

Název habilitační práce:

**Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace**

Autor :

JUDr. Jana Ondřejková, Ph.D.

Oponent:

Prof. JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LL.M., S.J.D.

---

### Posudek oponenta

1. Diskuse o vztahu práva a politiky a o významu ústavních soudů při obraně ústavy a ústavnosti doznala v posledních třech dekadách značný vývoj a dynamiku. Na počátku 90. let, s kolapsem autoritářských režimů reálného socialismu, posílila soudcovská moc nejen ve střední a východní Evropě, ale též v dalších zemích. Kolaps nedemokratických režimů v postkomunistické Evropě, ale třeba i v Jižní Africe, nesl vlnu posíleného ústavního soudnictví napříč světem, a putoval z východní Evropy přes Izrael, Austrálii, Nový Zéland až po Jižní Afriku a posílenou justici v jižní Americe. Narativ nezbytnosti silného soudnictví, ideálně spojeného se soudní kontrolou ústavnosti legislativy, byl spojen s tezí, že „*práva je třeba brát vážně*“, jak slavně vyjádřil ve stejnojmenné knize již na sklonku 70. let Ronald Dworkin.

2. Panující optimistické teze o roli ústavních soudů byly spojeny s dominujícím liberálním konstitucionalismem a přesvědčením o konečném vítězství liberální demokracie a „fukuyamovském“ konci lidské historie. V 90. letech byla teze „Nového konstitucionalismu“ terčem konzervativních komentátorů a právníků. Skutečný přelom v diskusi o ústavním soudnictví bych však datoval až do první dekády tohoto století. V roce 2004 totiž vychází kniha izraelsko-kanadského politologa a právníka Rana Hirschla „Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism“, která staví fenomén „Nového konstitucionalismu“ do nového, kritického světla. Na rozdíl od dřívějších kritiků z 50. až 90. let šlo tentokrát o kritickou a mimořádně vlivnou práci autora psanou z levicových (v americkém diskursu roz. z liberálních) pozic.

3. Práce Rana Hirschla z roku 2004 určila nový, skeptičtější tón debaty o vztahu ústavního soudnictví a politiky. Od druhé dekády tohoto století přibývá prací, které problematizují idealistický „dworkinovský“ obrázek ústavního soudnictví, a ukazují negativa, která důraz na ochranu lidských práv ústavním soudnictvím přináší (vytlačování obecného politického diskursu na úkor právnícké legalistické debaty o lidských právech, oslabování možností politiky realizovat legitimní politické cíle atp.). Současně nabízejí i alternativy vůči Novému konstitucionalismu, který až příliš snadno sklouzává k justičnímu státu. Důraz na obecné referendum, který kladou evropské populistické strany, je jen jednou z mnoha variací na totéž téma.

4. Habilitační práci Jany Ondřejkové nutno vnímat v tomto kontextu. Těžko si představit, že by takováto práce byla sepsána v Česku v 90. letech nebo na počátku tohoto století (kdy evidentně převažovala v rámci právněteoretické debaty pozitivní a idealistická dworkinovská vize soudní ochrany lidských práv). Troufám si říci, že Ondřejková přináší do českého teoretickoprávního diskursu poprvé kvalitní práci popisující limity úspěchu soudní kontroly ústavnosti. Ondřejková samozřejmě není prvním českým autorem píšícím na toto téma. Kvalitou a ozdrojováním je však její práce nesrovnatelná s čímkoliv kritickým, co zde na toto téma doposavad vyšlo, a co bylo snadno redukovatelné na klausovské pseudovědecké příručky o „soudcokraci“.

5. Mám-li se pokusit podat tezi práce Ondřejkové v kostce, vychází z premisi, podle níž ústavní práva nelze svěřit jen ochraně soudní moci, respektive že přílišný důraz na soudcovskou činnost a aktivitu ve skutečnosti lidská práva oslabuje.

6. Autorka svou práci rozdělila poměrně logicky na 3 velké kapitoly. V kapitole první zkoumá různá pojetí soudní moci a soudnictví. V navazující kapitole druhé zkoumá vztah soudní moci a státu. Kapitola třetí zkoumá vztah soudnictví a aktérů určujících soudcovský právní diskurs.

7. Po stránce formální nutno zdůraznit, že autorka pracuje s mimořádně početnou literaturou. V práci nechybí zásadní práce právní teorie, politologie a filozofie na zkoumané téma. Dominují práce cizojazyčné, zejména anglicky psané (nebo jejich anglické překlady), což je s ohledem na zkoumanou problematiku pochopitelné. Autorka svým poutavým rozbohem a nezdědkou kritickou analýzou prokazuje, že velký počet knih nejen formálně cituje, ale také že je zná a rozumí jim.

8. Výhrad nelze mít ani k úrovni poznámkového aparátu. Práce má přes 630 poznámek pod čarou, v nichž autorka cituje nejen daný zdroj, ale v případě knih obvykle rovněž stránku, z níž čerpá nebo na které začíná relevantní institut, právní otázka atd. Takto poctivý přístup k citaci je v české právnické literatuře bohužel stále ještě výjimkou.

9. Autorka píše čtivým jazykem a používá velmi dobrou češtinu. I anglicismy se snaží překládat, což je v dnešní době chvályhodné. Občas by nezaškodilo rozdělit dlouhé souvětí do vícero jednoduchých vět (srov. např. poslední odstavec na s. 119).

10. Úkolem oponenta je být kritický, tedy i já se dále zaměřím na problematické pasáže či přístupy autorky. Stránky uvádím dle knihy z roku 2017. I přes dále uvedenou kritiku ovšem nic neměním na závěru, že habilitační práce je velmi dobrá, a bezesporu splňuje všechny podmínky pro její úspěšné obhájení.

11. Určitou slabinou je na prvním místě **hutnost habilitační práce**. Autorka nastíní velké množství otázek, které problematizují fenomén „Nového konstitucionalismu“, dychtivý čtenář (jako jsem například já) pak ale marně čeká, že by se těmto otázkám autorka nějak věnovala (tím méně detailněji). Podám jeden příklad. Na s. 34 např. autorka klade „kacířskou otázku“ – „*nejsou výše uvedené argumenty pro institucionální nezávislost soudnictví aplikovatelné i na některé nedemokratické režimy?*“ Bohužel tuto velmi zajímavou otázku, na kterou by mne odpověď velmi zajímala, autorka již dále nerozebírá (dle mého osobního názoru je tato odpověď jednoznačně pozitivní). A takovýchto příkladů bych mohl uvést mnohem více (např. různé náznaky následovníhodnosti skandinávského systému přezkumu ústavnosti nikdy nepřekročí jen strohou glosu). Řada částí práce tak klade jen zajímavé otázky, na které se však vůbec nesnaží hledat odpovědi.

Právě pythický styl pak vede k nepřesnostem a nijak nezdůvodněným závěrům, které kvalitě práce neprospívají. Např. na s. 111 autorka kritizuje (údajně) „*argumentačně nepřesvědčivé směšování a stírání rozdílů mezi rolí a významem různých druhů pramenů relevantních při soudcovském rozhodování, které kdysi A. Peczenik rozčlenil na tzv. „must sources“, „should sources“ a „may sources“, tedy prameny práva, které soudce použít musí, které by použít měl, a ostatní prameny, které použít může.*“ Nuže, musím se již zemřelého polského teoretika, tvořícího ve Švédsku, zastat. Třeba především upozornit, že Peczenik tuto terminologii vytvořil právě proto, aby snížil soudcovskou diskreci, tedy aby rozšířením právní argumentace jasně ukázal, jak se mají soudci chovat při používání těch či oněch argumentů. Na Peczenikovu terminologii přistoupili i mnozí další teoretici právní argumentace (Peczenik, Siltala, MacCormick, Alexy, Dreier, Summers ad.), proto ležerní přístup, který bez

jakékoliv argumentace tuto důležitou koncepci vyhodnotí jako „nepřesvědčivou“, by neměl na stránkách vědecké práce co dělat.

12. V řadě míst nemusí nepoučený čtenář ani pochopit, o čem autorka vlastně píše, protože autorka své argumenty často nevysvětluje (mlčky předpokládá, že čtenář její knihy četl i všechny autorkou citované práce). Takovýto přístup předpokládá hlubokou znalost zkoumaných otázek ze strany čtenářů. Bohužel, autorka tak činí řadu pasáží své knihy pro méně poučené české čtenáře v podstatě nepřístupnými a nesrozumitelnými. Tím ale dramaticky snižuje počet lidí, kterým bude její práce k většímu užítku. Opět podám příklad. Teze autorky, že dnes „víme, že je nutné rozlišovat různé historické i současné typy nedemokratických režimů, přičemž navíc ne všechny jsou vnímané jako a priori zavrženíhodné“, je sama o sobě pro čtenáře zcela nesrozumitelná. Jen skutečně poučený čtenář díky pozn. č. 110 pochopí, kam asi autorka míří – odkaz na F. Zakariu a jeho práce o neliberální demokracii míří (asi) např. na volby ve Vídni na sklonku 19. století a roli císaře při nejmenování krajně pravicového politika Luegera starostou v roce 1895. Ale aby toto čtenář pochopil, musí si přečíst nejenom práci Ondřejkové, ale musí si pamatovat i celou knihu Zakarii (zde autorka pohříchu ani neodkazuje na přesnou citaci ze Zakariovy knihy).

13. Pokud autorka přemýšlí o tom, proč se o některých soudech píše méně a o některých více (s. 24 a navazující pozn. č. 62), můj názor je, že klíčovou není ani tak institucionální síla soudu, ale významnost té či oné právní kultury. Proto je velká pozornost věnována Nejvyššímu soudu USA a Spolkovému ústavnímu soudu, neboť americká a německá právní kultura jsou dnes dvě dominující globální právní kultury. Rozhodně bych pak nesouhlasil s tím, že stranou pozornosti právněteoretické debaty zůstává např. francouzská Ústavní rada – srov. jen nespočetné práce francouzské (např. Louise Favoreu), ale i anglicky psané knihy, zejm. Aleca Stone Sweeta (srov. jeho klasickou práci z roku 1992 „The birth of judicial politics in France: the Constitutional Council in comparative perspective“, New York: Oxford University Press). Ani indický Nejvyšší soud není v právně teoretické debatě na toto téma žádnou Popelkou – necht’ jen autorka zkusí udělat výzkum v právních databázích typu Lexis či Westlaw.

14. Myslí si vskutku autorka, že lze nějak snadno rozlišit „*mezi aplikací a tvorbou práva, tj. situace, kdy soudy nechrání subjektivní práva vyplývající ze stávajícího práva objektivního, nýbrž poskytováním ochrany subjektivním požadavkům stávající objektivní právo přetvářejí?*“ (s. 31). Neodpovídá ale v podstatě každý složitý případ aplikace práva této definici „*soudcovské tvorby práva*“?

15. Zdá se mi, že autorka někde zastává kognitivistický přístup k výkladu ústavy. Na s. 77 např. kritizuje, že „*soudci mohou nabrát lid v roli suveréna, a to pokud si budou uzurpovat ve věcech ústavy poslední slovo, resp. přisuzovat jí vlastní odlišný význam.*“ Opět je na vině spíše hutný styl autorčín, protože tuším, kam míří. Krom jasných záležitostí (např. expanze pojmu ústavního pořádku českým Ústavním soudem v nálezu č. 403/2002 Sb.) přece není problémem, že by ústavní principy měly nějaký jasný význam, který by byl zlovorně přetvářen soudci. Jde o otázku legitimního interpretačního sporu. Autorčín text se ale zdá směřovat k tomu, že snad je tu vždy nějaký jasný význam ústavního textu, který je libovolně přepisován soudci.

Stejně tak text na s. 104 je vypjatě kognitivistický: „*V ostatních případech je sporné, proč bychom měli nadřazovat úsudek jednoho či několika soudců o morálních požadavcích prezentovaných jako přirozená práva před trváním na argumentaci pozitivním právem. Hrozí zde totiž nebezpečí, že pokud nad pozitivněprávními úvahami převládne autonomní morální přesvědčení soudce, může to vést k tomu, že dotyčné soudní rozhodnutí budeme hodnotit podle svých individuálních morálních postojů, nikoli podle právního rámce, v němž měl soudce vykonávat svou pravomoc státního orgánu.*“ Opravdu je to tak jednoduché, opravdu jde o spor pozitivního a přirozeného práva? Podle mne nikoliv, podle mne otevřená ústavní „textura“ jednoduše žádné klasické metodologii výkladu práva nepřeje, a v podstatě soudce nutí, i proti

jejich vůli, k morálním úvahám, zahaleným v hávu legalistické argumentace. Soudci se dnes na přirozené právo zpravidla neodvolávají, co však činí, je ono příslovečné „dworkinowské“ morální čtení ústavy (Dworkin, R. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Oxford 1996).

16. Autorce by neuškodil jednodušší styl: např. pasáž na s. 35 jsem musel číst několikrát, abych pochopil, co autorka myslí tím, že soudobý konstitucionalismus předpokládá soudce, kteří nerozhodují jen „striktně pozitivisticky“. Dá se to ale říci velmi jednoduše : široká aplikace lidských práv soudy je nekompatibilní s klasickým pozitivismem, neboť lidská práva, jsou řečeno s Alexym, jen obecné principy právní, pravidla programující právní systém, jejichž pozitivistický výklad je nemožný. Čehož si byl velmi dobře vědom již Hans Kelsen, který brojil proti přímé aplikaci lidských práv soudy, a omezoval činnost ústavní justice jen na to, co autorka společně s Markem Tushnetem (a Lonem Fullerem) nazývá požadavky „vnitřní morálky práva“.

17. K pozn. pod čarou č. 175: ani soudci v USA nemohou dávat najevo politické sympatie či stranické preference. Autorka zde směšuje politický výběr na místa soudců, kde jsou zejména federální soudci vybíráni prezidentem na základě jejich stranického členství, ovšem toto stranické přesvědčení se týká doby, kdy kandidáti ještě nebyli soudci! Ostatně právě stranickost daná na odiv během slyšení v Senátu (a nikoliv jen obvinění ze sexuálního obtěžování) skoro pohřbila naděje soudce Kavanaugh na místo na Nejvyšším soudě USA.

18. Úvahy o „novém“ commonwealthském modelu konstitucionalismu jsou velmi zajímavé (s. 87 násl.). Ale jako český čtenář si kladu otázku ohledně jejich využitelnosti pro naše prostředí (o čemž autorka pohříchu vůbec nepřemýšlí, skoro jako by si ani nebyla tuzemských reálií a úrovně parlamentní debaty vědoma). Srov. např. úvahy o mandatorním přezkumu připravované právní úpravy parlamentem (eventuálně exekutivou) z hlediska její ústavní konformity, které zní hezky. Srovnajme to však ale s texty důvodových zpráv k českým zákonům, které by měly v podstatě dělat to samé! Je toto opravdu řešení pro český právní řád? Autorka odkazuje na monumentální důvodové zprávy třeba ve Velké Británii – já jsem ale podobně kvalitní důvodovou zprávu v českém parlamentním prostředí ale nikdy neviděl. Snad by se slušelo toto v knize alespoň poznamenat.

Stejně tak se ptám, zda je parlamentní těleso skutečně vhodnou institucí pro úvahy toho typu, o kterých píše citovaný Gardbaum. Podotýkám, že ze mne neprýští přesvědčení o soudcovské nadřazenosti – i v soudních tělesech není soudcovská porada (deliberace) možná, překročí-li se nějaké kritické množství rozhodujících soudců. Nad nějaké (nijak vysoké) číslo je totiž i debata uvnitř soudu podobná debatě parlamentní, nikoliv debatě soudcovské. A parlamentní forma debaty, bez ohledu na to, zda se děje na soudě nebo v parlamentu, pak svádí k onomu mocenskému přehlasování, nikoliv k racionálnímu diskursu. Úvahy o „parlamentním přehodnocení“ mi proto znějí velmi nepřesvědčivě.

Podobně nepřesvědčivě autorka na s. 126 tvrdí, že pokud „nemáme co do činění se zlovolným státem nebo s jeho pozůstatky po přechodu k demokracii, možnost upozornit na potenciální protiústavnost je institucionálně zajištěna v průběhu tvorby zákonů“, pročež prý soudům svědčí „role kontroly neúmyslných či nepředvídaných zásahů zákonodárce do základních práv a svobod – tzv. signalizační a aktualizací funkce“. Krom mé skepse k úrovni parlamentní debaty, přinejmenším v českém prostředí, opravdu lze tak snadno odlišit ony dvě situace, totiž protiústavnost obecně a naproti tomu „neúmyslná či nepředvídaná protiústavnost“?

19. Pozn. č. 478: rozdíly ve stylu psaní rozsudků mají poněkud jiné souvislosti, jsou to totiž rozdíly v právní kultuře, v odlišném chápání soudní moci na kontinentu a v angloamerické právní kultuře.

20. Pozn. č. 559: kritika metodologie Ústavního soudu by mohla být mnohem detailnější (a přesvědčivější). Osobně mám za to, že hlavním problémem Ústavního soudu je, že ve svých čím dále tím delších nálezech není s to nějakou konzistentní metodologii udržet, a to ani ve srovnatelných nálezech. Judikatura je metodologicky nekonzistentní, v jednom případě např. použije prostý test racionality, v jiném obdobném případě naopak náročný test proporcionality. Autorka by neměla svou kritiku směřovat k nálezům, které používají test racionality a zákazu svévole, ale spíše na nadužívání principu proporcionality, čímž Ústavní soud zákonodárce omezuje zbytečně mnohem více (a vychyluje tak miskou vah často v neprospěch zákonodárce).

21. Autorka již jen spíše v náznacích reflektuje nejnovější vývoj polský a maďarský. Ovšem právě v těchto zemích se ukazuje, že největším nebezpečím pro demokracii není příliš silný soud. Autoritativní vládci ho dokážou během chvíle zlikvidovat – viz jen destrukce polského Ústavního tribunálu během roku 2016 a jeho transformace v poslušného plnitele vůle vládnoucí strany Právo a spravedlnost od roku 2017. Je škoda, že autorka nenašla více prostoru reagovat na tyto nové podněty pro svou práci. Možná by pak zjistila, že polská krize ukázala nebezpečí nerespektování rozhodnutí ústavního soudu, tedy nebezpečí tezí, které sama autorka rozvíjí pod hávem floskulí o vyvažování mezi hlavou státu, parlamentem a ústavním soudem.

Současně si ale paradoxně myslím, že obecné autorčiny myšlenky dost dobře vysvětlují i to, co v Polsku po roce 2015 stalo: nevzniklo podhoubí pro nepřátelské převzetí polského Ústavního tribunálu v letech 2015/2016 právě v předchozí aktivistické judikatuře Ústavního tribunálu? Nedospěl Kaczyński k závěru, že musí Ústavní tribunál (v rozporu s ústavou) ovládnout, neboť jinak by mu tento tribunál nepřipustil ani takové reformy, které by při poctivém čtení ústavy být považovány za protiústavní neměly? (samozřejmě vedle mnoha změn, které jakýkoliv normální ústavní soud zrušit musí – např. zkracování mandátu nepohodlným soudcům, účelové přeřazování nepohodlných prokurátorů atp.).

22. Jako téma pro diskusi během habilitačního řízení navrhuji reagovat na polskou ústavní krizi počínaje rokem 2015. Necht' se autorka pokusí na jednotlivá dějství této krize aplikovat klíčové otázky, které si práce klade.

23. S ohledem na shora uvedené jsem dospěl k jednoznačnému závěru, že práce splňuje zákonné požadavky kladené na habilitační práce. Práce nesporně přináší zásadní vědecké poznatky [§ 72 odst. 3 písm. a) zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách] a rozšiřuje obor poznání právní vědy o vztahu mezi právem, soudcovskou rozhodovací činností a politikou.

V Praze dne 21. října 2018

Zdeněk Kühn