, že ideální tripartice vlastně nikdy neexistovala, snad s výjimkou několika států USA, které však od tohoto pojetí záhy ustoupily. Möllers se přitom dívá k samotným kořenům dělby moci, na historický vývoj Francie, Anglie, Spojených států amerických a Německa, a uzavírá, že v každé z těchto zemí dělba moci vypadala trochu jinak a má odlišné kořeny. Ve Francii je dělba moci podle Möllerse formována především nedůvěrou vůči soudům, které jako orgány *Ancien Régime* stály během Velké francouzské revoluce v cestě zrovnoprávnění občanů, a jejich případnému zasahování do moci

2 Viz např. SMEKAL, Hubert a Ivo POSPÍŠIL. *Soudokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013; nebo KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2017.

3 WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, s. 49 a násl. MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 8.

4 CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. Oxford: Oxford University Press, 2007; MÖLLERS, op. cit.; VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, CUP 2007.

5 VIBERT, op. cit., s. 86–94.

6 CAROLAN, op. cit., s. 22–27.

7 MÖLLERS, op. cit., s. 8.

výkonné a zákonodárné.⁸ Obdobně je tomu v Anglii, kde hraje klíčovou roli John Locke a suverénní parlament, jenž je institucionálně propojen s vládou, a jehož zákony nemohou být soudy zrušeny,⁹ oproti tomu v tradici Spojených států je zabudována nedůvěra primárně vůči legislativě, a do určité míry také vůči zbylým složkám moci. V důsledku toho byl zakotven systém brzd a rovnováh a soudy se postupem času vyvinuly v silné instituce přezkoumávající jak akty exekutivy, tak legislativy.¹⁰ Konečně v německé tradici byla nedůvěra směřována vůči zákonodárci a demokratickému procesu, v důsledku čehož mají zásadní postavení soudy v čele se Spolkovým ústavním soudem, jejichž úlohou je strážit základní práva, existující jako objektivní, nadpozitivní a na státu nezávislé normy.¹¹

Carolan pak spatřuje problematickosti tradičních přístupů k dělbě moci v tom, že jak formalistický, tak funkcionalistický přístup k dělbě moci fungují na *ex post* a *ad hoc* bázi.¹² První přístup totiž presumuje správnost konceptu dělby moci a považuje jej za vzor, jehož zachování dosahuje tím, že jednotlivé projevy moci, zpravidla prostřednictvím soudů, klasifikuje a „přirazuje“ k jednotlivým složkám. Funkcionalistický přístup se místo toho zaměřuje spíše na zachování rovnováhy mezi jednotlivými institucemi tak, aby žádná nedržela příliš mnoho moci – opět však na *ad hoc* bázi. Skutečně fungující institucionální teorie by však podle Carolana měla definovat a formovat strukturu státu a jeho moci *ex ante*, nikoliv *ex post*; měla by tak obsahovat dostatečně specifická kritéria pro řešení případných konfliktů, v čemž však tripartice v důsledku své abstraktnosti selhává.¹³

Druhým důvodem pro kritiku konceptu dělby moci je, že už s jeho pomocí vlastně nejsme schopni uchopit moderní stát. Podle Carolana tradiční pojetí dělby moci ignoruje, že v parlamentním systému moc exekutivní a legislativní v podstatě splývají;¹⁴ také podle Möllerse jsou tyto dvě složky moci funkcionálně spojeny, ačkoliv jejich vnitřní organizace se zásadním způsobem odlišuje. Möllers přidává i další příklady vymykající se tradiční teorii – možnost amerického Kongresu vetovat rozhodnutí o udělení státního občanství jednotlivci, příkaz Spolkového ústavního soudu zákonodárci, aby přijal přísnější zákon o interrupci, normotvorbu Evropské komise, či rozhodnutí Orgánu pro řešení sporů WTO, který určuje, zda může parlament suverénního státu přijmout

8 MÖLLERS, op. cit., s. 17–21; Conseil d'État, francouzský „nejvyšší správní soud“, je kvazisoudním tělesem, které je zároveň poradním orgánem vlády; Conseil Constitutionnel, v níž jsou členy představitelé moci výkonné, získala pravomoc přezkoumávat zákony (QPC) teprve nedávno.

9 MÖLLERS, op. cit., s. 22–26.

10 MÖLLERS, op. cit., s. 26–32.

11 MÖLLERS, op. cit., s. 32–37.

12 CAROLAN, op. cit., s. 22–27.

13 CAROLAN, op. cit., s. 22–27.

14 CAROLAN, op. cit., s. 39–45.

opatření omezující trh.¹⁵ Absence deskriptivní schopnosti „staré“ dělby moci se pak shodně podle všech tří autorů odráží také v tom, že pod pojmem exekutiva se nachází nejen volené (a tudíž politické) orgány, ale také nevolené (a nezřídka na politických orgánech nezávislá – *agencies*) administrativa, jejíž činností je spíše expertní nežli politické rozhodování.¹⁶

Vibert, jehož kniha se zaměřuje právě na tyto „nevolené“ orgány, je dělí do pěti kategorií, přičemž jedna instituce může plnit více rolí – poskytovatele služeb (*service providers*),¹⁷ posuzovatele rizik (*risk assessors*),¹⁸ dozorce (*boundary watchers*),¹⁹ pátrače (*inquisitors*)²⁰ a rozhodčí a whistleblowery (*umpires and whistleblowers*).²¹ Zajímavé je, že rostoucí počet těchto nevolených institucí považuje za do určité míry negativní jev pouze Möllers, a to proto, že tyto orgány jsou vyčleněny z hierarchie exekutivy, a nepodléhají tak obměně a kontrole v rámci volebních cyklů. Naopak Carolan i Vibert vzestup administrativy vnímají veskrze pozitivně a ve zbývajících částech svých knih se pokoušejí o rekonstrukci konceptu dělby moci tak, aby byl schopen reagovat na moderní podobu státu a administrativu vnímat jako legitimní a samostatnou složku moci. Möllers oproti tomu spatřuje klíčové problémy „staré“ dělby moci také v jiných aspektech, jeho pokus o rekonstrukci dělby moci se proto na rozdíl od Viberta a Carolana nesoustředí (pouze) na nevolenou administrativu.

„Nová“ dělba moci

Výše bylo naznačeno, že autoři recenzovaných děl se nespokojili pouze s kritikou „staré“ dělby moci a nabízejí její rekonceptualizaci, „novou“ dělbu moci. V Carolanově pojetí nové dělby moci je tak středem pozornosti jednotlivec, jehož ochrana musí být vyvážena s potřebou efektivního a nesvévolného výkonu moci (*non-arbitrariness*).²² Orgány či instituce pak Carolan dělí, nikoliv na základě funkcionálního kritéria (viz výše), ale na základě toho, k jakému subjektu se obrací (*constituency-oriented*),²³ na soudy (*courts*), vládu v širším slova smyslu (*government*), která zahrnuje všechna volená tělesa (vláda, parlament),

15 MÖLLERS, op. cit., s. 1.

16 Českému čtenáři jistě vytanou na mysli „vlády odborníků“, oprostěné od nánosů každodenního politikaření.

17 Například BBC či centrální banky.

18 Tělesa zabývající se životním prostředím, autorskými právy (licence, patenty), bezpečností potravin.

19 Tělesa hlídající hranici mezi soukromým sektorem a veřejným zájmem, např. tělesa regulující leteckou bezpečnost, trhy, burzy, ochranu spotřebitele.

20 Auditori, inspektoři.

21 Tělesa kvazisoudního typu, ombudsmani.

22 CAROLAN, op. cit., s. 76–105, 126–127.

23 CAROLAN, op. cit., s. 127–128.

a nevolenou administrativu (*administration*).²⁴ Zatímco soudy zajišťují ochranu práv jednotlivce a vláda efektivně realizuje kolektivní zájmy, úkolem administrativy vybavené správním uvážením je být někde mezi a s ohledem na individuální práva uvádět v život politická rozhodnutí učiněná na centrální úrovni. Soudy a vláda pak zpětně kontrolují dodržení pravidel a napravují případné excesy. Nahlíženo tímto způsobem je správní uvážení podle Carolana nikoliv problematickým projevem moderního státu, ale stává se naopak jeho klíčovým nástrojem umožňujícím pružně reagovat na celou škálu problémů.

Vibert ve svém pojetí nové dělby moci vnímá státní orgány v podstatě dichotomicky, buďto jako volené, nebo nevolené. Podstatný rozdíl mezi nimi spočívá v roli, kterou tato tělesa hrají při formování politik (*policy*), které sestává ze dvou prvků: empirických dat a hodnotových soudů.²⁵ Devizou nevolených těles je přitom právě jejich schopnost sběru empirických dat, v čemž se Vibert shoduje s Carolanem, zatímco rolí volených těles je činit hodnotové soudy.²⁶ Právě v rozdělení formování politik na tyto dva proudy spatřuje Vibert onu „novou dělbu moci“²⁷, která je tudíž do určité míry rovněž dichotomická. Tradiční volené instituce ponechávají sběr dat na nevolených institucích, které mohou pozitivně ovlivnit sdělování informací veřejnosti a vyrovnat tak informační asymetrii mezi veřejností a volenými orgány, v důsledku čehož se může zásadním způsobem změnit také chování občanů (*informed citizens*).²⁸ Politici už totiž nejsou nadále těmi, kteří o problému ví nejvíce, a v důsledku toho nejsou ani těmi, na které by občané většinu rozhodování chtěli automaticky delegovat. V důsledku toho se však musí změnit také role jednotlivých institucí, neboť nevolená tělesa jsou mnohem efektivnější v řešení problémů, zatímco ta volená v poskytování prostoru pro diskusi o hodnotách a principech.²⁹

Möllers pak ve své knize poukázal na to, že klasické pojetí dělby moci vlastně nefunguje a některé projevy moderního státu, jako je například výše zmíněné veto Kongresu, do něj nezapadají. Pátrá proto, zda jsou z pohledu dělby moci vůbec přijatelné, případně na základě jakých kritérií si vlastně můžeme odpovědět.³⁰ Möllersovou odpovědí je přitom nikoliv nové pojetí dělby moci, ale spíše nový náhled na ni. Nahlíží na ni totiž pohledem principu *sebeurčení*, jehož ochranou jak v individuální (jednotlivec), tak kolektivní či demokratické (občané) dimenzi získává demokratický stát legitimitu.³¹ Dělbá moci mezi nimi je založena na tom, zda ta která složka vytváří právo na základě legitimacy

24 CAROLAN, op. cit., s. 128–134.

25 VIBERT, op. cit., s. 34.

26 VIBERT, op. cit., s. 14.

27 VIBERT, op. cit., s. 38–41.

28 VIBERT, op. cit., s. 86–94.

29 VIBERT, op. cit., s. 101–112.

30 MÖLLERS, op. cit., s. 1.

31 MÖLLERS, op. cit., s. 8 a 51–80.

demokratické či individuální, a zda jsou temporální účinky práva retrospektivní či prospektivní.³² Demokratické sebeurčení je tudíž realizováno na kolektivní škále, neboť rozhodnutí kolektivu dopadají opět na celý kolektiv, a jeho temporální orientace je prospektivní, tj. působí do budoucna. Formou práva, prostřednictvím kterého dochází k realizaci demokratického sebeurčení, jsou pochopitelně zákony vydávané legislativou (případně rozhodnutí v referendech).³³ Podstatou individuálního sebeurčení je naopak ochrana sféry jednotlivce, vyžaduje tedy rozhodnutí mající dopad pouze na něj, a z jeho ochranné funkce zároveň plyne, že účinky této ochrany jsou retrospektivní. Tato forma práva, tedy individuální akt aplikace práva, nachází svůj odraz primárně v rozhodnutích moci soudní.³⁴ Moc výkonná „pendluje“ na škále mezi legislativou a soudní mocí, mezi demokratickou legitimitou a legitimitou individuální. Je tedy v podstatě „zbytkovou“ mocí, která, na rozdíl od prospektivně orientované legislativy a retrospektivně orientované moci soudní, zajišťuje realizaci práva *v přítomnosti*. Do této škály tudíž můžeme zařadit jak odvozenou normotvorbu, tak individuální správní akty.³⁵ Möllers nicméně vyzdvihuje také důležitost neformálních procesů, které nelze charakterizovat jako právo, ale pokud směřují k vytváření práva (komunikace mezi voliči, vládou a legislativou), jedná o nezbytnou složku fungování státu, která musí být chráněna před juridifikací. Pokud nikoliv, jedná spíše o netransparentní výkon moci, která v důsledku toho ztrácí legitimitu; přezkum soudů je v tomto případě, pokud dojde k zásahu do individuální sféry jednotlivce, naopak žádoucí.³⁶

Zbylé části recenzovaných děl jsou věnovány uvádění nového pojetí dělby moci v praxi. Carolan snaží především vypořádat s rolí, kterou ve svém modelu dělby moci „přisoudil“ administrativě, za jejíž klíčovou vlastnost považuje expertízu (skládající se ze specializovaných vědomostí a ze získané praxe), autonomii a flexibilitu. Vzhledem k tomu, že administrativní orgány disponují nejlepšími možnostmi pro sběr informací z první ruky, mohou si vytvářet vlastní procedurální pravidla a postupy a dosáhnout tak značné efektivity.³⁷ K tomu však administrativa potřebuje dostatečně široké správní uvážení, které však v novém pojetí dělby moci má používat nejen při represí, ale také k pobídkám a obecně proaktivnímu působení na ostatní subjekty.³⁸ Kontrolu činnosti administrativy by zajišťoval vhodně nastavený systém brzd a rovnovah, zejména soudní přezkum čin-

32 MÖLLERS, op. cit., s. 79.

33 MÖLLERS, op. cit., s. 71–76, 84–89.

34 MÖLLERS, op. cit., s. 67–71, 89–96.

35 MÖLLERS, op. cit., s. 96–101.

36 MÖLLERS, op. cit., s. 81–82.

37 CAROLAN, op. cit., s. 138–149. Tomu odpovídají nároky na členy administrativy, a zároveň požadavek pro jejich částečnou nezávislost na vládě, dosažitelnou prostřednictvím zavedení funkčních období a nezávislé procedury výběru a jmenování, viz s. 164–175.

38 CAROLAN, op. cit., s. 175–176.

nosti administrativy, avšak při současném zachování zdrženlivosti vůči expertnímu úsudku.³⁹ Takovému nastavení přitom podle Carolanovy analýzy judikatury irských a britských soudů neodporuje skutečnému fungování jednotlivých složek moci (anebo alespoň soudů a administrativy).⁴⁰ Pro Viberta je pak zásadní otázkou legitimita a odpovědnost (*accountability*) nevolené složky moci. Legitimita v případě nevolené složky moci, stejně jako u moci soudní, není odvozena od voleb, a musí tak být založena na důvěře veřejnosti.⁴¹ Té může dosáhnout tak, že bude dodržovat nejen obecné principy, ale vytvoří si také své vlastní standardy a procedurální pravidla,⁴² například tím, že se bude při sběru dat držet rigidní vědecké metodiky a metodologie (publikace sesbíraných dat, postupu při analýze, reprodukovatelnost studií).⁴³ Odpovědnost nevolených orgánů lze zajistit nejen svěřením pravomoci upravit jejich zákonný rámec, jmenování a odvolávání do funkcí a sestavovat rozpočet voleným orgánům, ale také tím, že budou náležitě odůvodňovat svá rozhodnutí, která pak budou podrobena soudní kontrole, především po procedurální stránce. Zneužívání těchto kontrolních mechanismů se mohou nevolené orgány naopak bránit systematickým budováním důvěry veřejnosti.⁴⁴

Möllers se zamýšlí, jakým způsobem jeho rekonstruovaná teorie dělby moci reaguje na problematická místa současných systémů. Do jeho modelu dělby moci přitom nezapadá parlamentní kontrola exekutivy, protože její konkrétní a retrospektivní povaha připomíná spíše moc soudní a vyšetřovací komise a výbory postrádají plnou legitimitu zákonodárné moci, kterou má pouze jako plenární orgán. Přípustná je proto jen tehdy, směřuje-li ke zlepšení existující legislativy a fungování vlády, a v důsledku toho připravuje půdu pro budoucí demokratické rozhodování jak parlamentu samotného, tak veřejnosti. Není-li zmíněné účelem parlamentní kontroly a stane-li se tak kontrola fakticky spoluprádnutím, pak skutečně dochází k narušení dělby moci.⁴⁵ Problematický je rovněž vzestup nezávislých administrativních orgánů (*agencies*), a to proto, že tyto orgány jsou vyčleněny z hierarchie exekutivy a nepodléhají obměně a kontrole v rámci volebních cyklů. Na obhajobu těchto orgánů často zaznívá potřeba začlenit expertní hlasy do rozhodování exekutivy, tento narativ však podle Möllerse zejména v posledních letech ztrácí na váze; ve výjimečných případech jsou obhajitelné argumentem, že volební období jsou příliš krátká pro regulaci určitých odvětví či řešení některých problémů – ideálním

³⁹ CAROLAN, op. cit., s. 187–197.

⁴⁰ CAROLAN, op. cit., s. 205–252.

⁴¹ VIBERT, op. cit., s. 115–116.

⁴² VIBERT, op. cit., s. 121.

⁴³ VIBERT, op. cit., s. 121–128.

⁴⁴ VIBERT, op. cit., s. 165–173.

⁴⁵ Jako extrémní příklad překročení hranic dělby moci Möllers uvádí již zmíněné neudělení státního občanství Kongresem USA či v plebiscitu ve Švýcarsku. MÖLLERS, op. cit., s. 118–121.

příkladem jsou centrální banky.⁴⁶ Problematický je také soudní přezkum ústavnosti zákonů. Möllersova kritika přezkumu ústavnosti zákonů je přímočará: politicky nezávislý soud rozhoduje na bázi individuálního případu o validitě zákona, který je výsledkem demokratického sebeurčení:⁴⁷ obhajitelný bude pouze tehdy, je-li jeho účelem ochrana demokratické legitimacy legislativy.⁴⁸ Nelze však podle něj přistoupit na argument ochranou základních práv, neboť v takovém případě je svoboda v pojetí jednotlivce, jemuž se podaří dostat případ před soud, vztažena na všechny;⁴⁹ obzvláště nežádoucím důsledkem pro dělbu moci je přitom vytváření pozitivních závazků státu.⁵⁰

Jak naložit s novou dělbou moci?

Každá z recenzovaných knih nabízí nový pohled na starý koncept, který je jinak příliš často používán pouze jako slogan a nenutí nás k hlubším úvahám o jeho fungování.⁵¹ Všechny přitom obsahují řadu podnětných myšlenek. S mnoha z nich by bylo také možné rozsáhle polemizovat. Zásadní výtkou, která platí pro všechny tři knihy, je nicméně určitý nedostatek imaginace. Ačkoliv nám totiž recenzovaní autoři nabízejí novou dělbu moci, nelze si nevšimnout, že je až příliš podobná té staré. Nelze samozřejmě říci, že by nám autoři nenabízeli nic nového. Vibert s Carolanem, ačkoliv se pod jejich „novou dělbu moci“ skrývá vlastně primárně snaha smířit existenci nevolených orgánů s tradiční dělbou moci, určité ambice mají. Vibert v rámci této snahy totiž přisuzuje složkám staré moci do určité míry nové role: volená tělesa mají nadále působit jako kolbiště hodnot, zatímco nevolená tělesa mají dodávat fakta.⁵² Tím nám poskytuje jiný pohled na dělbu moci, prostřednictvím kterého lze lépe pochopit strukturu veřejné moci v moderním státě a v důsledku toho tuto moc lépe (de)regulovat.

Carolan pak jako řešení vzestupu těchto orgánů nabízí normativní teorii dělby moci, která by působila *ex ante*, a nebyla vytvářena teprve *ex post* prostřednictvím judikatury

46 MÖLLERS, op. cit., s. 121–125.

47 MÖLLERS, op. cit., s. 127–128.

48 MÖLLERS, op. cit., s. 128–131.

49 Möllerssem popsáný střet je konceptuální povahy (individuální vs. kolektivní). Jako protiargument lze namítnout, že soudy ve skutečnosti v první řadě nepřejímají bezezbytku argumentaci navrhovatele a ve svých úvahách nepochybně zohledňují také dopady rozhodnutí společnost či budoucí stěžovatele. Nadto, zákonodárce bezpochyby disponuje plnou demokratickou legitimitou, avšak zákony jím přijaté jsou často výsledkem snah nepočetných zájmových skupin a zřídka z nich benefitují bezezbytku všichni jednotlivci.

50 MÖLLERS, op. cit., s. 134–139. Jedná se už o zřejmé porušení dělby moci, neboť soudy si tím aťrahují zákonodárnou iniciativu.

51 Ve vztahu k soudcovské nezávislosti viz IANCU, Bogdan. Perils of Sloganised Constitutional Concepts, Notably that of ‚Judicial Independence‘. *European Constitutional Law Review*, 2017, roč. 13, s. 582–599.

52 Jen na okraj lze poukázat na to, že s ohledem na způsob nakládání s informacemi ve veřejném prostoru v posledních letech budou mít nevolená tělesa při plnění role, kterou jim Vibert přisuzuje, poměrně mnoho (těžké) práce i při vší dobré vůli. Lze ovšem také oponovat, že existuje silná poptávka po snížení „politikaření“ a zefektivnění výkonu moci, čemuž by nevolená tělesa mohla vhodně posloužit.

soudů. Lze se však ptát, zda je taková (nemalá) snaha vlastně účelná. Lze totiž v zásadě souhlasit s tím, že „pravidla hry“ by měla být pro ústavní systémy zásadně nastavena předem. Zároveň je však nutné brát na zřetel, že ústavní pravidla jsou zpravidla vágní, a proto k jejich vyjasňování (a zároveň vývoji) přirozeně dochází teprve časem a reaktivním způsobem. Carolan tuto vágnost kritizuje, ta však nemusí být nutně považována za nevýhodu ústavních pravidel, neboť právě jejich obecnost jim umožňuje přetrvat bez nutnosti formální změny po velmi dlouhou dobu – jejich „doladování“ probíhá automaticky v samotné praxi. Vibertova i Carolanova díla si lze nicméně cenit již pro to, že na vzestup administrativy upozorňují jako na poměrně výrazný jev, který v širším veřejném prostoru zatím není příliš reflektován. Nelze se však konečně nepozastavit také nad skutečností, že Vibertovy i Carolanovy úvahy jsou vedeny tím, že vzestup nevolených těles považují nekriticky a bez širšího odůvodnění za jednoznačně pozitivní skutečnost, proti čemuž lze mnohé namítat, a to z různých hodnotových pozic.⁵³ Möllers nám pak na rozdíl od Viberta a Carolana předkládá vlastně pouze sémantickou změnu v nahlížení na existující rozdělení moci (*nejedná se o výkon moci, ale o tvorbu práva*), dělbu moci však nechává beze změny. Pomáhá nám tak na jednu stranu v lépe kategorizovat a legitimizovat moc, z normativního pohledu má však jeho pojetí za důsledek nikoliv změnu uspořádání moci, ale nanejvýš teoretické odmítnutí některých atypických, byť mnohdy neškodných, projevů moci.

Je pochopitelné, že autoři namísto vytváření utopických vizí raději pragmaticky pracují v mezích možného s tím, co existuje. Přesto je škoda, že žádný z autorů nenabízí alespoň o trochu radikálnější vizi nového uspořádání státu. Široká škála variací dělby moci v různých zemích, jak ji demonstroval Möllers, totiž napovídá, že státy mohou fungovat i v poměrně netypických podobách. Nic přitom nebrání popuštění uzdy představitosti, pokud budeme zároveň dělbu moci vnímat jako princip, resp. více principů pod „jednou střechou“: (i) princip oddělení jednotlivých mocí (výkonná, zákonodárna, soudní a další) od sebe navzájem, (ii) princip rozdělení moci (*dispersal of power*) mezi tyto složky za účelem zabránění její přílišné koncentrace, a (iii) princip brzd a rovnovah, který dává jednotlivým mocím možnost a povinnost na ostatní moci dohlížet.⁵⁴ Pokud budou všechny tři principy dodrženy, nejví se nutně jako problematické, pokud mocí bude víc než tři (vyčlenění administrativy), případně některé moci *de facto* splynou (splývání vlády a zákonodárné moci v parlamentních systémech). Jsou to totiž právě imperativy distribuce moci a fungujícího systému brzd a rovnovah, které garantují, že stát zůstane demokratickým a právním i v případě evoluce nových forem moci. V tomto ohledu je tak možná úplně zbytečné snažit se uchopit dělbu moci normativním způsobem, „shora“, a vhodnější

53 Vibertovu a Carolanovu premisu by nepochybně kritizovali například zastánci minimálního státu nebo zásadně demokratického rozhodování.

54 WALDRON, op. cit., s. 49. Waldron navíc zmiňuje ještě princip bikameralismu a princip federalismu. Všimněme si také, že zatímco první princip má podle Carolanovy taxonomie formalistickou povahu, zbylé dva mají povahu funkcionalistickou.

by byla spíše analýza konkrétního fungování jednotlivých států, resp. budování ústavních režimů „na místě“, a to nikoliv podle jednoho normativního měřítka.⁵⁵ Pokud se totiž budeme neustále snažit vtěsnat nově vznikající fenomény do předem nadefinovaných kategorií, může se buďto stát, že nám tyto kategorie stačit nebudou, anebo dokonce, že nás skutečná podstata těchto fenoménů úplně mine.

Klíčovým sdělením recenzovaných děl tak patrně je, že koncept dělby moci bychom neměli vnímat jako exaktní teorii, tedy vysvětlení, proč určitý fenomén (realizovaná dělba moci) vzniká a probíhá. Jen těžko lze dělbu moci zároveň chápat jako přísně normativní koncept, jak příkladně demonstruje Carolan, odchýlení od něhož by znamenalo kolaps demokratického právního státu jako takového. Tripartitní dělbu moci bychom proto měli brát spíše jako model moci, který po určitou dobu a do určité míry fungoval (a funguje), ale zároveň se také vyvíjel a v současnosti již není schopen zcela popsat podobu moderního státu. Skutečnost, že vznikla nová moc – administrativa – zatímco moci výkonná a zákonodárná do určité míry splynuly, zároveň není nutné považovat za problém či dokonce tragédii. Ke změně totiž dochází toliko ve formálním pojetí dělby moci a podstatné je brát ohled na hlavní účel dělby moci, kterým je zamezení koncentrace moci a jejímu zneužití. S trochou nadsázky by se tak dalo říci, že zatímco u moci soudní bude vždy nutné zachovat její nezávislost a oddělení od ostatních složek moci, ostatní složky mohou mít podobu všelijakou a naše představivost se nemusí nechávat nutně svazovat zažitou ideální představou o tripartici.

⁵⁵ HUQ, Aziz. A Distinctively American Doctrine. In: *The New Rambler* [online]. Dostupné z: <http://newramblerreview.com/book-reviews/law/a-distinctively-american-doctrine>