

No 488

řada teoretická, Edice Scientia
Svazek č. 488

[illegible]

MATERIÁLNÍ OHNISKO ÚSTAVY: VĚČNÝ LIMIT EVROPSKÉ INTEGRACE?

Pavel Molek

Masarykova univerzita

Brno 2014

Vzor citace:

MOLEK, Pavel. Materiální ohnisko ústavy : věčný limit evropské integrace? 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014. 284 s. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia, sv. č. 488. ISBN 978-80-210-7435-4.

Katalogizace v knize – Národní knihovna ČR

Molek, Pavel

Materiální ohnisko ústavy : věčný limit evropské integrace? / Pavel Molek. – 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014. - 284 s. (Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity ; řada teoretická, Edice Scientia, sv. č. 488)

ISBN 978-80- 210-7435-4 (brož.)

341* 341.171 (4)* [339.926+327](4)* 342.4

- mezinárodní právo
- evropské právo
- evropská integrace
- ústava
- monografie

341 – Mezinárodní právo [16]

Tato publikace vznikla z prostředků institucionální podpory na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumných organizací.

Recenzovali: doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.

JUDr. Ondřej Preuss, Ph.D.

© 2014 Pavel Molek

© 2014 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-7435-4

Obsah

1 Úvod.....	7
2 Koncept a historie nezměnitelných náležitostí ústav	19
2.1 Vznik ústav.....	19
2.2 Nezměnitelné náležitosti ústav	33
2.3 Třetí vlna konstitucionalizace.....	45
3 Nezměnitelné náležitosti v ústavách	53
3.1 Francie	54
3.2 Itálie.....	59
3.3 Německo	64
3.4 Portugalsko	79
3.5 Česká republika	83
3.5.1 Inspirace a smysl	83
3.5.2 Obsah.....	89
3.5.3 Nález ve věci Melčák	95
3.5.4 Důsledky pro evropskou integraci	110
3.6 Turecko.....	115
3.7 Rakousko	121
3.8 Indie	126
3.9 Další státy	131
3.10 Shrnutí	135
4 Materiální ohnisko versus klauzule věčnosti.....	137
4.1 Rozdíl mezi oběma pojmy	137
4.2 Aplikace rozdílů na konkrétní ústavy.....	149
4.3 Důsledky rozdílů	153
4.4 Postupy měnící ústavu.....	155
4.5 Důsledky pro nezměnitelné náležitosti ústavy	164
4.6 Ústavní revoluce.....	172

5	Limity společné všem materiálním ohniskům	179
6	Obsah společného ohniska.....	187
6.1	Znaky definující „stát“	189
6.1.1	Definice státu.....	189
6.1.2	Území státu	190
6.1.3	Obyvatelstvo	192
6.1.4	Státní moc.....	194
6.1.5	Shrnutí	196
6.2	Společenská smlouva.....	201
6.3	Náležitosti společné liberálně demokratickým státům	208
6.4	Exkurz: krátká odbočka k universalismu lidských práv	215
6.5	Náležitosti společné ústavám států EU	218
7	Důsledky existence materiálního ohniska pro evropskou integraci	227
7.1	Úvodní úvahy.....	227
7.2	Suverenita jako nezměnitelná součást Ústavy ČR.....	228
7.3	Suverenita jako součást materiálního ohniska Ústavy ČR.....	234
7.4	Evropská integrace jako součást materiálního ohniska.....	240
7.5	Respekt EU k ústavní identitě členských států.....	243
8	Závěr	263
	Summary	275
	Literatura a další použité zdroje.....	277

1 Úvod

„Víme-li, že lidé jsou schopni všeho, pokoušíme se jim zakázat alespoň něco.“

Jan Kysela¹

Otevíráte knihu, která má již ve svém názvu jeden z nejabstraktnějších a nejkomplicovanějších termínů ústavního práva, které samo o sobě také nepatří k nejjednodušším právním oborům. To by čtenáře mohlo odradit dříve, než se skutečně začte. A právě od takového rozhodnutí vás chce tento úvod odradit.

Nezměnitelné náležitosti Ústavy ČR vymezené v jejím čl. 9 odst. 2, totiž nejsou jen jakousi mentální hračkou pro skupinku zarputilých konstitucionalistů. Naopak. Jak bude vyloženo níže, ono spojení „*podstatné náležitosti demokratického právního státu*“ není jen intelektuální výzvou pro akademiky ústavního práva, ale také základním stavebním kamenem celé Ústavy,² byť kamenem dosti neuchopitelným (pokud se mluví o „jádro“, navíc „materiálním“, zbývá aspoň naděje na jakousi hmatatelnost, pokud se ale použijí mnohem abstraktněji znějící termíny, „ohnisko“ ústavy, či „klausule věčnosti“, naděje, že jde opravdu o základní kámen, na kterém se dá stavět, se valem vytrácí). A ústava,³ tedy základní zákon státu, má přeci vymezovat⁴ základní obrysy fungování státní moci, její legitimitu, způsob jejího zřízení a ustavení, cíle a hodnoty státu, základní náležitosti jako je území a obyvatelstvo státu, působení státní moci dovnitř státu i navenek, a také základní hranice vzájemného působení občanů na státní moc (formami přímé a nepřímé demokracie a dalšími formami podílu občanů na státní moci⁵) i státní moci na občany (zejména

¹ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

² Tedy ústavní zákon č. 1/1993, Ústava České republiky - právě tento nejvyšší právní předpis bude označovat „Ústava“ s velkým počátečním písmenem, s výjimkou citací v kapitolách týkajících se jiných ústav.

³ Tentokrát s malým „ú“, kterým bude označována buď obecně ústava blíže neurčitého státu, nebo český ústavní pořádek, tedy ústava v širším slova smyslu, kterou kromě „Ústavy“ tvoří podle jejího čl. 112 také „*Listina základních práv a svobod, ústavní zákony přijaté podle této Ústavy a ústavní zákony Národního shromáždění Československé republiky, Federálního shromáždění Československé socialistické republiky a České národní rady upravující státní hranice České republiky a ústavní zákony České národní rady přijaté po 6. červnu 1992.*“

⁴ Viz FILIP, J. *Ústavní právo České republiky* 1. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003, s. 99.

⁵ Viz MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 523-549.

v podobě limitů tohoto působení v katalozích lidských práv, kterým je v případě ČR Listina základních práv a svobod⁶). To vše jsou náležitosti, které se nutně dotýkají všech občanů státu, neboť tvoří pomyslnou „společenskou smlouvu“ mezi nimi a státem, který ustanovili.

Tímto pohledem je politováníhodné, že seznámení se s „podmínkami“ této smlouvy není základní součástí vzdělání občanů (a mnohdy ani těch, kteří vykonávají státní moc). A materiální jádro, onen základní kámen (fecněme podstatné náležitosti této společenské smlouvy), je pak pojmem, který svou abstraktností vysloveně odrazuje nejen laiky, ale i řadu právníků. Není to přitom chyba samotného termínu, jako spíše způsobu, jakým s ním je tradičně nakládáno. Nezměnitelné součásti Ústavy jsou totiž zatím, zejména díky judikatuře Ústavního soudu,⁷ vnímány jako označení jakéhosi posvátného hájemství, jehož smysl mohou pochopit (a zejména aplikovat) jen „vyvolení“. Jde totiž o náležitosti, které dle většinového názoru (viz níže) nesmí překročit ani Parlament, když přijímá změny Ústavy, ani Evropská unie, když přejímá některé kompetence, patřící dosud ČR. A kdo vymezuje hranice tohoto posvátného ústavního hájemství? Pochopitelně Ústavní soud, jak nejintenzivněji vymezil v nálezu ve věci Melčák.⁸ Jen znalci ústavního práva znají jeho obrysy a obsah a patnáct z nich (pokud zrovna prezident neotálí s jejich navrhováním⁹) vyvolených „velekněží“ (slovy soudce Ústavního soudu Jana Musila „majitelů klíčů k výkladu práva“, ¹⁰ slovy Radoslava Procházky „osvíceného výkvětu“¹¹) ztrestá

⁶ Dále též „Listina“ či „LZPS“.

⁷ Dále též „ÚS“.

⁸ Nález ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09, viz podkapitolu 3. 5. 3.

⁹ WAGNEROVÁ, E. Prezident republiky a Ústavní soud, In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Postavení prezidenta v ústavním systému České republiky*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2008, s. 97–109.

¹⁰ Nesouhlasné stanovisko k usnesení pléna Ústavního soudu ze dne 15. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 24/09.

¹¹ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 97. Na s. 113 své knihy pak ironicky shrnuje, v čem spočívá „nadřazenost“ tohoto „osvíceného výkvětu“ čistých znalců práva nad „špinavým světem politiky“: „Obsah takéhoto čistého, každodennou konfrontáciou ‚politických‘ perspektív nepoškrvneného práva je dostupný len jeho skutočným majstrom a čím izolovanejší od takejto konfrontácie sú, a čím mene jich je, tým hodnotnejšou má byť ich pravda. Čím náročnejšie je prebrýzť sa celým nánosom žargonu a sebareferenčných výkladových matic k pravde, tým má byť táto pravda pre zástupcov neosvietených zavádzajúcejšou. Nuž a kto už by k nej mal mať bližšie ako elitný právnický kabinet imunitizovaný pred potrebou pýtať sa väčšiny a podliehajúci zákaz u vychádzať jej v ústrety.“ A na s. 120 popisuje vysněný stav této právnické elity následovně: „Krásny nový svet, kde rozum, efektivita, dôstojnosť, spravodlivosť, jednoducho cnosť ako taká, konečne víťazí... kde múdri staršínovia kmeňa strážia svoje ovečky pred pokušením. Pokušením rozhodovať o sebe samých... Väčšina je totiž z povahy veci tvorená ľuďmi, ktorí svoju intelektuálnu a etickú výbavu tvoria priemer, pričom menšinový nadpriemer sa ťažko zmiernuje s tým, že mu ‚nižšia‘ forma občianskej existencie má svojou krátkozrakosťou či priamo blúposťou znepríjemňovať život.“

každého (zákonodárce či eurokrata), kdo by tyto hranice chtěl překročit. Přitom zdůvodnění této kompetence v příslušných nálezech Ústavního soudu (zejména takzvaného „druhého Ústavního soudu“ v letech 2003–2013) je psáno jazykem natolik složitým, že „ovládnutí“ materiálního jádra působí opravdu dojmem jakési kabaly pochopitelné jen zasvěceným.¹² Před tímto posvátným jazykem ustoupila ve věci Melčák i ústavní většina Parlamentu, a kdo ví, třeba by před ním ustoupila i Evropská unie. Nechci tím sklouzávat k lacinému jazyku a mediálním zkratkám o „soudcokracii“ či Ústavním soudu stavícím se do role „třetí komory parlamentu“. Nezasťírám ovšem, že mi je tento přístup činící z patnáctky soudců Ústavního soudu kolektivního strážce běžnému smrtelníkovi nepochopitelného tajemství velmi vzdálen.

Ještě o krok složitější je potom postup některých ústavních právníků v zemích, jejichž ústavy nemají výslovně zakotveny nezměnitelné náležitosti ústavy, a tak doktrína (Slovensko) či judikatura vrcholných soudů (Indie) dovodila, že stejný limit představuje nevyslovené ale přítomné materiální jádro ústavy (v Indii označované za základní strukuru, jak vyložím v podkapitole 3.8), rozpor s nímž je podle nich důvodem protiústavnosti ústavních zákonů, která má být deklarována ústavním či nejvyšším soudem. Takové dovození kompetence takřikajíc „ze vzduchu“ vtipně kritizuje v případě Ústavy Slovenské republiky Radoslav Procházka, podle nějž takový přístup neznamená nic jiného, než nerespektování vůle ústavodárce: *„Ake má byť materiálne jadro v ústave, v ktorej ho ústavodarca nepostuluje, prítomné rovnako ako v ústave, v ktorej ho ústavodarca postuluje, potom rozhodnutie ústavodarcu vymedziť a chrániť materiálne jadro ústavy nemá žiadny význam: to jadro tam jednoducho je bez ohľadu na to, či ústavodarca výslovné prejaví vôľu ho tam mať alebo nie. Zároveň to vedie k otázke, ktoré ďalšie*

¹² Zdeněk Kühn na toto téma trefně cituje knihu Franka Rodella *Woe unto You, Lawyers!* z roku 1939: *„V kmenových dobách to byli šamani. Ve středověku kněží. Dnes to jsou právníci. V každé době skupina chytrých chlapíků, vyškolená ve svém řemesle a žárlivá na to, co se v něm naučila, směšuje technické schopnosti s čístými a efektními hokus pokusy proto, aby ovládla ostatní. V každém věku to je pseudointelektuální autokracie, střezící triky svého řemesla před nezasevěnými, a řídící po svém civilizaci své doby. (...) Pokud neodrazí Vaši otázku paušálně ve stylu ‚Nejsi právník, nerozuměl bys tomu,‘ zmizí Vám do mračna právního žargonu, z něhož snad občas sestoupí do roviny neprávnických abstrakcí nebo do neméně neuspokojivých vysvětlení typu: něco je, protože Právo říká, že to tak je. Proto se předpokládá, že řeknete - Aha, chápu.“* Cit. dle KÜHN, Z. Jakou hodnotu má právní argumentace?, In PŘIBÁN, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 199–200.

*doktrínálne koncepcie sú v ústave prítomné bez toho, aby bolo potrebné ich tam výslovne uviesť. Všetky, ktoré sa v nejakej veci ukážu jako ústavno-politicky účelné, len zatiaľ nevieme, ktoré presne to sú.*⁴³

Přitom se můžeme na materiální ohnisko podívat i pohledem přesně opačným: nikoli jako na „to nejsložitější“ z Ústavy, ale naopak „to nejpodstatnější“, to, co by mělo být alespoň zhruba jasné každému, kdo je - například z titulu českého občanství - „uživatel“ Ústavy. Pro každého „uživatele Ústavy“ totiž platí Příbáňova slova: „*Ústava je součástí právní, politické a morálně symbolické komunikace moderních společností. Přibližuje moderní politiku a právní racionalitu mýtickému jazyku, když definuje ideální základy politické společnosti a kodifikuje její historické a morální sebe porozumění.*“⁴⁴

Můžeme si pomoci jednoduchým příměrem. Jak bude vyloženo v dalších kapitolách, materiální ohnisko lze chápat jako „podstatné náležitosti“ společenské smlouvy mezi státní mocí a „jejími“ občany. Vypůjčme si terminologii uzavření jiného právního vztahu, který se týká valné části obyvatel, totiž manželství: lze jistě dlouze a složitě rozebírat, jaké jsou součásti tohoto právního vztahu podle rodinného práva;¹⁵ ještě složitěji by bylo možno rozebírat svátost manželství z hlediska teologie.¹⁶ Přes tuto možnou složitost máme ale všichni poměrně jasnou představu, co lze pokládat za „podstatné náležitosti“ manželství, jaké znaky musí splňovat a jaký je jeho smysl. Naše individuální představy se mohou v této otázce lišit (a to často i mezi samotnými manželi v rámci jednoho manželství), jde ale o téma, o kterém si všichni (budiž, aspoň všichni dospělí, či aspoň zplnoletnění) mohou smysluplně pohovořit, neboť sdílí stejný slovník a stejné chápání základních pojmů. A vstupujeme-li do manželství, máme aspoň pojmovou představu, co nás čeká. Patrně by nikdo neřekl, že o manželství mluvit nehodlá, protože je to otázka příliš abstraktní a neuchopitelná, vyhrazená jen právníkům nebo etikům nebo teologům. Může takovou být, ale nemusí. Totéž lze podle mne aplikovat i na materiální jádro Ústavy.

Tato kniha má ambici pojednat o materiálním jádru Ústavy způsobem, který by obstál pohledem ústavních právníků (ať už toto spojení znamená cokoliv) a zároveň byl alespoň částečně stravitelný pro běžného uživatele. Slovy rozsudku

¹³ PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 31.

¹⁴ PŘIBÁŇ, J. *Právní symbolismus: o právu, času a evropské identitě*. Praha: Filosofia, 2007, s. 21.

¹⁵ Viz např. HRUŠÁKOVÁ, M., KRÁLÍČKOVÁ, Z. *České rodinné právo*. 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006.

¹⁶ Viz např. GRÜN, A. *Svátost manželství*. Kostelní Vydří: Karmelitánské nakladatelství, 2010.

Nejvyššího soudu Indie ve věci Kesavananda: „*Zdá se mi, že myšlenka novel v rámci preambule a Ústavy nemůže být označena za vágní a neuspokojivou ideu, kterou by poslanci a veřejnost nedokázali pochopit.*“¹⁷ Tím se nechce říct, že „i skladník ve šroubárně“ si může číst Schmitta v originále. Nicméně předkládaná kniha má být čitelná, když ne pro skladníka ve šroubárně, tak rozhodně pro studenta prvního ročníku ústavního práva nebo vzdělaného laika (například v roli akademika z jiných, byť třeba příbuzných, oborů, typicky politologie; nebo třeba legislativce, který se chce konečně dozvědět, co že je to to materiální ohnisko, kvůli kterému nemohly být v roce 2009 předčasné volby do Poslanecké sněmovny¹⁸ – snad „nejlepší“ příklad aplikace tohoto konceptu, která hmatatelně zasáhla politické fungování celého státu), ostatně právě jejich postřehy k ústavnímu právu bývají často nejzajímavější,¹⁹ pro obsahovou neotřelost a formální nesvázanost právníkům jazykem. Navíc právo je příliš vážná věc, než aby zůstalo pouze v rukou právníků.²⁰

Jak nedávno trefně podotkl Armin von Bogdandy:²¹ „*Smyslem právní doktríny je vnášet smysl to chaotickeho právního řádu.*“ Jinak řečeno, vyjasňovat smysl základních pojmů²² a činit změť právních norem aspoň o trochu přehlednější, a tím použitelnější jak pro řešení konkrétních sporů (služba, kterou má právní doktrína a teorie přinášet aplikaci práva, zejména ze strany soudů), tak pro celkovou přehlednost a předvídatelnost právního řádu (služba, kterou má právní doktrína přinášet všem uživatelům daného právního odvětví, včetně laiků). Pro kolegy, kteří vnímají svou

¹⁷ S.M. Sikri, C.J. v rozsudku Nejvyššího soudu Indie ze dne 24. 4. 1973 His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr., AIR 1973 SC 1461.

¹⁸ Viz MOLEK, P. To jako ty volby nebudou...?!, publikováno na blogu Jiné právo dne 2. 9. 2009, <http://jinepravo.blogspot.com/2009/09/to-jako-ty-volby-nebudou.html>.

¹⁹ Viz např. pozoruhodný příspěvek předsedy Akademie věd ČR Jiřího Drahoše ve sborníku GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Oblédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 18-21.

²⁰ ZNOJ, M. „Konec“ přirozeného práva a „tápání“ Ústavního soudu v této věci, In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 150.

²¹ Proneseno dne 1. 7. 2013 na přednášce The New Public Law of Europe, Evropský univerzitní institut, Florencie.

²² Slovy Carla Schmitta: „*Teoretikové nemohou dělat nic jiného, než bdít nad pojmy a pojmenovávat věci jejich jmény.*“ SCHMITT, C. *Teorie partyzána*. Praha: Oikymen, 2008, s. 91, cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 139.

akademickou činnost v oblasti práva jako „vědu“,²³ by to snad mohlo být málo; pro naplnění smyslu práva, kterým by mělo být hlavně řízení a usměrňování stále složitějších vztahů ve stále komplexnějších společnostech, by to však bylo až až.

Tímto způsobem tedy bude přistupováno v předkládané knize k vymezení a aplikaci materiálního jádra ústav, respektive jejich nezměnitelných náležitostí. Nejprve bude v následujících dvou kapitolách vymezeno, co to vlastně materiální jádro či nezměnitelné náležitosti ústavy jsou, jaký je jejich smysl a původ a kde je v jednotlivých evropských (a okrajově i mimoevropských) ústavách najdeme. Následně bude zpochybněna zaužívaná synonymnost pojmů materiální ohniško a nezměnitelné náležitosti ústav a bude mezi nimi proveden pokus o odlišení. V téže kapitole pak bude zpochybněna teze o „nezměnitelnosti“ těchto nezměnitelných ustanovení ústav a bude nabídnut alternativní výklad, který připouští jejich změnitelnost spolu s odstraněním celé ústavy ústavodárcem, tedy lidem, formou „ústavní revoluce“. Přitom tvrzení o hrozící neudržitelnosti materiálního jádra současných ústav a možnosti ustavující moci v roli ústavodárce je zcela odstranit činím vědom si tvrzení Damiana Chalmerse, že „*psaní o ustavující moci, oproti formalizovanému konstitucionalismu, indikuje buď epochu ústavní destabilizace, anebo to, že se o ni autor snaží*“,²⁴ přičemž mé motivace k rozboru tohoto tématu leží v první z těchto možností. V páté kapitole zjistíme, že jakkoli je možno odstranit celou ústavu včetně jejího jádra, přesto existují některé náležitosti, které - ať už jsou v ústavách takto označeny či nikoli - představují definiční znaky jakékoli „evropské“ ústavy, tedy pomyslné „podstatné

²³ Důvody, proč „právní vědu“ pokládám za mentálně náročnou činnost s dopadem na život společnosti, nikoli však za vědu, přinejmenším nikoli v popperovském smyslu (POPPER, K. R. *Logika vědeckého bádání*. 1. vyd. Praha: OIKOYMENH, 1997), jsem vyložil v příspěvku MOLEK, P. Právní věda: věda nebo mentální hříčka?, *Universitas*, č. 4/2004. Ostatně, ocitujme ještě jednou Franka Rodella v překladu Zdeňka Kühna: „*Naučit se řeč právníků nebo právnické způsoby myšlení [...] je velmi podobné tomu naučit se pracovat s kryptogramy nebo hrát bridž. Vyžaduje to soustředění, paměť a nějakou analytickou schopnost, ale pro ty, kdo se na to adaptují, to může být stimulující intelektuální hra. Ovšem ti, kdo pracují s kryptogramy nebo hrají bridž, nikdy nepředstírají, že jejich mentální výkony, jakékoliv složité a prožívané, mají jakýkoliv význam mimo hru, kterou hrají. Naopak ti, kdo hrají právní hru, nejenom předstírají, ale dokonce trvají na tom, že jejich komplikované racionalizace v řádi čistého myšlení mají nevyhnutelný vztah k řešení praktických problémů.*“ Cit. dle KÜHN, Z. Jakou hodnotu má právní argumentace?, In PRIBÁN, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 200.

²⁴ CHALMERS, D. *Constituent Power and the Pluralistic Ethic*, In LOUGHLIN, M., WALKER, N. *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. 1st pub. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 299. Cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 36.

náležitosti“ jakékoli společenské smlouvy v evropském prostoru. Jejich vymezení budu hledat v šesté kapitole, načež se v sedmé kapitole pokusím vypořádat s některými možnými důsledky tohoto přístupu pro evropskou integraci.

Smyslem knihy tak bude jednak vyložit - snad srozumitelnou formou - smysl materiálních jader ústavy, dále pak zkritizovat způsob, kterým je tento koncept dosud vykládán a aplikován (nejen) českým ÚS: jak v otázce jeho (poměrně širokého) obsahu, tak v otázce jeho „věčnosti“, zejména tváří v tvář požadavkům evropské integrace. Již nyní lze prozradit, že nesdílím tezi, která proznívá z klíčových nálezů ÚS k evropské integraci, že nezměnitelné náležitosti Ústavy obsažené v jejím čl. 9 odst. 2 představují zároveň její materiální jádro a také věčnou a nepřekročitelnou bariéru českého vplynutí do (federální?) EU (pokud takové tvrzení pokládá čtenář za svatokrádežné, je načase knihu odložit do poličky *libri prohibiti*); na druhou stranu však netvrdím ani to, že by při změnách a proměnách ústavy platilo, že „*impossible is nothing*“.

Rozhodně však pokládám za vhodné dané téma otevřít, a to právě nejen pro potřeby konstitucionalistické diskuse, jež by shrnovala povahu materiálního jádra, jeho smysl a obsah (v tomto ohledu už má česká odborná literatura několik příspěvků od povolanějších autorů, zejména Jana Filipa, Pavla Holländera, Jana Kysely a Vojtěcha Šimíčka), ale i proto, abychom si kromě „hranic možného“ při změnách stávající Ústavy (ale při respektování jejích podstatných nálezů) uvědomili také to, kde jsou „hranice přípustného“ pro případ, že by česká (nebo jiná demokratická) společnost byla okolnostmi postavena před možnost odstranění stávající Ústavy (viz kapitolu 4) a jejího nahrazení ústavou zbrusu novou, stojící na zcela jiných základech, a přesto se tvářící jako ústava demokratická, ústava respektující lidská práva, či zcela nejobecněji ústava hodná toho jména. Jaké jsou vlastně definiční znaky, které musí ústava splňovat, aby byla ještě ústavou demokratického státu? Kam až lze ustoupit, pokud by si nepředvídatelná budoucnost (viz závěr knihy) vyžadovala takové změny, které by stávající materiální jádro Ústavy učinily neudržitelným a ukončily věčnost klauzule věčnosti? Tyto otázky, otázky po dřeni ústavnosti, je třeba promýšlet už proto, abychom byli připraveni pro případ jakékoli „ústavní revoluce“ nabízející „krásný nový svět“ se zcela novou ústavou.

A pod „my“ se rozhodně neskrývají jen konstitucionalisté, kabalistická obec mluvící jazykem ústavního práva, ale občané, jichž se ústava týká. Neboť jak předvídal

už Aristoteles: „*Ústavy se však udržují nejen, jsou-li zřehoubné živly vzdáleny, nýbrž někdy také, jsou-li blízko, neboť pak se občané ze strachu lépe o ústavu starají. Proto ti, kdož o ústavu pečují, mají vzbuzovati strach, aby občané byli na strážích a jako noční stráž neustali ústavu blýdati, a mají jim vzdálené nebezpečí líčiti, jako by bylo nablízku.*“²⁵ I kdyby tak má kniha byla jen malováním příslovečného „čerta na zdi“ a kdyby opravdu mělo být 21. století dobou ústavní stability kontrastující se stoletím předchozím, v němž každá generace žila v jiném státním režimu, snad bude mít toto „ústavní sýčkování“ přesto nějaký přínos.

Spíše lze ovšem očekávat, že následující roky a dekády budou obdobím zpochybňování liberální demokracie jako státního režimu. Dokazuje to i převládající shoda, která zavládla na konferenci Forum 2000, která byla v roce 2014 věnována tématu Nespokojená demokracie, přičemž převládající názor zněl, že Huntingtonova třetí vlna demokratizace²⁶ už je bohužel za námi a nadchází třetí protivlna, tedy nárůst nedemokratických režimů. Na jejich čele se nachází (jak na konferenci uvedl ve svém příspěvku Marc Plattner, podle něj právě rok 2014 bude jednou historie vnímat jako přelomový rok příchodu nedemokratických režimů) pětice velkých autoritářských režimů, které začínají spolupracovat, inspirovat další státy (zejména pomocí mediální propagandy šířené i do zahraničí) i sebe navzájem a zpochybňovat smysluplnost liberální demokracie: Rusko, Čína, Írán, Venezuela a Saúdská Arábie. Je jistě otázka, zda a případně v jaké podobě takové zpochybňování dorazí i do Evropy. Je nicméně víc než vhodné si základní pojmy, na nichž dnes stavíme materiální ohniska svých liberálně demokratických ústav, připomenout či vyjasnit.

Metodologicky se pak sluší uvést, že nejde o práci ústavně dogmatickou (*constitutional law*), tedy popisující skutečnou ústavou (slovy Matthiase Jestaedta *constitutio minor*²⁷), či přinejmenším vázanou na reálného ústavodárce, nýbrž převážně o práci ústavně teoretickou (*constitutional theory*²⁸), tedy zabývající se ústavností obecně coby „normativním designem určitého politického společenství“,²⁹ byť na stranu

²⁵ ARISTOTELÉS. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009, s. 205.

²⁶ HUNTINGTON, S. *Třetí vlna*. Brno: CDK, 2008.

²⁷ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 35.

²⁸ Tedy s disciplínou, kterou podle Carla Schmitta zabírala metoda Paula Labanda, zaměřená primárně na jazykový výklad textu ústavních ustanovení. SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 62.

²⁹ LOUGHLIN, M., WALKER, N. *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. 1st pub. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 4, cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 27.

druhou, zejména v kapitole 3 je provedena komparace jednotlivých právních systémů, které operují s různými podobami materiálních ohnisek, respektive nezměnitelných náležitostí ústav, a tato kapitola je postavena převážně na analýze judikatury ústavních či jim obdobných soudů. Jde tedy o práci, která v některých částech pracuje s judikaturou, nadto se snaží hledat řešení či odpovědi pro účely ústavní reality ČR, v převážné části však zůstává ústavně teoretickou, jdoucí místy i daleko za hranice aktuálního ústavního pozitivního práva a zabývající se i suprustukturou hodnotového řádu, tedy ústavou za ústavními normami (*constitutio maior*), „mimo-ústavním právem“ a „ústavními revolucemi“.

Právě v tomto propojení přitom vidím jeden ze smyslů knihy: propojit zjištění z těch prací, které se na materiální ohnisko dívají pohledem ústavní teorie (například práce Jana Kysely a Carla Schmitta), a práce, které se na ně dívají především jako na problém kompetence ústavních soudů a analyzují a srovnávají jejich judikaturu (například práce Ondřeje Preusse a Kemala Gözlera či Yaniva Roznaie). Oba tyto pohledy vlivně a působivě propojuje v české literatuře zejména Pavel Holländer, ať už ve svých článcích, monografiích či v judikatuře Ústavního soudu ČR, na níž se podílel; nezastírám, že jednou z ambicí této knihy je nabídnout českému čtenáři poněkud odlišný pohled na danou problematiku, vycházející z jiných hodnotových východisek. Perspektiva knihy ovšem zůstává vnitrostátně ústavní, takže naopak není zaměřena na právo EU, tedy na pohledy evropského konstitucionalismu či ústavního pluralismu. Tato témata jsou ostatně rozebírána takřka desítkami autorů po celé Evropě ba světě.³⁰ Právo EU tak zůstává pro tuto práci spíše vnějším faktem vymezujícím hranice vnitrostátní ústavnosti, než prvotním směrem zájmu. Tento „vnější fakt“ nicméně bude zásadní zejména právě v kapitolách 6 až 7, které jsou zaměřeny právě na otázky, do jaké míry jsou materiální ohniska a nezměnitelné náležitosti ústav členských států EU formovány právě tím, že jde o „evropské“ ústavy, a do jaké míry „evropskost“ nynějších ústav představuje

³⁰ Viz zejména MAC AMHLAIGH, C., MICHELON, C., WALKER, N. *After public law*. Oxford: Oxford University Press, 2013; BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1999; HABERMAS, J. *K ústavení Evropy*. Praha: Filosofia, 2013; WEILER, J. H. H. *The constitution of Europe: „Do the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; ROSAS, A. *EU constitutional law: an introduction*. Oxford: Hart publishing, 2010; PIRIS, J.-C. *The constitution for Europe: a legal analysis*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2006.

jejich limit či naopak součást. Právě evropská integrace totiž bývá - i v rozhodnutích ústavních soudů - označována za proces, který se může dostat s materiálními ohnisky evropských ústav do střetu. Kapitoly 7 a 8 zpochybňují, zda jde opravdu o střet.

Na závěr bych rád poděkoval Právnické fakultě Masarykovy univerzity, která mi umožnila tuto knihu napsat. Na rozdíl od prací právně dogmatických, jež jsou psány od stolu disponujícího základní literaturou a zejména judikaturou a právními předpisy, tato kniha prošla - snad právě pro svou ústavně-teoretickou povahu - poněkud delší cestou. Inspiraci jsem k ní našel v lednu 2011 na konferenci „*Constitutionalism in a New Key? Cosmopolitan, Pluralist and Public Reason-Oriented*“, kterou organizovalo Berlínské vědecké centrum pro sociální výzkum (*Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*) pod organizačním vedením Mattiase Kumma. Jejím tématem bylo usadit tradiční koncept konstitucionalismu do souvislostí postmoderního světa. Zejména přednáška Aharona Baraka mne inspirovala k pochybnosti nad věčností „klauzulí věčností“ v těch ústavách, v nichž jsou výslovně uvedeny, i v těch, kde jsou pouze implicitně skryty, ale přesto tam jsou, neboť jak připomněl Aharon Barak, takový základní kámen najdeme prakticky v jakékoli ústavě. Začal jsem tuto pochybnost promýšlet a přednášet na fórech domácích³¹ i zahraničních.³² Bylo ovšem jasné, že si téma zaslouhuje hlubší zamyšlení a zejména další studium. K němu mi poskytla příležitost výzva k podávání fakultních projektů, jež jsem spolu s Janem Filipem a Ladislavem Vyhnánkem úspěšně podal.³³ Jeho hlavním vstupem měl být studijní pobyt na Evropském univerzitním institutu ve Florencii v rámci letní školy lidských práv a práva Evropské unie, která měla v létě 2013 velmi přiléhavá témata *Human Rights as Cosmopolitan Law?* a *The New Public Law of Europe*. Zejména během druhého z těchto kursů přednášených Arminem von Bogdandym začala vznikat struktura a základní teze této knihy, která je naopak (spolu s přednáškou na Kocově univerzitě v Istanbulu v dubnu 2014 a na Vrije Universiteit Amsterdam plánovanou na prosinec 2014) hlavním výstupem onoho projektu. Bez těchto inspirací by tato kniha nevznikla, stejně jako bez konzultací

³¹ Vyžádaná přednáška pro Ministerstvo zahraničních věcí v únoru 2011.

³² Přednáška *Material Core of Constitution - an Eternal Obstacle to EU Integration?* Na Total Law fóru v červenci 2012 na Universidade Católica, Lisabon.

³³ Projekt „Materiální jádro ústav - věčný limit evropské integrace?“ - hlavní řešitel (spolurešitelé prof. JUDr. Jan Filip, CSc. a Mgr. Ladislav Vyhnánek; schváleno prof. JUDr. Naděždou Rozehnalovou, CSc. dne 19. 7. 2012).

s recenzenty Janem Kyselou a Ondřejem Preussem, s Bertil Emrah Oder, která mi ochotně popsala turecký ústavní systém a zaslala potřebné materiály, stejně jako s Jaroslavem Benákem a Ladislavem Vyhnánkem, jimž za to patří můj díky, a spolupráce se studenty Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, jimž jsem v rámci propojení výzkumných aktivit studentů a učitelů zadal témata materiálních ohnisek v ústavách některých evropských států jako téma Studentských vědeckých odborných prací a konkrétně práce Kateřiny Chovancové a Ondřeje Poláka byly v tomto směru velmi obohacující. Snad bude výsledek obohacující i pro čtenáře.



2 Koncept a historie nezměnitelných náležitostí ústav

2.1 Vznik ústav

Jedním z problémů, jimž čelila demokracie od svých moderních počátků, zejména tam, kde zvítězila revoluční cestou (čili prakticky všude kromě Spojeného království), bylo jak vyřešit paradox demokracie, jež naznačuje již Platón. Ten ve své Ústavě probírá vývoj ústav z aristokracie v tímokracii, z tímokracie v oligarchii, z ní do demokracie a pak takřka fatalisticky její přeměnu v tyranidu,³⁴ jež plyne z toho, že podle něj „*přemíra svobody vede k otroctví*“, neboť lid nakonec nesnese míru své svobody a vynese do popředí někoho, kdo se prohlásí ochráncem lidu, začne se obklopotvat strážci a souběžně lichotit lidu a odstraňovat své odpůrce, tedy všechny svobodomyšlné občany. Tento vývoj je však podle Platóna nezbytný a je předurčen v samotné povaze demokracie, která nemůže lidu zabránit, aby si „demokraticky“ zvolil tyrana: „*Tatáž nákaža, která se zrodila v oligarchii a pak ji zabubila, zrodí se i v tomto zřízení z uvolněnosti, a to ve větší míře a o větší síle, a demokracii uvede do otroctví. A opravdu, zacházej v nějaké činnosti přespříliš daleko se rádo vrací do svého velkého opaku, ať už je tomu tak u počasí, rostlin nebo živých těl a neméně také u ústavních zřízení.*

To je přirozené, pravil.

Opravdu, nadměrná svoboda se nejradyji ze všeho měnívá právě v nadměrné otroctví - ať už se tak děje u jednotlivce nebo u obecního celku.

To je ovšem přirozené.

Je tedy přirozené, pravil jsem, že tyranida nevzniká z žádné jiné ústavy než z demokracie, tedy, jak myslím, z krajní svobody vzrchané a nejvíce surové otroctví.“⁶⁵ Lze pak zabránit tomu, aby se demokracie přeměnila v tyranidu, nebo je opravdu tento scénář,

³⁴ Kritický rozbor tohoto historicistického přístupu k proměnám forem vlády viz v POPPER, K. R. *Otevřená společnost a její nepřítelé I*. Praha: Oikuméné, 1995, s. 45-49.

³⁵ PLATÓN. *Ústava*. Praha: Svoboda-Libertas, 1993, s. 389.

který Melissa Schwartzberg ironicky označuje za „logiku kanibalismu demokracie“ (*“logic of democratic autophagy”*), tedy tendenci demokracie „sežrat“ samu sebe,³⁶ „historickou nutností“? To je jedna z klíčových otázek celé knihy.

Po Platónovi pak obdobně varoval před tyranii většiny také Aristoteles,³⁷ který vidí její ohrožení zejména ze strany demagogů: *„Demokracie se měnívájí zvláště zřepnou nevázaností demagogů; jednak totiž zámožné jednotlivce stibají úskočnými žalobami a tím je nutí, aby se sjednotili - neboť společný strach sdružuje i největší nepřátele -, jednak veřejně proti nim popuzují lid. A to lze asi pozorovati na mnohých případech, že tomu tak skutečně jest.“*³⁸

Obdobný paradox (Dreier jej označuje jako „základní aporii ústavního státu“³⁹) řešil i v moderní době německý konstitucionalista Ernst-Wolfgang Böckenförde, který se jinými slovy a s jinou historickou zkušeností zamýšlel v Böckenfördeho diktu nad tím, jak vynutit respekt k hodnotám liberálního státu, když použití donucení k respektování hodnot neguje samu podstatu liberálního státu: *„Sekularizovaný liberální stát je založen na předpokladech, které on sám není schopen zajistit. Z lásky ke svobodě tak na sebe bereme velké riziko. Na jedné straně může liberální stát existovat jako liberální jen za podmínky, že svoboda, kterou zaručuje svým občanům, je ukázněna zevnitř, a to znamená na základě morální podstaty každého občana a solidarity celé společnosti. Na druhé straně ale, když se stát sám snaží tyto vnitřní regulující síly zajistit donucovacími prostředky práva a autoritativními nařízeními, vzdává se své vlastní liberálnosti a - tentokrát na sekulární rovině - se znovu stává obhájcem instancí totality, od nichž se osvobodil v náboženských válkách.“*⁴⁰ Tento paradox demokracie přitom není problémem, který by trápil pouze konstitucionalisty, ale problémem, jehož negativní důsledky hmatatelně provázejí

³⁶ SCHWARTZBERG, M. *Democracy and legal change*. New York: Cambridge University Press, 2007, s. 7.

³⁷ „Kdyby si tedy chudobní, poněvadž tvoří většinu, rozdělili jmění bohatých, nebylo by to bezpráví? Při Diovi, usnesl se tak přece spravedlivě ten, kdo má svrchovanou moc! Co se pak tedy má nazývatí nejvyšším bezprávím? A když se, když všechno bylo rozebráno, většina opět dělila o jmění menšiny, jest zřejmo, že by se hubila obec.“ ARISTOTELES. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009, s. 125.

³⁸ ARISTOTELES. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009, s. 195.

³⁹ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1510.

⁴⁰ Cit. dle BĚLOHRADSKÝ, V. Identitární panika v postsekulární společnosti, In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 93-94.

lidské dějiny od Platónových časů až po konflikt v Jugoslávii v devadesátých letech, k němuž americký vyjednaváč Richard Holbrook trpce podotkl: „*Lže si docela dobře představit, že ve svobodných volbách vyhrájí rasisté, fašisté a separatisté. To je naše dilema.*“⁴¹

Nedávno pak paradox demokracie trefně vyjádřil Jan Kysela: „*Samotný fakt, že lid něco chce, v tomto kontextu ještě neznamená, že to chtít smí, zasahuje-li do zapovězených hájemství individuální autonomie či menšinových práv. (...) Český právní filosof světového jména Ota Weinberger označuje pojetí demokracie, založené na hesle ‚vox populi, vox Dei‘, za romantické a spojuje je s brožbou zruinování demokracie jako formy života. Romantická je představa, že samo hlasování lidu je dobrem o sobě. Jenže chce lid dobro, protože je dobrem, nebo je dobro dobrem, protože je chce lid?*“⁴² Doplnil pak, že demokracie dotažená do konce, tedy do vlády „všeho“ lidu s sebou nutně přináší riziko, že se jeho vláda obrátí proti němu samému, na rozdíl od dob, kdy se na ní podílely jen omezené, o to však disciplinovanější (vychovanější?) elity: „*Devatenácté století tu nevidělo problém, neboť zákon je plodem vůle parlamentu, tedy reprezentanta lidu, a lid si nemůže chtít dělat zle (jde vlastně o klasickou rousseauovskou ‚pojistku‘ proti zneužití obecné vůle: je-li jednotlivec její součástí, nemůže se obrátit proti němu, dokud je její součástí). Pokud si však lid zle nedělal, bylo to do značné míry proto, že byl reprezentován honoracemi, které určité věci neprováděly, protože se prostě nedělají; na tom byl ostatně po dlouhou dobu založen stav, kdy britský parlament, ač suverénní, nebyl tyranským. Ovšem ve chvíli, kdy se abstraktní hypotetický lid jako suverén více stává tím skutečným empirickým lidem na ulicích a náměstích, tj. i jeho reprezentace je lidovější a rekrutovaná z masových politických stran, tyto zábrany slábnou. Pak zjišťujeme, že lid velmi snadno činí zle jak sobě, tak hlavně jednotlivcům a menšinám v něm skrytým.*“⁴³

Má-li být tedy moc ve státě suverénní a má-li oním suverénem být lid (viz podkapitoly 6.2 a 6.3), jak zabránit tomu, aby se lid suverénně, většinou hlasů, nerozhodl

⁴¹ ZAKARIA, F. *Budoucnost svobody*. Praha: Academia, 2004, s. 22.

⁴² KYSELA, J. Je to, co lid chce, dobré, proto že to chce lid? In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 122.

⁴³ KYSELA, J. Je to, co lid chce, dobré, proto že to chce lid? In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 123-124.

předat moc někomu jinému, například většinově zvoleným diktátorům, kteří jsou trvalým nebezpečím pro každý demokratický režim?⁴⁴ Jak vyřešit skutečnost, že lidi nelze - Rousseauově optimismu navzdory - donutit ke svobodě?⁴⁵

Ustavování jakékoli rady moudrých, která by schvalovala či jinak korigovala rozhodnutí většiny lidu,⁴⁶ by bylo v rozporu s principem rovnosti, tedy jedním ze základních demokratických principů, stejně jako by s principem lidu jako zdroje veškeré moci bylo rozporné svěřením kontroly nad rozhodnutím lidu jakémukoli vnějšímu protektorovi (například okupačním mocnostem zabezpečujícím po druhé světové válce denacifikaci Německa). Tudíž se při vytváření demokratických režimů ukázalo nezbytným buď se smířit s neomezeností vlády lidu (tedy vlády aktuální většiny, a to i na újmu práv menšiny, což by ale opět bylo v rozporu s jedním z definičních znaků demokracie); nebo vytvořit sebeomezovací mechanismy, které by vycházely z lidu samotného, typicky vytvořením normativních pojistek, které by přežily své tvůrce.

Ostatně už citovaný Aristoteles přichází s návrhem podrobit rozhodování lidu vládě zákona (učinit tedy suverénem nikoli lid či panovníka, ale zákon, resp. Chartu, jak prosazovali „doktrináři“ obdivující právní stát za francouzské restaurace a poté za červencové monarchie po roce 1830⁴⁷), tedy dát lidu v zákoně limity, které nemůže překročit: „*V demokraciích, které se řídí zákonem, demagog vzniknouti nemůže, nybrž vůdci jsou tu nejlepší občané; tam však, kde nerozhodují zákony, vystupují demagogové. Lid se totiž stává samovládcem jako jedinec složený z mnohých, rozhodují tu mnozí, ne každý jednotlivec zvlášť, nybrž v celku (...) Takový lid tedy jako samovládce bloudí tak, také vládnouti, poněvadž nad sebou neuznává vládu zákona, i stává se despotickým (...).*“⁴⁸ Zároveň pak

⁴⁴ To trefně připomíná Jiří Příbáň: „*Všimněme si, že již od dob Americké a Francouzské revoluce každá moderní demokracie balancuje mezi vládou práva a vládou davu kontrolovaného politickým vůdcem, ať se jedná o revolucionáře Robespiera, populistického Cháveze nebo vůdce politických stran a premiéry nebo prezidenty v ústavních demokraciích. Takové balancování je ostatně součástí systému ústavních brzd a protivah.*“ PŘIBÁŇ, J. *Tyranizovaná spravedlnost*. Praha: Portál, 2013, s. 97.

⁴⁵ Tamtéž, s. 223.

⁴⁶ Příkladem takové rady - samozřejmě v hodnotově zcela jinak nastavených podmínkách - je zvolená Rada dohlížitelů podle Ústavy Islámské republiky Írán, která posuzuje ústavnost zákonů a schvaluje kandidáty na prezidenta a na členy parlamentu, čímž zaručuje, že i oni budou - v případě zvolení - střežit odkaz islámské revoluce. Viz TUREČEK, B. *Labyrintem Íránu*. Praha: Knižní klub, 2013; či přímo IMÁM CHOMEJNÍ. *Velájt-e Faqih - Islámská vláda*. Teherán: Institut pro uspořádání a vydávání děl imáma Chomejního, 2004.

⁴⁷ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 63.

⁴⁸ ARISTOTELÉS. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009, s. 157.

upozorňoval na to, že největší nebezpečí změny ústavy z demokratické na tyranickou (vzhledem k jinému smyslu slova „ústava“ by ovšem mluvil o změně ústavy z demokracie v tyranidu) je tam, kde se lid domnívá, že stojí nad zákonem: „*Ale měnívá se také stará mírná demokracie ve výstřední demokracii poslední doby; tam totiž, kde se úřady volí bez ohledu na odhad, a volí lid, ti, kteří baží po úřadech, svým řádním dosahují toho, že lid jest postaven i nad zákony.*“⁴⁹

Od této úvahy je již jen krok (myšlenkově, nikoli časově v pozitivním právu, byť Melissa Schwartzberg připomíná, že pokusy „opevnit“ některá zákonná ustanovení proti možnosti změny, k nimž je ona sama velmi kritická a zdůrazňuje hlavně jejich důsledky pro přenos moci z lidu a parlamentu na soudy,⁵⁰ se objevovaly již v antice, přičemž dává do kontrastu přístup legislativně „zkamenělé“ oligarchické Sparty a přístup Athén vnímajících možnost měnit jakékoli zákony jako typický znak demokracie⁵¹) k tomu, pokusit se vytvořit zákony, které by byly natolik trvalé, že by přežily konkrétní generaci, neboť by byly postaveny nad parlament, který by jejich podobu mohl měnit jen obtížnější procedurou (formálně rigidní ústavy⁵²) nebo jen za spoluúčasti lidu (ústavy změnitelné jen referendem) nebo jen zčásti (materiálně rigidní ústavy s nezměnitelnými součástmi, které jsou tématem této knihy). Zde vzniká onen pocit, že „*musí existovat nějaké trvalé, neporušitelné pravidlo proti měnícím se většinám v parlamentu; v každém systému vlády musí být něco základního, něco jako velká charta, která je trvalá a neměnná.*“⁵³

Těmito zákony se staly ústavy či základní zákony⁵⁴ jako trvalé právní předpisy, které na rozdíl od ostatních zákonů zavazovaly nejprve monarchu a později parlament. Tato tradice je spjata nejen se starozákonní koncepcí smlouvy mezi Bohem a jeho vyvoleným lidem, ale také se středověkými anglickými smlouvami mezi panovníkem a jeho poddanými, respektive stavy, jimž jsou garantována určitá privilegia

⁴⁹ ARISTOTELÉS. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009, s. 197.

⁵⁰ „*Opevnění zákonného ustanovení zrazuje jedno z nejlákavějších dědictví demokracie: schopnost měnit právo.*“ SCHWARTZBERG, M. *Democracy and legal change*. New York: Cambridge University Press, 2007, s. 2.

⁵¹ Tamtéž, s. 31 an. Jako další příklady takového pokusu o „opevnění“ (*entrenchment*) některého zákonného ustanovení či principu pak uvádí také Cromwellovu snahu o zachování svobody vyznání pro různé nekatolické křesťanské denominace, snahu otců americké ústavy zakotvit neměnný poměr sil v Senátu a konečně německé zakotvení klauzule věčnosti. Viz tamtéž, s. 2.

⁵² Viz např. FILIP, J., SVATOŇ, J. *Státověda*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 86-87.

⁵³ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 92.

⁵⁴ K mnoha různým významům spojení „základní zákon“ viz SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 94.

výměnou za služby, jež se zavazují poskytovat panovníku (tzv. charty, z nichž nejslavnější je Magna Charta Libertatum z roku 1215), z nichž se v době kolonizace Severní Ameriky vytvořily „osadnické smlouvy“ později proměněné v ústavy jednotlivých amerických kolonií; naopak v samotné Anglii se koncepce psané ústavy neprosadila.⁵⁵ Z těchto inspirací vznikla koncepce ústavy jako „formálního vyjádření základů politického uspořádání celku. V tomto smyslu psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárnou moc (*pouvoir constituant*), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí.“⁵⁶ Definičními znaky těchto ústav, přijímaných se vznikem nových států či s revolucemi ve státech starých, pak podle Schmitta (který hovoří o „ideálním konceptu ústavy pro buržoazní právní stát“⁵⁷) byla (i) garance buržoazních svobod (jinak nejde o „svobodné“ ústavy); (ii) provedení dělby mocí (jinak nemůže být ochrana svobod účinná a nastává diktatura, jak přiznával už čl. 16 francouzské Deklarace práv člověka a občana z roku 1789⁵⁸); a (iii) zakotvení v psaném dokumentu (už nyní je třeba upozornit, že Schmitt systematicky odlišuje psanou ústavu, tedy ústavu v pozitivním smyslu, od ústavy ve smyslu celkové povahy státního společenství, která vzniká spolu se státem samotným⁵⁹ a vyjadřuje vůli suveréna, jež nemusí být formálně nikde zachycena⁶⁰). Vznikají buď jednostranným politickým rozhodnutím (ať už formou revoluce zdola nebo oktroje shora), nebo vzájemnou dohodou několika subjektů (například Články konfederace z roku 1781).⁶¹

⁵⁵ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 262.

⁵⁶ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 264.

⁵⁷ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 90.

⁵⁸ „16. Společnost, ve které záruka práv není zajištěna a ve které rozdělení moci není zavedeno, nemá vůbec ústavu.“

⁵⁹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 97.

⁶⁰ Tyto významy slova „ústava“ shrnul ve 20. století Carl Schmitt, který - navazuje na Aristotela - rozlišuje ústavu buď jako stát samotný, jako duši státu, tedy jako určitý specifický typ státní existence respektive formu státu (a zároveň sám onen stát v jeho politické existenci, stát v tomto smyslu tedy „nemá“ ústavu, ale „je“ ústavou); či jako uzavřený systém norem vytvářejících určitou jednotu; či konečně v nejobvyklejším smyslu slova jako skupinu zvláštních zákonů „*leges fundamentales*“ (odpovídajících českému ústavnímu pořádku ve smyslu čl. 112 Ústavy ČR). Zmiňuje ale také zajímavou dichotomii Lorenze von Stein, který odlišuje „státní ústavu“ jako ten druh řádu, na jehož vytváření se podílí lid a který je tedy vytvářen zdola; od „státního řádu“, který je vytvářen shora a od občanů vyžaduje toliko poslušnost. Tamtéž, s. 59-62.

⁶¹ Tamtéž, s. 97.

Co se týče trvalosti ústav, některé z těchto nejstarších moderních ústav⁶² (například Ústava státu Virginie z roku 1776⁶³) ani nepočítaly s tím, že by mohly být změněny, a neobsahovaly proceduru své změny. Nakonec ovšem převážila představa změnitelnosti ústavy a vynořila se otázka, zda takové změny mají nějaké limity, či nikoli. Někteří autoři, jako Thomas Jefferson a Thomas Paine, se sice takovým možností pojistek, jimiž by jedna generace omezila rozhodovací volnost generací budoucích, vysmívali jako „vláde z hrobu“ a pokládali ji za nemožnou a neodpovídající tomu, že každá generace má právo spravovat zemi (a to ve smyslu „land“ i „country“) po svém po dobu svého života. Jak Thomas Jefferson napsal 6. září 1789 Jamesi Madisonovi: „[L]ze prokázat, že žádná společnost nemůže vytvořit věčnou ústavu či věčný zákon. Země vždy patří právě žijící generaci (...) Jsou pány svých osob a mohou je ovládat, jak chtějí. (...) Ústava a zákony jejich předchůdců zhasnou, svým přirozeným způsobem, společně s těmi, kdo je uvedli v život. Tudíž každá ústava a každý zákon přirozeně vyprší po uplynutí devatenácti let. Pokud by byly vymáhány déle, šlo by o akt násilí a nikoli práva. Lze tedy říci, že následující generace vykonávají právo odvolat ústavu, což jim dává stejnou volnost, jako kdyby ústava nebo zákon měly životnost omezenou na 19 let.“⁶⁴ A Thomas Paine k tomu stručně doplnil: „Domýšlivost a předpoklad možnosti vládnutí až za hrob je nejsměšnější a nejnestydatější ze všech tyranii.“⁶⁵ I Jeremy Bentham se v téže době vysmíval snaze zákonodárců minulosti (od Lykurga a Numpy) proměnit „svou konečnou moc v nekonečnou“.⁶⁶

Toto odmítání „tyranie z hrobu“ je přitom stále inspirativní, jak dokazuje v nynější slovenské konstitucionalistice Radoslav Procházka, který také nevidí důvody, proč by měl mít dnešní ústavodárce slabší postavení, než včerejší ústavodárce: „*Neexistuje jediný relevantný právní, politický, morální nebo jiný důvod, pro který by sme sa s takouto*

⁶² Za zcela nejstarší se pokládají Fundamental Ordres of Connecticut z roku 1639. Viz HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 7. Carl Schmitt uvádí jako nestarší skutečnou psanou ústavu Cromwellovy *Instruments of Government* z roku 1653, viz SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 92. Obecně k historii ústav viz tamtéž, s. 97-111.

⁶³ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 662.

⁶⁴ JEFFERSON, T. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 650.

⁶⁵ PAINE, T. *The Rights of Man*. Cit. dle DORSEN, N. *Comparative constitutionalism: cases and materials*. St. Paul: Thomson, 2003, s. 81-82.

⁶⁶ BENTHAM, J. *Necessity of an Omnipotent Legislature*, cit. dle SCHWARTZBERG, M. *Democracy and legal change*. New York: Cambridge University Press, 2007, s. 10.

*priepasťou my, neskorší zdrojeví nositelia moci, mali zmierovať a zároveň ju prehlbovať pre tých, ktorí prídu po nás. Naša moc musí mať rovnakú kvalitu ako moc tých pred nami a moc tých po nás musí byť rovnaká ako tá naša...*⁶⁷

Americká ústava z roku 1787 nikoli překvapivě žádné věčně nezměnitelné náležitosti neobsahuje, pouze v článku V. je obsažena výhrada o právech jednotlivých států ve federaci, která nemají být měněna přinejmenším do roku 1808⁶⁸ (podobné ustanovení obsahuje také čl. 128 odst. 6 ústavy Austrálie z roku 1900, tedy *Commonwealth of Australia Constitution Act*⁶⁹). Absencí výslovně zakotvených zcela nezměnitelných náležitostí ovšem nebyla vyloučena ani kompetence Nejvyššího soudu USA k přezkumu ústavních dodatků, ani existence jistého nezměnitelného referenčního rámce Ústavy USA,⁷⁰ z čehož například William R. Marbury dovozoval již před sto lety (tedy dávno před judikaturou jednotlivých ústavních soudů rozebíranou v následující komparatistické kapitole), že změny Ústavy USA podléhají určitým věcným omezením a že soudy (zejména Nejvyšší soud USA) by měly mít právo posoudit platnost dodatků k Ústavě USA, což bylo sporné zejména u tzv. válečných dodatků, tedy dodatků XIII.-XV. Odlišil přitom kompetenci „doplnit“ Ústavu USA a „zničit“ ji.⁷¹ Konkrétně pokládal za vyloučeno, aby byl přijat takový dodatek, který by zničil USA jako „unii“ států (*perpetual Union of States*) či některého z jejích členů, moderním jazykem bychom řekli, že princip federalismu označil za nezměnitelné ustanovení Ústavy USA.⁷² Konkrétně přitom zmiňoval rozsudek Nejvyššího soudu USA *Collector v. Day*,⁷³ jímž byl zrušen (obyčejný) zákon, který umožňoval federaci zdaňovat platy úředníků jednotlivých států, v čemž Nejvyšší soud USA spatřoval „tendenci“ ke zrušení států. Obecněji pak odkazoval na ještě starší judikaturu vymezující dodatek k Ústavě USA jako změnu,

⁶⁷ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 86.

⁶⁸ Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 44-46.

⁶⁹ Viz tamtéž, s. 47.

⁷⁰ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 792.

⁷¹ „It may be safely premised that the power to ‚amend‘ the Constitution was not intended to include the power to destroy it.“ MARBURY, W. L. The Limitations upon the Amending Power. 33 *Harr. L. Rev.* 232, 225 (1919), s. 225. Shodně později konstatoval Carl Schmitt: „Ústavní dodatek neznamená zničení ústavy.“ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 150.

⁷² „Clearly, if the purpose of the framers of the Constitution was to establish a perpetual union of the states, it could not have been the purpose of the framers of that instrument, or of the people who adopted it, in authorizing the legislatures of three fourths of the states to amend it, to adopt any amendment which would destroy the states, or any of them, by depriving them of all their local legislative powers.“ Tamtéž, s. 225-226.

⁷³ II Wall. (U. S.) 113 (1870).

kteřá ji změni či doplní v rámci původní podoby Ústavy, tak aby vyvolala její zlepšení či jí lépe umožnila naplnit její účel.⁷⁴ Dodatky, které by směřovaly k opaku, by podle jím citované judikatury nebyly v souladu s „vůlí lidu“, který přijal Ústavu USA.⁷⁵ Nejvyšší soud USA ovšem takovou kompetenci v budoucnu nikdy výslovně neshledal. Zůstává ale otázka, zda by k ní přeci jen nesáhl, kdyby se například, jak hypoteticky nadhazuje Bruce Ackerman, Kongres rozhodl nahradit dosavadní I. Dodatek novým zněním, které by provedlo obrat o 180 stupňů a za výlučné státní náboženství by označilo křesťanství...⁷⁶ Například Samuel Freeman tvrdí, že taková změna by znamenala „nelegitimní sebevraždu ústavy“. Shrnuje přitom přístup Johna Rawlse, podle nějž První dodatek k Ústavě USA zahrnuje dvě nejdůležitější demokratické svobody (svobodu projevu a vyznání), jejichž zásadnost plyne právě z toho, že představují základnu pro vytváření veřejného názoru. Bez nich by byla nemožná i veřejná debata o ústavě a demokracie vůbec. Lid se tudíž těchto svobod nemůže legitimně vzdát ve prospěch svobod jiných. Právě proto jsou tyto svobody nezadatelné a zkamenělé v ústavě.⁷⁷

Ostatně již roku 1826 připomněl kongresman Edward Everett ve své řeči, jaký je rozdíl mezi doplňkem Ústavy a změnou její základní struktury: „*Stále přetrvává rozdíl mezi doplněním na straně jedné a zásadní změnou na straně druhé. Doplnění znamená změnu, která je souladná s vůdčími principy Ústavy a jejíž pomocí jsou tyto principy šťastněji naplňovány. Copak to může být totéž jako změnit (...) samotné tyto vůdčí principy?*“⁷⁸

Jižanský politik (a sedmý viceprezident USA) John C. Calhoun, dokonce již roku 1850 varoval, že pokud by nějaká ústavní změna byla rozporná s povahou Ústavy USA jako celku a tedy by překročila rámec daný Kongresu pro změny ústavy, pak by jednotlivé státy Unie nebyly vázány takovou změnu respektovat a dokonce

⁷⁴ „The term Amendment implied such an addition or change within the lines of the original instrument as will effect an improvement, or better carry out the purpose for which it was framed.“ Livermore v. Waite, 102 Cal. 113, 119, 36 Pac. 424 (1894).

⁷⁵ Tamtéž, s. 227-228.

⁷⁶ ACKERMAN, B. We The People: Foundations 14-15 (1993), cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 659.

⁷⁷ FREEMAN, S. Political Liberalism and the Possibility of a Just Democratic Constitution, *CHI. KENT L. REV.* č. 3/1994, na s. 663.

⁷⁸ EVERETT, E. *Speech of the Hon. Edward Everett in the House of Representatives of the United States, March 9, 1826: In Committee, on the Proposition to Amend the Constitution* (1826), s. 3-6, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 671.

by mohly z Unie i vystoupit.⁷⁹ Není divu, že právě myšlenky tohoto politika byly jednou z inspirací pro postup jižanských států, když o dekádu později vyhlásily Konfederaci.

V pozitivním právu přitakala své plné změnitelnosti i Ústava Francouzské republiky z roku 1793 (tzv. Ústava z roku I či Ústava montagnardů), která v čl. 29 výslovně vyloučila, že by budoucí generace měly být jakkoli omezovány ústavami nynějšími: „*Lid má vždy právo revidovat, reformovat a změnit svou Ústavu. Žádná generace nesmí svým zákonům podrobit generace budoucí.*“⁸⁰

Nebyl ovšem následný vývoj Francouzské revoluce potvrzením chybnosti předpokladu, že vůle lidu nemá podléhat žádným trvalým omezením? Požaduje přijetí suverenity lidu (také podle toho, jak vymezíme „suverénní lid“)⁸¹ jako ústavodárce a zdroje veškeré moci ve státě ústavou ustaveném jeho naprostou neomezenost? Odpověď na tuto otázku čtenář najde až v kapitolách 5 a 6. Už nyní lze ale připomenout těsné propojení mezi suverenitou lidu a jeho sebeomezením formou přijetí ústavy. Slovy Jiřího Příbáňe: „*Politická ústava zajištěná suverénní mocí státu měla tradičně dvě významné funkce - omezit výkon suverénní moci systémem ústavních brzd a rovnováh a symbolicky konstituovat celek politické společnosti. Svrchovaný akt demokratické tvorby ústavy současně konstituje systémy pozitivního práva a politiky a vyjadřuje kolektivní identitu demokratické společnosti, která sama sobě vládne tak, že suverénní moc deleguje na své zástupce.*“⁸²

Zkušenosti z propastí, do kterých různé národy přivedl neomezený výkon suverenity aktuální většiny, však působily jako stále silnější motivace k vytvoření takových pojištění, ostatně sama francouzská revoluce v éře po přijetí Ústavy z roku I byla jedním z nejlepších příkladů toho, kam může vést suverenita lidu (byla-li ovšem

⁷⁹ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 672.

⁸⁰ „*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.*“

⁸¹ K suverenitě lidu viz KYSELÁ, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 138-198.

⁸² PŘIBÁŇ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, č. 2/2013, s. 105-123, na s. 107-108.

v ústech jakobínů suverenita lidu něčím víc, než jen rétorickou figurou⁸³⁾ neomezená dělba moci či jinými pojistkami zakotvenými v rigidní ústavě.

Smysl takových pojistek je vyjádřen metaforou Jona Elstera o teorii předběžného závazku (*pre-commitment*).⁸⁴ Pokud si vypůjčíme jeho obecnější využití mýtu o Odysseovi a Sirénách a použijeme jej na ústavní teorii, můžeme vnímat ústavy jako pomyslný provaz, kterým minulá generace „svázala“ nynější politické lodníky a který znemožňuje aktuální politické většině přijmout rozhodnutí, které je ze současného pohledu lákavé, ale podle názoru minulé generace nebezpečné (podobně jako vyplutí za vábívým hlasem Sirén). Minulá generace tak více či méně těsně (více či méně rigidní ústavou) omezila manévrovací prostor generací budoucích: „*Historická zkušenost s totalitními režimy 20. století posílila přirozenoprávní, tedy metafyzický, prvek konstrukce demokratických ústavních systémů snahou o „normování nenormovatelného“, tedy o úpravu tabu v moderních podmínkách. Víme-li, že lidé jsou schopni všeho, pokoušíme se jim zakázat alespoň něco. (...) Samozřejmě, že i tyto klauzule jsou fakticky porušitelné, stejně jako tabu, v obou případech však porušení znamená rozklad konsensu, harmonie, řádu - zkrátka transformaci v jiné uspořádání.*“⁸⁵ Roli takového předběžného závazku plnily od osmnáctého století, tedy od přijetí Ústavy USA z roku 1787 ústavy, ovšem jak jsme viděli u Ústavy USA nebo u prvních ústav Francie, ty chápaly samy sebe pouze jako vyjádření vůle lidu, nikoli jako její omezení.

Inspirací moderních ústav byla právě koncepce společenské smlouvy jako zdroje legitimacy moci a státu v dílech Thomase Hobbesa, Johna Locka, Samuela Pufendorfa, Jeana Jacquesa Rousseaua či Immanuela Kanta až po současné teoretiky, kteří se teorií společenské smlouvy nechali inspirovat tak jako John Rawls či Robert Nozick.⁸⁶ Smyslem ústav podle nich skutečně je být odrazem společenské smlouvy (viz podkapitulu 6.2), tedy smlouvy vytvářející z atomizovaných jedinců hnaných jen žádostivostí a strachem ze smrti, podléhajících toliko právu

⁸³ K tomuto názoru se ve svých recenzních připomínkách přihlásil Jan Kysela. Podle něj se s postupem francouzské revoluce až k vrcholnému roku 1793 a 1794 stále více a více jednalo namísto opravdové vůle lidu jen o většinu v Konventu, postupně likvidující tamní menšiny. Volby i referenda byly odkládány kvůli státní nouzi a suverenita lidu se stala spíše titulem pro neomezenou vládu revoluční avantgardy. V tom odkazuje na J. L. Talmona, který vidí jasné pojítko mezi jakobíny a bolševiky.

⁸⁴ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

⁸⁵ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

⁸⁶ Viz HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 24.

silnějšího a jsoucích tedy jeden druhému vlkem (pokud si od Thomase Hobbesa vypůjčíme tu vůbec nejpesimističtější vizi lidské přirozenosti v předstátní společnosti) státní společenství a současně v něm vytvářející a legitimující státní moc; smlouvy, v níž budou stanoveny základní náležitosti ustavené moci a jejího fungování. Jinak řečeno, jsou to jakési smluvní podmínky, které mne jako občana vedou k tomu, abych nad sebou akceptoval moc, která je ústavou ustavena. Proto mají být v ústavě zakotveny mimo jiné (zejména spolu s garancemi dělby moci) i základní pojistky práv jednotlivce, tedy katalogy základních práv,⁸⁷ a pojistky práv menšin (trvalých i aktuálních), tak aby jednotlivci a menšiny nebyli podrobeni svévoli aktuální většiny, či dokonce její tyranii, jak o ní mluví Madison.⁸⁸

Jakkoli byly původně ústavy vnímány jako odraz „posvátné smlouvy“ mezi lidem a mocí, jakmile byly pozitivně zachyceny, nutně se staly „zákonem“ či „ústavním zákonem“ měněným více či méně často parlamentem, podléhajícím politickým procesům, a tedy potenciálně zrelativizovaným a banálním.⁸⁹ Roli „předběžného závazku“ tak mohou ústavy plnit pouze za dvou základních vzájemně propojených předpokladů. Prvním je rigidita ústav, tedy jejich relativně těžší změnitelnost, a to jednak z hlediska společenské přípustnosti takové změny a jednak z hlediska procedury změny ústavy, například stanovením kvalifikované většiny pro změnu, komplikací v podobě požadavku schválením lidem v referendu, či dvojím schválením (parlamentem federace i parlamenty subjektů federace či třeba aktuálním parlamentem a poté parlamentem nově zvoleným po debatě o navržené změně ústavy). Druhým je to, že žádný politický hráč, před jehož vábením má lid, respektive jeho aktuální zástupce, právě rigidní ústava ochránit, nezíská takovou míru vlivu, která mu umožní ústavou stanovený práh rigidity překonat. Jinak řečeno, rigidita ústavy by měla být schopna vybalancovat zájem na tom, aby nebyla změnitelná jediným subjektem (typicky jedinou politickou stranou, pročez by například kvalifikovaná většina měla být stanovena v takové výši, jíž s největší pravděpodobností nikdy⁹⁰

⁸⁷ A právě absence katalogu základních práv přímo v Ústavě je jedním z důvodů kritiky, pro něž například Jiří Malenovský doporučuje její komplexní revizi. Viz MALENOVSKÝ, J. O legitimitě a výkladu české ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*, č. 8/2013, s. 745-772.

⁸⁸ Viz *Federalista* č. 48, In MADISON, J., HAMILTON, A., JAY, J. *The Federalist Papers*. Lexington: Tribeca Books, 2010, s. 142-145.

⁸⁹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 69.

⁹⁰ Jak krátce může trvat takové „nikdy“, dokazuje překvapivé dosažení ústavní většiny stranou Fidesz v Maďarsku v květnu 2010, kdy ve volbách získala 227 z celkových 386 poslaneckých mandátů.

žádná jednotlivá politická strana či jeden politický blok stran nedosáhne), ale zároveň aby stále ještě byla reálně změnitelná, pokud se podaří dosáhnout společenského konsenzu zahrnujícího i relevantní společenské menšiny. Tento základní konsenzus, jenž by měl být odražen v ústavě, má přitom podle Sartoriho jednak povahu hodnotovou (tedy shodu na základních hodnotách státu, jako je svoboda, rovnost či důstojnost) a jednak procedurální (typicky shodu na nenásilném řešení konfliktů).⁹¹

Takto konstruované obtížně změnitelné ústavy dokáží vyloučit některé otázky, zejména otázky základů fungování státu a vymezení základních práv a svobod, z politického rozhodování měnícího se s každou vládou, tedy s každým menším odlivem voličské přízně k té či oné části politické reprezentace; dokáží být opravdu základním zákonem státu, který přežije nejen jedno volební období, ale i - Thomasu Jeffersonovi navzdory - celé generace. Nedokáží ovšem zadržet takovou změnu, jakou zažila Výmarská republika, tedy změnu, za níž stojí drtivá většina společnosti, ať už dobrovolně či pod nátlakem propagandy či přímo pod nátlakem fyzickým a existenčním. Jinak řečeno, nedokáží uchránit ústavní řád před demagogy, kterým se podaří získat na svou stranu takovou část voličstva (nebo těch, komu zůstalo aktivní volební právo zachováno a nestal se ze „*Staatsbürger*“ pouhým „*Staatsangehörige*“ jako v německé třetí říši⁹²), která jim umožní změnit ústavu, ať už díky referendu nebo díky tomu, že volební zisk, který ve volbách získali (nejlépe hned s několika devítkami na začátku), jim umožní ovládnout parlament (a zprostředkovaně i vládu, v nejhorším případě i justici) natolik, že dokáží prosadit jakoukoli změnu ústavy. Konrad Hesse shrnuje zkušenost Výmarské republiky tak, že svou přísně juristickou koncepcí „*zdanlivě abstrahující od všech, zejména pak politických obsahů, přispěl tehdejší formalistický pozitivismus k tomu, že výmarská Říšská ústava mohla být odstraněna nacionálně-socialistickým režimem formou zdanlivé legality*.“⁹³

Proti tomu se ovšem vnučují dva postřehy: jednak Výmarská ústava zůstala formálně v platnosti i po dobu tzv. třetí říše (snad právě proto, že jejím obsahem byla

⁹¹ SARTORI, G. *Teória demokracie*. Bratislava: Archa, 1993, s. 92 an., cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 99.

⁹² LEPAGE, J.-D. G. G. *An Illustrated Dictionary of the Third Reich*. Jefferson: McFarland, 2003, s. 144.

⁹³ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990, s. 265, cit. dle HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 320.

spíše procedurální pravidla, a nikoli demokratické hodnoty⁹⁴), pouze nebyla fakticky dodržována, nýbrž prolamována a nerespektována v zájmu naplnění „vůle německého národa“; a jednak, jak připomíná Tomáš Sobek, nacistické bezpráví nebylo způsobeno primárně „formalistickým pozitivismem“, ale právě tím, že pozitivní právo bylo často prolamováno antiformalistickými soudci, kteří „[f]lexibilně vycházeli z toho, že zákon je závazný jen tehdy, když není v rozporu s národní spravedlností (völkische Gerechtigkeit). To bylo v souladu s nacistickou filosofií práva, podle které je právem to, co odpovídá nacistickému chápání spravedlnosti, a to i tehdy, když to nemá formu zákona, a dokonce i tehdy, když je to přímo v rozporu se zákonem.“⁹⁵

Kriticky se k těmto hodnotově neutrálním, spíše procedurálně konstruovaným, ústavám vyjádřil Vladimír Klokočka, který připomněl, že „ústavy konstruované na těchto základech jsou hodnotově neutrální tím, že tvoří institucionální a procesní rámec naplnitelný velmi odlišným politickým obsahem, protože kritériem ústavnosti se stává dodržení kompetenčního a procesního rámce ústavních institucí a postupů, tudíž kritérií formálně racionální povahy. (...) Kdysi velikan německého pozitivismu Gustav Radbruch⁹⁶ se v roce 1947 zřekl pozitivismu slovy: *Positivismus se svým učením, 'zákon je zákon' byl proti bezpráví ve formě zákona bezbranný a bezmocný. Stoupenci tohoto pojetí byli nuceni každý sebenespravedlivější zákon uznat jako právo. Právní věda si musí uvědomit tisíciletou moudrost antiky, křesťanského středověku a osvěcenství, že výše než zákon stojí právo přirozené, které je nad zákonem a pro které nespravedlnost zůstane nespravedlností, i když se balí do pláště zákona.*“⁹⁷

⁹⁴ BALOG, B. *Materiálně jádro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 16.

⁹⁵ SOBEK, T. *Radbruchův mýtus*. Dostupné na stránkách <http://teorieprava.blogspot.cz/2009/05/radbruchuv-mytus.html>, navštíveno dne 31. 10. 2014.

⁹⁶ Ke kontextu a výkladu Radbruchovy formule viz též PROCHÁZKA, R. *Člověk a soudcovia v konstituční demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, 68; či kriticky SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 362-370. Svou kritiku vůči Radbruchově formulaci ovšem Tomáš Sobek nejtefnejši shrnuje v článku *Radbruchův mýtus* (dostupné na stránkách <http://teorieprava.blogspot.cz/2009/05/radbruchuv-mytus.html>), kde ukazuje, jak nevhodná je podle něj Radbruchova metanorma pro plnění svého účelu: „V době, kdy je společnost v dobré kondici, je zbytečná, a v době, kdy je společnost naopak v morální krizi, funguje kontraproduktivně - soudci ignorují platné zákony, protože jsou v rozporu s nějakou dekadentní (třeba nacistickou) představou o spravedlnosti. Historická zkušenost nás poučila, že se musíme smířit s tím, že soudci nejsou nějaká zvláštní elita, která morálně lehuje nad společností, ale jsou nakažliví obavou ideologií stejně jako kdokoli jiný.“

⁹⁷ KLOKOČKA, V. Nové pojmy v Ústavě České republiky II. *Politologický časopis*, č. 2/1994, s. 3-4.

2.2 Nezměnitelné náležitosti ústav

Vzhledem k tomu, že takovou zkušenost prodělala celá řada dalších evropských států, není divu, že se tvůrci jejich ústav po znovuoobnovení demokracie pokusili konstruovat tyto ústavy tak, aby odrážely jejich nedemokratickou zkušenost a aby v nich byly zabudovány mechanismy, které by zabránily recidivě nedemokracie. Takové mechanismy můžeme označit za součást širšího konceptu bránící se (též obranyschopné či militantní) demokracie.⁹⁸ Její smysl a cíl v českém právu snad nejlépe shrnul Vladimír Čermák, který své názory o ní vtělil coby soudce zpravodaj do plenárního nálezu Ústavního soudu ve věci návrhu na zrušení dekretu prezidenta republiky č. 108/1945 Sb., o konfiskaci nepřátelského majetku a Fondech národní obnovy: „*Ani demokracie se totiž neobejde bez použití moci, neboť ta jí poskytuje jednu z významných šancí, totiž šanci, jak čelit ‚zlu‘, infiltraci, nástupu totalitních prvků a posléze umožnit jejich odstranění. Také demokracie představuje jednu z forem politické vlády - jinak by totiž nemohla vůbec fungovat jako politický systém - tato forma je však od totalitní formy natolik rozdílná, že obě lze sotva uvést na společného jmenovatele. Demokracie směřuje totiž k vládě všech, - i když tohoto cíle nebude nikdy dosaženo -, sleduje umožnit přístup k mocenským pozicím všem sociálním jednotkám. Otevření tohoto přístupu nemůže však představovat stav bezvládní. Státní moc je nucena i v demokracii, má-li zachovat pozitivní prvky spojené s elementem moci, reagovat na ambivalenci sociálních procesů a právně postihovat jednání a akty destruktivních sil, směřující nad rámec vymezený zákonem. Představuje-li totalitarismus útok na lidstvo a historii, je právě demokracie povinna přiměřeným způsobem na takový útok reagovat. Pozitivní povaha takové odpovědi je v prvé řadě závislá na etablování hodnot, o nichž ve společnosti panuje určitý konsens.*“⁹⁹

Jedním z těchto mechanismů majících zabránit návratu nedemokracie a zároveň vymezit obsah onoho základního konsenzu, jsou i taková ustanovení ústav, která mají ambici být věčná, stát se „klauzulemi věčnosti“. Ty představují reakci na důsledky, které přinesl právní pozitivismus první poloviny 20. století, který odvrhl představu francouzských osvícenců a „doktrinářů“, že ústavy (ve smyslu psaných dokumentů) představují odraz komplexní racionality, a proto mají být

⁹⁸ K bránící se demokracii viz zejména LOEWENSTEIN, K. Militant Democracy and Fundamental Rights. *The American Political Science Review*, 1937, č. 3, s. 417 - 432; MAREŠ, M. Obrana demokracie a analýza politiky. *Politologický časopis*, 2001, č. 4, s. 317 - 331; či VÝBORNÝ, Š. Konceptualizace bránící se demokracie. *Právník*, č. 2012, č. 5, s. 441 - 452, či MAREŠ, M., VÝBORNÝ, Š. *Militantní demokracie ve střední Evropě*. Brno: CDK, 2013.

⁹⁹ Nález ze dne 8. 3. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 14/94, č. 55/1995 Sb.

respektovány a neměněny, a namísto toho prosazoval opačnou schmittiánskou představu, že se tento přístup vyprázdnil a relativizované ústavní zákony (odlišené už pouze svým označením a obvykle obtížnější procedurou změny, tedy rigidností, která měla být odrazem zásadnosti ústavních zákonů, ale namísto toho se stala už jejím jediným projevem¹⁰⁰) představují pouze odraz aktuální - a tedy proměnlivé politické vůle.¹⁰¹ Tento proces Schmitt kriticky popsal následovně: „Nyní již *neexistuje víra v takové kodifikace* (odpovídající víře v absolutní uzavřenou ústavní kodifikaci - pozn. P.M.). *Ústavy různých států se zdají být spíše shlukem různě vzniklých souprav norem: organizační pravidla týkající se nejdůležitějších státních orgánů, legislativního procesu a vlády, obecné programy a směrnice, záruky určitých práv a celá řada samostatných ustanovení. Tato ustanovení jsou do ústav zahrnuta pouze proto, aby byla uchráněna před měnicími se parlamentními většinami a protože politické strany, které určují obsah ‚ústav‘, využívají příležitosti dodat charakter ústavního zákona svým předpokládaným požadavkům. (...) Dnešní takzvaná formální konceptuální definice ústavy ve formálním smyslu coby psané ústavy neznamena nic víc, než tvrzení, že ústava je skupinou psaných ústavních zákonů. Koncept ‚Ústavy‘ je ztracen v konceptu jednotlivého ústavního zákona.*“¹⁰²

Nezměnitelné náležitosti zakotvované do ústav zejména po druhé světové válce mají kompenzovat důsledky tohoto přístupu k ústavám, v němž bylo možné vše, co si přála aktuální politická vůle. Vrátime-li se k odysseovské metafoře, kromě toho, že lodníci jsou svázáni, takže mají ztížený pohyb (rigiditou ústavy), je kormidlo státní lodi ještě navíc zčásti blokováno, takže do některých zakázaných „vod“ státní loď doplout nikdy nemá. Ústava přestává být pouze předpisem pozitivního práva, který je změnitelný stejnou procedurou, jakou byl přijat; získává kvalitu „materiální“ zahrnující nezměnitelné hodnoty a formální právní stát se stává materiálním právním státem, tedy takovým, který charakterizuje nejen striktní vázanost orgánů veřejné moci předem stanovenými pravidly, ale také existence základních hodnotových východisek a regulativních idejí, jimiž mají být tato pravidla a způsob jejich přijímání poměřován.¹⁰³ Smysl této „materiálnosti“ objasňuje Vladimír Klokočka: „*Termínem ‚materiální‘ se chce moderní právní stát odlišit od formálního právního*

¹⁰⁰ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 73. Schmitt ovšem ironicky podotýká, že pokud už došlo k takovému zvrácení prostředku a smyslu, bylo by féro-
vější, kdyby u každého ustanovení Výmarské ústavy bylo rovnou dopsáno: „(...) *pokud není něco
jiného stanoveno procedurou podle čl. 76 Výmarské ústavy.*“

¹⁰¹ Tamtéž, s. 66.

¹⁰² Tamtéž, s. 70-71.

¹⁰³ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 69.

*státu, který byl i v kontinentální Evropě po neblahých zkušenostech s totalitními režimy většinou již překonán. (...) V koncepci materiálního právního státu jde o překonání formální právně pozitivistické tradice 19. století a předválečné éry, která odhalila v průběhu 20. století vícekrát své slabiny. Ústavy konstruované na těchto základech jsou hodnotově neutrální tím, že tvoří institucionální a procesní rámec naplnitelný velmi odlišným politickým obsahem, protože kritériem ústavnosti se stává dodržení kompetenčního a procesního rámce ústavních institucí a postupů, tudíž kritérií formálně racionální povahy.*⁴⁰⁴

Takový mechanismus vymezení „zakázaných vod“ zakotvením nezměnitelného ustanovení byl patrně poprvé rudimentárně použit už v Ústavě švýcarské Helvétské republiky z roku 1798, která v poslední větě svého článku 2 stanovila: *„Formou vlády, i kdyby měla být změněna, musí navždy zůstat zastupitelská demokracie.*“⁴⁰⁵ Vzhledem k tomu, že byla sama Helvétská republika vytvořena v důsledku francouzské invaze, není divu, že po čtyřech letech existence zanikla, a to i s ústavou, jejímž základním prvkem byla kromě „zastupitelské demokracie“ také centralizovaná vláda, tedy v obou případech pravý opak toho, čím je od počátku 19. století Švýcarsko charakteristické, tedy silným federalismem a neobvyklým podílem přímé demokracie (zejména právě na úrovni samosprávných kantonů). Pro budoucnost „klauzulí věčnosti“ v evropských ústavách to nebyl právě povzbudivý příklad.

Roznai připomíná,¹⁰⁶ že podobná ustanovení se během devatenáctého století objevila i v ústavách několika latinskoamerických států. Tak Mexická ústava z roku 1824 stanovila v čl. 3, že *„vyznáním mexického národa je a navždy bude apoštolská víra římsko-katolická. Národ ji chrání moudrými a spravedlivými zákony a zakazuje výkon jiných vyznání*“⁴⁰⁷; a v čl. 171, že články ústavy, které *„zakotvují svobodu a nezávislost mexického národa, jeho víru, formu vlády, svobodu tisku a dělbu nejvyšší moci konfederace a států, nesmějí být nikdy změněny.*“⁴⁰⁸ Ani tato věčná ústava neměla dlouhého trvání, roku 1835 ji generál Antonio de Padua María Severino López de Santa Anna y Pérez

¹⁰⁴ KLOKOČKA, V. Nové pojmy v Ústavě České republiky II. *Politologický časopis*, č. 2/1994, s. 3 - 12.

¹⁰⁵ „Die Regierungsform, wenn sie auch sollte verändert werden, soll allezeit eine repräsentative Demokratie sein.“

¹⁰⁶ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 667.

¹⁰⁷ „La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la C. A. R. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.“

¹⁰⁸ „Jamás se podrán reformar los Artículos de esta constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los estados.“

de Lebrón (ano, je to onen „zloduch“ amerických westernů Santa Anna, jehož tyranie vyvolala válku Texasu za nezávislost na Mexiku) nahradil centralistickými ústavními „Sedmi zákony“ (*Siete Leyes*). Podobná ustanovení nachází Roznai také v ústavách Venezuely (1830), Peru (1839) a Ekvádoru (1843, zde se podařilo nezměnitelná ustanovení přenášet i do pozdějších ústav a neměnnost základní struktury státu a záruk základních práv je i v dnešní ústavě z roku 2008), Hondurasu (1848), Dominikánské republiky (1865) a El Salvadoru (1886).¹⁰⁹

Patrně nejstarším dosud platným ustanovením, které stanovilo limity změn ústavy, byla Ústava Norského království z roku 1814, která platí dosud, tedy již dvě stě let.¹¹⁰ Její článek 112 zakotvuje v odst. 1 a 2 nejen poměrně komplikovanou proceduru samotné změny ústavy, ale také omezení, která jsou takové změně kladena: „1. Pokud zkušenost ukáže, že jakákoli část této Ústavy Norského království má být doplněna, ať je takový návrh předložen prvému, druhému či třetímu Stortingu po nových všeobecných volbách a veřejně oznámen tiskem. Má být ale ponecháno prvému, druhému či třetímu Stortingu po následujících volbách, zda má být navržený dodatek přijat.

2. Takový dodatek však nikdy nesmí odporovat principům zakotveným v této Ústavě, může obsahovat pouze úpravy jednotlivých ustanovení, které nemění ducha Ústavy, přičemž onen dodatek musí získat souhlas dvou třetin Stortingu.“

Trvanlivěji se pak nezměnitelné ustanovení objevilo také v ústavě francouzské Třetí republiky (viz podkapitolu 3.1), což následně reflektoval i Georg Jellinek: „Avšak také pokud se týká vnitřních záležitostí, jsou možny případy, v nichž ani cestou ústavní změny nemůže platná právní norma být změněna. Francouzský zákon ze dne 14. srpna 1884 zakazuje, aby republikánská forma vládní nebyla učiněna předmětem návrhu na revizi ústavy. Toto ustanovení může být zrušeno násilím, nikoli však právem.“¹¹¹ Proti tomu se ovšem postavil František Weyr, který k francouzské věčnosti republikanismu naopak tvrdil, že „návrh na revizi ústavy s podobným obsahem jest jen potud juristicky nemožným, pokud ona norma platí. Vím-li ale, že jakých podmínek tato norma dle právního řádu, kterého jest součástí, platně vznikla, musím logicky nutně uznati, že za těchto podmínek jest i její změna, resp. její odstranění juristicky možné. Návrh na změnu oné normy nelze tudíž pokládat za juristický

¹⁰⁹ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 666. Podrobně k nezměnitelným náležitostem latinskoamerických ústav a judikatuře ústavních soudů viz tamtéž s. 681-685.

¹¹⁰ Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 48.

¹¹¹ JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 512.

*nemožný.*⁴¹² Zároveň ovšem připouštěl, že by mohla být určitá základní norma konstruována tak, že by nadala nějaký subjekt kompetenci ji přijmout, následně už by však neexistoval subjekt, který by ji mohl zrušit: „Ovládá-li nás představa normotvůrce jako činitele normou ke své činnosti povolaného, pak jest zřejmo, že ve schopnosti (způsobilosti, kompetenci) stanovit určitou normu naprosto nemusí býti obsažena i schopnost ji dodatečně rušiti nebo změnití a že je tedy velmi dobře myslitelná norma zásadně nezměnitelná, když zde právě není nikoho, kdo by podle normového souboru, k němuž ona norma přísluší, byl povolán ji zrušiti nebo změnití, ba možno dokonce říci, že ona původní norma (obnisko, Urnorm), kterou si představujeme na počátku či vrcholku každého normového souboru, je nutně vždy nezměnitelná, má-li vůbec býti normativní identita normového souboru zachována.“⁴¹³

V plně podobě pak byl koncept nezměnitelných náležitostí použit v Základním zákonu Německé spolkové republiky z roku 1949 (podkapitola 3.3), jenž inspiroval post-salazarovskou ústavu Portugalska (podkapitola 3.4) a post-komunistickou Ústavu ČR (podkapitola 3.5), stejně jako celou řadu dalších ústav. Roznai tuto vlnu „migrace“ nezměnitelných náležitostí z jedné ústavy do druhé po druhé světové válce vysvětluje jednoduše: „Stejně jako se přijetí formálních ústav po americké a francouzské revoluci stalo všeobecným trendem - symbolem modernismu - tak se po druhé světové válce stalo symbolem modernismu zahrnutí nezměnitelných náležitostí.“⁴¹⁴

Všechny tyto ústavy v sobě zahrnují nezměnitelná ustanovení, která měla přežít jak částečnou změny ústavy, tak i celou generaci, která danou ústavu přijala, tedy uskutečnit to, co Thomas Jefferson pokládal za nemožné, či přinejmenším za „akt násilí“. On však za sebou neměl právě popsanou zkušenost s režimy, v nichž je třeba chránit lid zejména sám před sebou, neboť se pod vlivem mocného demagoga rozhodl v zájmu naplnění nacistické či komunistické utopie zbavit ústavnost jejích základů. Právě v této zkušenosti je přitom třeba vidět legitimizaci takové „vlády z hrobu“.

Můžeme si pak položit z českého pohledu otázku, zda vlastně není nespravedlivé, že generace, která měla v roce 1992 volební právo a tedy legitimovala téhož roku k přijetí Ústavy ČR Českou národní radu (pokud velkoryse přehlédneme, že patrně nikdo z voličů, kteří ČNR v červnu 1992 volili, nemohl tušit, že ještě téhož roku bude vyjednáán rozpad federativního Československa, z něž vyplyne potřeba dát

⁴¹² WEYR, F. *Základy filosofie právní (nauka o poznávání právníckém)*. Brno: A. Píša, 1920, s. 106.

⁴¹³ WEYR, F. *Teorie práva*. Brno: Orbis, 1936, s. 105.

⁴¹⁴ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 667.

nově vznikajícímu samostatnému českému státu novou unitární ústavu¹¹⁵), zahrnula do ní také ustanovení článku 9 odst. 2 zakotvující věčný zákaz změny podstatných náležitostí demokratického právního státu a svázala tímto způsobem ruce budoucích generací, které by chtěly ústavu zásadně přetvořit (navíc jak připomíná ve slovenském kontextu, shodném v tomto bodě s českým, Radoslav Procházka, tvůrce původní ústavy je s tvůrcem následných ústavních zákonů procedurálně i institucionálně zcela shodný, liší se právě jen v čase¹¹⁶). Jde jenom o nedemokratický ústavní mýtus stavící marně hráz nutné proměnlivosti práva i ideálů jednotlivých generací,

¹¹⁵ Právě absence legitimacy k přijetí nové ústavy ze strany ČNR, to, že nebyla přijata například v referendu, ale toliko „druhou ligu“ českých politiků vzešlých z voleb, v nichž možnost přijímání nové ústavy nebyla vůbec zmiňována, což předem odhalo budoucí Ústavě ČR vlastnost „hlubinného předporozumění“ ze strany lidu; je jedním z jejích hlavních deficitů. Viz MALENOVSKÝ, J. O legitimitě a výkladu české ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*, č. 8/2013, s. 745-772. Jan Kysela upozorňuje na obdobnou slabinu Ústavy, tedy na to, že ČNR sice jednala jako ústavodárné shromáždění, ovšem nebyla k tomu účelu zvolena a postrádala zjevnou revoluční legitimitu; nicméně za použití Hartova pravidla uznání dospívá k závěru, že nakonec byla Ústava tak široce akceptována lidem i veřejnou mocí, že byl ex post legitimizován „zakládající okamžik“ roku 1992 a role ČNR v něm. Viz KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 128. Naopak podle Jana Filipa na počáteční legitimitě Ústavě ČR nijak neubírá skutečnost, že ČNR se stala českým ústavodárcem navzdory tomu, že volbám do ČNR původně nebyla přikládána velká důležitost: „Z ČNR se stal sborou historických událostí zákonodárný sbor, kterému připadl úkol přijmout první ústavu samostatné ČR a který po další čtyři roky neumožnil vznik druhé komory, sám do voleb v roce 1996 zastupoval Parlament jako celek a v mnohém předurčil další ústavní vývoj.“ FILIP, J. Zapomenuté inspirace a aspirace Ústavy ČR. *Casopis pro právní vědu a praxi*, č. 4/2002, s. 295-302, na s. 300. K detailům přípravy Ústavy ČR a jejímu projednávání v ČNR viz příspěvky HENDRYCH, D. Ke zdrojům návrhu Ústavy z pohledu člena komise vlády pro přípravu Ústavy ČR, in GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 31-36; či BENDA, M. K přípravě Ústavy ČR v České národní radě, in GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 37-41.

¹¹⁶ PROCHÁZKA, R. *Lid a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 39. Ve vztahu k Ústavě USA tuto pochybnost, proč by minulá generace měla zavazovat generace budoucí, ironicky shrnul Robert Dahl: „Proč bychom se měli dnes cítit vázáni dokumentem vytvořeným před více jak dvěma sty lety skupinou pětadesáti smrtelníků, z nichž nemalá část byli navíc otrokáři, a přijatým v pouhých třinácti státech hlasy méně než dvou tisíc mužů, z nichž všichni jsou dávno mrtví a většina aspoň zapomenutá?“ DAHL, R. A. *How democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2001, s. 2. Hned také doplňuje hlavní nedostatky původní podoby Ústavy USA, které znemožňují činit z ní nedotknutelný dokument: zachování otroctví, omezení volebního práva, problematická demokratičnost volby prezidenta a ustanovování senátorů, přílišná neomezenost moci soudní a naopak omezenost moci Kongresu a „zkamenění“ rovného zastoupení v Senátu. Viz tamtéž, s. 14-20. Shodně skepticky se na možnost, aby jedna generace zavazovala generace další, dívá i (poněkud překvapivě) příznivce doktríny materiálního ohniska Boris Balog, který zdůrazňuje, že takový přístup vylučuje možnost demokratické diskuse a přehodnocení ústavy následujícími ústavodárnými generacemi, čímž by oslaboval legitimitu ústavy a zvyšoval tlak na její revoluční změnu. Viz BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 58.

jak tvrdí Pavel Maršálek,¹¹⁷ nebo tato generace opravdu měla ospravedlnitelný titul k tomu, aby takové zkamenění podstatných náležitostí demokratického právního státu provedla? Jednoduchá odpověď, která se nabízí, zní, že to byla právě zkušenost s nedemokratickým režimem, co dalo generaci Čechů a Češek roku 1992 (a předtím poválečné generaci západoněmecké či „karafiátové“ generaci portugalské) legitimitu k tomu, aby omezila ústavodárnou pravomoc následujících generací.

Silně normativně řečeno totiž můžeme nedemokratické režimy, ať už totalitní nebo autoritářské, přirovnat k nemoci společnosti a zejména jejího politického systému. Generace, která takovou nemoc zažila, má díky tomu - alespoň čerstvě po přechodu k demokracii, dřív než se doba traumatizující nedemokracie změní v dobu „pelíškové“ nostalgie - pomyslnou „imunitní reakci“ proti této nemoci, má zkušenost, kterou může nezměnitelně vtělit do ústavy a nechat ji v ní v podobě odysseovského poselství: „Ať už budete chtít plout kamkoli, neplujte směrem, který vám klauzulí věčnosti zakazujeme. My jsme to zkusili, neopakujte naše chyby.“ I při konstruování ústav by tak vlastně mělo platit, že rozumný člověk se učí z vlastních chyb, moudrý se dokáže poučit z chyb ostatních, přinejmenším z chyb předchozích generací. Klauzule věčnosti tak představují jakýsi přenos imunitní reakce, očkování proti nedemokracii zděděné po předcích, nebo aspoň přenesené z časů, kdy nedemokratická zkušenost byla čerstvá a bolestivá a nemetamorphovala do nostalgických vzpomínek na staré časy, které jsou skoro vždy „dobré“. V tomto směru pak generace, která nezměnitelnou náležitost ústavy přijímá, má k tomu kompetenci danou právě onou čerstvou nedemokratickou zkušeností; chybí zde však později ústavodárce, který by měl kompetenci ji odstranit, jak připomíná obecně Weyr.

Zároveň tak nově se ustavující režim vytváří v reakci na křivdy minulého režimu „metaprávidla“ svého budoucího fungování, která jsou spolu se společenskou shodou na jejich platnosti předpokladem a podmínkou jeho fungování,¹¹⁸ jsou oněmi masarykovskými „ideály“, z nichž se stát zrodil a jimiž se udržuje,¹¹⁹ či slovy Pavla Holländera metafyzickým korelátem (který Radoslav Procházka trefně ironicky

¹¹⁷ MARŠÁLEK, P. Ústava České republiky, ústavní mytologie a změněný svět, In GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 71-83.

¹¹⁸ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 50.

¹¹⁹ Abdikační projev T. G. Masaryka ze dne 14. prosince 1935. Lidové noviny ze dne 15. 12. 1935, č. 627/43, s. 1.

označuje za „ezoterickou kategorii“¹²⁰): „Zejména pak v průběhu 20. století hrůzostrašná zkušenost přdestřela dostatek argumentů pro opodstatněnost - nazvěme její: přirozenoprávního - korelátu moci. Můžeme jej nazvat i jinak: metafyzickým korelátem. Anebo - terminologií německého ústavního soudu - nadpozitivním právem. Metafyzický korelát v demokratických ústavách 19., 20. i 21. století byl a je reakcí na historickou zkušenost; ve Francii na změny forem vlády v důsledku řady dramatických společenských změn, ve Spolkové republice Německo na zvrstvení nacismu a na ‚legalistickou‘ cestu nacistické revoluce v roce 1933, v Řecku a v Portugalsku na útlak autoritativního, resp. totalitního režimu, v České republice na zločiny komunismu a obdobně na ‚legalistickou‘ cestu komunistické revoluce roku 1948.“¹²¹ Jinde pak Pavel Holländer tento svůj metafyzický (tedy odrážející „napětí mezi postulátem úplnosti a teoremou neúplnosti“) přístup k materiálnímu ohnišku doplňuje následovně: „Tento korelát není jen ‚moralizujícím výkřikem‘, naopak je ústavním krokem s celou řadou konsekvencí, je ústavním aktem majícím, a v této souvislosti sdílím Alexyho tezi o ‚konstruktivní metafyzice‘, racionální zdůvodnění.“¹²²

Pro uchopení této neuchopitelné (a přitom v samých základech právního řádu stojící) normy můžeme používat řady výrazů: obvykle jsou zaměnitelně používány termíny „nezměnitelné náležitosti“, „klauzule věčnosti“, „materiální jádro“ i „materiální ohniško“ ústavy. V kapitole 4 bude ovšem zpochybněno, že by tyto termíny byly opravdu zaměnitelné. Zatím lze předeslat, že materiální ohniško (spíše než „nezměnitelné náležitosti“) tvoří pomyslnou „Grundnormu“ daného ústavního systému, ať už ji budeme vnímat spolu a Carlem Schmittem spíše materiálně, tedy jako odraz vůle lidu rozhodujícího o základních náležitostech svého státního uspořádání (což je přístup, z něž budu v této knize převážně vycházet, viz níže), nebo spíše procedurálně spolu s Hansem Kelsenem.

Ten tvrdil, že ústava je „norma norem“, tedy soubor procedur, které říkají, jak lze legitimním způsobem stanovovat platné právo. Pro daný právní řád předpokládal hypotetickou existenci základní normy (*Grundnorm*), která byla počátečním zdrojem legitimacy všech dalších korektně přijatých norem: „Že stát jest svrchovaným, nemůže tudíž z hlediska normativní teorie znamenati nic jiného, než že soustava norem, kterou označujeme jako státní řád, nabhází svůj poslední důvod platnosti a tudíž svoji jednotnost v normě, která

¹²⁰ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 81.

¹²¹ HOLLÄNDER, P. Tyranie dobra? Možná, nikoli nutně. In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 46.

¹²² HOLLÄNDER, P. Materiální ohniško ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 330.

*jakožto poslední se předpokládá a jakožto základní norma nemá třeba žádného dalšího odůvodnění nebo odvození (...) Touto hypotetickou základní normou dociluje se teprve jednotnost státního řádu, jakož i právní charakter všech úkonů, tento stát tvořících, a možno tudíž tuto hypotetickou základní normu nazvatí ústavou ve smyslu právně logickém na rozdíl od ústavy ve smyslu pozitivně právním, která, jakožto první byla na základě oné stanovena.*¹²³ Jádrem ústavy tak pro něj mohly představovat ústavně stanovené základní procedury, které umožňují reprodukovat stávající právní řád. Dodržování základních ústavních procedur mělo být elementární zárukou „legitimity“ platného práva.¹²⁴ Pokud pak podle něj ústava některé své ustanovení označí za nezměnitelné, pak z toho plyne, že v ní nutně schází kompetenční norma pro změnu takového ustanovení.¹²⁵

Materiální ohnisko je tedy to málo, na čem se můžeme (musíme?) při definování státu shodnout i v situaci, kdy „[v]ůl globalizace rozvál homogenní komunity a sdílené tradice, liberální stát se tak ocitl ve vzduchoprázdnu,¹²⁶ a co v některých ústavách rozebraných v následující kapitole „zkamenělo“, do podoby klauzulí věčnosti, aby v politických debatách nebyla zpochybňována sama povaha státu (například coby státu demokratického a právního v případě ČR nebo coby republiky v případě Francie či Itálie). Slovy Habermasovými jde o jakési „nenáboženské a postmetafyzické zdůvodnění normativních základů demokratického ústavního státu.“¹²⁷ Pokud bychom si vypůjčili starý (byť nepřilíš přesvědčivý) bonmot o právu jako minimu morálky, můžeme materiální ohnisko chápat jako „minimum ústavnosti“ daného státu, minimum, které je důležité zvláště v éře deficitu „morální substance“ společnosti, kterou liberální stát vytvořit nemůže, pokud chce zůstat státem liberálním,¹²⁸ jak vyplývá už z výše citovaného Böckenfördeho dikta.

¹²³ Kelsen, H. *Základy obecné teorie státní*. Brno: Barvič & Novotný, 1926, s. 32; cit. dle Holländer, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 91.

¹²⁴ Znoj, M. „Konec“ přirozeného práva a „tápání“ Ústavního soudu v této věci, In Příbáň, J., Holländer, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 154.

¹²⁵ Holländer, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 – 336, na s. 320.

¹²⁶ Bělohradský, V. Identitární panika v postsekulární společnosti, In Příbáň, J., Holländer, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 95.

¹²⁷ Holländer, P. Týranie dobra? Možná, nikoli nutně, In Příbáň, J., Holländer, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 48.

¹²⁸ Bělohradský, V. Identitární panika v postsekulární společnosti, In Příbáň, J., Holländer, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 96.

Komplikovanější vyjádření nachází Carl Schmitt, který v samém pojmu ústava nachází jako jeden z významů význam „základní právní normy“ a v jejím jádru hledá jednu normu, od níž se odvozují všechny ostatní normy a která určuje, kdo je suverénem, zda lid nebo panovník (v pravé monarchii), který se může své suverenity vzdát ve prospěch lidu.¹²⁹ Takovou roli ústavy prosazovali výše zmínění francouzští „doktrináři“, pro něž se lid a panovník odvozovali od ústavy a bez ústavy slovy Tocquevilla „nebyli ničím“. Tato základní norma je tak vlastně sama „suverénem“ mezi normami - není jen „platnou normou“, která platí z vůle zákonodárce, ale je odrazem racionálně správné vůle, odráží rozum a vytváří spravedlnost.¹³⁰ S jejím odstraněním je fakticky odstraněna celá jednota a totalita právních norem, celý stát, na jehož místě vznikne stát nový.¹³¹

Tuto funkci základní právní normy neplní celá ústava, či v českém případě celý komplex norem tvořících ústavní pořádek, podobně jako ji podle Schmitta netvořilo 181 vysoce různorodých článků Výmarské ústavy ani články jiných ústav, u nichž je tvrzení o systematickosti a normativní jednotě spíše jen zbožným přáním¹³² a to, co je do těchto „relativizovaných ústav“ zařazeno (či přerazeno z dosavadních zákonů), je spíše odrazem nahodilosti než skutečně fundamentální povahy dané otázky.¹³³ Pro Schmitta tak plnila tuto funkci základní právní normy (z pohledu roku 1927, nutno dodat) spíše jednota a vůle německého lidu, který byl schopen si odpovědět na otázky o základech uspořádání německého státu a vtělit je do ústavního textu.¹³⁴

V dnešních ústavách ji plní - moderní terminologií řečeno - právě materiální ohniska ústav, tedy definiční znaky dané ústavy, které patrně každá ústava má (často je můžeme najít v preambulích či v úvodních člancích, aniž by měly nějakou formálně rozpoznatelně odlišitelnou právní sílu), pouze v některých se překrývají

¹²⁹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 84.

¹³⁰ V tomto se liší racionalismus „doktrinářů“ odrážejících zájmy buržoazie a její touhu po racionálním a stabilním právním prostředí odvozujícím se od základního zákona inspirovaného čistou racionalitou od pozitivismu Hanse Kelsena, kterého vlastně nezajímalo, odkud se jeho grundnorma vezme, stačí, že platí, stejně jako od voluntarismu Carla Schmitta, pro něž je určující vůle suveréna. K těmto rozdílům mezi Schmittem a Kelsenem viz CALDWELL, P. C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham, N.C.: Duke University Press, 1997.

¹³¹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 63.

¹³² Tamtéž, s. 65.

¹³³ Tamtéž, s. 67.

¹³⁴ Tamtéž, s. 83.

s nezměnitelnými náležitostmi ústavy (viz kapitoly 3 a 4) a pouze v některých jsou vůbec výslovně vyjádřena. Jsou však patrně implicitně skryta i tam, kde výslovně pojmenována nejsou, a i tehdy z nich někteří konstitucionalisté dovozují imperativ nezměnitelnosti.¹³⁵ Radoslav Procházka, pro nějž ve slovenském kontextu, tedy v kontextu ústavy bez výslovně uvedených nezměnitelných náležitostí, jde o otázku zásadní, označuje tyto teoretiky za „materialisty“ a dělí je na „tvrdé materialisty“ a „měkké materialisty“ podle toho, zda z „nalezení“ jádra ústavy dovozují i kompetenci ústavního soudu k rušení ústavních zákonů pro protiústavnost, nebo zda jde pouze o „měkké“, tedy sankcí nevybavené, omezení adresované parlamentu.¹³⁶

Jak uvidíme níže, české Ústavě se toto prolnutí nezměnitelných náležitostí a materiálního ohniska víceméně podařilo, neboť „podstatné náležitosti demokratického právního státu“ jsou zároveň grundnormou definující z větší části naši novou ústavu (Aristoteles - kdyby znal tento pojem - by řekl, že Ústava České republiky „je“ demokratický právní stát); naopak například portugalská ústava (viz podkapitulu 3.4) se pokusila v čl. 288 nechat zkamenět do nezměnitelné podoby tolik pravidel, že jen sotva mohou „definovat“ Portugalskou republiku (opravdu je definována samosprávou Azor a Madeiry? Není skutečné materiální ohnisko portugalské ústavy vyjádřeno spíše v její preambuli či v článku 1?) a jsou spíše „nezměnitelnými náležitostmi“ (navíc doktrína přispěchala s možností jejich změny v rámci pouhé ústavní revize, ovšem dvojité) než „materiálním jádrem“. Rozdíly mezi materiálním ohniskem a nezměnitelnými náležitostmi budou podrobně rozebrány v kapitole 4.

Naopak jsou i státy, které myšlenku nezměnitelných náležitostí odmítají, ovšem i jejich ústava má své ohnisko: tak Spojené království je sice známo svým bon-motem, že britský parlament může cokoli, kromě změny muže v ženu (pokud odhlédneme od toho, že i o té změně pohlaví by dnes mohl smysluplně rozhodnout, a naopak na něj dopadají limity zejména ze strany práva EU), ovšem to podle Schmitta neznamená, že by britský parlament mohl skutečně úplně změnit „britskou ústavu“ a proměnit Británii třeba ve stát sovětského typu.¹³⁷ Tvrdí totiž, že jakkoli parlamenty mohou změnit ústavní zákony (včetně ústavního zákona označeného jako ústava), ústavu samotnou změnit nemohou, neboť tím by

¹³⁵ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 327.

¹³⁶ PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 28 an.

¹³⁷ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 79-80.

„postavily jedno konkrétní politické rozhodnutí nad úplnost politické formy existence“¹³⁸ (natož pak aby mohly přijmout ústavní zákon, kterým by zavázaly všechny budoucí stejně konstituované parlamenty).

Obě fáze popsaného vývoje, tedy nejprve konstitucionalizaci základních otázek fungování státní moci, kterou s sebou přinesly moderní ústavy od konce 18. století, a poté zvěčnění některých náležitostí ústav do podoby jejich nezměnitelných náležitostí, můžeme vnímat také obecněji jako odraz „strachu z politična“,¹³⁹ tedy jako snahu vyloučit některé otázky z (nespolehlivého, chybného, populismu podléhajícího?) politického, tedy většinového rozhodování; respektive snahu rozlišit otázky, (i) o nichž může rozhodovat prostá většina, (ii) o nichž může rozhodovat kvalifikovaná (či jinak rigidně zkomplikovaná) většina a (iii) o nichž nemůže rozhodnout žádná většina. Přitom jak uvidíme níže, některá z těchto vymezení si žijí dále vlastním životem a samovolně (respektive z vůle ústavních soudů) se rozšiřují s tím, jak například v ČR narůstá katalog toho, co všechno jsou „podstatné náležitosti demokratického právního státu“, či obecně ve státech zahrnujících do klauzulí věčnosti ochranu lidských práv s tím, jak vymezení lidských práv podléhá „žvýkačkovému efektu“, tedy tomu, že obsah lidských práv (či vymezení jejich nositelů¹⁴⁰) je tak dlouho rozšiřován, až pro narůstající slabost a tenkost této ochranné sféry jednotlivce praskne.¹⁴¹

¹³⁸ Tamtéž, s. 80.

¹³⁹ Viz PŘIBÁŇ, J. Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions. *Journal of Law and Society*, č. 3/2012.

¹⁴⁰ Kromě protismyslné (ovšem v některých nálezech se objevující, viz např. nález sp. zn. I. ÚS 35/94 ze dne 23. 6. 1994; či nález sp. zn. I. ÚS 182/05 ze dne 6. 4. 2006) akceptace toho, že by nositelem lidských práv mohl být i stát, tedy subjekt, který měl být zásadně adresátem povinností z lidských práv vyplývajících (FILIP, J., ŠIMÍČEK, V., HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu: komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 218; či WAGNEROVÁ, E. *Úvod*. In WAGNEROVÁ, E. a kol. *Listina základních práv a svobod: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 1), se setkáváme i s úvahami, že by nositeli základních práv mohli být například lidoopi, roboti či třeba rostliny, jak uvádí Ústava Ekvádoru z roku 2008. Viz SMEKAL, H. *Lidská práva: ideje, trendy, výzvy a nástrahy*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 162-166.

¹⁴¹ TOMÁŠEVSKI, K. Has the Right to Education a Future Within the United Nations? A Behind-the-Scenes Account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998 - 2004. *Human Rights Law Review*, č. 2/2005, s. 205 - 237.

2.3 Třetí vlna konstitucionalizace

Závěrem této kapitoly zmiňme, že po osvícenectvím začínající a začátkem dvacátého století vrcholící¹⁴² vlně vytváření „jednovrstvých“ ústav (podmiňujících změny základů fungování státu změnou flexibilní či rigidní ústavy) a post-totalitní vlně vytváření „dvouvrstvých“ ústav obsahujících změnitelné a nezměnitelné součásti,¹⁴³ žijeme nyní v období, kdy mezi otázky, jež mají být opět depolitizovány, začíná být vřazováno i zadlužování státu, a zprostředkovaně tedy i sestavování státního rozpočtu, tradičně jedna z otázek nejpolitictějších. Snaha o její depolitizaci, reagující na nehospodárnost vlád zadlužujících se ve snaze zalíbit se obyvatelstvu, vede nejen k řešení ležícím ve vytěsnění této otázky z domácí politické arény do externí méně politické arény, totiž na úroveň Evropské unie, ale i k řešení volajícím po konstitucionalizaci limitů rozpočtové politiky státu v podobě tzv. finančních ústav.¹⁴⁴ Určení, které otázky mají být rozhodovány politickými procesy a které mají být naopak depolitizovány, patří k nejpodstatnějším otázkám fungování politiky (ať už v rozhodnutí depolitizovat vidíme politickou zdrženlivost či politickou zbabělost): „*Umění politiky totiž spočívá v neustálém procesu rozhodování se mezi politizací a depolitizací sociálních problémů, a tedy ve schopnosti rozeznat, co jako politik řešit musím a do čeho už naopak zasahovat nesmím, co raději mám přenechat k řešení odborníkům, případně neřešit vůbec.*“¹⁴⁵

Přitom i motivace této „třetí vlny konstitucionalizace“ je obdobná jako u prvních dvou: aktuální pocit (inspirovaný třeba aktuální krizí veřejných rozpočtů s geografickou blízkostí několika zvláště odstrašujících příkladů), že je třeba využít nyní vzniklého konsenzu o špatnosti něčeho, co se dělo v minulosti a čemu je do budoucna třeba zabránit.¹⁴⁶ Přitom pochopitelně i vytvoření a formulování tohoto nynějšího konsenzu je samo o sobě velké „politikum“ (jak ostatně v poslední době dokazují právě debaty o přijetí finanční ústavy), neboť zákonné či ústavní zakotvení představuje pouze statickou podobu politiky jako aspektu dynamického. Skutečnost, že je nějaká otázka vyřešena přímo v ústavě, již není odrazem racionalistické víry

¹⁴² BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 17.

¹⁴³ KYSELÁ, J. „Finanční ústava“ jako pokus o regulaci neregulovatelného?, In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Finanční ústava*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2013, s. 53–63, na s. 53.

¹⁴⁴ Viz sborník ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Finanční ústava*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2013.

¹⁴⁵ PŘIBÁN, J. *Tyranizovaná spravedlnost*. Praha: Portál, 2013, s. 128.

¹⁴⁶ Shodně BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 15.

v ústavu jako základní zákon schopný postihnout celé fungování společnosti, jak se domnívali tvůrci prvních francouzských ústav po roce 1789, ale odrazem politického rozhodnutí odrážejícího aktuální politickou a sociální zkušenost¹⁴⁷ (včetně dosud čerstvých politických a sociálních traumat). Řečeno s Jaroslavem Kallabem: politika je formující se zákon, zatímco zákon je politika, která nabyla pevné podoby (a stala se rámcem budoucí politiky,¹⁴⁸ pevnějším, jde-li o ústavní zákon; nejpevnějším, jde-li o nezměnitelné náležitosti ústavy). Jde tedy o depolitizaci pouze do budoucna.

Může přitom jít i o „zmrazení“ otázky, která je pro danou společnost natolik palčivá, že je cenné už to, že se podařilo jakéhosi konsenzu dosáhnout, a jeho zpochybnění v budoucnosti by mohlo znamenat nemožnost nalezení nového konsenzu a rozpad dané společnosti. Slovy Stephena Holmese „*svázáním jazyků ohledně citlivých otázek můžeme zabezpečit podoby spolupráce a přátelství, které by jinak byly zcela nedosažitelné.*“¹⁴⁹ Takové „svázání jazyků“ je obzvlášť nutné v ostře národnostně či nábožensky rozdělených společnostech s proměnlivým poměrem jednotlivých národnostních či náboženských skupin, v nichž přenesení rozhodování o některých hodnotách z reprezentativního politického procesu na nereprezentativní orgán, typicky na justici, může vést k tomu, že skupiny, které by jinak ohrožovaly stabilitu systému, budou uspokojeny tím, že jejich základní zájmy jsou sřeženy mimo normální demokratický politický proces právě tím, že jsou „zmrazeny“.¹⁵⁰

Úspěšným příkladem je výše zmíněný článek V. Ústavy USA, který navždy vyřešil míru zastoupení jednotlivých států ve federálním Senátu, a to i tehdy, kdyby se disproporce mezi nimi v budoucnu jakkoli změnily a dosažený kompromis měl být vnímán jako nespravedlivý (tedy kdyby si někdo položil otázku, „jak k tomu

¹⁴⁷ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 65.

¹⁴⁸ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 21.

¹⁴⁹ HOLMES, S. Gag Rules or the Politics of Omission, In *Constitutionalism and Democracy* 19 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988); cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 663.

¹⁵⁰ Viz AFSAH, E. Constitution-Making in Islamic Countries - A Theoretical Framework; In GROTE, R., RÖDER, T. (eds.) *Constitution-Making in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2010, přístupné na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361711, navštíveno dne 16. 9. 2014, s. 30.

přijde“ Kalifornie, že má dva senátory stejně jako padesátkrát menší Delaware?¹⁵¹). Neúspěšným příkladem byly naopak ústavní dohody v Libanonu z roku 1943 o distribuci moci mezi jednotlivými náboženskými skupinami,¹⁵² které nevydržely narůstající disproporce mezi nimi v důsledku rozdílného populačního vývoje jednotlivých komunit (zejména populačního nárůstu libanonských muslimů), což vyústilo až v občanskou válku.

Slovy Jana Kysely: „*Přesouváme-li nějakou úpravu na rigidnější úroveň ústavní, pokoušíme se o něco jako o zmražení dosaženého konsenzu, který má být chráněn před budoucí prostou většinou. Pojišťujeme se pro případ rozpadu konsenzu, protože kdyby bylo jasné, že se některé věci nedělají, nemusíme většinu omežovat.*“¹⁵³ Jan Kysela ale zároveň upozorňuje na to, že konstitucionalizací se sice může část dosud politického rozhodování odklonit od rozhodování většiny lidu či jeho zástupců, nezbaví nás to ale potřeby vykladače, tedy toho, kdo bude rozhodovat o obsahu a dopadu takto konstitucionalizovaných ustanovení. Není-li zde ústavního soudu, je „ústavou“ to, na čem se shodnou politické moci; pokud zde ústavní soud je, je „ústavou“ to, o čem tak ústavní soud prohlásí, pokud to ostatní respektují.¹⁵⁴ Důsledkem konstitucionalizace je tak v zemích s ústavním soudem - pokud má reálnou moc a není jen nikým neposluhanou institucí, či dokonce jen ustanovením v ústavě¹⁵⁵ - nutně také judicializace klíčových politických otázek: „*Současně je však konstitucionalizace také jedním z komponentů*

¹⁵¹ Právě pro tento stát bylo při přijímání Ústavy USA zachování rovnosti všech států v zastoupení v Senátu tak zásadní, že jeho reprezentant při debatách dokonce uvedl, že pokud by nebyl zachován tento projev rovnosti států, Delaware by se mohl odtrhnout od USA a obrátit pro ochranu k jiné velmoci. Viz DAHL, R. A. *How democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2001, s. 14. Robert Dahl pak k onomu prakticky nezměnitelnému čl. V. Ústavy USA kriticky připomíná, že nebyl odrazem jakýchkoli svatých hodnot či zásadních principů, ale prostě výsledkem kompromisu (slavný, ovšem podle Dahla z demokratického pohledu neslavný „*Connecticut Compromise*“) po velmi tvrdém vyjednávání.

¹⁵² Viz AFSAH, E. *Constitution-Making in Islamic Countries - A Theoretical Framework*; In GROTE, R., RÖDER, T. (eds.) *Constitution-Making in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2010, přístupné na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361711, navštíveno dne 16. 9. 2014, s. 30.

¹⁵³ KYSELA, J. „*Finanční ústava“ jako pokus o regulaci neregulovatelného?* In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Finanční ústava*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2013, s. 53-63, na s. 56.

¹⁵⁴ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 49.

¹⁵⁵ Viz nominální a nikdy za trvání ČSSR nenaplněná hlava VI ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci.

judicializace v systémech se soudním přezkumem ústavnosti. Jelikož ústava za sebe nemluví, potřebuje interpreta. Podobně bylo možné ve středověku vidět spory o to, kdo bude interpretovat Boží slovo, zákon či vůli, neboť i k tomu bylo třeba prostředníků - interpretů.“¹⁵⁶

Tímto interpretem bude obvykle ústavní soud (či nejvyšší soud plnící roli soudu ústavního), jak uvidíme v následující kapitole. Takové určení „strážce ústavy“, a tedy i strážce jejích nezměnitelných náležitostí, je na jednu stranu patrně nezbytné, na druhou stranu může proměnit povahu daného státu a posunout ústavní soud až k pozici schmittovského suveréna: „K tomu C. Schmitt případně podotýká, že jakmile je nadřazeností ústavy (ústavních zákonů) vytvořen rozdíl vyššího a nižšího práva, posouváme se k jurisdikčnímu státu, tedy k výraznějšímu rozhodování soudců, ač s tím ústava třeba výslovně nepočítá. Žádná norma se totiž neochrání sama: neexistuje ostatně hierarchie norem, nýbrž pouze hierarchie konkrétních lidí a instancí.“¹⁵⁷

Zatímco Carl Schmitt takovou roli ústavního soudu či soudů obecně jen trpně přijímá, Radoslav Procházka ji jasně odmítá, když „tvrdým materialistům“ (tedy těm, kdo jen z existence materiálního jádra ústavy, jež ani není jasně v ústavě zakotveno, jako je tomu v případě Slovenska, dovozují kompetenci ústavních soudů rušit ústavní zákony pro rozpor s ním) vzkazuje, že takové dovozování kompetence ústavního soudu je bezprostředním porušením samotných základů právního státu.¹⁵⁸ Přitom je striktní vázanost platným právem základem, nad nějž v právním státě není žádný důležitější, a ani třináctka (na Slovensku) jmenovaných funkcionářů z něj jistě není vyňata.¹⁵⁹ Navíc by to podle něj logicky znamenalo, že ústavní soud je vázán pouze původní ústavou (přijatou ústavodárcem), v níž bylo toto ústavní jádro zakotveno, nikoli pozdějšími ústavními zákony přijatými (pouhým) ústavozákonodárcem.¹⁶⁰ Proti tvrzení, že dnešní ústavodárce je navždy normativně omezen materiálním jádrem původní ústavy a institucionálně ústavním soudem, tak uvádí důvody jednak doktrinální (svrchované právo každé generace rozhodovat o svém osudu, povaha mandátu parlamentu a ústavního soudu, hierarchie výsledků uplatnění těchto mandátů) a jednak praktické (kontraproduktivní paternalistický

¹⁵⁶ KYSELA, J. „Finanční ústava“ jako pokus o regulaci neregulovatelného?, In ŠÍMÍČEK, V. (ed.) *Finanční ústava*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2013, s. 53-63, na s. 56.

¹⁵⁷ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

¹⁵⁸ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 40.

¹⁵⁹ Tamtéž, s. 34.

¹⁶⁰ Tamtéž, s. 35.

efekt přílišného posílení nereprezentativních a vůči zdroji moci neodpovědných soudců a empiricky doložená nezpůsobilost ústavního soudu takovou kontrolu konat, což dokládá tím, co všechno dokázaly Ústavní soud SR a Nejvyšší soud USA označit za souladné s danou ústavou¹⁶¹).¹⁶² K oněm praktickým důvodům pak na jiném místě dodává: „*Scenár, v ktorom ústavný súd zobraza úlohu posledného akčného hrdinu brániaceho krajinu pred ústavno-štátnou apokalypsou teda (nielen) v našich podmienkach nemá žiadnu solídnu skúsenostnú bázu. Má takýto základ v nejakej imanentnej logike konštitucionalizmu?*“¹⁶³

V tomto ohledu s Radoslavem Procházkou plně souhlasím, neboť zatímco pozitivní dopad velkorysého přijímání a oslavování materiálního ohniska ústavy jako možného důvodu zrušení ústavního zákona pro protiústavnost je sporný; nesporný je vliv takového přístupu na posilování soudní moci. Tu přitom posiluje nejen sama hrozba (nalezení a) využití kompetence rušit ústavní zákony pro protiústavnost, ale i to, že doktrína materiálního ohniska činí ústavu rigidnější, tedy méně otevřenou formální změně cestou ústavní novely, což lze kompenzovat změnou výkladu.¹⁶⁴ K tomu jsou ovšem povolány - opět - soudy, ve většině zemí pak ústavní soud.

Ze zpochybňování existence a role materiálního jádra ve slovenské ústavě ovšem Radoslav Procházka nedovozuje ani to, že by v podobě ústavního zákona mohl Parlament přijmout cokoli (poukazuje hlavně na limity v podobě principu legality, rovnosti před zákonem, obecnosti a neretroaktivity práva a nedoknutelnosti základních práv¹⁶⁵), ani že by i bez kompetence ústavního soudu k rušení ústavních zákonů (tedy bez nalezení takové kompetence v těch státech, v nichž není výslovně zakotvena) nebyla ústavnost nijak chráněna proti případným subverzivním živlům, které by nynější ústavní demokracie rozvrátily stejně jako nacisté ústavnost Výmarské republiky. Tuto roli ochránců demokracie však ve své hokejové metafoře svěruje lidu (jedinou formou ochrany „materiální podstaty“ hry lední hokej podle něj nemá být rozhodnutí pomyslné arbitrážní komise, ale bojkot hráčů, diváků a sponzorů, stejně jako je jedinou reálnou formou ochrany demokracie proti svévoli parlamentu odpor těch, kdo ve státě disponují vyšší mocí než on sám,¹⁶⁶

¹⁶¹ Tamtéž, s. 102.

¹⁶² Tamtéž, s. 85.

¹⁶³ Tamtéž, s. 104.

¹⁶⁴ Za tuto poznámku vděčím Janu Kyselovi.

¹⁶⁵ PROCHÁZKA, R. *Lid a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 42.

¹⁶⁶ Tamtéž, s. 39.

tedy lidu). Lid má podle něj být nástrojem ochrany materiálního jádra ústavy před jakýmkoli státním orgánem včetně parlamentu nebo ústavního soudu.¹⁶⁷ Obhájcem tvrzení, že tímto posledním strážcem ústavnosti má být ústavní soud (tedy „tvrdým materialistům“) pak vzkazuje, že „*musí preukázať, že demokracii sa darí horšie, keď ju tvoria a starajú sa o ňu všetci tí nekompetentní ľudia ako keď ju pred nimi samými zachraňuje ich osvietený výkvet*.“¹⁶⁸ Zároveň nabízí jasné a pozitivně konstruované alternativní řešení, totiž zpřísnění požadavků na změny ústavy a větší zapojení lidu formou možnosti ústavodárné iniciativy, veřejného připomínkového řízení a obligatorního referenda.¹⁶⁹ Právě taková změna by podle Procházky napomohla naplnění toho, aby ústava splnila Balkinovu triádu: aby byla základním zákonem, nejvyšším zákonem a naším zákonem.¹⁷⁰

Právě práce Radoslava Procházky (stejně jako práce Melissy Schwartzberg, Bruce Ackermana či Akhila Reeda Amara) představuje přesvědčivou protiváhu k pracím Pavla Holländera (či Borise Baloga¹⁷¹) v otázce, kdo má mít kompetenci k ochraně materiálního jádra ústavnosti. V této čistě kompetenční otázce tak odkazují především na jejich práce a ponechávám na čtenáři, zda bude následovat cleavage nastavenou implicitně těmito autory, tedy zda příznivci procedurálně vnímané demokracie, v níž nad parlamentem stojí jedině lid a v níž, jak tvrdí Ackerman a Amar, „*schopnosť prijímať ústavné dodatky je kľúčovým aktem suverenity ľudu, ktorý nemá byť postoupen soudcům či podmínen príliš komplikovanou procedurou*“,¹⁷² „se najdou“ v přístupu Procházkově; a naopak ti, kdo souhlasí s tím, že parlament i lid nad sebou potřebují radu moudrých velekněží, která je ve jménu materiálního jádra ústavy ochrání i před nimi samými, obdivně zatleskají Pavlu Holländerovi.

Třetí cestu, cestu určitého nadhledu, pak nabízí Marek Káčer, který příznivcům i odpůrcům materiálního jádra vzkazuje, že koneckonců jde o spíše negativní pojem vymezený jako protiklad čehosi formálního, jasně zakotveného v pozitivním právu. S nadhledem pak podotýká, že koncept materiálního jádra je potenciálně atraktivní hlavně pro ty, kdo věří, že nositelé nejvyšší státní moci si při jejím

¹⁶⁷ Tamtéž, s. 48.

¹⁶⁸ Tamtéž, s. 97.

¹⁶⁹ Tamtéž, s. 123.

¹⁷⁰ Tamtéž, s. 124.

¹⁷¹ BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014.

¹⁷² SCHWARTZBERG, M. *Democracy and legal change*. New York: Cambridge University Press, 2007, s. 6.

výkonu nesmějí dělat úplně, co chtějí: „*To, čím materiálne jadro láka, je jeho ambícia obmedziť aj tú najvyššiu svetskú moc, presadiť nadradenosť práva nad mocou, nadradenosť normy nad záujmom, rozumu nad vôľou. (...) Negatívny význam materiálneho jadra umožňuje v podstate hocikomu predosťriť svoje požiadavky jako požiadavky stanovené právom - materiál- nym jadrom.*“¹⁷³ Upozorňuje pak na paradoxnost ochrany materiálního jádra ústav ze strany ústavních soudů, neboť pokud se jejich rozhodování postaví - v zájmu ochrany nadpozitivního jádra - proti vůli ústavodárné většiny odrážející vůli lidu, který ji zvolil, a vyjádřené v textu ústavy či její zpochybňované změny, jak mohou předpokládat, že tato většina bude respektovat jejich rozhodnutí¹⁷⁴ Následně pak dává koncepci materiálního jádra do vztahu k teorii společenské smlouvy (viz podkapitolu 6.2), která je - na rozdíl od „materiálního“ jádra - „*obhajobou materiálne opodstatneného formalizmu.*“¹⁷⁵

Pro úplnost výčtu přístupů zmiňme také poněkud vyhroceně odmítavý přístup Zdeňka Koudelky,¹⁷⁶ který již emocionálním názvem svého článku naznačuje, co si o koncepci materiálního ohniska ústavy myslí,¹⁷⁷ a který v hledání transcendentálního základu ústavnosti vidí jakousi konstitucionalistickou modloslužbu: „*Z náboženského hlediska je touha hledat transcendentální základ ústavy prostřednictvím jeho tzv. materiálního jadra, avšak s vědomým odmítáním tohoto základu v Bobu, výrazem snahy hledat boba mimo Boba. Jde o pohanickou snahu povýšit materiální jádro ústavy na nové božstvo, kterému se musí všichni, i ústavodárce sám, klanět a podřítit se mu. Ústavní soud pak má tendenci se pasovat na jeho neomezeného vykladače a tedy nové kněžstvo. Jde o důsledek vymazání Boba z textu ústavy, ale přitom setrvání na touze po zachování něčeho transcendentálního, co stojí mimo dispozici ústavodárce a co se nově nazývá materiální jádro ústavy.*“

¹⁷³ KÁČER, M. *Společenská smluva ako argument proti materiálnemu jadru*, In GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 138-166, na s. 142.

¹⁷⁴ Tamtéž, s. 148.

¹⁷⁵ Tamtéž, s. 162.

¹⁷⁶ Ona vyhrocenost je seznatelná již z toho, že klauzule věčnosti v demokratických ústavách „háze do jednoho pytle“ s proklamacemi nacistickými a bolševickými: „*Není klauzule věčnosti fakticky svým poměrům základem blížká heslům o tisícileté 3. Německé říši či „Se Sovětským svazem na věčné časy a nikdy jinak.“ Historie ukazuje, že společnost, která sebe sama prohlásí za vrchol dějin, je na počátku svého úpadku.*“ K tomu lze snad jen podotknout, že společnosti si nedávají do ústav klauzule věčnosti proto, aby si samy poblahopřály k „vrcholu dějin“, jehož právě dosáhly, ale aby si zabránily v návratu na dno, od něhož se právě odrazily.

¹⁷⁷ KOUDELKA, Z. Zlaté tele ústavnosti. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, č. 3/2010, s. 257 - 262.

Sám přiznám, že na těžkou otázku posledního vykladače a ochránce ústavy nemám jednoduchou odpověď, zejména ne odpověď, která by se dala zobecnit. Proto názory, které mám ve vztahu ke kompetenci Ústavního soudu ČR, vyjevím v podkapitole týkající se ČR, ve vztahu k ostatním zemím se zdržím jasných zobecnujících závěrů a zaměřím se spíše na otázky, které zobecnění vyžadují a umožňují, totiž na otázky rozdílu mezi materiálním jádrem ústavy a jejími nezměnitelnými náležitostmi a nad tím, zda lze v evropském kontextu hledat společné jmenovatele jejich obsahu a jaké to má důsledky pro evropskou integraci.

Neméně složitá je také s tím související otázka, zda ony klauzule věčnosti mají opravdu možnost stát se věčnými, tedy do jaké míry jejich věčnost ve skutečnosti podléhá nejen reinterpetaci ze strany jejich autoritativního vykladače, tedy typicky ústavního soudu, ale i možnosti změny nezměnitelných náležitostí novelou ústavy (viz portugalská doktrína *dupla revisão* rozebraná v podkapitole 3.4) či úplným odstraněním ústavy. Na tuto otázku budu hledat odpověď v kapitole 4. Ještě před tím je ale třeba rozebrat, jaké modely materiálních ohnisek ústavy známe z jednotlivých, zejména evropských, zemí a jak se jejich konstrukce projevuje jednak v judikatuře ústavních soudů a jednak v jejich udržitelnosti.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Zájemce o extenzivnější rozbor nejrůznějších nezměnitelných ustanovení ve světových ústavách odkazují na článek PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808; či na ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 657-719.

3 Nezměnitelné náležitosti v ústavách

Nezměnitelné náležitosti nacházíme v celé řadě ústav Evropy a světa. Roznai uvádí ve výzkumu z roku 2011, že ze 192 psaných ústav světa, jich 82 (tedy 42%) obsahuje nějaké nezměnitelné náležitosti. Z celkových 537 ústav minulosti a současnosti pak nezměnitelné náležitosti obsahuje 172 ústav (32%), přičemž za nezměnitelná jsou označena nejen ustanovení o republikánské formě vlády, demokracii, právním státě či ochraně lidských práv, jež jsou rozebrána níže, ale také islám jako státní náboženství (Alžírsko 1989 či Írán 1979), úřední jazyk (Alžírsko 1989 či Turecko 1982), sekularismus či oddělení církve od státu (Angola 2010 či Portugalsko 1976), územní integrita a nezávislost (Mauretánie 1991), nezávislost soudů (Angola 2010), dělba moci (Brazílie 1988), vláda ústavy (Ukrajina 1996) či suverenita lidu (Arménie 1995). Setkáváme se i se zcela unikátními nezměnitelnými ustanoveními, jako jsou dědičná práva státu a kompetence emíra (čl. 145 a 147 Ústavy Kataru z roku 2004) či nenapadnutelnost amnestií zaručených osobám, které porušovaly lidská práva (čl. 177 Ústavy Nigeru z roku 2010).¹⁷⁹

Ambicí této kapitoly ovšem zdaleka není rozebrat všechny tyto nezměnitelné náležitosti, nýbrž upozornit na některé typy nezměnitelných náležitostí ústav či zvláště vlivné příklady a na určité vývojové tendence v přijímání těchto ustanovení (Roznai by mluvil o „migraci“ tohoto konceptu). Vybral jsem proto k podrobnějšímu rozboru dvě evropské země, jejichž nezměnitelná ustanovení sloužila jako příklady pro ostatní: nejprve Francii s jejím skromným ustanovením o nezměnitelnosti republikánské formy vlády (vedle níž je probrána také Itálie, která se tímto ustanovením nechala inspirovat) a poté Německo, jehož Základní zákon je vzorem klauzule věčnosti reagující na zneužitelnost plně změnitelných ústav nedemokratickými meziválečnými režimy. Další dvě země pak slouží jednak jako příklad ústavodárného optimismu, věřícího, že do podoby nezměnitelných náležitostí ústavy může „zmrznout“ takřka jakkoli rozsáhlý výčet náležitostí (Portugalsko); jednak naopak jako příklad určité skromnosti ústavy, která umožňuje změnu svého materiálního jádra lidu, nikoli však parlamentu (Rakousko). Konečně jsou rozebrány i dvě mimoevropské země, neboť v nich ústavní, respektive nejvyšší, soud

¹⁷⁹ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 667-669.

dovodil, že má kompetenci rušit i ústavní dodatky, a to v jednom případě extenzivním výkladem nezměnitelných náležitostí ústavy (Turecko), v druhém případě pak na základě mlčení ústavy a následně i navzdory jejímu výslovnému zákazu takový přezkum provádět (Indie). Opomenuta samozřejmě nezůstanou ani nezměnitelná ustanovení Ústavy ČR.

3.1 Francie¹⁸⁰

Jakkoli učebnicovým příkladem a vzorem klausulí věčnosti v evropských ústavách je bezpochyby čl. 79 německého Základního zákona z roku 1949 (viz podkapitolu 3.3), již před jeho přijetím znaly ústavy nezměnitelné náležitosti, které měly zároveň představovat jádro dané ústavy. Jedno z prvních takových ustanovení (s omezenou výjimkou výše uvedeného čl. V. Ústavy USA a Ústavy Švýcarské helvétské republiky) nacházíme ve Francii, konkrétně v novelizované podobě Ústavy Třetí republiky, která zareagovala na periodické střídání monarchie (starého předrevolučního režimu, konstituční monarchie Ludvíka XVI., napoleonského Prvního císařství, bourbonské restaurace, červencové monarchie Ludvíka Filipa a Druhého císařství Napoleona III.) a republiky (První republiky po francouzské revoluci a krátkodeché Druhé republiky po revoluci roku 1848) ustanovením stanovujícím republiku jako „věčnou“ formu vlády pro všechny budoucí ústavy (Francii čekaly ještě přinejmenším dvě). Jakkoli tak nešlo - na rozdíl od následně rozebíraných ústav - o reakci na některý z moderních nedemokratických režimů, šlo přesto o reakci na minulý režim a na zkušenost s neodolatelnou vábivostí, již pro Francouze podvědomě má slovo „l'Empereur“. Zaslouží si proto krátké uvedení do historických souvislostí, z nichž tato prvá klauzule věčnosti vzešla.

Poté, co v důsledku porážky u Sedanu v prusko-francouzské válce padla vláda Napoleona III. a s ním i Druhé císařství, byla na pařížské radnici vyhlášena republika, přestože většina země si republikánský režim patrně nepřála. Georges Duby k tomu uvádí: „*Ve skutečnosti Paříž (či lépe řečeno určitý počet Pařížanů) ještě jednou vnuťtila svou vůli celé zemi - samozřejmě aniž by přihlédla k jejímu názoru.*“¹⁸¹ Nechť lidu

¹⁸⁰ V této podkapitole využívám poznatků ze Studentské vědecko-odborné práce, která vznikla pod mým pedagogickým vedením, konkrétně ze zdařilé práce Kateřiny Chovancové *Nezměnitelná ustanovení ve francouzských ústavách od Třetí po Pátou republiku*.

¹⁸¹ DUBY, G. a kol. *Dějiny Francie od počátků po současnost*. Praha: Karolinum, 2003, s. 569. Viz též FURET, F. *Francouzská revoluce. Díl 2. Ukončit revoluci. Od Ludvíka XVIII. po Julese Ferryho (1815-1880)*. Praha: Argo, 2007.

k nastolení republiky, kterou si stále mnoho obyvatel spojovalo s První republikou (včetně jakobínského teroru) a krvavými revolučními událostmi, se projevila ve volbách do Národního shromáždění konaných 8. února 1871. V těchto volbách získali republikánští kandidáti pouze třetinu křesel. V doplňkových volbách po porážce Pařížské komuny z roku 1871 už ovšem vítězí republikánští kandidáti nad monarchisty. Dosavadní představitel výkonné moci Adolph Thiers ztrácí oporu v Národním shromáždění a podává demisi s myšlenkou, že se nenajde jiný kandidát, který by ho chtěl nahradit. Demise je však přijata a Thierse nahrazuje ve funkci velitel armády Patrice de MacMahon. Na podzim roku 1873 pověřilo Národní shromáždění komisi specialistů vypracováním ústavy. Z činnosti komise a protichůdných tendencí v Národním shromáždění vzešly roku 1875 tři ústavní zákony, které společně tvořily Ústavu Třetí francouzské republiky.¹⁸² Ta ještě monarchické zřízení nijak razantně neodmítala, neboť koneckonců většina parlamentu byla stále monarchistická (podle Ondřeje Preusse se pouze nedokázala včas shodnout na vhodném panovníkovi,¹⁸³ což bylo dáno i rozštěpením monarchistů hned na tři tábory¹⁸⁴) a Carl Schmitt přímo tvrdí, že zůstávala otevřena znovuzavedení monarchie; Francie tak jeho pohledem neměla do roku 1884 kompletní ústavu. Pokusy prezidenta MacMahona (mimochodem, monarchisticky smýšlejícího, jak připomíná Ondřej Preuss¹⁸⁵) využít kvazi-monarchické kompetence, zejména jeho neúspěšný pokus rozpustit Parlament (tzv. „MacMahonův puč“), vedly k tomu, že se lidová podpora přiklonila na stranu republikánské formy vlády, což se projevilo nejen

¹⁸² Prvním z nich byl zákon ze dne 24. února 1875 upravující organizaci Senátu, dále zákon ze dne 25. února upravující organizaci veřejné moci a zákon ze dne 6. července o vzájemných vztazích mezi orgány veřejné moci. K prvním dvěma ústavním zákonům se vztahovaly ještě dva další zákony přijaté v témže roce, a to zákon o volbách do Senátu a zákon o volbách do Poslanecké sněmovny. Navíc i samotný Senát byl úlitbou monarchistům, protože zakotvoval doživotní členství, teprve od roku 1884 bylo po konsolidaci myšlenky republiky zavedno devítileté volební období.

¹⁸³ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 794.

¹⁸⁴ Šlo o tábor legitimistický, tedy odkazující se na původní linii Bourbonů, z níž pocházel naposled Karel X., dále tábor orleanistický (odkazující se na Ludvíka Filipa) a slabší tábor bonapartistický. Nejpravděpodobnějším pretendentem byl hrabě pařížský, tedy Bourbon z hlavní linie, který se ovšem odmítal vzdát předrevoluční monarchistické bílé vlajky, což však už bylo pro Francouze nepřijatelné. Za tuto poznámku i za vzhled do postavení Senátu za Třetí republiky děkuji Janu Kyselovi.

¹⁸⁵ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 794.

ve změně textu Ústavy Třetí republiky, ale i v tom, že se následně prezidenti zdráhali využívat i ty kompetence, které podle ústavního textu měli, zejména právo veta v zákonodárném procesu.¹⁸⁶

Republikáni, kteří na začátku 80. let 19. století získali většinu jak v Poslanecké sněmovně, tak i v Senátu, nesouhlasili s monarchistickými prvky v ústavních zákonech z roku 1875, což podle nich vyžadovalo změnu Ústavy: „*Bylo třeba odstranit všechny monarchistické myšlenky, které Ústava z roku 1875 zahrnovala.*“¹⁸⁷ To bylo provedeno zejména ústavním zákonem ze dne 14. srpna 1884, jímž bylo do čl. 8 odst. 3 ústavy vneseno nezměnitelné ustanovení (povšimněme si, že samo bylo pouze novelou!) v následující podobě: „*Republikánská forma vlády nemůže být předmětem návrhu změny ústavy. Členové rodů, které dříve vládly Francii, jsou nezpůsobilými (inéligibles) do prezidentského úřadu.*“¹⁸⁸ Obě věty reagují na výše zmíněnou historickou zkušenost, první obecněji na přitažlivost monarchie v srdcích Francouzů, druhá konkrétněji na to, že Ludvík Napoleon byl nejprve roku 1848 zvolen prezidentem Druhé republiky, než se roku 1852 prohlásil císařem a nechal se coby Napoleon III. potvrdit v plebiscitu.

Již za doby Třetí republiky ovšem zaznívaly hlasy, které šly ve vymezení nezměnitelných náležitostí ústavy daleko nad rámec čl. 8. Maurice Hauriou (jeden z inspirátorů Carla Schmitta) prosazoval již roku 1923 koncept ústavní nadzákonnosti (*super-légalité constitutionnelle*) a tvrdil, že kromě republikánské formy vlády, která je ústavou výslovně označena za nezměnitelnou, „*existuje mnoho základních principů, které zakládají ústavní legitimitu postavenou nad psanou Ústavu... není třeba je zaktovit v textu, neboť ze své samotné povahy existují a prosazují se bez textuálního zachycení.*“¹⁸⁹

Třetí republika byla fakticky zničena další francouzskou porážkou od Němců, tentokrát v roce 1940 a rozdělením Francie na nacisty přímo okupovanou severní část a na jih ovládaný kolaborantskou vichystickou vládou maršála Philippe Pétaina.

¹⁸⁶ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 82.

¹⁸⁷ „*Il fallait éliminer de la Constitution de 1875 tous les ferments monarchiques qu'elle comportait.*“ GODECHOT, J. *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier Flammarion, 1970, s. 328.

¹⁸⁸ „*La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision. Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République.*“ Viz GODECHOT, J. *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier Flammarion, 1970, s. 337. Překlad Kateřina Chovancová.

¹⁸⁹ HAURIOU, M. *Précis de droit constitutionnel*. 1923, s. 297, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 674.

Právně ovšem nezanikla, jak měl prokázat první článek nařízení z 9. srpna 1944 o obnovení republikánské zákonnosti, který stanovil kontinuitu s předválečným režimem: „*Formou vlády Francie je a zůstává republika. Právně nepřestala existovat.*“¹⁹⁰

Právně tak Třetí republika zanikla až přijetím Ústavy Čtvrté republiky roku 1946. V článku 95 Ústavy z roku 1946 je opět zakotveno totéž ustanovení jako v novele Ústavy Třetí republiky z roku 1884, tedy nemožnost změny republikánské formy vlády. Ovšem nenásleduje již další část ustanovení hovořící o nevolitelnosti členů dříve vládnoucích rodů Francie do prezidentského úřadu, neboť pro Francii čtyřicátých let dvacátého století již návrat monarchie nebyl reálnou hrozbou.

Navzdory nereálnosti monarchistických hrozeb zůstalo obdobné ustanovení i v Ústavě Páté republiky vytvořené po nástupu Charlese de Gaulla do funkce premiéra (a národního zachránce, tentokrát pro období krize vyvolané válkou v Alžírsku) a přijaté v referendu 28. 9. 1958. Klauzuli věčnosti nacházíme v článku 89, který upravuje proceduru změny Ústavy (respektive dvě procedury, připouští totiž jednak postup čistě parlamentní, jednak postup se zapojením lidu v referendu). V jeho odst. 5 opět nacházíme formulaci, kterou si s sebou francouzská ústavnost nese již od roku 1884: „*Republikánská forma vlády nemůže být předmětem změny.*“¹⁹¹

Nadústavní charakter má nadto i odst. 4 téhož článku 89: „*Žádná procedura změny nemůže být závažná či následována, jestliže ohrožuje celistvost území.*“¹⁹² Jde o mírně pozměněné znění ustanovení z Ústavy Čtvrté republiky, která v čl. 94 vylučovala, aby v případě okupace státu či jeho části byla Ústava měněna.¹⁹³ Ovšem toto ustanovení lze chápat širěji, neboť zde již není dána podmínka „okupace území cizími silami“, jako tomu bylo v Ústavě Čtvrté republiky. Ustanovení tedy zakazuje jakoukoliv změnu Ústavy směřující proti celistvosti území, kdežto v případě Ústavy Čtvrté republiky šlo pouze o změnu přijatou během okupace cizími silami.

¹⁹⁰ „*La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister.*“ Čl. 1 nařízení Prozatímní vlády Francie ze dne 9. srpna 1944. In *Legifrance.gouv.fr*; naposledy navštíveno dne 2. 3. 2013.

¹⁹¹ „*La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.*“

¹⁹² „*Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.*“

¹⁹³ „*Au cas d'occupation de tout ou partie du territoire métropolitain par des forces étrangères, aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie.*“

K výkladu ústavy je ve Francii příslušná Ústavní rada (*Conseil constitutionnel*, do jejího ustavení žádný orgán soudního typu,¹⁹⁴ jemuž by byla přirčena kontrola ústavnosti, neexistoval¹⁹⁵), která se i k čl. 89 vyjádřila v několika rozhodnutích, z nichž vyplývá, že je vnímá jako nezměnitelná, a tedy stojící mimo novelizační kompetenci Parlamentu coby ústavozákonodárce-moci odvozené (*pouvoir constituant dérivé*). V rozhodnutí z 15. 3. 1999, které se vztahovalo k ústavnímu zákonu o Nové Kaledonii, se Ústavní rada vyslovila v tom smyslu, že *pouvoir constituant dérivé* může Ústavu měnit, ovšem s výjimkou ustanovení článků 7, 16 a 89 Ústavy.¹⁹⁶ Ve svém rozhodnutí ze dne 26. 3. 2003 pak Ústavní rada judikovala, že na základě pravomocí jí daných Ústavou není kompetentní k posouzení, zda je předmětný ústavní zákon v souladu s článkem 89 Ústavy: „*Při zvažování, že kompetence Ústavní rady jsou striktně vymezeny v Ústavě, (...) nemůže být Ústavní rada povolávána k tomu, aby se vyslovila v jiných případech než v těch, které jsou výslovně předpokládány textem Ústavy.*“¹⁹⁷

Ústavní rada se tak vydala opačnou cestou, než český Ústavní soud v níže rozebraném nálezu ve věci Melčák a v něm položená otázka, kdo je tedy povolán ke strážení toho, zda Parlament při změnách ústavy nepřekročil limity dané nezměnitelnými ustanoveními Ústavy, zůstává ve Francii nezodpovězena. Jak z toho dovozuje doktrína: „*Určitá omezení pro provedení změny Ústavy jsou dána, ovšem kontrola jejich dodržování není zaručena.*“¹⁹⁸ Možná to však budou právě změny vyžadované evropskou integrací, které narazí na limity v podobě nezměnitelných ustanovení francouzské

¹⁹⁴ Podle konzulské ústavy z roku 1799, stejně jako za prvního i druhého císařství existoval alespoň politický orgán kontroly ústavnosti zákonů, neboť tato funkce byla svěřena Senátu. Za tuto poznámku děkuji Janu Kyselovi.

¹⁹⁵ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 794.

¹⁹⁶ „*Rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles...*“ Rozhodnutí Ústavní rady ze dne 15. 3. 1999, sp. zn. 99-410 DC.

¹⁹⁷ „*Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution: (...) que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes.*“

Rozhodnutí Ústavní rady ze dne 26. 3. 2003, sp. zn. 2003-469 DC. Viz též PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 94.

¹⁹⁸ ROUSSEAU, D. *La constitution peut-elle être modifiée?* Dostupné z: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2008-cinquante-treize-la-constitution-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-20.25811.html>, naposledy navštíveno dne 8. 8. 2013.

ústavy, jak naznačila Ústavní rada v rozhodnutí z roku 2006: „*Implementace směrnic EU nesmí porušit ustanovení či princip, který je součástí ústavní identity Francie, ledaže by k tomu svolila ustavující moc.*”¹⁹⁹

Jakkoli ovšem Ústavní rada využívá rozebírané ustanovení pouze skromně, přesto bylo natolik viditelným, aby inspirovalo celou řadu ústav světa, které po francouzském vzoru obsahují ustanovení o nezměnitelnosti právě republikánské formy vlády: Alžírsko 1989 (čl. 178); Itálie 1947 (čl. 139); Moldavsko 1994 (čl. 142); Kamerun 1972 (čl. 64); Čečensko 2003 (čl. 112); Kongo 2006 (čl. 220); Džibuti 1992 (čl. 88); Rovníková Guinea 1991 (čl. 104); Madagaskar 2010 (čl. 163); Mauretánie 1991 (čl. 99); Portugalsko 1976 (čl. 288); Rumunsko 1991 (čl. 152); Rwanda 2003 (čl. 163); či Turecko 1982 (čl. 4).²⁰⁰

3.2 Itálie²⁰¹

Francouzskými ústavami se tedy v otázce nezměnitelných náležitostí inspirovala také Ústava Italské republiky, proto zmiňme stručně i ji. Text současné italské ústavy byl Ústavodárným shromážděním Italské republiky schválen 22. 12. 1947, *La Costituzione della Repubblica Italiana* následně nabyla účinnosti 1. 1. 1948,²⁰² čímž skončila platnost dosavadní monarchistické ústavy, tzv. Albertinského statutu z března 1848. Podle něj byla Itálie od svého sjednocení roku 1861 královstvím a na tomto faktu nic nezměnil ani fašistický režim. Bylo proto přirozené, že v očích mnoha italských občanů došlo k diskreditaci monarchistické formy vlády, a nebylo překvapením, když v referendu vyhlášeném na 2. 6. 1946, v němž Italové měli rozhodnout mezi republikánskou a monarchistickou formou vlády, zvítězila republika, a to poměrem 12 717 923 hlasů pro republiku proti 10 719 284 hlasům pro monarchii.²⁰³ Výsledek referenda byl následně „petrifikován“ v čl. 139 Ústavy

¹⁹⁹ Rozhodnutí Ústavní rady ze dne 27. 7. 2006, sp. zn. 2006-540 DC, Recueil des décisions (2006), 88, 92. Cit. dle VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1435.

²⁰⁰ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 667. Podrobně k některým z těchto ústav i jejich předchůdkyním viz v následujících podkapitolách.

²⁰¹ V této podkapitole využívám poznatku ze Studentské vědecko-odborné práce, která vznikla pod mým pedagogickým vedením, konkrétně ze zdařilé práce Ondřeje Poláka *Materiální obnisko italské ústavy*.

²⁰² Srov. VIRGA, P. *Diritto costituzionale*. 8. vyd. Varese: Giuffrè, 1976, s. 15.

²⁰³ Srov. VIRGA, P. *Diritto costituzionale*. 8. vyd. Varese: Giuffrè, 1976, s. 14.

Italské republiky, jenž se velmi výrazně podobá výše rozebraným ustanovením francouzských ústav: „*Republikánská forma nemůže být předmětem ústavní revize*.“²⁰⁴ Podobně jako Ústava Třetí republiky dodává i tato čerstvě republikánská ústava vzkaz členům dosud vládnoucí savojské dynastie, že její členové nemají aktivní ani pasivní volební právo, nesmějí zastávat veřejné úřady a nesmějí se vrátit na území Itálie.²⁰⁵

Co se týče interpretace článku 139, Ondřej Polák nachází v italské odborné literatuře akademiky přiklánějící se k výkladu (i) zužujícímu i (ii) rozšiřujícímu.

Podle (i) zužující interpretace je možné na čl. 139 nahlížet jako na ustanovení, jehož účelem je pouze zamezit restauraci monarchistické formy vlády. Tento názor prezentuje Alessandro Pace, který v italské klauzuli věčnosti vidí „*zákaz svěřit pravomoc činit nejdůležitější politická rozhodnutí (přímo či nepřímo) nevoleným orgánům a zákaz obrozovat právní poměry, které mohou být považovány za zásadní pro republikánskou formu [vlády] (rovnost, všeobecnost volebního práva, rovnost v přístupu k veřejným funkcím atd.)*.“²⁰⁶ Stefano Maria Cicconetti pak uvádí, že klauzule věčnosti v Ústavě Italské republiky „*vylučuje, aby mohla být přímo změněna ustanovení, která svým obsahem odkazují na republiku; aby mohla být zrušena funkce prezidenta republiky kvůli znovuzavedení monarchické hlavy státu; aby, ač by byla funkce prezidenta republiky formálně zachována, byly ve své podstatě obměněny prvky [prequisiti], které jsou jí vlastní, stanovením kupříkladu toho, aby [funkce prezidenta] byla doživotní nebo aby se do ní nastupovalo nikoliv zvolením, nýbrž dědičným právem*.“²⁰⁷ Někteří autoři zastávající (i) restriktivní interpretaci přitom pojmají limitaci stanovenou čl. 139 jako (ia) absolutní omezení, jež nemůže být v žádném případě změněno nebo zrušeno; jiní naopak jako (ib) omezení relativní.

²⁰⁴ „*La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*.“ Překlad Ondřej Polák.

²⁰⁵ „*I membri e i discendenti di Casa Savoia non sono elettori e non possono ricoprire uffici pubblici ne' cariche elettive. Agli ex re di Casa Savoia, alle loro consorti e ai loro discendenti maschi sono vietati l'ingresso e il soggiorno nel territorio nazionale. I beni, esistenti nel territorio nazionale, degli ex re di Casa Savoia, delle loro consorti e dei loro discendenti maschi, sono avocati allo Stato. I trasferimenti e le costituzioni di diritti reali sui beni stessi, che siano avvenuti dopo il 2 giugno 1946, sono nulli*.“ Tato část byla zrušena ústavním zákonem č. 1 z 23. 10. 2002, vyhlášeným v Úředním věstníku (Gazzetta Ufficiale) pod č. 252 dne 26. 10. 2002. Překlad Ondřej Polák.

²⁰⁶ FARAGUNA, P. *L'enigmatico statuto dei „principi supremi“: un'indagine empirica su limiti e „controlimiti“*. Annali, IUSS, č. 4/2010, s. 14. Překlad Ondřej Polák.

²⁰⁷ Tamtéž. Překlad Ondřej Polák.

Enrico Grosso s Valerií Marcenòvou²⁰⁸ rozlišují dvě teorie vyskytující se v literatuře, jejichž účelem je demonstrovat „překonatelnost“ italské klauzule věčnosti: první z nich vykládá čl. 139 *a contrario* v tom smyslu, že jeho smyslem není zakázat změnu formy vlády úplně, nýbrž zapovědět její úpravu způsobem, kterým čl. 138 stanovuje procedurální podmínky pro přijímání „revizních“ i všech jiných ústavních zákonů. Čl. 139 by tak v pojetí této teorie mohl být zrušen cestou referenda o zrušení zákona v souladu s čl. 75 italské ústavy nebo mimořádným referendem - takovým, v jakém bylo v roce 1946 rozhodnuto o republikánské formě vlády.²⁰⁹ Druhá teorie připouští (podobně jako doktrína portugalská, viz podkapitulu 3.4) tzv. dvoustupňovou revizi (*doppio grado di revisione*).²¹⁰ Její první stupeň tvoří zrušení klauzule věčnosti, ve druhém stupni pak může ústavní zákonodárce přistoupit k libovolné změně ústavy.

Oproti tomu zastánci (ii) extenzivního výkladu čl. 139 obvykle spojují republikánskou formu vlády s pozitivními hodnotami typickými pro demokratické státy. Kupříkladu Antonio Reposo tvrdí, že ze znění čl. 139 není možné vyvodit pouze princip volenosti (*elettività*) hlavy státu, ale také celou řadu „přídavků“ (*corollari*) s takovou volbou spojených.²¹¹ Prezident republiky tak nemůže být zvolen jiným způsobem, než při společné schůzi členů Parlamentu Italské republiky; orgány,²¹² které se na volbě prezidenta podílejí, musí být volitelné na základě systému, v němž se projevuje všeobecné volební právo, všeobecnost pasivního volebního práva a proporční princip volebního systému. Reposo dále uvádí, že nerevidovatelná republikánská forma vlády je založena na rovnováze, kterou pokrývá pojem „nepřímá demokracie“. Ze znění čl. 139 tedy vyvozuje, že toto ustanovení garantuje také nedotknutelnost demokratického zřízení Italské republiky.²¹³ Paolo Barile - další z autorů příklánějící se k extenzivní interpretaci - uvádí, že před ústavní

²⁰⁸ Tamtéž, s. 7.

²⁰⁹ Tamtéž.

²¹⁰ Srov. např. GROSSO, E., MARCENÒ, V. Commento all'articolo 139. In BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M. *Commentario della Costituzione - Tomo III: artt 101-139*. Torino: UTET Giuridica, 2006, s. 7 an. nebo GAMBINO, S. Sui limiti alla revisione della Costituzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Č. 8/2010, s. 67. Cit. dle POLÁK, O. *Materiální obnisko italské ústavy*. Studentská vědecko-odborná práce, vedoucí Pavel Molek, Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2014.

²¹¹ Tamtéž, s. 16.

²¹² Vedle obou komor (*Camera dei deputati a Senato della Repubblica*) Parlamentu Italské republiky jsou to tzv. regionální rady - srov. čl. 83 italské ústavy.

²¹³ Srov. FARAGUNA, P. *L'enigmatico statuto dei „principi supremi“: un'indagine empirica su limiti e „controllimiti“*. *Annali, IUSS*, č. 4/2010, s. 16.

revizí, jež by zasáhla do současné podstaty italského státu, by měly být uchráněny všechny ústavní normy spojené s pluralitou politických stran a tzv. právy občanské svobody (*diritti di libertà civile*).²¹⁴ Carlo Esposito klade důraz na princip nerozdělitelnosti Italské republiky²¹⁵ a Vezio Crisafulli ze znění čl. 139 vyvozuje potřebu ochrany principů rovnosti, rigidity ústavy, svrchovanosti lidu a „demokratičnosti“ (*democraticità*) republiky.²¹⁶ Ještě důslednější je ve vyjmenovávání principů spojených s republikánskou formou vlády Antonio Baldassarre, jenž ve znění čl. 139 spatřuje ochranu „republikánského principu, tedy minimálního celku hodnot a norem, bez jejichž existence by právní řád nemohl být určen jako demokratický, mezi nimi [se nachází] například suverenita lidu, odpovědnost vlády, účelné rozdělení sil, princip zákonnosti soudních záruk (srov. rozsudek č. 18/1982),²¹⁷ uznání svobodného sdružování a [svobodné] aktivity politických stran, sociální a institucionální pluralismus, soudní nezávislost, princip rovnosti.“²¹⁸ Toto rozšiřující pojetí republikanismu vlastně vychází nikoli z republiky jako formy vlády, ale z republikanismu jako politické ideje, která má kořeny ve starém Římě a do níž v novověku bývá zahrnována přinejmenším dělba moci a zastupitelská vláda. Tímto pohledem si pak lze představit i republiku, která nemá s takto vnímaným „republikánstvím“ mnoho společného.²¹⁹

Problematika výkladu čl. 139, jakož i vymezení materiálního ohniska ústavy se objevuje také v judikatuře italského ústavního soudu, z níž vyčnívá rozhodnutí č. 1146/1988 ze dne 15. 12. 1988. Ústavní soud předsedy Francesca Saji se v něm vyjadřoval k otázce ústavnosti čl. 28 a čl. 49 dekretu prezidenta republiky č. 670 z 31. 8. 1971 - zvláštního statutu oblasti Tridentsko-Horní Adiže. Klíčovou je zde pasáž, ve které se italský ústavní soud vyrovnává s námitkou úřadu nejvyššího státního advokáta (*L'Avvocatura generale dello Stato*) ohledně nepřezkoumatelnosti ustanovení právní síly ústavního zákona ze strany Ústavního soudu Italské republiky. Ústavní soud uvedl, že italská ústava „obsahuje nejvyšší principy, které ve svém základním obsahu nemohou být rozvráceny [sovvertiti] nebo změněny ani zákonem ústavní revize ani jiným ústavním zákonem. Takové jsou jak principy, které ústava explicitně stanovuje jako absolutní

²¹⁴ Tamtéž, s. 17.

²¹⁵ Tamtéž.

²¹⁶ Tamtéž.

²¹⁷ Rozhodnutím č. 18/1982 Ústavní soud Italské republiky stanovil, že požadavku ústavní konformity musí vyhovět také církevní soudy.

²¹⁸ FARAGUNA, P. *L'enigmatico statuto dei „principi supremi“: un'indagine empirica su limiti e „controlimiti“*. Annali, IUSS, č. 4/2010, s. 20-21. Překlad Ondřej Polák.

²¹⁹ Za tuto poznámku děkuji Janu Kyselovi.

omezení ústavní revize, jako je republikánská forma [vlády] (čl. 139 ústavy), tak i principy, které, přestože nejsou výslovně zmíněny mezi těmi, jež nepodléhají procesu ústavní revize, náleží k jádru nejvyšších hodnot, na nichž je založena italská ústava.“ Soud dále odkázal na svou judikaturu týkající se nejvyšších principů a prohlásil se být povoláním k tomu, aby zkoumal „soulad zákonů, jimiž je revidována ústava, a dalších ústavních zákonů také ve srovnání s nejvyššími principy ústavního pořádku. Pokud by tomu tak ostatně nebylo, došlo by k absurdní situaci, ve které by systém soudních záruk ústavy byl považován za vadný nebo neúčinný právě ve vztahu k jejím normám zvýšené hodnoty.“²²⁰ Jinak řečeno, kromě výslovně zakotvené nezměnitelné náležitosti v podobě republikánské formy vlády, zařazuje italský ústavní soud mezi nezměnitelné náležitosti také další principy, které nepodléhají ústavní revizi. Na základě této argumentace byla vznesená námitka nejvyššího státního advokáta zamítnuta. Citované rozhodnutí je významné tím, že v něm italský ústavní soud poprvé blíže definoval pojem „nejvyšší principy“ (*principi supremi*).

Gallo k tomuto dodává, že ač zatím v judikatuře nebyl ustálen kompletní seznam těchto principů, je možné z rozhodovací praxe italského ústavního soudu vyvodit některé z nich: princip svrchovanosti lidu, princip jednoty a nerozdělitelnosti republiky, princip sekulárního státu, princip „jednotnosti“ ústavní jurisdikce (*l'unità della giurisdizione costituzionale*), princip práva na soudní ochranu v jakékoli fázi a v jakémkoliv stupni soudního řízení, princip samostatnosti a nezávislosti soudní moci nebo princip neporušitelnosti lidských práv obecně uvedených v čl. 2, konkrétně pak v čl. 13, čl. 14 a čl. 15²²¹ Ústavy Italské republiky.²²² Zdá se tak, že pojem „nejvyšší principy“ je zaměnitelný s pojmem „materiální ohnisko ústavy“ a dvě složky tvořící jeho obsah byly vymezeny právě v rozsudku č. 1146/1988. První z nich je republikánská forma vlády, výslovně chráněná čl. 139. Druhou složkou je potom skupina nejvyšších principů, o jejichž vynětí z předmětu ústavní revize již v italské ústavě zmínka není. Jinak řečeno, ústavní soud v citovaném rozhodnutí naznačil, že materiální ohnisko je v italské ústavě nezměnitelným ustanovením zmíněno a chráněno pouze částečně. Úlohou ústavního soudu je potom aktivně vyhledat implicitní část materiálního ohniska a toto ohnisko následně chránit jako celek.

²²⁰ Rozhodnutí Ústavního soudu Italské republiky č. 1146/1988. Viz ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 686.

²²¹ V čl. 2 italské ústavy jsou zmíněny uznání a garance neporušitelných práv člověka, čl. 13, čl. 14 a čl. 15 potom upravují neporušitelnost lidské svobody, obydlí, respektive svobody a tajnosti korespondence a všech ostatních způsobů komunikace.

²²² Srov. GALLO, F. *Possibilità e limiti della revisione costituzionale*. Quad. cost., 2013, s. 9-10.

3.3 Německo²²³

Přímo modelovým příkladem, zejména pro země s nedemokratickou zkušeností, je klauzule věčnosti (*Enigkeitsgarantie*, *Enigkeitsklausel*) obsažená v čl. 79 odst. 3 Základního zákona Spolkové republiky Německo z roku 1949: „*Změna tohoto Základního zákona, která se dotýká členění spolku do zemí, zásadního spolupůsobení zemí při zákonodárství nebo zásad stanovených v člancích 1 a 20 je nepřípustná.*“²²⁴

Přitom je nutno z hlediska obsahu citované klauzule dovysvětlit odkazy v něm obsažené: čl. 1²²⁵ Základního zákona garantuje důstojnost člověka (v čemž jsou podle doktríny zahrnuta i lidská práva, podle Dreiera dopadá klauzule věčnosti i na mezinárodní smlouvy chránící lidská práva a v mezinárodněprávním konceptu *ius cogens* dokonce vidí jednu z inspirací této klauzule²²⁶) a čl. 20²²⁷ principy republikanismu, demokratického a sociálního státu, suverenity lidu, dělbu moci, vázanost státní moci zákonem a také právo na odpor.²²⁸

Čl. 79 odst. 3 navazuje na odst. 1 téhož článku, podle nějž může být Základní zákon měněn jen zákonem, který výslovně mění či doplňuje text Základního zákona, přičemž musí být schválen dvoutřetinovou většinou ve Spolkovém sněmu a Spolkové radě. Ty zde vystupují toliko coby moc ustavená. Grinc k tomu shrnuje německou doktrínu: „*Zatímco Základní zákon je výrazem moci ustavující*

²²³ Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 36-40.

²²⁴ „*Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.*“

²²⁵ „*Artikel 1*

(1) *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*

(2) *Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.*

(3) *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.*“

²²⁶ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar*. Band II. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1507.

²²⁷ „*Artikel 20*

(1) *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*

(2) *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.*

(3) *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*

(4) *Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.*“

²²⁸ K jednotlivým součástem viz DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar*. Band II. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1512-1523.

(ústavodárství, *Verfassungsgebung*), která náleží lidu, jeho pozdější změny (ústavní zákonodárství, *Verfassungsgesetzgebung*) jsou již jen projevy moci ustavené, vykonávané orgány povolanými k tomu Základním zákonem. Čl. 79 odst. 3 GG pak vyjadřuje heteronomní vázanost zákonodárce, který mění ústavu, určitými základními rozhodnutími (*Grundentscheidungen*) ústavodárce. ²²⁹ Jde o ustanovení, které představuje „jedinečné materiální měřítko přípustnosti změn Ústavy, a používá potud vyšší postavení než ostatní ústavní normy. Váže ovšem pouze zákonodárce měnícího Ústavu, nikoli již původního ústavodárce (*pouvoir constituant*).“ ²³⁰

Původní ústavodárce má totiž přímo v Základním zákoně zakotvenu možnost stávající ústavu odstranit a nahradit ji ústavou zcela novou, na niž by se patrně již limity čl. 79 Základního zákona nevztahovaly. ²³¹ Tato možnost je obsažena v čl. 146 Základního zákona, podle nějž „[T]ento Základní zákon, který po naplnění jednoty a svobody Německa platí pro celý německý národ, ztratí svou platnost v den, kdy vstoupí v účinnost ústava přijatá svobodným rozhodnutím německého národa.“ ²³² Oba články mají zásadně odlišnou povahu: článkem 79 odst. 3 totiž lid jako ústavodárce (*Verfassungsgeber*) není vázán, naopak jím zavazuje (ústavo)zákonodárce (*Verfassungsgesetzgeber*). Do jaké míry či jakým způsobem je ovšem sám ústavodárce vázán článkem 146, není jasné, neboť jakkoli je v něm vysloven předpoklad přijetí nové ústavy, není zjevné, zda a jak by se vlastně v rámci ústavy mohla realizovat ústavodárná (nikoli jen ústavo)zákonodárná moc, aniž by šlo o ústavní revoluci (viz kapitolu 4). ²³³ Někteří autoři (Bartlsperger či Kempen) proto mluví dokonce o čl. 146 jako protiústavní normě ústavy (*verfassungswidrige Verfassungsnorm*). ²³⁴ Zároveň nelze přehlédnout určité vnitřní napětí mezi oběma články, vyplývající ze specifické historické situace Německa v roce 1949 reagujícího souběžně na minulost nacistické totality a přítomnost rozděleného a okupovaného (ve východní části totalitním Sovětským svazem) Německa: zatímco svým článkem 79 odst. 3 vyjadřuje Základní zákon

²²⁹ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

²³⁰ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1509.

²³¹ Tamtéž, s. 1524.

²³² „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

²³³ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1525.

²³⁴ Cit. dle STARCK, Ch. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar. Band 3*. 4., vollständig neubearb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2001, s. 3096.

svou ambici po věčnosti v něm garantovaných hodnot, čl. 146 připomíná, že celý Základní zákon má být pouze provizoriem do znovusjednocení Německa. Střetává se tu tak naděje na věčnost jednoho ustanovení s nadějí na pomíjivost celého Základního zákona.

Co se týče samotného čl. 79 odst. 3 Základního zákona, zatímco lid má možnost změnit, respektive odstranit celou ústavu, pouhý ústavozačnický zákonodárce, tedy parlament, nemá nejen možnost změnit náležitosti, které čl. 79 odst. 3 Základního zákona označuje za nezměnitelné, ale patrně ani samotný tento článek. Jeho vlastní nezměnitelnost v něm totiž sice není výslovně zakotvena, ale jak připomíná Dreier, který v tom cituje převážnou část doktríny, vyplývá to jak z logiky výstavby normativního řádu, tak ze samotného smyslu celého článku 79 Základního zákona, totiž z rozdílu mezi původním aktem přijetí ústavy na straně jedné a ohraničenou kompetencí ke změně ústavy příslušející na straně druhé zákonodárci, který není oprávněn k tomu, aby se sám osvobodil z omezení, která jsou pro změnu ústavy zakotvena v ní samé.²³⁵

Německá klauzule věčnosti byla projednávána hned od konce druhé světové války. Arnold Brecht navrhoval její zakotvení již v roce 1945: „*Pro zabránění tomu, aby byla vláda většiny zneužita ke schválení barbarských opatření (...) by pro novou německou ústavu (stejně jako jakoukoli další demokratickou ústavu budoucnosti) bylo vhodné, aby v ní byly zahrnuty posvátné principy a standardy, které... by nemohly být zrušeny ani ústavními dodatky.*“²³⁶

Šlo přitom o koncept, který byl předválečné německé ústavnosti (počínaje Ústavou z Paulskirche z roku 1849 a konče Výmarskou ústavou z roku 1919) zcela cizí, jak ukazovala často citovaná věta státovědce Gerharda Anschütze, podle nějž „*Ústava nestojí nad zákonodárstvím, nýbrž je mu k dispozici*“ a ústavní změny jsou přípustné „*bez ohledu na jejich obsah a politické dopady*“.²³⁷ Zděšení z popření základů ústavnosti v moderním smyslu slova za nacistického režimu bylo ovšem silnější než předválečná tradice a přivedlo německou ústavnost k tomuto obratu o 180 stupňů.

²³⁵ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II.* 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1524.

²³⁶ BRECHT, A. *Federalism and Regionalism in Germany—The Division of Prussia*, 1945, s. 138, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 687.

²³⁷ Cit. dle DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II.* 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1504-5.

Ze zakotvení nedotknutelnosti klauzule věčnosti prakticky vyplývá, že návrh směřující ke změně v ní uvedených náležitostí nesmí být předložen k hlasování ve Spolkovém sněmu; pokud by o něm přesto bylo hlasováno, nesmí být žádnou většinou přijat; pokud by byl přesto přijat, spolkový prezident jej nesmí vyhlásit; pokud by jej prezident přesto vyhlásil, měl by Spolkový ústavní soud prohlásit takovou změnu Základního zákona za neplatnou.²³⁸ Jde tedy o konstrukci trochu připomínající Cimrmanovu Hospodu na mýtině: „*Jenže z pušky na vzducholod' nevystřelíš, a vystřelíš-li, netrefíš, a trefíš-li...*“

Kompetence zrušit ústavní revizi či ústavní dodatek vyplývá Spolkovému ústavnímu soudu z citovaného ustanovení pouze nepřímo. Spolkový ústavní soud rozhoduje podle čl. 93 odst. 1 bod 2 Základního zákona²³⁹ o slučitelnosti spolkového a zemského „práva“ (nikoli tedy pouze „zákona“) se Základním zákonem, ovšem jak uvádí Jan Grinc, vzhledem k evidentnímu úmyslu tvůrců Základního zákona od počátku nebylo velkého sporu v otázce, zda smí Spolkový ústavní soud v rámci své kompetence přezkoumávat i zákony podle čl. 79 odst. 2 Základního zákona (tedy změny jeho samého) z hlediska dodržení podmínek jeho čl. 79 odst. 3.²⁴⁰ Jde však o kompetenci spíše potenciální, neboť jak připomíná Ondřej Preuss, Spolkový ústavní soud k této kompetenci přistupuje velmi zdrženlivě a opatrně: „*Ač si svou kompetenci přezkoumávat ústavní novely hýčká, nikdy nebyl ochoten ji využít.*“²⁴¹

Na teoretickou možnost existence protiústavních ústavních norem odporujících nadzákonnému principu spravedlnosti přistoupil nejprve Bavorský ústavní soud, a to již v roce 1950, když akceptoval existenci základních principů odrážejících předústavní právo a vážících i samotného ústavodárce.²⁴²

²³⁸ MAUNZ, T., DÜRIG, G. *Grundgesetz - Kommentar*. München: C. H. Beck, 1997, Art. 79, s. 5.

²³⁹ „*Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:*

2. *bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche **Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze** oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages; (...)*“ (zvýraznění P.M.).

²⁴⁰ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

²⁴¹ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 797.

²⁴² Rozhodnutí Bavorského ústavního soudu ze dne 4. 4. 1950, 2 Verwaltungs- Rechtsprechung No. 65, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 674.

Spolkový ústavní soud pak takovou možnost připustil v roce 1953 v rozhodnutí *Gleichberechtigung*.²⁴³ V něm také uvedl, že případné odstranění takových základních principů nelze ponechat výlučně na vůli ústavního zákonodárce. Jak k tomu shrnuje Jan Grinc: „*Proti námitce, že by si přezkumem ústavních norem osoboval ústavodárnou moc, soud především argumentoval, že jeho obranná funkce je již svou povahou zcela odlišná od legislativní funkce zákonodárce. Je-li Spolkový ústavní soud povolán k ochraně nedotknutelných základních rozhodnutí ústavodárce, odchýlí se od vůle ústavodárce nikoli přezkumem ústavních norem, nýbrž odmítnutím takového přezkumu. Za měřítko přezkumu norem obsažených v původním znění Základního zákona soud označil ústavní normy nadzákonného charakteru (čl. 1 a 20 GG) a s odkazy na Gustava Radbrucha konstatoval, že ani ústavodárce nesmí překročit nejvyšší meze spravedlnosti.*“²⁴⁴

Již předtím ovšem Spolkový ústavní soud v rozhodnutí *Südweststaat*²⁴⁵ shledal, že v Základním zákoně jsou obsaženy některé základní principy a rozhodnutí (*verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen*), jímž jsou jednotlivá ustanovení Základního zákona podřízena a musejí s nimi být vykládány v souladu.²⁴⁶

Poprvé ovšem byla tato kompetence v praxi využita až na konci šedesátých let, a to v rozhodnutí o odposleších (*Abhörurteil*).²⁴⁷ V něm Spolkový ústavní soud konstatoval souladnost sedmnácté ústavní novely ze dne 24. 6. 1968²⁴⁸ měnící článek 10 Základního zákona chránícího listovní a telekomunikační tajemství,²⁴⁹ s článkem 79 odst. 3 Základního zákona (dále konstatovaný rozpor navazujícího zákona o omezení listovního, poštovního a telekomunikačního tajemství s článkem 10 odst. 2 Základního zákona není pro naše téma podstatný). Spolkový ústavní soud zde uvedl, že každé ústavní ustanovení musí být vykládáno v souladu se základními

²⁴³ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 18. 12. 1953, 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225.

²⁴⁴ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

²⁴⁵ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 23. 10. 1951, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14.

²⁴⁶ „*Die einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Aus dem Gesamtinhalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Diese sind deshalb so auszulegen, daß sie mit den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar sind.*“

²⁴⁷ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 15. 12. 1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 a 308/69, BVerfGE 30, 1.

²⁴⁸ Bundesgesetzbl. I S. 709.

²⁴⁹ Do čl. 10 Základního zákona byl doplněn odst. 2 věta druhá, podle níž z důvodu ochrany svobodného demokratického zřízení nebo existence či bezpečnosti státu mohl zákon stanovit, že dotčená osoba nebude o zásazích do této svobody ani dodatečně informována, a že namísto soudem bude následná kontrola provedena parlamentními orgány.

zásadami Základního zákona a jeho hodnotovým řádem, jak jsou vyjádřeny v klauzuli věčnosti. K jejímu smyslu pak uvedl, že má zabránit tomu, aby došlo k odstranění podstaty ústavního pořádku formálně legalistickou cestou přijetí novely Základního zákona, čímž by mohlo dojít ke zneužití za účelem legalizace totalitního režimu.²⁵⁰ V případě dané ústavní novely ovšem k takovému zásahu nedošlo, neboť důstojnost ve smyslu čl. 1 Základního zákona jí nebyla dotčena: i kontrola odposlechů prováděná parlamentním, nikoli soudním orgánem, byla totiž označena za dostatečnou; a sám čl. 79 odst. 3 Základního zákona musí být vykládán restriktivně, aby nebyla zcela negována možno Parlamentu ústavu měnit. Tři soudci (Geller, von Schlabrendorff a Rupp) ovšem v disentu prosazovali, že ona ústavní novela porušovala nejen článek 1 Základního zákona, ale i jeho článek 20 garantující dělbu moci, pod což podřazovali i ochranu práv jednotlivce, takže zde měla být předmětná kompetence využita plně, napadené ustanovení mělo být prohlášeno za neslučitelné s čl. 79 odst. 3 Základního zákona, a tudíž nicotné.

Následná dvě rozhodnutí, v nichž byla aktivována předmětná kompetence Spolkového ústavního soudu, se týkala pozemkových reforem souvisejících s restitucemi majetku zabaveného za sovětské okupace v letech 1945-1949 a navraceného (respektive nenavraceného) po znovusjednocení Německa. Ani v jednom z těchto dvou rozhodnutí²⁵¹ však nebylo shledáno porušení formálních ani materiálních limitů změn Základního zákona, neboť původní protiprávní akty odejmutí majetku vykonala cizí státní moc (sovětské okupační orgány), a to v době, kdy (či v místech, kde) Základní zákon ještě ani neplatil.

Za rozpornou se zásadou důstojnosti nebyla označena ani ústavní novela č. 39 z června 1993, již byla do čl. 16a Základního zákona vložena výhrada, že práva na azyl nepožívají v Německu ti cizinci, kteří do Německa vstoupili z „bezpečné třetí země“, tedy z jiné členské země EU nebo ze země zaručující ochranu lidských práv ve smyslu Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.²⁵²

²⁵⁰ Viz bod 99 rozhodnutí.

²⁵¹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 23. 4. 1991, 1 BvR 1170/90; 1 BvR 1174/90; 1 BvR 1175/90; a rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 18. 4. 1996, 1 BvR 1452/90; 1 BvR 1458/90; 1 BvR 2031/94, BVerfGE 94, 12.

²⁵² Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 14. 5. 1996, 2 BvR 1938/93; 2 BvR 2315/93.

Odposlechů se pak týkalo rozhodnutí *Großer Lauschaangriff*,²⁵³ jímž Spolkový ústavní soud mimo jiné vyslovil soulad ústavní změny ze dne 26. 3. 1998²⁵⁴ s čl. 79 odst. 3 Základního zákona. V něm vyjádřil respekt k právu parlamentu měnit, omezovat, ba i zrušit jednotlivá základní práva, přičemž hranici takových změn představují zásady vyjádřené v článku 1 a 20 Základního zákona.²⁵⁵

Jak ovšem správně podotýká Ondřej Preuss, z toho, že Spolkový ústavní soud dovozuje z čl. 79 odst. 3 Základního zákona svou kompetenci rušit i ústavní zákony, nelze dovozovat, že by se Spolkový ústavní soud stavěl nad ústavodárce, tedy lid. Pouze přezkoumává akty ústavního zákonodárce (*Verfassungsgesetzgeber*), jenž smí jen vylepšovat a pozměňovat již ustavený Základní zákon, ovšem schází mu kompetence jej měnit v bodech vymezených v klauzuli věčnosti: „*Tuto kompetenci nemá nikdo, snad s výjimkou samotného lidu.*“²⁵⁶

Nelze také přehlédnout, že je Spolkový ústavní soud dosti zdrženlivý i při vymezování obsahu jednotlivých součástí klauzule věčnosti, respektive určování, co už je zásahem do těchto principů. Zatímco tak podle českého Ústavního soudu by bylo porušením článku 9 odst. 2 Ústavy ČR i snížení dosažené procedurální úrovně ochrany lidských práv v podobě snížení právní síly mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách (viz podkapitulu 3. 5. 2), před Spolkovým ústavním soudem prošlo, jak jsme viděli, i zásadní snížení úrovně práva na soukromí, stejně jako by nebylo rozporné s principem federalismu, pokud by došlo k zániku některé spolkové země, a to i proti vůli jejích obyvatel, jak bylo konstatováno v rozhodnutí *Südweststaat*.²⁵⁷ Jarass a Pieroth se na základě této judikatury například domnívají, že k naplnění zásady federalismu by dokonce mohlo postačovat, pokud by existovaly alespoň tři spolkové země s minimální měrou samostatnosti.²⁵⁸

²⁵³ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 3. 3. 2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.

²⁵⁴ BGBl I S. 610. Novelou článku 13 Základního zákona upravujícího nedotknutelnost obydlí byla zakotvena možnost nasazení technických prostředků akustického sledování obydlí podezřelých osob.

²⁵⁵ Viz body 109-111 rozhodnutí.

²⁵⁶ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 798.

²⁵⁷ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 23. 10. 1951, 2 BvG 1/51

²⁵⁸ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31. Shodně DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1513.

Takto vymezenou kompetenci přitom Spolkový ústavní soud aplikoval i na poměr německé ústavnosti k právu EU, a to způsobem, který sledovala celá evropská právní komunita.

Určitá napjatost tohoto vztahu byla zjevná již od rozhodnutí Solange I, podle nějž nelze členstvím v EU proměnit strukturu Základního zákona, která tvoří jádro jeho identity: „*Čl. 24 Základního zákona pojednává o přenosu výsostných práv na mezistátní instituce. To ovšem nelze vykládat doslovně. Stejně jako ostatní ústavní ustanovení musí být i čl. 24 chápán a vykládán v kontextu celé ústavy. To znamená, že neotvírá cestu k tomu, aby byla základní struktura ústavy, na níž spočívá její identita, změněna nikoli změnou ústavy, ale zákonodárstvím mezistátní instituce. Příslušné orgány Společenství jistě mohou přijímat právní předpisy, které by příslušné německé ústavní orgány podle pravidel Základního zákona přijmout nemohly, které nicméně ve Spolkové republice Německo platí a jsou aplikovány. Čl. 24 Základního zákona nicméně tuto možnost ohraničuje tím, že by na něm nutně ztroskotala taková změna základních smluv, již by došlo k narušení identity platné ústavy Spolkové republiky Německo a prolomení její základní struktury. Totéž platí pro nařízení sekundárního komunitárního práva (...)*“²⁵⁹

V následně přijatém rozhodnutí Solange II²⁶⁰ ze dne 22. 10. 1986 Spolkový ústavní soud vyslovil, že úroveň ochrany lidských práv poskytovaná evropskými orgány je srovnatelná s ochranou, již by mohly poskytovat orgány německé. Proto Spolkový ústavní soud přislíbil, že nebude více přezkoumávat slučitelnost norem a aktů Evropského společenství, pokud Evropské společenství a jeho orgány, zejména ESD obecně zajistí efektivní ochranu základních práv vůči aktům Evropského společenství, přičemž tato ochrana musí v zásadě korespondovat ochraně základních práv poskytované Základním zákonem. Naděje na otevřenost Spolkového ústavního soudu k evropské integraci ovšem měla své limity.

Ty byly vyjádřeny při přezkumu ústavnosti Maastrichtské smlouvy.²⁶¹ Spolkový ústavní soud přezkoumával ústavní přípustnost přistoupení Německa

²⁵⁹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 29. 5. 1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, bod 43.

²⁶⁰ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 22. 10. 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339. Viz též VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1435.

²⁶¹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 12. 10. 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155.

k Maastrichtské smlouvě a vyjádřil svou připravenost k akceptování závazků vyplývajících z EU práva pro Německo jako demokratický stát, který se chce jako rovnoprávný člen podílet na evropské integraci. Učinil tak při vědomí, že převedení některých kompetencí na EU má za následek, že jejich výkon a hájení státního zájmu v této oblasti už nezávisí vždy na vůli samotného členského státu; ovšem vidět v této změně porušení ústavního principu demokracie by bylo nejen v rozporu s otevřeností Základního zákona vůči integraci, kterou ústavodárce chtěl a vyjádřil v roce 1949, ale navíc by to vytvořilo mylnou představu o demokracii, která by činila každý demokratický stát neschopným integrace v jiné podobě než při zachování principu veta (které zaručuje, že rozhodování EU musí vždy respektovat vůli lidu daného členského státu).

Na druhou stranu ale otevřenost německé ústavnosti závazkům plynoucím ze členství v EU není neomezená, neboť respektování výsledků většinového rozhodování v rámci EU má meze v ústavních principech a elementárních zájmech členských států. Spolkový ústavní soud si proto vyhradil konečné slovo při určení toho, které komunitární akty již jdou *ultra vires*, tedy nad rámec pravomoci EU; pokud by pak Spolkový ústavní soud takovou situaci shledal, zakládalo by to jejich neaplikovatelnost na území Německa. Jinými slovy, pokud by evropské instituce nebo orgány nakládaly se Smlouvou o EU nebo ji dále rozvíjely takovým způsobem, který by již byl rozporný s německým schvalovacím zákonem a zprostředkovaně i se Základním zákonem, pak by z toho vzešlé právní akty nebyly v oblasti německé svrchovanosti závazné. Německým státním orgánům by z ústavněprávních důvodů (které by v takovém případě deklaroval Spolkový ústavní soud) nebylo dovoleno, aby se tyto právní akty v Německu aplikovaly.

Spolkový ústavní soud se zde vyjádřil také poměrně kriticky k úrovni demokratické fungování EU. Podle Armina von Bogdandyho zde Spolkový ústavní soud uvedl dvě možné vize demokracie na úrovni EU.²⁶²

První je vyjádřena v následující pasáži: „b1) Jsouc vymezena jako unie mezi národy Evropy (čl. 4 odst. 2) je Evropská unie aliancí demokratických států, které usilují o dynamický vývoj (...); a pokud vykonává suverénní úkoly a suverénní moc, pak je to v první řadě lid každého státu, kdo pro takovou akci poskytuje legitimitu prostřednictvím svého parlamentu. S tím, jak

²⁶² Vycházím zde z postřehů pronesených Arminem von Bogdandym dne 3. 7. 2013 na přednášce z cyklu The New Public Law of Europe, Evropský univerzitní institut, Florencie.

se funkce a kompetence Společenství rozšiřují, narůstá také potřeba, aby národy jednotlivých států byly zastoupeny v Evropském parlamentu, který překonává demokratickou legitimitu a vliv zajištěný prostřednictvím národních parlamentů a představuje základ pro demokratickou podporu politik EU. Společné unijní občanství založené Maastrichtskou smlouvou představuje trvalý právní vztah mezi občany jednotlivých členských států; nevyznačuje se intenzitou srovnatelnou s tou, která vyplývá ze společného členství v jednotlivém státě, je nicméně právně závažným vyjádřením již existujícího existenciálního společenství.“

Zde je podle von Bogdandyho naznačeno, že demokratizace fungování EU může takřka neomezeně narůstat, což potenciálně umožňuje i značně rozsáhlý přenos kompetencí na orgány EU; podstatné je, aby bylo nadále posilováno občanství EU a spolu s ním sociální komunikace mezi občany EU a orgány EU (zejména pomocí transparency a srozumitelnosti rozhodování, překonávání jazykových bariér a svobodné interakce různých segmentů společnosti), čímž by byla posílena dosud slabá demokratická legitimita EU.

Vzápětí ovšem tento optimismus naráží na určité limity vyplývající zejména ze slabé pozice Evropského parlamentu v rozhodovací struktuře EU i z problematického volebního systému, který zejména nerespektuje rovnost volebního práva (zásada *one vote-one value* je v těchto volbách dosti porušována zejména právě z německého pohledu, jistě i vzhledem k relativně menší váze německých hlasů v poměru k počtu obsazovaných poslaneckých mandátů). Přichází tak druhá vize demokratičnosti EU, tentokrát mnohem skeptičtější, neboť „skutečná“ demokracie je zatím možná jen na národní úrovni, jen tam totiž existuje duchovně, sociálně a politicky relativně jednotný lid: „Dokonce i v nynější fázi vývoje má legitimita, jejímž zdrojem je Evropský parlament, podpůrnou funkci, která by mohla být posílena, pokud by byl Evropský parlament volen ve všech členských státech na základě jednotného volebního práva podle čl. 138 odst. 3 Smlouvy o ES a pokud by narůstal jeho vliv na politiku a zákonodárství Evropských společenství. Důležitým faktorem je to, že demokratické základy, na nichž je Unie založena, se rozšiřují souběžně s integrací a že v členských státech je zachována živoucí demokracie, zatímco integrace pokračuje. Pokud by ovšem příliš mnoho funkcí a kompetencí bylo svěřeno Evropskému společenství, pak by byla demokracie na úrovni členských států oslabena do takové míry, že by parlamenty členských států již nemohly dostatečně legitimizovat suverénní moc vykonávanou Unií. Pokud národy členských států (jak tomu dosud je) předávají demokratickou legitimitu prostřednictvím národních parlamentů, pak jsou principem demokracie stanoveny jisté limity možnému rozšiřování funkcí a kompetencí Evropských společenství. Státní moc každého

státu vychází z lidu tohoto státu. Státy potřebují mít zachovány dostatečné oblasti vlastní podstatné odpovědnosti, oblasti, v nichž se lid daného státu může rozvíjet a vyjádřit v rámci procesu formování politické vůle, kterou legitimizuje a kontroluje, aby se tak mohl právně vyjádřit v těch otázkách, jež se týkají lidu coby duchovně, sociálně a politicky relativně homogenního společenství (viz H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, Vol. 2, 1971, p. 421 <427 ff.>). Z toho plyne, že německý Spolkový sněm si musí zachovat funkce a pravomoc dostatečného významu.“

Poměrně rezolutní postoj Spolkového ústavního soudu k limitům evropské integrace, který převzal i Ústavní soud ČR (viz v podkapitole 3. 5. 4 doktrínu podmíněného přenosu kompetencí počínající v nálezů Cukerné kvóty III) lze ovšem odůvodnit alespoň zčásti také tím, v jaké situaci bylo toto rozhodnutí přijímáno, jak připomíná Jiří Malenovský: „*Poblédneme-li na rozhodnutí SÚS v politických souvislostech, nelze mu upřít legitimitu. Maastrichtská smlouva byla podepsána v roce 1992, tedy v době, když již byla obnovena jednota demokratické Evropy a některé státy střední Evropy již byly členy Rady Evropy. Rýsovala se možnost velkého rozšíření ES (EU). Maastrichtskou smlouvou se prohloubila nemálo úroveň dosažené integrace. Ne všechny členské státy poblížely na tento vývoj stejně pozitivně. Není proto velkou divu, že SÚS hledal právní možnosti, jak udržet vývoj EU (jeho rozšíření a prohloubení) a postavení Německa v ní pod kontrolou.*“²⁶³

Tento rezolutní postoj měl také dalekosáhlé důsledky pro samotný proces evropské integrace. Podle Armina von Bogdandyho to bylo právě rozhodnutí ve věci Maastricht, vyjadřující německý „podmíněný souhlas s integrací“, které vedlo nejen k posílení německého zastoupení v Evropském parlamentu, ale hlavně k tomu,

²⁶³ MALENOVSKÝ, J. Znovu ke kompetencím Ústavního soudu ČR ve vztahu k Evropskému soudnímu dvoru a komunitárnímu právu. *Právník*, č. 1/2005, s. 106-114, na s. 112.

že se EU začala vážněji zabývat svou demokratizací, což se v základacích smlouvách projevilo hlavně zakotvením principů, jež jsou nyní obsaženy v čl. 9 - 12 Smlouvy o EU.²⁶⁴

Druhým milníkem na cestě k vymezení vztahu Spolkového ústavního soudu k evropské integraci bylo Lisabonské rozhodnutí.²⁶⁵ V něm podle Bogdandyho

²⁶⁴ „Článek 9

Ve všech svých činnostech dodržuje Unie zásadu rovnosti svých občanů, kterým se dostává od jejích orgánů, institucí a jiných subjektů stejné pozornosti. Občanem Unie je každá osoba, která má státní příslušnost členského státu. Občanství Unie doplňuje občanství členského státu, nenabrazuje je.

Článek 10

1. Fungování Unie je založeno na zastupitelské demokracii.

2. Občané jsou na úrovni Unie přímo zastoupeni v Evropském parlamentu.

Členské státy jsou zastoupeny v Evropské radě svými hlavami států nebo předsedy vlád a v Radě svými vládami, kteří jsou demokraticky odpovědní buď svým vnitrostátním parlamentům, nebo svým občanům.

3. Každý občan má právo podílet se na demokratickém životě Unie. Rozhodnutí jsou přijímána co nejotevřeněji a co nejbližší občanům.

4. Politické strany na evropské úrovni přispívají k utváření evropského politického vědomí a k vyjadřování vůle občanů Unie.

Článek 11

1. Orgány dávají vhodnými způsoby občanům a reprezentativním sdružením možnost projevovat a veřejně si vyměňovat své názory na všechny oblasti činnosti Unie.

2. Orgány udržují otevřený, transparentní a pravidelný dialog s reprezentativními sdruženími a s občanskou společností.

3. Za účelem zajištění soudržnosti a transparentnosti činností Unie vede Evropská komise s dotčenými stranami rozsáhlé konzultace.

4. Nejméně jeden milion občanů Unie pocházejících z podstatného počtu členských států se může ujmout iniciativy a vyzvat Evropskou komisi, aby v rámci svých pravomocí předložila vhodný návrh k otázkám, k nimž je podle mínění těchto občanů nezbytné přijetí právního aktu Unie pro účely provedení Smluv.

Postup a podmínky požadované pro tuto iniciativu se stanoví v souladu s čl. 24 prvním pododstavcem Smlouvy o fungování Evropské unie.

Článek 12

Vnitrostátní parlamenty aktivně přispívají k dobrému fungování Unie těmito způsoby:

a) jsou informovány orgány Unie a jsou jim postupovány návrhy legislativních aktů Unie v souladu s Protokolem o úloze vnitrostátních parlamentů v Evropské unii;

b) zajišťují, že zásada subsidiarity je dodržována, a to v souladu s postupy stanovenými v Protokolu o používání zásad subsidiarity a proporcionality;

c) v rámci prostoru svobody, bezpečnosti a práva se podílejí na mechanismech hodnocení provádění politik Unie v této oblasti podle článku 70 Smlouvy o fungování Evropské unie a jsou zapojeny do politické kontroly činnosti Europolu a do hodnocení činnosti Eurojustu podle článků 88 a 85 uvedené smlouvy;

d) podílejí se na postupech pro přijímání změn Smluv podle článku 48 této smlouvy;

e) jsou jim oznamovány žádosti o přistoupení k Unii podle článku 49 této smlouvy;

f) podílejí se na meziparlamentní spolupráci mezi vnitrostátními parlamenty a Evropským parlamentem v souladu s Protokolem o úloze vnitrostátních parlamentů v Evropské unii. “

²⁶⁵ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 30. 6. 2009, 2 BvE 2/08; 2 BvE 5/08; 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267. Podrobnější rozbor viz in HALBERSTAM, D., MÖLLERS, CH. The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!” *German Law Journal*, č. 10/2009, s. 1241-1258.

a Schilla²⁶⁶ Spolkový ústavní soud vykročil výrazně dále než ostatní národní ústavní soudy tím, že pro budoucí možnou federalizaci EU stanovil nejen abstraktní limity státní organizace a suverenity, ale i velmi konkrétní limity v podobě výčtu nepřenositelných kompetencí. Vyšel přitom z výše uvedeného článku 146 Základního zákona, tedy ze zakotvení práva německého lidu (a pouze něj) rozhodovat o německé ústavnosti: *‘Podle Základního zákona platí, že voliči mají právo ‚svobodným rozhodnutím‘ změnit identitu Spolkové republiky Německo, což by nastalo, pokud by se stala pouhým členským státem evropského federálního státu, s čímž by současně nastalo nabrání stávajícího Základního zákona. (...) Čl. 146 Základního zákona potvrzuje předústavní právo stanovit si ústavu, z níž ústavní autorita vychází a již je vázána. (...) Čl. 146 Základního zákona doplňuje čl. 23 odst. 1 věta první Základního zákona a zakotvuje konečný limit podílu Spolkové republiky Německo na evropské integraci. Je to pouze moc ústavadárná, a nikoli moc ustavená, kdo se může vymanit ze státu vytvořeného Základním zákonem.’*

Dále pak Spolkový ústavní soud ve stopách svého Maastrichtského rozhodnutí připomněl, že zatím jsou to jediné jednotlivé národy členských států, které dokáží demokraticky legitimovat - prostřednictvím vlád členských států, které zůstávají „pány smluv“ - fungování EU. Německo v čl. 23 a 24 vyjádřilo vůli zapojit se do vývoje EU coby spolku suverénních států (*Staatenverbund*), tedy „pevného dlouhodobého sdružení států, které zůstávají suverénní, sdružení, které vykonává veřejnou moc na základě smlouvy, jehož základní řád je nicméně výhradně v dispozici členských států a jehož zdrojem demokratické legitimacy zůstávají občané členských států.“ (bod 229) Tyto členské státy pak zůstávají jedinými „pány smluv“ (*die Herren der Verträge*). Evropská integrace tudíž nesmí postoupit tak daleko, aby narušila ústavní identitu členských států či obsadila kompetenci k určování rozdělení kompetence mezi EU a členské státy (bod 239). Pro případ, že by EU překročila takto definované hranice, šlo by o postup *ultra vires* a Spolkový ústavní soud si vyhradil právo zasáhnout a chránit „neporušitelné jádro ústavní identity Základního zákona“. Záruky národní ústavní identity podle vnitrostátního ústavního práva a podle práva EU jdou nicméně podle Spolkového ústavního soudu „ruku v ruce“ (bod 240).

Zatímco pak například Ústavní soud ČR zmiňuje doktrínu *ultra vires* a limity pro přenos kompetencí pouze na obecné úrovni, Spolkový ústavní soud se sice snaží

²⁶⁶ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1439.

tuto doktrínu a s ní spojenou podmíněnost přenosu kompetencí na EU zahalit do evropsky přátelského hávu (dokonce tvrdí, že je to právě eurokonformní výklad domácího ústavního práva, který vyžaduje, aby se Spolkový ústavní soud zapojil do posuzování toho, zda orgány EU náhodou už nejednájí za hranicemi svých svěřených kompetencí),²⁶⁷ nicméně zde pokročil i k jasné enumeraci těch kompetencí, jež mají být nadále řešeny zásadně na národní úrovni, tak aby EU nadále zůstala pouze sdružením suverénních států: „249. c) *Evropské sjednocení na základě smlouvou založené Unie suverénních států ovšem nemůže být dosaženo takovým způsobem, který by nezachovával členským státům dostatečný prostor pro politické utváření hospodářských, kulturních a společenských životních podmínek. (...) Podstatné oblasti pro demokratickou aktivitu zahrnují mimo jiné otázky občanství, civilního a vojenského monopolu na použití síly, příjmy a výdaje včetně vnějšího financování a všech prvků možného zasahování do oblasti základních práv, zejména podstatného zasahování do takových práv, jako je zhabování svobody při výkonu trestního práva či zajištění v příslušném zařízení. Tyto zásadní oblasti zahrnují také kulturní záležitosti jako je úprava jazyka, formování podmínek rodinného života a výchovy, formování svobody názoru, tisku a sdružování a výkonu vyznání či politické ideologie.*“ Pokud by tyto limity přenosu kompetencí na EU byly překročeny, prohlásil by Spolkovní ústavní soud daný předpis práva EU za neaplikovatelný.

Daniel Halberstam a Christoph Möllers jsou k citovanému nálezu drtivě, ovšem předsvědčivě kritičtí, a to jak po formální,²⁶⁸ tak hlavně po obsahové stránce. Konstatují, že Spolkový ústavní soud se v tomto nálezu sice tváří, že říká „ANO“ Evropské unii, právě v klíčových oblastech ohrožujících německou identitu jí ale mezi řádky říká „NE“: demokracie je podle něj koncept, který dává opravdu smysl pouze ve vazbě na národní stát, tedy jeho lid (politický národ, nikoli nutně etnický vnímaný národ) a teritorium; „evropská státnost“ je pouhým doplňkem členských států; demokratická legitimita Evropského parlamentu zůstává méně než slabá, protože neexistuje-li opravdový lid EU, nemůže mít ani opravdový parlament;

²⁶⁷ HALBERSTAM, D., MÖLLERS, CH. The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“ *German Law Journal*, č. 10/2009, s. 1241-1258, na s. 1245.

²⁶⁸ „Vzhledem k tomu, že samotný rozsudek se dotýká hlavně německého zákonného práva, celé rozhodnutí působí spíše jako okázalé vyjádření, v němž soud podtrhuje svou vlastní důležitost zvláštní kombinací řečnických obrátů a mnohohlavnosti. V Lisabonském rozhodnutí trvá soud 421 odstavců, aby vyslovil několik zmatených závěrů. Při pohledu na něj možná i ti nejtvrdší kritici s nostalgií vzpomínají na relativně jasné Maastrichtské rozhodnutí, v němž stačila zhruba polovina slov na to, aby se soud vypořádal s historickou změnou smluv, která dala evropské obci zásadní nové kompetence, vytvořila Evropskou unii, založila Společnou bezpečnostní a obrannou politiku a vytvořila novou měnu.“ HALBERSTAM, D., MÖLLERS, CH. The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“ *German Law Journal*, č. 10/2009, s. 1241-1258, na s. 1257.

a připomínají, že je v demokratickém státě těžké vymezit, které funkce státu jsou opravdu zásadní a definiční, a snad bylo dosud lepší, že se o to ani německá doktrína příliš nepokoušela.²⁶⁹ Nové úsilí Spolkového ústavního soudu o jejich vyjmenování tak u nich narazilo na jasné odmítnutí pro zbytečnost, ba účelovost: „*At' už z historického či ze systematického pohledu nedává tento výčet žádný smysl. Proč soud vypočítává právě tyto oblasti jako nezbytné součásti státní suverenity? Odpověď je jednoduchá. Ona soudní 'teorie' je jenom post-hoc argument na podporu předem daného výsledku.*“²⁷⁰ Způsob, jakým Spolkový ústavní soud využil odkaz na klauzuli věčnosti, pak označují vlastně jako použití závažné zbraně pro zcela nevhodný cíl, protože smyslem čl. 79 odst. 3 Základního zákona nebylo ochránit Německo proti Evropě, nýbrž před novým rokem 1933, před novým pomalým pádem do totalitarismu bez zjevného porušení práva. Myšlenka, že „klauzule věčnosti“ má chránit suverenitu Německa, je pouze akademický výmysl z osmdesátých let. V Lisabonském rozhodnutí tak podle nich využívá Spolkový ústavní soud tuto normu k tomu, aby vytvořil poněkud překvapivou volbu: „*Lid Adenauera, Brandta a Kohla, který chtěl pokračovat v evropské integraci a vytvořit pro Evropský parlament demokratické zmocnění, musí zůstat uzavřen v rámci vymezeném Spolkovým ústavním soudem, nebo se musí vzdát své nynější ústavy.*“²⁷¹ Tím ale Spolkový ústavní soud usiluje o to, aby podrobil svému ústavnímu přezkumu i rozhodování *pouvoir constituant* německého lidu...

Svou „hrozbu“ praktického uplatnění doktríny *ultra vires* z rozhodnutí Lisabon později Spolkový ústavní soud upřesnil a zároveň zmírnil v neméně slavném (ovšem tentokrát vyznívajícím k EU přátelštěji²⁷²) rozhodnutí Honeywell,²⁷³ podle něhož přezkum právních aktů EU náleží obecně Soudnímu dvoru EU (dále též „SD EU“) a kontrola toho, zda unijní orgány nevykonaly kompetenci *ultra vires*, přichází ze strany Spolkového ústavního soudu v úvahu jen tehdy, pokud je porušení kompetencí dostatečně kvalifikované, tedy zřejmé a zároveň vedoucí ke strukturálně významnému posunu mezi kompetencemi EU a členského státu.

²⁶⁹ Tamtéž, s. 1247-1250.

²⁷⁰ Tamtéž, s. 1250.

²⁷¹ Tamtéž, s. 1253-1255.

²⁷² VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1451.

²⁷³ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 6. 7. 2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286.

3.4 Portugalsko

Portugalsko se ve tvorbě svých ústav nechalo nejprve inspirovat Francií, jak ukazuje to, že v čl. 82 odst. 2 první republikánské ústavy z roku 1911 byla po francouzském vzoru zakotvena nepřípustnost změn republikánské formy vlády.²⁷⁴ I portugalská ústavnost vychází z přesvědčení, že novelou může být ústava změněna, nikoli však zničena, tedy že má být při novelách zachována „ústavní identita“.²⁷⁵ Jde tedy o vyjádření „*prevalha moci ustavující nad mocí revidující ústavu*“.²⁷⁶

Dnes jsou nezměnitelné náležitosti Ústavy Portugalska vyjádřeny v čl. 288 Ústavy Portugalské republiky z roku 1976 (který značně inspiroval i Ústavu Brazílie z roku 1988, kde se pozoruhodně rozvinula i judikatura k možnému rušení ústavních dodatků pro protiústavnost²⁷⁷). Jde o článek nejdelší ze všech zkoumaných,²⁷⁸ což lze chápat i jako dopad obecného dlouhodobého trendu prodlužování nezměnitelných náležitostí ústav.²⁷⁹ Podle tohoto článku změnou ústavy nemůže být měněna:

- a) *národní nezávislost a celistvost státu,*
- b) *republikánská forma vlády,*
- c) *odluka církve od státu,*
- d) *práva, svobody a záruky občanů,*
- e) *práva pracujících, výborů pracujících a odborových sdružení,*
- f) *koexistence veřejného, soukromého a družstevně-sociálního sektoru vlastnictví výrobních prostředků,*
- g) *existence hospodářských plánů v rámci smíšeného hospodářství,*
- h) *ustanovování volitelných představitelů výsostných orgánů, orgánů samostatných oblastí a mocenských orgánů místních společenství všeobecnou, přímou, tajnou a pravidelnou volbou, jakož i ochrana poměrného zastoupení,*

²⁷⁴ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 677.

²⁷⁵ GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 3a ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, s. 1061.

²⁷⁶ MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 928.

²⁷⁷ GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 3a ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, s. 677-680.

²⁷⁸ MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 929.

²⁷⁹ Roznai uvádí, že zatímco před druhou světovou válkou byla průměrná délka nezměnitelných ustanovení v ústavách 29,4 slov, po druhé světové válce je to už 39,5 slova. ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 668. Přiznejme si ovšem, že sám citovaný článek 288 má na tuto statistiku nemalý vliv...

- i) *pluralismus názorů, pluralismus v politickém zřízení, který zahrnuje politické strany a právo na demokratickou opozici,*
- j) *dělbá a vzájemné omezení moci výsostných orgánů,*
- k) *dozor nad ústavností jednání nebo opomenutí právní úpravy,*
- l) *nezávislost soudů,*
- m) *samostatnost místních samosprávných celků,*
- n) *politická a správní samostatnost souostroví Azor a Madeiry.*²⁸⁰

Již sama citace tohoto článku naznačuje největší sílu a zároveň slabinu nezměnitelných náležitostí portugalské ústavy. Podle části portugalské doktríny jde totiž sice spíše o deklaraci toho, co tvoří „materiální ohnisko“ portugalské ústavy (které ovšem údajně mohou tvořit i další principy, které nejsou výslovně vyjádřeny),²⁸¹ než o striktně danou klauzuli „věčnosti“ (viz kapitolu 4). I ústavní soud vyložil smysl čl. 288 spíše způsobem odpovídajícím materiálnímu ohnisku než nezměnitelným náležitostem, když řekl, že změna ústavy nemůže vést k porušení základních hodnot, které jsou v tomto článku vyjádřeny, ani k jejímu nahrazení novým řádem či novým základem své platnosti.²⁸² Na druhé straně vlivný komentář spoluautora Ústavy Portugalska Jorge Mirandy (na jehož dřívější práce odkazuje v komentáři čl. 288 Rui Medeiros) uvádí, že tímto článkem „ústavodárce (o legislador constituinte)

²⁸⁰ Překlad cit. dle ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 155. Originální portugalské znění ústavy je následující:

„As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

a) a independência nacional e a unidade do Estado;

b) a forma republicana de governo;

c) a separação das Igrejas do Estado;

d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;

f) a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;

g) a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;

h) o sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;

i) o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;

j) a separação e a interdependência dos órgãos de soberania;

l) a fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;

m) a independência dos tribunais;

n) a autonomia das autarquias locais;

o) a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.“

²⁸¹ GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 3a ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, s. 1061.

²⁸² Rozhodnutí Ústavního soudu Portugalska č. 81/84, cit. dle MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 929.

povýšil zde uvedené principy na úroveň materiálních limitů, aniž by tím ovšem byly ztotožněny s materiálním jádrem Ústavy (*a essência da Constituição material*)“.²⁸³ Ostatně zde ani není – zejména ne ve všech jednotlivých písmenech²⁸⁴ – primárně vyjádřena povaha portugalského státu, jeho „základní norma“. Spíše je tak třeba tento rozsáhlý výčet chápat jako snahu o „zkamenění“ aktuálního politického konsenzu, o němž si tvůrci portugalské ústavy byli parně dobře vědomi, že nepotrvá dlouho.

I portugalská ústava z roku 1976 totiž byla přijímána v době těsně po revoluci, konkrétně necelé dva roky po karafiátové revoluci, která 25. 4. 1974 svrhla salazarovský režim Marcelo Caetana (mimořádně dodnes uznávaného odborníka na veřejné právo). Tvůrci ústavy si patrně byli vědomi, že píše svou ústavu v okamžiku, kdy se kyvadlo lidové podpory posunulo nezvykle doleva (ve smyslu politické ideologie), tedy pryč od myšlenek, které představoval právě pravicově autoritářský Salazarův režim (s oblibou vyjadřovaný třemi slovy: „*Deus, Patria e Família*“, tedy „Bůh, vlast a rodina“), že ovšem tento výkyv patrně nebude trvat věčně.

Proto považovali za taktické nechat onen aktuální společenský konsenzus „zkameně“ do podoby čl. 288. U takového výčtu lze jistě přivítat, že je ve své explicitnosti uživatelsky příjemný a přístupný všem občanům a že základní náležitosti Portugalské republiky nejsou vymezovány až rozhodovací činností ústavního soudu, ale přímo ústavou. Na druhou stranu je až příliš zjevné, že řada z uvedených nezměnitelných náležitostí nemá povahu materiálního jádra, tedy základních a definičních náležitostí daného státu, ale spíše povahu běžného ústavního pravidla (podobně jako to kritizoval Carl Schmitt u některých pravidel zahrnutých do Výmarské ústavy, byť patřily spíše do obyčejného zákona²⁸⁵), které se v článku 288 ocitlo primárně proto, aby bylo z politické vůle „opevněno“ proti změně, až se kyvadlo dějin otočí zase více doprava. Zejména některá ekonomická ustanovení, typicky písmena e), f) a g), lze chápat jako takový „zkamenělý“ levicový konsenzus roku 1976, proti němuž se dočasně oslabená pravice nemohla při přijímání ústavy vzepřít, neboť by byla obratem obviněna ze „salazarovského fašismu“.

Není potom divu, že jakmile zkušenost s pravicovým autoritativním režimem odezněla a některá ustanovení obsažená v čl. 288 už neodrážela náladu politické

²⁸³ MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 931.

²⁸⁴ Tamtéž, s. 930.

²⁸⁵ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 67.

scény posouvající se zpět mírně doprava (byť při zachování levicové rétoriky, která se odráží například v tom, že ani pravicové strany nemohou mít pravicová jména, jež nejsou „salonfähig“, takže pravicovou politiku dělá v Portugalsku sociálně-demokratická strana, zatímco politiku levicovou strana socialistická²⁸⁶), vznikl tlak na to, aby byla tato nezměnitelná ustanovení vykládána restriktivně²⁸⁷ či dokonce změněna, což se nakonec také stalo. Podle vlivného komentáře (napsaného jedním ze spoluautorů portugalské ústavy) přitom relativizace závaznosti a moci článku 288 Ústavy Portugalska vyplývá přímo z demokratických principů, tedy z nemožnosti toho, aby byla demokraticky vyjádřená moc lidu natrvalo omezena.²⁸⁸

Byla tak vytvořena koncepce tzv. dvojité revize (*dupla revisão*), tedy takové revize, při níž je nejprve změněn (odstraněn) příslušný bod čl. 288, čímž je možná deklarováno, že daná „nezměnitelná“ náležitost už není pokládána za nezměnitelnou, a teprve ve druhém kroku je změněna sama - dosud nezměnitelná - část ústavy.²⁸⁹ Jakmile jsou tedy odstraněny některé z písmen článku 288, jsou principy v nich dosud obsažené podrobeny moci budoucího zákonodárce revidujícího ústavu (*o futuro legislador de revisão*).²⁹⁰ To se ostatně již také stalo, když bylo roku 1989 odstraněno původní písmeno, označující za nezměnitelnou náležitost také „účast základních lidových organizací na výkonu místní samosprávy.“ Toutéž novelou z roku 1989 byla také „zmírněna“ nynější písmena f) a g), neboť písmeno f) původně zakotvovalo přímo „kolektivní vlastnictví základních výrobních prostředků...“ písmeno g) pak „demokratické plánování hospodářství“.²⁹¹ Podle Rui Medeirosa tím byl z textu ústavy fakticky odstraněn „socialistický metanarativ“ (*a metanarrativa socialista*)²⁹² zakotvený tam pod vlivem atmosféry těsně po karafiátové revoluci.

²⁸⁶ Viz ŘÍCHOVÁ, B. *Komparace politických systémů: západoevropské politické systémy*. Praha: Vysoká škola ekonomická, 2009, s. 165-170.

²⁸⁷ MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 930.

²⁸⁸ Tamtéž, s. 930.

²⁸⁹ GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 3a ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, s. 1062. Viz též MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007.

²⁹⁰ MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 932.

²⁹¹ Tamtéž, s. 927.

²⁹² Tamtéž, s. 933.

Je tak otázkou, jestli skutečné materiální ohnisko portugalské ústavy není spíš než v „nezměnitelném“ článku 288 vyjádřeno v úvodním článku 1: „*Portugal é soberano, baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*“²⁹³ I Rui Medeiros si ostatně pokládá otázku, zda oním materiálním limitem, který by vázal i ústavodárnou moc (*o poder constituinte*) nejsou spíš základní principy demokratického právního státu (tedy shodně s čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR, aniž by byla ovšem zmíněna), které žádná revize ústavy nemůže legitimně změnit a zavést tak právní řád, který by ústavně zaváděl totalitní režim či závažně zasahoval do důstojnosti člověka.²⁹⁴

3.5 Česká republika

3.5.1 Inspirace a smysl

Ústava samostatné ČR původně nezměnitelné náležitosti obsahovat neměla, vládní návrh je nezmiňoval. Zařazeny do ní byly až na základě společného návrhu výborů České národní rady ze dne 12. 12. 1992,²⁹⁵ tedy pouhé čtyři dny předtím, než byla Ústava ČR přijata, a necelé tři týdny před nabytím účinnosti. Šlo tedy vskutku o „věčnost na poslední chvíli“.

Textové vyjádření nezměnitelných náležitostí Ústavy ČR bylo vtěleno do jejího čl. 9 odst. 2. Ten navazuje na odst. 1 upravující možnost změn Ústavy tím, že těmto změnám staví určité „věčné“ limity a v odst. 3 doplňuje limity pro výklad Ústavy:

- „(1) Ústava může být doplňována či měněna pouze ústavními zákony.
- (2) Změna podstatných náležitostí demokratického právního státu je nepřípustná.
- (3) Výkladem právních norem nelze oprávnit odstranění nebo obrožení základů demokratického státu.“

²⁹³ „*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*“

²⁹⁴ „*E, assim sendo, não pode uma revisão constitucional postergar legitimamente princípios fundamentais do Estado de direito democrático, instituindo designadamente uma ordem constitucional totalitária ou gravemente atentatória da dignidade da pessoa humana.*“ MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007, s. 932.

²⁹⁵ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 324.

Čl. 9 odst. 2 Ústavy je zjevně inspirován výše rozebraným čl. 79 odst. 3 německého Základního zákona. Obecnost použitých termínů přitom umožňuje tvrdit, že ve spojení „podstatné náležitosti demokratického právního státu“ je zhruba obsaženo jádro českého ústavního systému (byť možná ne úplně celé, jak uvidíme níže), a to ve stručnosti ještě výrazně větší, než jsme viděli u čl. 79 odst. 3 Základního zákona. Na straně druhé však tato obecnost ponechává otevřená dvířka k různým výkladům obsahu materiálního jádra (viz následující podkapitola), a tedy také ke vnučující se otázce, kdo je vykladačem povoláním tento obsah vymezit (zodpovězené v nálezu ve věci Melčák rozebraném v podkapitole 3. 5. 3).

Právě pro svou obecnost vyžadoval čl. 9 odst. 2 Ústavy od samého počátku výklad, navíc šlo o ustanovení normativně nové, a tedy těžko uchopitelné. S normativně zabarveným výkladem, který následně ovlivnil celou řadu teoretiků, přišel nedlouho po účinnosti nové Ústavy Vladimír Klokočka. Ten připomenul, že to byla trpká historická zkušenost s hodnotově neutrálními ústavami, která vedla k zakotvení *„regulativních idejí, jež jsou výrazem základních a nedotknutelných hodnot demokratické společnosti, a proto jsou postaveny nad a mimo kompetenci ústavních orgánů a vymykají se proceduře ústavních změn. Ústava tak váže aplikaci práva jak na zákonnost, tak i na respektování těchto základních hodnot a těmito hodnotami také užítí těchto právních norem měří. Podstatnými náležitostmi demokratického státu ve smyslu čl. 9 odst. 2 Ústavy se tak stala ustanovení, která garantují především permanentní povahu demokratického procesu na základě volné konfrontace různých směrů v pluralistické společnosti (zejména v čl. 1, 5, 6 Ústavy). Záruky demokratické povahy ústavního zřízení, jež nespočívají jen v procedurálních úpravách, nýbrž mají materiálně právní charakter, signalizují přechod od formálního právního státu k materiálnímu právnímu státu a od formálně racionální legitimacy ve weberovské legalistické interpretaci k jejímu materiálně racionálnímu chápání: stát se nemá chovat jen zákonně, ale současně i spravedlivě.“*²⁹⁶ Dále Vladimír Klokočka zdůraznil, že se v Ústavě - na rozdíl od ústav prvorepublikových - *„nehovoří jen o demokratickém, ale o demokratickém právním státu, čímž se zdůrazňuje, nejen že ČR rozšiřuje koncepci právního státu i do sféry tvorby politické vůle, ale i to, že skutečným právním státem může být jen stát demokratický. Pojem demokratického právního státu můžeme pokládat za synonymum s pojmem „ústavní stát“ anebo „stát založený na konstitucionalismu“.* Tento poslední aspekt podtrhuje i čl. 9 Ústavy jednak přísnou vazbou Ústavy na určité hodnoty a dále ustanovením, že tyto hodnoty jsou nedotknutelné a za existence

²⁹⁶ KLOKOČKA, V. Nové pojmy v Ústavě České republiky II. *Politologický časopis*, č. 1/1994, s. 7-8.

*současného ústavního zřízení nezměnitelné, a to ani formálně logickým výkladem právních norem, jestliže by takový výklad směřoval k oprávnění jejich odstranění anebo by ohrožoval základy demokratického státu.*²⁹⁷

Přesnější obsah dodává spojení „demokratický právní stát“ Radoslav Procházka, podle něž jde o takové nastavení vztahů mezi dočasnými držiteli veřejné moci na straně jedné a občany na straně druhé, které splňuje tři kritéria: (i) prvotním zdrojem mandátu k výkonu veřejné moci jsou občané; (ii) tento mandát je vykonáván ve striktním souladu s předem stanovenými pravidly jeho výkonu; a (iii) tato pravidla musí odpovídat hodnotovým požadavkům ochrany lidských práv a základních svobod.²⁹⁸

Hlavním vykladačem čl. 9 odst. 2 Ústavy byl už od začátku svého působení Ústavní soud, který své základní teze zformuloval již v nálezu ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93 (č. 14/1994 Sb.), v němž se zabýval návrhem na vyslovení protiústavnosti zákona č. 198/1993 Sb., o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti němu. Zde se komplexně vyjádřil k základní koncepci ústavního zřízení České republiky: *„Jak známo, proces vzniku moderního ústavního státu ve střední Evropě se dovršil teprve po první světové válce. Přitom, již dříve dosáhlo pozoruhodných výsledků právně-positivistické propracování procesních pravidel a záruk, posilujících právní jistotu občanů a stabilitu práva. Právně-positivistická tradice, jež se přenesla i do poválečných ústav (včetně naší ústavy z roku 1920), odhalila však v pozdějším vývoji vícekrát své slabiny. Ústavy konstruované na těchto základech jsou hodnotově neutrální: tvoří institucionální a procesní rámec, naplnitelný velmi odlišným politickým obsahem, protože kritériem ústavnosti se stává dodržení kompetenčního a procesního rámce ústavních institucí a postupů, tudíž kritérií formálně-rationální povahy. V důsledku toho bylo v Německu akceptováno nacionálně-socialistické panství jako legální, přestože vyhlodalo obsah a posléze zničilo samu podstatu Výmarské demokracie. Legalistické pojetí politické legitimace usnadňovalo po válce Klementu Gottwaldovi „naplňovat staré měchy novým vínem“ a pak „legitimovat“ únorový puč roku 1948 formálním dodržením ústavních procedur. Princip „zákon je zákon“ se projevil proti bezpráví ve formě zákona jako bezmocný. Vědomí, že nespravedlnost musí zůstat nespravedlností, i když se hájí do pláště zákona, se promítlo i do ústavy poválečného Německa a v současné době i do Ústavy České republiky. Naše nová ústava není založena na hodnotově neutralitě, není jen pouhým vymezením institucí a procesů, ale včleňuje do svého textu i určité regulativní ideje, vyjadřující základní nedotknutelné*

²⁹⁷ Tamtéž, str. 6.

²⁹⁸ 298 PROCHÁZKA, R. *Law and judiciary in constitutional democracy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 54.

hodnoty demokratické společnosti. Česká ústava akceptuje a respektuje princip legality jako součást celkové koncepce právního státu, neváže však pozitivní právo jen na formální legalitu, ale výklad a použití právních norem podřizuje jejich obsahově-materiálnímu smyslu, podmiňuje právo respektováním základních konstitutivních hodnot demokratické společnosti a těmito hodnotami také užití právních norem měří. To znamená i při kontinuitě se „starým právem“ hodnotovou diskontinuitu se „starým režimem“. Toto pojetí ústavního státu odmítá formálně-rationální legitimitu režimu a formální právní stát. Ať jsou zákony státu jakékoli, ve státě, který se označuje za demokratický a proklamuje princip svrchovanosti lidu, nemůže být žádný jiný režim legitimní, než režim demokratický. Jakýkoli mocenský monopol vylučuje ze sebe sama demokratickou legitimitu. Východiskem naší ústavy je materiálně-rationální pojetí legitimacy a právního státu. V systému demokratického ústavního státu a fungující demokracie ztělesňuje legalita nepochybně svým způsobem i legitimitu režimu, není však s ní zcela zaměnitelná. Tím méně pak lze redukovat legitimitu na formální legalitu normativně-právní úpravy v takovém režimu, v němž jen málokdo nevěděl, že volby nejsou volbami, strany nejsou stranami, demokracie není demokracií a právo není právem - přinejmenším ve smyslu právního státu, protože aplikace práva byla politicky schizofrenní, rozštěpená všude tam, kde vstupoval do hry politický zájem vládnoucích. Politický režim je legitimní, je-li vcelku schvalován většinou občanů. Politické režimy, kterým chybí demokratická substance, se vyhýbají empiricky ověřitelné legitimaci ve prospěch ideologických argumentů a hlavně hledisek formálně-rationální legality. To jim usnadňuje skutečnost, že konsolidovaná státní moc není jen mocensko-politickým faktem, ale současně právně organizovanou mocí. Avšak právě v takovýchto režimech se politika s právem a legalita s legitimitou rozchází nejvíce. Proto ani kontinuita práva neznamená uznání legitimacy komunistického režimu. Nelze tvrdit, že legitimní je každé jednání či chování, pokud nepřekročí rámec daný zákonem, protože legalita se tím stává utilitární náhražkou za chybějící legitimitu. Legitimita politického režimu se nemůže opírat jen o formálně-právní aspekty, protože hodnoty a principy, o které se režim opírá, nejsou jen právní, ale především politické povahy. Takové principy naší ústavy, jako je svrchovanost lidu, reprezentativní demokracie, právní stát, jsou principy politické organizace společnosti, jež nejsou normativně bez zbytku definovatelné. Pozitivně-právní úprava z nich vychází, avšak obsah těchto principů není normativní úpravou vyčerpán - zůstává stále něčím víc. (...) V pojetí ústavního státu, na kterém je založena česká ústava, není právo a spravedlnost předmětem volné dispozice zákonodárce a tím ani zákona, protože zákonodárce je vázán určitými základními hodnotami, jež Ústava prokládá za nedotknutelné. Česká ústava např. v čl. 9 odst. 2 stanoví, že „změna podstatných náležitostí demokratického právního státu je nepřipustná“. Tím jsou konstitutivní principy demokratické společnosti v rámci této ústavy postaveny nad zákonodárnou

kompetenci a tím ‚ultra vires‘ Parlamentu. S těmito principy stojí a padá ústavní stát. Odstranění některého z těchto principů, provedené jakýmkoli, byť i většinovým anebo zcela jednomyslným rozhodnutím parlamentu by nemohlo být interpretováno jinak, než jako odstranění tohoto ústavního státu jako takového.“

Až do níže rozebraného nálezu ve věci Melčák panovaly pochybnosti o tom, jaké jsou vlastně reálné důsledky existence nezměnitelných náležitostí Ústavy, tedy zda jde toliko o apel na Parlament, či zda z něj lze odvodit kompetenci Ústavního soudu k rušení „ústavních zákonů pro protiústavnost“. Jan Filip se k této druhé možnosti (která se nakonec stala skutečností) tvářil spíše skepticky, jakkoli připustil, že „se zde zavazuje sám ústavodárce. Nad ním již nestojí nikdo, kdo by mohl rušit jeho akty odporující čl. 9 odst. 2. Teprve judikatura Ústavního soudu a praxe jiných ústavních orgánů osvědčí, jakou hodnotu takové ústavní ustanovení má. Půjde v této souvislosti podle mého názoru o to, zda bude vytvořena kategorie tzv. ústavě odporujících či protiústavních zákonů. Podle čl. 87 odst. 1 Ústavy ČR se to zdá být z kompetence Ústavního soudu vyloučeno, neboť nemůže posuzovat soulad právních předpisů stejné právní síly.“²⁹⁹ Sám ovšem tamtéž připomněl, že by mělo jít o pouhou výzvu Parlamentu, aby tyto limity dodržoval, neboť „si nelze dělat velké iluze“ o tom, že by limity obsažené v čl. 9 odst. 2 Ústavy představovaly pro Parlament nezpochybnitelnou překážku, jak ukazuje skutečnost, že Poslanecká sněmovna již vážně hlasovala o zjevně ústavně nepřipustném návrhu na znovuzavedení trestu smrti.³⁰⁰

Naopak Pavel Holländer se již dlouho před nálezem ve věci Melčák, který danou otázku autoritativně rozhodl, jednoznačně přikláněl k možnosti přezkumu ústavních zákonů Ústavním soudem, což považoval za účinnější garanci než ústavní sebeovládání Parlamentu (které se ovšem ústavně předpokládá, což ukazuje znění slibu poslanců a senátorů, jak je formulován v čl. 23 odst. 3 Ústavy³⁰¹), spoléhání na možné ingerence prezidenta republiky či konečně (doslova) uplatnění práva

²⁹⁹ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky* 1. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003, s. 111-113.

³⁰⁰ Tamtéž, s. 112.

³⁰¹ „Slibuji věrnost České republice. Slibuji, že budu zachovávat její Ústavu a zákony. Slibuji na svou čest, že svůj mandát budu vykonávat v zájmu všeho lidu a podle svého nejlepšího vědomí a svědomí.“

na odpor podle čl. 23 Listiny základních práv a svobod. Navrhl dokonce tři modely garantování nezměnitelných náležitostí Ústavy:

- (i) buď by mohl být každý návrh změny jednoduchého ústavního práva předběžně přezkoumáván Ústavním soudem ještě v době, kdy by byl projednáván Parlamentem, jako je tomu v případě předběžného přezkumu mezinárodních smluv podle čl. 10, a zejména podle čl. 10a Ústavy, čímž by se i posílila kooperace mezi ústavními orgány;
- (ii) nebo by mohly být ústavní zákony rušeny ex post, jako je tomu u obyčejných zákonů, a to s odůvodněním inspirovaným Ústavním soudem Rakouské republiky. Ten vychází z Kelsenových teorií a tvrdí, že ke změně ustanovení označených jako základní (identitotvorné, viz podkapitolu 3.7) nemá Parlament zmocnění, takže jejich změna je porušením procedury, což je důvodem derogace takového právního předpisu. Pavel Holländer proto navrhuje (a v nálezu ve věci Melčák i uskutečňuje), že i kdyby se ze čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy ve spojení s § 68 odst. 2 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, nedala dovodit kompetence k posuzování materiálního soudu ústavních zákonů s ústavním pořádkem jako celkem, může Ústavní soud přezkoumávat ústavnost procedury přijímání ústavních zákonů, včetně porušení zmocňovací normy obsažené v čl. 9 odst. 2 Ústavy;
- (iii) za třetí řešení pak označuje imperativ vykládat přijaté ústavní zákony souladně s materiálním ohniskem Ústavy, jenž Ústavní soud využil v nálezu ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01 (č. 403/2002 Sb.), rozebraném v následující podkapitole.³⁰²

Vojtěch Šimíček, jakkoli se k tomuto nálezu staví kriticky, také akceptuje samu kompetenci Ústavního soudu rušit ústavní zákony pro protiústavnost, a to jednak tehdy, kdy je jako ústavní zákon označen akt, který vůbec nebyl schválen procedurou, kterou k tomu vyžaduje Ústava; jednak tehdy, kdy je sice dodržena požadovaná procedura, ovšem přijatý ústavní zákon je ve skutečném rozporu (a zde je onen rozdíl oproti situaci řešené nálezem ve věci Melčák) s čl. 9 odst. 2 Ústavy. Kompetenci ke zrušení takového ústavního zákona nachází Vojtěch Šimíček zejména v roli Ústavního soudu jako strážce relativně široce pojaté „ústavnosti“: „Pod ústavností však nemůžeme vidět pouze samotný text ústavních zákonů, nýbrž také soubor

³⁰² HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 331-334.

*hodnot, principů a zvyklostí, ze kterých tento text vychází a v souladu s nimi by měl být dále dotvářen. Možnost ÚS zrušit protiústavní zákon proto dovozujeme nikoliv z výčtu kompetencí ÚS, obsaženého v čl. 87 odst. 1 Úst, nýbrž z přímé aplikace čl. 83 Úst.*³⁰³

Nabízí se ovšem také další řešení chránící nezměnitelné náležitosti Ústavy, které uvádí Vojtěch Šimíček.³⁰⁴ Ten dovozuje z koncepce ústavy jako zpozitivnělé společenské smlouvy (viz podkapitolu 6.2), že oním posledním ochráncem ústavnosti je lid, který může ochránit její základní náležitosti obsažené v čl. 9 odst. 2 Ústavy cestou vykonání práva na odpor podle čl. 23 Listiny základních práv a svobod,³⁰⁵ pokud jsou činnost ústavních orgánů a účinné použití zákonných prostředků znemožněny. Společenská smlouva totiž „občany nezabývá celých jejich autonomní sféry, nýbrž dává omezený mandát pouze k určité formě státu, kterou nemůže ani ústavadárce libovolně překročit. Není totiž oprávněn svůj mandát překročit.“³⁰⁶

3.5.2 Obsah

Největší rozdíl českého materiálního ohniska ústavnosti oproti dosud rozebraným úpravám spočívá v jeho obecnosti. Které náležitosti demokratického právního státu jsou tak podstatné, že mají být nezměnitelné? Úvahy o tom, které náležitosti tvoří podstatné náležitosti demokratického právního státu, přísluší patrně nejprve akademikům a pak nezbyvá než čekat, se kterými z nich se ztotožní buď Ústavní soud, nebo třeba Parlament, který odmítne některou z navrhovaných změn ústavního pořádku s odůvodněním, že ji považuje za rozpornou s článkem 9 odst. 2 Ústavy.

Vojtěch Šimíček, inspirován Janem Filipem, nabízí poměrně rozsáhlý výčet těchto náležitostí:

- svrchovanost lidu (čl. 2 Ústavy),
- zakotvení a ochrana základních práv a svobod,

³⁰³ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 161.

³⁰⁴ Tamtéž s. 156 a 160.

³⁰⁵ „Občané mají právo postavit se na odpor proti každému, kdo by odstraňoval demokratický řád lidských práv a základních svobod, založený Listinou, jestliže činnost ústavních orgánů a účinné použití zákonných prostředků jsou znemožněny.“

³⁰⁶ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 157.

- panství práva (vázanost právním řádem; Ondřej Preuss hledá v judikatuře Ústavního soudu ty principy právního státu, které označil za nejpodstatnější náležitosti normotvorby a aplikace práva, a vřazuje mezi ně principy jako je důvěra v právo, právní jistota a předvídatelnost právních aktů,³⁰⁷ či princip předvídatelnosti práva a zákaz výkonu libovůle orgány veřejné moci³⁰⁸),³⁰⁹
- volná soutěž politických stran (čl. 5 Ústavy),
- rozhodování většiny se současným respektováním práv menšiny (čl. 6 Ústavy),
- základní principy volebního práva,
- vláda na čas,
- dělba státní moci,
- nezávislost soudů a soudců (čl. 81, 82 Ústavy, ÚS ji mezi nezměnitelné náležitosti výslovně včlenil v nálezu ze dne 14. 7. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 34/04, č. 355/2005 Sb.³¹⁰),
- právo na územní samosprávu (zejm. čl. 8 Ústavy; samozřejmě toliko ve svých základních rysech, nikoliv např. ve smyslu dvoustupňovosti samosprávného uspořádání anebo fixního počtu vyšších územně samosprávných celků),
- nezměnitelnost samotného materiálního ohniska ústavního pořádku (čl. 9 odst. 2 Ústavy).³¹¹ Tato poslední podmínka je nejdiskutovanější, neboť jak jsme viděli třeba u Ústavy Portugalské republiky, tamní čl. 288 připouští svou vlastní změnu, a tedy i změnu nezměnitelných náležitostí cestou výše rozebrané dvojité revize. Oproti tomu Pavel Holländer, vycházející z rakouské konstitucionalistiky uvádí, že pokud by nebyl sám imperativ nezměnitelnosti nezměnitelný, „jeho zakotvení v demokratických ústavách ztrácí rozumný smysl. Jinými slovy, oddělil-li ústavodárce, terminologií rakouské konstitucionalistiky, kvalifikované

³⁰⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 29/11 ze dne 21. 2. 2012.

³⁰⁸ Nález sp. zn. I. ÚS 420/09 ze dne 3. 6. 2009.

³⁰⁹ Viz PREUSS, O. *Podstatné náležitosti demokratického právního státu v judikatuře českého Ústavního soudu*, In GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 126-137.

³¹⁰ „Princip nezávislého soudnictví je jednou z podstatných náležitostí demokratického právního státu (čl. 9 odst. 2 Ústavy). Požadavek nezávislé justice pramení ze dvou zdrojů: z neutrality soudců, jako garance spravedlivého, nestranného a objektivního soudního řízení a ze zajištění práv a svobod jednotlivců soudcem odděleným od politické moci. Nezávislost soudců je garantována zárukami zvláštního právního postavení (mezi něž nutno zařadit nesaditelnost, neodvolatelnost, nedotknutelnost), dále zárukami organizační a funkční nezávislosti na orgánech, reprezentujících zákonodárnou a zejména výkonnou moc, jakož i oddělením soudnictví od moci zákonodárné a výkonné (zejména uplatněním zásady inkompatibility). Z hlediska obsahového je pak soudcovská nezávislost zajištěna vázaností soudců toliko zákonem, tj. vyloučením jakýchkoli prvků subordinace v soudcovském rozhodování.“

³¹¹ ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nálezy Ústavního soudu ve věci M. Melčáka, In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

*a jednoduché ústavní právo, přičemž ke kvalifikovanému zakotvil výbradu nezměnitelnosti, pak podřazením samotného vyjmutí materiálního ohniska ústavy z normy zmocňující měnit a doplňovat ústavu do rámce jednoduchého ústavního práva ona ústavní úprava pozbývá významu. Tímto argumentem, čili argumentem ad absurdum, aneb teleologickou redukcí, nelze než dospět k závěru, že i čl. 9 odst. 2 Ústavy (...) nutno podřadit do rámce pojmu „podstatných náležitostí demokratického právního státu“.*³¹²

Zajímavé je, že Vojtěch Šimíček výslovně vylučuje, že by mezi podstatnými náležitostmi demokratického právního státu v Ústavě ČR mělo figurovat unitární státní zřízení a princip republikanismu, kvůli kterému byla nezměnitelnost části ústavy zakotvena ve Francii a Itálii: „Naopak do materiálního ohniska ústavního pořádku vědomě neřadím republikánskou formu vlády či unitární státní zřízení, jakkoliv citované zahraniční příklady nezřídka vnímají právě tyto principy za úhelné kameny ústavního systému. Domnívám se totiž, že případná změna formy vlády ani státního zřízení ještě sama o sobě neznamená narušení podstatných náležitostí demokratického právního státu (řada monarchií a federací může být daleko výkonnějšími demokratickými a právněstátními systémy než mnohé unitární republiky).“³¹³ S tímto vyřazením republikanismu a unitárního státního zřízení z materiálního ohniska Ústavy se neztotožňuji, a to proto, že podle mého názoru pojmy „materiálního ohniska“ a „nezměnitelných náležitostí“ ústavy zcela nesplyvají, jak vyložím v kapitole 4, kde bude tato úvaha aplikována také na pojem republikanismu v Ústavě ČR. Zde postačí uvést, že principy republikanismu a unitárního státu pokládám za součást materiálního ohniska Ústavy (podobně jako je to ve vztahu k republikanismu explicitně uvedeno v ústavě francouzské či italské a implicitně ve Spolkové ústavě Rakouska³¹⁴), nikoli však jejich nezměnitelných náležitostí chráněných čl. 9 odst. 2 Ústavy, neboť – jak bude vyloženo v kapitole 4 – nejsou nezbytně nutné pro naplnění požadavků demokratického právního státu.

Ústavní soud již celé řadě těchto podstatných náležitostí přitakal a do materiálního ohniska Ústavy je včlenil. Tak již v citovaném nálezu ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93 (č. 14/1994 Sb.), za ně implicitně označil takové ústavní principy, jako je svrchovanost lidu, reprezentativní demokracie či právní stát. V nálezu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02 (198/2003 Sb.), označil za podstatnou

³¹² HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 327.

³¹³ ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka, In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

³¹⁴ FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam, s. 94-95.

náležitost zákaz libovůle, pod níž podřadil také příkaz soudům (včetně Ústavního soudu) respektovat svou vlastní judikaturu: „*Především budiž řečeno, že nemá-li se sám Ústavní soud jako ústavní orgán, tj. orgán veřejné moci, dopouštět libovůle, jejímž zákaz je sám také podroben, neboť i Ústavní soud, či právě on, je povinen respektovat rámec ústavního státu, v němž je výkon libovůle orgánům veřejné moci striktně zapovězen, musí se cítit vázán svými vlastními rozhodnutími, která může svou judikaturou překonat jen za určitých podmínek. Tento postulat lze přitom charakterizovat jako podstatnou náležitost demokratického právního státu (čl. 1 odst. 1 ve spojení s čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR).*“

V nálezu ze dne 29. 5. 1997, sp. zn. III. ÚS 31/97, pak souhlasně ocitoval doktrinní interpretaci, podle níž „*k podstatným náležitostem demokratického právního státu ve smyslu čl. 9 odst. 2 a 3 Ústavy patří především svrchovanost lidu a principy, obsažené v čl. 5 a 6 Ústavy a přirozenoprávní ustanovení Listiny základních práv a svobod, která zakládají ústavní právo na odpor (čl. 23 Listiny)*“ (...), resp. vyjádřeno jinak, jsou tyto náležitosti koncentrovány v několika člancích I. hlavy Ústavy a I. a V. hlavy Listiny a slavnostně prohlášeny v Preambuli Ústavy“ (...).

Konečně v nálezu ze dne 6. 2. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 42/2000 (č. 64/2001 Sb.), vřadil do materiálního ohniska i základní principy volebního práva.

Snad nejpřekvapivějším krokem při vytyčování hranic nezměnitelných náležitostí Ústavy bylo zahrnutí „procesní úrovně ochrany lidských práv“ provedené v často kritizovaném nálezu ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01 (č. 403/2002 Sb.).³¹⁵ V něm totiž Ústavní soud při posuzování ústavnosti některých ustanovení zák. č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání, vyvodil z čl. 9 odst. 2 Ústavy - podle mého názoru v rozporu s textem tzv. euronovely Ústavy, tedy ústavním zákonem č. 395/2001 Sb. - že nelze snižovat úroveň ochrany lidských práv, a tedy ani interpretovat žádnou novelu Ústavy tak, že by vedla ke snížení úrovně jejich ochrany. Mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách tak prý nemohly na základě euronovely ztratit svou schopnost být součástí ústavního pořádku a referenčním hlediskem pro posuzování ústavnosti vnitrostátního práva Ústavním soudem, a to s derogáčními důsledky: „*Z ústavní maximy dle čl. 9 odst. 2 Ústavy neplynou konsekvence toliko pro ústavodárce, nýbrž i pro Ústavní soud. V nepřípustnosti změny podstatných náležitostí demokratického právního státu je obsažen i pokyn Ústavnímu soudu,*

³¹⁵ Viz např. FILIP, J. Nález č. 403/2002 Sb. jako rukavice hozená ústavodárci Ústavním soudem. *Právní zpravodaj*, č. 11/2002, s. 12-15; či KÜHN, Z., KYSELA, J. Euronovela Ústavy ve světle překvapivého nálezu Ústavního soudu č. 403/2002 Sb. *Soudní rozhledy*, č. 12/2002, s. 421-428.

dle kterého žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod. Z uvedeného východiska nutno posuzovat změny, jež přinesla novela Ústavy, provedená úst. zák. č. 395/2001 Sb., a to v ustanoveních čl. 1 odst. 2, čl. 10, čl. 39 odst. 4, čl. 49, čl. 87 odst. 1 písm. a), b) a čl. 95 Ústavy. Ústavní zakotvení všeobecné inkorporační normy, a tím překonání dualistické koncepce vztahu práva mezinárodního a práva vnitrostátního, nelze interpretovat ve smyslu odstranění referenčního hlediska ratifikovaných a vyhlášených mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách pro posuzování vnitrostátního práva Ústavním soudem, a to s derogačními důsledky. Proto rozsah pojmu ústavního pořádku nelze vyložit toliko s ohledem na ustanovení čl. 112 odst. 1 Ústavy, nýbrž i vzhledem k ustanovení čl. 1 odst. 2 Ústavy a do jeho rámce zahrnout i ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách. Nepřímo pro tento závěr svědčí i ustanovení čl. 95 odst. 2 Ústavy, když jinak by je bylo nutno vykládat v tom smyslu, že v případě rozporu zákona s ústavním zákonem soudce obecného soudu není kvalifikován věc posoudit a je povinen ji předložit Ústavnímu soudu, v případě rozporu zákona a smlouvy o lidských právech, jenž je ústavněprávně stejné povahy a kvality, je dle čl. 10 Ústavy povinen postupovat dle mezinárodní smlouvy. Ať by již takové rozhodnutí bylo přijato kteroukoli soudní instancí, v právním systému neobsahujícím soudní precedens v kvalitě a závažnosti pramene práva, by nikdy nemohlo nabýt případně i faktických derogačních důsledků. Pro dvě, svou ústavní povahou identické situace, by tak byla Ústavou vytvořena ničím neodůvodněná procedurální nerovnost, což na základě argumentu reductionis ad absurdum nelze přisuzovat ústavodárci v poloze účelu ústavní novely. (...) Z uvedených důvodů nutno čl. 95 odst. 2 Ústavy interpretovat v tom smyslu, že je povinností obecného soudu předložit Ústavnímu soudu k posouzení rovněž věc, v níž dojde k závěru, že zákon, jehož má být při jejím řešení použito, je v rozporu s ratifikovanou a vyhlášenou mezinárodní smlouvou o lidských právech a základních svobodách.“

Ústavní soud zde tak podle mne použil článek 9 odst. 2 Ústavy jako důvod pro to, aby obešel text euronovely Ústavy. Zatím to ještě udělal poměrně komplikovaným způsobem. Jak jsem k tomu uvedl jinde: „ÚS opět prokázal, že interpret má být ‚chytřejší‘ než zákonodárce a v čl. 10 a čl. 95 Úst našel skryty celkem tři dovětky, které ústavodárce výslovně neuvedl. V čl. 10 Úst tak jakoby chyběl dovětek o tom, že mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách si ponechaly - nad rámec výslovně uvedené aplikační přednosti - svou nadzákonnou sílu. V čl. 95 odst. 1 Úst dovětek o tom, že obecný soud není oprávněn posoudit soulad zákona s mezinárodní smlouvou o lidských právech a základních svobodách, neboť derogační pravomoc ÚS nemůže být nabízena pouhou aplikační předností a faktickou

neaplikovaností ze strany soudů, byť nejvyšších. (...) V čl. 95 odst. 2 Úst pak konečně našel dovětek stanovici, že ústavním pořádkem se míní ústavní pořádek ve smyslu čl. 112 Úst a mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách. Jako podpůrný argument použil ÚS i zjištění, že ani po přijetí euronovely Úst nezměnil zákonodárce ustanovení procesních řádů, která obecným soudům ukládají povinnost přerušit při shledání rozporu s mezinárodní smlouvou o lidských právech a základních svobodách řízení a předložit věc k posouzení ÚS.³¹⁶ Zatím ovšem text nově přijatého ústavního zákona toliko obešel, nikoli zrušil.

Pro vyváženost názorů ocitujme vysvětlení tohoto postupu z úst soudce zpravodaje Pavla Holländera: „Byl-li v jednom případě (sp. zn. Pl. ÚS 36/01) konfrontován s ústavním zákonem (měnícím a doplňujícím Ústavu), který soud považoval za stojící v rozporu s materiálním ohniskem Ústavy (čl. 9 odst. 2), postupoval pak metodou interpretace konformní s kautelami plynoucími z čl. 9 odst. 2 (čili analogií se zásadou priority ústavně konformní interpretace před derogací).“³¹⁷ Je ovšem více než sporné, zda pro takovou „ústavně konformní interpretaci“ poskytoval ještě nějaký prostor text novelou změněného čl. 10 Ústavy, podle nějž „[v]yhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.“ Podle názoru většiny akademických komentářů ovšem z tohoto ustanovení vyplývá aplikační přednost shodně dopadající na všechny mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, nikoli zachování původní kategorie mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách, které si podle Ústavního soudu zachovaly svou nadzákonnou, tedy kvaziústavní povahu, odůvodňující derogaci obvyčejných zákonů jsoucích s nimi v rozporu.

„Čelní střet“, tedy zrušení ústavního zákona pro rozpor s nezměnitelnými náležitostmi Ústavy, nicméně ÚS použil až o sedm let později v nálezu ve věci Melčák.

³¹⁶ MOLEK, P. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 186.

³¹⁷ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 333.

3.5.3 Nález ve věci Melčák

Okamžikem, kdy se materiální jádro ústavy „ukázalo“ nejen Ústavnímu soudu konstitucionalistům, ale i veřejnosti, médiím a politickým aktérům, byl rozhodně nález ve věci Melčák.³¹⁸

Nejprve několik slov k pozadí tohoto nálezu z roku 2009. V reakci na jarní nečekaný pád vlády poté, co byla druhé vládě Mirka Topolánka vyjádřena nedůvěra, propadla Poslanecká sněmovna přesvědčení, že již nadále není schopna vygenerovat většinu, kterou by dokázala podpořit politickou vládu na rok zbývající do řádných voleb v červnu 2010, a tříleté období snahy vytvořit v Poslanecké sněmovně z poměru mandátů sto ku stu pro pravicové a levicové strany většinu schopnou podporovat vládu ukončila rozhodnutím politické reprezentace dospět k předčasným volbám. K nim měly republiku dovést dva kroky: vytvoření překlenovací úřednické vlády Jana Fischera a nalezení způsobu, jak vyhlásit předčasné volby. Jakkoli motivem snahy o vyhlášení předčasných voleb byla dlouhodobá neschopnost většinově podpořit jakoukoli vládu, první krok se ukázal mnohem bezproblémovějším než druhý.

Ústava ČR totiž v té době ve svém článku 35 předpokládala v odst. 1 pouze čtyři důvody k rozpuštění Poslanecké sněmovny.³¹⁹ Žádný z nich nepamatoval na stav,

³¹⁸ Tedy nález ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09, č. 318/2009 Sb. Vycházím zde ze svého staršího komentáře MOLEK, P. Hluboce inspirující nález Pl. ÚS 27/09 a utržené ucho materiálního jádra Ústavy. *Soudní rozhledy*, č. 10/2009, s. 46 - 52. Vycházím z něj natolik, že v této podkapitole používám pouze ty kritické poznámky, které jsem používal již v onom článku. Hlubší kritika je následně obsažena v kapitole 4, v níž jsou vyložena její obecnější východiska. Kriticky k témuž nálezu viz též ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka, In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234; či WINTR, J. Desáté září českého ústavního systému. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 4-17.

³¹⁹ „(1) Poslaneckou sněmovnu může rozpustit prezident republiky, jestliže
a) Poslanecká sněmovna nevyřadila důvěru nově jmenované vládě, jejíž předseda byl prezidentem republiky jmenován na návrh předsedy Poslanecké sněmovny,
b) Poslanecká sněmovna se neusnese do tří měsíců o vládním návrhu zákona, s jehož projednáním spojila vláda otázku důvěry,
c) zasedání Poslanecké sněmovny bylo přerušeno po dobu delší, než je přípustné,
d) Poslanecká sněmovna nebyla po dobu delší tří měsíců způsobilá se usnášet, ačkoliv nebylo její zasedání přerušeno a ačkoliv byla v té době opakovaně svolána ke schůzi.“ Neuspokojivost těchto způsobů rozpouštění sněmovny byla dlouhodobě reflektována i odbornou kritikou, neboť důvody pod písmeny b) až d) vycházejí z nefunkčnosti sněmovny po dobu delší tří měsíců a důvod pod písmenem a) reaguje na opakovanou neschopnost vyslovit důvěru vládě, konkrétně třem vládám po sobě (dvěma jmenovaným prezidentem na základě jeho vlastního návrhu a jedné jmenované prezidentem na návrh předsedy Poslanecké sněmovny). Viz např. FILIP, J. *Rozpuštění Poslanecké sněmovny*, Časopis pro právní vědu a praxi, č. 1/1998, či FILIP, J. *Zkrácení volebního období*, Parlamentní zpravodaj, č. 12/1997.

kdy je ve sněmovně shoda toliko na vlastní neschopnosti nadále plnit funkce orgánu legislativního a generujícího podporu vládě. V takové situaci mohla sněmovna jediné s určitou měrou předstírání použít některý z oněch čtyř Ústavou předpokládaných postupů, tedy po dobu delší tří měsíců fingovat vlastní nevělu se sejít či jednat, nebo postupně vyjádřit nedůvěru trojici vlád po sobě jdoucích.

Vytvořila se tak varianta pátá, s níž Ústava sice nepočítá, přesto byla v minulosti již dvakrát využita, z toho jednou za platnosti současné Ústavy. Jde o zvláštní ústavní zákon o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny, kterým je Ústava ad hoc „doplněna“. Poprvé byl tento postup využit již na jaře 1990 v reakci na změnu režimu a na neudržitelnou nelegitimitu zákonodárných sborů zvolených ve „volbách“ v roce 1986 (byť doplněných na sklonku roku 1989 o kooptované demokratické politiky na základě tzv. kooptačního ústavního zákona³²⁰) a konsenzuálně pocitovanou potřebu svobodných voleb. Tehdy byl přijat ústavní zákon č. 45/1990 Sb., o zkrácení volebního období zákonodárných sborů.³²¹

Podruhé byl použit totožný postup již za platnosti současné Ústavy, a to v roce 1998, po pádu poslední vlády Václava Klause a změně poměru sil v Poslanecké sněmovně dané rozštěpením ODS. Parlament tehdy sáhl k již známé cestě a přijal ústavní zákon č. 69/1998 Sb., o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny. Jím bylo stanoveno, že „*volební období Poslanecké sněmovny zvolené v roce 1996 skončí v roce 1998 dnem voleb do Poslanecké sněmovny, které se budou konat do 30. června 1998*“. Už v této době byla pocitována nevhodnost takového ústavního „ad hocismu“³²² a objevily se i návrhy na koncepční řešení skutečnosti, že Ústava neumožňuje okamžité (tedy bez čekání či bez vystřídaní tří „nedůvěryhodných“ vlád) rozpuštění Poslanecké sněmovny, byť by na jeho vhodnosti panoval jakkoli silný konsenzus.³²³

³²⁰ Ústavní zákon č. 183/1989 Sb., o volbě nových poslanců zákonodárných sborů.

³²¹ Jím bylo stanoveno, že „*volební období Sněmovny lidu a Sněmovny národů Federálního shromáždění, České národní rady a Slovenské národní rady zvolených v roce 1986 skončí v roce 1990 dnem voleb do příslušných zákonodárných sborů*“.

³²² Shrnutí kritických hlasů, které proti tomuto „ústavnímu zákonu“ zazněly přímo v parlamentu, viz v článku HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 314-315.

³²³ Z výrazných návrhů změn Ústavy lze jmenovat alespoň neúspěšný Sněmovní tisk 359/0 z roku 1999, který změnou (mimo jiné) článků 35 a 68 umožňoval, aby po případném neúspěchu vlády sestavené představitelem strany, která vyhrála volby, mohla být sněmovna prezidentem rozpuštěna jen na základě toho, že předseda druhé nejsilnější strany a následně předseda Poslanecké sněmovny nepodají (nebo podají bez následného získání důvěry) prezidentovi návrh na jmenování předsedu vlády.

Tento ani další návrhy však v Parlamentu nezískaly potřebnou podporu, a proto i v roce 2009 došlo opět na *ad hoc* řešení ve formě ústavního zákona č. 195/2009 Sb., o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny. Jeho čl. 1 stanovil: „*Volební období Poslanecké sněmovny zvolené v roce 2006 skončí v roce 2009 dnem voleb do Poslanecké sněmovny, které se budou konat do 15. října 2009.*“ Čl. 2 pak upravoval zkrácení některých lhůt v zákoně č. 247/1995 Sb., o volbách do Parlamentu České republiky, a v zákoně č. 150/2002 Sb., soudním řádu správním, aby mohly volby v první polovině října 2009 skutečně proběhnout. K tomu směřovalo i rozhodnutí prezidenta republiky č. 207/2009 Sb., o vyhlášení voleb do Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky. Podle tohoto rozhodnutí měly volby proběhnout 9. a 10. října 2009.

Již v době projednávání zmíněného (údajného) ústavního zákona se přitom objevovaly, zejména na půdě Senátu, pochybnosti o jeho vhodnosti a „ústavnosti“. Nejpregnantnější byly tyto pochybnosti vyjádřeny ve stanovisku Stálé komise Senátu pro Ústavu České republiky a parlamentní procedury přijatém na její 6. schůzi, konané dne 27. května 2009. Toto stanovisko se vyjádřilo k samému základu ústavnosti a úcty k Ústavě: „*Předložený návrh ústavního zákona není změnou Ústavy v podobě formulace obecného pravidla. Ústavních mechanismů si nevšímá - nemění je, nedoplňuje ani formálně neruší, jen pro tento jediný případ stanovuje jinou cestu, jak dojít k předčasným volbám. Spor se totiž nevede o předčasné volby, ale o cestu k nim - systémovou a ústavně konformní na jedné straně, potažmo ad hoc na straně druhé. Proto není odvolání se na právo lidu rozhodnout o tom, kdo mu bude vládnout (viz důvodová zpráva ke sněmovnímu tisku 796), relevantním argumentem. (...) Vzhledem návrhu je ústavní zákon č. 69/1998 Sb. Oproti němu však chybí moment překvapení, neboť problém je znám a řešení navrhována. Měla-li by se cesta přijímání ad hoc ústavních zákonů stát běžnou, Ústava se nikdy nezmění, protože to nebude potřebné. V takovém případě jí ovšem brozí nebezpečí, že se rozejde s ústavní a politickou realitou - získá charakter ‚fasády‘. Současně se každá politická krize přemění v krizi ústavní, neboť bude řešena ústavním zákonem. (...) S předmětným návrhem zákona jsou spojovány pochybnosti stran jeho ‚ústavnosti‘. Komise uznává možnost existence ‚protiústavních ústavních zákonů‘, či možná spíše jen domnělých, neboť mimo kompetence (ultra vires) ústavodárce přijatých ústavních zákonů, jsou-li v rozporu s podstatnými náležitostmi demokratického právního státu, jejichž změnu čl. 9 odst. 2 Ústavy prohlašuje za nepřípustnou. Pokud by tomu tak nebylo, nemělo by citované ustanovení žádný normativní význam. (...) Navržený ústavní zákon míří proti smyslu Ústavy jako řádu obecných a předem známých pravidel vládnutí, zasahuje do vztahů mezi poslanci a občany,*

*jakož i do kompetencí Senátu. Jeho přijetí rozhodně není jedinou cestou, jak dosíci předčasných voleb do Poslanecké sněmovny, a dozajista sníží tlak na jakoukoliv změnu Ústavy. Nikoliv však ve prospěch její stability, ale s rizikem ad hoc obcházení.*⁶²⁴

Tento návrh ústavního zákona nicméně získal dostatečnou podporu v obou komorách Parlamentu. Lze se přitom jen dohadovat, do jaké míry mu podporu v Poslanecké sněmovně získala nejen neochota přijmout systémové řešení, tedy rozšíření důvodů, jež jsou v čl. 35 odst. 1 Ústavy předpokládány pro rozpuštění sněmovny (například ve stopách existujícího senátního návrhu), ale i výhodnost takového *ad hoc* řešení pro samotnou sněmovnu. Rozšíření důvodů v čl. 35 by totiž vedlo jediné k možnosti rozpustit sněmovnu a následně k vyhlášení voleb. V mezidobí mezi rozpuštěním staré sněmovny a ustanovením nové na základě voleb by ovšem stávající poslanci neměli poslanecký mandát (stejně jako požitky s tím spojené, počínaje platem a konče dalšími službami aparátu Poslanecké sněmovny, které volební kampaň prováděnou z pozice poslance činí jednodušší než kampaň prováděnou z pozice pouhého občana) a legislativní pravomoc by dočasně přešla na Senát podle čl. 33 odst. 1 Ústavy³²⁵, byť s nutností následné ratifikace novou Poslaneckou sněmovnou podle čl. 33 odst. 5,³²⁶ což je ostatně postup využitý při následujících předčasných volbách v roce 2013. Naopak text čl. 1 rozebíraného ústavního zákona vedl nejen k rychlé cestě k volbám (bez nutnosti fingovaných pokusů o vyslovení důvěry vládě či předstírání nezájmu o návrh zákona, s nímž vláda spojila vyslovení důvěry), ale i k takřka úplné časové kontinuitě výkonu poslaneckého mandátu poslanců zvolených roku 2006. Jejich mandát by totiž podle tohoto ústavního zákona skončil až koncem jejich volebního období, tedy až „dnem voleb do Poslanecké sněmovny“, jímž by zároveň vznikl mandát poslancům (staro?)novým (viz čl. 19 odst. 3 Ústavy ve vazbě na § 50 zákona o volbách do Parlamentu ČR). Fakt, že se jednalo již o druhý ústavní zákon na jedno použití takto „doplňující“ Ústavu, navíc dával „naději“, že by se mohla vytvořit i ústavní zvyklost, že pátým způsobem ukončení volebního období Poslanecké sněmovny je souhlas kvalifikované většiny všech poslanců a kvalifikované většiny přítomných senátorů s ukončením volebního období vyjádřený ve formě ústavního zákona.

³²⁴ Cit. dle komentovaného nálezu, část VI.

³²⁵ „(1) Dojde-li k rozpuštění Poslanecké sněmovny, přísluší Senátu přijímat zákonná opatření ve věcech, které nesnesou odkladu a vyžadovaly by jinak přijetí zákona.“

³²⁶ „(5) Zákonné opatření Senátu musí být schváleno Poslaneckou sněmovnou na její první schůzi. Neschválí-li je Poslanecká sněmovna, pozbývá další platnosti.“

Jak se však ukázalo, namísto vytvoření ústavní zvyklosti se přijatý ústavní zákon stal tím dojítím pro vodu, při němž se „ucho“ materiálního jádra Ústavy utrhl. Alespoň podle ÚS.

Plán většiny poslanců a senátorů ztroskotál na reakci poslance Miloše Melčáka.³²⁷ Ten se ústavní stížností³²⁸ podanou až dne 26. 8. 2009 (!) domáhal zrušení rozhodnutí prezidenta republiky o vyhlášení voleb a zároveň dle § 74 zákona o Ústavním soudu s ústavní stížností spojil návrh na zrušení ústavního zákona č. 195/2009 Sb. Uvedeným rozhodnutím prezidenta se cítil být dotčen zejména v základním právu zakotveném v čl. 21 odst. 4 Listiny, z něž plyne i právo na nerušený výkon veřejné funkce.³²⁹ Za stručnou zmínku stojí, že se Ústavní soud v nálezu samém nezabýval tím, že nebyly vyčerpány jiné prostředky ochrany stěžovatelova práva ve smyslu § 75 odst. 1 zákona o ÚS.³³⁰

Ve věci bylo svoláno ústní jednání na den 10. 9. 2009. Tři hodiny po ústním jednání byl pak vyhlášen soudcem zpravodajem Pavlem Holländerem nález s tímto výrokem:

„I. Ústavní zákon č. 195/2009 Sb., o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny, se zrušuje dnem 10. září 2009.

II. Rozhodnutí prezidenta republiky č. 207/2009 Sb., o vyhlášení voleb do Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, kontrasignované předsedou vlády, pozbývá platnosti současně s ústavním zákonem č. 195/2009 Sb., o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny.“

Disentní stanovisko připojili soudci V. Kůrka a J. Musil.

³²⁷ Ten je sice v samotném nálezu anonymizován jako „M. M.“, ovšem vzhledem k jeho všeobecné známosti je nutno takovou anonymizaci považovat za zbytečnou, leda by mu Ústavní soud přikládal jakési hérostratické motivace, a když už mu dal zapravdu ve věci samé, chtěl mu aspoň zabránit, aby branou vyhledávacího systému NALUS vstoupil do dějin české konstitucionalistiky.

³²⁸ K pochybnosti o přípustnosti celé ústavní stížnosti vzhledem ke spornosti existence ústavního práva na vykonávání poslaneckého mandátu za všech okolností viz bod 2 disentního stanoviska soudce Musila.

³²⁹ Podrobně k němu viz MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 533-549.

³³⁰ Těmi by patrně byla zejména žaloba ve správním soudnictví proti rozhodnutí prezidenta republiky (pokud bylo většinou pléna Ústavního soudu přípustěno, že bylo dotčeno stěžovatelovo ústavní právo, tím spíše byl patrně dotčen na svých veřejných subjektivních právech ve smyslu § 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního).

Klíčovým problémem nálezu, a to i pro účely této knihy, bylo zdůvodnění, zda a proč ÚS vůbec má kompetenci rušit ústavní zákony. V nálezu samotném se však debaty, které byly na to téma již předtím v akademických kruzích vedeny, a zejména důvody, které ÚS vedly k pozitivní odpovědi na otázku vlastní kompetence, prakticky neobjevují. V části IV nálezu sice obsáhle rozebírá imperativ nezměnitelných náležitostí Ústavy a jeho dopad pro čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy, tedy pro rozhodování o zrušení zákonů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem, jde však spíše o rozbor významu čl. 9 Ústavy a jeho historických inspirací než o skutečné zdůvodnění vlastní kompetence k rušení ústavních zákonů. ÚS zde přesvědčivě rozebral ony historické inspirace (německé a rakouské), odraz nezměnitelných náležitostí Ústavy ve vlastní judikatuře i to, co by podle této judikatury mělo být zejména jeho součástí. Patří sem tedy podle takto rekapitulované judikatury „materiální, a nikoli formální chápání právního státu“³³¹, „suvrovanost lidu a principy obsažené v čl. 5 a 6 Ústavy a přirozenoprávní ustanovení Listiny základních práv a svobod, která zakládají ústavní právo na odpor (čl. 23 Listiny)“³³² či „základní principy volebního práva“³³³.

Čtenář ovšem snadno postrádá odpověď na otázku, zda to má být právě Ústavní soud, kdo bude jediným garantem zachování materiálního jádra Ústavy. Ústavní soud pozitivní odpověď implicitně předpokládá, respektive ji dovozuje z čl. 83 Ústavy, podle nějž je právě on „soudním orgánem ochrany ústavnosti“. Činí tak ovšem velmi stručně na konci části VI./a: „Ústavní soud uzavírá: Ani ústavodárce nesmí prohlásit za ústavní zákon normu, která charakter zákona, natož ústavního, postrádá. Opačný postup je protiústavní svévolí. Vyloučit přezkum takových aktů Ústavním soudem by jeho roli ochránce ústavnosti (čl. 83 Ústavy) zcela eliminovalo.“

Takové tvrzení však není tak samozřejmé, jak je ÚS předkládá, neboť garantem respektování nezměnitelných náležitostí Ústavy nemusí být nutně jedině a právě on. Mohl by jím být skutečně Parlament, který může vnímat čl. 9 odst. 2 Ústavy jako apel k sobě samému, který mu připomíná, že ani v pozici ústavodárce nemůže změnit cokoli. Mohl by jím být koneckonců lid, pro nějž právě odstranění podstatných náležitostí demokratického právního státu má být legitimačním důvodem

³³¹ Nález ze dne 29. 5. 1997, sp. zn. III. ÚS 31/97.

³³² Nález ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93, č. 14/1994 Sb.

³³³ Nález ze dne 6. 2. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 42/2000, č. 64/2001 Sb.

pro uplatnění práva na odpor podle čl. 23 Listiny (viz kapitoly 4-6 této knihy).³³⁴ ÚS ovšem dovozuje, že pokud by z čl. 9 odst. 2 neplynula právě jemu derogační kompetence, pak by šlo o pouhý nenormativní apel: „*Bez uvedeného promítnutí čl. 9 odst. 2 Ústavy do interpretace ustanovení čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy by v něm zakotvená nepřijatelnost změny podstatných náležitostí demokratického právního státu pozbyla normativní povahy a zůstala toliko politickou, příp. morální výzvou.*“

Samozřejmost odpovědi Ústavního soudu, že z role strážce ústavnosti je třeba dovodit i roli strážce materiálního ohniska Ústavy, a to strážce nadaného pravomocí rušit ústavní zákony, přesvědčivě kritizuje v disentu soudce Musil, jakkoli tuto pravomoc samu svému soudu neupírá:

„8. Nález Ústavního soudu apriorně tuto kompetenci předpokládá, přinejmenším pro případy, kdy ústavní zákon je napaden z důvodu uvedeného v článku 9 odst. 2 Ústavy, tj. pro porušení zákazu změny podstatných náležitostí demokratického právního státu, resp. pro porušení článku 9 odst. 1 Ústavy. Za situace, kdy chybí výslovné zakotvení této kompetence Ústavního soudu přímo v Ústavě, lze tuto kompetenci Ústavního soudu dovodit pouze interpretací, založenou zčásti na metajuristické argumentaci (používají se i argumenty historické, axiologické, mravní apod.). Ústavní soud se tu z povahy věci pohybuje ‚na tenkém ledě‘ a tudíž jeho interpretace a argumentace musí být mimořádně přesvědčivá.

9. Takovouto důkladnost a všeobecnou přesvědčivost ve zdůvodnění nálezu postrádám. Toto konstatování činím, ač sám se kloním k zásadnímu uznání pravomoci Ústavního soudu podrobovat ústavní zákony přezkumu, a to v mezích kritérií stanovených v článku 9 odst. 2 Ústavy. Pro detailní rozvedení důvodů, které mě k tomu vedou, není prostor v rámci odlišného stanoviska. Očekával jsem však (marně), že budou zevrubně uvedeny v odůvodnění nálezu, jež má z tohoto aspektu ‚pionýrský‘ charakter, protože tento problém je rozhodován v praxi českého Ústavního soudu vůbec poprvé.

(...)

11. Lze uznat argument, že nemá-li zůstat požadavek dodržování podstatných náležitostí demokratického právního státu ‚toliko politickou, příp. morální výzvou‘, měl by existovat garant či arbitr, který bude bdít nad dodržováním tohoto pravidla, a který bude vybaven též procedurálními pravidly pro přezkum, event. též kasačními nebo jinými reparačními

³³⁴ „Občané mají právo postavit se na odpor proti každému, kdo by odstraňoval demokratický řád lidských práv a základních svobod, založený Listinou, jestliže činnost ústavních orgánů a účinné použití zákonných prostředků jsou znemožněny.“

mechanismy k nápravě vad. Ohledně toho, kdo má být oním garantem a arbitrem, neexistuje shoda ani v ústavněprávní nauce ani v politické sféře, a to nejen u nás, ale ani v zahraničí. Existují názory tvrdící, že takovým kontrolním subjektem by mohla být např. druhá komora parlamentu nebo že vhodným mechanismem by mohlo být referendum; vyskytují se i skeptické názory, že takový „superrevizní“ a přitom funkční mechanismus nelze vůbec vytvořit, protože pyramidu kontrolních mechanismů nelze vršit do nekonečna (vzniká problém, „kdo má kontrolovat kontrolory“).

12. Pokud je mi známo, dosud nikdy se Ústavní soud nezabýval argumenty, které by přesvědčivě dokazovaly, že právě Ústavní soud má či musí být oním garantem a arbitrem, který bdí nad ústavodárcem, aby byly dodržovány podstatné náležitosti demokratického právního státu. Nynější nálezh takovou kompetenci Ústavního soudu apriorně deklaruje, aniž by si dělal přílišné starosti s přesvědčivou argumentací.

13. Jde-li o záležitost tak důležitou, neboť se dotýká fundamentálního ústavního principu, totiž dělby moci, lze požadovat, aby takto nová a toliko interpretací dovozená pravomoc Ústavního soudu byla v praxi aplikována mimořádně zdrženlivě a restriktivně.“

Stejně tak je sporné, zda bylo dostatečné pravomoc rozhodovat o zrušení „ústavních zákonů“ dovodit pouhým mlčením z textu čl. 87 odst. 1 Ústavy, tedy z pravomoci rozhodovat „o zrušení zákonů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem“. Nemyslím si, že by bylo přílišným požadavkem na Ústavní soud, aby tam, kde jde nad rámec textu Ústavy, jakkoli legitimně, tento svůj závěr odůvodnil, zvláště za situace, kdy správnost takového extenzivního výkladu slova „zákon“ není zcela všeobecně přijímána.³³⁵

Následně se ÚS posunul k otázce, jak lze vlastně měnit Ústavu?³³⁶ Jednoduchá odpověď z pohledu českého ústavního pořádku by byla automaticky hledána v textu Ústavy, tedy v čl. 9 odst. 1, podle nějž může být Ústava doplňována či měněna pouze ústavními zákony, a v na něj navázaném čl. 39 odst. 4 Ústavy, podle nějž je k přijetí ústavního zákona třeba souhlasu třípětinové většiny všech poslanců a třípětinové většiny přítomných senátorů.³³⁷ ÚS ovšem upozorňuje, že to

³³⁵ Viz např. post Tomáše Sobka nazvaný *Lední medvěd není medvěd, ústavní zákon není zákon* na blogu Jiné právo ze dne 3. 9. 2009 (<http://jinepravo.blogspot.com/2009/09/tomas-sobek-ledni-medved-neni-medved.html>).

³³⁶ Systematicky k tomuto tématu viz podkapitolu 4.4.

³³⁷ Viz ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 151-153.

není pouze požadavek přijetí touto kvalifikovanou většinou v Parlamentu, co dělá ústavní zákon ústavním zákonem, a vypočítává v části VI./a nálezu jeho další náležitosti: „Dle čl. 9 odst. 1 Ústavy může tato být doplňována či měněna pouze ústavními zákony. Nadto Ústava v řadě svých ustanovení výslovně zmocňuje Parlament k vydání ústavních zákonů upravujících přesně vymezenou materii (...). Pro posouzení ústavnosti dodržení kompetence při vydání ústavního zákona č. 195/2009 Sb. nutno tudíž zodpovědět otázku, zdali lze ústavní zákon ad hoc (pro jedinečný případ) podřadit pod rámec přípustných ústavních změn dle čl. 9 odst. 1 Ústavy. Ústavní zákon ad hoc (pro jedinečný případ) není ani doplněním, ani změnou Ústavy. Obsahově ústavní zákon pro jedinečný případ může nabýt dvou podob - buď jde o časově omezené suspendování Ústavy anebo věčnou, resp. osobní výjimku z obecné platnosti ústavní úpravy. Doplnění ústavy lze charakterizovat tím, že se u něj doplňované ústavní ustanovení nemění, přičemž doplňované a doplňující ustanovení nejsou rozporná. Změna ústavy znamená zrušení, resp. částečné zrušení určitého ústavního ustanovení a případně (nikoli nutně) zakotvení ustanovení nového. Prolomením ústavy se ústava neruší, přičemž prolomené (v posuzovaném případě suspendované) ustanovení a ustanovení prolamující (v daném případě suspendující) jsou rozporná. Ústavní zákon č. 195/2009 Sb. je ústavním zákonem pouze formou, nikoli ale obsahem. Obsahem je individuálním právním aktem týkajícím se nikoli obecně vymezeného okruhu adresátů a situací, nýbrž konkrétně určeného subjektu (Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky zvolené v roce 2006) a konkrétní situace (skončení jejího volebního období dnem voleb, jež se mají konat do 15. října 2009, a zkrácení lhůt dle zákona o volbách do Parlamentu České republiky a dle soudního řádu správního pouze pro tento případ). Tato skutečnost je výslovně vyjádřena nejen v čl. 1 daného ústavního zákona, nýbrž i v čl. 2 (představujícím přímou novelu zákonů provedenou ústavním zákonem!), obsahujícím u úpravy zkrácení uvedených lhůt výslovně formulaci „pro tento případ“. Je-li nucen Ústavní soud odpovědět na otázku, zmocňuje-li čl. 9 odst. 1 Ústavy Parlament rovněž k vydávání individuálních právních aktů formou ústavních zákonů (např. k vydávání trestních rozsudků vůči konkrétním osobám za konkrétní skutek, k vydávání správních rozhodnutí o vylastnění, ke zkrácení funkčního období konkrétního představitele státního orgánu, atd., atd.), odpověď zní - nikoli! (...) Ústavní soud opakovaně zdůrazňuje, že považuje princip obecnosti ústavního zákona za komponent kategorie podstatných náležitostí právního státu. Připomíná, že obecnost není účelem o sobě, jejím účelem je zajistit oddělení zákonodárné, výkonné a soudní moci, rovnost ústavní úpravy pro obdobné situace a tím vyloučení svévole při uplatňování veřejné moci a umožnění garance ochrany práv jednotlivce v podobě práva na soudní ochranu. Smyslem a účelem obecnosti ústavního zákona, jako pojmového znaku kategorie právního státu, je proto ochrana svobody.“

První vlastností, která dostává napadený ústavní zákon do rozporu s čl. 9 odst. 2 Ústavy, je tedy fakt, že jde o ústavní zákon toliko formou, nikoli však obsahem, zejména proto, že nešlo o právní akt obecný. K tomu ovšem Vojtěch Šimíček podotýká, že samotná neobecnost předpisu dosud nikdy nestačila ke zrušení zákona pro protiústavnost, vždy musel přistoupit další důvod protiústavnosti, typicky zásah do dělby moci, k němuž zde ale zjevně nemohlo dojít, neboť rozhodujícím (Parlamentem) i tím, o němž bylo rozhodováno (tehdejší Poslanecká sněmovna), byla zákonodárná moc. Tentýž autor kritizuje také to, že ÚS mechanicky převzal další body kritiky, které se s neobecností právního předpisu v judikatuře Ústavního soudu obvykle pojily - totiž odepření soudní ochrany a porušení principu rovnosti - pro tento specifický případ ovšem nejsou přiléhavé. Celkově pak Vojtěch Šimíček připomíná, že postup Parlamentu byl sice svévolný, určité míry svévole v podobě soudcovského aktivismu se tu ovšem nevyvaroval ani sám ÚS: „*Dospívám proto k závěru, že jakkoliv bylo zvolené řešení zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny účelové a zcela nesystémové, jedná se přesně o oblast, do které by Ústavní soud ještě vstupovat neměl.*“³³⁸

Co se týče výroku nálezů, bylo by sice možno namítat, že pokud šlo o individuální právní akt, a nikoli o ústavní zákon, je sporné, zda měl být výrokem opravdu „zrušen“ a neměla být pouze deklarována jeho nicotnost. Takový postup by lépe odpovídal jednak sebeomezení Ústavního soudu (mohl by deklarovat nicotnost jen u těch „ústavních zákonů“, které jimi pojmově ani být nemohou) a jednak by překlenul absenci výslovně zakotvené kompetence k „rušení ústavních zákonů“, neboť kompetenci k vydávání deklaratorních aktů prohlašujících nicotnost „neústavních zákonů“ lze z jeho obecné role strážce ústavnosti dovodit patrně lehčeji, než kompetenci konstitutivně rušit ústavní zákony. Na druhou stranu by ale přijetí koncepce deklaratornosti jeho aktů mohlo vést ke značnému znejistění a případnému nerespektování přijatých ústavních zákonů ze strany subjektů, které by je chápaly jako „neústavní“ a pouze by čekaly (respektive nečekaly) na deklaraci nicotnosti.³³⁹

³³⁸ ŠIMÍČEK, V. Materiální ohniško ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

³³⁹ Zcela odmítavou argumentaci k možnosti vyslovit nicotnost ústavního zákona viz v příspěvku Zdeňka Kühna nazvaném *Ještě jedna glosa k usnesení ÚS* publikovaném dne 2. 9. 2009 na blogu Jiné právo (<http://jinepravo.blogspot.com/2009/09/jeste-jedna-glosa-k-usneseni-us.html>): „*Pokud ÚS vysloví, že ústavní zákon o zkrácení volebního období Sněmovny je nicotný, neboť mimo možnosti Parlamentu, myslím, že tím jakoukoliv myšlenku „protiústavního ústavního zákona“ v této zemi na dlouhé dekády pobřívá. Bude to škoda, protože takovouto pravomoc by ÚS měl mít. Kauza ústavního zákona o zkrácení volebního období Sněmovny ji však debestuje stejným způsobem, jakým se to svého času stalo ve věci nálezů č. 403/2002 Sb. (mimoústavní inkorporace lidskoprávních smluv do ústavního pořádku).*“

Výsledek, tedy tvrzení v odůvodnění, že o ústavní zákon vlastně nejde, ale přesto je ústavní zákon výrokem rušen, nicméně vyvolává pocit vnitřní rozpornosti.³⁴⁰

V dalším kroku se Ústavní soud vypořádává se samotným čl. 9 odst. 2 Ústavy, který chápe primárně jako možnost, jak legitimně nedostát požadavkům odstavce 1: „*Při absenci ústavního zmocnění k vydání ústavních zákonů ad hoc by ústavní konformita ústavního zákona přijatého v rozporu s Ústavou vymezeným rámcem kompetence Parlamentu mohla být založena toliko ochranou materiálního jádra dle čl. 9 odst. 2 Ústavy. Jinými slovy vyjádřeno, ochrana demokratického právního státu formou přijetí ústavního zákona ad hoc by mohla být akceptována za naprosto výjimečných okolností (jakyými jsou např. okolnosti válečného stavu, či přírodní katastrofy, jejichž řešení neumožňuje ani Ústava ani ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, ve znění ústavního zákona č. 300/2000 Sb.), přičemž takový postup by musel splňovat hlediska, jež plynou z principu proporcionality.*“

Tento postup kritizuje disentující soudce Kůrka v bodě 6 svého stanoviska: „*Především však nesdílím jinou metodu, k níž se většina pléna uchýlila. Zjednodušeně řečeno, poté, co dovodila nedostatek ‚zmocnění‘ k vydání ústavního zákona v čl. 9 odst. 1 Ústavy (a tím již jej ‚odsoudila‘ ku svému přezkumu), posuzovala, zda by přesto neobstál na bázi čl. 9 odst. 2 Ústavy; ten by mu sice mohl dodat výjimečného ospravedlnění, avšak v dané věci tomu tak není. Významové pořadí čl. 9 odst. 1 a čl. 9 odst. 2 Ústavy je tak obrácené.*“

Této kritice lze přisvědčit v tom, že logický postup většiny, a tedy chápání naplnění odstavce 2 jako možného alibi pro nenaplnění požadavků odstavce 1, je poněkud překvapivé, ovšem odůvodněné přinejmenším historickým příkladem, jímž v otázce tohoto vztahu (byť ještě před platností současné Ústavy) byl především výše zmíněný ústavní zákon č. 45/1990 Sb., plně legitimovaný právě ochranou základních náležitostí (nově ustaveného, respektive právě ustavovaného) demokratického právního státu, tedy naplnění esenciálního požadavku, aby zákonodárce tohoto státu vzešel ze svobodných voleb.

Navíc je citovaná kritika poněkud relativizována i tím, že většina spatřovala v porušení materiálních požadavků na ústavní zákon podle odstavce 1 již první narušení odstavce 2: „*Originární ústavodárce v čl. 9 odst. 2 Ústavy u principů zásadně identifikujících ústavní systém České republiky postavil na stejnou úroveň princip demokratický a princip*

³⁴⁰ Kriticky viz též ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nálež Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Křeločka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

právního státu. Jak plyne z judikatury Ústavního soudu, porušení principu obecnosti zákona spadá do rámce nepřipustného narušení právního státu. Případnými výjimkami jsou buď případy přijetí aktu aplikace práva ve formě zákona (kupř. zákona o státním rozpočtu), dále případy výslovného zmocnění k vydání zákona ad hoc (kupř. ústavních zákonů vydaných dle čl. 11 a čl. 100 odst. 3 Ústavy) anebo zákony ad hoc, pro jejichž přijetí vypovídají výjimečné důvody splňující podmínky testu proporcionality (kupř. „výčtové“ restituční zákony).“

Právě tímto odstavcem Ústavní soud popudil i některé zastánce koncepce materiálního ohniska Ústavy a pravomoci derogovat ústavní zákony na základě rozporu s ním. Mezi nimi Vojtěch Šimíček upozorňuje na nutnost vykládat množinu pravidel, která do ní spadají, pokud možno restriktivně, tak aby sebe sama příliš nedevalvovala.³⁴¹ Zde přijaté pravidlo ovšem naznačuje, že rozporným s materiálním ohniskem Ústavy nebude jen takový předpis, který povede ke změně či odstranění podstatných náležitostí demokratického právního státu, nýbrž i takový, který bude v rozporu s těmito náležitostmi. Jinak řečeno, nikoliv jen změna Ústavy, která by umožňovala přijímat předpisy v individuálních případech, ale každý jednotlivý předpis, který poruší princip obecnosti, bude podle Ústavního soudu v rozporu i se samotným materiálním ohniskem Ústavy.

To sice odpovídá přístupu, podle nějž nikoli úplné odstranění pravidla utvářejícího nezměnitelné náležitosti Ústavy, ale jeho *ad hoc* potlačení, je obvykle hlavním ohrožením tohoto pravidla; jak upozorňuje Carl Schmitt, suverénem je ten, kdo rozhoduje o výjimečných situacích, kdy mohou být ústavní pravidla suspendována. ÚS se tak staví do role strážce toho, kdo by se chtěl v našem ústavním systému stát takovým suverénem suspendujícím ústavní pravidla třeba formou *ad hoc* zákona (na druhou stranu je otázkou, zda by toto Schmittovo pravidlo nemělo být pozměněno tak, že suverénem je ten, kdo „definuje“ výjimečné situace i postup v jejich rámci; do této pozice by se pak tímto rozhodnutím dostával sám ÚS...). Zároveň to patrně povede k určité devalvací pojmu materiální ohnisko Ústavy, což je ostatně patrně největším rizikem celého nálezu, neboť konsenzus o tom, že i zkrácení volebního období Sněmovny jejím vlastním rozhodnutím je v rozporu s tímto materiálním ohniskem, je mnohem menší než konsenzus o obecném tvrzení, že by v případě rozporu s ním měla být Ústavnímu soudu přiznána derogační pravomoc i vůči ústavním zákonům. Tuto obavu vyjádřil Vojtěch Šimíček: „[J]akkoliv plně akceptuji

³⁴¹ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝŤOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 158.

*tezi o nezměnitelných principech ústavního pořádku a sdílím přesvědčení o oprávnění Ústavního soudu zrušit ústavní zákon nepřijatelně atakující jeho materiální ohnisko, obávám se, že náleží vydaný ve věci Miloše Melčáka prokáže této koncepci z dlouhodobého hlediska příslovečnou medvědí službu. Přestože plně rozumím neuvěřitelnému (nejen časovému) presu, v kterém se Ústavní soud nacházel a z praxe rozhodování každého víceblavého tělesa je známo, že výsledné rozhodnutí nutně představuje jen názorový kompromis, s nímž stoprocentně nemůže být každý zcela spokojen, je vydaný náleží velmi nepřesvědčivý, obsahující řadu logických protimluvů a příliš napovídající o určité účelovosti konečného zvoleného řešení.*⁶⁴²

Druhým klíčovým důvodem pro konstatování rozpornosti tohoto ústavního zákona s materiálním ohniskem Ústavy pak byla jeho retroaktivita konstatovaná v části VI./b, ta však již pro naše téma není tak zásadní.

Spíše je namístě připomenout obavu, kterou v závěru svého disentančního stanoviska vyjádřil soudce Musil, když vytkl většině pléna, že při rozvažování, zda je použití tak razantního nástroje, jakým je rušení ústavních zákonů, opomněla zvážit jeho proporcionalitu (jakkoli jindy ji Ústavní soud mocným hlasem připomíná): „38. Nemohu si odpustit ještě připomenutí, že Ústavní soud v tomto případě nevyužil test proporcionality, který jinak hojně aplikuje.

39. Lze si klást také otázku: Nebudou škody, způsobené zrušením tohoto ústavního zákona, mnohem větší, než jsou údajné škody, které jeho přijetím utrpěl náš ústavní systém? Opravdu lze připustit, aby se i v tomto případě uplatnila zásada *fiat iustitia, pereant mundus* (ať třebaš zhyne svět, jen když zvítězí spravedlnost)? Nezvítězí snad v tomto případě spíše než spravedlnost - právníci?“

V navazujícím nesouhlasném stanovisku k usnesení pléna Ústavního soudu ze dne 15. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 24/09, kterým bylo zastaveno řízení o ústavní stížnosti samotné, pak soudce Musil věštecky dodal:

„16. Při porušení jemné balance mezi prvky ‚demokratický a právní stát‘ broží nebezpečí, že to budou koneckonců v poslední instanci právníci, kteří budou ‚moudře‘ rozhodovat, co je pro stát a pro společnost výhodné, a co nikoliv. Oni budou těmi, kdož výkladem vágních,

⁶⁴² ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a náleží Ústavního soudu ve věci M. Melčáka, In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

netransparentních a sporných juristických pojmů, jako jsou ‚podstatné náležitosti demokratického právního státu‘, ‚speciální zákoněné zmocnění ke tvorbě ústavních předpisů‘, ‚retroaktivita‘ atd., budou určovat pravidla uplatňování moci ve státě a ve společnosti.

17. *Tento trend je výrazem elitářské koncepce ‚majitelů klíčů k výkladu práva‘, která se v lidských dějinách pravidelně opakuje. Podle mého názoru jde o koncepci zhoubnou, nevedoucí k dobrým koncům.*

18. *Takový trend se odehrává na pozadí rozkolísané společenské situace, kdy se ve veřejném prostoru objevují názory, že snad brozí ‚vláda ulice‘ či dokonce ‚tyranie davu‘ (...), a kdy v médiích je většinově prezentován názor, že Ústavní soud svým nálezem ‚přistříhl křídélka politikům‘, ‚klepl politiky přes prsty‘ a jsou používány podobné expresivní formulace, které zcela zatemňují podstatu věci.*

19. *Tvrdím, že Ústavní soud tu není od toho, aby vstupoval do politického kolbiště a aby ‚dával politikům lekce‘. Politika, stejně jako třeba ekonomika, kultura nebo věda, jsou zcela samostatné sféry, do nichž Ústavní soud nemá co mluvit.*

20. *Zastupitelská demokracie je zajiště modelem vládnutí, který je pln chyb a nedostatků. Je to však podle mého názoru takový model, který je nejlepší ze všech špatných; a hlavně – žádný lepší nebyl dosud vynalezen.*

21. *Ani politici nejsou žádným semenišťem všeho zla a špatností. Jsou obrazem stavu společnosti, jsou reprezentanty našich špatných i dobrých vlastností. Je neřérové vytvářet z nich ‚obětní beránky‘ sloužící nanejvýš k tomu, abychom na ně, hodí-li se to, přenesli všechnu vinu za špatný stav světa.*

22. *Jen na okraj dodám jednu poznámku: Představa, že právníci jsou snad těmi, kdo v konečné instanci vyřeší nejlépe svár mezi dobrem a zlem, je veskrze mylná a v historii nesčetněkrát vyvrácená. Jestliže už se v této kauze tak často používají historické paralely (z nichž některé já sám pokládám za zcela nepatřičné), uveď také jednu otázku: Což snad právníci zadrželi tomu, aby vznikly a fungovaly totalitní režimy? Což snad soudci neasistovali při zločinech fašistické a komunistické justice? Též dnešní právníci jsou jen obrazem dnešního stavu světa.“*

Nález ve věci Melčák sice vedl k debatám o tom, zda obsah nezměnitelných náležitostí Ústavy není vnímán příliš extenzivně a zda důsledky, k nimž v případě zásahu do takto extenzivně vykládaného čl. 9 odst. 2 hodlá ÚS sáhnout, nejsou

příliš drastické,³⁴³ či přinejmenším velmi překvapivé, neboť přesvědčivou (patrně však ne dostatečnou) se zdá být pouze kritika prolomení Ústavy, nikoli však již tvrzená materiální pochybení daného „ústavního zákona“.³⁴⁴ Lze však předpokládat, že obě strany, tedy jak ÚS, tak politici, si zde sáhly na pomyslné dno: ÚS čelil okamžitě tak intenzivní míře akademické kritiky, kterou patrně nebude chtít prožít znovu; a političtí aktéři (tedy ústavozačnická komunita) sice nález ostře kritizovali, ovšem nakonec se mu podrobili, a to jak obecně, tak i pro konkrétní případ. Obecně se lze ztotožnit s Janem Wintrem: „*Ostatní ústavní orgány akceptovaly derogační nález Ústavního soudu, zařídily se podle něho a tím je, zdá se, jednou provždy vyřešen teoretický spor o normativní význam zákazu změny podstatných náležitostí demokratického právního státu podle čl. 9 odst. 2 Ústavy.*“³⁴⁵

V konkrétním případě se pak političtí aktéři zachovali tak, jak ÚS požadoval. Přijali tedy ústavní zákon č. 319/2009 Sb., kterým v souladu s požadavky Ústavního soudu zakotvili do čl. 35 odst. 2 Ústavy obecný mechanismus, jak se může Poslanecká sněmovna rozpustit, pokud si to přeje třípětinová většina všech poslanců.³⁴⁶ Svou zdrženlivost a respekt k rozhodnutí Ústavního soudu pak demonstrovala Poslanecká sněmovna i tím, že poté, co splnila tuto prvou Ústavním soudem stanovenou podmínku k tomu, aby se mohla rozpustit; k rozpuštění beztak nepřistoupila, snad v obavě, že by již ve vztahu k poslancům zvoleným v roce 2006 nedokázala neporušit princip zákazu retroaktivity (a nebo si poslanci některých stran spočítali, že už pro ně rozpuštění v dané politické konstelaci není výhodné?). Tento nález tak ještě koncepci široce pojatých nezměnitelných náležitostí české Ústavy neohrožil. Je ovšem otázkou, zda se pro ně nestal pomyslným domem Buddenbrooků³⁴⁷: velkolepým, mohutným, odrážejícím minulý vzestup této ideje, ale do budoucna neudržitelným.

³⁴³ Slovy Ondřeje Preusse, Ústavní soud zde ukázal, že „je ochoten používat krajní řešení i v případech, které by si možná zasloužily spíše opatrnější a zdrženlivější přístup.“ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 790.

³⁴⁴ Například Jan Wintř vypořádal názor, „že Ústavní soud může rušit ústavní zákony znamenající změnu podstatných náležitostí demokratického právního státu, že však napadený ústavní zákon přes své vady této intenzity nedosahuje a že zrušení ústavního zákona by bylo příliš překvapivým a tudíž nepřiměřeným zásahem do demokratického procesu a všeobecného legitimního očekávání, že volby budou ve vyhlášeném termínu.“ WINTŘ, J. Desáté září českého ústavního systému. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 4-17.

³⁴⁵ WINTŘ, J. Desáté září českého ústavního systému. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 4-17.

³⁴⁶ „(2) Prezident republiky Poslaneckou sněmovnu rozpustí, navrhne-li mu to Poslanecká sněmovna usnesením, s nímž vyslovila souhlas třípětinová většina všech poslanců.“

³⁴⁷ MANN, T. *Buddenbrookovi*. Praha: Odeon - nakladatelství krásné literatury a umění, 1980.

3.5.4 Důsledky pro evropskou integraci

Patrně největší hrozbou této udržitelnosti je možný střet s vývojem evropské integrace. ÚS totiž již před nálezem ve věci Melčák deklaroval, využívá inspiraci Spolkového ústavního soudu zmíněných v podkapitole 3.3, že jím vyložené nezměnitelné náležitosti Ústavy představují limit i pro evropskou integraci, tedy pro to, jak rozsáhlý přenos kompetencí na EU je ochoten ještě akceptovat a jaký už je naopak nepřipustný pohledem čl. 9 odst. 2 Ústavy.³⁴⁸

Stalo se tak zejména v nálezu Cukerné kvóty III,³⁴⁹ který Pavel Holländer chápe dokonce jako určitou paralelu výše zmíněných rozhodnutí Spolkového ústavního soudu Solange I, Solange II a Maastricht.³⁵⁰ V tomto nálezu ÚS odmítl unijní doktrínu absolutní přednosti práva EU před právem vnitrostátním, respektive souhlasně poukázal na její odmítnutí jinými členskými státy: „*Aniž by byl Ústavní soud nucen vymezovat se k této doktríně ESD, nemůže odhližet od následujících okolností. Existují totiž i další okolnosti a důvody, které je třeba při zvažování této otázky posuzovat. Především nelze přehlédnout, že řada nejvyšších soudních instancí původních členských států ES, včetně zakládajících členů jako jsou [Itálie a SRN], i později přistoupivší členové jako [Irsko a Dánsko], se nikdy zcela nepodřídila doktríně absolutní přednosti komunitárního práva nad veškerým ústavním právem, především pak ponechala jistou rezervu při interpretaci principů, jako jsou princip demokratického právního státu a oblast ochrany základních práv a svobod. (...) Ústavní soud si je vědom toho, že na těchto otázkách spočívají základy ústavněprávní exegese celého Společenství, a že tyto otázky mají určité implikace nejen v oblasti právní, ale též politické. Tyto otázky mohou mít vážné dopady na další vývoj soudní praxe uvnitř Společenství, dokonce na vývoj Společenství, resp. Unie jako takové, a proto by mělo být i povinností Ústavního soudu jako soudního orgánu ochrany ústavnosti jednoho z nově přistoupivších členů pokusit se k těmto otázkám ve své judikatuře relevantně vyjádřit. Zvláště podstatnou je přitom otázka, zda české ústavní právo a především podstatné náležitosti demokratického právního státu ve smyslu čl. 9*

³⁴⁸ Podrobně k vývoji vztahu Ústavního soudu ČR k právu EU viz in MALENOVSKÝ, J. „Evropské nálezy“ a mezinárodněprávní základy práva ES/EU: Ústavní soud ČR i česká nauka pokračují v zastřelování. *Soudní rozhledy*, č. 8/2009, s. 281 an.; KOMÁREK, J. Vztah práva Evropské unie a právního řádu ČR očima tří rozhodnutí Ústavního soudu. *Soudní rozhledy*, č. 10/2008, s. 357 an.; či MOLEK, P. Chapter 5: The Czech Constitutional Court and the Court of Justice: Between Fascination and Securing Autonomy. In CLAES, M., DE VISSER, M. *Constitutional Conversations in Europe*. 1. vyd. Cambridge: Intersentia Publishing, 2012, s. 131-159.

³⁴⁹ Nález ze dne 8. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 50/04, č. 154/2006 Sb. Rozbor viz in MALENOVSKÝ, J. K nové doktríně Ústavního soudu ČR v otázce vztahů českého, komunitárního a mezinárodního práva. *Právní rozhledy*, č. 21/2006, s. 774 an.

³⁵⁰ HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 23.

odst. 2 Ústavy ČR dovoluji, aby mezinárodní organizace, na niž Česká republika přenesla část své svrchovanosti, disponovala i v oblastech, v nichž k tomuto přenosu došlo, možností tvořit právo přednostně aplikovatelné před celým českým ústavním pořádkem.“

Při hledání odpovědi na tuto otázku vymezil Ústavní soud především limity, které pro postupující integraci představují nezměnitelné náležitosti Ústavy: „(...) je nepochybné, že přistoupením ČR k ES, resp. EU, došlo k zásadní změně uvnitř českého právního řádu, neboť tímto okamžikem ČR převzala do svého vnitrostátního práva celou masu evropského práva. Tedy bezpochyby došlo k onomu posunu právního prostředí, tvořeného podústavními právními normami, který nutně musí ovlivňovat nabližení celého dosavadního právního řádu, včetně ústavních principů a zásad, to vše ovšem za předpokladu, že faktory, jež ovlivňují vnitrostátní právní prostředí, nejsou samy o sobě v rozporu s demokratickou právní státností, resp. výklad těchto faktorů nesmí vést k obrožení demokratické právní státnosti. Takový posun by byl v rozporu s čl. 9 odst. 2, resp. čl. 9 odst. 3 Ústavy ČR.“ Pokud by k takovému posunu opravdu došlo, naznačil ÚS, že by mohl „opětovně převzít“ „podmíněně propůjčené“ kompetence. Takovou možnost ovšem například Jiří Malenovský odmítá s přihlédnutím k mnohostrannému mezinárodněsmluvnímu základu evropské integrace jako sotva udržitelnou: „Ve skutečnosti ovšem nejde o dvoustrannou smluvní transakci propůjčení pravomocí, při níž si jedna strana může v případě, že se druhá strana chová podle jejího mínění v rozporu se vzájemnou dohodou, vyhradit právo jednostranně reagovat (opětovným převzetím delegovaných pravomocí). Řádné plnění mnohostranné mezinárodní smlouvy je právním zájmem všech smluvních stran a pravomoc ke konstatování, zda byla taková smlouva porušena či nebyla, leží zpravidla jen v rukou společných kontrolních či soudních orgánů, nikoli jednotlivých stran“³⁵¹ Proti tomuto tvrzení lze ovšem namítnout, že ony „společné kontrolní či soudní orgány“ jsou zde spíše stranou sporu než nezávislými arbitry, navíc rozhodují podle jiných referenčních kritérií: podle zakládacích smluv, nikoli podle českého ústavního pořádku.³⁵² Zda jsou tato referenční hlediska spíše souladná, nebo rozporná, je rozebráno v kapitole 8.

Limity obsažené v čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR pak ÚS ČR vztáhl v nálezu k ústavnosti implementace evropského zatýkacího rozkazu³⁵³ nejen na otevřenost evropské integraci a právu EU obecně, ale i na výklad vnitrostátního práva konformně

³⁵¹ MALENOVSKÝ, J. K nové doktríně Ústavního soudu ČR v otázce vztahů českého, komunitárního a mezinárodního práva. *Právní rozhledy*, č. 21/2006, s. 774 an.

³⁵² Za tento postřeh vděčím Janu Kyselovi.

³⁵³ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 5. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 66/04, č. 434/2006 Sb.

s právem EU. Eurokonformní výklad vnitrostátních předpisů,³⁵⁴ a to včetně předpisů ústavní povahy (zde konkrétně článku 14 odst. 4 Listiny základních práv a svobod,³⁵⁵ která zde musela být vyložena opravdu dosti velkoryse, aby bylo možno tvrdit, že s ní není rozporné předávání vlastních občanů ke stúhání do jiného členského státu EU³⁵⁶), zde byl sice akceptován a realizován opravdu extenzivně, zároveň byl ovšem do budoucna omezen limity obsaženými právě v nezměnitelných náležitostech Ústavy: „82. Ústavní princip výkladu domácího práva souladně se závazky České republiky, vyplývajícími z jejího členství v Evropské unii, je omezen možným významem ústavního textu. Článek 1 odst. 2 Ústavy tedy není ustanovením způsobilým libovolně měnit význam jakéhokoli jiného výslovného ústavního ustanovení. Pokud domácí metodologie výkladu ústavního práva neumožňuje vyložit příslušnou normu souladně s evropským právem, je pouze na ústavodárci změnit ústavu. Tuto pravomoc může ovšem ústavodárce vykonávat jen za podmínky zachování podstatných náležitostí demokratického právního státu (čl. 9 odst. 2 Ústavy), jež nejsou v dispozici ústavodárce, protože pravomoc měnit tyto náležitosti nelze přenést ani smlouvou podle čl. 10a Ústavy (...).“

V nálezu Lisabonská smlouva I,³⁵⁷ v němž byla poprvé zkoumána souladnost Lisabonské smlouvy s Ústavou, a to zejména pohledem jejího materiálního ohniska, pak ÚS ke vztahu materiálního ohniska Ústavy a evropské integrace shrnul dosavadní judikaturu a zaměřil se zejména na navrhovatelí tvrzený střet postupující evropské integrace se státní suverenitou coby nezměnitelnou náležitostí Ústavy (viz podkapitulu 7.3). Jako problematické se ovšem ukázalo zejména vymezení maximální přípustné míry přenosu kompetencí z ČR na EU: „110. Jak plyne z předchozího textu, referenčním hlediskem přípustnosti přenesení pravomocí z České republiky na mezinárodní organizaci je zvláště respektování materiálního ohniska Ústavy podle jejího čl. 9 odst. 2. Jedná se zejména o ochranu základních lidských práv a svobod, tak jak jsou zakotveny

³⁵⁴ K němu viz KOMÁREK, J. Vztah práva Evropské unie a právního řádu ČR očima tří rozhodnutí Ústavního soudu. *Soudní rozhledy*, č. 10/2008, s. 357 an.

³⁵⁵ „4. Každý občan má právo na svobodný vstup na území České a Slovenské Federativní Republiky. Občan nemůže být nucen k opuštění své vlasti.“

³⁵⁶ Podrobněji viz FILIP, J. Evropský zatýkáci rozkaz a rozhodování ústavních soudů. *Právní zpravodaj*, č. 8/2005, s. 1-7; či MOLEK, P. Chapter 5: The Czech Constitutional Court and the Court of Justice: Between Fascination and Securing Autonomy. In CLAES, M., DE VISSER, M. *Constitutional Conversations in Europe*. 1. vyd. Cambridge: Intersentia Publishing, 2012. s. 131-159, na s. 148-149.

³⁵⁷ Nález ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 19/08, č. 446/2008 Sb. Krátké shrnutí dlouhého nálezu viz in SYLLOVÁ, J. Kauza Lisabon - Ústavní soud (tentokrát) jednotný. *Právní rozhledy*, č. 23/2008, s. II.

v Listině základních práv a svobod, v (evropské) Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, v dalších mezinárodních smlouvách z této oblasti a v ustálené judikatuře Ústavního soudu České republiky a Evropského soudu pro lidská práva. Již v této souvislosti lze předeslat, že významná však bude zejména aplikace Lisabonské smlouvy, respektive Listiny základních práv Evropské unie v konkrétních případech, jež mohou napadnout Ústavnímu soudu České republiky cestou individuálních ústavních stížností souvisejících s eventuelními (výjimečnými) excesy unijních orgánů a unijního práva do základních práv a svobod. O tom je ještě řeč na jiném místě tohoto nálezu.“

V této pasáži je nutno přivítat určitou zdrženlivost ÚS ČR k vymezení toho, jaké jsou limity přenosu svrchovanosti,³⁵⁸ byť vzápětí opakuje podobně jako u Cukerných kvót III, že pokud by zákonodárce tyto limity překročil, zůstává on sám oním posledním strážcem zachování ústavnosti: „120. Ústavní soud - se zřetelem k výše uvedení - tedy konstatuje (a opakuje)

- Ústavní soud obecně uznává funkčnost institucionálního rámce EU pro zajištění kontroly rozsahu výkonu přenesených pravomocí; jeho stanovisko se však může v budoucnu změnit, pokud by se ukázalo, že je tento rámec prokazatelně nefunkční.
- Z hlediska ústavního pořádku České republiky - a v rámci něho zejména se zřetelem na materiální obsah Ústavy - je významný nikoli toliko vlastní text a obsah Lisabonské smlouvy, nýbrž i její budoucí konkrétní aplikace.
- I Ústavní soud České republiky bude (může) - byť se zřetelem na předchozí zásady - působit jako ultima ratio a může zkoumat, zda některý akt orgánů Unie nerybočil z pravomocí, které Česká republika podle čl. 10a Ústavy na Evropskou unii přenesla. Ústavní soud však předpokládá, že taková situace může nastat jen v případech zcela výjimečných; za ty by bylo možné považovat zejména opuštění hodnotové identity a již uvedené překročení rozsahu svěřených kompetencí.“

Naposled uvedený příslib, tedy vůli zůstat nejvyšším garantem ochrany ústavnosti, zejména nezměnitelných náležitostí Ústavy ČR, tváří v tvář budoucím možným excesům evropské integrace, pak ÚS zopakoval i v závěru nálezu: „216. Principy ústavního pořádku včetně materiálního obsahu Ústavy přitom Ústavní soud vyložil v kontextu Ústavy jako celku. Přiblížil se tak jednoznačně k ideji evropské odpovědnosti a sounáležitosti,

³⁵⁸ BRÍZA, P. Jaké jsou dopady „Lisabonského nálezu“ (nejen) pro ústavní rovinu vztahu českého a unijního práva?, *Soudní rozhledy*, č. 6/2009, s. 201 an.

kteřé vyjádřil český ústavodárce. (To učinila i vláda České republiky.) Dospěl přitom mj. k názoru, že Lisabonská smlouva nic nemění na základní koncepci stávající evropské integrace a že Unie i po případném vstupu Lisabonské smlouvy v platnost zůstane specifickou organizací mezinárodněprávní povahy. Z pohledu našeho ústavního práva zůstává Ústava (a český ústavní pořádek vůbec) základním zákonem státu; pokud jde o český právní řád a o evropské právo, jedná se o relativně samostatné a autonomní systémy. Ústavní soud zůstává vrcholným ochráncem české ústavnosti, a to i proti eventuálním excesům unijních orgánů a evropského práva, což také jasně odpovídá na zpochybňovanou otázku suverenity České republiky; je-li Ústavní soud vrcholným interpretem ústavních předpisů České republiky, které mají na českém území nejvyšší právní sílu, je zřejmé, že čl. 1 odst. 1 Ústavy nemůže být porušen. Pokud by totiž evropské orgány vykládaly nebo rozvíjely právo EU takovým způsobem, který by obrozňoval základy materiálně chápané ústavnosti a podstatné náležitosti demokratického právního státu, které jsou v souladu s Ústavou České republiky chápány jako nedotknutelné (čl. 9 odst. 2 Ústavy), potom by takové právní akty nemohly být v České republice závazné. V souladu s tím hodlá český Ústavní soud přezkoumávat jako ultima ratio i to, zda se právní akty evropských orgánů drží v mezích pravomocí, které jim byly poskytnuty. V tomto směru se tedy Ústavní soud v zásadě ztotožnil s některými závěry Spolkového ústavního soudu, vyjádřenými v jeho tzv. Maastrichtském rozhodnutí (srov. výše), podle něhož má princip většiny dle příkazu vzájemného ohledu, vyplyvajícíchho z věrnosti Společenství, svoji meze v ústavních principech a elementárních zájmech členských zemí; výkon svrchované moci svazkem států, jímž je Evropská unie, je přitom založen na zmocnění států, které zůstávají suverénními a které prostřednictvím svých vlád pravidelně jednají v mezinárodní oblasti, a tím řídí integrační proces.“

Zejména pak ÚS připomněl, že pokud dojde k neřešitelnému konfliktu mezi českou ústavností a právem EU, poslední slovo mají nezměnitelné náležitosti (Ústavní soud hovoří o materiálním ohnisku) Ústavy ČR: „85. (...) V případě jasného konfliktu mezi domácí Ústavou a evropským právem, který nelze zhojit žádnou rozumnou interpretací, musí mít ústavní pořádek České republiky, zejména jeho materiální ohnisko, přednost.“ Bude zejména náplní kapitoly 7 této knihy, zda ono „právo posledního slova“ opravdu náleží nezměnitelným náležitostem Ústavy ČR (nebo jejímu materiálnímu ohnisku, jehož odlišnost je rozebrána v kapitole 4?), nebo Evropské unii, nebo zda je jejich vztah podstatně složitější (viz zejména koncept respektu k ústavní identitě členského státu rozebraný v podkapitole 7.5).

3.6 Turecko³⁵⁹

Další specifický model hodný zaznamenání představuje Turecko. Již v ústavě z roku 1961 byl zakotven článek 9, který zakazoval změnu republikánské formy vlády či jakýkoli návrh k takové změně směřující. To byla zjevná inspirace francouzskými ústavami rekapitulovanými výše, v tureckém prostředí ovšem má republikanismus jednak poměrně široký obsah (a to nejen podle akademiků jako ve Francii, ale i podle závazné judikatury Ústavního soudu Turecka), jednak poněkud aktivističtější „zastávce“.

Republikanismus totiž v Turecku neznamena toliko formu vlády, v níž v čele státu stojí prezident volený na určité omezené volební období, nýbrž do značné míry splývá s odkazem Mustafy Kemala Atatürka, tedy s takzvanými šesti šípy kemalismu: republikanismus, vláda lidu, sekularismus, reformismus, nacionalismus a etatismus. Jakmile v minulosti došlo ke zpochybnění některého z těchto principů, byl Ústavní soud Turecka ochoten pokládat to za zpochybnění republikanismu a takovou změnu zrušit, a to i pokud byla přijata formou změny ústavy. Co víc, Ústavní soud Turecka mohl při takových „siláckých rozhodnutích“ cítit podporu hlavního strážce odkazu Atatürka, totiž armády, která tuto podporu v některých obdobích dávala i viditelně najevo. Zatímco tak například v ČR zůstává ve vzduchu viset otázka (a někteří mí studenti ji rádi kladou), co by se vlastně stalo, kdyby rozhodnutí Ústavního soudu ČR nebyla exekutivou či Parlamentem respektována, v Turecku byla až do nedávné doby (zejména poslední dekády se vyznačují slábnutím role armády v politice) odpověď na tuto otázku jasná, armáda se totiž v Turecku nerozpakovala provést i státní puč, pokud měla pocit, že zvolená vláda představuje pro odkaz kemalismu hrozbu. Ostatně i sama Ústava Turecka z roku 1961 byla přijata v jednom z těchto období po úspěšném armádním puči z května 1960, takže byla sice schválena referendem, ovšem referendem „pod kuratelou“ armády. Zakotvení uvedeného článku 9 tak v Turecku bylo i vyjádřením nedůvěry armády budoucím parlamentům a vládám a svázáním jejich rukou v tom ohledu, aby v budoucnu nemohly zpochybňovat „republikanismus“, tedy Atatürkův odkaz. Teprve po přijetí takto konstruované ústavy armáda světila vládu opět civilní moci.

³⁵⁹ Postřehy v této podkapitole čerpám zejména z přednášky a debaty s profesorkou Bertil Emrah Oder na Kocově univerzitě v Istanbulu ve dnech 22. - 24. 4. 2014. Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 48.

Kompetenci zrušit ústavní zákony pro rozpor s článkem 9 Ústavní soud Turecka dovodil v roce 1970 v nálezu ze dne 16. 6. 1970, č. 1970/31,³⁶⁰ v němž posuzoval návrh jedné politické strany směřující proti tomu, že z článku 68 ústavy z roku 1961, podle nějž osoby odsouzené za určité zločiny nemohou kandidovat do politických funkcí, i kdyby byly následně amnestovány, byla ústavním dodatkem z listopadu 1969 odstraněna ona závěrečná zmínka o důsledcích amnestie. Čl. 147 tehdejšího znění Ústavy Turecka umožňoval Ústavnímu soudu Turecka přezkoumávat pouze ústavnost „zákonů“, ten pod ně ovšem podřadil i „ústavní zákony“ a uvedl, že změna ústavy má být přezkoumána procedurálně i materiálně, a to z hlediska úzkého (tedy čistě jako forma vlády) i širokého vnímání (odpovídajícího výše naznačenému Atatürkovu odkazu) republikanismu, a těsnou většinou 8:7 zrušil parlamentem přijatou změnu ústavy pro procedurální pochybení, konkrétně proto, že jedno z hlasování nerespektovalo požadavek dvoutřetinové kvalifikované většiny členů parlamentu. Zároveň zde ovšem konstatoval, že taková možnost dopadá jen na právní principy obsažené v Ústavě, nikoli na politické principy vyjádřené například v preambuli ústavy. Kemal Gözler přirovnává toto rozhodnutí k slavnému americkému rozhodnutí *Marbury v. Madison*, kde Nejvyšší soud USA také dovodil svou kompetenci k přezkumu ústavnosti (zákonů) bez jasné opory v textu Ústavy USA.³⁶¹

Podruhé využil Ústavní soud Turecka takto dovozenou kompetenci v nálezu ze dne 3. 4. 1971, č. 1971/37,³⁶² v němž ale formální ani materiální pochybení neshledal a návrh zamítl, přestože šlo o posouzení opravy překvapivého dodatku ústavy, jímž došlo k odložení voleb do Senátu o jeden rok a čtyři měsíce. Zato zde ústavní soud stanovil, že součástí „republikanismu“ ve smyslu článku 9 Ústavy Turecka z roku 1961 je také právní stát, sekularismus, sociální stát a demokracie. Dokonce zde konstatoval, že ústavní dodatky musejí být v souladu s „požadavky současné civilizace“ a že nesmějí zničit koherenci a vnitřní systém ústavy.³⁶³

³⁶⁰ 8 AMKD [Reports of the Decisions of the Constitutional Court] 313 (1970).

³⁶¹ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 1, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

³⁶² 9 AMKD 416, at 426.

³⁶³ Cit. dle GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 3, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

V roce 1971 pak byla kompetence Ústavního soudu Turecka rušit ústavní zákony pro protiústavnost spočívající ve formálních pochybeních při přijímání výslovně zakotvena do Ústavy Turecka z roku 1961. Kupodivu, Ústavní soud Turecka následně pochopil jako „formální pochybení“ i nerespektování republikánské formy vlády.³⁶⁴

Stalo se tak poprvé v nálezu ze dne 15. 4. 1975, č. 1975/87,³⁶⁵ kde ústavní soud označil za protiústavní nové ustanovení článku 138 ústavy z roku 1961, podle nějž většina členů senátu vojenských soudů musejí být soudci, ovšem tato podmínka nemusí být splněna v době války. Ústavní soud provedl pozoruhodný asociační řetězec rekapitulovaný Gözlerem: z citovaného ustanovení plyne, že v době války mohou tvořit většinu členů vojenských soudců nesoudci, tedy typicky vojáci, což je v rozporu s požadavkem nezávislosti soudů, který je součástí nároků právního státu, který je součástí nezměnitelného republikanismu.³⁶⁶ Příkaz civilnosti soudů v době míru je proto v rozporu s principem republikanismu...

V dalších rozhodnutích z tohoto období Ústavní soud Turecka dovodil, že součástí principu republikanismu, konkrétně opět právního státu, je také ochrana „jádra“ vlastnického práva, a zrušil ústavní dodatek týkající se kompenzace při vyvlastnění.³⁶⁷ Za porušení republikánské formy vlády pak označil také ústavní dodatek z 20. 9. 1971, podle nějž bylo vyloučeno odvolání proti rozhodnutí Nejvyšší rady soudnictví.³⁶⁸

Nelze přehlédnout, že jen na základě opravdu extenzivního výkladu je možné nejprve zahrnout pod „formální požadavky“ i fakticky materiální požadavek zachování republikánské formy vlády, a následně pod tuto republikánskou formu podřadit nejen samotnou formu vlády vymezenou v čl. 1 ústavy z roku 1961, ale také

³⁶⁴ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 1, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

³⁶⁵ 13 AMKD 403 (1975).

³⁶⁶ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 2, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 4. 9. 2014.

³⁶⁷ Nález Ústavního soudu Turecka ze dne 12. 10. 1976, č. 1976/46, 14 AMKD 118, s. 134-136 (1976).

³⁶⁸ Nález Ústavního soudu Turecka z 28. 1. 1977, č. 1977/4, 15 AMKD 106-131 (1977). Podobně ve vztahu k Nejvyšší radě prokurátorů též v nálezu Ústavního soudu Turecka ze dne 27. 9. 1977, č. 1977/117, 15 AMKD 444 (1977).

další ústavní charakteristiky Turecké republiky obsažené v jiných člancích této ústavy. Kemal Gözler shrnuje dopad citovaných nálezů ústavního soudu jednoduše: jsou chybná pro svou extenzivnost, nicméně závazná.³⁶⁹

Nová ústava z roku 1982 pak tuto kompetenci Ústavnímu soudu Turecka svěřila výslovně, a to v čl. 148 odst. 1. Ten nejprve tuto kompetenci sice výslovně zakotvil, ale zároveň ji omezil jen na přezkoumávání splnění formálních požadavků pro přijímání ústavních dodatků (potud žádná změna oproti stavu po roce 1971), ovšem vzápětí doplnil, že „formálními požadavky“ se rozumí pouze to, zda byla dodržena ústavně požadovaná většina a zákaz přijímání ústavních změn v režimu zrychlené legislativní procedury. Když se poté pětina členů tureckého parlamentu přesto pokusila podat v roce 1987 návrh zpochybňující ústavnost ústavního dodatku z materiálních důvodů, jejich návrh byl ústavním soudem odmítnut.³⁷⁰

V pozdějším nálezu ze dne 5. 6. 2008, č. 2008/116,³⁷¹ ovšem Ústavní soud Turecka překvapivě zrušil ústavní dodatek, který měl fakticky povolit islámské šátky na vysokých školách. Zde šla „fantazie“ Ústavního soudu Turecka snad ještě dále než v citovaných rozhodnutích ze sedmdesátých let. V onom ústavním dodatku se totiž konstatovalo pouze to, že všichni mají mít za rovných podmínek přístup ke vzdělání. V důvodové zprávě k tomuto dodatku byla ovšem uvedena motivace pro přijetí takového dodatku: umožnit přístup do škol i těm ženám, které v souladu s islámskou tradicí, vykořeňovanou v Turecku od dob Atatürka, nosí islámský šátek. Ústavní soud vyšel právě z této důvodové zprávy a uvedený dodatek zrušil pro rozpor s principem sekularismu. Zrušení přitom nepostavil na tehdejší znění článku 148 odst. 1. o své kompetenci, neboť tam by byl omezen jen na kontrolu, zda byl splněn požadavek kvalifikované většiny; ale na článku 4 ústavy,³⁷² čili na hmotném posouzení. K přípustnosti takového postupu si pomohl

³⁶⁹ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 2, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 4. 9. 2014.

³⁷⁰ Rozhodnutí Ústavního soudu Turecka ze dne 8. 6. 1987, č. 1987/15, 23 AMKD 282 (1987).

³⁷¹ K němu kriticky viz ROZNAI, Y., YOLCU, S. An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision, *International Journal of Constitutional Law* (2012) 10 (1), s. 175-207. Autoři zde sice akceptují výchozí diskurs ústavního soudu, tedy existenci kompetence k rušení ústavních zákonů, přikláníjí se však k jejímu omezení toliko na procedurální důvody; navíc zavedení možnosti chodit do školy v islámském šátku nepokládají za porušení sekularity Turecké republiky.

³⁷² K jeho výkladu viz EMRAH ODER, B. *Turkey*, In THIEL, M. (ed.) *The „Militant Democracy“ Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate, 2012, s. s. 263-310.

konstatováním, že k platnosti jakéhokoli dodatku ústavy je nutné, aby parlament (ovládaný již v té době stranami označovanými často jako islamistické či přinejmenším jako nikoli sekularistické) jako *pouvoir constitué* nezasahoval do základních otázek vyhrazených jedině lidu coby *pouvoir constituant*.

Nad tímto nálezem zůstává ovšem viset otázka, zda je opravdu možné zrušit ústavní novelu jen proto, že podle důvodové zprávy může být vykládána rozporně s materiálním jádrem. Vzpomeňme si na nález českého Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 36/01, kde naopak text ústavní euronovely označil Ústavní soud za rozporný s článkem 9 odst. 2 Ústavy ČR, ovšem nevedlo jej to k jeho zrušení, ale k přijetí výkladu patrně rozporného s tímto textem, ale naplňujícího požadavky podstatných náležitostí demokratického právního státu, jak je zde Ústavní soud ČR extenzivně vyložil. Tento otazník je tak velký, že turecká Nejvyšší rada vzdělání ani takto drsný nález fakticky nerespektuje a tváří se, že onen ústavní dodatek umožňující přístup do škol dívkám se zahalenou tváří stále platí.³⁷³

Uvedená ústavní úprava byla ovšem pozměněna novelou č. 5982 z 12. 9. 2010 a čl. 148 Ústavy Turecké republiky nyní zní: „*Ústavní soud rozhoduje z hlediska formy i obsahu o ústavnosti zákonů, dekretů s mocí zákona a jednacím řádu Velkého národního shromáždění Turecka a o individuálních stížnostech. Ústavní dodatky mohou být posouzeny jedině z hlediska splnění formálních náležitostí. (...) Posuzování zákonů z hlediska splnění formálních požadavků se omezuje pouze na otázku, zda bylo v posledním čtení dosaženo požadované většiny; posuzování ústavních dodatků se omezuje pouze na otázku, zda bylo dosaženo požadované většiny jak při projednávání návrhu, tak v posledním čtení a zda byl dodržen zákaz jejich projednávání ve zrychlené proceduře. Posouzení formy může požadovat buď prezident republiky, nebo pětina členů Velkého národního shromáždění Turecka.*“

Pro naše téma je ale podstatnější než samotná kompetence Ústavního soudu Turecka k rušení ústavních zákonů to, že byl ústavou z roku 1982 rozšířen (nebo jen upřesněn?) výčet nezměnitelných náležitostí, obsažený nyní v čl. 4. Za nezměnitelnou je tu totiž označena nejen republikánská forma vlády zakotvená v článku 1, ale také znaky uvedené v článcích 2 a 3. V článku 2 je zakotveno, že Turecko je „*demokratický, sekulární, sociální a právní stát ovládaný zásadmi veřejného míru, národní solidarity a spravedlnosti, respektující lidská práva, loajální k Atatürkovu nacionalismu a založený*

³⁷³ Postřehy o tomto rozhodnutí čerpám z přednášky a debaty s profesorkou Bertil Emrah Oder na Kocově univerzitě v Istanbulu ve dnech 22. - 24. 4. 2014.

na základních principech zakotvených v preambuli“ (čl. 2). Jinak řečeno, Atatürkův odkaz se konečně výslovně stal nezměnitelnou ústavní hodnotou. Poněkud překvapivější je nezměnitelnost článku 3: „Turecký stát se svým územím a národem je nedělitelná jednotka. Jeho jazykem je turečtina. Jeho vlajka, upravená příslušným zákonem, se skládá z bílého půlměsíce a hvězdy na červeném pozadí. Národní hymnou je Pochod svobody. Hlavním městem je Ankara.“ Je otázka, proč právě umístění hlavního města a volba národní hymny si zasluhuje být nezměnitelnou náležitostí ústavy a jak uvidíme v kapitole 4, právě takový přístup k vymezení nezměnitelných náležitostí činí jen stěží udržitelným tvrzení, že nezměnitelné náležitosti jsou totéž jako materiální ohniska ústav.

Turecký přístup k nezměnitelným náležitostem ústavy je opravdu výjimečný. Viděli jsme, že Ústavní soud Turecka je dosti velkorysý, co se týče ochoty k extenzivnímu výkladu jak vlastních kompetencí (schopnost dovodit kompetenci k materiálnímu přezkumu ústavních dodatků i tehdy, když ji v ústavě nemá zakotvenu vůbec, nebo ji má omezenou jen na přezkum splnění formálních náležitostí), tak toho, co všechno je schopen podřadit pod součásti nezměnitelného požadavku „republikanismu“. Ten je i doktrínou vykládán jako „jedinečná národní entita interagující s ústavním pořádkem či dokonce jako výdobytek, který není možno definovat bez vztahu k tureckému modernismu založeného na státním sekularismu.“⁶⁷⁴

To je přitom o to podivuhodnější, že obě ústavy, v nichž je zakotven široce vnímaný republikanismus, na jehož obranu se takto ústavní soud staví, byly přijaty nikoli v reakci na minulý nedemokratický režim, jak jsme viděli u dosud rozebíraných ústav, ale naopak za jeho trvání. Jak ústava z roku 1961, tak ústava z roku 1982 totiž byla přijata v době vlády vojenské junty (poprvé za vlády po vojenském puči generála Cemala Gürsela z května 1960, podruhé po vojenském puči generála Kenana Evrena ze září 1980, ostatně i výše zmiňovaný ústavní dodatek z roku 1971 byl přijat po vojenském puči z března toho roku). Od té doby jsou ústavy již pouze novelizovány, byť často celými balíčky změn.

Jak si tento paradox vysvětlit? Vysvětlení je v zásadě trojí, zároveň však propojeno do trojjediné jednoty. První vysvětlení je, že jakkoli byly obě ústavy přijaty za vlád vojenských junt, byly koneckonců přijaty v referendu, tedy lidem. Patrně není třeba mít iluze o svobodnosti referend za nedemokratických vlád, zde ovšem přichází

³⁷⁴ EMRAH ODER, B. *Turkey*, In THIEL, M. (ed.) *The „Militant Democracy“ Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate, 2012, s. 263–310, na s. 269.

druhé vysvětlení: oba dva, respektive všechny tři puče reagovaly na různou směs politické nestability, politického násilí a nárůstu moci populistických stran, včetně islamistických (profesorka Emrah Oder mluvila v diskusi se mnou přímo o „volené tyranii“). Jinak řečeno, armáda zde vystupovala - a je jistě otázkou interpretace, zda tomu tak opravdu bylo - jako jakýsi poslední arbitr a strážce kemalistického odkazu: kdykoli měla armáda dojem, že Turecká republika směřuje do chaosu nebo k vládě islamistických stran, zasáhla, nechala sepsat ústavu, která budoucím parlamentům zkomplikovala (právě zakotvením nezměnitelných náležitostí) možnost ústavního odchýlení od Atatürkova odkazu, přivedla lid k referendu, kde tuto ústavu schválil, a zase předala moc civilní vládě. S tím souvisí také třetí vysvětlení: lze snadno nabýt dojmu, že Ústavní soud Turecka je při obhajobě turecké ústavnosti tak „odvážný“, jak je, právě proto, že jeho rozhodnutí jsou odrazem společenského pnutí, které provází Turecko od vzniku moderní kemalistické republiky a které je vlastně odrazem paradoxu demokracie rozebíraného už v minulé kapitole: na straně jedné stojí lid, jehož proměnlivá (a mnohdy většinová část) naslouchá politickým stranám, v některých obdobích zejména islamistickým, které by se v některých aspektech (například striktním sekularismu) chtěly odchýlit od principů, na nichž stojí kemalistická republika; na straně druhé stojí subjekty, které setrvale hájí kemalistický odkaz, mezi nimiž jsou nejviditelnější právě Ústavní soud Turecka a armáda. Je ovšem otázka, zda tato konstelace setrvá i do budoucna, neboť v posledních dvou dekádách narazily snahy představitelů armády zasahovat do politického dění (například naznačovat, že určitou míru odklonu od sekularismu, který realizuje i nynější vláda, by armáda už „netolerovala“) na ostré odmítnutí, ba i na hrozbu trestního stíhání; a současná sestava ústavního soudu je stále více ovlivněna vládou nynějšího prezidenta a předtím premiéra Recepa Tayyipa Erdoğan.

3.7 Rakousko

Dovozována bývá také existence materiálního jádra Spolkové ústavy Rakouské republiky (jde o ústavu z roku 1920, znovuoživenou v roce 1945), ovšem nikoli na základě jejího jednoznačného ustanovení, nýbrž toliko doktrinálně.³⁷⁵ Svým způsobem se zde závěry ohledně hierarchie norem dovozují z procedurální úpravy, konkrétně z toho, že rakouská ústava předpokládá čtyři režimy svých změn. Podle

³⁷⁵ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 321-322.

čl. 44 odst. 1 přijímá ústavní zákon nebo ústavní ustanovení obsažené v obyčejném zákoně kvalifikovanou většinou Národní rada. Krom toho zná ale rakouská ústava tři zvláštní procedury, které stanoví přísnější podmínky pro určité druhy ústavních změn, konkrétně (i) požadavek specifického souhlasu Spolkové rady pro ústavní zákony, jimiž se omezuje působnost zemí v legislativě či exekutivě a (ii) pro změny týkající se jejich článků 34 a 35, což je jádro ústavní úpravy Spolkové rady; a (iii) požadavek referenda pro případ celkové změny spolkové ústavy (*Gesamtänderung der Bundesverfassung*) nebo tehdy, požaduje-li to u dílčí změny spolkové ústavy třetina poslanců Národní rady nebo Spolkové rady. Ustanovení čl. 44 odst. 3 podmiňující celkovou změnu spolkové ústavy referendem představuje nástroj ochrany jejího materiálního jádra a podle Petera Pernthaler také „*typický rakouský propojení obsahově-normativních a formálně-decizionistických prvků*“.³⁷⁶ Toto ustanovení bylo dosud použito jen jednou, při přijetí spolkového ústavního zákona o přistoupení Rakouska k Evropské unii.

Právě z těchto procedurálních odlišností rakouský Ústavní soudní dvůr dovodil, že některá ústavní ustanovení mají větší závažnost než ostatní a tvoří základní principy ústavy (*Bangesetze der Verfassung*), které stojí nad ostatními ústavními zákony a jsou měřítkem jejich ústavnosti,³⁷⁷ tvoří tedy materiální jádro rakouské ústavnosti.³⁷⁸ Bernd-Christian Funk (který zdůrazňuje jejich odlišnost od ústavních ustanovení o státních cílech - *Staatszielbestimmungen*, to je například rakouská neutralita, ochrana životního prostředí a podobně³⁷⁹) definuje tyto základní principy ústavy následovně: „*Pod základními principy ústavy rozumíme takové vůdčí principy ústavního práva, jejichž změna nebo odstranění by vyvolala celkovou změnu ústavy ve smyslu čl. 44 odst. 3 Spolkové ústavy. Na rozdíl od dřívějšího formálního ústavního práva svědčí zachování těchto principů zesílená ochrana: celková změna Spolkové ústavy vyžaduje přijetí zvláštního ústavního usnesení Národní rady schváleného spolkovým národem (závažné referendum)*“.⁶⁸⁰

³⁷⁶ PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 9.

³⁷⁷ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

³⁷⁸ Nejpodrobněji viz PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998.

³⁷⁹ K nim viz FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam, s. 87-89.

³⁸⁰ FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam, s. 82.

Na základě stupňovité výstavby právního řádu (*Stufenbau der Rechtsordnung*) tak lze podle něj vymezit základní principy coby takové principy a pravidla, která jsou nadřazena ostatnímu formálnímu ústavnímu právu. Díky tomu se může stát protiústavním i ustanovení formálního ústavního práva, pokud je v rozporu se základními principy spolkové ústavy a přitom nebylo přijato procedurou podle článku 44 odst. 3 Spolkové ústavy, tedy za pomoci obligatorního referenda.³⁸¹ Právě proto bylo potřeba využít referendum k té celkové změně Spolkové ústavy, kterou představovalo přistoupení Rakouska k EU v roce 1995. Přistoupením totiž byly zasaženy všechny základní principy ústavy, snad kromě republikánské formy vlády.³⁸²

Kompetenci přezkoumávat ústavnost ústavních zákonů dovedl Ústavní soudní dvůr (*Verfassungsgerichtshof*) jednak z této vnitřní hierarchie ústavních norem a jednak z rozšiřujícího výkladu článku 140 odst. 1 Spolkové ústavy dávajícího mu kompetenci přezkoumávat protiústavnost „zákonů“ (*Verfassungswidrigkeit von Gesetzen (...) von Bundesgesetzen (...) von Landesgesetzen*) a využil ji již několikrát.

Již na začátku padesátých let v rozhodnutí o návrhu spolkové země Vorarlbersko proti nepřímé novele Ústavy zavedením jednotného spolkového občanství z roku 1949 (namísto do té doby předpokládaného děleného spolkového a zemského občanství; zemské občanství ovšem bylo nakonec zavedeno až roku 1988³⁸³) Ústavní soudní dvůr uvedl,³⁸⁴ že přezkum spolkových ústavních zákonů co do jejich materiální ústavnosti není možný, neboť pro něj chybí referenční rámec, tedy měřítko, jímž by byly posuzovány. Připustil však možnost zkoumat jejich formální ústavnost, tedy to, zda byly přijaty způsobem požadovaným spolkovou ústavou, například zda napadený ústavní zákon neznamenal náhodou „celkovou změnu ústavy“, a neměl tedy podléhat referendu podle čl. 44 odst. 3, což byl právě argument použitý zde (neúspěšně) spolkovou zemí Vorarlbersko. Ústavní soudní dvůr vyložil „celkovou změnu ústavy“ jako dotčení vůdčích principů (*leitende Grundsätze*) Spolkové ústavy Rakouské republiky, tedy principů demokratického, právního a spolkového státu.

³⁸¹ Tamtéž, s. 84.

³⁸² Tamtéž, s. 104.

³⁸³ Tamtéž, s. 82.

³⁸⁴ Rozhodnutí Ústavního soudu Rakouska ze dne 16. 12. 1952, G17/52, VfSlg. 2455/1952. Podrobněji k němu viz GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31; či PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 55–56.

Jedním z nich tedy sice je i princip spolkového státu (federalismu), o jehož porušení opřela svůj návrh spolková země Vorarlbersko; suspendováním zemského občanství však k porušení tohoto principu podle Ústavního soudního dvora nedošlo.

Pozoruhodné je, že ony vůdčí principy tu nemají povahu nezměnitelných náležitostí, nýbrž spíše základních znaků dané ústavy, které mohou být změněny jedinečně za spoluúčasti lidu, tedy referendem. Nejsou statické, jsou pouze nejzásadnější, ve smyslu dichotomie vyložené v kapitole 4 tedy nepředstavují nezměnitelné náležitosti ústavy, ale spíše její ohnisko.

V osmdesátých letech pak Ústavní soudní dvůr využil Damoklova meče v podobě kompetence rušit i ústavní zákony, respektive ústavní ustanovení přijatá v rámci obecního zákona, jako formu sebeobrany svého práva posledního slova poté, co zrušil některá zákonná ustanovení (například *numerus clausus* provozovatelů taxi-slужby) jako nepřípustná omezení základních práv, na což Národní rada zareagovala tím, že dané ustanovení do zákona vložila znovu, ovšem tentokrát s právní silou zákona ústavního (laicky by se dalo říci, že Ústavní soudní dvůr „flekovala“). V nálezech VfSlg 11.756³⁸⁵ a VfSlg 11.829³⁸⁶ Ústavní soudní dvůr Národní radě naznačil, že by se tento její postup mohl stát neúnosným.³⁸⁷ V rozhodnutí VfSlg 11.829 Ústavní soudní dvůr konkrétně zakotvil povinnost „ústavně konformní interpretace ústavních zákonů“, když konstatoval, že „*v souladu s povinností ústavně konformní judikatury je nutno i ústavní ustanovení v pochybnostech vykládat tak, aby se jejich obsah nedostával do rozporu s vůdčími principy Ústavy (čl. 44 odst. 3 B-VG)*.“ K takovému rozporu však mohou vést zásahy do základních principů Spolkové ústavy, jako např. omezení kompetence Ústavního soudního dvora nebo prolomení řádu základních práv.³⁸⁸ Přitom nemusí jít nutně o zásahy závažné a rozsáhlé, nýbrž i o opatření s dílčím účinkem, pokud by byla příliš četná a ve svém souhrnu vedla k celkové změně ústavy.

³⁸⁵ Rozhodnutí Ústavního soudu Rakouska ze dne 23. 6. 1988, V29/88; V102/88, VfSlg 11.756.

³⁸⁶ Rozhodnutí Ústavního soudu Rakouska ze dne 29. 9. 1988, G72/88, G 102-104/88, VfSlg 11.829. Podrobněji k oběma viz GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

³⁸⁷ FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam, s. 83.

³⁸⁸ K prolomení ústavy podle rakouské doktríny viz PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 78-85.

K plnému využití rozebírané kompetence, a tedy ke zrušení ústavního ustanovení pro protiústavnost, došlo v Rakousku poprvé až v roce 2001 rozhodnutím VfSlg 16.327.³⁸⁹ I tentokrát reagovala Národní rada na to, že Ústavní soudní dvůr zrušil pro rozpor s ústavou významné kompetenční ustanovení spolkového zákona o zadávání veřejných zakázek a hrozilo, že by mohl obdobně zrušit i obsahově obdobné zemské zákony o veřejných zakázkách. Rakouský parlament se pokusil zakonzervovat alespoň tuto zemskou úpravu, a to znemožněním jejího ústavního přezkumu. Přijal proto ústavní ustanovení § 126a spolkového zákona o zadávání veřejných zakázek, které znělo: „*Ustanovení zemských zákonů platná k 1. lednu 2001, týkající se organizace a kompetence orgánů, jimž přísluší ochrana práva, pokud jde o zadávání veřejných zakázek, platí jako nikoli rozporná se spolkovou ústavou.*“ Obava Národní rady, že by mohlo dojít i na zemské zákony o zadávání veřejných zakázek, se ukázala důvodnou, naopak naděje, že by mohl být „útok“ Ústavního soudního dvora odvrácen ústavní fortifikací této úpravy, se ukázala lichou. Ústavní soudní dvůr začal projednávat návrh na zrušení části salcburského zákona o veřejných zakázkách, která vykazovala stejné vady jako předtím zrušená spolková úprava. Nejprve zopakoval, že napadená úprava je rozporná s ústavou, ovšem namísto poslušné aplikace výše citovaného nového „ústavního“ ustanovení rovnou zahájil řízení o jeho ústavnosti. Právě při něm poukázal na „vůdčí principy ústavy“ coby „kvalifikované ústavní právo“, jímž je Národní rada coby „jednoduchý“ ústavní zákonodárce vázána a změnit jej lze jen s pomocí referenda. Jak rekapituluje Jan Grinc: „*Kvalifikované ústavní právo nedává oprávnění k vyřazení (suspendování) sebe sama, neboť tím by mohl vzniknout rozpor se zásadou, že všechny akty státních orgánů se musí v posledku zakládat na ústavě. Ústředním prvkem právního státu je princip ústavy jako měřítka (Prinzip der Maßgeblichkeit der Verfassung). Účinností § 126a BVergG spolková ústava včetně svých vůdčích principů pro určitou část zemského práva vymezenou v napadeném ustanovení postavení měřítka ztrácí (je suspendována). Důsledkem je i vyloučení kompetence Ústavního soudního dvora. Ztráta funkce ústavy jako měřítka je porušením principu právního státu.*“³⁹⁰ Další řízení proti zemským zákonům o veřejných zakázkách použil Ústavní soudní dvůr jako důkazy toho, že ono „ústavní ustanovení“ se pokusilo zabránit jejich ústavnímu přezkumu, čímž vlastně „jednoduchý“ ústavní zákonodárce suspendoval ústavní

³⁸⁹ Rozhodnutí Ústavního soudu Rakouska ze dne 11. 10. 2001, G12/00, VfSlg 16.327. Viz též ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 687.

³⁹⁰ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

pravidla normotvorby, což je také v rozporu s demokratickým principem, stejně jako s principem právního státu.³⁹¹ Ústavní soudní dvůr nakonec nálezem zrušil pro rozpor s ústavou jak § 126a spolkového zákona o zadávání veřejných zakázek, tak napadené ustanovení salcburského zákona.

V dosud rekapitulovaných rozhodnutích Ústavního soudního dvora bylo také vymezeno, které principy tvoří (aniž by tak byly formálně označeny ve Spolkové ústavě) základní principy ústavy: jde o principy spolkového, demokratického, republikánského a právního státu. Doktrína sem dále řadí také princip dělby moci a princip liberální, tedy obranu individuální a kolektivní svobody proti státní moci.³⁹²

3.8 Indie

Mimo Evropu (pokud jsme mimo ni nevykročili už podkapitolou 3.6) stojí za zmínku zejména Indie, jejíž judikatura inspirovala následně i nové ústavy v Nepálu (čl. 116 odst. 1 ústavy z roku 1990), Bangladéši (judikatura Nejvyššího soudu Bangladéše³⁹³) a Pákistánu (judikatura Nejvyššího soudu Pákistánu³⁹⁴).³⁹⁵ V Indii je ochráncem „základní struktury“ Ústavy Indie z roku 1949 (mimochoodem nejdelší ústavy světa) nikoliv specializovaný ústavní soud, nýbrž Nejvyšší soud Indie. Ten je nejen nejvyšším soudem rozhodujícím o dovoláních v civilních a trestních věcech, ale také ochráncem ústavnosti a lidských práv, jak plyne z článku 32 Ústavy Indie. Paradoxní je, že právě jeho judikatura je uváděna jako typický příklad ochrany nezměnitelných náležitostí ústavy, přestože není specializovaným ústavním soudem, ústava mu neposkytuje kompetenci k rušení ústavních zákonů a dokonce ani neobsahuje žádná ustanovení, která by sama označovala za nezměnitelná či za součást materiálního jádra. Materiální jádro Ústavy Indie i kompetence k jeho ochraně tak byla dovozena až doktrínou a judikaturou (jakkoli zcela

³⁹¹ FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam, s. 84.

³⁹² Tamtéž, s. 84.

³⁹³ Rozsudek Nejvyššího soudu Bangladéše Anwar Hossain Chowdhury v. Bangladesh 41 DLR 1989 App. Div. 165, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 695.

³⁹⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu Pákistánu Darvesh M. Arbey v. PLD, 1980 Lah. 846 Federation of Pakistan, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 696.

³⁹⁵ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 694.

první rozsudky z počátku padesátých let odmítaly akceptovat tvrzení navrhovatelů, že by kompetence parlamentu měnit ústavu měla nějaká omezení³⁹⁶), které přitom vycházely pouze z velmi vágního základu obsaženého v článku 13 odst. 2 Ústavy Indie. Podle něj stát nesmí přijímat jakýkoli zákon, který by odstraňoval či omezoval základní práva zaručená danou částí ústavy; takový zákon by byl nicotný. Krom toho, jak se ukázalo v níže rozebraných rozhodnutích, cítil Nejvyšší soud povinnost vytvořit mechanismus, který by umožňoval zachovat i navzdory parlamentu původní ideály zakotvené do Ústavy Indie jejími tvůrci.³⁹⁷ V pozdější judikatuře ovšem Nejvyšší soud Indie přestal označovat dodatky k ústavě za typ „zákona“, a naopak odlišil legislativní proceduru od procedury změn Ústavy Indie, jež je upravena v jejím čl. 368.

Klíčový v dovození kompetence chránit materiální ohnisko cestou rušení protiústavních novel ústavy byl rozsudek Kesavananda Bharati.³⁹⁸ V něm Nejvyšší soud dovodil, že parlament může měnit Ústavu Indie pouze tak, aby přitom nepoškodil, neochromil, nezničil, nezrušil, nezměnil a neobešel „základní strukturu ústavy“ („*basic structure*“³⁹⁹), čímž by byla zrušena její „základní identita“.⁴⁰⁰ Tento rozsudek rozeberu vzápětí. Termín „základní struktura ústavy“ se ovšem poprvé objevil (byť zatím pouze v argumentaci stran) už v rozsudku Nejvyššího soudu Indie Golaknath v. State Of Punjab z roku 1967. V něm soudci zejména poprvé dovodili (těsnou většinou 6:5), že základní práva zaručená v článku 13 odst. 2 Ústavy Indie mají transcendentální povahu, protože stojí mimo dispozici parlamentu. Při vytváření ústavy si totiž práva v ní uvedená nechali lidé pro sebe (zde se ozývají myšlenky teorie společenské smlouvy v Lockově pojetí, viz podkapitulu 6.2). Navíc i změny ústavy jsou pouze „zákony“, a proto musejí být souladné s článkem 13 odst. 2 Ústavy Indie.

³⁹⁶ Viz rozsudek Nejvyššího soudu Indie Sankari Prasad Singh Deo v. Union of India AIR 1951 SC 458.

³⁹⁷ VENKATESH NAYAK. *The Basic Structure of the Indian Constitution*. Dostupné na stránkách <http://www.constitutionnet.org/>, navštíveno dne 1. 9. 2014.

³⁹⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu Indie ze dne 24. 4. 1973 His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr., AIR 1973 SC 1461.

³⁹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu Indie Golaknath v. State Of Punjab ze dne 27. 2. 1967, 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762.

⁴⁰⁰ Bod 1209 rozsudku.

V reakci na rozhodnutí Golaknath v. State Of Punjab parlament vzešlý z nových voleb (změna Ústavy Indie byla poprvé hlavním tématem indických voleb⁴⁰¹) rozšířil svou kompetenci měnit ústavu (trojicí ústavních dodatků) ve snaze prosadit a před soudním přezkumem uchránit balík zákonů týkajících se zejména pozemkové reformy (tzv. *Ninth Schedule*), na což naopak Nejvyšší soud zareagoval právě rozsudkem Kesavananda Bharati, v němž omezil kompetenci parlamentu měnit ústavu právě konceptem základní struktury ústavy. Zde se sice Nejvyšší soud odchýlil od tvrzení z rozsudku Golaknath v. State Of Punjab, že i dodatek k Ústavě Indie je vlastně jen „zákon“ (a proto na něj dopadají omezení vyjádřená v článku 13), stejně jako od tvrzení, že rozsah ochrany základních práv a svobod zaručených v ústavě je nezměnitelný; ovšem zároveň zde konstatoval, že i při výkonu kompetence měnit Ústavu Indie podle jejího článku 368 je parlament něčím omezen. To něco je právě „základní struktura ústavy“.

V klíčových bodech 315-317 rozsudku vymezil soudce S. M. Sikri základní strukturu Ústavy Indie následovně:

„315. Zdá se mi, že myšlenka novel v rámci preambule a Ústavy nemůže být označena za vágní a neuspokojivou ideu, kterou by poslanci a veřejnost nedokázali pochopit.“

316. Člený generální advokát řekl, že každé ustanovení Ústavy je zásadní, jinak by nebylo v Ústavě. To je pravda. Ale to nestaví každé ustanovení Ústavy do stejné pozice. Skutečností je, že každé ustanovení ústavy může být změněno, za podmínky, že základy a struktura Ústavy zůstanou stejné. Tato základní struktura se skládá z následujících prvků:

- (1) nadřazenost Ústavy;*
- (2) republikánská a demokratická forma vlády*
- (3) sekulární povaha Ústavy;*
- (4) dělba moci mezi zákonodárství, výkonnou a soudní moc;*
- (5) federální povaha Ústavy.*

317. Uvedená struktura je postavena na nejpodstatnějších základech, tedy na důstojnosti a svobodě jednotlivce. Má nejvyšší důležitost a nemůže být odstraněna žádným ústavním dodatkem.“

⁴⁰¹ VENKATESH NAYAK. *The Basic Structure of the Indian Constitution*, na s. 3, dostupné na stránkách <http://www.constitutionnet.org/>, navštíveno dne 1. 9. 2014.

Soudci Shelat a Grover doplnili mezi znaky vytvářející základní strukturu ústavy také mandát vytvářet sociální stát a dále jednotu a integritu národa. Soudci Hegde a Mukherjea doplnili zase suverenitu Indie a základní svobody garantované občanům (v tomto ohledu ovšem zůstali v menšině, takže tvrzení, že lidská práva tvoří součást základní struktury Ústavy Indie, se v tomto rozsudku neprosadilo coby většinové). Úplná shoda o obsahu základní struktury Ústavy Indie tedy mezi soudci - a to ani tou jejich většinou, která samotný koncept základní struktury podpořila - nezavládla.⁴⁰²

V rozsudku jsou ovšem uvedeny i disentanční názory, které jsou kritické k tomu, že by ústava vůbec měla mít nějaké nezměnitelné limity a že by parlament měl být v tomto směru při změnách ústavy omezen (parlamentní většina a vláda tyto disentuující soudce následně odměnila, jak připomíná Venkatesh Nayak, takže například disentuující soudce Ray se překvapivě stal novým předsedou Nejvyššího soudu Indie⁴⁰³).

Svou nově objevenou kompetenci využil Nejvyšší soud Indie také v roce 1975, kdy rozhodnutím *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*⁴⁰⁴ prohlásil za odporující základní struktuře Ústavy Indie 39. dodatek.

To však nebyl poslední výstřel v bitvě o to, zda bude mít „poslední slovo“ v nejlidnatější demokracii světa soud nebo parlament. Indira Gándhiová, která veřejně odmítla celou koncepci základní struktury ústavy, prosadila nejprve v roce 1975 změnu volebních zákonů a Ústavy Indie (celý legislativní proces se stihl za čtyři dny, což poněkud připomíná reakci Parlamentu ČR na nález ve věci Melčák, ovšem s tím rozdílem, že indický parlament chtěl kritiku Nejvyššího soudu Indie negovat, nikoli naplnit), kterou přenesla soudní přezkum voleb některých funkcionářů, včetně funkce premiérky, z Nejvyššího soudu na těleso vytvořené parlamentem. I tento dodatek Ústavy Indie byl napaden u Nejvyššího soudu, ovšem obstál, a to i navzdory tomu, že měl vlastně retroaktivní účinky, neboť po již proběhnutých volbách měnil orgán kompetentní k jejich přezkumu (zejména k přezkumu zvolení

⁴⁰² VENKATESH NAYAK. *The Basic Structure of the Indian Constitution*, na s. 6, dostupné na stránkách <http://www.constitutionnet.org/>, navštíveno dne 1. 9. 2014.

⁴⁰³ VENKATESH NAYAK. *The Basic Structure of the Indian Constitution*, na s. 6, dostupné na stránkách <http://www.constitutionnet.org/>, navštíveno dne 1. 9. 2014.

⁴⁰⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu Indie ze dne 7. 11. 1975 *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*, 1975 AIR 2299/1976 (2) SCR 347/1975 Suppl. SCC 1.

samotné Indíry Gándhiové).⁴⁰⁵ Soudci zde tedy nevyhrotili konfrontaci s parlamentem a vládou, ovšem aspoň doplnili mezi součásti základní struktury ústavy také právo na svobodné a férové volby.

Poté Indíra Gándhiová v roce 1976 prosadila přijetí 42. ústavního dodatku, podle nějž měly mít základní principy státní politiky přednost před základními právy na rovnost před zákonem, osobní svobodou a politickými právy podle článku 19 Ústavy Indie, a zároveň mělo být vyloučeno, aby mohl jakýkoli soud přezkoumávat z jakéhokoli důvodu ústavní dodatky a doplňky k vymezení základních práv. Zároveň byly vypuštěny jakékoli limity parlamentní pravomoci doplňovat Ústavu Indie podle jejího článku 368.⁴⁰⁶ Šlo o součást změn navazujících na vyhlášení nouzového stavu v Indii v roce 1976.

Nejvyšší soud zareagoval rozsudkem *Minerva Mills Ltd. & Ors vs Union Of India & Ors*.⁴⁰⁷ Soud v tomto případě týkajícím se znárodněného podniku dovodil, že součástí „základní struktury“ ústavy je i pravomoc Nejvyššího soudu posuzovat ústavnost ústavních dodatků, tedy omezit ústavodárnou moc, a dodatek z roku 1976 byl zrušen pro porušení preambule a základních práv: *„Každý státní orgán, ať už moci výkonné, zákonodárné či soudní, odvozuje svou moc výhradně od Ústavy a musí jednat v rámci limitů, které mu ona poskytuje. Parlament je tedy také vytvořen Ústavou a má pouze takové pravomoci, které mu Ústava dává. Nemá žádnou imanentní moc doplňovat Ústavu a jako orgán stvořený Ústavou má pouze takovou moc doplňovat Ústavu, kterou mu ona sama svěřuje. Parlament proto nemůže vykonávat tuto pravomoc způsobem, který by vedl ke změně její základní struktury či ke změně její identity. (...) Z toho nutně vyplývá, že jakýkoli dodatek Ústavy, kterým by se měla přímo nebo nepřímo rozšířit kompetence Parlamentu doplňovat Ústavu takovým způsobem, který by jej osvobodil od limitu v podobě nezměnitelnosti základní struktury Ústavy, by samu tuto základní strukturu narušil, a tím pádem by byl za hranicemi ústavodárné kompetence Parlamentu.“*⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ VENKATESH NAYAK. *The Basic Structure of the Indian Constitution*, na s. 7, dostupné na stránkách <http://www.constitutionnet.org/>, navštíveno dne 1. 9. 2014.

⁴⁰⁶ Konkrétně byly do tohoto článku doplněny odstavce 4 a 5 následujícího znění: „(4) Žádné doplnění této Ústavy (včetně ustanovení Hlavy III) přijaté či přijímané podle tohoto článku (...) nemůže být napaden před jakýmkoli soudem z jakéhokoli důvodu.“

(5) Pro vyloučení jakýchkoli pochybností je tímto ustanoveno, že moc Parlamentu změnit Ústavu podle tohoto článku cestou doplnění, změny nebo odstranění jakéhokoli ustanovení Ústavy není nijak limitována.“

⁴⁰⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu Indie ze dne 31. 7. 1980 *Minerva Mills Ltd. & Ors vs Union Of India & Ors*, 1980 AIR 1789, 1981 SCR (1) 206.

⁴⁰⁸ Tamtéž, s. 215.

Je ovšem otázka, zda by takové omezení doplňování ústavy dokázal Nejvyšší soud Indie vztáhnout i na lid, který by vyjádřil svou vůli v referendu. Mohl by i o indickém lidu říct, že odvozuje svou legitimitu k ústavním změnám toliko z Ústavy Indie?

3.9 Další státy

Na závěr zmíníme ještě několik dalších států se zajímavými nezměnitelnými ustanoveními ústav. Podobnou cestou jako výše rozebrané Německo se z hlediska formulace nezměnitelných náležitostí ústavy vydalo po revoluci roku 1974 také Řecko, jehož předchozí ústavy počínaje rokem 1964 zakazovaly kompletní změnu.⁴⁰⁹ Článek 110 odst. 1 nynější Ústavy Řecka z roku 1975 zní: „1. *Ustanovení Ústavy mohou být změněna kromě těch, jež určují jako formu vlády parlamentní republiku, a dále kromě článku 2 odst. 1; 4 odst. 1, 4 a 7; 5 odst. 1 a 3; 13 odst. 1 a 26.*“ Řecká ústava tak chrání uvedenou parlamentní republiku jako závaznou formu vlády, důstojnost člověka, rovnost před zákonem, právo zastávat veřejné úřady vyhrazené jen řeckým občanům, nepřiznávání šlechtických titulů řeckým občanům, právo na rozvoj osobnosti a na účast na sociálním, hospodářském a politickém životě země; nedotknutelnost osobní svobody, nedotknutelnost svobody náboženského vyznání a dělbu moci.⁴¹⁰

Zmínky si zasluhuje také zakotvení nezměnitelných náležitostí ve Spolkové ústavě Švýcarska, konkrétně v jejím čl. 139 odst. 3, čl. 193 odst. 4 a čl. 194 odst. 2, podle nichž ústavní revize nesmí odporovat švýcarským mezinárodněprávním závazkům.

Výjimečně rigidní je Ústava Rumunska z roku 1991, nyní ve znění po zásadní revizi z roku 2003. Její článek 152 jednak v odstavci 3 vylučuje změny ústavy v době stavu obležení, nouze či válečného stavu, články 1 a 2 pak vyjmenovávají, která ustanovení ústavy nemohou být změněna. Jde o výčet poměrně rozsáhlý: nesmí být měněna ustanovení upravující povahu rumunského státu jako státu národního, nezávislého, jednotného a nedělitelného, dále ustanovení zakotvující republikánskou formu vlády, územní jednotu, nezávislost soudnictví, politickou pluralitu a oficiální jazyk, stejně jako obsah občanských práv a svobod a jejich záruky.⁴¹¹ Ochrana těchto nezměnitelných náležitostí je výslovně svěřena Ústavnímu soudu

⁴⁰⁹ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 689.

⁴¹⁰ Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 48.

⁴¹¹ Viz tamtéž, s. 47.

Rumunska, kterému je v článku 146 písm. a) Ústavy Rumunska přiznána povinnost zkoumat *ex officio* ústavnost každého návrhu změny ústavy (naopak ústavnost běžných zákonů je zkoumána pouze k návrhu vyjmenovaných aktivně legitimovaných subjektů). Každý návrh ústavní změny tak musí být nejprve předložen spolu se stanoviskem legislativní rady ústavnímu soudu, který o něm do deseti dnů rozhodne. Poté je změna předložena parlamentu, pak má ústavní soud dalších pět dnů na posouzení její ústavnosti a nakonec musí každou změnu schválit lid v referendu. Jde tedy o dvojitou apriorní (a samozřejmě abstraktní) kontrolu ústavnosti každé změny ústavy. Při takové rigidnosti není divu, že dosud prošla jediná ústavní revize, a to právě ona z roku 2003. Sám ústavní soud z šesti mu předložených novel dvě označil za nesouladné s ústavou z procedurálních důvodů, dvě z důvodů materiálních (jednou šlo o rozpor prokazování zákonnosti nabytí majetku s ústavní ochranou vlastnictví, podruhé o změny organizačního ústavního práva v reakci na členství Rumunska v EU a NATO) a ke zbylým dvěma dal alespoň připomínky.⁴¹² V kombinaci výslovnosti kompetence k rušení ústavních zákonů a frekvence jejího využívání je tak rumunský ústavní soud podobně silný jako Ústavní soud Turecka (s tou odlišností, že přezkouvává ústavnost změn ústavy pouze *a priori*, aposteriorní přezkum výslovně odmítl ve své judikatuře⁴¹³), je ovšem otázka, zda i za ním stojí reálná politická síla podobná svým významem turecké armádě...

Do určité míry podobná rakouskému modelu je i struktura ústavních změn podle Ústavy Ruské federace z roku 1993. Ta totiž také rozlišuje několik typů změn ústavy, přičemž procedury těchto změn se liší podle jejich zásadnosti. Pokud by pak mělo dojít ke změnám základních ustanovení ústavy, obsažených v hlavách 1 (Základy ústavního systému), 2 (Práva a svobody člověka a občana) a 9 (Ústavní změny a kontrola ústavnosti) Ústavy Ruské federace, nestačí k nim aktivita parlamentu, tedy Federálního shromáždění, nýbrž je třeba použít specifickou proceduru podle článku 135, při níž by měl být aktivován i lid: „1. Ustanovení hlavy 1, 2 a 9 Ústavy Ruské federace nemůže Federální shromáždění změnit.

⁴¹² PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klausule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808, na s. 799-801; či GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 1, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

⁴¹³ Viz rozhodnutí Ústavního soudu Rumunska ze dne 30. 9. 2003, č. 686.

2. Pokud tři pětiny všech členů Rady federace a Státní dumy podpoří návrh na změnu hlavy 1, 2 a 9 Ústavy Ruské federace, pak bude podle federálního ústavního práva svoláno ústavodárné shromáždění.

3. Ústavodárné shromáždění buď potvrdí neměnnost Ústavy Ruské federace, nebo navrhne novou Ústavu Ruské federace, která může být přijata dvěma třetinami všech členů nebo postoupena k referendu. V případě referenda je návrh na změnu Ústavy Ruské federace pokládán za přijatý, pokud jej podpoří alespoň polovina voličů, kteří hlasovali, za podmínky, že se na referendu podílela alespoň polovina oprávněných voličů. “Takto složitá procedura a případné zapojení lidu v referendu odpovídají i tomu, že změny těchto tří hlav mohou znamenat změnu identity ústavy, tedy jejího materiálního ohniska.”⁴¹⁴

Gözler upozorňuje na to, že i Ústava Chile z roku 1980 obsahuje určité nepřekročitelné limity a tamní ústavní soud má v čl. 82 odst. 2 výslovně zakotvenu kompetenci přezkoumávat ústavnost ústavních dodatků.⁴¹⁵

Dodává pak, že vlastně v každé zemi, která zakotvila americký model ústavního soudnictví (což je případ řady latinskoamerických zemí), jsou otevřeny dveře k tomu, aby zejména nejvyšší soud dané země přezkoumával i ústavnost ústavních dodatků, ať už z hlediska procedury, nebo z hlediska materiálních limitů změnitelnosti ústavy, z čehož dovozuje, že takové nepřekročitelné limity takové ústavy mají. Vychází ze skutečnosti, že při řešení konkrétního případu před těmito soudy mohou strany namítat protiústavnost obsahu či procedury přijetí ústavních dodatků, z čehož soudům vyplývá možnost posuzovat ústavnost ústavních dodatků i tehdy, když takovou kompetenci nemají nikde výslovně zakotvenu.⁴¹⁶

Vzápětí ovšem přiznává, že z jím zkoumaných Nejvyšších soudů takovou kompetenci přijal pouze výše rozebraný Nejvyšší soud Indie, zatímco Nejvyšší soud

⁴¹⁴ Za informace o Ústavě Ruské federace z roku 1993 děkuji své studentce Yulii Ostapenko.

⁴¹⁵ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 1, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

⁴¹⁶ Tamtéž.

USA⁴¹⁷ a Nejvyšší soud Irska⁴¹⁸ takovou kompetenci ve svých rozhodnutích odmítly. Ostatně Nejvyšší soud USA by patrně narazil i na to, že v Ústavě USA, která je jinak značně rigidní, nejsou jasně uvedeny žádné nepřekročitelné limity jejich změn, kromě v V. článku uvedené nemožnosti měnit míru zastoupení v Senátu bez souhlasu těch států, jichž by se taková změna týkala.⁴¹⁹

Jeho předpoklad je navíc zpochybněn i jeho dalším tvrzením, že totiž v případě ústavních soudů fungujících ve specializovaném (koncentrovaném) modelu ústavního soudnictví (který Gözler označuje za „evropský“) je přezkum ústavnosti ústavních zákonů možný jedině tehdy, pokud takovou kompetenci mají výslovně napsánu v ústavě, nebo pokud vnímají ústavní dodatky jako pouhý „zákon“ k přezkumu jehož ústavnosti jim ústava kompetenci svěřuje. Svůj skeptický závěr k této kompetenci u specializovaných ústavních soudů (učiněný mimochodem rok před nálezem ve věci Melčák) opírá jednak o zdrženlivou judikaturu ústavních soudů Maďarska a Slovinska a francouzské Ústavní rady, jednak o princip *expressio unius est exclusio alterius*.⁴²⁰ Jak jsme ovšem viděli v předcházejících kapitolách, tak tomu ve skutečnosti není, neboť k takovému přezkumu se odhodlaly i ústavní soudy, o jejichž kompetenci přezkoumávat ústavní zákony příslušné ústavy mlčí, ovšem dokázaly ho dovodit buď ze zakotvení nezměnitelných náležitostí ústav, nebo z jinak určené vnitřní hierarchie ústavních norem.

⁴¹⁷ Např. již v rozsudku Nejvyššího soudu USA *Hollingsworth v. Virginia* ze dne 14. 2. 1798, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798), což je patrně vůbec první rozhodnutí, v němž se nějaký soud vyjádřil (byť odmítavě) k možnosti přezkoumávat ústavní novelty (zde XI. Dodatek k Ústavě USA). V rozsudku ze dne 7. 6. 1920 *National Prohibition Cases (State of Rhode Island v. Palmer)* 253 U.S. 350 (1920) pak již Nejvyšší soud USA dostal přímo návrh, aby označil XVIII. dodatek za protiústavní, neboť se podle navrhovatelů nevztahoval k materii, která byla upravena Ústavou USA, takže ji nedoplňoval, ale Nejvyšší soud - aniž by se vyjadřoval, zda má kompetenci k takovému posouzení - konstatoval, že daný dodatek byl přijat v souladu s Ústavou USA. V pozdějším rozsudku ze dne 5. 6. 1939 *Coleman v. Miller* 307 U.S. 433 (59 S.Ct. 972, 83 L.Ed. 1385, již přímo konstatoval, že změny Ústavy USA jsou politická otázka nezpůsobilá k soudnímu přezkumu.

⁴¹⁸ Viz rozsudek Nejvyššího soudu Irska *Riordan v. An Taoiseach* ze dne 20. 5. 1999 [1999] IESC 1, Appeal No. 202/98) (Ir.).

⁴¹⁹ William Marbury ovšem dovozuje, že takové limity jsou, konkrétně zákaz přijmout takový dodatek, který by fakticky zničil USA jako „unii států“. Viz *MARBURY, W. L. The Limitations upon the Amending Power. 33 Harvard Law Review* 232, 225 (1919).

⁴²⁰ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 1, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

3.10 Shrnutí

V tomto směru je patrné, že ústavní soudy (či nejvyšší soudy plnící roli soudů ústavních) si poměrně často činí nárok na poslední slovo v určování obsahu ústavy a hrají v obraně ústavy a ve vymezení jejího obsahu roli „hraničních orgánů“, tedy podle Verdrosse takových orgánů, které jsou sice vázány právem, nelze je však efektivně donutit právo dodržovat, neboť nad nimi už nikdo není. V tomto směru dokonce mohou coby poslední instance v ústavních věcech vnímat samy sebe i jako „suverény“, ať už ve smyslu schmittovském (viz níže) nebo alespoň ve smyslu de Maistrova bonmotu, že suverenita je právo na konečné rozhodnutí s nárokem na neomylnost: „*Nejde o poslední instanci, protože by byla neomylnou, ale je neomylná, protože je poslední.*“⁴²¹ Lze sice namítnout, že oním „hraničním orgánem“ je v první řadě ten, kdo ústavu přijímá, což by v případě ČR byl - dokonce ve vztahu ke všem dosavadním českým a předtím československým ústavám - parlament. Jan Kysela ovšem proti tomu cituje výstižný výrok biskupa Hoadlyho z počátku 18. století: „*Kdokoli má absolutní autoritu interpretovat jakékoli psané nebo nepsané zákony, je to on, kdo je skutečným tvůrcem práva, a nikoliv osoba, která je poprvé napsala nebo vyslovila.*“⁴²²

Tématem této knihy ovšem není primárně kompetence ústavních či nejvyšších soudů přezkoumávat protiústavnost dodatků k ústavám, nýbrž referenční rámec takového přezkumu, tedy nezměnitelné náležitosti ústav, respektive jejich materiální ohniska. Jak ukáže následující kapitola, není to totéž.

Ještě předtím si ovšem dovolme krátké ohlédnutí za výše uvedenými nezměnitelnými ustanoveními, respektive materiálními ohnisky ústav. Můžeme konstatovat, že mezi ústavami, které stanoví limity pro svou změnitelnost, můžeme rozlišit tři základní typy: (i) ty, které obsahují výslovné klauzule věčnosti; (ii) ty, které zakotvují různé procesní režimy pro různé druhy změn; a (iii) ty, v nichž nejvyšší či ústavní soudy odhalily jakousi základní strukturu ústavy ztotožnitelnou s ústavní identitou či materiálním ohniskem.⁴²³

Jinak ovšem toto shrnující ohlédnutí vyznívá přinejmenším paradoxně. První klauzule věčnosti (Švýcarsko 1798) nevydržela ani pět let. První, která vydržela dosud a je kopírována do pozdějších ústav (Francie 1884), byla do ústavy vsunuta

⁴²¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 149.

⁴²² Tamtéž, s. 154.

⁴²³ Tamtéž, s. 24 - 30.

pouhou utilitaristickou (ovšem věčnou) novelou. Nejslavnější klauzule věčnosti (Německo 1949) byla přijata ve státě, který byl v té době ještě vojensky okupován. Nejrozsáhlejší klauzule věčnosti (Portugalsko 1976) již byla změněna. Nejčastěji soudy využívaná nezměnitelná ustanovení buď vůbec nemají textuální vyjádření v ústavě (Indie) nebo jsou ústavním soudem využívána zcela v rozporu s ústavním textem (Turecko). Možná nejmladší klauzule věčnosti v čl. 350 Ústavy Venezuely z roku 1999 proklamuje, že „*neuzná žádný režim, zákon nebo autoritu, které by byly v nesouladu s demokratickými hodnotami, principy a zárukami, nebo které porušují lidská práva*“;⁴²⁴ a přesto (či právě proto?) v ní v témže roce vyhrál režim Huga Cháveze, který byl označován za „šampiona“ nedemokratických režimů v Latinské Americe.⁴²⁵ A nezměnitelné náležitosti nám nejbližší, totiž čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR, trpí tím deficitem, že byly přijaty narychlo svolanou skupinou právníků a schváleny kvazi-parlamentem, který měl v původně federálním Československu hrát toliko „druhou ligu“. Ideální představa o svobodném lidu, který přijme svou ústavu a do jejího ideového středu umístí coby její nezměnitelné ustanovení materiální jádro, které má zabránit změnám, které by přivodily popření ústavy a její zničení, tedy touto komparativní kapitolou poněkud utrpěla. Zbývá rozebrat onu tezi, že ani materiální ohnisko nemusí být a nebýt totožné s náležitostmi, jež jsou v dané ústavě označeny jako nezměnitelné.

⁴²⁴ Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 50.

⁴²⁵ Viz příspěvek Marca Plattnera na konferenci Forum 2000 citovaný v úvodu knihy.

4 Materiální ohnisko versus klauzule věčnosti

4.1 Rozdíl mezi oběma pojmy

Z rozboru jednotlivých evropských ústav provedeného v předchozí kapitole vyplývá mnohé, nikoli jen to, že některé evropské ústavy nezměnitelná ustanovení nemají, některá je mají kratší a některá delší, to by byl věru banální závěr. Jen o něco méně banální je závěr, k němuž dospěl Kemal Gözler. Podle něj pokud je v dané ústavě nějaký materiální limit změn, pak je přezkum ústavnosti změn ústavy možný, pokud takový limit absentuje, pak přezkum ústavnosti není možný.⁴²⁶ Jak jsme ovšem viděli výše, k přezkumu ústavnosti změn ústavy se odhodlaly soudy i v zemích, kde žádné nezměnitelné náležitosti coby limity ústavních změn uvedeny přímo nejsou (Rakousko), ba nemuselo jít ani o soudy ústavní (viz judikatura Nejvyššího soudu Indie). Pokud by se tím pak chtělo říct pouze tolik, že i v těch ústavách, které žádné nezměnitelné náležitosti výslovně nezakotvují, narážejí změny ústavy na určité „vůdčí principy“ či „základní strukturu“ (Marie-Françoise Rigaux mluví o „materiálních omezeních dovozených z doktrinnálního výkladu“, ⁴²⁷ což je trefné označení, neboť z něj plyne i to, že jakkoli mají takové limity takřka transcendentální povahu, jejich poznání neplyne ze zjevení, nýbrž toliko z odborných prací), tak se tím neřeklo mnoho, neboť takové principy, které můžeme označit za materiální ohnisko, má patrně každá ústava, ⁴²⁸ má-li mít určitou vnitřní soudržnost (stavební paralelou můžeme mluvit o „statické“ dané ústavy, v tomto ohledu je trefné označení, které pro základní principy ústavy používá rakouská doktrína, totiž *Bangesetze der Verfassung*, rozebrané v podkapitole 3.7). Problematictější už je, když se z takového materiálního jádra (a nikoli z výslovně zakotvených nezměnitelných náležitostí ústavy) dovozuje kompetence soudů rušit

⁴²⁶ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 3, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

⁴²⁷ RIGAUX, M.-F. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, 41-93 (Larcier 1985), cit. dle GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 3, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

⁴²⁸ Shodně BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 35.

ústavní zákony. Tu patrně lze dovodit z nezměnitelných náležitostí, z existence materiálního jádra (způsobem, jak to činí například Boris Balog v případě Ústavy SR, která nezměnitelné náležitosti nemá⁴²⁹) ovšem stěží, jak uvidíme níže.

Z provedeného rozboru totiž spíše plyne, že nelze zcela ztotožňovat pojem „klausule věčnosti“ či „nezměnitelná ustanovení“ na straně jedné a „materiální jádro“ či „materiální ohnisko“ na straně druhé.⁴³⁰ Zatímco prve jmenované termíny označují ta ustanovení, o nichž sama ústava prohlašuje, že nejsou změnitelná; materiální jádro či ohnisko označuje spíše ty normy, které určují samotné základy ústavního uspořádání (a co je jejich nezbytnou součástí, se pokusím vymezit v kapitole 6), definují tedy danou ústavu v tom smyslu, že pokud by se na nich něco změnilo, šlo by o zcela jinou ústavu, šlo by až o zničení či odstranění stávající ústavy (viz Schmittovu typologii v následující části). Splynutí obou pojmů, tedy konstrukce nezměnitelných náležitostí ústavy tak, aby odpovídaly jejímu materiálnímu jádru, je pak ideálem, kterého nebývá dosaženo.

Tvrdím dokonce, že oba tyto koncepty mají poněkud jiné zdůvodnění a smysl, jakkoliv se v praxi alespoň zčásti překrývají, jak uvidíme níže. Nezměnitelné náležitosti ústav jsou snáze uchopitelné: jde o ustanovení, která jsou přímo výslovně uvedena v ústavě, je v nich více (Portugalsko) či méně (ČR) konkrétně vymezen jejich obsah a z ústavy lze dovodit i důsledky, které bude mít, pokud tento imperativ nezměnitelnosti bude porušen: bude jím protiústavnost takové změny, byť by byla učiněna formálně správnou procedurou. Jinak řečeno, jde o pokus v pozitivním právu nechat „zkamenět“ některé náležitosti dané ústavy, ať už jde spíše o varování před porušováním těch zásad, které byly porušovány minulým nedemokratickým režimem (typickým příkladem je čl. 79 odst. 3 Základního zákona), či spíše o zpozitivnělý a „opevněný“ konsenzus, o jehož trvanlivost se ústavodárce do budoucna obává (typickým příkladem je čl. 288 Ústavy Portugalska), nebo dokonce způsob, jak některým národním symbolům přiznat obzvlášť výsadní postavení (viz článek 3 Ústavy Turecka z roku 1982). Na druhou stranu už dále z ústavy nemusí nutně vyplývat (a jak jsme viděli výše, také obvykle nevyplyvá), kdo je povolán

⁴²⁹ Tamtéž, zejména s. 28 an.

⁴³⁰ Odlišení těchto termínů a jejich vnímání nikoli synonymně, ale dichotomně, není obvyklé, a tato kapitola je věnována vysvětlení takového přístupu. Pokládám jej za vhodnější, než vytváření nových termínů a dichotomií, jako je Borisem Balogem provedené odlišení „implicitního“ a „explicitního“ materiálního jádra ústavy (to splývá s nezměnitelnými náležitostmi). Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 35–70.

proti takovému „protiústavnímu ústavnímu zákonu“ zakročit. Není přitom překvapivé, že ústavním soudům taková kompetence přiznána začasté výslovně není, neboť by bylo neobvyklé, aby ústavodárce - ať už ústavu fakticky přijímá parlament pověřený lidem,⁴³¹ lid či specifické ústavodárné shromáždění - přiznal takové právo posledního slova o nejvyšších normách nevolenému sboru; stejně tak ovšem není překvapivé, že ústavní soudy coby autoritativní vykladači ústav v nich takové právo posledního slova obvykle „najdou“.

Oproti tomu materiální ohniska či jádra jsou uchopitelná hůře. Nemají pozitivněprávní povahu, nejsou obvykle nikde výslovně vymezena. Mají spíše povahu „živého práva“,⁴³² které může proměnit společenská realita (viz příklady z česko-slovenských dějin níže) a které se nedá „spoutat“ do formálních ustanovení, jakkoli se o to ústavy pokoušejí a patrně musejí pokoušet zejména ve svých úvodních ustanoveních. Má je sice patrně každá ústava, ne vždy jsou však výslovně vyjádřeny, a pokud ano, tak spíše v úvodních ustanoveních či preambulích, než v ustanovení nadepsaném „základní znaky ústavy“. Konstitucionalisté je mohou dovodit z ústavy, pokud možno však nikoli „z ničeho“, ale z ústavy samotné, její normativní analýzou v její úplnosti a vnitřní jednotě.⁴³³ Materiální ohnisko tvoří pomyslné nosné zdi ústavy, normativní základ, bez něhož se ústava zborší a nebude držet pohromadě (právě pro pochopení paralely s nosnou zdí je třeba vnímat ústavu nikoli jako pouhý soubor různých ustanovení upravujících fungování různých státních orgánů,

⁴³¹ I ten je pak totiž „ústavodárcem“ odlišným od budoucích obyčejných parlamentů, jak připomíná Jan Kysela: „*Nicméně i tam, kde ústavu přijal parlament, může být činěn rozdíl mezi parlamentem novou ústavu přijímajícím a třeba tímtež parlamentem podle ní a pod ní jednajícím. Ústavodárce tu nedělá ústavu, ale ústava stvořila svého ústavodávce. Možná je jen přesnější v takovém případě nemluvit o ustavující moci či jejím orgánu, ale o originárním ústavodávci, který může ustavující moc reprezentovat, aniž by jí k tomu byl pověřen.*“ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

⁴³² Klíčový koncept Eugena Ehrlicha, viz k němu EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Verlag von Duncker & Humblot, 1913. Stručný úvod k jeho konceptům viz in PRIBÁŇ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, č. 2/2013, s. 105-123, na s. 118-119. Trefně vyjádřil smysl takového živého, či spíše „žitého“ práva také Jan Kysela: „*Právo nespočívá na obálce ani v tunách potíštěného papíru, nýbrž nachází se mezi lidmi a jimi vytvářenými institucemi. Efektivní je tehdy, když se jím někdo řídí. Trvalá ignorace jej jistě nezabývá platností ve formálním smyslu, dožadista však neplatí ve smyslu sociálním, stává se obsoletním.*“ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 128.

⁴³³ PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 8.

ale jako celek mající určitou vnitřní materiální a normativní jednotu⁴³⁴); a který není prostě přijat a naformulován parlamentem (byť by i šlo o ústavu parlamentem přijatou), ale který vyvěrá spíše z jakéhosi základního společenského konsenzu lidu jako ústavodárce (je-li suverénem lid). Oproti tomu nezměnitelná ustanovení jsou spíše „památkově chráněné“ součásti dané ústavy, které si takovou ochranu mohou zasloužit buď proto, že jsou zároveň nosnými zdmi (to je ideální situace, kdy se materiální ohnisko překrývá s nezměnitelnými ustanoveními), nebo třeba jen proto, že jsou obzvlášť ohroženy, a proto potřebují být chráněny, nebo konečně třeba proto, že jde o hezký a historicky cenný „ornament“, jako tomu je u národních symbolů Turecka chráněných klauzulí věčnosti. Jde tedy o onen „minimální hodnotový a institucionální konsenz“, o němž hovoří nález ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 (č. 30/1998 Sb.),⁴³⁵ respektive slovy Pavla Holländera o onen „metafyzický korelát“ zmíněný v kapitole 2.⁴³⁶

Ještě jinou metaforou řečeno: pokud bychom si ústavu představili jako středověký hrad, pak materiální ohnisko představuje její střed, její hlavní věž, bez které celý hrad nebude dávat smysl a stane se ohrazeným shlukem zbývajících budov; oproti tomu nezměnitelné náležitosti jsou zesílením hradební zdi, které obvykle postavíme tam, odkud přišel minulý útok...

Materiální ohnisko přitom na rozdíl od nezměnitelných náležitostí vůbec nemusí mít ambici být věčné, naopak, dokáže být fluidní a postupně se posouvat tak, jak se postupně posouvá vůle lidu ohledně základních charakteristik dané ústavy, Schmitt by řekl, „jak se mění ústava daného lidu“. Z onoho přirovnání

⁴³⁴ Tamtéž, s. 19.

⁴³⁵ „Moderní demokratická psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárskou moc (pouvoir constituant), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí. Dokument institucionalizující soustavu základních obecně akceptovaných hodnot a formující mechanismus a proces utrácení legitimních mocenských rozhodnutí nemůže existovat mimo veřejnosti akceptovaného kontextu hodnot, spravedlnostních představ, jakož i představ o smyslu, účelu a způsobu fungování demokratických institucí. Jinými slovy nemůže fungovat mimo minimálního hodnotového a institucionálního konsenzu. Pro oblast práva z toho plyne závěr, že pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti. Tuto tezi potvrzují nejen teoretické analýzy, ale především dějiny 20. století, spjaté s existencí totalitních států. Mechanické ztotožnění práva s právními texty se stalo vítaným nástrojem totalitní manipulace. Učinilo zejména z justice poslušný a nemyslivý nástroj prosazování totalitní moci.“

⁴³⁶ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 330 - 331.

k nosným zdem daného ústavního systému⁴³⁷ ovšem také vyplývají hrozby a limity, které s sebou takové posouvání materiálního ohniska přináší: ohrožuje jednak „statiku budovy“, jednak její „identitu“. Jinak řečeno, pokud by se posunulo materiální ohnisko ústavy, což se může stát její výslovnou změnou, ale také výkladem či faktickými změnami, například okupací (a v kapitole 7 uvidíme, že ústavy států EU nyní takovým posunem patrně procházejí), hrozí, že na své obyvatele ústavní konstrukce spadne (viz příklady z českých dějin uvedené níže), pokud nebude odstraněná nosná zeď nahrazena jinou vhodnou nosnou zdí; dále také hrozí, že už půjde o úplně jinou „budovu“, neboť její nosné zdi už budou stát vedle těch dřívějších, půjde tedy Schmittovými slovy o jinou ústavu. Z toho ovšem - na rozdíl od nezměnitelných náležitostí - nevyplyvá nemožnost takových změn, ale toliko jejich rizikovost a to, že by k nim nemělo docházet náhle, skokově.

Přípustnost pozvolných změn materiálního ohniska (kontrastující s nepřipustností změn zapovězených nezměnitelnými náležitostmi) přesvědčivě zdůvodňuje v rakouském prostředí Peter Pernthaler. Ten zdůrazňuje, že právě základní náležitosti obsažené v materiálním jádru ústavy jsou základem ústavního konsenzu (*Verfassungskonsens*). Jeho trvalost a relativní neproměnlivost je pak důležitá nejen pro ustálení důvěry v ústavní instituce a instituty, ale i pro to, aby ústava mohla plnit svou orientační funkci jak pro občany, tak pro státní orgány, tedy aby dokázala podávat trvalé odpovědi na nejzákladnější otázky ústavou definovaného státního soužití.⁴³⁸

Na rozdíl od „klauzule věčnosti“ také u materiálního ohniska není nikdy (právě s výjimkou specifické rakouské procedurální úpravy rozebrané v podkapitole 3.7) jasně dáno, jaké by byly procesní důsledky přijetí takové změny ústavy, která by s ním byla v rozporu: podle Schmitta dojde k odstranění ústavy, podle historické zkušenosti (viz příklady z české historie 20. století v podkapitole 4.4) dojde opravdu k poměrně rychlému sesutí ústavy, která přestane plnit svou hodnotovou funkci a stane se přinejlepším soupisem procedur bez hodnotového dopadu (ilustrativním příkladem je Ústava ČSSR, která po roce 1990 ztratila původního ústavodárce i hodnoty - jakkoli obskurní - na nichž byla postavena, a stala se pouhou

⁴³⁷ Tuto zdařilou stavařskou paralelu použil Martin Škop v práci ŠKOP, M. *Právo a vášeň: jazyk, příběh, interpretace*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 82.

⁴³⁸ PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 16.

„kuchařkou“ pro fungování státu), z toho ovšem neplyne nic jiného, než že by měla být urychleně přijata ústava nová, která bude odpovídat novému základnímu společenskému konsenzu (důsledky toho, že se nepodařilo přijmout po roce 1990 novou československou ústavu, jsou dostatečně známy). Těžko by se podle mně z existence implicitního materiálního ohniska ústavy dovozovala například kompetence ústavního soudu k rušení ústavních zákonů, které by s ním byly v rozporu; domnívám se, že taková kompetence se jednak nedá dovodit ani z jeho obvyklé role „strážce ústavnosti“, jak je v případě ČR vyjádřeno v čl. 83 Ústavy, jednak je otázka, jestli je do materiálního ohniska zasahováno prostě tím, že je přijat nějaký konkrétní ústavní zákon, nebo spíše tím, že padne určitá část onoho základního společenského konsenzu. U materiálního ohniska (oproti nezměnitelným náležitostem) je navíc komplikací jak jeho nevyslovenost, tak jeho neurčitost a obtížná uchopitelnost. Jak uchopit a vymezit, co podle minimálního konsenzu lidu tvoří definiční znaky dané ústavy? Právě v této neuchopitelnosti spočívá velký prostor pro výklad, k němuž se právem cítí povolány ústavní soudy. Je ovšem pochybné, zda mají být povolány také k případnému rušení ústavního zákona, který by byl s takto neuchopitelným a jím vymezeným materiálním ohniskem ústavy v rozporu; zda nemají být spíše v roli varujícího hlasu, který bude upozorňovat na rizikovitost změn v této „statické“ ústavě.

Ještě jinak řečeno můžeme materiální ohniska chápat jako (nikoli překvapivě) materiální (faktický a proměnlivý, nikoli nutně také formálně vyjádřený) a nezměnitelné náležitosti ústavy jako formální (tedy formálně zakotvený) aspekt téhož institutu.⁴³⁹ Zatímco nezměnitelné náležitosti ústav představují pokus o „zkamenění“ některé vlastnosti ústavy, materiální ohnisko je ze své povahy naopak těžko uchopitelné ve své proměnlivosti; bývá sice vyjádřeno v úvodních ustanoveních ústav, jejichž reálný obsah se ovšem může měnit buď postupně (znamenala „svrchovanost“ České republiky ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR v roce 1993 opravdu totéž, co dnes?), nebo se může dostat do rozporu s realitou po úspěšném ústavním puči či revoluci, než ta přijme svou vlastní psanou ústavu (stav od února 1948 do dubna 1948 tak byl možná souladný s procedurami ústavní listiny z roku 1920, avšak zjevně rozporný s materiálním jádrem této demokratické ústavy; takovému skoku po ústavním puči se jednoduše nemohlo přizpůsobit).

⁴³⁹ Za tento postřeh vděčím Jiřímu Barošovi.

Použijme jeden ilustrativní přírám pro vysvětlení rozdílu mezi oběma pojmy: pokud by Parlament ČR přijal z jakéhokoli důvodu ústavní zákon, kterým by znovuzavedl trest smrti, jistě by šlo o právní předpis rozporný s nezměnitelnými náležitostmi ve smyslu článku 9 odst. 2 Ústavy, neboť tak zásadní popření jednoho ze základních lidských práv neobstojí pohledem požadavku právního státu.⁴⁴⁰ Šlo by ale také o zásah do materiálního ohniska naší Ústavy, tedy o změnu „statiky“ ústavy, kvůli níž by došlo fakticky k odstranění stávající Ústavy? Domnívám se, že nikoli. Opačným příkladem by byla situace, kdyby se Parlament - inspirován neveselými zkušenostmi s přímo voleným prezidentem - rozhodl k přesně opačné odchylce od původní nepřímé volby prezidenta a vliv lidu na ustanovení hlavy státu by naopak minimalizoval tím, že by proměnil Českou republiku na monarchii (není nutné spekulovat o způsobu, jak by byl ustanoven první panovník z nové - či nějaké staronové? - dynastie). Patrně by nešlo o změnu, která by protirečila „podstatným náležitostem demokratického právního státu“, neboť takové kvality vykazují i západo- a severoevropské konstituční monarchie, takže by Ústavní soud patrně neměl důvod takovou změnu Ústavy zrušit na základě rozporu s limity změny Ústavy podle čl. 9 odst. 2 Ústavy. Totéž platí i ve vztahu k případné federalizaci České republiky. Lze se totiž ztotožnit s Vojtěchem Šimíčkem, že tyto dva znaky nejsou „podstatnými náležitostmi demokratického právního státu“: „Domníváme se totiž, že případná změna formy vlády ani státního zřízení ještě sama o sobě neznamená narušení podstatných náležitostí demokratického právního státu (řada monarchií a federací může být daleko výkonnějšími demokratickými a právněstátními systémy než mnohé unitární republiky).“⁴⁴¹ Šlo by však stále o tutéž Ústavu České republiky? Nebylo by spíše namístě provést takovou změnu jediné současně s přijetím úplně nové ústavy? Nebyla by už zcela změněna její „identita“?

Právě pojem „identity ústavy“ byl jako kritérium pro rozpoznání zásahu do jejího materiálního ohniska (repektive „základní struktury“, jak říká indický Nejvyšší soud) využít ve výše citovaném rozsudku Kesavananda Bharati:⁴⁴² „Pokud pravomoc doplňovat Ústavu nezahrnuje právo odstranit Ústavu jako celek, ale zakotvuje toliko právo

⁴⁴⁰ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky* 1. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003, s. 112.

⁴⁴¹ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 159.

⁴⁴² Rozsudek Nejvyššího soudu Indie ze dne 24. 4. 1973 His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr., AIR 1973 SC 1461, bod 1483.

zachovat kontinuitu stávající Ústavy, byť i v doplněné podobě, pak vzniká otázka, jaká minimální část stávající Ústavy musí zůstat nedotčena, abychom mohli říct, že stávající Ústava byla zachována v doplněné podobě, a nikoli odstraněna. Podle mne je tímto nezbytným minimem základní struktura či rámec Ústavy. Pokud je zachována základní struktura, pak můžeme tvrdit, že stará Ústava nadále platí, jakkoli se její jednotlivá ustanovení změnila. Naopak, pokud je změněna základní struktura Ústavy, pak ani pouhé zachování některých jejích článků neospravedlní závěr, že Ústava přežila a trvá.“

Rozdíl mezi oběma pojmy a zejména jejich neodlišování má podle mne zásadní praktické důsledky. Pokud jsou totiž oba pojmy zaměňovány, mohou mít ústavní soudy tendenci dovozovat z existence nezměnitelných náležitostí ústavy svou kompetenci rušit ústavní zákony pro protiústavnost (popřípadě tuto kompetenci mají v ústavách výslovně zakotvenu, ovšem jen pro ústavní dodatky rozporné s těmito nezměnitelnými náležitostmi); ovšem za důvod této protiústavnosti označit nejen rozpor s nezměnitelnými náležitostmi vyjmenovanými výslovně v ústavě, ale i pro rozpor s obtížně uchopitelným materiálním ohniskem, což je o to lákavější, že vymezení jeho obsahu - právě pro onu neuchopitelnost - leží ještě více na samotném ústavním soudu. Příklad odhodlání k takovému postupu jsme ostatně viděli v rozsudku italského ústavního soudu č. 1146/1988 ze dne 15. 12. 1988, v němž vyjádřil svou vůli zrušit jako protiústavní nejen dodatek ústavy rozporný s nezměnitelným čl. 139 Ústavy Italské republiky, ale i dodatek rozporný se základními principy, na nichž ústava stojí, tedy s jeho materiálním ohniskem. Jinak řečeno, ústavní soud může být v ústavě označen za garanta nezměnitelných náležitostí (nebo se za jejího garanta prohlásí, neboť je obecně „ochráncem ústavnosti“) a sám se následně označí za garanta celého materiálního jádra ústavy, jehož obsah si sám definuje. Vymezí si tím pak oblast, v níž má právě on sám poslední slovo. Stavební paralelou řečeno, je to podobné jako by ústava svěřila ústavnímu soudu, aby i proti ústavozákonodárci (typicky parlamentu) střežil jednu konkrétní zeď před zbouráním, protože bylo těžké ji postavit (otázky, v nichž je vhodné nechat „zmrazit“ společenský konsenzus) nebo nedávno spadla (demokracie v českých zemích) nebo je nosná (například zeď „republikanismu“); a on si z toho dovodí kompetenci zabránit zbourání jakékoli nosné zdi, přičemž to, která zeď nosná je a která nikoli, si posoudí také sám, neboť je zároveň nejpovolanejším „statikem“. Nakonec pak svou kompetenci použije k ochraně nikoli „zdi“ označené ústavou za neodstranitelnou, nýbrž zdi, kterou sám označí za nosnou, a lid (tedy laici) pak může jen dumat nad tím, jestli

odstranění dané zdi zabránil soud proto, že je opravdu nosná, nebo proto, že se mu prostě líbila (například proto, že na ní „sedí“, neboť jemu samému dává kompetenci, což je podle mne případ nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/01, viz níže). I na soudce ústavního ostatně platí výrok připisovaný Abrahamu Lincolnovi: „*Takřka všichni dokážej unést nepřijeň osudu, ale chcete-li opravdu vyzkoušet charakter člověka, dejte mu moc.*“⁴⁴³

Učebnicovým příkladem takového přístupu zaměřujícího materiální ohnisko ústavy a její nezměnitelné náležitosti je Ústavní soud Turecka, který absolutní nezměnitelnost, která podle ústav z roku 1961 a 1982 dopadá na princip republikanismu (to je tedy nezměnitelné ustanovení), vztáhl i na další znaky, které by patrně odpovídaly materiálnímu jádru ústavy Turecké republiky (zejména základní principy kemalismu). Zásahy do materiálního jádra ústavy (a to mnohdy i takové, u nichž bylo krajně sporné, zda jde vůbec o zásah) pak rušil s poukazem na to, že jde o „součást“ nezměnitelného republikánského principu, přestože se fakticky vůbec nedotýkaly republikanismu jako formy vlády, nýbrž jiných definičních znaků Turecké republiky, typicky sekularismu, Atatürkem zakotveného jako jeden ze základů Turecké republiky a rozhodávaného stále populárnějšími islámskými stranami.

Nakročení k takovému postupu ovšem nacházíme také ve výše zmíněném nálezu ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01 (č. 403/2002 Sb.): Ústavní soud si sám vymezil, že nadzákonné postavení mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách je součástí materiálního ohniska Ústavy, což možná opravdu je, možná že otcové zakladatelé Ústavy ČR chtěli do původního znění jejího článku 10⁴⁴⁴ odrazit jako jeden z definičních znaků moderní české ústavnosti to, že mají být neplatné coby protiústavní zákony, které jsou rozporné s mezinárodními lidskoprávními smlouvami; vždyť to byla právě existence a uplatňování zákonů rozporných s oběma mezinárodními pakty z roku 1966,⁴⁴⁵ co tvořilo hlavní důvod kritiky socialistického režimu v Prohlášení Charty 77, jejíž odkaz byl jistě jedním z klíčových inspiračních zdrojů nynější české ústavnosti. K naplnění podstatných náležitostí demokratického právního státu však podle mne nadzákonné postavení těchto smluv patrně potřebné není, k němu by měla dostačovat i jejich aplikační

⁴⁴³ „*Nearly all men can stand adversity, but if you want to test a man's character, give him power.*“

⁴⁴⁴ „*Ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách, jimiž je Česká republika vázána, jsou bezprostředně závazné a mají přednost před zákonem.*“

⁴⁴⁵ Mezinárodní pakt o občanských a politických právech a Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech.

přednost, jak vyplývá z nynějšího znění článku 10 Ústavy.⁴⁴⁶ Ústavní soud ovšem ze zahrnutí nadzákonnosti mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách dovodil, že taková změna je ve smyslu čl. 9 odst. 2 Ústavy nepřipustná. V tomto případě ovšem nedošel až ke zrušení euronovely Ústavy, tedy ústavního zákona č. 395/2001 Sb. (s níž patrně jinak většina Ústavního soudu sympatizovala), nýbrž jen k ignorování jeho textu.

Netvrdím přitom, že kdyby nějaký ústavní zákon provedl tak zásadní změnu nastavení ústavního systému, že by tím ohrozil materiální ohnisko dosavadní Ústavy, má Ústavní soud zůstat nečinným. Domnívám se ovšem, že jeho úkolem v takové situaci není rušit, ale toliko - jako nejkompetentnější vykladač - odhalit povahu takové změny a vykládat přijatý ústavní zákon tak, aby byl souladný s materiálním ohniskem Ústavy. Odstranit jej ale nemůže (leda by šlo zároveň o porušení podstatných náležitostí demokratického právního státu, což bude vzhledem k míře jejich překryvu v Ústavě dosti obvyklé), neboť k tomu mu podle mne Ústava kompetenci nedává (leda by si ji dovodil z obecné role strážce ústavnosti, jako to učinil Nejvyšší soud Indie). Jinak řečeno, má se pokusit zachránit „statiku“ budovy ústavního pořádku tím, že její novou „cihlu“ mírně posune v rámci možností, které tato cihla, tedy text daného nového ústavního ustanovení, umožňuje.

Domnívám se, že právě taková povinnost vyplývá Ústavnímu soudu z čl. 9 odst. 3 Ústavy, podle nějž „*[v]ýkladem právních norem nelze oprávnit odstranění nebo ohrožení základů demokratického státu.*“ Nepřehlédněme přitom, že se zde nemluví o „podstatných náležitostech demokratického právního státu“, nýbrž o „základech demokratického státu“. I Ústava tak používá jiná slova pro označení klauzule věčnosti v čl. 9 odst. 2 Ústavy a jiná pro označení materiálního ohniska, coby „základů“ demokratického státu, tedy nynější české ústavnosti, v jejím čl. 9 odst. 3. Z konceptu „racionálního zákonodárce“ ostatně vyplývá, že pro totožné pojmy by neměla být používána odlišná slova, takže pokud ústavodárce chrání v čl. 9 odst. 2 „podstatné náležitosti demokratického právního státu“, zatímco v čl. 9 odst. 3

⁴⁴⁶ „*Vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament soubhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.*“

„základy demokratického státu“, lze se domnívat, že nemyslel totéž.⁴⁴⁷ Domnívám se tedy, že smysl druhého a třetího odstavce čl. 9 Ústavy je podobný, nikoli však stejný: odst. 2 vymezuje nezměnitelné náležitosti Ústavy, odst. 3 chrání její materiální ohnisko; byť takové tvrzení stojí na poněkud vratkém předpokladu, že slovo „základy“ v něm má samostatnou existenci, že tedy jde i o základní charakteristiky daného státu obecně, nikoli jen o „základy demokracie“. Pokud by šlo jen o „základy demokracie“, byl by čl. 9 odst. 3 pouze užší oproti článku 9 odst. 2 a rolí Ústavního soudu jako strážce ústavnosti by na půdorysu tohoto článku bylo toliko být pomyslným „čističem kanálů politické participace“.⁴⁴⁸

V tvrzení, že čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR neobsahuje materiální jádro ústavy, přitom nejsem originální. Již Marek Káčer připomíná, že kouzlo materiálního jádra ústavy je právě v tom, že není obsaženo v pozitivním právu, že je mimo jakoukoli možnou zkušenost; a ti, kdo důvod jeho platnosti hledají v pozitivně právním zakotvení, například v čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR, „*nestojí na půdě materiálně-právní racionality, a keď áno, tak to nie je pôda, ale rozšľapajúca sa ľadová kryha.*“⁴⁴⁹

Pokud tak například akceptujeme výše (podkapitola 3. 5. 2) uvedenou tezi, že monarchismus a unitarismus nejsou jednou z podstatných náležitostí demokratického právního státu ve smyslu čl. 9 odst. 2 Ústavy, ovšem zároveň jsou součástí materiálního ohniska chráněného čl. 9 odst. 3, tak pokud by se Parlament rozhodl, že se Česká republika stane monarchií nebo federací a zakotvil by to do ústavního zákona, Ústavní soud by tomu patrně nemohl zabránit a mohl by jen sledovat, jak se základy české ústavnosti postupně hroutí, a upozorňovat, že statika české Ústavy je ohrožena... Pokud by však docházelo pouze k tomu, že by stávající Ústava a na ni navázané základy byly například vykládány tak, že by přibližovaly postavení prezidenta spíše monarchovi (například pokud by nějaký prezident chtěl nějakým originálním výkladem čl. 57 Ústavy obejít zákaz maximálně dvojího výkonu funkce,

⁴⁴⁷ Tentýž textový rozdíl zmiňuje i Vojtěch Šimíček, ovšem nedovozuje z něj žádné zásadní důsledky: „*Nelze přehlédnout, že odst. 3 se oproti odstavci předchozímu liší v tom, že poskytuje širší rámec ochrany: nejen podstatným náležitostem demokratického právního státu, nýbrž základem demokratického státu. Pojmově se proto blíží spíše čl. 1 odst. 1 Úst, který zaručuje existenci demokratického právního státu. Jím chráněný obsah by proto měl být srovnatelný právě s čl. 1 odst. 1 a nikoliv s čl. 9 odst. 2 Úst.*“ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 164.

⁴⁴⁸ Za tuto poznámku vděčím Janu Kyselovi inspirovanému Martinem Shapirem.

⁴⁴⁹ KÁČER, M. *Společenská zmluva ako argument proti materiálnejmu jadrú*, In GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Obhlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 138-166, na s. 146.

například vysláním „bílého koně“ který by se formálně nechal zvolit prezidentem na pár dní, aby byla přerušena řada volebních vítězství dosavadního prezidenta, a pak by mu disciplinovaně uvolnil místo), takovému výkladu by měl Ústavní soud zabránit. Právě takovým aktům zneužití práva má ostatně čl. 9 odst. 3 Ústavy zamezit. Povinnost vykládat právní normy tak, aby nedocházelo k odstranění základů demokratického státu, přitom nestíhá toliko Ústavní soud, ale všechny orgány veřejné moci, ba i všechny fyzické a právnické osoby, které právo interpretují a aplikují.⁴⁵⁰

Vypůjčím-li si banální paralelu ze stavebního práva: čl. 9 odst. 2 lze chápat jako rozhodnutí o umístění stavby, které přesně vymezuje, kde má stavba stát, pokud přibude nějaká cihla (rozuměj ustanovení formálně ústavního zákona) za tuto hranici, má být odstraněna; čl. 9 odst. 3 má spíš povahu stavebního povolení určujícího statiku budovy, a pokud se nějaká cihla ocitne v místě, kde by tuto statiku (rozuměj základy demokratického státu jménem Česká republika) ohrožovala, má být interpretací posunuta na místo, kde ji ohrožovat nebude, není-li k takovému posunutí prostor, nezbyvá než volat na poplach, neboť hrozí, že jsou „základy demokratického státu“ ohroženy a brzy se stavba ústavního pořádku zřítí na své obyvatele. Je načase, aby postavili novou budovu, nebo aspoň vyhodnotili, zda je nová statika budovy udržitelná (viz posun od suverenity k integraci v kapitole 7)...

Pokud tedy text ústavního zákona, respektive ústavní novely, neposkytuje prostor pro výklad konformní se „základy demokratického státu“ (a právě o takovou situaci šlo podle mého názoru i v nález ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01, kde text euronovely Ústavy neposkytoval prostor pro výklad, který zde byl přijat Ústavním soudem⁴⁵¹), může už pouze apelovat na ústavodárce, tedy lid, že pokud opravdu chce provést takto zásadní změnu, měl by rovnou přijmout zcela novou ústavu.

Souhrnně řečeno, při zasažení do vyjmenovaných nezměnitelných náležitostí Ústavy má i podle mne Ústavní soud kompetenci k rušení ústavních zákonů; při zasažení té části materiálního ohniska Ústavy, která není pokryta výčtem nezměnitelných náležitostí (ideálním příkladem je opakovaně zmiňovaný princip republikanismu), má toliko přesvědčovat toho, kdo má pravomoc takovou změnu revokovat.

⁴⁵⁰ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 163-164.

⁴⁵¹ Opačně viz HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 333.

Pouze na okraj podotýkám, že v nálezu ve věci Melčák nespátřuji problém v tom, že by šlo o tuto situaci: nedostatky, které u ústavního zákona č. 195/2009 Sb. Ústavní soud shledal, totiž opravdu směřovaly do oblastí tvořících podstatné náležitosti demokratického právního státu; je spíše sporné, zda šlo o zásah dostatečně intenzivní k tomu, aby byla aktivována derogační kompetence Ústavního soudu.

4.2 Aplikace rozdílů na konkrétní ústavy

Předchozí kapitola rozebírala převážně (s výjimkou Indie) ty ústavy (respektive některé z nich), jež mají ustanovení, která označují za nezměnitelná. Viděli jsme přitom, že z hlediska poměru těchto nezměnitelných ustanovení k materiálním ohniskům či jádrům těchto ústav můžeme odlišit přinejmenším čtyři skupiny:

1. Ústavy, v nichž „klauzule věčnosti“ a „materiální jádro“ splývají, čehož je dosaženo zejména tím, že nezměnitelná ustanovení jsou formulována relativně obecně. Nebude snad pokládáno za „ústavní šovinismus“ tvrzení, že Ústava ČR je v tomto ohledu poměrně úspěšným příkladem. Její nezměnitelná ustanovení jsou formulována tak obecně, že patrně nebude neshod nad tím, že ony podstatné náležitosti demokratického právního státu, jejichž změna je nepřípustná, jsou zároveň také součástí jádra definujícího současnou českou ústavnost v tom smyslu, že zatímco jiné změny Ústavy mohou být vnímány více či méně příznivě (zavedení přímé volby prezidenta, omezení imunity zákonodárců či v budoucnu třeba přesunutí hlavního města republiky mimo Prahu), ovšem neohrožují přitom samu „identitu Ústavy“; změny, které by Českou republiku učinily (znovu) státem nedemokratickým či nikoli právním, by vedly k popření Ústavy jako takové, ke změně její identity.

Problematická je pouze otázka, jaké je v tomto vymezení postavení principu republikanismu. Ztotožňuji se s Vojtěchem Šimíčkem v názoru, že z pohledu čl. 9 odst. 2 Ústavy nejde o nezměnitelnou náležitost,⁴⁵² neboť stát může být demokratickým právním státem a zároveň monarchií. Nejde tedy o součást české klauzule věčnosti. Je ovšem podle mne přesvědčivé tvrzení, že republikanismus je součástí materiálního jádra nynější Ústavy ČR, nejen z důvodu názvu státu, ale i z důvodu určité masarykovské „ideje státní“, již se právě republikanismus stal nedlouho poté, co samostatná

⁴⁵² ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

československá a poté česká státnost vznikla. Jinak řečeno: pokud by se ČR stala monarchií, jistě by mohla být nadále demokratickým právním státem, takže by nešlo o porušení článku 9 odst. 2 Ústavy. Šlo by ale patrně zároveň o tak zásadní zásah do definičních znaků nynější Ústavy, že by bylo popřeno její materiální ohnisko, a tedy by bylo nejspíš namístě napsat ústavu zcela novou, postavenou na novém monarchistickém východisku.

Snad ještě lépe se splnutí implicitního materiálního ohniska a explicitního výčtu nezměnitelných náležitostí podařilo německému Základnímu zákonu, jakkoliv vzhledem k obtížené uchopitelnosti materiálního ohniska je pro vnějšího pozorovatele obtížné toto tvrzení jednoznačně prokázat.

Je zjevná hlavní výhoda těchto ústav: za nezměnitelné je v nich opravdu označeno to nejzásadnější. Je však zjevná také jejich hlavní nevýhoda: obecnost použitých termínů ponechává značný prostor pro jejich interpretaci, takže se klíčovou stává otázka, kdo je k ní povolán? Odpověď zatím vyplývá zejména z toho, kdo cítí nutkání odpovídat: to jsou ústavní soudy. Zatímco totiž parlamenty či lid, byť by k tomu v roli „ústavozákonodárců“ a „ústavodárců“ také mohly mít dobrý důvod, necítí v běžném legislativním či politickém provozu nutkání řešit tyto abstraktní ústavněprávní otázky, ústavní soudy se k nim vyjadřují jednak fundovaně (měly by přeci být složeny z uznávaných specialistů na ústavní právo nebo aspoň na právo obecně) a jednak rády. Pokud si totiž ústavní soudy položí otázku, kdo je povolán interpretovat ono obecně formulované materiální ohnisko ústavy, nikoli překvapivě odpovídají, že právě ony samy, čímž si zároveň dodávají pozici toho, kdo určuje přesné hranice toho, co už parlament v roli „ústavozákonodárce“ nemůže formou změny ústavy měnit, jako to učinil český Ústavní soud v nálezu ve věci Melčák. Je ovšem otázka, zda se ústavní soud, který již není vázán ani ústavními zákony, ale toliko obecnými principy dovozovanými z ještě obecnější koncepce materiálního ohniska ústavy nestává slovy Maxe Webera už spíše „*kádím (islámským soudcem), který pod palmou ničím neomezován rozděluje spravedlnost libovolně zcela podle vlastních úvah*.“⁴⁵³ To je jistě jen nadsázka, nicméně ústavní soud ochotný rušit ústavní zákony pro rozpor s materiálním ohniskem ústavy skutečně získává roli toho, kdo má poslední slovo ve vymezování ústavozákonodárné kompetence parlamentů. Jiná otázka ovšem je, zda-li je jeho pozice v dané společnosti natolik silná

⁴⁵³ Cit. dle KÜHN, Z. Jakou hodnotu má právní argumentace?, In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 204.

- (ať už z důvodu všeobecného respektu k jeho odbornosti či třeba proto, že za ním stojí podpora armády, jako je tomu v Turecku), aby bylo toto jeho poslední slovo opravdu respektováno, zejména tehdy, kdy se odhodlá využít svou kompetenci z této úvahy vyplývající a zrušit právní předpis, který byl parlamentem přijat coby ústavní zákon, pro jeho tvrzenou protiústavnost.
2. Ústavy, v nichž klauzule věčnosti nepokrývají zdaleka celé materiální ohnisko. To je případ ústav Francie a Itálie. Jejich materiální ohnisko (jak bylo vymezeno výše) totiž určitě není tvořeno toliko „republikanismem“, který je v nich jako jediný explicitně zvěčněn z výše rozebraných důvodů obrany proti recidivě monarchismu. Celé materiální ohnisko by pojem republikanismu pokrýval leda tehdy, pokud bychom pojem republikanismu nevnímali jen jako protiklad monarchismu a jako jeho definiční znak nevnímali jen skutečnost, že hlava státu se odvozuje od lidu a je volena na omezené volební období, nýbrž i některé další náležitosti, na nichž stojí ústava daného státu, protože bez nich by buď nebyla kompletní ústavou (viz kapitolu 6), nebo by nebyla ústavou francouzskou (byla by ústavou „francouzskou“, kdyby byla zbavena takových základů, jako je rovnost a bratrství lidu podle článku 1 či nedělitelnost, laicita, demokratičnost a sociální povaha podle článku 2?). Právě tento rozšiřující přístup k pojmu republikanismu ostatně prosazuje italská ústavněprávní doktrína, jak jsme viděli v podkapitole 3.2, tak aby se znaky nezměnitelné co nejvíce překrývaly se znaky materiálními, definujícími danou ústavu; bez takového rozšiřujícího přístupu totiž visí (podobně jako u čtvrté skupiny rozebrané níže) otazník nad tím, co by mohlo zabránit parlamentům daných států, aby přijaly procedurou podle dané ústavy takovou změnu, kterou by sice nezměnily nezměnitelné náležitosti, ale danou ústavu by zcela popřely (tedy schmittovskou terminologií zničily či odstranily).
 3. Ústavy, v nichž je výčet nezměnitelných náležitostí výrazně širší, než materiální ohnisko. Z důvodů rozebraných výše bych mezi tyto ústavy zařadil Ústavu Portugalska, jejíž článek 288 vypočítává spíše náležitosti, které chtěl parlamentní konsezus poloviny sedmdesátých let uchránit před možnými změnami, až se politické preference odražené v parlamentu změny, než náležitosti, jež by definovaly dnešní portugalskou státnost. Není potom překvapivé, že taková konstrukce vyvolává přesně opačný tlak než u předchozí skupiny: zatímco u francouzské a italské ústavy se snaží akademici vytvořit konstrukce, jak pod úzce vymezenou nezměnitelnou náležitost republikanismu podřadit i další náležitosti, jež patrně vytvářejí materiální ohnisko dané ústavy; v Portugalsku se vypracovala teorie na to, jak změnit i ty náležitosti, které za nezměnitelné již výslovně označeny jsou.

Dalším příkladem je Ústava Turecka z roku 1982, která za nezměnitelné náležitosti označuje i národní vlajku, hymnu a hlavní město. Snad s výjimkou hlavního města (přesun sídla vlády do Ankary byl jedním ze symbolů odklonu od staré „istanbulské“ Osmanské říše) přitom zjevně nejde o znaky, které by tvořily statiku turecké ústavnosti, naopak bílý půlměsíc na turecké vlajce se poměrně těžko slučuje se sekularismem, který naopak jednou ze součástí materiálního ohniska (a podle judikatury Ústavního soudu Turecka zároveň nezměnitelnou náležitostí) je.

4. Konečně čtvrtou skupinu tvoří ty ústavy, které sice žádná svá ustanovení neoznačují za nezměnitelná, z povahy věci však i tyto ústavy mají nějaké materiální ohnisko, jimiž jsou jejich ústavy definovány. To se dá obecně říci patrně o všech ústavách, jak jsme však viděli v předchozí kapitole, některé ústavní (Rakousko) či nejvyšší (Indie) soudy dovodily z existence takových materiálních ohnisek (*leitende Grundsätze*, respektive *basic structure*), dokonce svou kompetenci k rušení zákonů označených jako ústavní, a to buď proto, že neprošly předepsanou procedurou (tedy referendem v případě Rakouska) nebo byly zcela nemožné (Indie). V případě Indie byla přitom tato kompetence dovozena za situace, kdy ani mezi soudci rozhodujícími v daném senátu nepanovala shoda o tom, které zásady jsou tak zásadní, že tvoří základní strukturu Ústavy Indie, neboť daná úvaha soudu prakticky zcela postrádala oporu v ústavním textu.

Materiální ohnisko by ostatně měla i Ústava ČR, i kdyby v ní čl. 9 odst. 2 nebyl výslovně napsán, jak tvrdí Vojtěch Šimíček: „*Takto viděno tvrdím, že nezměnitelnost materiálního ohniska ústavního pořádku by byla dána i tehdy, jestliže by čl. 9 odst. 2 Ústavy vůbec neexistoval. Samozřejmě, bylo by daleko obtížnější tento zákaz dovodit z jiných ustanovení ústavního pořádku a zejména z „povahy věci“; mám nicméně za to, že jiná odpověď by nebyla konzistentní. Jinak řečeno, tím, že ústavodárce výslovně zakotvil svoje sebeomezení, je tímto nezaložil, nýbrž pouze potvrdil, deklaroval. A jsme opět u fikce společenské smlouvy, která občany nezabavuje celé jejich autonomní sféry, nýbrž dává omezený mandát pouze k určité formě státu, kterou nemůže ani ústavodárce libovolně překročit. Není totiž oprávněn svůj mandát překročit.*“⁴⁵⁴ Se závěrečným tvrzením se plně neztotožňuji, neboť mandát definovaný zpozitivizovanou společenskou smlouvou v podobě psané ústavy limituje pouze toho, kdo je jí ustaven, tedy ústavozákonodárce (typicky parlament, ale patrně také lid rozhodující podle ústavy v referendu) coby součást moci ustavené. Domnívám

⁴⁵⁴ ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

se však, že nemůže omezovat lid coby moc ustavující, mající svou existenci ještě před společenskou smlouvou (samozřejmě lze namítnout tezi, že i lid ve svém celku vzniká až společenskou smlouvou, jak dokazují ta státní společenství, která skutečně vznikají až na základě ústavy, z nichž nejslavnějším příkladem je Ústava USA, která teprve z lidí třinácti bývalých britských severoamerických kolonií sdružených do konfederace vytvořila jeden „lid USA“, jenž „si dal“ ústavu).

4.3 Důsledky rozdílů

Pokud tak akceptujeme, že je rozdíl mezi „klauzulemi věčnosti“ na straně jedné a „materiálními ohnisky ústav“ na straně druhé, vyplývá z toho zásadní rozdíl i z hlediska jejich změnitelnosti. Klauzule věčnosti jsou totiž adresovány toliko ústavozařodárci a v tomto směru není náhodou, že se obvykle nacházejí v těsném sousedství ustanovení upravujících způsob, jakým může ústavozařodářce ústavu změnit či doplnit (viz typologie na začátku následující podkapitoly); v tomto směru představují klauzule věčnosti nikoli nutně těžiště společenské smlouvy zpozitivněně do podoby psané ústavy, ale součást, kterou jedna ze stran této společenské smlouvy, totiž parlament coby součást moci ustavené jednající jako ústavozařodářce (a patrně také lid, který by „uvnitř ústavy“ rozhodoval o změně ústavy v referendu za spoluúčasti parlamentu - v případě ČR na základě budoucího ústavního zákona o obecném celostátním referendu přijatého podle čl. 2 odst. 2 Ústavy) nemůže změnit. Lid coby ústavodářce a moc ustavující ji ovšem změnit může, a to formou ústavní revoluce (viz podkapitola 4.6), neboť jí není vázán. Ve chvíli ústavní revoluce totiž jedná mimo stávající ústavu, takže pro něj nepředstavuje závazný limit.

Už výše citovaný František Weyr ostatně uvádí: „*Vím-li ale, že jakých podmínek tato norma dle právního řádu, kterého jest součástí, platně vznikla, musím logicky nutně uznati, že za těchto podmínek jest i její změna, resp. její odstranění juristicky možné.*“⁴⁵⁵ Pokud si tedy ústavy „nadělil“ lid, má nutně také kompetenci přijmout ústavu zcela novou. Vyloučení takové kompetence by bylo možné pouze tehdy, pokud by ústavodářcem, který jediný by měl ústavodárnou kompetenci, byl nikoli lid, ale jednotlivec, po jehož smrti by již nebylo přípustné ústavu zcela měnit (jakýsi mýtický Drakón); nebo tehdy, pokud bychom neakceptovali, že lid je stále stejný, ale že generace

⁴⁵⁵ WEYR, F. *Základy filosofie právní (nauka o poznávání právníkém)*. Brno: A. Píša, 1920, 106.

přijímající konkrétní ústavu tvoří specifický lid odlišný od generací budoucích, což je potenciálně představitelné, pokud jde o generaci s jedinečnou (ale bohužel opakovatelnou, neboť i v budoucnu hrozící) zkušeností s nedemokratickým režimem, vůči níž chce nezměnitelně „imunizovat“ generace budoucí, jak bylo popsáno v kapitole 2.

Postavení materiálního jádra ústavy je jiné: ono tvoří definiční znak dané ústavy, tvoří pomyslnou nosnou zeď, bez níž se stavba dané ústavy zhroutí, dokud na jejích troskách nebude postavena nová ústava s novými opěrnými zdmi. I materiální jádro může být spolu s celou ústavou odstraněno lidem (koneckonců je to jeho dům, moc ustavená je v něm jen v roli „správce“ činícího kosmetické změny a udržujícího funkčnost, který ale „dům“ z povahy věci nemůže „přežít“) coby mocí ustavující (viz v následující podkapitole rozebrané zničení a odstranění ústavy), měl by tak však činit při vědomí, že odstraňuje dosavadní ústavu, odstraňuje dosavadní společenskou smlouvu, a nebude-li chtít žít v nějakém ústavním provizoriu, tedy v ústavě s narušenou statikou (kdyby se rozhodl změnit jeden z podstatných znaků daného materiálního jádra a ponechat zbytek ústavy v domnění, že ústava stále existuje), bude muset přijmout ústavu zcela novou. K limitům, jimiž je přitom vázán, viz kapitolu 6.

Nedá se přitom vyloučit, že se k takovému rozhodnutí ústavodárce v budoucnu bude cítit potřebu odhodlat: například z důvodu požadavků, jež vyvolá nějaká další, intenzivnější hospodářská krize, která znemožní zachovat dnešní standard ochrany sociálních (či jiných finančně nákladných) práv či třeba zhoršená bezpečnostní (ať už vojensky, hospodářsky či jinak, viz závěr knihy) situace, která si vynutí intenzivnější evropskou integraci, a tedy rezignaci na jednu z dosud nejčastěji uváděných (viz podkapitoly 3.3 a 3.5) součástí materiálního jádra ústav, totiž suverenitu (viz podkapitoly 7.2 a 7.3).

Takovou variantu zmiňuje, ovšem odmítavě, například Filip Křepelka ve svém článku Spojené státy evropské podle amerického vzoru jako řešení dluhové a měnové krize Evropské unie.⁴⁵⁶ Na straně jedné odkazuje na federalizaci a vytvoření „Spojených států evropských“, coby na představu či dokonce touhu mnohých myslitelů a politiků, na druhou stranu ale upozorňuje na nemožnost uplatnění

⁴⁵⁶ KŘEPELKA, F. Spojené státy evropské podle amerického vzoru jako řešení dluhové a měnové krize Evropské unie. *Právník*, č. 3/2014, s. 213-228.

modelu použitého v USA při jejich vzniku na konci 18. století, pro zásadní odlišnosti obou společností: hospodářské, politické, sociální a kulturní soudržnosti v Evropě, stejně jako stále malá vnitrouniní mobilita, které se považují za překážku vzniku evropského politického národa (*démos*). Naopak Armin von Bogdandy a Stephan Schill tvrdí, že federalizace EU již ve skutečnosti postoupila do stádia, kdy lze EU označit za systém „*federativní, nikoli však hierarchický*“, což prokazují i tím, že čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU (viz podkapitulu 7.5) mluví o „národní identitě“, a nikoli o „národní suverenitě“.⁴⁵⁷

Samozřejmě, oním důvodem pro případnou změnu nynějších nezměnitelných náležitostí nemusí být nutně postupující evropská integrace. Jakkoli důvody, pro které může takové potřeba nastat, je ve skutečnosti těžké předvídat (ústavní teoretici jsou tak v podobné roli jako generálové, kteří se také připravují převážně na „včerejší bitvy“), je možné nastínit aspoň důsledky a limity, které by se změnou materiálního ohniska ústavy ze strany ústavodárce, tedy lidu, byly spojené.

4.4 Postupy měnící ústavu

Jak bylo vyloženo již v kapitole 2, smyslem nezměnitelných náležitostí ústav je omezit možnost jejich změn. Nyní jsme však již pokročili k neudržitelnosti této věčnosti, tedy k tomu, že i nezměnitelné náležitosti lze za určitých podmínek odstranit, a proto je potřeba tyto terminologické rozdíly jasně vymežit. Patrně nejpřesvědčivěji klasifikoval různé podoby změn ústavy v širším slova smyslu Carl Schmitt,⁴⁵⁸ který od sebe odlišuje následující pojmy: 1. zničení ústavy (*Verfassungsvernichtung, constitutional annihilation*), tj. odstranění existující ústavy za současného odstranění ústavodárné moci; 2. odstranění ústavy (*constitutional elimination*), tj. sice odstranění stávající ústavy, nicméně za podmínky zachování ústavodárné moci; 3. změnu ústavy (její revizi, *constitutional change*), tj. změnu textu platné ústavy; 4. prolomení ústavy (*Verfassungsdurchbrechung, constitutional violation*), tj. porušení ustanovení ústavy pro jeden nebo více určitých jednotlivých případů, avšak pouze jako výjimku s tím, že dále platí porušená ustanovení; a 5. suspenzi ústavy (*constitutional suspension*),

⁴⁵⁷ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1425.

⁴⁵⁸ Je namístě varovat čtenáře, že právě začínající podkapitola je opravdu hodně „zaschmittovaná“.

tj. pozbytí účinnosti některých ustanovení ústavy.⁴⁵⁹ Jan Filip doplňuje ještě možnost „proměny ústavy“ (*Verfassungswandlung*, tichá změna), tedy situaci, kdy se sice text ústavních zákonů nezmění, dojde ovšem k posunutí jejich obsahu, ať už díky judikatuře ústavního soudu, změně ve způsobu výkonu prezidentských pravomocí či jejich nevyužívání, či obecně zavedením určitých ústavních zvyklostí.⁴⁶⁰

Je pochopitelné, že takovou variantu Carl Schmitt samostatně neuvádí, protože se zaměřuje na „ústavu“ jako reálný jev odrážející vůli ústavodárce, nikoli na „ústavní zákony“ jako jejich textové zachycení, jehož změna je pro něj zajímavá pouze potud, pokud odráží změnu samotné „ústavy“. Jako ústavodárce pak Schmitt chápe „*politickou vůli, jejíž moc či autorita je způsobilá přijmout konkrétní a vyčerpávající rozhodnutí ohledně typu a formy své vlastní politické existence*“.⁴⁶¹ Z toho mu zároveň vyplývá, že základem ústavy je právě tato „vůle“, nikoli „norma“ (typu nezměnitelné náležitosti, kterou by „vůle“ nemohla změnit). Touto vůlí disponuje lid, jak zdůvodnil ve svých pracech opakovaně zmiňovaný abbé Sieyès. A právě lid během francouzské revoluce jako první takto vymezenou vůli použil k přijetí nové ústavy Francie jako státu existujícího již před revolucí (v tom se přijetí francouzských revolučních ústav lišilo od přijetí Ústavy USA z roku 1787, v níž ustavení státu splývalo vjedno s rozhodnutím o státní formě, takže ji Schmitt označuje za poněkud nejasný příklad přijetí „ústavy“, jak on ji chápe).⁴⁶² Přitom tato ústavu přijímající moc nemůže být podle Schmitta omezena žádným procedurálním pravidlem⁴⁶³ (opaku ovšem nyní nasvědčuje čl. 44 odst. 3 Spolkové ústavy Rakouska), dokonce za typický způsob, jak lid svou vůli může vyjádřit, označuje Schmitt aklamaci (formulaci ústavních pravidel může svěřit nějakému ústavodárnému shromáždění, samu ústavodárnou moc však přenést nemůže⁴⁶⁴), tedy nejméně formální (a také nejhůř ověřitelný) způsob kolektivního rozhodování: „*Ústavodárná vůle lidu je nezprostředkovaná. Existuje před a nad jakoukoli ústavní procedurou. Žádný ústavní zákon, ba ani ústava, nemůže*

⁴⁵⁹ SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 9. vydání, BerlIn Duncker & Humblot, 2003, s. 99 a násl., cit. dle ŠIMÍČEK, V. In BAHÝŤOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 153; či též v anglickém znění SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 147.

⁴⁶⁰ FILIP, J. Ústavní právo České republiky 1. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003, s. 114-115.

⁴⁶¹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 125.

⁴⁶² Tamtéž, s. 126-127.

⁴⁶³ Tamtéž, s. 130.

⁴⁶⁴ Tamtéž, s. 140.

*svěřit ústavodárnou moc a předepsat způsob jejího zřízení.*⁴⁶⁵ Nadto je podle Schmitta nepředstavitelné, že by nová ústava založila svou legitimitu na ústavě předchozí, tedy například na tom, že by byla přijata v souladu s procedurou předepsanou dosavadní ústavou.⁴⁶⁶

Oněch pět Schmittových variant nakládání s ústavou si zasluhuje podrobnější rozbor, a to počínaje variantou poslední.

Ad 5) Se svou suspenzí počítá Ústava ČR pouze částečně, a to v ústavním zákoně č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky. Jeho článek 10 umožňuje v případě nouzového stavu, stavu ohrožení státu nebo válečného stavu prodloužit lhůty pro konání voleb až o šest měsíců,⁴⁶⁷ což lze chápat jako suspenzi obecných pravidel vlády na čas, které se odráží do několika konkrétních ústavních pravidel stanovujících délku funkčních období (zejména čl. 16 a čl. 55 Ústavy). To je samozřejmě pouze minimální manévrovací prostor pro suspendování Ústavy, zvláště ve srovnání s takovými ustanoveními, jako byl „legendární“ článek 48 Výmarské ústavy dávající říšskému prezidentovi nejen pravomoc omezit v případě ohrožení práva a pořádku celou řadu základních práv,⁴⁶⁸ ale také využít k obnovení hroutících se funkcí státu armádu.

Ad 4) Prolomení ústavy je situací, kterou se dostatečně zabýval Ústavní soud ČR v nálezu ve věci Melčák rozebraném v podkapitole 3.5, přičemž za takový prolamující „ústavní zákon“ je třeba označit nejen tam zrušený ústavní zákon č. 195/2009 Sb., o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny, ale i předchozí ústavní zákon č. 69/1998 Sb., o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny. Schmitt přitom odlišuje prolomení ústavy provedené formou souladnou s ústavou, tedy procedurou předepsanou pro ústavní dodatky; a prolomení, které nerespektuje ani tyto procesní limity.

⁴⁶⁵ Tamtéž, s. 132.

⁴⁶⁶ Tamtéž, s. 136.

⁴⁶⁷ „Jestliže po dobu nouzového stavu, stavu ohrožení státu nebo válečného stavu podmínky na území České republiky neumožní konat volby ve lhůtách, které jsou stanoveny pro pravidelná volební období, lze zákonem lhůty prodloužit, nejdéle však o šest měsíců.“

⁴⁶⁸ Takovou možnost dává i českým ústavním orgánům čl. 6 odst. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky: „(1) Nouzový stav se může vyhlásit jen s uvedením důvodů na určitou dobu a pro určité území. Současně s vyhlášením nouzového stavu musí vláda vymezit, která práva stanovená ve zvláštním zákoně a v jakém rozsahu se v souladu s Listinou základních práv a svobod omezují a které povinnosti a v jakém rozsahu se ukládají. Podrobnosti stanoví zákon.“

Ad 3) Změna ústavy je standardní situace, kterou předpokládá čl. 9 odst. 1 Ústavy, podle nějž „*Ústava může být doplňována či měněna pouze ústavními zákony*“, a ty lze podle čl. 39 odst. 4 Ústavy přijímat za souhlasu třípětinové většiny všech poslanců a třípětinové většiny přítomných senátorů. Parlament, rozhodující kvalifikovanou většinou poslanců a senátorů, je přitom vázán nezměnitelnými náležitostmi Ústavy, což je téma dostatečně rozebrané v kapitole 2. Schmitt by ovšem položil otázku, zda lze takovou procedurou opravdu změnit „ústavu“ státu, zda jí nejsou pouze měněny „ústavní zákony“ (neboť právě a pouze ony mohou být podle Schmitta měněny procedurou předpokládanou v textech ústav, ústava sama nikoli,⁴⁶⁹ v tom se ostatně shoduje i s Adolfem Merklem, který označuje ústavní zákonodárství za pouhé provádění ústavy, která k němu nejprve dala ústavozákonodárci zmocnění⁴⁷⁰), tak aby zachytily změnu reálné, žité ústavy (a nebo naopak, aby parlament přijal ústavní zákon, kterým znění ústavního pořádku ještě více vzdálí od skutečné ústavy).

Pro naše téma jsou ovšem nejzajímavější první dvě možnosti, tedy zničení ústavy a její odstranění.

Ad 1) Pod zničením ústavy si lze představit její likvidaci při současné likvidaci ústavodárce. To přitom nemusí být pouze důsledek apokalyptického scénáře předpokládajícího násilné zničení státu, například formou války a násilné anexy či dokonce vyhlazení obyvatelstva, ale i vytvoření nového státu secesí či sloučením, tedy výkonem práva národa na sebeurčení.⁴⁷¹ V demokratickém státě je za likvidaci ústavodárce možno označit i takovou situaci, kdy zanikne lid daného státu, který se rozdělí na dva samostatné „lidy“, nebo se naopak přivtělí k jinému lidu, s nímž splyne.

Za „zničenou“ je tak třeba pokládat např. Ústavu Německé demokratické republiky z roku 1968 (*Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 6. April 1968*), která zanikla spolu se svým ústavodárcem k 3. říjnu 1990, kdy východoněmecký lid (pokud jej s nadsázkou označíme za ústavodárce této ústavy) vplynul do dosavadní Německé spolkové republiky, a tím i do područí západoněmeckého Základního zákona z roku 1949, jemuž se změnila některá ustanovení, zejména preambule, tak

⁴⁶⁹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 79.

⁴⁷⁰ Uvedeno dle HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právnické*, č. 4/2005, s. 313 – 336, na s. 318.

⁴⁷¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 125.

aby neodkazovala coby na ústavodárce jen na obyvatelstvo NSR,⁴⁷² nýbrž na obyvatele všech spolkových zemí, tedy na „celý německý národ“;⁴⁷³ a článek 23, který do té doby omezoval jeho územní působnost toliko na „staré spolkové země“ a ve vztahu k ostatním - pravdivě - věstil, že na ně dopadne až poté, co k Základnímu zákonu přistoupí.⁴⁷⁴ Za onoho východoněmeckého ústavodárce byl sice v první větě čl. 1 původního znění Ústavy NDR z roku 1968 (ta nahradila starší ústavu z roku 1949) ještě označován celý „německý lid“,⁴⁷⁵ nicméně fakticky za ním stál a v plebiscitu z 6. dubna 1968 jej podpořil toliko lid v NDR. Politika usmířování mezi Východem a Západem Německa pak vedla v roce 1974 k tomu, že byly z článku 1 východoněmecké ústavy odstraněny odkazy na celý německý lid a nahrazeny skromnějšími „dělníky a rolníky Německé demokratické republiky“.⁴⁷⁶

Obdobně ústava Rakousko-Uherska (tedy série základních zákonů z roku 1867 označovaných za „prosincovou ústavu“) zanikla ve vztahu k československému území prohlášením Československé republiky 28. října 1918, kdy začala vznikat nová „ústava“ spolu s novým lidem, a nic na konci rakousko-uherské ústavy pro naše území nezměnilo ani to, že čl. 2 recepčního zákona č. 11/1918 Sb., o zřízení samostatného státu československého, deklaroval, že veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení - včetně rakousko-uherských základních zákonů státních - zůstávají prozatím v platnosti. Ústavní zákony tak vlastně přežily ústavu, což se ostatně o sedmdesát let později na tři roky povedlo i Ústavě ČSSR z roku 1960.

Listopadem 1989 se totiž zcela změnila ústava Československa, ale ústavní zákon č. 100/1960 Sb., tedy Ústava ČSSR přijatá k oslavě přechodu

⁴⁷² „(...) Das Deutsche Volk in den Ländern Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern (...)“

⁴⁷³ „Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit gilt dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk.“

⁴⁷⁴ „Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.“

⁴⁷⁵ „Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den Sozialismus verwirklichen.“

⁴⁷⁶ „Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat der Arbeiter und Bauern. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land unter der Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei.“

od lidově-demokratického režimu k socialistickému, zůstala v platnosti, byvše pouze záplatována dlouhou řadou novel, aby toto normativní zachycení federativní socialistické ústavy stíhalo aspoň klopýtat za radikálně proměněnou „ústavou“ demokratického státu, který si svým státním zřízením stále nebyl úplně jistý. V nadšázce bychom mohli neschopnost ČSFR fungovat a vytvořit stabilní demokratický a zároveň federativní politický systém zdůvodnit i tím, jak výrazně se lišil její psaný ústavní pořádek od žité ústavy, když neschopnost rozhodnout se o státním zřízení (nejen o jeho „nadpisu“, jak naznačovala tzv. „pomlčková válka“, ale hlavně o obsahu, tedy o rozdělení kompetencí mezi federaci jako celek a její subjekty, Schmitt by dokonce tvrdil, že v letech 1990-1992 Československo nemělo úplnou ústavu, protože jeho lid nebyl schopen překonat vnitřní nejednotu a odpovědět na fundamentální otázky státního uspořádání⁴⁷⁷) vedla k neschopnosti přijmout ústavu, která by autenticky, a nikoli jen pomocí záplat, odrážela demokratickou povahu státu po roce 1989.

Ústava ČSSR z roku 1960 tak byla nejprve změněna ústavním zákonem č. 143/1968 Sb., o československé federaci, již se původní unitární stát jednoho československého lidu (přesněji „pracujícího lidu Československa“, jak znělo úvodní prohlášení v roce 1960) změnil na „federativní stát dvou rovnoprávných bratrských národů, Čechů a Slováků“, a tyto dva bratrské národy vytvořily federální strukturu, již těsně před zánikem federace deklarovalo znění článku 1 Ústavy České a Slovenské Federativní Republiky, ve znění ústavního zákona č. 493/1992 Sb.: „Česká a Slovenská Federativní Republika je demokratický právní stát složený z České republiky a Slovenské republiky.“ V několika krocích tak došlo nejprve k přetvoření jednotného pracujícího československého lidu na dva bratrské národy při pouze částečných (a postupně stále méně dostačujících) změnách normativního rámce jejich soužití, a tito dva stále samostatnější ústavodárci se roku 1992 (pokud příběh československého rozpadu opravdu hodně zestručníme) rozhodli vytvořit dva samostatné státy se samostatnými ústavami, a to v zásadě postupy předpokládanými tehdejší ústavou, tedy rozhodnutím příslušných parlamentních komor.

Zničení Ústavy by mohla přinést i federalizace EU. Pokud by se tak například naplnily nadšené předpovědi eurooptimistů a nynějších 28 „lidů“ EU (anglické „*an ever closer union among the peoples of Europe*“, stejně jako francouzské „*une union sans cesse*“

⁴⁷⁷ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 83.

plus étroite entre les peuples de l'Europe“ odkazuje spíše ke státnímu pojmu „lid“, než k tribálnímu, krví a půdou vonícímu pojmu „národy Evropy“, mezi nimiž se má podle preambule Smlouvy o Evropské unii vytvářet stále užší svazek) by se proměnilo v jediný lid EU, který by byl - na rozdíl od neúspěšného pokusu o Smlouvu o Ústavě pro Evropu z roku 2005 - schopen přijmout nějakou novou ústavu EU; pak by mohly být ústavy jednotlivých členských států „zničeny“ spolu s „lidy“, od nichž dosud odvozovaly svou legitimitu. Stejně tak by pochopitelně ke zničení ústavy mohlo vést vojenské obsazení země, byť zatím žádná ze dvou okupací, které dvacáté století našim zemím přineslo, nepotřebovala tehdy platné ústavy výslovně zničit.

Ad 2) Nejzajímavější je ovšem z hlediska naší knihy otázka odstranění ústavy. Co si lze představit pod odstraněním ústavy, řeší Carl Schmitt, který je - inspirován Aristotelem - popisuje jako utichnutí písně dosud zpívané sborem. Píseň může znít, i když se změní místo, kde je zpívána (tedy státní území), ba dokonce když se postupně změní zpěváci (jedni umřou, jiní se narodí), ovšem pokud zpěváci (tedy ten, kdo moc legitimuje, v demokratickém státě tedy lid), utichne a začne zpívat jinou píseň, pak je to situace odpovídající odstranění (eliminaci) ústavy. Pokud by přitom zanikl i sbor (ať už vyvražděním, nebo tím, že by se rozpustil v jiném sboru), šlo by o zničení ústavy. S novou ústavou (stejně jako s novou písní) vzniká fakticky nový „stát“, byť i jeho „lid“ (tedy zpěváci) zůstává stejný a svěbytný.⁴⁷⁸ Formálně jde však stále o tentýž stát.

Otázka která se zde nabízí, zní, za jakých podmínek by k odstranění ústavy mohlo dojít a zda by s sebou přineslo i odstranění materiálního ohniska ústavy dosa-
vadní. Odstranění ústavy předpokládá jako cestu k odstranění jejího materiálního ohniska již Vladimír Klokočka, když o možnosti změny náležitostí obsažených v čl. 9 odst. 2 Ústavy negativním vymezením říká, že „*taková změna není možná ani cestou ústavního zákona. Cestu k těmto zásadům otevírá pouze odstranění Ústavy a ústavního státu.*“⁴⁷⁹ Pozitivně pak odstranění ústavy jako odstranění jejích nezměnitelných

⁴⁷⁸ Tamtéž, s. 60.

⁴⁷⁹ KLOKOČKA, V. Nové pojmy v Ústavě České republiky II. *Politologický časopis*, č. 2/1994, s. 3 - 12.

náležitostí chápe Jan Kysela: „[Z]áklad je vázán na platnost ústavy obsahující zakazující klauzuli: bude-li ústava nabržena jako celek, vytváří se tím nový ústavní řád, jakkoliv hodnotově třeba kontinuitní s tím nabrzaným. Přijetí nové ústavy nikdy zabránit nemůžeme.“⁴⁸⁰

Jak bylo naznačeno v podkapitole 3.3, německý Základní zákon s takovou možností přímo počítá, a to v čl. 146.⁴⁸¹ Ten byl přijat v reakci na historickou situaci roku 1949, kdy stále ještě bylo lze předpokládat (ba i brzké) znovusjednocení Německa, a tedy bylo rozhodnuto „připravit“ Základní zákon na to, že bude možná brzy odstraněn, ale zároveň zabránit tomu, aby byl nahrazen takovou ústavou, která by nevyjadřovala svobodnou vůli německého lidu, ale třeba kompromisní diktát okupujících velmocí. Starck vnímá toto ustanovení již jako fakticky vyčerpané, neboť Základní zákon předpokládal od roku 1949 dva scénáře znovusjednocení: (i) přijetí nové ústavy lidem znovusjednoceného Německa podle článku 146, který neměl lid znovusjednoceného Německa svazovat, ale zabezpečit alespoň minimální míru právní kontinuity nového celoněmeckého státu se státem ustaveným Základním zákonem (a přijetí nové ústavy bylo opravdu v prvních letech po znovusjednocení zvažováno⁴⁸²); (ii) nebo postup podle článku 23, tedy rozšíření platnosti Základního zákona i na zbytek Německa (nové spolkové země) po jeho přistoupení, což byl scénář, který se znovusjednocením v říjnu 1990 fakticky naplnil, čímž se stal čl. 146, stanovující, že Základní zákon pozbyde platnosti, jakmile bude po naplnění jednoty a svobody Německa (tedy po znovusjednocení) přijata celým německým národem nová ústava;⁴⁸³ obsoletním a provizorium Základního zákona se stalo definitivním.⁴⁸⁴

Starck ale zároveň připomíná, že podle celé řady autorů (z těch nejznámějších Frowein či Häberle) se toto ustanovení obsoletním nestalo a stále představuje cestu k opuštění stávající ústavy.⁴⁸⁵ Uvádí také (ovšem nesouhlasně), že podle některých

⁴⁸⁰ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

⁴⁸¹ „Tento Základní zákon, který po naplnění jednoty a svobody Německa platí pro celý německý národ, ztratí svou platnost v den, kdy vstoupí v účinnost ústava přijatá svobodným rozhodnutím německého národa.“

⁴⁸² STARCK, Ch. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar. Band 3. 4.*, vollständig neubearb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2001, s. 3089.

⁴⁸³ „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

⁴⁸⁴ STARCK, Ch. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar. Band 3. 4.*, vollständig neubearb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2001, s. 3090.

⁴⁸⁵ Tamtéž, s. 3093.

autorů by takové opuštění Základního zákona postupem dle čl. 146 bylo namísto tehdy, pokud by se EU změnila ve federální stát, což už vlastně podle některých autorů nastalo, a to nejpozději se zavedením evropské měny.⁴⁸⁶ Starck však takový postup nepovažuje za nutný, neboť směřování tohoto ustanovení bylo podle něj od počátku jiné (ke znovusjednocení Německa), navíc není pro vplynutí Německa do EU nezbytné, neboť jej dostatečně umožňují jiná ustanovení Základního zákona (původní čl. 24 či nynější čl. 23), nebude-li ovšem popřena sama německá státnost.⁴⁸⁷

Podle Schmitta s každou revolucí, která mění státní formu, přichází automaticky nová ústava - nikoli až okamžikem, kdy je sepsán a vyhlášen dokument (jeho slovy „list papíru“) označený jako ústava, ale již vítězstvím revoluce, kterým je přijato nové rozhodnutí o základní organizaci státní společnosti (je ovšem otázkou, zda když je v revoluci ustavující mocí vytvářející novou ústavu lid, bylo by jako ustavující moc možno v případě puče naopak vnímat pučisty, kteří změni ústavu a lidu se na nic neptají⁴⁸⁸). Schmitt v tomto bodě odkazuje již na definici ústavy ve Vattelově *Droit des gens*, podle níž „*ústava není nic jiného než určení řádu, v němž si národ stanoví cíle a přednosti politického společenství, jichž může společně dosáhnout.*“⁴⁸⁹ Proto mohla podle něj Rada lidových zástupců vyhlásit v prosinci 1918 po úspěchu listopadové revoluce v Německu, že již existuje nová „ústava vytvořená revolucí“:⁴⁹⁰ „*Ústava v pozitivním smyslu slova zahrnuje toliko vědomé rozhodnutí pro určitou úplnou státní formu, pro niž se politická jednota rozhodne. Vnější podoba tohoto rozhodnutí se může měnit. Zcela nové státní formy jsou vytvářeny bez toho, aby stát přestal existovat, respektive aby byla ukončena jednota lidu. (...) Taková ústava je vědomým rozhodnutím, jež učiní politická obec pro sebe prostřednictvím vykonavatele ústavodárné moci.*“⁴⁹¹ Oproti tomu ústavní zákony vznikají až na základě existující ústavy a předpokládají její existenci. Jinak řečeno,

⁴⁸⁶ Kirn, cit. in STARCK, Ch. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar. Band 3. 4.*, vollständig neubearb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2001, s. 3098.

⁴⁸⁷ Tamtéž, s. 3099.

⁴⁸⁸ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 126.

⁴⁸⁹ Cit. dle SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 95.

⁴⁹⁰ W. JELLINEK *Revolution und Reichsverfassung. Jahrbuch des öffentlichen Rechts IX*, 1920, s. 22, cit. dle SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 61.

⁴⁹¹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 75-76.

nejprve musí být jasno, jaká ústava daného společenství je a kdo je jejím ústavodárcem (což je v demokracii lid), a pak má teprve smysl ji zakotvovat do ústavního zákona: „*Konkretní existence politicky jednotného lidu předchází jakékoli normě.*“⁴⁹²

Schmitt sám přitom zdůrazňuje, že klíčové u ústavy je to, že její přijetí je výrazem vůle ústavodárce, byť i zprostředkované jeho zástupci, že tedy za ním stojí politické rozhodnutí lidu „dát si ústavu“, jak je to mnohdy v ústavách vyjádřeno. Preambule Ústavy ČR je toho ostatně dobrým příkladem: „*My, občané České republiky v Čechách, na Moravě a ve Slezsku, v čase obnovy samostatného českého státu, (...) prostřednictvím svých svobodně zvolených zástupců přijímáme tuto Ústavu České republiky.*“ Zcela úsporně a komplexně vyznívá jako rozhodnutí lidu i preambule uvozující ústavní listinu Československé republiky, tedy ústavní zákon č. 121/1920 Sb.: „*My, národ Československý, chtějící upevniti dokonalou jednotu národa, zavésti spravedlivé řády v republice, zajistiti pokojný rozvoj domoviny československé, prospěti obecnému blahu všech občanů tohoto státu a zabezpečiti požehnání svobody příštím pokolením, přijali jsme ve svém Národním shromáždění dne 29. února 1920 ústavu pro Československou republiku, jejíž znění následuje.*“ Zajímavě nejednoznačná je v tomto ohledu Ústava Slovenské republiky, jejíž preambule nechává člověka na pochybách, zda oním ústavodárcem je spíš etnický míněný slovenský národ, nebo lid ve smyslu souhrnu občanů: „*My, národ slovenský, pamätajúc na politické a kultúrne dedičstvo svojich predkov a na stáročné skúsenosti zo zápasov o národné bytie a vlastnú štátnosť, v zmysle cyrilo-metodského duchovného dedičstva a historického odkazu Veľkej Moravy, (...) teda my, občania Slovenskej republiky, uznáňame sa prostredníctvom svojich zástupcov na tejto ústave:*“.

4.5 Důsledky pro nezměnitelné náležitosti ústavy

Vraťme se však k důsledkům těchto změn pro nezměnitelné náležitosti ústavy. I Ústavu ČR jako celek, včetně jejích nezměnitelných náležitostí, tedy lze nesporně odstranit. Nemůže to však učinit ústavozákonodárce (*Verfassungsgesetzgeber*), neboť ten je vázán limity danými ústavou, z níž odvozuje svou legitimitu. Parlament, vláda, prezident, jsou všichni čímsi víc než (v českém ústavním pořádku) dvěstě-osmdesátijedním, sedmnácti nebo jedním člověkem z deseti milionů, jsou orgány oprávněnými mocensky působit na ostatních deset milionů obyvatel, to však jen proto, že jim taková moc vyplývá ze společenské smlouvy odražené do Ústavy. Jen

⁴⁹² Tamtéž, s. 166.

z ní čerpají svou moc a mimo ni nejsou ničím jiným než zase jen dvěstěosmdesátitídním, sedmnácti nebo jedním člověkem. Jejich moc není moc počtu, ale moc společenské smlouvy. Pokud tak 281 poslanců a senátorů organizovaných v demokraticky zvolený Parlament vydá ústavní zákon, který bude souladný s jejími nezměnitelnými náležitostmi, má lid (ve smyslu lidu podřízeného Ústavě, nikoliv lidu, coby subjektu moci ustavující, lidu schopného ústavní revoluce ve smyslu podkapitoly 4.6) povinnost takový ústavní zákon respektovat. Pokud však Parlament vydá ústavní zákon, který bude rozporný s nezměnitelnými náležitostmi; nebo pokud vydá dokument nadepsaný jako „ústavní zákon“ procedurou, která nebude splňovat požadavky článku 9 odst. 1 a článku 39 odst. 4 Ústavy; nebo pokud ústavní zákon vydá Parlament, který nebyl demokraticky zvolen, půjde pouze o list papíru vydaný 281 lidmi a bude mít podobnou právní hodnotu a závaznost, jako kdyby jej vydalo 281 jakýchkoli jiných občanů (třeba polovina ročníku studentů Právnické fakulty MU, kteří by sepsali a schválili „ústavní zákon“ jako plnění do předmětu ústavní právo).

Za hranicemi Ústavy (v popisovaných případech tedy při postupu rozporném s Ústavou) totiž ústavní orgány nejsou ničím; nemohou jednat nad rámec pravomocí, jež jim byly právě prostřednictvím ústavy coby moci ustavené (*le pouvoir constitué*) postoupeny mocí ustavující (*le pouvoir constituant*), tedy lidem, jak tvrdil abbé Emmanuel-Joseph Sieyès,⁴⁹³ který v tom byl inspirován možná už Spinozovou dichotomií mezi přírodou tvořící (*natura naturans*) a přírodou stvořenou (*natura naturata*).⁴⁹⁴ „Moc ustavená se tedy nemůže postavit nad moc ustavující, působí toliko v mezích zmocnění daného jí mocí ustavující.“⁴⁹⁵ Ustavená moc tedy podle Sieyèse předpokládá ústavu a „ústava předpokládá především moc ustavující“.⁴⁹⁶ Lid nicméně stále stojí nad ústavou jako její stvořitel, zároveň se ovšem lid ústavou zavazuje, že svou moc bude do budoucna uplatňovat způsoby podle ústavy, dokud bude mít daný stát jeho důvěru a nerozhodne se zavedený systém změnit.⁴⁹⁷ I Zippelius ostatně

⁴⁹³ Podrobněji k jeho myšlenkám viz BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 21.

⁴⁹⁴ KYSELÁ, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 69.

⁴⁹⁵ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 332.

⁴⁹⁶ „Une Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant.“ BURDEAU, G. *Traite de science politique*, 3d ed. 1983, s. 173, cit. dle ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 664.

⁴⁹⁷ KYSELÁ, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 70.

charakterizuje „*pouvoir constituant*“ jako „*ty politické síly, které mají moc zborit právní základ ústavního řádu a nabrát jej jiným*“,“⁴⁹⁸ přičemž ovšem v tom případě můžeme jako takovou politickou sílu vnímat i armádu (nejefektivněji pak armádu, která si nechá ústavu potvrdit lidem, jak dokazují dvě turecké ústavy rozebrané v podkapitole 3.6). Obdobné rozlišení aplikuje o 130 let později Carl Schmitt odlišující na straně jedné lid jako ústavodárce (*Verfassungsgeber*) a na straně druhé parlament coby subjekt nadaný z ústavy toliko kompetencí k přijímání zákonů, tedy k výkonu ústavně-zákonné normotvorby (*Verfassungsgesetzgeber*, což můžeme do češtiny přeložit jako ústavozákonodárce či „ústavní zákonodárce“).

Jak připomíná Pavel Holländer, právě z těchto úvah vychází přístup Ústavního soudu Rakouské republiky, podle něž má ústavozákonodárce kompetenci toliko ke změně „ústavního práva jednoduchého“, nikoli však „ústavního práva kvalifikovaného“, tedy materiálního jádra rakouské ústavnosti, jež lze změnit toliko cestou referenda (viz podkapitolu 3.7).

Francouzská doktrína pak z tohoto rozdílu mezi mocí ustavující a ustavenou dovozuje také rozdíl mezi mocí, která ústavu vytváří, typicky v revolučních podmínkách a stojí přitom z povahy věci dosud mimo ústavu (ale v Rakousku má lid i možnost použít ústavně danou proceduru změn); a mocí, která ústavu doplňuje a novelizuje v souladu s podmínkami ústavou stanovenými (typicky v podmínkách klidu a míru, jak jsme viděli výše, některé ústavy dokonce zakazují provádět novelizace v období války či okupace).⁴⁹⁹ Zároveň pak ustavená moc může ústavu doplňovat jen v souladu s pravidly, která jsou ústavou stanovena. Jak jsme ovšem viděli v podkapitole 3.1, jakkoli francouzská doktrína přesvědčivě odůvodnila limity pro moc doplňující ústavu, francouzská judikatura je v zásadách do výkonu této moci krajně zdrženlivá.⁵⁰⁰

Stejně zdrženlivá je i americká judikatura, jakkoli právě v USA bylo poprvé vysloveno, a to kongresmanem Rogerem Shermanem hned na prvním zasedání amerického Kongresu, že je podstatný rozdíl mezi kompetencí měnit Ústavu USA a kompetencí ji vytvořit či naopak zničit: „*Věřím, pane předsedo, že toto není správný*

⁴⁹⁸ ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft)*. München: C. H. Beck, 2010, s. 61, cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 128-129.

⁴⁹⁹ CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'état, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français I*. Paris: Recueil Sirey, 1920, s. 65-67.

⁵⁰⁰ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 665.

*způsob doplňování Ústavy. Neměli bychom proplétat své návrhy jeden za druhým do celé práce, protože bychom tím zničili celou látku. Dávat dobromady takto nesourodé a protirečící si články Ústavy je totéž jako míchat dobromady mosaz, železo a jíl. (...) Ústava je výtvozem lidu a měla by zůstat neporušená. Ovšem dodatky jsou výtvoři státní vlády. Jak už jsem řekl, veškerá naše autorita se odvozuje od Ústavy; pokud ji miníme zničit a vytvořit novou Ústavu, řežeme si větev, na které sami sedíme.*⁶⁰¹

Zkusme radikálnější schmittiánský pohled na věc aplikovat na českou klauzuli věčnosti. Z tohoto pohledu jediné, co čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR zakazuje Parlamentu při změnách Ústavy (aniž bych si myslel, že čl. 9 odst. 2 a 3 se týká pouze změn Ústavy⁵⁰²), je změnit text téhož ústavního zákona (nebo jeho interpretaci, jak se dodává v čl. 9 odst. 3) tak, aby byly změněny v něm vyčtené podstatné náležitosti demokratického právního státu. Pokud to učiní, Ústavní soud prohlásí takový ústavní zákon za neplatný, jak ukázal v nálezu ve věci Melčák (Jan Kysela ostatně označuje již samo odlišení ustavující a ustavené moci za „předpolí“ tohoto nálezu: ústavodárcem je lid, Parlament ČR je jen ústavním zákonodárcem⁵⁰³). Ať už ovšem v Ústavě ČR čl. 9 zakotven je, či není (tedy i kdyby byl odstraněn, což by patrně bylo možné, protože není vůbec jasné, proč by samo explicitní zakotvení nezměnitelných náležitostí ústavy bylo podstatnou náležitostí demokratického právního státu, když je celá řada demokratických právních států, které takové ustanovení ve svých ústavních pořádcích zakotveno nemají), je jasné, že Parlament nemůže změnit materiální ohnisko Ústavy, protože podle Schmitta nemůže parlament vůbec změnit ústavu (tedy faktickou státní formu určenou vůlí ústavodávce, tedy lidu, zejména nikoli její definiční znaky), může pouze změnit ústavní zákony - a to v limitech vyčtených v případě Ústavy ČR v čl. 9 odst. 2.

I zde se tak ukazuje rozdíl mezi nezměnitelnými náležitostmi Ústavy a jejím materiálním ohniskem. Zatímco totiž nezměnitelné náležitosti vymezují, co v Ústavě Parlament změnit nesmí, protože je mu to článkem 9 odst. 2 výslovně zakázáno; materiální ohnisko vymezuje, co změnit nemůže, protože je to fakticky mimo

⁵⁰¹ Analý Kongresu, 1. schůze, zasedání dne 13. 8. 1789, s. 734-735. Dostupné na stránkách Annals of Congress, House of Representatives, 1st Congress, 1st Session: <http://memory.loc.gov/amlaw/amlaw/lwac.html>, navštíveno dne 6. 9. 2014.

⁵⁰² Jak správně podotkl v recenzi Jan Kysela, recipienty zde obsažených příkazů jsou i jiné orgány a jejich činnosti, nejen Parlament. Ostatně na právních předpisech se teoreticky nemusí měnit nic, pokud například stát akceptuje nový, nejvyšší pramen práva v podobě vůle vůdce či vedoucí strany, který vše rozporné přebije...

⁵⁰³ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 127.

jeho dispozici; to je pouze v dispozici suveréna přijímajícího novou ústavu. Pokud by se o to Parlament pokusil, ohrozil by statiku ústavního systému, a výsledkem by pravděpodobně byl spíš ústavní zákon rozporný s materiálním ohniskem, který by s sebou přinesl napětí, zda takový ústavní zákon statika Ústavy „unes“ a časem se jí přizpůsobí, nebo zda se zhroutí (viz historické příklady provedené výše).

U lidu je to složitější, alespoň z pohledu ne-schmittiánského (podle Schmitta by patrně lid coby *Verfassungsgeber* mohl cokoli, pokud by za daným politickým rozhodnutím stála jasná a jednoznačná vůle lidu). Zde se totiž klíčovou otázkou stává, co vlastně koncepty nezměnitelných náležitostí a materiálního jádra ústavy chráníme. Smyslem materiálního jádra je chránit ústavu jako zásadní rozhodnutí suveréna, tedy lidu, ovšem taková ochrana působí pouze do nového rozhodnutí téhož (respektive nového) suveréna, které by mělo spočívat v přijetí nové ústavy. Funkcí nezměnitelných náležitostí, zejména tak jak jsou naformulovány v české, ale zčásti i v německé ústavě, je omezit parlament při přijímání ústavních zákonů (tomu nasvědčuje i systematika zahrnutí odst. 2 do článku 9 Ústavy ČR i zahrnutí odst. 3 do článku 79 Základního zákona). To ale kontrastuje s tím, že obě tyto klauzule věčnosti byly přijímány v reakci na „pomatení lidu“ ještě více než na „pomatení parlamentu“ (který byl toliko zvolen lidem zlákaným totalitními vůdci), a to s vědomím, že lid může často uškodit lidu víc než sám parlament. Navěky omezit samotný lid je ovšem neřešitelný problém, opravdová kvadratura kruhu ústavního práva. Chceme-li totiž navěky chránit nedotknutelná (přírozená, nadpozitivní, lidská) práva a lidskou důstojnost (či také z ní nutně plynoucí demokracii, viz podkapitolu 6.3), pak by taková ochrana měla vzdorovat i nové ústavě přijaté lidem. V tomto směru je ovšem podle mne ambice klauzulí věčnosti (nezměnitelných náležitostí) nenaplnitelná. Zde se dostáváme na dřeň výše zmíněné Jeffersonem tvrzené nemožnosti vlády z hrobu. Vzhledem k tomu, že minulé generace opravdu nemají jak fakticky zastavit nynější lid v přijetí jakékoli ústavy (tedy alespoň mimo rámec hororů o oživilých mrtvolách), je třeba nezměnitelné náležitosti ústav vnímat ve vztahu k parlamentům jako absolutní zákaz přijímání ústavních zákonů s nimi rozporných; ve vztahu k budoucím generacím pak jako vzkaz (budiž, z hrobu) o tom, které základní hodnoty vnímala generace ústavu přijímající jako tak zásadní, že by nikdy neměly být porušeny. Nemá jít o tyranii předků, ale o dědictví předků.⁵⁰⁴ Nezměnitelné náležitosti tak slouží jako znamení zákazu vstupu do třinácté

⁵⁰⁴ BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 52.

komnaty. Parlament je musí respektovat, protože od třinácté komnaty nemá klíče (a ústavní zákon rozporný s nezměnitelnými náležitostmi není ústavním zákonem, je to „paklíč“). Lid sice také nemá klíče, ale může dveře vyломit, koneckonců jsou to jeho dveře, zdědil je i s celým domem...

Podle ne-schmittiánského pohledu ovšem takové omezení budoucích generací nadpozitivním právem možné je. Takový ne-schmittiánský pohled nabízí Böckenförde, podle nějž *„[k]aždý státní orgán je podřazen ústavě, je pouvoir constitué. To platí nejen pro orgány exekutivy, nýbrž i pro orgán zákonodárné moci. Rovněž samotný lid jeví se - i když je stát demokraticky organizovaným státem - nikoli jako ‚pán‘ ústavy. Vystupuje toliko uvnitř ústavy jako orgán s výslovnými, jemu výslovně přidělenými oprávněními, například volbou lidového zástoupce a případně lidovým hlasováním a lidovou iniciativou. Suverénem je, pokud vůbec, toliko ústava samotná.“*⁵⁰⁵

Projevuje-li se lid formami a procesy předpokládanými Ústavou, tedy referendem podle ústavního zákona přijatého podle článku 2 odst. 2 Ústavy, pak je vázán i jejím obsahem. Lze si tedy představit, že bude jednou podle článku 2 odst. 2 Ústavy přijat ústavní zákon o obecném referendu nebo přímo o referendu o změně Ústavy nebo o přijetí nové Ústavy, jak po tom volají někteří teoretici.⁵⁰⁶ Pak bude ovšem lid schvalující Ústavu nebo její změnu v referendu svolaném podle stávající Ústavy vázán i jejím nezměnitelným obsahem, bude se procesně, formálně i materiálně pohybovat v jejím rámci, bude moci změnit jen to, co sama Ústava ve svém článku 9 odst. 1 a 2 označuje za změnitelné. Jinak řečeno, Ústava ČR stanoví limity, které váží i lid rozhodující v referendu Ústavou předpokládaném. Neváží jej jen tehdy, kdyby se stal „lidem mimo Ústavu“, tedy v ústavní revoluci.

Trochu jinak vyznívá konstrukce Ústavy Rakouské republiky, která v čl. 44 odst. 3 dává právo na celkovou revizi ústavy lidu formou referenda, pokud o to požádá jedna třetina Národní rady nebo Spolkové rady.⁵⁰⁷ Jinak řečeno, zde jsou zakotveny limity pouze pro ústavozákonodárce, ovšem na lid vykonávající ústavně předpokládaným postupem celkovou změnu ústavy, by tyto limity nedopadaly (dopadají na něj

⁵⁰⁵ BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1999, s. 129-130; cit. dle HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 87.

⁵⁰⁶ Viz MALENOVSKÝ, J. O legitimitě a výkladu české ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*, 2013, č. 8., s. 745-772.

⁵⁰⁷ HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336, na s. 322.

obecnější limity zmíněné níže). V tomto ohledu je rakouská úprava pozoruhodně realistická: netvrdí, že některé náležitosti Spolkové ústavy jsou věčné, pouze požaduje, aby o jejich změně rozhodl sám lid; ten už tak navíc sám učinil, a to v případě přístupu Rakouska k EU, neboť ten představoval zásah do takřka všech základních principů Spolkové ústavy.⁵⁰⁸ Pokud bychom ztotožnili tyto základní principy ústavy s materiálním jádrem ústavy, jak jej chápe Spolkový ústavní soud nebo Ústavní soud ČR, zdá se, že zatímco tyto ústavní soudy považují určitou míru evropské integrace za ústavně nepřipustnou, neboť by jí došlo k narušení materiálního ohníska obou ústav; rakouská doktrína akceptuje, že právě k takovému zásahu již došlo samotným přistoupením Rakouska k EU, ovšem nevádí to, neboť tomu poželhal lid Rakouska v referendu. Ovšem existují také takové základní principy ústavy, mezi něž patří zastupitelská demokracie, spolkové uspořádání, liberální právní stát a dělba moci, které nemůže prolomit ani lid;⁵⁰⁹ i v takovém případě by patrně zasáhl Ústavní soud Rakouska. Ten se už v rozhodnutí ze dne 11. 11. 2001, VfGH 16.327, přiřadil mezi ty ústavní soudy, které jsou ochotny zrušit ústavní zákon pro rozpor se základními náležitostmi rakouské ústavy, pokud je překročí parlament; bylo by napínavé sledovat, zda by se takto postavil i proti lidu, který by formálně jednal v rámci čl. 44 odst. 3 Ústavy Rakouské republiky, ale porušil přitom výše vyjmenované základní principy ústavy.

Naopak poměrně paradoxně vyznívá tímto pohledem úprava rumunská (viz podkapitolu 3.8), podle níž sice každou změnu musí vposledku schválit lid v referendu, ovšem než je mu taková změna předložena, je dvakrát zkontrolováno, zda navrhovaná změna náhodou nejde proti nezměnitelným náležitostem ústavy. Pokud bychom se vrátili ke stavebním metaforám, zatímco v Rakousku může jediné lid rozhodnout o tom, že se změní některá z nosných zdí „stavby ústavy“, přičemž některé zdi nemůže patrně odstranit ani lid; v Rumunsku nejprve ústavní soud dvakrát zkontroluje, zda to, do čeho má lid zasáhnout, není náhodou nosná zeď, a pak teprve změnu stavby povolí. Ústavní soud ČR se pak tváří, že zásahy do těchto nosných zdí nejsou jaksi objektivně možné a při hledání, kdo by měl mít pravomoc takovému zásahu zabránit, označil jednoduše sám sebe. Takový přístup by

⁵⁰⁸ FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam, s. 104.

⁵⁰⁹ Viz rozhodnutí Ústavního soudu Rakouska ze dne 12. 12. 1987, B1021/87, VfSlg 11.584; rozhodnutí ze dne 23. 6. 1988, V29/88; V102/88, VfSlg 11.756; rozhodnutí ze dne 29. 9. 1988, B343/87VfSlg 11.827; či rozhodnutí ze dne 2. 12. 1988, V32/88; V97/88; V116/88, VfSlg 11.916 aj.

byl blízký Böckenfördeho představě ústavy (jejímž strážcem je právě ústavní soud) jako suveréna, jemuž je podřízen i lid. I na lid by díky tomu dopadaly limity stanovené v materiálním ohnisku Ústavy (z důvodů vyložených v předchozích podkapitolách by bylo přesnější mluvit o nezměnitelných náležitostech ústav, nemohu ovšem vyloučit, že to by to znamenalo dezinterpretaci následujícího Böckenfördeho citátu): „*Pojem materiálního ústavního státu skýtal a skýtá (...) teoretický základ pro nauku o imanentních hranicích oprávnění k ústavním změnám (...), že orgán, jenž samotný stojí pod ústavou a odvozuje svoje oprávnění z ústavy, nemůže se znenadání stát pánem ústavy.*“⁵¹⁰

Přesvědčivějším se mi ovšem zdá v tomto bodě Schmittův pohled, který by náležitostí ústavou označeným za nezměnitelné (spíše než materiálnímu ohnisku ústavy, jak bylo vysvětleno v předchozí kapitole) podřizoval lid pouze tehdy, pokud jedná „uvnitř“ ústavy; v případě Ústavy ČR tedy při volbě svých zastupitelů či při hlasování v celostátním referendu, bude-li kdy přijat ústavní zákon o obecném referendu, a naplněn tak čl. 2 odst. 2 Ústavy ČR. Schmittiánskému pohledu je ale cizí představa, že by ústava jako norma mohla být suverénní. Suverénní je totiž toliko vůle, která určuje, co je ústavou, tedy buď vůle tvůrce (lidu) nebo interpreta (soudci) ústavy, dokud je akceptován a poslouchán. Druhá odpověď není akceptovatelná, snad ani soudci rušící ústavní zákony pro protiústavnost odůvodněnou materiálním jádrem ústavy by se k ní veřejně nepřiznali (jakkoli Radoslav Procházka by patrně dodal, že právě to je jejich tajným snem). První odpověď nás přitom vrací na pomyslný začátek: k lidu jako suverénovi.

Lid má tím pádem na rozdíl od Parlamentu i druhou možnost. Vrátit se ke stavu před přijetím společenské smlouvy. V předsmuvním stavu totiž rozhoduje pouze počet lidí. Parlament, vláda a prezident jsou v něm jen stovkami, desítkami či jedním zrnkem písku v moři lidu, ale podstatná část lidu v něm má relevanci odpovídající velikosti jeho podílu na celku. Mimo rámec společenské smlouvy jsou Parlament, vláda a prezident ničím, ale lid vším.

Lze si tak představit tuto situaci: vznikne lidová iniciativa volající po úplném odstranění stávající Ústavy či po takové její změně, která je nesouladná s jejím materiálním ohniskem či nezměnitelnými náležitostmi (záleží na tom, jak extenzivně bude zrovna Ústavní soud vnímat svou kompetenci). Představme si třeba změnu, která

⁵¹⁰ BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1999, s. 132; cit. dle HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státní vědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 90.

by rezignovala na státní svrchovanost České republiky a volala by po rozpuštění našeho státu v Evropské unii jako federaci (k povaze takové změny viz podkapitoly 7.2 a 7.3). Buď bude iniciativa ústavně neúspěšná už v počátku a vůbec nebude přijat ústavní zákon, který by jí umožnil promítnout se do formy referenda, nebo takové referendum nebude vyhlášeno (vzhledem k tomu, že obecný ústavní zákon o referendu nebo konkrétní ústavní zákon o referendu o změně Ústavy dosud neexistuje, nedá se odhadnout, kdo by měl kompetenci takové referendum vyhlásit, či jeho vyhlášení zabránit). Nebo bude neúspěšná na svém konci a referendum sice úspěšně proběhne, návrh na odstranění či změny Ústavy bude v referendu schválen, ale následně buď nebude pro svou rozpornost s materiálním jádrem Ústavy akceptován ústavními orgány (Parlament, vláda a prezident jej nebudou respektovat), nebo bude výsledek referenda označen za protiústavní Ústavním soudem. V takovém případě záleží na reakci lidu, jak připomíná Jan Kysela. Podle něj totiž sice ústavní soud jako ústavní orgán instalovaný jedním ústavním řádem může bránit instalaci nového ústavního řádu, přijatého třeba v lidovém hlasování. Dodává ovšem: „*To, zda by byl úspěšný, je nicméně sporné. Pokud ano, nečelil by ve skutečnosti suverénní moci, nýbrž moci, která se podřídila dříve stanovenému pravidlu. Pokud ne, byl by to důkaz toho, že přinejmenším v krajních situacích se ústavy ocitají ve stínu politiky, resp. fakticity.*“⁵¹¹ Lid má totiž stále ještě možnost připomenout všem těmto orgánům, že jejich moc je skutečná pouze v rámci Ústavy, a vykročit za ni a v pomyslné „zemi za zrcadlem“ prosadit změnu, kterou v referendu schválil a která je podle „moci ustavené“ rozporná s nynější Ústavou.

4.6 Ústavní revoluce

Jak to může lid udělat? Takové vykročení za hranice Ústavy, s cílem Ústavu zrušit, tedy návrat do stavu před společenskou smlouvou, můžeme označit za ústavní revoluci. Paul Kahn rozlišuje dvě role lidu: buď jedná jako „agens creans“ politického a právního světa a není vázán existujícím právem, neboť jej teprve vytváří; nebo jedná podle tohoto práva, tedy v hranicích světa, který předtím sám vytvořil.

⁵¹¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 135.

V té první roli jde o situaci politické revoluce, změny režimu; v té druhé o čas práva a pouze evolučních, nikoli systémových změn.⁵¹² Krátce řečeno: „*Mimoústavní, suverénní lid se projevuje typicky revolucí, lid ústavní ve volbách a referendech.*“⁵¹³

Revoluci obecně můžeme definovat jako dramatickou formu společenské změny provázenou kolapsem státu, soupeřením mezi těmi, kdo usilují o moc, a budováním nových institucí;⁵¹⁴ nebo jako společenskou explozi, která „*vede k neústavní změně ústavy, k vtrhnutí společenské reality do světa subtilních procedur.*“⁵¹⁵ Revoluce totiž není prostě jen akt politického násilí. Jak uvádí Dreier v komentáři k německé klauzuli věčnosti, „*takový ústavní převrat nemusí nutně nastat násilnou cestou: rozhodující je vědomí přerušení právní kontinuity.*“⁵¹⁶

Revoluci tedy můžeme vnímat také jako akt právní spolu s J. Robertem, který ve své knize *Práva člověka a základní svobody* uvádí: „*Pokud budeme pečlivě zkoumat mechanismus revoluce, může být odpověď (na otázku po právních účincích revoluce) nalezena ve skutečnosti, že revoluce není pouze čistou, holou skutečností, nýbrž je v mnoha svých aspektech také fenoménem právním. Revoluce se rodí v momentě, kdy koncepce, na které je postavena organizace veřejné moci určité země v určitém okamžiku, již nenachází svou odezvu ve svědomí občanů, a objevuje se nová koncepce politické moci, jejímž cílem je čistě nahradit stávající autority, aby tak do společenské organizace vnesla své vůdčí principy. Tak jestliže lid přestává nacházet své právo a svou spravedlnost ve vízi světa, kterou považuje za přežitou, a jestliže nové tužby krystalizují v doktrínu, která lid nadchne a je reprezentována osobou vůdce či schopnou menšinou, není to pouze síla, jež na čas vniká do veřejného života, ale nové právo, které se potvrzuje jako základ platnosti budoucího právního řádu.*“⁵¹⁷

Jan Kysela pak propojuje formálně-právní revoluci, tedy akt odehrávající se mimo ústavně (či jinak) daná pravidla, a revoluci materiálně-právní, „*již je zásadní a časově koncentrovaná změna hodnotové orientace právního řádu a s ní i jeho obsahu.*“⁵¹⁸ Připomíná ovšem zároveň, že takové prospektivní vnímání revoluce jako změny a odchylky

⁵¹² PROCHÁZKA, R. *Lid a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 70.

⁵¹³ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 136.

⁵¹⁴ BLACKWELL, B., MILLER, D. *Blackwellova encyklopédie politického myšlení*. Brno: Jota, 1995, s. 408.

⁵¹⁵ KYSELA, J. *Právo na odpor a občanskou neposlušnost*. Brno: Doplněk, 2001, s. 17.

⁵¹⁶ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1511.

⁵¹⁷ ROBERT, J. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. Paris, 1994; cit. dle KYSELA, J. *Právo na odpor a občanskou neposlušnost*. Brno: Doplněk, 2001, s. 16.

⁵¹⁸ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 133.

od minulého vývoje přinesla až Francouzská revoluce; před ní byly revoluce obráceny do minulosti a jejich smyslem bylo odstranění aktuálního tyrana a znovunastolení „zlatého věku“.

Takové revoluci samozřejmě nemůže navěky zabránit ani „klauzule věčnosti“. Může ji ovšem „demaskovat“, tedy zabránit tomu, aby se vydávala za pokračování legálního stavu, jako to v roce 1948 činila třeba komunistická moc po únoru pro ni „vítězném“.⁵¹⁹ Jan Grinc k tomu uvádí, že je „zřejmé, že tato právní norma, byť bývá označována jako ‚záruka věčnosti‘ (Ewigkeitsgarantie), nemůže zabránit případné revoluci. Jejím účelem je pouze strhnout takové revoluci masku legality.“⁵²⁰ Vychází přitom z německé doktríny, která taktéž nezastírá, že ústavní revoluci nedokáže zabránit ani klauzule „věčnosti“ v německém Základním zákoně: „Klauzule věčnosti ovšem nemůže a nechce být využita jako vhodný nástroj obrany proti revolučním převratům či naprostým mocenským změnám. Činí ale nemožným, aby se ústavní puč navlékl do hávu legality, nadto nutí k tomu, aby se nové legitimující nároky staly zjevnými, a umožňuje ‚demaskování zhroutení ústavy‘, což odpovídalo úmyslu otců ústavy vyjádřenému tím, jaká slova zvolili. (...) Tato norma tak činí legální revoluci nemožnou. S tím je spojena určitá varovná a signální funkce.“⁵²¹

V tomto směru tvoří ústavní změny, jejich zrušitelnost soudy a revoluce tři spojitě nádoby. Jak upozorňuje Roznai, tam, kde je změnitelnost ústavy ústavními procedurami výrazně omezována koncepcí nezměnitelných náležitostí a její aplikací soudy, hrozí nárůst pravděpodobnosti, že budou ústavní změny přijímány mimoústavními procedurami, tedy revolučně. Proto radí ke zdrženlivosti jak ústavozákonodárci při přijímání změn ústav, tak soudům při jejich případném rušení.⁵²²

Již Aristoteles přitom rozlišoval převraty, které usilují pouze o získání moci při zachování stávající ústavy, a převraty, které usilují o její odstranění: „[P]roto se také převraty dějí dvojím způsobem; někdy totiž převrat míří proti ústavě, aby místo dosud platné ústavy zavedl jinou, například místo demokracie oligarchii nebo demokracii místo oligarchie,

⁵¹⁹ Shodně kriticky viz náleze ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93, č. 14/1994 Sb., citovaný v podkapitole 3. 5. 1.

⁵²⁰ GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 31.

⁵²¹ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1509-10.

⁵²² ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 718.

*nebo místo nich politéiu a aristokracii, anebo místo těchto ony, někdy však ani ne proti uvedené ústavě, nýbrž nespokojenci chtějí sice míti totéž zřízení, ale chtějí, aby bylo pod jejich vedením, jako například bývá v oligarchii a v monarchii.*⁵²³

Jak revoluce, která (i) usiluje o zachování stávající ústavy, ale jde proti procedurám v ní předpokládaným (typicky lidové povstání) nebo (ii) při jejich zachování proti hodnotám, na nichž je založena (to byl případ únorového puče v Československu v roce 1948); tak (iii) revoluce usilující o odstranění ústavy jinými postupy, než ústava sama předpokládá, je samozřejmě stavem, se kterým ústavní právo nepočítá. Nejde tu totiž vlastně o právo „ústavní“, nýbrž „mimoústavní“. S takovou mimoústavní revolucí ostatně počítal již Georg Jellinek, když tvrdil, že nezměnitelná součást ústavy může být zrušena násilím, nikoli však právem.⁵²⁴ Jak říká i František Weyr, normativní revoluce je změna souboru norem provedená jiným způsobem, než jím samým stanoveným.⁵²⁵ Nelze tedy ústavním právem upravit, co se děje za hranicemi ústav, proti ústavám. Nemůžeme tedy hledat jejich reglementaci. Můžeme nicméně hledat příklady ústavních revolucí. Světově patrně nejslavnějším a jistě nejúspěšnějším a nejtrvalejším příkladem ústavní revoluce je přijetí Ústavy USA z roku 1787. Ta byla totiž přijata v jasném rozporu s požadavky, které na svou vlastní změnu kladly Články konfederace z roku 1781, které ji předcházely.

Taková ústavní revoluce může provést „odstranění ústavy“, včetně jejích nezměnitelných ustanovení: „Podobné jako s přirozenoprávním základem lidských práv je to i s tzv. klauzulemi věčnosti, resp. nezměnitelnými ustanoveními ústav, jež se s lidskými právy prolínají, bývají však obsahově bohatší. Jsou pojistkou proti degeneraci demokratické moci, demokratické jsou však jen ve spojení s vůlí toho původního, ústavodárného, někdy jen hypotetického lidu, protože omezují vůli lidu empirického, aktuálního; jinak na nich mnoho demokratického není. Věčnost je metafyzickou kategorií, jež má v právu význam právě jen ve vazbě na přípustnost, kompetenci, právnost. Lze dosti snadno zavrhnout věčná ustanovení, z hlediska ústavního

⁵²³ ARISTOTELÉS. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009, s. 186.

⁵²⁴ JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 512.

⁵²⁵ WEYR, F. *Úvod do studia právníckého (normativní teorie)*. Brno, 1994. cit. dle Kysela, J.: *Právo na odpor a občanskou neposlušnost*. Brno: Doplněk, 2001, s. 18.

a právního řádu, jebož byla součástí, to však znamená revoluci, tedy přechod do řádu jiného. Dá se tak vymanit z dosahu „tyranie mrtvých“, jejímž projevem může být stejně tak stará rigidní ústava jako tradice.“⁵²⁶

Právě český ústavní pořádek přitom s možností revoluce v širším slova smyslu (tedy takovou, která neusiluje o změnu řádu, ale naopak o jeho znovunastolení, ovšem násilným způsobem) přímo počítá, a to v čl. 23 Listiny základních práv a svobod zakotvujícím právo na odpor (aniž by ovšem vykonání práva na odpor bylo jedinou možností, jak může lid sáhnout k revoluci). V právu na odpor⁵²⁷ totiž může lid vystupovat ve dvou odlišných rolích: (i) v české koncepci s pozitivizovaným právem na odpor se lid, který je vykonává, stále pohybuje v rámci Ústavy a je jí i omezen (v situacích, kdy může k odporu sáhnout, a ve formách, jimiž ho může využít), je tedy v určitém smyslu slova ústavním orgánem fungujícím v době, kdy je naplnění ústavních principů znemožněno; (ii) naopak lid teorie společenské smlouvy (Lockův či Rousseauův) je spíše lidem „mimo ústavu“, lidem, který boří jeden státní režim, aby vytvořil nový. Souhlasím zde s Janem Kyselou, že v situaci pozitivizovaného práva na odpor může lid České republiky vystupovat vlastně v obou rolích: buď jako lid uvnitř Ústavy, který je „vázaný stanoveným řádem pravidel: nemůže totiž legálně a legitimně sám odstraňovat řád založený Listinou, je pouze povolán jej chránit“, nebo jako lid mimo Ústavu, lid revoluční: „To samozřejmě neznamená, že by nebylo možné revoluci, občanskou válkou, referendy a jinými formami spojenými s nerůznějším projevováním vůle lidu a lidí zavést režim jsoucí v rozporu s lidskými právy či běžným chápáním demokracie. Takto vystupující lid však už nebude postupovat v intencích čl. 23 Listiny, nýbrž půjde o lid mimoústavní, tj. suverénní, protože nevázaný pravidly a omezeními.“⁵²⁸

Schmitt navíc připomíná, že revoluci může lid nejen změnit či odstranit stávající ústavu, ale může dokonce i změnit to, kdo je zdrojem ústavodárné moci, když odstraní monarchu jako zdroj legitimacy a stane se jím sám.⁵²⁹ „Shora zmíněná kapacita lidu zavést režim nedemokratický či rozporný s respektem k lidským právům je evidentní. Podstatnější je, zda by takové zavedení bylo po právu. Připustíme-li, že suverenita (neomezená

⁵²⁶ KYSELA, J. Je to, co lid chce, dobré, proto že to chce lid? In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 126-127.

⁵²⁷ Podrobně k němu viz MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 550-577.

⁵²⁸ KYSELA, J. In WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 530.

⁵²⁹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 142.

moc) a právo (regulace moci) se míjejí (anebo splývají - Belling, s. 26: suverenita definuje právo), nedává otázka smysl. Hodnocení systémové změny by se tak přesunulo z oblasti práva do oblasti morálky. Řečené však platí jen za předpokladu, že nesdílíme pocit nemála současných politických a právních teoretiků, že suverenita už vlastně neexistuje. Ke stejnému výsledku můžeme dojít definováním suverenity jen jako nejvyšší a neomezené moci na zemi, která však podléhá korektivům transcendentním (Bůh, zásady přirozenosti), případně limitům svého původu (moc od lidí s účelem ochrany jejich práv). Podobného druhu jsou i úvahy o konstruktivní metafyzice, jež omezuje moc zapovězenými tématy a postupy; justifikována je do značné míry funkcí a funkčností omezujících pravidel, jež slouží k dlouhodobému uchování chráněného řádu - mohlo by vlastně jít také o funkcionální metafyziku (Holländer). V této logice nemůže být legitimní taková moc, jež nerespektuje autonomii jednotlivce. Kodifikace práva na odpor je do určité míry paradoxní. Pozitivizací přirozeného práva na odpor se toto právo rozděluje do dvou právních režimů dle toho, je-li vůči ústavnímu řádu vnitřní, nebo vnější. Domníváme-li se totiž, že legitimizačním titulem veřejné moci je společenská smlouva, nebo třeba služba občanům, zajisté z toho plyne právo lidu či občanů veřejnou moc změnit, aniž by to muselo být výslovně deklarováno.⁶³⁰ Vzniká tak otázka: opravdu není lid při vytváření nové ústavy po ústavní revoluci vázán žádnými limity? Hledání limitů, které váží ústavodárce, tedy lid, při vytváření zcela nové ústavy, jsou věnovány následující kapitoly.

⁵³⁰ KYSELA, J. In WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 530.



5 Limity společné všem materiálním ohniskům

V předchozí kapitole jsme tedy uzavřeli, že představa materiálních ohnisek, obsažených v některých evropských ústavách, jako jakýchsi „věčných“ nepřekročitelných limitů změn ústav, platí pouze v rámci dané konkrétní ústavy a pouze pro „ústavozákonodárce“ ustanoveného touto ústavou. Jakýkoli dojem „věčnosti“ je pouze dojem vyvolávaný ústavními soudy či akademiky „ustavenými“ - podobně jako onen parlamentní (či všelidový) ústavozákonodárce - danou ústavou. Je to jejich „příběh“, za jehož hranice oni nemohou z definice vykročit, to ovšem neznamená, že by tento příběh nemohl být ukončen jeho skutečným tvůrcem, „ústavodárcem“, tedy lidem formou odstranění ústavy (ostatní scénáře z hlediska změnitelnosti ústav byly rozebrány v předchozí kapitole).

Znamená to ovšem, že tento ústavodárce, tedy lid přijímající zbrusu novou ústavu, není ničím limitován a že ústava jím vytvářená nemá žádné limity? Krajiní odpovědi na tuto otázku jsou vyjádřeny v přednáškách dvou klíčových německých ústavních teoretiků. Ferdinand Lasalle v přednášce O ústavě označil roku 1862 „skutečné mocenské poměry“ za určující činnou ničím neomezenou sílu, jíž se řídí skutečná ústava dané země, zatímco psanou ústavu vnímal pouze jako pouhý list papíru. Konrad Hesse o 97 let později představil v přednášce Normativní síla ústavy pozici takřka opačnou: „*Normativní síla ústavy nespočívá pouze na moudrém přizpůsobení se realitě (...) Právní ústava se stává činnou silou, existuje-li připravenost ponechat určení vlastního chování ústavou normovaným řádem, je-li dána odhodlanost prosadit takovýto řád vůči všem zpochybňováním a atakům vycházejícím z momentálních očekávání užítku, je-li v obecném vědomí, a především ve vědomí těch, již jsou odpovědní za ústavní život, životaschopná nejen vůle po moci, nýbrž, a to především vůle po ústavě (...) Tím nejpodstatnějším (...) předpokladem normativní síly ústavy je tudíž to, že v sobě pojímá nejen sociální, politické a ekonomické zákonitosti, nýbrž zejména zároveň duchovní situaci doby, že je obecným povědomím vnímána a pojímána jako racionální a spravedlivý řád.*“⁵³¹

⁵³¹ HESSE, K. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen, 1959; cit. dle HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 267.

Teze o imanentnosti některých limitů, které váží ústavodárce při přijímání ústavy, se zdá být přesvědčivou. Některé limity mají totiž definiční povahu: už to, že má jít o „ústavu“, a to ústavu určitého státu, představuje limit daný samotnou definicí státu (podkapitola 6.1) a definicí ústavy jako zpozitivnělé společenské smlouvy (6.2). Ostatně již roku 1789, tedy v době, kdy teprve vznikala teorie ústavnosti, bylo do článku 16 francouzské Deklarace práv člověka a občana velmi správně včleněno tvrzení, že stát, který nerespektuje vládu práva a dělbu moci, nemá vůbec ústavu.⁵³² Proto například švédská absolutistická *års regeringsform* z roku 1634, stejně jako obnovená zřízení zemská pro Čechy a pro Moravu z let 1627 a 1628⁵³³ jsou pokládána za ústavu pouze názvem, nikoli obsahem. Carl Schmitt by k tomu ovšem namítl (způsobem, který hned využijeme), že jde o tvrzení plynoucí z určitého předporozumění z konkrétní sociální či ideologické pozice, například z pozice buržoazie stojící za prvními ústavami 18. století: „*O „ústavě“ tak bylo možno hovořit pouze tehdy, pokud byly splněny požadavky buržoazní svobody a rozhodující politický vliv byl ústavou zajištěn právě pro buržoazii.*“⁵³⁴

Já se nicméně přidržím teze, že jsou zde patrně určité prvky, vlastnosti, danosti, které musí naplňovat každá ústava, má-li stát touto ústavou konstituovaný být hoden tvrdit, že „má vůbec ústavu“. V tomto ohledu se částečně odlišuji od Vojtěcha Šimíčka, který naopak tvrdí, že neexistuje žádné univerzální materiální ohnisko ústavy rozprostírající se napříč různými ústavními systémy ve smyslu materiálního ohniska stejně velkého a naplněného identickým obsahem.⁵³⁵ Rozhodně se však neztotožňuji ani s universalistickým nadšením Borise Baloga, který nabízí velmi rozsáhlý katalog „základních všeobecných ústavních principů západní civilizace“, které vytvářejí obsah materiálního jádra.⁵³⁶ Jak bude zjevné z následující kapitoly, v ní obsažený výčet je jednak skromnější a jednak ve své úplnosti aplikovatelný toliko na státy evropské, převážně na ty, které jsou dnes sdruženy v EU.

⁵³² „*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*“ Viz též BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 36.

⁵³³ FILIP, J., SVATON, J. *Státověda*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 79-80.

⁵³⁴ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 89.

⁵³⁵ ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nálezy Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.

⁵³⁶ BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014, s. 25.

Jakkoli neexistuje jasné univerzální všude platné materiální ohnisko ústav, domnívám se, že lze analyzovat jednotlivé definiční náležitosti, které musí ústava splňovat, aby byla (nároky budou v této enumeraci postupně narůstat) ústavou státu, aby byla ústavou odrážející společenskou smlouvu, aby byla ústavou liberálně demokratickou a aby byla ústavou „evropskou“. V následující kapitole se pokusím tyto jednotlivé požadavky rozebrat, přičemž jejich souhrn bude možno označit za materiální ohnisko aplikovatelné na všechny ústavy, které můžeme označit za liberálně demokratické ústavy evropských států.

Podle mého názoru tedy i na ústavodárce, nejen ústavozákonodárce, určité limity dopadají. Tvrdím tedy, že jsou určité prvky, které musí jakákoli nová - stejně jako nynější - ústava obsahovat, má-li být z nynějšího pohledu hodna označení ústava, že tedy existuje jakési „společné ohnisko“ přinejmenším všech evropských (viz níže) ústav. Než se však v následující kapitole pokusím zjistit a vymezit, které znaky tvoří takové společné ohnisko, tedy se kterými principy „stojí a padá“ ústava liberálně demokratického evropského státu, je třeba učinit pár metodologických poznámek.

V následující kapitole se pokusím vymezit, jaké znaky tvoří „společné ohnisko“ všech evropských ústav na počátku 21. století. Tvzení, že má jít o ústavy evropské, není nutně dáno geograficky, ani to není primárně jakési vymezení pro kontinent, na němž byly komparovány jednotlivé ústavy v kapitole 3. Zmínka o „evropskosti“ hledaného společného ohniska je dána jednak cílenou omezeností autorova obzoru, jednak má důsledky normativní. Autor si je zkrátka vědom, že je příliš zakotven v evropském (euroatlantickém?) kulturním a civilizačním okruhu, než aby hodlal činit jakékoli závěry s ambicí přenositelnosti do zcela odlišných civilizačních oblastí. Zároveň není ona „evropskost“ míněna striktně zeměpisně, takže za v zásadě evropskou lze označit i ústavu přináležející státu nacházejícímu se mimo Evropu, ovšem vycházejícímu z obdobných civilizačních tradic (typicky USA, Kanada, Austrálie, Nový Zéland); naopak poloha státu mezi Atlantikem a Uralem nezaručuje ústavě, že bude ústavou „evropskou“.

Zmínka o „počátku 21. století“ má totožnou povahu. Odráží pouze zakotvenost autora v čase, zakotvenost, která mu umožňuje využít všech zkušeností, které přinesla doktrína a praxe evropského civilizačního okruhu posledních staletí, počínaje pracemi osvícenských filozofů a konče zkušenostmi s totalitními režimy 20. století.

Jde tedy o hledání toho, co je „věčné“ pohledem počátku 21. století, hledání toho, co je pohledem dneška nezměnitelné. V tom je rozdíl oproti „nezměnitelnosti“ dnešních národních materiálních ohnísek. Jejich věčnost totiž končí s ústavou, v níž jsou zakotvena (a jak jsme viděli na příkladu Portugalska, tak může skončit i dříve, typicky po „dvojí revizi“). Pokud tedy v roce 2016 Francie přijme ústavu Třetího císařství, skončí pochopitelně „věčnost“ republikánské povahy Páté francouzské republiky, ale stále by měla „evropskou“ ústavu. Pokud by ovšem přijala ústavu - a teď na vteřinu předběhneme a využijme závěry následující kapitoly - která by zavedla rasovou nerovnost, porušila by požadavek obecnější a trvalejší, než je požadavek nynějšího materiálního ohníska francouzské ústavy; porušila by požadavek, který má být - pohledem dnešní Evropy - kladen na všechny budoucí ústavy, tedy požadavek definiční.⁵³⁷ Neměla by tedy „vůbec ústavu“.

Takto vymezené hledání je v první řadě empirické a popisné, až v druhé řadě, takřkajíc nechtěně, má i dopady normativní. Jinak řečeno, úkolem následující kapitoly je popsat, jaké znaky má mít jakákoli evropská ústava, aby o ní na počátku 21. století bylo možno prohlásit, že je evropskou ústavou. Jde vlastně o ontologickou otázku: co je dnes v evropském kontextu označitelné za ústavu (aniž by šlo o nahodilé překryvy, o aktuální průnik všech dnešních evropských ústav, nýbrž o skutečné definiční znaky, bez nichž nejde o ústavu)? Jinak řečeno, co je „jádrom“ právního pojmu ústava evropského státu, ve smyslu výkladu právních pojmů používaného v německé doktríně, tak jak ve svém přístupu k určování právních pojmů,⁵³⁸ vymezuje jádro pojmu⁵³⁹? Nicméně vymezení takového termínu s sebou nutně přináší i hodnotící, normativní dopady, jak už tomu s vymezováním podobných termínů,

⁵³⁷ Byť dovození této definice z požadavků existujících ústav vlastně znamená určité argumentační eskamotérství (inspirované ovšem výše citovanou Všeobecnou deklarací práv člověka a občana), neboť z toho, jaké ústavy jsou, dovozují, jaké mají být, což vyjádřím obratem, že když takové normativní podmínky nespĺněňují, tak vůbec „nejsou“.

⁵³⁸ Převedení tohoto způsobu uvažování do českého prostředí nacházíme zejména v objevné práci MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*. Knihovnička, Brno 2008, s. 71 an., jenž v tom navrhuje zejména na švýcarskou právněteoretickou práci KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. Bern 1998, kde je u neurčitých právních pojmů odlišováno jádro pojmu, jej obklopující neurčitá část pojmu a dále oblast mimo rozsah pojmu; stejně jako na práce F. Bydlinského, rozlišujícího *Begriffskern* (jádro pojmu) a *Begriffshof* (okolí pojmu).

⁵³⁹ V předchozí poznámce zmiňovaný Franz Bydliniski vymezuje tento termín takto: „*Jádro pojmu se vztahuje na všechny objekty, které prakticky každý řečí- a věci znalý pokládá za případy, na něž se pojem vztahuje, popřípadě s nimi tak zachází. Okolí pojmu zahrnuje ty objekty, na které společenství osob používajících daný jazyk onen pojem někdy vztáhne, někdy ale ne.*“ Cit. dle BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. WUV, Wien 2005, str. 14 - 15.

respektive s vytvářením sociálních konstruktů, bývá, jak trefně ukazuje Foucaultův přístup. Deskriptivní vymezení toho, jaké jsou ony nezbytné znaky nynějších evropských ústav, s sebou nutně přináší i normativní dopad, tedy vyloučení těch ústav, které tyto znaky nesplňují, jak bylo vysvětleno v předchozím odstavci.

Jde o postup, který na sobě pocítila řecká Epitropi Antagonismou v rozsudku Evropského soudního dvora (dále též „ESD“) ve věci Syfait.⁵⁴⁰ V něm ESD zareagoval na předběžnou otázku položenou tímto řeckým orgánem chránícím hospodářskou soutěž tak, že se nejprve při posouzení přijatelnosti předběžné otázky zamyslel nad tím, zda tento orgán, který se formálně tváří jako soud či tribunál, ve skutečnosti splňuje všechny základní definiční požadavky na soud. Ve vztahu k řeckému orgánu chránícímu hospodářskou soutěž zjistil, že nikoli, zejména z důvodu absence nezávislosti. Ta je jistě definičním znakem soudu, a proto tento orgán není „hoden“ označení „soud členského státu“, a tedy nemá ani právo pokládat předběžnou otázku podle čl. 267 SFEU.⁵⁴¹

Tímto pohledem i níže následující hledání „společného ohniska“ evropských ústav má nutně i normativní dopady, které jsou sice pouze sekundární, nikoli však nezamýšlené. Doba psaní této knihy je totiž možná unikátní právě v tom, že v Evropě panuje poměrně široký konsenzus o tom, co by měly být tyto definiční znaky evropských ústav. Jakkoli jsou totiž mezi jednotlivými ústavami, a jak jsme viděli v předchozích kapitolách, i mezi jejich materiálními ohnisky a nezměnitelnými náležitostmi, značné rozdíly, zároveň mezi nimi panuje dosud nevídaný hodnotový konsenzus, konsenzus, který byl nemyslitelný v době vytváření prvních ústav, kdy

⁵⁴⁰ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 31. 5. 2005 Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) a další v. GlaxoSmithKline plc a GlaxoSmithKline AEVE, původně Glaxowellcome AEVE (žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Epitropi Antagonismou), C-53/03. Blíže viz MOLEK, P. *Právo na spravedlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 204-206.

⁵⁴¹ „Článek 267
(bývalý článek 234 Smlouvy o ES)
Soudní dvůr Evropské unie má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se:
a) výkladu Smluv;
b) platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie.
Vystane-li taková otázka před soudem členského státu, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku, požádat Soudní dvůr Evropské unie o rozhodnutí o této otázce.
Vystane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, jež rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr Evropské unie.
Vystane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, které se týká osoby ve vazbě, rozhodne Soudní dvůr Evropské unie v co nejkratší lhůtě.“

si v Evropě činily nárok na „správné řešení“ demokratické republiky i (neo)absolutistické monarchie, stejně jako ve dvacátém století, kdy tentýž spor panoval mezi státy demokratickými a totalitními, které by se neshodly ani na oněch pár znacích, jež budou vymezeny v následující kapitole. Nelze přitom vyloučit, že jedinečnost tohoto historického „okamžiku“ oceníme znovu v následujících dekadách, kdy nelze vyloučit, že onen konsenzus může být opět zpochybněn. V tomto ohledu může být vymezení dnešního konsenzu o tom, jaké znaky nutně musí mít dnešní evropská ústava, aby byla hodna toho jména, užitečné i proto, aby ve změněné historické situaci bylo možno poměřit, zda případná v budoucnu navrhovaná ústava některého evropského státu ještě splňuje znaky toho, co bychom dnes označili za „evropskou ústavu“, či nikoli, byť by se za takovou ráda vydávala. Je tak vymezení dnešního konsenzu o definičním obsahu evropských ústav jakousi prevencí, která by v budoucnu mohla zabránit terminologickému zmatení, které se v polovině dvacátého století snažily vyvolat „lidové demokracie“, které jistě nebyly demokraciemi.

Jistě, tuto funkci měly od roku 1949 plnit klauzule věčnosti. Jejich rozředenost a vázanost na konkrétní stát popsaná v předchozích kapitolách však znemožnila jednak jejich skutečnou trvalost, jednak znemožnila jejich garanci zvenku. Francie, Česká republika či státy Beneluxu totiž jistě dost dobře nemohou legitimně kritizovat, pokud by Německo (formou ústavní revoluce) přijalo novou ústavu, která by neodpovídala požadavkům dnešního čl. 79 Základního zákona; pokud by však přijalo ústavu, která by nesplňovala znaky rozebrané v následující kapitole, mohly by mu tyto státy (totéž by samozřejmě platilo i v opačném gardu) „připomenout“ (a díky evropské integraci, jak uvidíme v závěrečné kapitole, lze takové „připomenutí“ učinit i se závažnými dopady na postavení takového státu), že to, co přijalo, není „ústavou“, která by v Evropě na počátku 21. století byla hodná toho jména...

Jinak řečeno, paralelou ze západní fronty za první světové války: běžnou změnu ústavy můžeme připodobnit ke změně frontové linie, ke které může v boji mezi různými politickými zájmy schopnými získat podporu kvalifikované většiny dojít poměrně snadno; výměnu Ústavy za jinou můžeme připodobnit k ústupu za „nezměnitelné“ hranice Německa. Pokud by však německá armáda musela ustoupit kamsi daleko za Rýn (který je definiční, byť možná ne „věčnou“ hranicí Německa) a ustanovit nový stát kdesi v salzburských Alpách, je otázkou, zda by definičně šlo stále ještě o „Německo“ (je otázka, jestli vlastně Polsko neprošlo ve svých

dějínách takovým územním vývojem). Tváří v tvář znovu a znovu se vynořujícím krizím demokracie a zpochybňování modelu vládnutí zakotveného v dnešních evropských ústavách (počínaje komunistickou či neonacistickou kritikou v zemích střední Evropy a konče portugalským „čekáním na Salazara“), může následující kapitola sloužit jako vymezení těch „přirozených hranic“ moderní evropské ústavnosti, za něž by evropské společnosti neměly ustoupit, ani kdyby je okolnosti donutily rezignovat při vytváření nových ústav na dnešní „věčná“ materiální ohniska národních ústav.

Budu přitom postupovat v rozšiřujících se „kruzích“ vymezujících jednotlivé nároky. Okruh oněch základních náležitostí, které mají ústavy splňovat, se totiž nutně rozšiřuje s tím, jak upřesňujeme kategorizaci dané ústavy, respektive jak se zpřesňuje konsenzus (Carl Schmitt by řekl jednota lidu přijímajícího politické rozhodnutí o podobě ústavy) vymezující, jak odpovědět na otázky, které lze pro účely ústavy pokládat za základní, a proto zahrnutelné do textu ústavy. V podkapitole 6.1 tak zkusím vymezit, jaké znaky ústava musí mít, aby ji bylo možno označit vůbec za ústavu „státu“, spokojím se v ní tedy s předpokladem, že má jít o ústavu státu. V podkapitole 6.2 přiberu předpoklad, že má jít o ústavu ve státě, v níž je zdrojem moci lid, a že tedy ústava má být písemným zachycením společenské smlouvy. V podkapitole 6.3 akceptuji další předpoklad, totiž že má jít o ústavu liberálního demokratického státu; jakkoli jde o neujasněný termín, budu vycházet z nejmenšího společného jmenovatele, který při jeho vymezení panuje pohledem srovnání evropských ústav současnosti. V podkapitole 6.4 pak přiberu další předpoklad, a sice že jde o členský stát Evropské unie, a co z toho pro nezbytné náležitosti ústavy liberálně demokratického evropského státu plyne. Témata jednotlivých podkapitol přitom budou mít povahu rozšiřujících se kruhů, když každá podkapitola přidá další „vlastnost“ stavějící na vlastnostech dosud rozebraných a beroucí ji jako splněný předpoklad. Výsledkem by mělo být vymezení náležitostí, které pokud daná ústava nesplňuje, tak o ní posuzovatel, který je liberálním demokratem evropského státu, právem řekne, že daný stát „vůbec nemá ústavu“. Zajímavé pak bude porovnání tohoto „společného evropského materiálního jádra“ s aktuálním materiálním jádrem Ústavy ČR, jak je vymezeno Ústavním soudem.



6 Obsah společného ohniska

V kapitole 4 byla rozebrána odlišnost mezi nezměnitelnými náležitostmi ústav na straně jedné a jejich materiálními ohnisky na straně druhé. Zatímco nezměnitelné náležitosti jsou vymezeny pozitivněprávně a mají je jen některé ústavy, materiální ohnisko má patrně každá ústava, ovšem je mnohem hůře vymezitelné. To ukazují i výčty „nadústavních náležitostí“ ústav, které ve vazbě na tu kterou ústavu nacházejí různí autoři, jak kriticky rekapituluje Kemal Gözler, zdůrazňující nahodilost a subjektivitu takových výčtů, které nelze opřít o žádný textový základ.⁵⁴² Právě proto, aby i tato kapitola nesklouzla k pouhým pocitům ohledně „nadústavního práva“, či se neomezila jen na českou perspektivu, je třeba uchopit dané téma poněkud systematictěji. Lze přitom souhlasit s Roznaiem, že v „nadústavním“ právu (ať už chápaném jako nezměnitelné náležitosti či jako materiální ohnisko) můžeme odlišit na straně jedné znaky charakteristické pouze pro danou konkrétní ústavu (nezměnitelnost státního jazyka či státního náboženství) a na straně druhé společné znaky moderních ústav: demokratickou povahu režimu, respekt k důstojnosti člověka a právní stát.⁵⁴³

Pokud však již předchozí kapitola v závěru položila otázku, jak vymezit znaky, které materiální ohnisko ústavy musí mít, aby mohlo jít o ústavu „státu“ (podkapitola 6.1), a to ústavu, která je odrazem „společenské smlouvy“ (podkapitola 6.2), a to státu, který je „liberálně demokratický“ (podkapitola 6.3) a „evropský“ (podkapitola 6.4), je třeba nejprve vyslovit několik pochybností.

Kdo může a má vymezit a vykládat obsah materiálního ohniska a jakou má takový výklad pravdivostní povahu? Má povahu objektivní pravdy nebo subjektivní pravdy jednotlivých aktérů? Otázka po posledním vykladači „pravdy“ (viz výrok biskupa Hoadlyho z podkapitoly 3.10) je pro uspořádání společnosti klíčová již od středověkých sporů o to, zda posledním vykladačem Bible má být papež(i), koncil nebo „Boží lid“ - (což v našich zemích vedlo i k husitské revoluci) a stejnou otázku si kladl jako klíčovou i Thomas Hobbes, vědom si toho, že „*zákon vytváří autorita, nikoli*

⁵⁴² GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, Chap. 3, dostupné na <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-text.htm>, naposledy navštíveno 3. 9. 2014.

⁵⁴³ ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013, s. 714.

pravda“.⁵⁴⁴ Nepříjemnou paralelou řečeno, dnes by tato otázka byla, zda je oním posledním vykladačem Ústavní soud coby strážce ústavnosti, Parlament coby ústavo-
votákodárce nebo lid coby ústavodárce a zdroj veškeré moci: „Není nijak převratným poznatkem, že právo nemluví samo, nýbrž skrze své interprety. Značně proto záleží na jejich ‚předporozumění‘, resp. ‚předvěděni‘, a to úměrně stupni neurčitosti, nejasnosti, obecnosti, zastaralosti apod. vykládaných textů právních předpisů či soudních rozhodnutí. Ústavy bývají plně obecných pravidel, neurčitých pojmů, náznaků politických, případně i sociálních projektů. Nemůžeme je proto vykládat autoreferenčně, tzn. jako uzavřené systémy, protože pojmy, teorie i projekty pocházejí zčásti z jejich okolí, běžně mimoprávního.“⁵⁴⁵

S touto otázkou je přitom těsně spjata ona otázka pravdivostní povahy. Má-li obsah materiálního ohniska povahu subjektivní pravdy jednotlivých aktérů, pak to znamená, že všichni tři zmiňovaní klíčoví aktéři jsou smířeni s tím, že má každý pouze svou „konečnou“ pravdu, o níž nemá cenu se přít, rozhodující je jen to, kdo má poslední slovo a největší „razítko“. Není překvapivé, že zásadnost této otázky srozumitelně nyní snad jen ústavním právníkům pochopil v českém kontextu nejprve Ústavní soud, a proto si na ni také sám jako první odpověděl, že tím povolaným k autoritativnímu výkladu je - nikoli překvapivě - on. Nelze ovšem vyloučit, že dříve či později na tuto otázku odpoví obdobně i Parlament (jako se stalo na Slovensku - zdá se, že rozhodující je, ve kterém orgánu sedí teoretici zabývající se materiálním ohniskem), který bude mít mocenské nástroje k tomu, aby „pravdivost“ své odpovědi prosadil i proti Ústavnímu soudu. A nelze také vyloučit, že v případě nespokojenosti s výše uvedenými odpověďmi se svého práva na odpověď začne podle čl. 23 Listiny základních práv a svobod dožadovat i lid, neboť limitovanost změn ústavy a možnost revoluce jsou spojené nádoby, jak jsem zmínil v kapitole 4.

Alternativou je tvrzení, že je vymezení obsahu materiálního jádra Ústavy objektivní pravdou, alespoň v kontextu daného ústavního systému (a vymezení společného materiálního jádra ústav v evropském kontextu může být také objektivní pravdou pro tyto ústavní systémy). Ta by neměla konečného vykladače a i ústavní soudy by neměly právo posledního slova, ale pouze „prvního slova“, jinak řečeno, coby povolání vykladači ústavnosti by nastínily svou představu obsahu materiálního

⁵⁴⁴ BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 19-20.

⁵⁴⁵ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

ohniska, nikoli proto, aby diskusi o něm ukončily, ale otevřely. A je pak na lidu a na parlamentech, aby se vyjádřily k tomu, zda takto nastolenou představu akceptují, či nikoli (což český Parlament ostudně opomněl, když se po vynesení nálezu ve věci Melčák soustředil raději na to, jaké jsou volební preference v září 2009 a zda a komu se stále ještě vyplatí vyvolat předčasné volby, než na to, aby výslovně akceptoval či odmítl kompetenci, kterou si Ústavní soud v daném nálezu přiřkl).

V tomto směru tak subjektivistický přístup vede spíše k hrozbě divergencí, pokud by v otázce vymezení obsahu materiálního ohniska proti sobě stála „pravda“ nálezů ÚS, „pravda“ ústavních změn realizovaných Parlamentem a „pravda“ vyřčená v referendu či v revoluci. Objektivistický přístup akceptující, že existuje objektivně dané materiální ohnisko ústav, vede naopak k jeho společnému diskursivnímu hledání, jakkoli jeho výsledkem nemůže být z povahy věci nalezení pravdy, ale nanejvýš shody o ní. Zatím se do něj ovšem zapojily prakticky jen ústavní soudy.

6.1 Znaky definující „stát“

6.1.1 Definice státu

V první řadě, má-li být ústava základním zákonem státu, musí být vymezen tento stát. Pokud bychom akceptovali učení ryzí nauky právní ztotožňující stát s jeho právním řádem (alespoň v některém z významů pojmu stát⁵⁴⁶), tedy vnímající stát jako soubor právních norem,⁵⁴⁷ pak by to znamenalo, že v ústavě musí být zahrnuta ona norma, která legitimuje normy ostatní, typicky tak, že vymezí, kdo je zdrojem moci ve státě a jakým způsobem tato ustavující moc propůjčuje legitimitu zákonům tak, aby bylo zjevné, proč právě tyto zákony mají být respektovány jako zákony státu.

Za většinovou lze ovšem označit spíše tu definici státu, se kterou přichází Georg Jellinek, podle nějž je stát definován státním územím, obyvatelstvem a státní mocí: „*Stát je sdružení usazených lidí, které je nadáno prvotní svrchovanou mocí*“⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ NEUBAUER, Zdeněk. *Státověda a teorie politiky*. Praha: Jan Laichter, 1947, s. 62.

⁵⁴⁷ WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 3.

⁵⁴⁸ „*Stát je sdružení usazených lidí, které je vybaveno prvotní svrchovanou mocí*“ JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin O. Häring, 1914, s. 180-181. Za pomoc s tímto překladatelským oříškem děkuji Janu Šmakalovi. Či rozsáhleji tamtéž na s. 264: „*Z pohledu teleologického výkladu můžeme dnes stát definovat jako plánovanou, centralizovanou a navenek zjevnými prostředky disponující činnost osvobozeného a suverénního národního společenství majícího právní subjektivitu směřující k naplnění zájmů individuální, národní a lidské solidarity a umožňující trvajících společný vývoj.*“

Právě z této klasické definice budu vycházet v této podkapitole, neboť je nejzaužívanější, jakkoli by samozřejmě bylo možno se odrazit od alternativních, snad i elegantnějších definic státu, jako je ta od Arnošta Gellnera. Podle něj „*stát je oddělení a soustředění udržování pořádku. 'Stát' je instituce nebo soubor institucí, které se specificky zabývají vynucováním pořádku (ať už se zabývají také čímkoli jiným). Stát existuje tam, kde instituce, specializované na vynucování pořádku, jako jsou policejní sbory a soudy, se oddělily od zbytku společenského života. Ony jsou stát.*“⁵⁴⁹ Pozoruhodně synkretickou definici slučující různé inspirace politickofilozofické, státovědné i právní pak nabízí Pavel Holländer definující „*stát jako racionální konstrukt, jako společenství lidí na určitém území, jehož vnitřní uspořádání (vnitřní mír) a vnější ochranu (vztahy) zajišťuje (garantuje) suverénní moc. Výkon této moci je v důsledku dělby práce vnitřně se diferencující společnosti spjat s třídou integrátorů. Pro suverénní moc je přitom charakteristická nejen její výlučnost (dominance), nýbrž i potvrzování, uplatnění nároku na akceptaci (legitimizující důvod) a konečně právní forma. V tomto smyslu lze mluvit o racionalizační formou: stát nabývá formu práva.*“⁵⁵⁰

6.1.2 Území státu

Prvním základním znakem státu je státní území, tedy prostor, v němž stát vykonává svou svrchovanou moc (oblast jeho kompetence) a který můžeme vymezit jako „*část země, která zahrnuje suchozemský povrch uvnitř státních hranic, vnitřní vody, pobřežní (teritoriální) vody a prostor pod i nad suchozemskou i vodní částí státního území.*“⁵⁵¹ Pohledem normativistů pak území můžeme chápat jako *stanovení hranic normotvorné kompetence státu proti státům druhým.*“⁵⁵² Je těsně spjato s lidem, ba dá se říci, že jako na kyvadle se mění přivracenost k tomu, zda si stát ztotožňujeme spíše s lidmi či spíše s územím: „*Ať už stát vznikl nebo se vyvinul jako organizace rodových a kmenových svazů nebo jako svaz bojovníků zorganizovaných na výboj či obranu nebo jako sdružení dobyvatelů organizujících svoje panství nad podrobeným obyvatelstvem nebo jako sdružení lidí, majících společné božstvo a náboženství, či jakkoliv jinak, vždy nejvýraznějším znakem sociálního útvaru byl pevný svazek určitých lidí a jejich členství v tomto svazku. Stát byl právě společnou záležitostí a společným životním zájmem (res publica) těchto sdružených lidí.*“⁵⁵³ Germánské králové doby stěhování národů tak byli králi Vandalů či Ostrogótů, králové vrcholného

⁵⁴⁹ GELLNER, A. *Národy a nacionalismus*. Praha: Hříbal, 1993, s. 15.

⁵⁵⁰ HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 2-3.

⁵⁵¹ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 92-93.

⁵⁵² NEUBAUER, Zdeněk. *Státověda a teorie politiky*. Praha: Jan Laichter, 1947, s. 80.

⁵⁵³ Tamtéž, s. 88.

středověku a zejména éry po vestfálském míru naopak králi Francie či Španělska, až se zase Napoleon na vlně nacionalismu, ale také teorie společenské smlouvy prohlásil za „císaře Francouzů“ (*Empereur des Français*). Dnes je otázka, zda se toto kyvadlo vůbec nevychýlilo ze své osy kyvu, když územní i personální dosah státní moci je stále nejistější a rozvolněnější (viz níže); nicméně území zůstává definičním znakem státu.

Platí to podle mne dokonce do té míry, že určitá naprosto zásadní změna ve státním území může vyvolat i posun v ústavní identitě daného státu. Jistě se tím nechce říct, že jakákoli změna státního území znamená změnu materiálního jádra ústavy. Změnu materiálního jádra Ústavy ČR jistě nepředstavovala kosmetická úprava česko-slovenské hranice nedlouho po rozpadu ČSFR, v jejímž rámci byla dříve česká osada U Sabotů přičleněna ke Slovenské republice. Na stranu druhou, je otázka, jestli odejmutí podstaných částí československého území ve prospěch Německa, Polska a Maďarska po mnichovské dohodě již takovou změnu nepředstavovalo, a to nejen pro rozsáhlost odstoupených území, ale hlavně proto, že výrazně pozměnila povahu celého státu. Nebylo součástí materiálního jádra Ústavy z roku 1920 (jakkoli nepsaného) i to, že Československo je státem mnohonárodnostním, nikoli jen státem Čechů a Slováků (jakkoli určitá část národnostních menšin na zbytku československého území zůstala, jejich velikost i poměr k československému obyvatelstvu se radikálně změnil)? Není tímto pohledem vlastně nepřekvapivé, že jakmile se v důsledku odstoupení území povaha československého státu zásadně změnila z hlediska území a obyvatelstva a republika se změnila z mnohonárodnostní v republiku „malou, ale naši“, zhroutily se během pár měsíců i ostatní její definiční znaky: demokratická povaha, politický pluralismus, národnostní snášenlivosti a zavládl v ní autoritářský režim s nesvobodnou soutěží dvou politických stran a rašícím antisemitismem?⁵⁵⁴ To vše při formálním „zachování“ Ústavy z roku 1920, která nadále platila, avšak změnila se z opravdové ústavy demokratického státu v pouhý soupis procedur, které je třeba zachovávat, protože jiné nejsou po ruce, ovšem nedokáží zabránit tranzici do nedemokratického režimu?

⁵⁵⁴ K těmto proměnám viz BALÍK, S., HLOUŠEK, V., HOLZER, J., ŠEDO, J. *Politický systém českých zemí 1848-1989*. Brno: MU a MPÚ, 2006.

6.1.3 Obyvatelstvo

Obyvatelstvo pak bývá definováno jako souhrn osob, které se trvale nacházejí na území daného státu. Jde přitom o širší množinu než „občané státu“, neboť kromě nich zahrnuje i další osoby, které na území trvale žijí, byť jejich spojení se státem je spíše faktické než právní (trvale žijící cizinci, ať už pobývají legálně či nelegálně).⁵⁵⁵ Jádrem obyvatelstva nicméně zůstávají občané, tedy osoby spjaté se státem pevným a trvalým (a donedávna také výlučným) právním vztahem, které společně vytvářejí „lid“ daného státu.

Lid je přitom pojem, jehož vnímání je proměnlivé v čase: nejprve šlo pouze o ty, kdo byli kvalifikováni podílet se na výkonu moci (občané poleis, družinici kmenových válečníků, středověká šlechta a občané svobodných měst); nejpozději v 18. století byl ovšem pojem lidu vztažen i na neprivilegované obyvatelstvo, tedy nejprve na tzv. třetí stav (buržoazie), usilující o nahrazení privilegií původu privilegií majetku; a poté na „čtvrtý stav“, tedy zbylé obyvatelstvo, které se „lidem“ stalo již z titulu čirého lidství.⁵⁵⁶ Možná jsou ale i další pojetí lidu, například pojetí zužující lid na pracující lid (přičemž přidání adjektiva sloužilo i v československé ústavě z roku 1948 nikoli k rozšíření, ale k vyloučení: kdo nepracuje, není lid⁵⁵⁷); althusiovské organistické pojetí lidu jako symbiotického universálního společenství; pojetí lidu jako politického aktéra či další.⁵⁵⁸

Právě díky státnímu občanství je přesně určeno, na koho státní moc nejen dopadá, ale kdo ji může i konstituovat, zatímco na ostatní osoby žijící na území dopadá (slovy amerických revolucionářů) jenom „*taxation*“, ale ne „*representation*“ (není zde tedy zachována identitní demokratičnost, tedy jednota vládnoucích a ovládaných⁵⁵⁹), jakkoli to se ve vztahu k lokálním úrovním vládnutí začíná už také měnit, v ČR alespoň ve vztahu k občanům jiných členských států EU. Ti sice netvoří součást „lidu ČR“, ale alespoň součást personálně vymezených „obcí“ na území ČR, neboť z moci čl. 20 odst. 2 písm. b) Smlouvy o fungování EU mají právo volit a být voleni ve volbách do obecních zastupitelstev.⁵⁶⁰ Kromě termínu lid se od průmyslové revoluce pod vlivem tradice západoevropských jazyků používá též spojení

⁵⁵⁵ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovédy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 94.

⁵⁵⁶ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 97.

⁵⁵⁷ Tamtéž, s. 98.

⁵⁵⁸ Souhrnně viz tamtéž, s. 97-123.

⁵⁵⁹ Tamtéž, s. 97-124.

⁵⁶⁰ Viz MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 437-446.

„státní národ“. Slovy abbé Siéyèse je takový státní národ „[s]polečenství sjednocených individuí, která stojí pod společným zákonem a jsou zastoupena tím samým zákonodárným shromážděním.“⁵⁶¹ Ve střední Evropě má ovšem slovo národ stále spíše etnický (tedy vymezený krví, jazykem či rasou, bez ohledu na státní hranice) než státoobčanský význam (otevřenější, ale zároveň limitovaný hranicemi státu⁵⁶²), přičemž obě pojetí se účinně propojila až během sjednocování Německa a Itálie v 19. století a později se promítla do specifického kolektivního práva národů na sebeurčení, prosazeného zejména první světovou válkou a zaručeného dnes zejména v čl. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech z roku 1966.⁵⁶³

I zde nám československá historie nabízí příklad toho, jak zásadní změna z hlediska vymezení obyvatelstva vedla k takové změně dosavadní ústavy (k zásahu do jejího jádra), že zbytky ústavy nebyly dlouhodobě udržitelné, neboť byla narušena jejich „ústavní statika“. Mám na mysli situaci po roce 1989, kdy zdrojem moci přestal být pracující lid, nominálně se od účinnosti ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci, dělící do lidí dvou republik, ale fakticky fungující jednotně, byv řízen vůdčí úlohou Komunistické strany Československa, jak nařizoval čl. 4 Ústavy z roku 1960. Na situaci, že zdrojem moci v nově demokratickém Československu budou dva stále oddělenější národy, jednoduše nebyla Ústava ČSSR ve znění ústavního zákona o československé federaci stavěna, a nominální přejmenování státu na ČSFR ani jednotlivé ústavní novely na tom nedokázaly nic změnit. Ústava se tak stala opět jen soupisem procedur, ovšem bez jasného hodnotového přesahu (s obyvatelstvem státu se ostatně rozešla i z hlediska náležitostí rozebraných v podkapitolách 6.2 a 6.3). Pro nově vymezené obyvatelstvo, pro tento dvojitý zdroj státní moci, bylo zapotřebí sestavit zcela novou společenskou smlouvu, což se v rámci československé federace bohužel nikdy nepovedlo.

⁵⁶¹ Cit. dle HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 97.

⁵⁶² KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 118, vychází zde ovšem z Františka Weyra.

⁵⁶³ „1. Všechny národy mají právo na sebeurčení. Na základě tohoto práva svobodně určují svůj politický statut a svobodně uskutečňují svůj hospodářský, sociální a kulturní vývoj.
2. Všechny národy mohou pro své vlastní cíle svobodně disponovat svým přírodním bohatstvím a zdroji bez újmy na jakýchkoli závazcích vyplývajících z mezinárodní hospodářské spolupráce, založené na vzájemné výhodnosti a mezinárodním právu. V žádném případě nesmí být národ zbaven svých vlastních prostředků k životní existenci.
3. Státy, smluvní strany Paktu, včetně těch států, které jsou odpovědné za správu nesamosprávných a poručenských území, budou podporovat uskutečnění práva na sebeurčení a budou toto právo respektovat v souladu s ustanoveními Charty Organizace spojených národů.“

6.1.4 Státní moc

Zmínka o zdrojích státní moci nás nutně vede k třetímu a zároveň poslednímu definičnímu znaku státu: ke státní moci. Moc má pro stát jednak onu definiční hodnotu, neboť bez organizující moci by ony předchozí dva znaky vytvářely toliko skupinu lidí usazených na daném území, tedy předstátní (či „předsmluvní“ - viz následující podkapitulu) společnost. Zároveň má také tu zvláštnost, že zatímco území i obyvatelstvo by mohlo existovat bez státu, státní moc nikoli; až existence státu činí z moci jako ovládání jednoho člověka druhým,⁵⁶⁴ specifickou „státní moc“, která jediná smí legitimně používat násilí. Slovy Arnošta Gellnera: „*Diskuse o státu mohou započít proslulou definicí Maxe Webera, totiž jako té instituce uvnitř společnosti, která má monopol na zákonné násilí. Zde skrytá myšlenka je jednoduchá a svůdná: v dobře řízených společnostech, v jakých většina z nás žije nebo se snaží žít, soukromé násilí nebo násilí skupin je nezákonné. Konflikt jako takový není nezákonný, ale nemůže být právoplatně řešen soukromým násilím nebo násilím skupin. Násilí smí být použito pouze ústřední politickou autoritou a těmi, na něž přenáší toto právo. Mezi různými sankcemi používanými k udržení pořádku smí použít krajní sankce - síly - jediné jedna zvláštní, jasně identifikovaná a dobře centralizovaná, ukázněná instituce uvnitř společnosti. Tato instituce nebo skupina institucí je stát.*“⁵⁶⁵

V ústavě a jejím materiálním ohnisku však jistě není vymezeno pouze to, že v daném státě existuje moc; spíše lze čekat, že v ní budou řešeny dvě těsně související otázky definující povahu moci v daném státě.

První z nich je otázka, kdo je v dané ústavě označen za subjekt, který je jejím zdrojem, tím, který jí dodává legitimitu, tedy „její zdůvodnění a její akceptaci.“⁵⁶⁶ Pavel Holländer dodává, že „[l]egitimita tudíž má dvě stránky: procedurální a hodnotovou. Procedurální stránka legitimacy znamená, že legitimní se moc stává tehdy, jestliže je výsledkem obecně akceptované procedury. Hodnotovou stránku legitimacy moci představuje obecně akceptovaný rámec hodnot, ve kterém se legitimní moc má a může pohybovat.“⁵⁶⁷ Tradičně se legitimita odvozovala od Boha, ještě předtím dokonce od božského původu starověkých panovníků, a byla již od dob starozákonních zprostředkována symbolickým

⁵⁶⁴ K různým koncepcím moci viz HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 51. Základní Weberova definice ocitovaná tamtéž definuje moc jako „možnost prosadit vlastní vůli vnitř nějakého sociálního vztahu i navzdory odporu, nezávisle od toho, v čem tato možnost spočívá.“

⁵⁶⁵ GELLNER, A. *Národy a nacionalismus*. Praha: Hříbal, 1993, s. 14.

⁵⁶⁶ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 59.

⁵⁶⁷ Tamtéž, s. 60.

pomazáním. Radikální obrat však přinesla koncepce společenské smlouvy (viz následující podkapitolu), jež označila za jediný akceptovatelný (podle Hobbese prapůvodní, podle Rousseau stále trvající) zdroj moci lid.

Vojtěch Belling pak předestírá tři základní koncepce legitimacy: první předpokládá objektivní, či alespoň na ústavodárné moci nezávislé kritérium ospravedlnění ústavodárce a jím zformované politické moci (takovou roli by mohly hrát i hodnoty zakotvené v materiálním ohnisku ústavy); druhá naopak vylučuje možnost posouzení legitimacy určitého politického systému mimo sám tento systém, neboť jediným pevným bodem legitimacy je faktické podřízení se moci a její dlouhodobá, pasivní akceptace ze strany podřízených subjektů; třetí pak oba koncepty spojuje a chápe jako zdroj legitimacy spojení prvku reprezentace suverénního politického národa a jeho hypotetické vůle a prvku demokracie.⁵⁶⁸

Druhou z nich je otázka o omezenosti, či naopak neomezenosti dané státní moc, tedy o její suverenitě. Suverenitu coby vnitřní i vnější nezávislost na jiných mocenských institucích patrně poprvé použil jako definiční znak státu francouzský teoretik absolutistické monarchie Jean Bodin. Po propojení s teorií společenské smlouvy se pak přetvořila do koncepce suverenity lidu, coby moci ustavující (*pouvoir constituant*), od níž se teprve díky společenské smlouvě odvozuje legitimita jednotlivých státních orgánů coby moci ustavené (*pouvoir constitué*).⁵⁶⁹

I při úvahách o státní moci jako definičním znaku státu a o zdroji její legitimacy lze uvést historický příklad toho, jak zásadní změna v subjektu legitimizujícím státní moc změnila materiální ohnisko ústavy do neudržitelné podoby. V únoru 1948 se postupem formálně souladným s textem Ústavy z roku 1920 podařilo uskutečnit komunistický puč, jehož představitelé otevřeně deklarovali, že jejich vítězstvím se změnilo jak vymezení moci ustavující (již ne „lid“, ale „pracující lid“), tak i moci ustavené (vláda „obrozené Národní fronty“ tedy s explicitním omezením, jaké podmínky musí splňovat ten, kdo se na výkonu této moci chce podílet), nemluvě o odklonu od demokratického režimu (který byl - na rozdíl od opačného režimu lidově-demokratického - Ústavou z roku 1920 výslovně a neoddiskutovatelně

⁵⁶⁸ BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 8-10.

⁵⁶⁹ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovédy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 80-82. K moderním teoriím suverenity a „post-suverenity“ viz v české literatuře zejména shrnutí v PŘIBÁŇ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, č. 2/2013, s. 105-123.

předpokládán) a od státní suverenity, která byla od roku 1948 (a fakticky již dříve, jak si roku 1947 hořce uvědomil ministr zahraničních věcí Jan Masaryk donucený nátlakem Moskvy odmítnout Marshallův plán) podmíněna souladem se zájmy SSSR. K dobru nově ustavené moci nutno přiznat, že prokázala svou akceschopnost i tím, že tento rozchod přeživší se psané ústavy s reálnou ústavností nového režimu během pouhých dvou měsíců promítla do nové ústavy 9. května, která tuto změnu režimu alespoň zčásti odrážela.

6.1.5 Shrnutí

Lze tedy uzavřít, že každá ústava by měla vymezit, jak je určeno její území, kdo je jejím lidem a jak tento lid legitimuje státní moc. Jde o definiční znaky státu, a tím pádem i o ony klíčové otázky, které si podle Carla Schmitta musí každá společnost zodpovědět, má-li vůbec mít daný stát ústavu. Jak jsme viděli v trojici historických příkladů, zásadní změny, které odklonily reálnou odpověď na tyto klíčové otázky od odpovědí uvedených v jednotlivých československých ústavách, neudržitelným způsobem narušily jejich „statiku“, tedy jejich materiální jádro.

Samozřejmě, to, co bylo dosud řečeno o zásadnosti vymezení státního území, obyvatelstva a státní moci pro určení materiálního ohniška ústavy, platí pouze „tak dlouho, dokud“ definuje stát právě výše uvedená Jellinekova triáda. To samozřejmě nemusí platit věčně. Jellinekova triáda je totiž vyvrcholením vývoje počínajícího vymezením „suverenity“ a „suveréna“ Jeanem Bodinem, pokračujícím jasným sepětím mezi suverénem a jím ovládaným územím a obyvatelstvem po vestfálském míru v roce 1648 a konečně koncepcí společenské smlouvy, která z obyvatelstva definitivně učinila lid, od nějž suverén svou moc dle Hobbese odvozuje, ale který ji o ni může podle Locka připravit a revolucemi osmnáctého století tak také učinil. Tento lid pak nabyt - alespoň z evropského pohledu - převážně etnickou povahu, jak vyžadovala nacionalistická filosofie, politická ideologie a postupně i právo odrážející se od konce první světové války v právu na národní sebeurčení, které ve střední Evropě nabylo povahy sebeurčení etnicky vymezeného národa (*ethnos*), alternativně od sebeurčení jinak definovaného „politického národa“, tedy společenství relativně homogenního „spirituálně, sociálně a politicky“ (*démós*)⁵⁷⁰. Státy, v nichž žijeme, jsou naplněním tohoto vývoje spjícího k trojici znaků, které lakonicky vymezil Georg Jellinek ve své triádě definující stát.

⁵⁷⁰ HELLER, H. *Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, Vol. 2.* 1971, s. 427.

Pouze formou neprávniho exkurzu můžeme naznačit, že nynější vývoj ukazuje, že tato triáda nemá „patent na věčnost“. Aniž bych měl ambici tento vývoj předpokládat, je snad namístě naznačit, že propojení (suverénní) moci s územím a (národnostně, či jinak jednoznačně vymezeným) obyvatelstvem má svůj vrchol patrně již za sebou. Do budoucna toto jasné propojení ohrožuje několik faktorů. Stohy knih již byly napsány o nahlodávání suverenity státních mocí v éře globalizace vyznačující se nárůstem významu zcela jiných aktérů: mezinárodních vládních (ty ovšem svou legitimitu stále odvozují právě od států) a nevládních (ty zatím nemají tak podstatnou reálnou moc) organizací, stejně jako jediné dosud existující mezivládní organizace nadnárodní (tedy EU), a nadnárodních korporací (s ekonomickou silou často převyšující ekonomickou sílu celé řady států, jak je opakovaně připomínáno).

Nahlodávána je i jednota „lidu“. Skoro se chce podotknout, že státy jako Island po roce 1944 či Česká republika po roce 1993 patřily ke vzorovým exemplářům států naplňujících kromě suverénní moci i jednotu obyvatelstva, a to jak z hlediska národnostního, tak z hlediska oné Hellerovy základní homogenity spirituální, sociální a politické (byť se to možná samotnému lidu „zevnitř“ nemuselo jevit úplně jasným), která dělá z obyvatelstva politický národ a která je nezbytnou podmínkou uplatnění reprezentativně-demokratického systému vládnutí.⁵⁷¹ Jak připomíná Vojtěch Belling: *„Není-li pochyb o tom, že předpokladem reprezentativní demokracie je existence národního státu (s národem nechápaným jako ethnos, nýbrž démos...), je jedinou možností zachování tohoto systému demokracie i uchování principu klasické státnosti, který se ovšem v posledních letech sám vytrácí. (...) Princip reprezentace, jakkoli založený na fikci politické jednoty a a homogenního lidu, je jako jediný schopen právně-logicky ospravedlnit všeobecnou platnost kolektivních rozhodnutí i pro ty, již s ním jako jednotlivci nesouhlasí, a je proto předpokladem liberálně-demokratického modelu, jak se v západním světě vyvinul v posledních dvou letech.“*⁵⁷²

Nynější století je ovšem mnohem více charakterizováno jednak narůstáním migrace a z toho plynoucím multikulturalismu (tedy plurality kultur na jednom území), jednak narůstáním bi- (či poly-)politismu⁵⁷³ stále většího množství Evropanů, doprovázeným i zmenšováním faktického významu branné povinnosti jako ústavně

⁵⁷¹ BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 107.

⁵⁷² Tamtéž, s. 122.

⁵⁷³ Viz EMMERT, F. *Česká republika a dvojí občanství*. V Praze: C. H. Beck, 2011.

zakotvené povinnosti, která byla v minulosti nejmocnějším zviditelněním loajality občana ke státu, dnes je naopak oslabována profesionalizací armády, blahodárným dlouhodobým mírem (viz závěr knihy), ale i změnou povahy soudobých mezinárodních konfliktů, které se přeměňují začasť v asymetrické konflikty, tedy takové, v nichž jednou ze znesvářených stran není stát.⁵⁷⁴ I o těchto tématech již byly napsány stohy článků.

Zatím mimo hledáček doktríny (alespoň právní či politologické) zůstává „deteritorializace“, tedy stále menší spjatost moci a lidu s územím. Jak podotýká Ondřej Císař: „*Také stát je postupně vyvažován ze své teritoriality - a to nejen díky ekonomické globalizaci, ale také díky procesům makro-regionální politické spolupráce, např. prostřednictvím Evropské unie. Jasně teritoriálně delimitovaná státní autorita, která ve všech funkcionálních sférách dané společnosti končila tam, kde začínala autorita státu jiného - tedy na státních hranicích -, charakterizuje současný model uspořádání stále méně. Pravděpodobnějším se jeví model překrývajících se a ne zcela jasně vymezených autorit, připomínající spíše předmoderní model rozptýlené mocenské kontroly.*“⁵⁷⁵ Možná jde o nový jev, možná ale jen o znovuoživení před-vestfálského stavu prolínajících se jurisdikcí a srovnatelně silných identit a příslušností (příslušnost jednotlivce k panovníkovi, církvi, cechu, řádu).

Nelze přitom přehlédnout, že moc je stále snazší uplatňovat extrateritoriálně: prostředkem takového extrateritoriálního uplatnění moci už dávno není pouze tradiční okupace ve smyslu krátkodobého ovládnutí cizího území; ale i schopnost některých států (momentálně především USA) uplatňovat svou moc a kontrolu prakticky kdekoli na planetě, a to i velmi krátkodobě a nepozorovaně.

Krom toho se rozvolňují i hranice. Na jedné straně už není v případě většiny států (zejména drtivé většiny evropských států) pochyb o tom, kudy jejich zeměpisné hranice vedou, na straně druhé, právě ta stále přesněji demarkovaná čára na mapě je stále méně důležité. Nejvíce to pochopitelně platí v kontextu EU,⁵⁷⁶ kde od roku 1985 Schengenská dohoda započala proces odstraňování kontrol na vnitřních hranicích EU, respektive jej nahradila méně jednoznačným pásmem,

⁵⁷⁴ Viz MANWARING, M. G. *Complexity of modern asymmetric warfare*. Norman: University of Oklahoma Press, 2012.

⁵⁷⁵ CÍSAŘ, O. Mezi suverenitou a světovým státem, In HRUBEC, M. (ed.): *Globální spravedlnost a demokracie*. Filosofie, Praha, 2004, s. 162-163.

⁵⁷⁶ Přesněji řečeno v EU - z dnešního hlediska - bez Spojeného království, Irska, Rumunska a Bulharska, zato včetně nečlenských států Švýcarska a Lichtenštejnska, Norska a poněkud překvapivě Islandu.

kde státy smějí uskutečňovat kontrolu pohybu, nesmí jít ovšem o kontrolu „hraniční“.⁵⁷⁷ Ke zpochybnění významu stávajících hranic přispívá i mimo evropský kontext to, že součástí zeměpisného prostoru států jsou tranzitní prostory letišť, na nichž se uplatňuje právně problematická, byť prakticky nezbytná fikce, že kdo je v tranzitním prostoru, není na území státu; přispívají k němu kontroly příjždějících (typicky přilétávajících), které některé státy uskutečňují ještě dlouho před přistáním,⁵⁷⁸ ba dokonce na území jiného státu (britské imigrační kontroly uskutečňované v první dekádě tohoto století na ruzyňském letišti) a podobně. Slovy Jorrita Rijpmys: „*Hranice už není tou čarou jasně vymezující území, neboť dochází k posunu jejího místa, významu a zpusobu, jakým je prožívána*“.⁵⁷⁹

Stejně tak se ovšem „deteritorializují“ i lidé: v situaci, kdy komunikační sítě umožňují komunikaci kohokoli s kýmkoli v reálném čase (aspoň v rámci technicky vyspělých společností), a tedy i výkon celé řady prací lze plně „deteritorializovat“, je patrně jen otázkou času, kdy reálné fyzické setkávání lidí, tedy jejich souběžné pobývání na jednom prostoru bude spíše jejich ryze soukromým koníčkem, než činností, která by měla vyvolávat jakékoli právní následky (toto setkávání snad plyne z lidské přirozenosti, pojem státu v ní ovšem najdeme stěží, takže od ní stát, jak jej dnes známe, záchranu čekat patrně nemůže). Jinak řečeno, pokud již dávno nemusím sdílet stejnou zemi (ba ani kontinent) s tím, komu poskytuji svou službu, ani se svým zaměstnavatelem, proč bych ji měl sdílet s těmi, s nimiž vytvářím stát, tedy s nimiž spolupodléhám téže moci? Není společné fyzické (krátkodobé) nacházení se na jednom území s lidmi (s nimiž mám stále méně společného, národnostně i hodnotově) nahodilostí příliš banální, než aby založilo důvod k tomu, abych s nimi podléhal téže moci (a její ochraně), když můžu stejně efektivně podléhat nějaké úplně jiné moci?

Všechny tyto tři faktory (deteritorializace státní moci, heterogenizace „lidu“ a vyprazdňování důležitosti území) působí pochopitelně synergicky. Společně

⁵⁷⁷ K problematičnosti tohoto vymezení viz rozsudek ESD (velkého senátu) ze dne 22. 6. 2010 Melki a Abdeli, C-188/10 a C-189/10.

⁵⁷⁸ Viz povinnost leteckých společností odmítnout nalodění pasažérů, kteří nemají potřebná povolení ke vstupu na území státu přistání pod sankcí povinnosti dopravit je zpět na vlastní náklady, čímž vlastně letecké společnosti zčásti nahrazují hraniční kontroly státu příletu hned ve státu odletu; či koncept API (*advanced passenger information*), které letecké společnosti posílají státům ještě před přistáním.

⁵⁷⁹ Proneseno dne 9. 7. 2013 na přednášce *The EU's Brave New Borders: The Use of Technology for the Regulation of Immigration and Asylum*, Evropský univerzitní institut, Florencie.

- a patrně neodvratně - způsobují patrně soumrak moderního státu⁵⁸⁰ a rozdělují dříve nedělitelnou trojici moci, lidu a území. Trefně to shrnuje Pavel Dufek: „Zejména v návaznosti na fenomén ekonomické globalizace a jeho důsledky, ale také v souvislosti s rozrůstáním se nadnárodních politických a byrokratických struktur, rozvojem mezinárodního práva či prohlubujícími se environmentálními problémy se totiž podle mnoha autorů a autorek rozpadá dosavadní shoda (kongruence) mezi územím státu, národem, lidem jakožto suverénem a výkonem politické moci, která definovala politickou modernitu (...). Od těchto úvah je pak již jen krůček k závěru, že vymezení demokratického lidu je třeba pojmut radikálně jinak - totiž kosmopolitně, s důrazem na přeshraniční externalitu politického rozhodování v jednotlivých státech i v nadstátních politických a ekonomických strukturách.“⁵⁸¹

Jejich rozklizení by samozřejmě vedlo i ke zpochybnění pojmu státu, jak jej znalo období po vestfálském míru a jak jej popisuje Pavel Holländer: „Čelíme absenci obecně sdíleného důvodu legitimacy moci, absenci zdůvodnění statusu jednotlivce, zásadní modifikaci kategorií vnitřní a vnější suverenity, ztrátě funkčnosti státu a opuštění pořádacích principů právního řádu. Rok 1989 a roky následující byly dobou vedenou heslem návratu (demokratické) modernity. Dělo se tak již v okamžiku jejího zániku.“⁵⁸² Takový zánik ostatně už v roce 1963 věstil Carl Schmitt: „Evropská část lidstva žila až donedávna v epoše, jejíž právní pojmy byly plně formovány státem a stát také předpokládaly jako model politické jednoty. Nyní se celá epocha státnosti chýlí ke konci. O tom není třeba diskutovat. A zároveň s ní spěje ke konci i celá nadstavba pojmů vztahujících se ke státu, kterou během čtyřsetleté myšlenkové práce zbudovala europocentrická státověda a vědecké teorie mezinárodního práva. Stát jako model politické jednoty, stát jako nositel nejpodivuhodnějšího ze všech monopolů, totiž monopolu politického rozhodování, tento skvělý výtvar evropské formy a západního racionalismu je zřabován trůnu.“⁵⁸³ Na takovou situaci se však ústavní právo samozřejmě připravit nemůže. Tento exkurz měl pouze připomenout, že vše výše i níže řečené nemá ambici na více než

⁵⁸⁰ Bárány zahrnuje mezi příčiny tohoto úpadku moderního post-vestfálského státu difuzi moci, ztrátu obecně sdílených hodnot legitimacy, globalizaci a vliv nadstátních celků a mezinárodních vztahů a oslabení informačního postavení státu, jakož i jeho ekonomického vlivu. BÁRÁNY, E. *Moc a právo*. Bratislava: Veda, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1997, s. 127 an., cit., dle HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 27.

⁵⁸¹ DUFEK, P. Teorie demokracie a politická filozofie: úskalí demokratizace demokracií, In HOLZER, J. MOLEK, P. *Demokratizace a lidská práva*. Praha: SLON, 2013, podkapitola 4. 2.

⁵⁸² HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 28.

⁵⁸³ SCHMITT, C. *Pojem politična: text z r. 1932 s předmluvou a se třemi korolárii*. Praha: OIKOYMENH, 2007, s. 10.

střednědobou relevanci, neboť dlouhodobý horizont může učinit úvahy o státech a jejich ústavách daných „lidem“ nacházejícím se na daném území jako ústavodárcem bezpředmětnými.

Nabízí se ostatně - aby podkapitola nekončila zcela pesimisticky - veselejší pohled na budoucnost konceptu státu, kterou ve své polemice s právě citovaným Holländerovým článkem nabízí Jiří Příbáš (podle titulů článků jde o střet Holländerova soumraku s Příbášovými červánky): *„Ústavní stát jako sociální organizace strukturálního zdvojování práva a politiky posiluje nové formy moci, jejichž nejpřesvědčivější konceptualizací se ukazuje být státní nebo ústavní suverenita. Proto bychom se také měli zdržet unáhlených soudů o konci státnosti, soumraku moderního státu nebo globálním právem bez státu. Suverénní státy totiž nadále fungují jako mocenské organizace i v politických a právních konstelacích globální společnosti. Moderní stát dokonce nadále přetrvává jako nejběžnější forma politické organizace i v globálním politickém systému, který je jinak charakteristický institucionální a organizační rozmanitostí na regionální, mezinárodní i transnacionální úrovni. Politická moc a zdroje legitimacy moderního státu ztratily však svou strukturální i symbolickou exkluzivitu. Stát, který kdysi dominoval právní i politické komunikaci, se stal jen jednou z mnoha organizací globální společnosti, která umožňuje a zprostředkovává operace globálních systémů práva a politiky. Moc suverénního státu se stala součástí mnohem komplexnějších a nabadilejších globálně mocenských struktur.“*⁵⁸⁴

6.2 Společenská smlouva

Koncepce materiálního ohniska, respektive nezměnitelných náležitostí ústavy, těsně souvisí s koncepcí společenské smlouvy,⁵⁸⁵ neboť jak připomíná Pavel Holländer: *„Psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárnou moc (pouvoir constituant), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí.“*⁵⁸⁶ Tento přístup se odrážel i v prvních ústavních dokumentech moderní ústavnosti, jak ukazuje třeba čl. 1 až 3 Virginského prohlášení práv z roku 1776: *„1. Všichni lidé jsou od přírody stejně svobodní a nezávislí a mají*

⁵⁸⁴ PŘIBÁŠ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, č. 2/2013, s. 105–123, na s. 122.

⁵⁸⁵ Souhrnně k ní viz KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 87–94.

⁵⁸⁶ HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1–28, na s. 7.

určitá vrozená práva, jichž při vstupu do organizované společnosti nemohou žádným způsobem zbavit budoucí generace; konkrétně právo na život a svobodu, nabývání a udržení vlastnictví a vyhledávání a získání štěstí a bezpečí.

2. *Veškerá moc pochází a je odvozena od lidu, úředníci jsou jejich zplnomocněnci, kteří lidu vždy podléhají.*

3. *Vláda je a má být vytvořena pro veřejné blaho, ochranu a bezpečí lidu, národa a společnosti; ze všech možných podob a forem vlády je právě tato nejlépe schopna zaručit nejvyšší stupeň štěstí a bezpečí a je nejlépe zabezpečena proti nebezpečí špatné správy. A tehdy, kdy je vláda shledána nevhodnou či rozpornou s těmito účely, většina společnosti má nezpochybnitelné, nezadatelné a neporažitelné právo takovou vládu pozměnit, vyměnit či zrušit takovým způsobem, který bude shledán nejvhodnějším k veřejnému blahu.*⁵⁸⁷ Materiální ohniško tímto pohledem můžeme vnímat jako podstatné náležitosti (*essentialia negotii*⁵⁸⁸) společenské smlouvy, která byla zakotvena do psané ústavy.

Opačný přístup zastával Carl Schmitt, podle nějž je nutno odlišovat (i) společenskou smlouvu jako akt ustavení státu a státní společnosti, jak od (ii) smlouvy, kterou se několik dosud suverénních států spojí v jeden, tak od (iii) ústavní smlouvy, jíž takto vzniklá státní společnost určuje formu své státní existence (ať už formou skutečné federální smlouvy spojující více politických jednotek v jednu, či formou ústavní smlouvy uvnitř státu, například mezi panovníkem a lidem či stavy). Odkazuje v tom i na Rousseaua odlišujícího společenskou smlouvu od základních zákonů a připomíná, že právním základem takové ústavní smlouvy je a zůstává

⁵⁸⁷ „Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

Section 2. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them.

Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.“ Cit. dle http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html, navštíveno dne 16. 9. 2014.

⁵⁸⁸ Jde o paralelu použitou Ondřejem Preussem v příspěvku *Podstatné náležitosti demokratického právního státu v judikatuře českého Ústavního soudu*, in GERLOCH, A., KYSELA, J. 20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 126-137.

politická vůle těch, kdo takovou ústavní smlouvu přijali.⁵⁸⁹ V této podkapitole se ovšem podržím většinové koncepce, která společenskou smlouvu a schmittovskou „ústavní smlouvu“ prakticky směřuje, jakkoli to je patrně možné pouze pokud obojí vnímáme spíše jako konstitucionalistický mýtus, takže nemusíme reálně odpovídat na otázku, zda byl dříve lid (a kde byl vymezen?) nebo ústava (a kdo ji přijal?).

Onu spojitost mezi společenskou smlouvou a materiálním ohniskem ústavy trefně popisuje Vojtěch Šimíček: *„Koncepce nezměnitelných ustanovení ústavy myšlenkově navazuje na učení o společenské smlouvě. Při veškerém možném zjednodušení lze za podstatný rys této teorie (či spíše fikce anebo dokonce metafory) označit to, že ústava je konsenzuálním průnikem hodnot, vůle a zájmů občanů daného státu. Občané se dobrovolně zřekli části svého autonomního postavení ve prospěch státu, a jsou mu proto povinováni řadou konkrétních povinností, souborně podřaditelných pod jediný společný jmenovatel: důsledné dodržování právního řádu. Na straně druhé však mají právo požadovat od státu ochranu a plnění obecných zájmů. Zejm. mohou od státu legitimně očekávat ochranu svých základních práv a svobod.“*⁵⁹⁰

Smluvní základ vytvoření společnosti nacházíme už ve starověku, konkrétně ve smlouvě uzavřené mezi Hospodinem a Izraelem, či u sofisty Lykofróna, který podle Aristotela (s tímto pojetím nesouhlasícího) odvozuje základ státu také od smlouvy.⁵⁹¹ Teprve v 17. a 18. století se ovšem koncepce či možná spíše nově vytvořený „mýtus“ společenské smlouvy⁵⁹² stal opravdovým paradigmatickým posunem ve vnímání zdrojů státní legitimacy a smyslu existence státu vůbec. Trefně to postihl Albert Camus: *„Předrevoluční monarchie (...) byla z milosti boží, to znamená ve své legitimitě nezpochybnitelná (...) její vykonavatelé ji chápali a prezentovali jako axiom (...) Až dosud pocházeli králové od Boha a lid od králů. Od časně Společenské smlouvy pochází lid sám od sebe a od lidu pak pocházejí králové. (...) Máme před sebou období Newtonovy revoluce na politické rovině.“*⁵⁹³ Tomu by (navzdory výše uvedeným výhradám ke koncepci

⁵⁸⁹ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 112-119.

⁵⁹⁰ ŠIMÍČEK, V. In BAHÝTOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky – komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 155.

⁵⁹¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 87.

⁵⁹² Gustav Radbruch vysvětluje fiktivnost společenské smlouvy následovně: *„Nechce tvrdit, že skutečné státy byly cílevědomě vytvořeny na základě smlouvy, nýbrž pouze to, že správný stát musí být myslitelný jako výsledek smlouvy mezi svými členy.“* RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 70, cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 88. Na takto vnímaném smluvním základě staví svou koncepci spravedlnosti i John Rawls.

⁵⁹³ CAMUS, A. *Člověk revoltující*. Praha: Garamond, 2007, 125-126, Cit. dle HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 6-7.

společenské smlouvy jako základu ústavy) přitakal patrně i Carl Schmitt, který tvrdí, že legitimita může být pouze dvojího typu: dynastická, tedy založená na autoritě monarchy a přenášená nástupnictvím; nebo demokratická, spočívající na myšlence, že stát je politickou jednotou lidu.⁵⁹⁴

Teorie společenské smlouvy vlastně představuje i zdůvodnění existence ústav, jak bylo naznačeno v kapitole 2. Již od ústav ze 17. století totiž převládalo přesvědčení, že je ústava trvalejší než ostatní zákony a že jim je nadřazena. Teorie společenské smlouvy našla zdůvodnění této trvalosti: je-li totiž ústava odrazem rozhodnutí lidu jako ustavující moci, respektive smlouvy mezi lidem a jím ustavenou mocí, pak ji nemůže sama moc ustavená změnit a všechna rozhodnutí vytvořená touto mocí (typicky parlamentem), včetně zákonů s ní musejí být souladná. Moc ustavená totiž nemůže překročit hranice, které si sama jednostranně nedala. Je tak teorie společenské smlouvy zdůvodněním nadřazenosti ústavy všem ostatním státněmocenským aktům, a to spolu s institucionálními garancemi dodržování této nadřazenosti.⁵⁹⁵ Jedině nadřazenost totiž ústavě zaručí, že bude fungovat jako nástroj ochrany občanů proti zneužití moci ze strany státní moci. Jak trefně konstatuje Jan Kysela v reakci na klasické rozhodnutí Nejvyššího soudu USA *Marbury v. Madison*: „*Ústava zřizuje zákonodárnou moc. Kdyby mohla zákonodárná moc přijímat zákony rozporné s Ústavou, aniž by to mělo nějaký dopad na jejich aplikovatelnost, k čemu by Ústava byla? Koho by zavazovala? Vůle zmocněnce by převládala nad vůlí zmocnitele, který si Ústavu dal ve zvláštním shromáždění a potvrdil ji dalším hlasováním.*“⁵⁹⁶

Nadřazenost ostatně jako definiční znak ústavy akceptoval i voluntarista Schmitt.⁵⁹⁷ Pokud jsme tedy v předchozí podkapitole hledali odpověď na otázku, jaké znaky musí ústava mít, aby šlo o ústavu „státu“; teorie společenské smlouvy je možným zdůvodněním toho, jaké znaky musí mít, aby byla „ústavou“ státu, nikoli jen organizačním zákonem, který je měněn po každých volbách.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 138.

⁵⁹⁵ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státní vědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 265.

⁵⁹⁶ KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

⁵⁹⁷ SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008, s. 93.

⁵⁹⁸ Ideálním příkladem takového zákona je tzv. kompetenční zákon, tedy zákon č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, jehož přehled novel za posledních dvacet let trefně kopíruje jednotlivá volební období českého parlamentu.

Přijetí teorie společenské smlouvy jako toho mýtu, na němž stojí daná ústava, nutně znamená (ba dokonce předpokládá) také akceptaci lidu jako zdroje veškeré moci (jakkoli podle Hobbesa o ni lid právě společenskou smlouvou přišel a převedl ji na panovníka coby suveréna⁵⁹⁹). Přistoupí-li pak k tomuto předpokladu také předpoklad, že součástí lidu jsou všichni lidé trvale usazení na daném území a že jsou si navzájem rovni (což jsou podmínky, které například u patrně nejslavnější psané ústavy všech dob, tedy u Ústavy USA z roku 1787, rozhodně splněny nebyly, neboť v době jejího přijetí byl „lid“, tedy onen „*We, the people*“ z preambule ústavy, vymezen dosti úzce, zejména s vyloučením veškerého nebělošského obyvatelstva a patrně i žen⁶⁰⁰), pak může jít o ústavu demokratickou, tedy takovou, jež „*je fikcí společenské smlouvy, v nejobecnější formě vyjadřuje rámec lidské svobody, slučitelný se svobodou jiných, soustavu konstitutivních hodnot a konečně strukturu základních institucí veřejné moci a proceduru, jíž nabývají legitimacy. Účelem těchto institucí je garantovat ústavní rámec svobody, garantovat vnitřní mír, jakož i další ústavou předvídaná veřejná dobra.*“⁶⁰¹ Znak demokratické (liberální) ústavy nicméně rozebereme podrobněji až v další podkapitole.

Teorie společenské smlouvy přitom není pouze jakýmsi státovědeckým mýtem bez praktických důsledků. Vůle koncipovat ústavu jako akt vytvoření státu či kvasistátního útvaru coby vyjádření jednoty lidu podléhajících na určitém území určité moci a jí vytvářeným zákonům se prakticky objevuje již v nejstarších ústavách počínaje *Fundamental Ordres of Connecticut* z roku 1639. „*Lid (...) není zajímavý jen jako dávný či hypotetický zdroj moci suveréna, nýbrž sám je suverénem vstupujícím do rozhodování. Setkáváme se tu s identitní demokracií - vládnoucí jsou i ovládanými, ku pomoci jsou jim pouze delegáti, nikoliv však reprezentanti s nárokem politické společnosti ztělesňovat. Lid je chápán jako kolektivní entita, možná poněkud amorfní.*“⁶⁰²

Pokud ovšem má být ústava odrazem společenské smlouvy, respektive její fikce, a nikoli jen organizačním dokumentem vnuceným vládnoucí mocí, tedy oktrojem shora či fikovým listem totalitního režimu (byť i formálně nadepsaným „ústava“, nejlépe na vnější straně), plyne z toho jak její nadřazenost aktům moci ustavené, tak také větší rigidita. Jak jsme totiž viděli zejména v komparativní kapitole 3, obyčejný

⁵⁹⁹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 88.

⁶⁰⁰ Sir I. Jennings citovaný Janem Kyselou vymezil paradox, který je v přijímání ústavy lidem skryt: „*Lid nemůže rozhodnout, dokud někdo nerozhodne, kdo je lid.*“ Cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 73.

⁶⁰¹ HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 265.

⁶⁰² KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 90.

ústavozákonodárce, tedy parlament, má obvykle zmocnění (výslovně vyjádřené v Ústavě Rakouska, implicitně dovozené Nejvyšším soudem Indie) jen k částečným změnám, tedy k takovým, které neporuší základní strukturu ústavy (tedy její materiální ohnisko), ale umožní toliko její efektivnější fungování směřující k naplnění cílů, jež byly samotnou společenskou smlouvou zakotveny. Jinde je naopak ona rigidita vyjádřena přímo vymezením konkrétních limitů, za něž už ústavozákonodárce nesmí při změnách ústavy jít, tedy jejími nezměnitelnými náležitostmi.

Již výše (podkapitola 3. 5. 1) pak byly rozebrány také důsledky vyplývající z propojení koncepce společenské smlouvy s právem na odpor; a tato koncepce přináší i obecnější důsledky v tom, že z ní vyplývají limity pro uplatňování státní moci, a to i v oblasti tak každodenní, jako je zdanění obyvatelstva, jak připomněl Nejvyšší správní soud: „*Současný stát je nutno vnímat jako důsledek společenské smlouvy, tzn. konkludentního konsensu společnosti o tom, že existence instituce zajišťující veřejné zájmy je racionální. Jakkoliv proto má stát v řadě vztahů vrchnostenské postavení, je jeho prvotní podstata založena na smluvní bázi. To mimo jiné znamená, že každá fyzická i právnická osoba má ve vztahu ke státu nejen řadu povinností (souhrnně podřaditelných pod povinnost respektovat jeho právní řád), nýbrž rovněž řadu práv. Touto optikou nazíráno představuje daňový systém nejen nezbytný prostředek k materiální existenci státu, nýbrž především jakýsi test legitimacy instituce státu. Soustava daní proto musí být z hlediska její koncepce i konkrétní aplikace transparentní, předvídatelná a přiměřená. V opačném případě zmíněnou legitimizační funkci nemůže splňovat, a v konečném důsledku tak zpochybňuje samotný význam a funkci státu.*“⁶⁰³

Teorie společenské smlouvy tak představuje lid jednak jako „lid nad ústavou“, tedy jako ustavující moc, která může v budoucnu v lockovském pojetí odstranit ústavu i stát, přestane-li vyhovovat jeho potřebám a představám; a jednak jako „lid uvnitř ústavy“, od něhož odvozují (volbou či jinak) svou legitimitu všechny státní orgány jako moc ustavená, přičemž zároveň smyslem jejich fungování a fungování celého státu je sloužit potřebám lidu (nikoli potřebám vládnoucí rodiny, rasy či třídy).⁶⁰⁴

V rozsudku Nejvyššího soudu Indie Golaknath v. State Of Punjab⁶⁰⁵ jsme v podkapitole 3.8 viděli, že z teorie společenské smlouvy se dá také ve stopách Johna Locka

⁶⁰³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. 2 Afs 62/2004, č. 572/2005 Sb. NSS.

⁶⁰⁴ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 104.

⁶⁰⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu Indie Golaknath v. State Of Punjab ze dne 27. 2. 1967, 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762.

dovodit to, že základní práva si lid nechal při vytváření společenské smlouvy rezervována pro sebe, protože nemohou být parlamentem změněna a tvoří tak nezměnitelné náležitosti Ústavy Indie.

Pokud pak akceptujeme výše vysvětlenou možnost, že materiální ohnisko ústavy a její nezměnitelné náležitosti nejsou nutně zcela totožné (viz kapitolu 4), můžeme oba tyto těsně propojené koncepty vysvětlit vycházejíce právě z učení společenské smlouvy. Jejím pohledem představují nezměnitelná ustanovení ty náležitosti dané smlouvou, které jedna ze stran - moc ustavená - nemůže změnit, lze je změnit toliko novou ústavou (pokud bychom si vypůjčili banální paralelu z občanského práva, mají nezměnitelné náležitosti takovou povahu jako třeba lhůta pro plnění, po jejímž marném uplynutí si jedna strana vyhradila právo od smlouvy odstoupit). Materiální ohnisko pak představuje základní náležitosti společenské smlouvy, ty, které ji natolik definují, že pokud by byla jedna z nich odstraněna, ostatní ztratí smysl nebo se přinejmenším stane smlouva značně nevyváženou (opět paralelou z občanského práva lze takovou změnu chápat podobně, jako by v kupní smlouvě zůstal závazek převést kupovanou věc, ale změnila se její cena, popřípadě by závazek zaplatit kupní cenu odpadl zcela). Z toho je také vidět, že nezměnitelnými by měly být právě ony základní náležitosti dané společenské smlouvou, klauzule věcnosti by tedy měla být s materiálním ohniskem - v ideálním případě - totožná.

Marek Káčer pak ke vztahu teorie společenské smlouvy a materiálního jádra ústavy připomíná, že oba koncepty mají nadpozitivní povahu a oba ospravedlňují pouze takový právní řád, který splňuje určité hodnotové požadavky. Za axiomatický předpoklad materiálního jádra označuje lidskou důstojnost, za materiální předpoklad společenské smlouvy pak rovnost členů společnosti, která je ovšem přirozeným důsledkem jejich shodné důstojnosti. Dodává také, že společenská smlouva je jen jednou z variant koncepce materiálního jádra a že uvedené teorie jsou v podobném vztahu jako pojem automobilu a pojem dopravního prostředku. Na druhou stranu ale mají oba koncepty opačný účel: konečným účelem teorie materiálního jádra je omezení státní moci; zatímco konečným účelem teorie společenské smlouvy je její založení a ospravedlnění. Teorie materiálního jádra pokládá otázku, jak se má

vládnout (respektive jaký obsah či forma vládnutí už je materiálně nepřijatelná), a snaží se zabránit zneužití moci; teorie společenské smlouvy pokládá otázku, kdo má vládnout, a snaží se zabránit odcizení moci.⁶⁰⁶

6.3 Náležitosti společné liberálně demokratickým státům

Zatímco na dosud rozebraných znacích by se z povahy věci měl shodnout kdokoli, tedy jakýkoli lid, který chce vytvořit „stát“ (podkapitola 6.1), v němž právě on bude legitimovat vládnoucí moc (podkapitola 6.2), nyní přecházíme k otázce, v odpovědi na niž se zdaleka všechny lidi neshodnou, totiž k otázce státního režimu daného státu. Jak uvidíme v následující podkapitole, předpokladem toho, aby ústava mohla být označena za „evropskou“ je, že odpověď na otázku po státním režimu je „liberální demokracie“. Jiný režim v rámci EU nemůže fungovat.

Je přitom nezbytné vymezit, co spojení „liberálně demokratický stát“ znamená, neboť dějiny ukazují, že kromě států, které demokracii výslovně odmítají, je svět poset i státy, které se k ní sice nominálně hlásí, nároky kladené na stát liberálně demokratický však nesplňují, ať už proto, že jde o demokracii s nějakým negujícím přívlastkem (snad nejlepším příkladem je „lidová demokracie“ ve smyslu přechodného stádia po úspěšné proletářské revoluci,⁶⁰⁷ ale před dosažením socialismu, která rozhodně není „demokracií“ v obvyklém smyslu slova) nebo proto, že jde o demokracii takzvaně hybridní.⁶⁰⁸

Proto je namístě nejprve vymezit, co liberální demokracií míníme. Jan Kysela cituje Böckenfördeho, který vymezuje liberální či konstituční demokracii jako demokracii,

⁶⁰⁶ KÁČER, M. *Společenská smluva jako argument proti materiálnímu jádru*, in GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 138-166.

⁶⁰⁷ Ocituje pro zajímavost podrobnou „dobovou“ definici: „*Lidová demokracie: Jedna z forem diktatury proletariátu, která je projevem osobitosti rozvíjení socialistické revoluce za podmínek oslabení imperialismu a změněného poměru sil ve prospěch socialismu. Projevily se v ní historické a národní zvláštnosti jednotlivých zemí. Lidová demokracie vznikla v průběhu národní a demokratické revoluce v několika východoevropských zemích. [...] Charakteristickým rysem lidové demokracie je existence systému vícera politických stran (s výjimkou některých evropských zemí), kdy kromě komunistických existují jiné demokratické strany, které stojí na pozicích socialismu a uznávají vedoucí úlohu dělnické třídy, existují tu specifické organizační formy typu národní fronty, která sjednocuje politické strany a masové organizace. Jiné zvláštnosti období formování lidové demokracie spočívají v tom, že neexistují omezení politických právních, že období odstranění starého státního aparátu je delší apod.*“ Cit. dle ROZENTAL, M. M. a kol. *Filozofický slovník*. Pravda: Bratislava, 1974, s. 298 - 299.

⁶⁰⁸ Viz HLOUŠEK, V., KOPEČEK, L. *Demokracie: teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřítelé a perspektivy demokracie*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2007, s. 285 - 296.

která „je omezena záповědmi uplatňování moci většiny (typicky základní práva) a na ústavu v ní může být nablíženo jako na hodnotový řád, změnitelný jen v omezené míře, tj. nikoliv v základním obsahu, kterým je vázán i lid, ač jej původně stanovil.“⁶⁰⁹

Propojenost těchto dvou leitmotivů, tedy demokracie a ochrany základních práv, trefně vystihl už v meziválečné době Emil Hácha, když chtěl v předmluvě ke komentáři zákonů o správním soudnictví vymezit „myšlenkový základ dnešní soudní kontroly správy“: „Není arci protikladu mezi demokracií a postulátem individuální svobody, ani mezi demokracií a myšlenkou právního státu. Vždyť vše vyrostlo z téhož kořene. Také demokracie vzešla z liberalismu, jenž požadoval politickou svobodu občanovu, která se projevuje v jeho účasti na státní moci. (...) Teoreticky mohla by demokracie potlačit individuální svobodu despotičtěji než autokracie, a nemusila by proto přestat být demokracií, pokud povolávání vůdců zůstane v rukou občanstva, a pokud vůdcové zůstanou nezávislé na své vlastní vůli vyměnitelnými. Demokracie průměrného dnešního typu uznává však jistou, byť v proudu politického vývoje měnivou míru individuální svobody, a demokratickému principu nic se nepřičí postavit tuto svobodu pod ochranu nezávislého soudu. V tomto smyslu dá se mluvit o demokracii liberální.“⁶¹⁰

Celkově tak můžeme z dosud uvedených znaků vytvořit definici liberální demokracie jako státního režimu, v němž se státní orgány, stejně jako pravidla, jimiž jsou tyto státní orgány vázány, přímo či nepřímou odvozují od nediskriminačně vymezeného lidu, a tyto orgány i pravidla vposledku slouží ochraně práv jednotlivců tento lid vytvářejících.

Zmínit je třeba také pohled v současnosti mainstreamového autora, který se právě deficitu liberální demokracie (ať už v její liberálnosti či v její demokratičnosti) systémově zabývá, totiž Fareeda Zakarii. Ten vysvětluje, proč v této podkapitole rovnou rozebírám znak „liberální demokracie“, nikoli jen demokracie „bez přívlastku“: „Pro nás na Západě znamená totiž demokracie ‚liberální demokracii‘: tedy politický řád, k jehož podstatným rysům patří nejen svobodné a řádné volby, ale také vláda práva, oddělení jednotlivých mocí a ochrana základních svobod projevu, shromažďování, vyžnání a vlastnictví.“⁶¹¹ Tentýž autor ale upozorňuje i na rozdíly, které mezi oběma termíny panují:

⁶⁰⁹ BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatstheorie, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main Suhrkamp Verlag, 2. vyd. 2000, s. 181, cit. dle KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.

⁶¹⁰ HÁCHA, E., In RÁDL, Z. *Nejvyšší správní soud: normy o jeho zřízení a působnosti, komentované podle judikatury bývl. správního soudního dvora a nejvyššího správního soudu s použitím materiálů a písemnictví*. Praha: Nákladem Československého Kompas, 1933, s. 4.

⁶¹¹ ZAKARIA, F. *Budoucnost svobody*. Praha: Academia, 2004, s. 22.

„Od časů Herodotových je demokracie jednou provždy definována jako vláda lidu. (...) Jestliže v zemi proběhnou volby, v nichž soutěží více stran, označujeme ji za ‚demokratickou‘. Jestliže podíl veřejnosti na politickém životě státu stoupá, například udělením volebního práva ženám, má se za to, že se takový stát demokratizuje. Volby pochopitelně musejí být otevřené a regulérní, a to vyžaduje určitou ochranu svobody projevu a shromažďování. (...) Ústavní liberalismus na druhé straně se netýká procedury při výběru vlády, ale především jejího cíle. Odvolává se totiž na tradici, v dějinách Západu hluboce zakořeněnou, která se snaží ochránit autonomii a důstojnost jednotlivce před útlakem, ať už je jeho příčinou stát, církev nebo sama společnost. Toto sousloví má dva významy. Je liberální, protože vychází z tradice filosofie, u jejíhož zrodu stáli starí Řekové a Římané a jež vydvihuje svobodu jednotlivce. Je ústavní, protože klade vládu zákona do základu politiky. Ústavní liberalismus se vyvinul v západní Evropě a ve Spojených státech jako obrana práva jednotlivce na život, majetek, svobodu vyznání a projevu. Pro zajištění těchto práv zdůrazňuje kontrolu moci vlády, rovnost před zákonem, nezávislé soudy a tribunály a oddělení církve od státu.“⁶¹² Z toho Zakariovi vyplývá také nutné napětí mezi oběma koncepty: „Napětí mezi ústavním liberalismem a demokracií má největší vliv na autoritu vlády. Podstatou ústavního liberalismu je moc omezit; smyslem demokracie je její koncentrace a použití. Z tohoto důvodu mnozí liberálové v osmnáctém a devatenáctém století soudili, že demokracie bude podkopávat svobodu. I demokratická vláda však podléhá přesvědčení, že má právo na absolutní suverenitu (tj. moc), což může vést k centralizaci moci, často za pomoci neústavních prostředků a obvykle se špatnými výsledky. Končí to pak režimem ne nepodobným diktatuře, byť s větší legitimitou.“⁶¹³ Toto napětí vyjadřuje Helmut Schelsky, podle nějž s sebou naplnění principu „více demokracie“ v podmínkách moderního sociálního státu nutně nese důsledek v podobě menší míry svobody, neboť směřuje k rozšíření oblastí státního rozhodování.⁶¹⁴ Lapidárně řečeno: „Více demokracie znamená v industriálním státě méně svobody.“⁶¹⁵

Toto napětí je však zároveň částečně vyváжено tím, že jak koncept demokratického státu, tak koncept právního státu mají fakticky společné východisko: důstojnost člověka. Není patrně náhodou, ba dokonce ani jen pouhou reakcí na popření lidských práv nacistickým režimem, že právě důstojnost člověka byla postavena coby pomyslná „vlajková loď“ ústavnosti demokratického Německa do čl. 1 odst. 1 jeho

⁶¹² Tamtéž, s. 23-25.

⁶¹³ Tamtéž, s. 125.

⁶¹⁴ Uvedeno dle BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 47.

⁶¹⁵ Tamtéž, s. 115.

Základního zákona.⁶¹⁶ Z důstojnosti je totiž na jedné straně možno dovodit jak požadavky na ochranu lidských práv, která můžeme chápat i jako upřesnění důstojnosti lidské bytosti v jejích různých aspektech; tak také demokracii jako jediný režim souladný s důstojností člověka. Jsou-li totiž všichni lidé nadáni toutéž důstojností, vyplývá z toho právo každého z nich podílet se rovnou měrou na vládě, tedy na správě státu, jenž na ně smí naopak mocensky působit, nejen proto, že to je fakticky jediný způsob jak zabezpečit, že každý bude moci rovnou měrou prosadit svou představu o individuální i kolektivní „cestě za štěstím“, ale i proto, že vyloučení jakéhokoli jedince či skupiny z takového rozhodování by bylo právě v rozporu s důstojností těchto jedinců, když by jím tím bylo dáno na srozuměnou, že jsou z hlediska státu občany menší „hodnoty“, tak jak to udělala třetí říše s vydělením židovského obyvatelstva z čestné kategorie státních občanů (*Staatsbürger*) do nedůstojné kategorie státních příslušníků (*Staatsangehörige*),⁶¹⁷ či třeba socialistické Československo s evidencí „bývalých lidí“, tedy „sice rádných, trestně nevinných občanů, kteří však měli nevhodnou bývalou třídní, či politickou příslušnost.“⁶¹⁸

Propojenost lidské důstojnosti a politické rovnosti jako dvou základních zdrojů odůvodňujících samu ideu lidských práv výstižně pojmenoval Ronald Dworkin ve své základní knize Když se práva berou vážně: „Každý, kdo se rozhodl brát práva vážně a velebí náš stát za to, že je respektuje, musí nějak pociťovat, že toto cosi je. Musí přinejmenším akceptovat aspoň jednu ze dvou důležitých idejí, ne-li obě. První je mlhavá, avšak mocná idea lidské důstojnosti. Tato idea, spojovaná s Kantem, obhajovaná však filozofy různých směrů a škol, vychází z toho, že existují způsoby zacházení s člověkem, které se nesrovnávají s jeho uznáním za plnoprávného člena lidské společnosti, a tvrdí, že takové zacházení s ním je hluboce nespravedlivé.“

⁶¹⁶ „(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

⁶¹⁷ LEPAGE, J.-D. G. G. *An Illustrated Dictionary of the Third Reich*. Jefferson: McFarland, 2003, s. 144.

⁶¹⁸ BAÑOUC, H. *Metody, motivy a cíle studia komunistického práva - Několik poznámek k dnešnímu zacházení s komunistickým právem*, In BOBEK, M, MOLEK, P. ŠIMÍČEK, V. *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita Brno, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 256.

*Druhou je běžnější a známější idea politické rovnosti. Vychází z toho, že slabší členové politické společnosti mají právo na tutéž pozornost a úctu svého státu, jakou si pro sebe zajistili členové mocnější, takže mají-li někteří lidé svobodu rozhodovat o obecném prospěchu, ať je její důsledek jakýkoli, musejí mít tutéž svobodu všichni.*⁶¹⁹

Lidská práva, která (například⁶²⁰) z těchto dvou odůvodnění vycházejí, přitom nepředstavují „jen“ limit pro výkon státní moci, tedy onu hranici mezi „územím“ státu a „územím“ jednotlivcovy svobody, ale domnívám se, že v případě liberálního demokratického státu představují samotný smysl jeho existence. Slovy Christiana Tomuschata: „*Státy nejsou ničím víc, než nástroji, jejichž nejvlastnější funkcí je sloužit zájmům svých občanů právně vyjádřeným v lidských právech. (...) jsou jednotkami sloužícími lidským bytostem, jimž jsou odpovědní.*“⁶²¹ Celá řada judikátů z různých jurisdikcí z posledních dekád pak skutečně ukazuje liberální demokratický stát dneška nikoli jako onoho uzurpátora lidských práv s bodáky a vodními děly, který se přetlačuje o rozsah své moci s lidmi hájícími svá práva (obraz revolucionářů stojících proti policii nebo armádě přímo ikonicky vyjadřuje tradiční vnímání postavení státu v otázce lidských práv); nýbrž spíše jako pomyslného arbitra, jehož soudy (ale vlastně všechny orgány) spíše řeší střety práv svých občanů a dalších subjektů a na lékárnických vahách vyvažují přiměřenost svých zásahů, jimiž v zájmu jednoho soukromoprávního subjektu omezí práva subjektu jiného, nemajíce přitom „vlastních“ zájmů v daném střetu.⁶²² Je-li smyslem existence liberálního demokratického státu primárně ochrana práv svých občanů, není posun k roli takového arbitra vlastně ničím překvapivým.

⁶¹⁹ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenth, 2001, s. 250-251.

⁶²⁰ K možným dalším kořenům odůvodňujícím respekt k lidským právům (respektive základním či ústavním právům) viz v české literatuře zejména BAROŠ, J. Právo nebo lidská práva? Ke kořenům lidských práv. *Jurisprudence*, č. 2/2010, s. 24 - 31; či HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28, na s. 11.

⁶²¹ TOMUSCHAT, CH. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law. Collected courses - Volume 281*. Académie de Droit International de La Haye. Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2001, s. 162.

⁶²² Za typický příklad může posloužit rozsudek ESD ze dne 4. 10. 1991 The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd proti Stephen Grogan a dalším, C-159/90. V něm irské soudy (a poté ESD) nedělaly prakticky nic jiného, než že vyvažovaly zájmy studentek usilujících o interupci, britských klinik chtějících jim tuto „službu“ poskytnout a studentských spolků rozšiřujících o ní informace formou letáků na straně jedné, a nenarozených dětí a odpůrců interupci na straně druhé.

Tímto pohledem můžeme v ústavním liberalismu vidět takový režim, který propojuje konstitucionalismus a demokracii takovým způsobem, aby se nepopřely navzájem, nýbrž zachovaly takové vyvážení, které jediné je umožňuje - zdánlivě paradoxně - naplnit oba. Pokud totiž převáží aspekt demokracie jako „absolutní vlády lidu“, ⁶²³ lze se obávat tyranie většiny vůči menšinám (a tedy i popírání lidských práv), před kterou varovali již američtí federalisté (kteří jako ochranu proti této hrozbě doporučovali soudní kontrolu ⁶²⁴), a která v konečném důsledku může vést k vyloučení některých menšin z podílu na moci či k jejich fyzické likvidaci, k populistické vládě ovládající a zneužívající média a jejich prostřednictvím manipulující míněním voličů a zprostředkovaně tedy i volebními výsledky, či omezování politických práv, jež vede ke snížení míry a svobodnosti politické participace; ve všech případech tedy paradoxně nakonec k omezení demokracie. Podobně však i převážení ústavního liberalismu, tedy důraz pouze na individuální zájmy jednotlivců, může vést k atomizaci společnosti, k převedení stále větší části rozhodování z politických procesů k procesům soudním (což je přirozený důsledek hypertrofie lidských práv a jejich opevnění v psaných ústavách vykládaných soudy, které Ran Hirschl kriticky označuje jako *hegemonic preservation*, tedy jako snahu ohrožené stávající elity ochránit dosažené výdobytky v oblasti práv od budoucího zpochybnění novou elitou či většinou tím, že je vloží do ústav a jejich ochranu svěří soudům ⁶²⁵) a v důsledku toho i k občanské pasivitě a netečnosti k rozhodovacím procesům (je-li vše podstatné pro můj individuální život ústavně garantováno a vykládáno soudci, které volbami stejně nemohu ovlivnit, proč bych se voleb nemohoucích změnit mé postavení účastnil?). Tato druhá možnost soudcokracie zjevně ještě nikde nenastala, jakkoli paranoidní scénáře tvrdí, že ano, ⁶²⁶ je však třeba s ní počítat přinejmenším jako s nebezpečnou tendencí.

Z toho plyne, že jediné v demokracii je reálně (zapomeneme-li na nereálné vize spravedlivých tyranů chránících lidská práva či disciplinovaného lidu, který není sice

⁶²³ K různým pojetím demokracie viz HLOUŠEK, V., KOPEČEK, L. *Demokracie: teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřítelé a perspektivy demokracie*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2007.

⁶²⁴ Viz PROCHÁZKA, R. *Lid a sudcovia v konstitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 71 an.

⁶²⁵ K tomuto tématu viz zejména HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

⁶²⁶ Viz KLAUS, V., LOUŽEK, M.. *Soudcokracie v ČR: fikce, nebo realita?* Praha: CEP Centrum pro ekonomiku a politiku, 2006. Nezaújatý pohled na totéž téma viz in SMEKAL, H., POSPÍŠIL, I. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky?: vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013.

nijak omezen, přesto nesklozune k tyranii většiny) možné naplnit ústavní liberalismus a naopak jediné při respektování ústavního liberalismu lze dosáhnout demokracie. Jakkoli se tedy oba koncepty navzájem „ohrožují“, pak při správném vyvážení dosahují naopak určitého synergického efektu, který lze se značnou nadsázkou přirovnat k jakémusi „manželství“ ústavního liberalismu a demokracie. Zatímco izolovaně mohou oba koncepty fungovat pouze neúplně (podobně jako koncept „mužství“ nedává zcela smyslu, pokud není vztaženo k ženě, a naopak), a jakkoli při jejich spojení hrozí převážení, tedy to, že jeden pohltí a popře druhého, a tím i sám sebe (pokud by v manželství převážil jeden z partnerů, je otázkou, zda by stále ještě šlo o „manželství“ v pravém slova smyslu, a ne jen o vládu jednoho a podřízenost druhého); pak pokud se podaří oba principy vyvážit, je výsledkem nejen naplnění jich obou, ale i zcela nová vztahová kvalita.

V tomto ohledu můžeme zakotvení požadavku „liberální demokracie“ do materiálních ohnisek ústav chápat jako nutný důsledek suverenity lidu, plynoucí z koncepce společenské smlouvy, a zároveň jako závazek trvalého „soužití“ obou konceptů, z něž implicitně vyplývají požadavky na zakotvení takových mechanismů, které jejich soužití, tedy nepřevážení jednoho z nich, zabezpečí.

Pro terminologickou jednoznačnost zopakujme: je-li nezměnitelnými náležitostmi dané ústavy požadováno, aby byla zachována „liberální demokracie“ či „demokratický právní stát“, znamená to, že musejí být zachovány (i) ty znaky, které tvoří součást demokratického státu; (ii) ty, které tvoří součást materiálního právního státu (český termín materiálního právního státu můžeme vnímat jako garanci osobní autonomie jednotlivce, zejména jeho základních práv, zaručených typicky fungováním moci soudní; zahrnuje v sobě ovšem i hlediska formálního právního státu, tedy důraz na vázanost státu vlastními zákony), a (iii) konečně ty, které jsou zcela nezbytným předpokladem jejich „soužití“.

Ve výčtech náležitostí českého materiálního ohniska Ústavy je potom namístě se ptát, které z těchto náležitostí jsou do něj zakotveny proto, že (i) představují součást požadavků demokratického státu (vyjdeme-li z výčtu Vojtěcha Šimíčka ocitovaného v podkapitole 3. 5. 2, pak by sem spadal požadavek svrchovanosti lidu, rozhodování většiny se současným respektováním práv menšiny a vláda na čas, a má-li jít o demokracii zastupitelskou, pak také základní principy volebního práva a volné soutěže politických stran, byť její omezení konceptem militantní demokracie patrně

není se samotnou demokracií neslučitelné), které proto, že (ii) představují součást požadavků právního státu (sem by patřilo zakotvení a ochrana základních práv a svobod, panství práva a nezávislost soudů a soudců), a které proto, že (iii) sice ani pro jeden z konceptů nejsou definičně nutné, ovšem praxe ukázala, že bez nich jsou prakticky nenaplnitelné. To je případ dělby moci, která sice nepředstavuje přímo definiční znak demokracie, ovšem je s ohledem na lidskou touhu po moci patrně nemožné, aby byla demokracie uskutečněna bez toho, aby byly vytvořeny pojistky proti tomu, aby jedna z mocí převážila a popřela moci ostatní. Obdobné odůvodnění by dopadalo i na Vojtěchem Šimíčkem uváděné právo na územní samosprávu, ovšem už mnohem slaběji. Lze si totiž představit i demokratický právní stát, který - například z důvodu své malosti - právo na samosprávu nebude mít garantováno, nejde tedy o zcela nezbytnou součást. Historická zkušenost nacistického Německa i komunistického Československa ovšem ukazuje, že místní samospráva coby odraz vertikální dělby moci je vhodnou pojistkou, která může přinejmenším zbrzdit bujení některé z mocí na centrální úrovni, a v tomto ohledu ji je možno chápat přinejmenším jako vhodný doplněk horizontální dělby moci. Ovšem o tom, zda je opravdu „podstatnou“ náležitostí demokratického právního řádu, již přesvědčen nejsem.

Ztotožňuji se pak s Vojtěchem Šimíčkem v tom, že koncept „republikanismu“ není nezbytnou náležitostí demokratického právního státu ani v tom ohledu, že by byl součástí pojmu demokratického státu či právního státu, ani v tom ohledu, že by byl nezbytným předpokladem jejich spojení. Z těchto důvodů jej nepovažuji za součást nezměnitelných náležitostí Ústavy ČR vyjádřených termínem podstatné náležitosti demokratického právního státu. Je však patrně součástí materiálního ohniska nynější české Ústavy, jak bylo vyloženo výše. Naopak patrně nebude sporu o tom, že jedním z klíčových znaků společných všem materiálním ohniskům států, které lze označit za liberálně demokratické, je ochrana lidských práv, (ta je zároveň z pohledu Ústavy ČR i „podstatnou náležitostí demokratického právního státu“ v jeho aspektu materiálního právního státu).

6.4 Exkurz: krátká odbočka k universalismu lidských práv

Z takového tvrzení ovšem nelze dovozovat, že bych přímo prosazoval univerzalizmus lidských práv. Naopak. Jsem sice přesvědčen, že existují určitá lidská práva

vyplývající ze samotné lidskosti, a tedy přináležející všem lidským bytostem. Věřím tedy, že existují přirozená práva člověka. Ovšem s vědomím toho, že v tomto svém přesvědčení vycházím ze své západní, tedy křesťanské, antickou a židovskou tradicí ovlivněné, perspektivy, nemyslím, že by západní (či jakékoli jiné) společnosti měly právní titul k prosazování těchto práv vůči jiným společnostem.

Globální prosazování ochrany lidských práv, tak jak vnímáme, za hranicemi pozitivněprávních závazků, je tedy sice morálním imperativem těch, kdo v existenci přirozených lidských práv „věří“ (a mezi ně se počítám i já), nikoli však jejich „právem“ ve smyslu juristickém. Jsem-li totiž subjektivně přesvědčen o existenci přirozených lidských práv, stejně jako o Boží existenci, nemám proto ještě právo vnucovat své přesvědčení o obou těchto „pravdách“ společnostem zakotveným ve zcela odlišných kulturách, byť bych tak činil pro jejich kolektivní či individuální „spásu“. Pokud věřím v lidská práva a v Boha, mohu o obojím své bližní přesvědčovat ve svobodné diskusi, ale ani jedno jim nemohu vnucovat, jakkoli „věřím“, že by to bylo lepší pro jejich nynější život v prvním případě a pro jejich spásu v případě druhém. Ve vztahu k náboženskému proselytismu již tato skutečnost není většinou zpochybňována, ostatně dospět k závěru, že křesťané, muslimové či další nemají právo obracet ostatní na svou víru pro jejich spásu, stálo lidstvo staletí násilí a miliony bolestných zkušeností. Lze doufat, že ve vztahu k obracení na modernější víru lidských práv (počínaje francouzskými revolučními armádami putujícími Evropou a konče humanitárními intervencemi západních států dneška) bude doba kratší a cena zaplacená v lidských životech a zničených tradičních kulturách menší a že „tolerance“ k pravdám ostatních zvítězí nad přesvědčením o jedinečnosti „pravdy“ vlastní. Pokud jsme se naučili respektovat, že jiní lidé v jiných společnostech mají jiné (nebo žádné) cesty ke spáse, mohli bychom se naučit respektovat i to, že mají jiné cesty ke štěstí a důstojnosti zde na zemi a že pod nimi rozumějí možná něco úplně jiného než my. Tvrdě řečeno, i „humanrightisté“, zejména ti ozbrojení, by se měli naučit držet svou pravdu „na vodítku“, stejně jako se církev naučila - alespoň většinou - brzdit tu svou. „Věřím-li“ v lidská práva, měl bych s touto vírou zacházet ve vztahu k ostatním stejně opatrně jako s vírou v Boha nebo v kvality vlastního národa či kultury.

To jistě v praxi neznamená, že by bylo v pořádku, pokud by ochrana lidských práv byla omezena jen na státy evropské, jen proto, že ve vztahu k nim bylo v předchozí podkapitole dovozeno, že určitá podoba ochrany lidských práv (tedy podoba

respektující určité základní výše uvedené principy) jim má být společná. Takové tvrzení však nijak neimplikuje lidskoprávní vakuum ve vztahu k ostatním státům světa. Evropská ochrana lidských práv, tak jak je zakotvena v Evropské úmluvě a konkretizována v judikatuře ESLP a doplněna řadou speciálních úmluv a *soft-law* dokumentů sjednaných na úrovni Rady Evropy, je totiž pouze jednou úrovní ochrany lidských práv: tou, která dopadá na evropský kontinent a pro některé jiné kontinenty (zejména pro africký a meziamerický systém ochrany lidských práv, určitou závist však vzbuzuje i u mnoha právníků v Austrálii, jak dokazují reakce na mou přednášku na University of South Australia⁶²⁷) je díky své kvalitě inspirativní. Krom toho však na drtivou většinu států světa působí Mezinárodní pakt o občanských a politických právech⁶²⁸ a Mezinárodní pakt o hospodářských sociálních a kulturních právech⁶²⁹ z roku 1966, tedy klasické mezinárodní smlouvy, o jejichž závaznosti nemůže pochybovat ani největší pozitivista. Za třetí pak na každou živou bytost má působit Všeobecná deklarace lidských práv, slavnostně prohlášená 10. 12. 1948, která byla sice přijata jako formálně nezávazný dokument, který se však následně přerodil se do mezinárodního obyčeje. To bylo výslovně vyřčeno například v poradním stanovisku Mezinárodního soudního dvora ve věci *Namibia*,⁶³⁰ kde soudce Ammoun uvedl ve vztahu k závaznosti zásady rovnosti lidí: „*Jakkoliv závazky plynoucí z (Všeobecné - dopl. aut.) deklarace nejsou závazné stejným způsobem jako mezinárodní smlouva ve smyslu článku 38 odst. 1 písmeno a) Statutu soudu, mohou vázat státy coby obyčej ve smyslu odst. 1 písm. b) téhož článku, ať už proto, že jsou kodifikací obyčejového práva, jak bylo řečeno ve vztahu k článku 6 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, nebo proto, že nabýly síly obyčeje na základě dlouhodobé praxe států uznávajících je coby právo ve smyslu článku 38 odst. 1 písm. b) Statutu.*“⁶³¹ Otázka, zda kromě těchto takřka

⁶²⁷ MOLEK, P. „*Who is protecting our human rights?*“ přednáška přednesená dne 23. 4. 2013 na University of South Australia, Adelaide v rámci Global Experience leadership programu, zvukový záznam dostupný na http://w3.unisa.edu.au/hawkecentre/events/2013events/PavolMolek_GlobalExperience.asp (cit. dne 20. 7. 2013).

⁶²⁸ K 20. 7. 2013 jde o 167 států světa (významnou výjimkou je Čína), dle údajů UN Treaty Collection dostupných na http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsq_no=IV-4&chapter=4&lang=en (cit. dne 20. 7. 2013).

⁶²⁹ K 20. 7. 2013 jde o 160 států světa (významnou výjimkou jsou USA), dle údajů UN Treaty Collection dostupných na http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsq_no=IV-3&chapter=4&lang=en (cit. dne 20. 7. 2013).

⁶³⁰ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [citováno 13. března 2008]. Dostupný z: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>.

⁶³¹ Podrobněji k této otázce viz např. SMITH, R. K. M. *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 39 - 40.

univerzálních (oba pakty z roku 1966) a zcela univerzálních (Všeobecná deklarace lidských práv) práv mají být vůči státům světa vynucována ještě přirozená práva, tedy ta, na něž například autor této knihy „pouze věří“, zůstává tímto pohledem už spíše filozofickou otázkou.

Otázkou navýsost praktickou však je, zda mají evropské státy právo aplikovat právě onu svoji úroveň a podobu ochrany lidských práv i mimo své území, tedy extra-teritoriálně. Z výše uvedeného podle mne vyplývá, že nikoliv, neboť i pokud je respekt k této evropské podobě ochrany lidských práv součástí společného materiálního ohniška evropských ústav, je právě jen a pouze jejich definičním znakem, který evropské státy spojuje, může být však jednou z těch charakteristik, které je odlišují od států neevropských (jak je opakovaně zmiňováno, tento termín není primárně míněn zeměpisně).

Koncept „společného ohniška“ přitom není nijak v rozporu s tímto lidskoprávním partikularismem, neboť to, že ústavy některých států mají (a mají mít) některé znaky společné, není nijak v rozporu s tím, že obecně se ústavy států světa, konkrétně obsah a výklad jejich lidskoprávních ustanovení, může legitimně lišit. Dosud řečené totiž prokazuje pouze tolik, které požadavky musí být de constitutione lata splněny, aby ústava byla označena za ústavu státu (kapitola 6.1), který tím, že splňuje základní lidskoprávní a demokratické nároky (kapitola 6.3), je například hoden označení evropský stát nejen (a nikoliv nutně) z důvodů své zeměpisné polohy (kapitola 6.5).

6.5 Náležitosti společné ústavám států EU

Dosud jsme tedy rozebrali, jaké charakteristiky musí ústava státu mít, aby mohla být označena za ústavu „státu“ vycházejícího ze suverenity lidu a vzniklého společenskou smlouvou, konkrétně pak liberálního demokratického státu. Existují nějaké další požadavky, které má daná ústava respektovat, ať už výslovně, nebo implicitně, k tomu, aby mohla být označena za ústavu evropského státu ve smyslu členského státu EU? Existuje opravdu sdílená „evropská ústavní kultura“ (*europäischen Verfassungskultur*) či evropská ústavní státnost (*europäischen Verfassungsstaatlichkeit*),

jak o nich hovoří Pernthaler?⁶³² Jinak řečeno, jakkoli výchozí otázka mého hloubání zněla, zda určité prvky materiálního ohniska Ústavy ČR (popřípadě ústav jiných členských států EU) znemožňují určitou míru evropské integrace, typicky kdyby přerostla ve federaci; můžeme se nyní zeptat, zda existují určité znaky, které naopak ústava členského státu musí respektovat, aby byla s faktem členství v EU kompatibilní.

Odpověď na tuto otázku, tedy vymezení základních charakteristik, které má sama EU a jejichž respektování vyžaduje i po členských státech, nacházíme po Lisabonské smlouvě v čl. 2 revidovaného znění Smlouvy o EU (předtím v čl. 6 Maastrichtské smlouvy): *„Unie je založena na hodnotách úcty k lidské důstojnosti, svobody, demokracie, rovnosti, právního státu a dodržování lidských práv, včetně práv příslušníků menšin. Tyto hodnoty jsou společné členským státům ve společnosti vyznačující se pluralismem, nepřipustností diskriminace, tolerancí, spravedlností, solidaritou a rovností žen a mužů.“*

Citovaný výčet je zdánlivě širší než výčet požadavků dosud uvedených, ovšem skutečně pouze zdánlivě. Takřka všechny zde uvedené charakteristiky jsou totiž pouze konkretizací požadavků demokratického liberálního státu, tedy státu, který vychází z důstojnosti jednotlivce, projevující se jednak rovným podílem všech občanů na vládě (tedy demokracií, mezi jejíž definiční znaky patří i pluralismus názorů) bez možnosti jejich vyloučení či přeražení do nějaké podřadné, ze správy věcí veřejných vyloučené, kategorie lidí; jednak ochranou lidských práv a svobod, včetně těch, jež jsou uvedeny v právě citovaném čl. 2: nepřipustnosti diskriminace, spravedlnosti, solidarity a rovnosti žen a mužů.

Fakt, že respekt k důstojnosti tvoří jednu ze sdílených charakteristik EU jako celku i jejích členských států, byl potvrzen i judikatorně, a to v rozsudku Omega.⁶³³ V něm německé orgány zakázaly provozování laserové hry („laserdrome“) simulující zabíjení, což mělo dopad na volný pohyb služeb a zboží. Německé správní soudy shledaly, že obchodní provozování „hry na zabíjení“ v „laserdrome“ Omega představuje zásah do lidské důstojnosti, zakotvené v čl. 1 odst. 1 první větě Základního zákona. Lidská důstojnost je totiž ústavní zásada, kterou je možné porušit buď ponižujícím zacházením s protivníkem, nebo tím, že u hráče je vzbuzen nebo

⁶³² PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 2.

⁶³³ Rozsudek ESD ze dne 14. 10. 2004 Omega Spielhallen, C-36/02.

posilován postoj popírající základní právo každého být uznáván a respektován jako subjekt práva i lidského jednání, nikoli jen jako objekt, jako je tomu v tomto případě předváděním fiktivních násilných aktů za účelem hry. Podle Spolkového správního soudu, který předložil ESD předběžnou otázku ohledně kompatibility takového zákazu s volným pohybem zboží a služeb, „[n]ejvyšší ústavní hodnota, jako je lidská důstojnost, nemůže jít stranou v rámci záporní hry. Základní práva dovolávaná společností Omega nemohou s ohledem na vnitrostátní právo tento závěr změnit.“⁶³⁴ ESD přitakal tomu, jak Spolkový správní soud aplikoval zásadu důstojnosti, nikoli však primárně proto, že by až posvátné postavení konceptu lidské důstojnosti odlišovalo Německo od ostatních členských států, a mělo proto být ze strany ESD respektováno jako specifická součást národní či ústavní identity (viz podkapitolu 7.5), ale právě proto, že je na důležitosti respektu k lidské důstojnosti mezi členskými státy v zásadě shoda, kterou respektuje i ESD, neboť kvůli onomu evropskému konsenzu je i jednou ze základních zásad práva EU, vyjádřenou nadto i v čl. 1 Listiny základních práv EU⁶³⁵. „32. *Ve věci v původním řízení příslušné orgány usoudily, že činnost dotčená vyhláškou o zákazu obrožuje veřejný pořádek z důvodu skutečnosti, že podle pojetí převládajícího ve veřejném mínění obchodní provozování záporních her zahrnujících simulaci aktů zabíjení zasahuje do základní hodnoty zakotvené vnitrostátní ústavou, a sice do lidské důstojnosti. Podle Bundesverwaltungsgericht vnitrostátní soudy, které měly rozhodovat o věci, sdílely a potvrdily pojetí potřeby ochrany lidské důstojnosti, na kterém spočívá napadená vyhláška, takže je v důsledku toho třeba mít za to, že toto pojetí je v souladu s ustanoveními německé ústavy.*

(...)

34. *Jak vyložila generální advokátka v bodech 82 až 91 svých závěrů, právní pořádek Společenství nepopíratelně směřuje k zajištění respektování lidské důstojnosti jako jedné z obecných právních zásad. Je tedy bez pochyb, že cíl ochrany lidské důstojnosti je slučitelný s právem Společenství, aniž by v tomto ohledu mělo význam, že v Německu přísluší zásadě respektování lidské důstojnosti zvláštní postavení jako nezávislému základnímu právu.“*

Generální advokátka Christine Stix-Hackl ve svém stanovisku z 18. 3. 2004 konkrétně uvedla: „83. *Co se týče ústavních pořádků členských států, byl koncept lidské důstojnosti takřka všude uznán v té či oné podobě, zejména pokud je respektováno, jak jsem výše rozvedla, že tento koncept může být vyjádřen různými pojmy.*

⁶³⁴ Tamtéž, bod 12.

⁶³⁵ „Lidská důstojnost je nedotknutelná. Musí být respektována a chráněna.“

84. Jak je zřejmé, objevuje se však lidská důstojnost, podobně jako v uvedených mezinárodně právních instrumentech, ve vnitrostátních právních řádech členských států v rámci obecného přiblížení se k ní, resp. jako - často v judikatuře vytvořený - základní, hodnotící nebo ústavní princip, nikoliv jako samostatná, před soudy uplatnitelná právní norma. Právní úprava, která existuje např. dle německé ústavy, dle které - alespoň podle zřejmě převažujícího pojetí - představuje respektování a ochrana lidské důstojnosti, zakotvená v článku 1 německé ústavy, nejen „nosný ústavní princip“, nýbrž i nezávislé základní právo, musí být považována za výjimečný případ.

85. Podstatným důvodem toho by mohlo být, že lidská důstojnost získává konkrétnější obsah teprve jejím formováním a formulováním v jednotlivých základních právech a funguje ve vztahu k nim jako hodnotící a výkladové kritérium. Pojem lidské důstojnosti jako takové je totiž - stejně jako pojem člověka, na který přímo odkazuje - druhovým pojmem, který není možné klasicky právně definovat nebo vyložit ve vlastním smyslu slova; spíše je možné konkretizovat jeho obsah především soudními zjištěními v jednotlivém případě.

86. Kodifikace a použití jednotlivých konkrétních záruk základních práv namísto přímého odkázání na lidskou důstojnost je tedy nasnadě z hlediska zásady uplatnitelnosti práva před soudy a právní metody obecně.

87. Co se týče lidské důstojnosti v právu Společenství, je nutné konstatovat, že v platném primárním právu není výslovně (písemně) zmíněna. Přinejmenším v některých právních aktech sekundárního práva - tak v bodech odůvodnění nařízení (EHS) č. 1612/68 a v článku 12 směrnice 89/552/EHS - je však na lidskou důstojnost odkazováno, a tato tedy v této souvislosti pronikla i do judikatury.

88. V některých případech poukázal Soudní dvůr, resp. poukázali jeho generální advokáti, i nezávisle na tom na lidskou důstojnost, a to vždy v souvislosti se zásadou rovnosti resp. nediskriminace, tedy v propojení rovnost-důstojnost resp. „égale dignité“.

(...)

90. Tím uznal Soudní dvůr dodržování lidské důstojnosti v každém případě jako součást obecných právních zásad práva Společenství a jako měřítko a předpoklad legitimacy aktů Společenství.“

Lidská důstojnost, jakkoli chráněná v různých právních řádech různými slovy, je tedy tím konceptem, respekt k němuž propojuje právní řád členských států s právním řádem EU, a z něž je odvoditelná většina základních zásad vyjádřených v čl. 2 Smlouvy o EU.

Snad jedinou charakteristikou, která jde potenciálně nad rámec tohoto výčtu dovojitelného již z dosud rozebraných charakteristik, tedy z povahy daného státu jako státu liberálního a demokratického, je požadavek „tolerance“. Tu lze jistě vnímat i jen v obecném slova smyslu jako obyčejnou toleranci mezi lidmi, kterou lze dovést už z požadavku demokracie (jejíž součástí je pluralita, a tedy i respekt k odlišným názorům) i ochrany lidských práv (mezi něž patří i řada práv, která toleranci nezbytně vyžadují: svoboda náboženského vyznání, svoboda projevu, a to i projevu šokujícího, atd.). V kontextu EU se však lze domnívat, že se tolerancí míní i vztah mezi jednotlivými členskými státy, respektive jejich společnostmi. Jednou ze základních charakteristik, které evropskou integraci umožňují, zároveň je však naopak její prohlubování evropskou integrací umožněno, je právě vzájemná tolerance mezi národy Evropy, ať už se projevuje v odstranění hraničních bariér a kontrol (smyslem hranic je mimo jiné obrana proti jinakosti přicházející zvenku, jejich odstranění je tedy možno vnímat i jako rezignaci na tuto obranu, jako signál toho, že „tato jinakosti“ bariéry stavět nepotřebují, že ji hodlám i na svém území přinejmenším tolerovat) či v akceptování toho, že o mých právech a povinnostech rozhodují nejen moji spoluobčané ve funkcích státních orgánů mého státu, ale i moji „evropští spoluobčané“ z jiných členských států, ať už je to belgický komisař či řecký soudce Soudního dvora EU. Slovy Leonarda Besselinka: *„Evropská integrace je nutně založena na minimální úrovni tolerance, vzájemného přijetí a důvěry ze strany ostatních členských států.“*⁶³⁶

Shodně se k zásadám sdíleným evropskými státy i EU jako celkem a vyjádřeným v článku 2 Smlouvy o EU vyjádřil i Ústavní soud ČR v nálezu Lisabonská smlouva I,⁶³⁷ podrobněji rozebraném v podkapitole 3. 5. V jeho bodě 103 uvedl: *„V jádru evropské civilizace existují hodnoty společné všem vyspělým světovým kulturám. Jde o hodnoty, jimiž jsou lidská svoboda a lidská důstojnost, které tvoří základ sebeurčení lidské*

⁶³⁶ BESSELINK, L. *National and constitutional identity before and after Lisbon*. *Utrecht Law Review*, November 2010/vol. 6 (3), s. 36-49, na s. 37.

⁶³⁷ Nález ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 19/08, č. 446/2008 Sb.

bylosti. Funkční formy sociálního soužití jsou založeny na vědomém sebeomezování jednotlivce a akceptování řádu. Stejně principy vedou i k vyšším formám efektivní lidské organizace, ať již jde o obec, stát či formy integrace států.“

Evropská unie navíc vyjádřila odhodlání, že tyto základní hodnoty, na nichž jsou postaveny jak ústavy členských států, tak i její zakládací smlouvy, je odhodlána hájit v případě, že by se od nich některý členský stát chtěl v budoucnu odchýlit, či na ně přímo rezignovat. Nejprve tak činila při screeningu kandidátských zemí (mimo jiné) z hlediska dodržování tzv. kodaňských kritérií.⁶³⁸ Nyní tak však může činit i vůči členským státům. Proces takového postupu zakotvila po doplnění Smlouvy o EU provedeném na summitu v Nice v čl. 7 (uveden ve znění po Lisabonské smlouvě):

„Článek 7

1. Na odůvodněný návrh jedné třetiny členských států, Evropského parlamentu nebo Evropské komise může Rada většinou čtyř pětin svých členů po obdržení souhlasu Evropského parlamentu rozhodnout, že existuje zřejmé nebezpečí, že některý členský stát závažně poruší hodnoty uvedené v článku 2. Před přijetím tohoto rozhodnutí vyslechne Rada daný členský stát a může stejným postupem podat tomuto státu doporučení. Rada pravidelně přezkoumává, zda důvody, které ji k takovému rozhodnutí vedly, stále trvají.

2. Na návrh jedné třetiny členských států nebo Evropské komise a po obdržení souhlasu Evropského parlamentu může Evropská rada jednomyslně rozhodnout, že došlo k závažnému a trvajícímu porušení hodnot uvedených v článku 2 ze strany členského státu, poté co tento členský stát vyzve, aby se k této věci vyjádřil.

3. Bylo-li učiněno zjištění uvedené v odstavci 2, může Rada kvalifikovanou většinou rozhodnout, že určitá práva, která pro dotyčný stát vyplývají z použití Smluv, včetně hlasovacích práv zástupců jeho vlády v Radě, budou pozastavena. Přitom přihlédne k možným důsledkům takového pozastavení pro práva a povinnosti fyzických a právnických osob. Povinnosti dotyčného členského státu vyplývající ze Smluv jsou pro tento stát v každém případě i nadále závazné.

4. Rada může později kvalifikovanou většinou rozhodnout, že změní nebo zruší opatření přijatá podle odstavce 3, jestliže se změní situace, která vedla k přijetí těchto opatření.

⁶³⁸ Viz FIALA, P., PITROVÁ, M. (eds.) *Rozšiřování ES/EU*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, Mezinárodní politologický ústav, 2003.

5. Pro účely tohoto článku se v Evropském parlamentu, Evropské radě a Radě použijí pravidla hlasování stanovená v článku 354 Smlouvy o fungování Evropské unie.“

Jinak řečeno, pokud se členský stát EU odchýlí od naplňování požadavků, které můžeme na základě rozboru provedeného v podkapitolách 6.2 až 6.4 označit za jakési materiální ohnisko společné evropským ústavám, mohou na to ostatní členské státy nebo Evropský parlament nebo Evropská komise upozornit, a pokud kvalifikovaná většina členských států takové nebezpečí opravdu konstatuje, může to nejen konstatovat, ale i pozastavit danému státu některá práva vyplývající ze členství v EU.

Dosud takový nástroj nebyl použit, byť v případě Maďarska po ústavních změnách provedených Orbánovou vládou⁶³⁹ je sporné, proč se tak dosud nestalo. Jde nicméně o nástroj potenciálně dosti silný. Armin von Bogdandy dokonce tvrdí, že je zde zakotveno jakési obrácené Solange: „*Masivní zhoršení ochrany základních práv ve členských státech by mohlo dokonce ohrozit základy evropské integrace, konkrétně princip vzájemného uznávání a předpoklad, že Unie může spoléhat na fungování demokratických společenství jednotlivých členských států. (...) Článek 7 spolu s článkem 2 Smlouvy o EU činí z Unie ochránkyni ordre public Evropy; jejich praktický dopad je ale sporný. Proto navrhuje doktrínu obráceného Solange, která by dopadala na členské státy z úrovně EU. Ta může být stručně popsána následovně: za hranicemi článku 51 odst. 1 Listiny základních práv EU mají členské státy autonomii k ochraně základních práv tak dluho, dokud lze předpokládat, že zaručují podstatu základních práv obsažených v článku 2 Smlouvy o EU. Pokud by však došlo k extrémní situaci systematického porušování těchto práv, je taková domněnka vyvrácena. V takovém případě mohou jednotlivci použít svého statusu občanů EU k tomu, aby se obrátili pro ochranu k domácím soudům.*“⁶⁴⁰

Klíčovou zprávou tohoto článku je, že iniciativu ke spuštění mechanismu podle čl. 7 Smlouvy o EU mají ve svých rukách i jednotlivci. V tom právě spočívá ona „obrácenost Solange“. Zatímco podle doktríny Solange I i II platí, že členské státy (konkrétně Německo) podmiňuje akceptaci plné aplikace evropského práva tím, že bude toto právo hmotně i procesně respektovat základní práva v úrovni

⁶³⁹ Viz k nim souhrně VINCZE, A., VARJU, M. Hungary: The New Fundamental Law. *European Public Law*, č. 3/2012, s. 437–453.

⁶⁴⁰ VON BOGDANDY, A., KOTTMANN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S., SMRKOLJ, M. Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Market Law Review*, č. 2/2012, s. 489–519, na s. 491.

srovnatelné s tou, kterou poskytuje domácí ústava, v opačném případě může jednotlivec vyvolat soudní řízení vedoucí ke konstatování, že tato srovnatelnost není dána; z čl. 7 Smlouvy o EU lze dovodit, že jednotlivec může iniciovat řízení, na jehož konci naopak orgány EU konstatují, že ochrana základních práv (na kterou je citovaný článek zaměřen především) není v členském státě respektována na úrovni požadované právem EU. Autoři daného článku tím dávají občanům EU do rukou (respektive napovídají Soudnímu dvoru EU, aby jim do rukou dal) procesní nástroj, jak ochránit zejména jádro svých práv a principů zakotvených v čl. 2 Smlouvy o EU. V obou *Solange* (německém i „obráceném“), tak jeden právní řád vyhláší, že nebude kontrolovat druhý právní řád, dokud s tím prvním bude v zásadě hodnotově kompatibilní (tedy dokud neporuší jeho „materiální ohnisko“, mohli bychom dodat).

Detailní popis takového mechanismu je však již spíše otázkou procesní ochrany společného evropského ohniska ústav, zatímco tématem této kapitoly byl jeho obsah. Právě končící podkapitola pak zejména upozornila na skutečnost, že fakt členství v EU nevyžaduje po ústavách evropských států takřka nic, co by nevyplývalo již z požadavku, aby šlo o státy demokratické a liberální. Jediný požadavek nad tento rámec vyjádřený v čl. 2 Smlouvy o EU je požadavek vzájemné tolerance mezi členskými státy, který je však z pohledu nároků na obsah ústav členských států spíše požadavkem negativním, tedy takovým, který patrně přímo po ústavách členských států nepožaduje zakotvení nějakého nového principu, spíše by s ním bylo nekompatibilní zakotvení izolacionismu či šovinismu do ústav členských států (a samozřejmě i výklad toho, co je tolerance, izolacionismus či šovinismus, by si zasluhoval samostatné kapitoly, pro něž zde však již není místo)



7 Důsledky existence materiálního ohniska pro evropskou integraci

7.1 Úvodní úvahy

Zrekapitulujme dosavadní závěry. Klíčovou tezí je, že nezměnitelné náležitosti či klauzule věčnosti ústav, které jsou pozitivně zakotveny v některých ústavách, nejsou totéž jako materiální ohniska ústav (kapitola 4). Zatímco klauzule věčnosti mají pozitivně zakotvenu svou nezměnitelnost, alespoň po dobu trvání dané ústavy, materiální ohnisko může být měněno, jde však o počínání riskantní, jednak z hlediska zachování identity dané ústavy, jednak z hlediska její „statiky“. Zatímco pak nezměnitelné náležitosti ústav představují zpozitivnělý a „zkamenělý“ konsenzus v době vytváření dané ústavy, takže se snadno mohou naprosto zásadně lišit stát od státu (obvykle jsou formovány hlavně tím, na jakou neblahou zkušenost daná ústava reaguje, takže některé ústavy chtějí zabránit návratu monarchie, jiné návratu nedemokratického režimu a ještě jiné chtějí zachránit samosprávu určitých území), mezi materiálními ohnisky ústav můžeme vyzorovat určité podobnosti, tedy znaky, které sdílejí ústavy všech „států“ (podkapitola 6.1), v nichž ústava plní roli zachycení společenské smlouvy mezi lidem na straně jedné a mocí ustavenou na straně druhé (podkapitola 6.2), které jsou hodny označení „demokratické liberální státy“ (podkapitola 6.3) či konečně které jsou členskými státy Evropské unie (podkapitola 6.4).

Lze si však představit, že by se tyto požadavky dostaly do rozporu tehdy, kdyby evropská integrace pokročila až do podoby federalizace? Byl by takový posun potenciálně neslučitelný s nezměnitelnými náležitostmi ústav evropských států respektive s jejich materiálními ohnisky, jak naznačuje Ústavní soud ČR po vzoru Spolkového ústavního soudu? Odpověď na tuto otázku záleží v zásadě na tom, zda mezi nezměnitelné náležitosti dané ústavy či mezi charakteristiky jeho materiálního ohniska zařazujeme suverenitu či nikoli. Samotný pojem suverenity byl již stručně vymezen výše v podkapitole 6.1 mezi znaky státu, zbývá tedy rozebrat dopady její případné absence v ústavní realitě ČR. Představuje suverenita stále nezměnitelnou

součást materiálních ohnísek evropských ústav či jejich nezměnitelných náležitostí, nebo už je spíše „*kamenem, který je třeba odvalit, aby se uvolnilo místo pro zdravý evropský ústavní prostor*“⁶⁴¹

Odpověď pro Ústavu ČR stavím na dvou tezích rozebraných v následujících podkapitolách.

7.2 Suverenita jako nezměnitelná součást Ústavy ČR

Sám pojem suverenity je podrobně a přesvědčivě rozebrán v práci Jana Kysely,⁶⁴² z níž si zde proto pouze vypůjčím Kingovu pracovní definici: „*Je to nikomu nepodřízená a nezávislá nejvyšší moc politicko-právní hierarchie, jejíž rozhodnutí jsou konečná a s obecným účinkem.*“⁶⁴³

Zaprvé se domnívám, že suverenita není podstatnou náležitostí demokratického právního státu, není tedy nezměnitelnou náležitostí ve smyslu čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR. Lze si totiž představit stát, který bude státem demokratickým i právním a přitom nebude státem suverénním, neboť mezi znaky demokratického právního státu suverenita nutně nefiguruje, a to ani tehdy, pokud pojmáme „demokratický právní stát“ jako stát definovaný znaky spojujícími právní stát a demokracii,⁶⁴⁴ ani tehdy, pokud se odděleně zaměříme na požadavky právního státu a požadavky demokracie. Jsem si ovšem vědom toho, že v tomto bodě jde o mou subjektivní, snad i politickou volbu, podle níž lze za stát garantující demokracii a požadavky vlády práva (*rule of law*) označit i stát, který by nebyl suverénní a byl by například jen součástí federace, pokud by sama tato federace (která by byla nositelkou suverenity) takové principy respektovala (jinak řečeno, stát Delaware podle mne může být „demokratickým právním

⁶⁴¹ VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 563.

⁶⁴² Její podrobný výklad, pro nějž zde není prostor, viz in KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 138-198.

⁶⁴³ KING, P. Svrchovanost, in BLACKWELL, B., MILLER, D. *Blackwellova encyklopedie politického myšlení*. Brno: Jota, 1995, s. 513-515, cit. dle KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 148.

⁶⁴⁴ Mezi tyto sdílené znaky zařazuje základní učebnice státovědy oddělenost politických stran od státu a jeho ideologickou neutralitu, hierarchii právních norem na čele s ústavou, vázanost státu a státních orgánů právem, včetně mezinárodních závazků, dělbu státních funkcí, soudní kontrolu ústavnosti, dodržování základních práv a svobod a zákonnosti, nezávislost soudů a soudců, rovnost před zákonem a před soudem, obecnou autonomii jednotlivce, zákaz trestu bez zákona a principu proporcionality. Viz FILIP, J., SVATON, J. *Státověda*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 137 - 138.

státem“, přestože není suverénní, za podmínky, že USA jako celek budou vyznávat stejné hodnoty). V tomto směru je samozřejmě mocná i použitá terminologie, takže „stát Delaware“ zní více jako „stát“, než „spolková země Bavorsko“, jakkoli jsou oba pouze subjekty různých federací a jakkoli Bavorsko je počtem obyvatel, ekonomickou silou i částečnou odděleností stranického systému v rámci Německa možná „suverénnější“, než stát Delaware v rámci USA.

Koncepce právního státu totiž zjevně nevyžaduje, aby byla uskutečňována v suverénním státě, a to ani tehdy, kdy máme na mysli formální právní stát (kladoucí důraz na dodržování zákona a zdůrazňující procedurální aspekt legality), ani tehdy, kdy máme na mysli právní stát materiální (kladoucí nadto důraz na hodnoty, které se mají prostřednictvím jeho institucí a institutů uplatňovat,⁶⁴⁵ tedy ve smyslu *rule of law*, což je ostatně spojení, které je pro čtenáře, kterému by spojení „právní stát“ implikovalo stát jako suverénní jednotku, možná méně problematické než doslovný překlad termínu *Rechtsstaat*).

Složitější je otázka, zda je suverenita nutná k naplnění znaků demokratického státu, zda tedy stále platí teze Paula Kirchhofa (nikoli náhodou soudce zpravodaje v Maastrichtském nálezu zmíněném v podkapitole 3.3), že „suverénní národní státnost moderního ústavního státu je neoddělitelně spjata s principem národní suverenity a tedy propojená s centrálním prvkem příkazu demokracie.“⁶⁴⁶ Opravdu není demokracie uskutečnitelná bez státní suverenity?

⁶⁴⁵ FILIP, J., SVATONĚ, J. *Státověda*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 137. Rozdíl mezi formálním a materiálním přístupem k právnímu státu byl vyložen již v nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93, č. 14/1994 Sb.: „Jak známo, proces vzniku moderního ústavního státu ve střední Evropě se dovršil teprve po první světové válce. Přitom, již dříve dosáhlo pozoruhodných výsledků právně-pozitivistické propracování procesních pravidel a záruk, posilujících právní jistotu občanů a stabilitu práva. Právně-pozitivistická tradice, jež se přenesla i do poválečných ústav (včetně naší ústavy z roku 1920), odhalila však v pozdějším vývoji vícekrát své slabiny. Ústavy konstruované na těchto základech jsou hodnotově neutrální: tvoří institucionální a procesní rámec, naplnitelný velmi odlišným politickým obsahem, protože kritériem ústavnosti se stává dodržení kompetenčního a procesního rámce ústavních institucí a postupů, tudíž kritérii formálně-racionální povahy. V důsledku toho bylo v Německu akceptováno nacionálně-socialistické panství jako legální, přestože vyhlodalo obsah a posléze zničilo samu podstatu Výmarské demokracie. Legalistické pojetí politické legimitace usnadňovalo po válce Klementu Gottwaldovi „naplňovat staré měchy novým vinem“ a pak „legitimovat“ únorový puč roku 1948 formálním dodržením ústavních procedur. Princip „zákon je zákon“ se projevil proti bezpráví ve formě zákona jako bezmocný. Vědomí, že nespravedlnost musí zůstat nespravedlností, i když se báli do pláště zákona, se promítlo i do ústavy poválečného Německa a v současné době i do Ústavy České republiky. (...) Toto pojetí ústavního státu odmítá formálně-racionální legitimitu režimu a formální právní stát. At jsou zákony státu jakékoli, ve státě, který se označuje za demokratický a proklamuje princip svrchovanosti lidu, nemůže být žádný jiný režim legitimní, než režim demokratický. Jakýkoli mocenský monopol vylučuje ze sebe sama demokratickou legitimitu. Výhodiskem naší ústavy je materiálně-racionální pojetí legimitity a právního státu.“

⁶⁴⁶ KIRCHHOF, P. *Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration*, in: HStR VII, § 183 Rn. 23, 57ff, cit. dle DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar*. Band II. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1523.

Z definičních znaků demokratického státu, jak byly zmíněny již v podkapitole 6.3, je tu největší problém s tím etymologicky nejstarším, tedy „vládou lidu“. Zatímco i vláda s naprostým popřením suverenity státu může být „ve prospěch lidu“ (ostatně i vládnutí na úrovni EU je uskutečňováno prostřednictvím českých občanů, stejně jako občanů jiných členských států) a může být uskutečňována i „prostřednictvím lidu“ (můžeme snad přijmout předpoklad, že je vykonáváno ve prospěch obyvatel všech členských států, včetně ČR); k tomu, aby šlo zároveň o „vládu lidu“, je nezbytný onen „lid“.

V tomto ohledu je možno připomenout Hellerovu definici ocitovanou v Maastrichtském rozhodnutí Spolkového ústavního soudu (viz podkapitolu 3.3), podle níž je lid „*duchovně, sociálně a politicky relativně homogenního společenství*“.⁶⁴⁷ Není úkolem této knihy, ale mělo by být úkolem veřejné debaty (a to zejména jako nezbytného předpokladu smysluplného vymezení nejen vztahu ČR k evropské integraci, ale i vztahu k imigrační politice⁶⁴⁸) pokusit se vymezit, které hodnoty má moderní evropské společenství na počátku 21. století sdílet, aby nebylo jen obyvatelstvem obývajícím určité území, ale opravdu „lidem“.

⁶⁴⁷ Leydetovo, Sartorioho či Berlinovo pojetí nezbytné homogenity viz in KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 119-120.

⁶⁴⁸ Z pohledu těchto sdílených hodnot lze podle mého subjektivního názoru zakotvit pro imigrační politiku čtyři základní modely:

1. multikulturní (tedy otevřený všemu, včetně vytvoření společnosti, v níž vedle sebe budou žít hodnotově zcela rozdílná společenství; Jan Kysela definuje multikulturalismus jako systém vystavěný „na představitel občanského společenství sestávajícího ze společenství kulturních, jejichž nároky jsou v zásadě rovnocenné, takže by měly být respektovány a zohledňovány ve veřejných politikách.“ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 122);

2. model respektu ke stávajícím hodnotám, v němž je imigrace nastavena tak, aby imigranti byli přijímáni za podmínky, že budou respektovat hodnoty, na nichž je postaveno společenství, k němuž se připojují, byť je nemusejí sdílet, a nebudou vůči nim nijak vynucováni (pokud by se například začali masivně přistěhovávat Svědci Jehovovi, bylo by to s vědomím, že v daném společenství bude krevní transfuze nadále přípustná, ovšem jim ji nikdo nutit nebude);

3. model zachování původní identity (v němž jsou imigranti masivně přijímáni pouze tehdy, pokud souznějí s identitotvornými hodnotami dané společnosti, které díky tomu mohou zůstat jednotícím prvkem, díky němuž lid na daném území zůstane oním „*duchovně, sociálně a politicky relativně homogenního společenstvím*“);

4. xenofobní (tedy uzavřený všemu).

Teprve debata o tom, které hodnoty dělají z obyvatel české kotliny lid, může podle mne vést k volbě mezi těmito možnostmi a k její implementaci do praktické politiky. Bez této debaty není překvapivé, že jsou nejvíc slyšet oba krajní hlasy, které takové vymezení nepotřebují, neboť cokoliv cizího buď nekriticky přijímají, nebo naopak šovinisticky odmítají. Bez této debaty také není překvapivé, že je například při udělování státního občanství zkoumána podle § 14 odst. 4 a 5 zákona č. 186/2013 Sb., o státním občanství České republiky, znalost českého jazyka a základní znalost ústavního systému České republiky a základní orientace v kulturně-sociálních, zeměpisných a historických realitách České republiky. Opravdu je tím, co nás spojuje a vytváří z nás lid, jazyk a znalost polohy města Plzně a data bitvy na Bílé hoře?

V postvestfálském světě by odpovědí patrně bylo sdílené vyznání a podřízenost témuž panovníkovi na daném území; vítězství nacionalismu na počátku 19. století dostalo do pozice těžiště vymezení státního národa národnost, vnímanou zejména ve střední a východní Evropě etnicky (v případě českých zemí od národního obrození s přímo definiční rolí jazyka). Je tomu tak i dnes? Jsme stále lidem proto, že sdílíme tentýž jazyk a území obklopené pásem pohraničních hor? Tvořím součást lidu České republiky proto, že mým prvním jazykem je čeština a narodil jsem se 40 kilometrů severně, a nikoli jižně od Šumavy? Nebo role jazyka, stejně jako „krve a půdy“ postupně ustupuje a pocit sounáležitosti je dán sdílením jiných hodnot (víry v liberální demokracii a evropský konsenzus o lidských právech)? A pokud ano, nesdílíme tyto hodnoty v rámci celé rodiny evropských národů, tedy těch, které jsou součástí EU? Pokud na tuto otázku bude možno někdy odpovědět kladně, usnadní to nejen vymezení toho, které další státy se mohou stát členy EU, ale otevře to i možnost vytvoření evropského lidu a evropské státnosti.

Zatím ovšem patrně stále platí teze Vojtěch Bellinga (a Spolkového ústavního soudu), že na jiné úrovni než na úrovni národních států není patrně demokracie myslitelná: „*Systém demokratické legitimacy, na němž stojí moderní reprezentativní demokracie, je tedy nutně spojen s pojmem politického národa (pregnantní je řecké vyjádření *dēmos*, jako protikladný pojem etnického národa vyjádřeného jako *ethnos*), o který se legitimní moc opírá. (...) Předpokladem je tedy i bazální jednota politického celku, která umožňuje teorém jeho obecného zájmu, byť na úrovni mimoempirické, vůbec postulovat. Tento vztah platí ovšem i obráceně. Tam, kde takový společný zájem chybí, lze těžko hovořit o politickém národu.*“⁶⁴⁹

Naopak pokud na otázku po sdílených hodnotách naopak nebudeme odpovídat vůbec, je otázka, zda nepřehlédneme, že už ani v rámci netvoříme relativně homogenní „politický národ“, ale jen různé skupiny obyvatelstva, které se nějakým historickým nedopatřením ocitly na společném území vymezeném pásem pohraničních hor a řekou Dyjí, ale už nepředstavují onen „lid“, který by dokázal legitimovat moc sobě vládnoucí. Jak připomíná Jan Kysela, homogenita lidu se dostává s multikulturalismem do střetu tehdy, „*pokud míra kulturních odlišností oslabí pouta držící společnost pohromadě v míře, kdy se jedna společnost změní v pluralitu společností, tj. jako jednota se rozpadne. (...) A vědět, kdo je ‚my‘, je důležité, platí-li slova A. Badiou, že politika je děláni něčeho pro ‚Nás‘.*“⁶⁵⁰ Zároveň jen tehdy, pokud mám pocit, že na mne dopadají

⁶⁴⁹ BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 112.

⁶⁵⁰ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie.* Praha: Leges, 2014, s. 123-124.

„Naše“ rozhodnutí (i kdyby byla špatná či pro mě nepříznivá), jsem ochoten se jim podřídit i tehdy, kdy jsem zůstal v přehlasované menšině. Možná je ovšem i alternativní procedurální koncepce pozitivistické a pluralistické demokracie, která podle Vojtěcha Bellinga jakýkoli holistický koncept politického národa nepotřebuje a jejíž legitimita se opírá pouze o demokratickou proceduru, která umožňuje zahrnout maximální množství subjektů do rozhodování.⁶⁵¹

Pokud bychom si představili, že by v budoucnu ČR ztratila svou suverenitu v zájmu evropské federace, mohla by být uskutečněna vláda lidu ve dvou modelech. Buď by byl namísto 28 „lidů“ jednotlivých členských států ustanoven jeden lid EU. Je otázka spíše politologická či sociologická, zda se takový lid vytváří a zda se vůbec může vytvořit, tedy zda oněch 28 politických obcí spojených do společné Unie má schopnost vytvořit obec jedinou, každopádně není to řešení, které by se aktuálně nabízelo.

Druhým modelem by byl takový způsob vládnutí, v němž sice neexistuje jeden lid, ale všech 28 lidí jednotlivě „vládne“, a to kombinací prostředků přímého podílu jednotlivých občanů EU na ustavování unijních orgánů (typicky Evropského parlamentu) a způsobů, jak se demokraticky ustavené vlády a parlamenty jednotlivých členských států zapojují do fungování EU jako celku. Zde se dostáváme k oné kvadratuře kruhu, kterou EU řeší trvale od počátků evropské integrace: jak vybalancovat nástroje zapojení vlád a zapojení jednotlivých občanů na straně jedné (a jakou dát jednotlivým vládám a obyvatelům jednotlivých zemí „váhu“ v těchto procesech při vědomí značně různorodé velikosti těchto zemí) a míru mocenského zasahování EU do práv a povinností občanů EU na straně druhé?

Tomu se věnoval i Spolkový ústavní soud ve výše rozebraných nálezech ve věci Maastricht a Lisabon.⁶⁵² V rozhodnutí ve věci Lisabon konkrétně uvedl, že nárůst integrace by byl protiústavní, pokud by nebyl vykompenzován nárůstem demokratické legitimacy v nadnárodních strukturách. Legitimita, která je unijním strukturám dodávána legitimizací ze strany národních vlád a parlamentů a doplňována přímo zvoleným Evropským parlamentem, je dostatečná pro přenos kompetencí na EU, dokud jde toliko o spolek suverénních států (*Verbund souveräner Staaten*).

⁶⁵¹ BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 109.

⁶⁵² Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 30. 6. 2009, 2 BvE 2/08; 2 BvE 5/08; 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267.

(bod 262aa). Pokud by ovšem úhrn kompetencí, svoboda akce a míra nezávislosti EU při rozhodování dosáhly úrovně odpovídající federalizaci, takže by například legislativa byla vytvářena primárně na unijní úrovni, pak by stávající demokratický deficit EU byl nesouladný s čl. 79 odst. 3 ve vazbě na čl. 23 Základního zákona. V takovém případě by bylo zodpovědností Německa vůči integračnímu procesu zasadit se o změnu takového vývoje a v nejhorším případě i odmítnout nadále zůstat součástí EU (bod 264). Evropský parlament přitom zůstává pouze představitel jednotlivých národů Evropy, nikoli evropského lidu. Ostatně princip degresivní nerovnosti při rozvržení počtu mandátů v Evropském parlamentu mezi jednotlivé členské státy je pouze kompromisem mezi mezinárodněprávní zásadou rovnosti států a ústavněprávní zásadou rovnosti voličů (bod 284 cc).⁶⁵³

Lze se tedy patrně ztotožnit se Spolkovým ústavním soudem v tom, že hrozba přenosu dalších kompetencí nespočívá primárně v tom, že by členské státy ztrácely svou suverenitu, což je údajně nepřipustné; nýbrž v tom, že zejména hrozí zpochybnění demokratičnosti vládnutí. Obě tyto hrozby jsou ovšem těsně propojené, jak vyložím ve zbývajících podkapitolách.

Jinak řečeno, nepřipustné by bylo, kdyby došlo k přesunu rozhodovacích kompetencí na EU, aniž by tento přesun byl vybalancován v rozhodovacích mechanismech EU takovým způsobem, který by zabezpečil občanům EU z každého jednotlivého členského státu takový způsob podílu na moci, ať už přímo (dnes tedy prostřednictvím voleb do Evropského parlamentu) nebo zprostředkovaně přes národní politické reprezentace, který by umožnil naplnit základní princip, že stále jde o vládu lidu, tedy že lid (v našem případě lid ČR) legitimuje tu moc, která na něj (v tomto případě z unijních struktur) dopadá. Spolu s americkými revolucionáři řečeno: chceme-li tedy na EU přesunout další díl „*taxation*“, musíme vyřešit, jak adekvátně zvýšit míru „*representation*“.

Problém s přenosem kompetencí na EU tedy podle mne z hlediska nezměnitelných náležitostí české ústavnosti není v ohrožení suverenity, nýbrž v ohrožení demokratičnosti. Z toho lze dovodit závěr, že „tak dlouho dokud“ bude zabezpečen podíl lidu ČR na rozhodovacích procesech EU odpovídající významu těchto procesů,

⁶⁵³ Viz MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 442-443.

je přechod kompetencí souladný s článkem 9 odst. 2 Ústavy ČR, a to i tehdy, kdyby se podařilo EU provést takové vybalancování, které by legitimovalo úplné vyprázdňení české státní suverenity.

7.3 Suverenita jako součást materiálního ohniska Ústavy ČR

Zadruhé, jakkoli suverenita jako taková není podle mne součástí „podstatných náležitostí demokratického právního státu“, je v podobě „svrchovanosti lidu“⁶⁵⁴ zjevně součástí materiálního ohniska Ústavy ČR, ba dokonce by se dalo tvrdit, že vytvoření suverénní české státnosti bylo spolu s demokratičností jedním ze základních znaků, který odlišil novou Ústavu ČR od všech ústav dosavadních a stal se vskutku definičním znakem nové české ústavnosti, tedy i součástí jejího materiálního ohniska.

Otázkou ovšem zůstává, zda z této skutečnosti plyne, že od určité úrovně evropské integrace, a tedy možné budoucí proměny EU ve federální stát a dosavadních suverénních členských států v pouhé jednotky této federace, dojde k takové proměně materiálního ohniska, že by si to vyžádalo přijetí zcela nové ústavy.

Dreier odpovídá na půdorysu německé klauzule věčnosti souhlasně: „*Došlo-li by ke takovému rozvoji evropské integrace, který by zredukoval Německo stejně jako ostatní členské státy na úroveň statusu odpovídajícího tomu vztahu, v němž jsou nyní spolkové země ke spolkové republice, pak by se jednalo o základní rozhodnutí ohledně celkového ústavního postavení Německa (neue Grundentscheidung über den verfassungsrechtlichen Gesamtstatus Deutschlands). To už by ovšem nemělo s pouhou změnou ústavy, jež jediné je ohraničena článkem 79 odst. 3 Základního zákona, nic společného, neboť by tu šlo o kvalitativně nový a odlišný stupeň státní organizace Spolkové republiky Německo a jejího státního národa. (...) Pro novou formu organizace takového státu a jeho občanů, a tedy pro změnu identity ústavy (Identitätswechsel der Verfassung) se nabízí pouze možnost využití ústavodárné moci (verfassungsgebendend Gewalt), což je směr, k němuž - má-li se postupovat v souladu se Základním zákonem - jediné ukazuje článek 146 Základního zákona. Bez takového odhlasovaného rozhodnutí by bylo vytvoření evropského spolkového státu, jež by vedlo ke snížení Spolkové republiky Německo na úroveň členské země spolku (Gliederstaat), nepřípustné.*“⁶⁵⁵ Jinak řečeno, federalizace EU a „ponížení“

⁶⁵⁴ Viz ŠIMÍČEK, V. In BAHÝŤOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 157.

⁶⁵⁵ DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, s. 1523-4.

Německa na úroveň jakési „spolkové země EU“ by znamenala takovou proměnu ústavní identity Německa (pokud přijme rozlišení zakotvené v kapitole 4, pak „materiálního ohniska“ jeho Základního zákona), že už by šlo o „jinou ústavu“, jež by musela být přijata podle čl. 146.⁶⁵⁶ Pro tuto jinou ústavu už ovšem hranice čl. 79 odst. 3 nynějšího Základního zákona beztak neplatí, takže nemá smysl se ptát, zda by taková změna neporušovala tuto klauzuli věčnosti.

Podobný směr, tedy vstřícnost k určitému omezení suverenity (ve prospěch jejího zachování v globalizujícím se světě), ovšem nepřipustnost překročení určité míry přenosu kompetencí (taktéž po německém vzoru na půdorysu stávající Ústavy, nebo absolutně?), naznačil u nás Ústavní soud v již citovaném nálezu ve věci Lisabonská smlouva I.⁶⁵⁷ V něm k postupu evropské integrace uvedl: „101. *Mezinárodní spolupráce a koordinace národních politik se stala nezbytným požadavkem zvládnutí globalizace světa. Poprvé v historii se národní bezpečnost, která byla vždy jádrem státnosti, může účinně zajišťovat jen společným postupem suverénních států, sjednocením zdrojů, technologií, komunikačních a informačních toků, moci a autority. V globalizovaném světě dochází k přeskupování center moci i v závislosti na jiných faktorech, než je pouze moc a vůle jednotlivých suverénních států. Jedná se o spontánní, neřízený proces stále intenzivnější integrace zemí světa v jediném ekonomickém systému. Tento proces, za přispění klíčových komunikačních technologií masmédií, internetu a televize, následně ovlivňuje související vztahy vně i uvnitř jednotlivých států v oblasti politické, kulturní, sociálně psychologické a dalších, včetně oblastí práva.*

102. Integrační charakter, v tomto ohledu i v případě Evropské unie, může v konečném důsledku přinést ochranu a posílení suverenity členských států vůči vnějším, zejména geopolitickým a ekonomickým faktorům; to např. i vůči nově nastupujícím světovým velmocem, u nichž lze jen těžko odhadovat budoucí hodnotové priority, kterým budou ochotny budování nového řádu globalizovaného světa podřízovat.

(...)

104. Evropská unie pokročila zdaleka nejvíce v konceptu sdílené - „slité“ - suverenity (pooled sovereignty) a již dnes vytváří entitu sui generis, která těžko snese zařazení do klasických

⁶⁵⁶ Podle Starcka je ovšem toto ustanovení po znovusjednocení Německa naopak již obsoletním a jeho cílem nikdy nebyla úplná revize ústavy na bázi trvajícího státu, nýbrž pouze přijetí nové ústavy po vytvoření nového státu, totiž znovusjednoceného Německa. STARCK, Ch. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*. Band 3. 4., vollständig neubearb. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2001, s. 3090-3091.

⁶⁵⁷ Nález ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 19/08, č. 446/2008 Sb.

státovědných kategorií. Je spíše otázkou jazykovou, zda lze proces integrace označovat za „ztrátu“ části suverenity, resp. kompetencí, nebo přilehavěji např. za „propůjčení, postoupení“ části kompetencí suveréna. Může se jevit jako paradoxní, že klíčovým projevem svrchovanosti státu je i možnost se svou svrchovaností (její částí) dále nakládat, resp. určité kompetence dočasně či trvale postoupit.

105. Na globální scéně již není možné hledět pouze jako na svět izolovaných států. Všeobecně se má za to, že stát a jeho suverenity prodělávají proměnu a že žádný stát již není tak jednotnou oddělenou organizací, jak předpokládaly klasické teorie v minulosti. V globálním měřítku vzniká mezinárodní politický systém, který postrádá institucionalizovaná pravidla vlastního sebeřízení, jakými dosud disponoval mezinárodní systém tvořený suverénními státy. Je bytostným zájmem integrující se evropské civilizace vystupovat v globální soutěži jako významná a respektovaná síla. Zmíněné procesy zcela jasně demonstrují, že i suverénní legitimní moc státu musí nutně sledovat probíhající vývojové tendence a snažit se jim přiblížit, porozumět jim a postupně podřídit tento spontánní proces globalizace postrádající hierarchické uspořádání řádu demokratické legitimacy (...).

106. Je však důležité poukázat na možnost členského státu z Evropské unie vystoupit postupem stanoveným v čl. 50 Smlouvy o EU; explicitní artikulace této možnosti v Lisabonské smlouvě je nesporným potvrzením principu States are the Masters of the Treaty a trvající svrchovanosti členských států.

107. Z moderního ústavněprávního pohledu tedy nemusí svrchovanost (suverenity) znamenat pouze „nezávislost státní moci na jakékoli jiné moci, a to jak navenek (v oblasti mezinárodních vztahů), tak i ve vnitřních věcech“ (...). Takto dnes již (pravděpodobně) není suverenity chápána v žádné tradiční demokratické zemi, a stricto sensu by pak nesplňoval znaky suverenity žádný stát včetně USA. Např. David P. Calleo upozorňuje, že chápeme-li suverenity v jejím tradičním pojetí, jakýkoliv mezinárodní závazek zbavuje stát části jeho suverenity. V praxi by proto neměla být suverenity pojímána jen jako rigidní právní pojem, ale také jako pojem s praktickou, morální a existenciální dimenzí. V praxi je národní suverenity vždy omezena objektivními podmínkami, včetně reakcí sousedních států. Za těchto podmínek národní suverenity znamená především legitimní vládu, která disponuje formální pravomocí vybrat si mezi v úvahu připadajícími variantami, a nikoliv následovat variantu přímo diktovanou cizí mocností. Jinými slovy, pro národní stát, stejně jako pro jednotlivce v rámci společnosti, znamená praktická svoboda být aktérem, a nikoliv být objektem. Pro stát, který se nachází v těsném navzájem závislém systému, praktická suverenity spočívá v tom být

*chápán jako bráňa, kterému sousední státy naslouchají, s nímž aktivně jednají, a jehož národní zájmy jsou brány v potaz.’ (David P. Calleo, *Rethinking Europe’s Future*, Princeton/Oxford, str. 141, 2001).*

108. Z uvedených úvah lze tedy dovést, že přenesení určitých kompetencí státu, které vyvěrá ze svobodné vůle suveréna a bude nadále vykonáváno za jeho účasti předem dohodnutým, kontrolovaným způsobem, není pojmovým oslabením svrchovanosti, ale může naopak ve svých důsledcích znamenat její posílení ve společném postupu integrovaného celku. Integroční proces EU se neděje radikálním způsobem, který by obecně znamenal „ztrátu“ národní suverenity, nýbrž jde o proces evoluční, a - kromě jiného - i o reakci na postupující globalizaci ve světě.

109. Ústavní soud dále uvádí, že - co se týče české Ústavy - lze volit jednoduchý jazykový výklad čl. 10a odst. 1 Ústavy, který umožňuje delegovat jen „některé pravomoci orgánů České republiky“. Z toho plyne, že Ústava interpretovaná jako celek je konzistentní, pokud jde o vztah článku 10a a čl. 1 odst. 1: čl. 10a nemůže být zjevně použit k neomezenému přenosu svrchovanosti; jinými slovy, na základě článku 10a nelze přenést - jak již bylo uvedeno - takové pravomoci, jejichž přenesením by byl dotčen čl. 1 odst. 1 Ústavy v tom smyslu, že by již nebylo možno hovořit o České republice jako o svrchovaném státu. Pojem svrchovanosti interpretovaný ve vzájemné souvislosti čl. 1 odst. 1 Ústavy a čl. 10a Ústavy tedy jasně ukazuje, že existují také určité limity přenosu svrchovanosti, jejichž nedodržením by byl již dotčen jak čl. 1 odst. 1, tak čl. 10a Ústavy. Tyto limity by měly být ponechány primárně na specifikaci zákonodárci, protože jde *a priori* o otázku politickou, která poskytuje zákonodárci velké pole uvážení; zásad Ústavního soudu by tu měl připadat v úvahu jako *ultima ratio*, tedy v situaci, kdy byla míra uvážení jednoznačně překročena a byl dotčen čl. 1 odst. 1 Ústavy, neboť došlo k přenosu pravomocí nad rámec čl. 10a Ústavy.“

V budoucnu všem nelze zcela vyloučit, že integrační proces nabere takto radikálních obrátek, a bude-li si to lid přát, materiální ohnisko Ústavy mu patrně bude muset ustoupit, jakkoliv to zatím Ústavní soud vylučuje. Pozoruhodné je v tomto směru upozornění Jiřího Malenovského na určitou „pikantnost“ přeceňování důsledků materiálního ohniska (obsaženého v Ústavě přijaté roku 1992 podle něj narychlo, mimo souhlas lidu a dokonce i mimo jeho hlavních reprezentantů, tedy těch zvolených do Federálního shromáždění) ze strany Ústavního soudu tváří v tvář požadavkům práva EU: „Unijní smlouvy totiž, jak známo - vstoupily - na rozdíl

*od Ústavy z r. 1992 - do použitelného právního řádu České republiky se souhlasem lidu coby originárního ústavodávce, vyjádřeným v referendu. Souhlas byl udělen s plným vědomím, že unijní smlouvy stanoví přednost unijního práva před veškerým právem českým.*⁶⁵⁸

Komplikovanější je situace v těch evropských státech, které přímo zakotvují státní nezávislost jako jednu z nezměnitelných náležitostí ústav. To je z nynějších členských států jednak případ Portugalska, kde je ovšem přípustná změna tohoto výčtu obsaženého v článku 288 Ústavy Portugalska formou dvojí revize, jednak Rumunska (čl. 152), u nějž by pro mne ovšem bylo kvůli jazykové bariéře pouhou spekulací dovozovat, jak by mohla být taková zásadní změna ústavně vyřešena.

Na jednu stranu se nabízí otázka, zda je nutné vůbec požadavek státní nezávislosti přímo zakotvovat mezi nezměnitelné náležitosti ústavy. Není vlastně samozřejmým předpokladem funkčnosti ústavy jako nejvyššího zákona v dané zemi? I zde se podle mne vyjevuje rozdíl mezi materiálním ohniskem a nezměnitelnými náležitostmi ústav. Samostatnost státu coby předpoklad funkčnosti ústavy je patrně součástí materiálního jádra ústav, z čehož plyne, že omezení nebo zbavení se státní suverenity ohrožuje ústavní statiku, ovšem dojít k němu může, a to i pouhým rozhodnutím (či třeba sérií rozhodnutí) orgánu jednajícího v rámci ústavy (lidu při referendu nebo parlamentu), a ústava ji teoreticky může přežít, stejně jako Ústava státu Massachusetts (*Constitution of the Commonwealth of Massachusetts*⁶⁵⁹), která byla přijata už v roce 1780, přežila vplynutí státu Massachusetts do USA a platí dosud... V tomto ohledu by tak patrně i Ústava ČR přežila postupné vplynutí do federalizované EU, k němuž nakročila již lidovým rozhodnutím v referendu o přistoupení ČR k EU v roce 2003 a poté rozhodnutím Parlamentu, vlády a prezidenta ratifikovat Lisabonskou smlouvu. Čtvrté slovo čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR by se sice po několika dalších takových krocích stalo obsoletním a bylo by poctivé je daného ustanovení vyškrtnout, nicméně ani z článku 1, ani z článku 9 Ústavy ČR nelze podle mne dovodit, že by byly další takové kroky směrem k nesuverenitě ČR Parlamentu striktně zakázány. Pouze je třeba je činit postupně, s vědomím jejich vlivu na ústavní statiku. Naopak ve státech (jako je zmiňované Portugalsko a Rumunsko), v nichž je nezávislost nezměnitelnou náležitostí ústav, by parlament

⁶⁵⁸ Malenovský, J. O legitimitě a výkladu české Ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*, č. 8/2013, s. 745-772, na s. 749.

⁶⁵⁹ Viz stránky <https://malegislatre.gov/Laws/Constitution>, navštíveno dne 31. 10. 2014.

(a patrně ani jiný orgán jednající v rámci ústavy) takový krok, kterým by byl překročen Rubikon nesuverenity, nesměl udělat; respektive před jeho učiněním by bylo potřeba přijmout zcela novou ústavu.⁶⁶⁰

Opačný extrém představuje přístup Pernthalerův. Podle něj už rakouská ústava díky míře integrovanosti do EU není úplnou ústavou, ale stává se podobnou ústavě spolkové země a Rakušané už fakticky žijí v režimu „dvojí ústavy“ (*Doppelverfassung*): národní a nadnárodní.⁶⁶¹

Obecně však podle judikatury národních ústavních soudů nenaráží evropská integrace ani tak na limity představované výslovně zakotvenými nezměnitelnými náležitostmi, ale spíše na obecně vymezené základní principy definující identitu dané ústavy, tedy na jejich materiální ohniska. Právě základními zásadami ústavy, na nichž spočívá identita ústavy (*die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht*), a nikoli nezměnitelnými náležitostmi podle čl. 79 odst. 3 vymezil limity pro ústavně přípustnou evropskou integraci jak Spolkový ústavní soud ve výše citovaném rozhodnutí *Solange I* (podkapitola 3.3), tak španělský ústavní soud,⁶⁶² francouzská Ústavní rada (v případě Francie je podle Zbírala takovou charakteristickou ústavně identitotvornou hodnotou spíše francouzský sekularismus než třeba republikánství)⁶⁶³ či polský ústavní soud. Ten ústavní identitu vnímá především jako okruh nepřenositelných pravomocí obsahující to, co je nezbytným základem politického systému daného státu, přičemž identitu ústavní úzce propojuje s identitou národní včetně tradice a kultury.⁶⁶⁴ Takový materiální limit změn ústavnosti daného státu má nicméně tu vlastnost, že může podléhat změně, byť - v zájmu zachování „statiky“ dané ústavy - pouze pozvolně, jak ukáže následující podkapitola.

⁶⁶⁰ Takové tvrzení je ovšem zároveň zpochybňováno přinejmenším v případě Portugalska výše zmíněnou doktrínou *dupla revisão* rozebranou v podkapitole 3.4, podle níž může ke změně nezměnitelných náležitostí přikročit i samo Národní shromáždění.

⁶⁶¹ PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, s. 14.

⁶⁶² Rozhodnutí Ústavního soudu Španělska ze dne 13. 12. 2004, Declaracion DTC 1/2004, bod 3.

⁶⁶³ Rozhodnutí Ústavní rady ze dne 27. 7. 2006, 2006-540 DC, bod 19.

⁶⁶⁴ Rozhodnutí Ústavního soudu Polska ze dne 24. 11. 2010, K 32/09, s. 22-23. Všechna tři rozhodnutí cit. dle ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 119-122.

7.4 Evropská integrace jako součást materiálního ohniska

Jaký je tedy závěr pro ČR? Zopakujme závěry předchozích podkapitol, že na rozdíl od Rumunska či Portugalska není suverenita či samostatnost ČR nezměnitelnou náležitostí Ústavy ČR. Její nezměnitelnou náležitostí je suverenita pouze potud, že ji lze pokládat za předpoklad demokracie coby vlády lidu, lze si ovšem představit i takové vybalancování podílení se na rozhodování EU a vlivu EU na život občanů ČR, že by i ztráta suverenity byla s touto nezměnitelnou náležitostí souladná. Na druhou stranu představuje suverenita ČR a její státní samostatnost patrně součást materiálního ohniska Ústavy. Z hlediska zachování jeho funkčnosti, a tedy zachování vnitřní soudržnosti a statiky Ústavy v případě, že by integrace EU postoupila až do úrovně federalizace, a tedy popření státní suverenity ČR, jsou ovšem podle mne přípustná dvě řešení.

První je to, které bylo naznačeno obecně v kapitole 4 a konkrétně před několika chvílemi Dreierem: nic nebrání lidu ČR, aby přijal zcela novou ústavu, která bude koncipována již jako ústava „spolkové země“ v rámci EU, přičemž ovšem k tomu, aby takovou být opravdu mohla, tedy aby byla konzistentní se samotnou ústavní strukturou EU, je potřeba dodržet limity, které byly podrobně rozebrány v kapitole 6.

Domnívám se ovšem, že je možná i jiná odpověď, tedy jiná cesta k takové změně. Pokud totiž bylo materiální ohnisko ústavy výše označeno za jakéhosi garanta „statiky“ (spíše než nezměnitelnosti ústavy), lze se domnívat, že pokud nepostupuje evropská integrace příliš „skokově“, může na ni Ústava ČR reagovat postupně, ať už dílčími novelami (viz tzv. euronovela Ústavy, tedy ústavní zákon č. 395/2001 Sb.) či výkladem, tak aby se nikoli státní suverenita, ale právě integrace do evropských struktur stala součástí materiálního ohniska Ústavy ČR, tedy pomyslnou novou „nosnou zdí“, novou základní a definiční charakteristikou ústavního systému ČR jako členského státu. Konkrétně řečeno, jakkoli v případě náhlého prohloubení míry evropské integrace (jakým měla být neúspěšná Smlouva o ústavě pro Evropu) by patrně bylo přivolení lidu v referendu nezbytné a při intenzivnější skokové proměně povahy EU a postavení ČR v ní by bylo dokonce namíste přijmout novou ústavu, neboť náhlou změnu by ona „statika“ Ústavy ČR nemusela unést; v případě změny pozvolné to nepokládám za nutné. Ostatně příklady „dlouhověkých“ ústav ukazují, že „statika“ ústavy snese i zcela zásadní proměnu, pokud

tato proměna přichází postupně. Tak americká demokracie se jistě zásadně proměnila za 230 let existence USA (snad nejvýrazněji ve vymezení toho, kdo je vlastně „*We, the people*“), ba přežila i občanskou válku (mimo jiné o výklad některých ústavních ustanovení), ale Ústava USA platí stále. Základní zákon Německé spolkové republiky dokonce předpokládal svou dočasnost a nahrazení po znovusjednocení Německa novou ústavou, ale přestože kromě znovusjednocení a předtím ukončení okupačního režimu potkalo Německo i intenzivní začlenění do EU, obešla se tato změna výrazně krok za krokem proměňující povahu Německa taktéž bez naplnění postupu předpokládaného článkem 146.

I limity, které jsem nastínil v podkapitole 6.5, ostatně ukazují, že evropská integrace přináší spíše nové limity (nové „nosné zdi“) pro konstrukce ústav členských států Unie, a bude-li evropská integrace pokračovat, lze si spíše představit, že v budoucnu bude určitá změna ústavy členského státu označena za nepřipustnou nikoli proto, že je popřením státní suverenity ve prospěch EU, nýbrž naopak proto, že popírá některý ze znaků vyžadovaných společnou identitou členských států EU. Leonard Besselink dokonce tvrdí, že jedním ze smyslů evropské integrace bylo od jejich samých počátků nahrazení suverenity evropských států, která způsobila v minulých staletích tolik konfliktů, jejich integrací, která v posledním půlstoletí učinila válku mezi nimi nemyslitelnou (i se znepokojivými důsledky, které uvádím v závěru knihy), tedy „*postavit Evropu nad státy a jejich ničivý nacionalismus*“, což akceptoval zejména ESD, jak je vidno z jazyka jeho judikatury stvrzující přesun suverénních kompetencí na ES a poté EU.⁶⁶⁵ Nastoupení „do vlaku“ evropské integrace je tak možno vnímat i jako rozhodnutí postavit ústavní identitu na kooperaci, namísto suverenity:

Zatímco tak z judikatury některých ústavních soudů lze nabýt dojem, že evropská integrace narazí od určité míry integrace na limit v podobě nezměnitelných náležitostí či materiálních ohnisek coby základních charakteristik ústav členských států; v budoucnu může být naopak fakt integrovanosti daného státu do EU limitem pro změny ústav. Nemusí přitom jít o limit formální v podobě výslovného zakotvení „věčnosti členství v Unii“ (zakotvení výslovné možnosti vystoupení v Lisabonské

⁶⁶⁵ BESSELINK, L. *National and constitutional identity before and after Lisbon*. *Utrecht Law Review*, č. 3/2010, s. 36-49, na s. 39.

smlouvě naznačuje spíše opak⁶⁶⁶), ale o limit materiální spočívající v tom, že daná ústava bude natolik intenzivně spočívat na základních hodnotách vyplývajících ze členství v EU, že právě bez nich by se její ústavní „statika“ zhroutila.

Přitom již dnes je členství v EU podle mnohých přímo součástí národní (a tedy i ústavní - viz následující podkapitoly) identity členských států, a to nejen jako fakt členství, ale i jako vstřebání základních hodnot EU rozebraných v podkapitole 6.5: „*Platí totiž, že prvky národní identity nesmí být v rozporu s cíli čl. 2 L-SEU, k těmto hodnotám se členské státy přihlásily svým přistoupením k EU a také ve své podstatě tvoří součást jejich národní identity.*“⁶⁶⁷ Jako nástroj před porušením těchto limitů vyplývajících z členství v EU přitom vnímám mechanismus článku 7 Smlouvy o EU, jak byl rozebrán v podkapitole 6.5. Opakuji, že jde pouze o vizi řešení spočívající na předpokladu, že by se unijní integrace mohla dále prohlubovat, což je předpoklad, jehož naplnění je takřkajíc ve hvězdách, respektive přinejmenším mimo dosah vlivu právnických publikací.

Pokud by ovšem k naplnění takového předpokladu v budoucnu došlo, mohla by se materiální ohniska ústav členských států EU stát nikoli tím, co členské státy odděluje, respektive zakotvuje jejich „minimální bezpečnou vzdálenost“ v unijním soužití, ale co je naopak spojuje. Poetičtěji řečeno, materiální ohniska ústav členských států EU nevnímám pro takový případ jako jakési ochranné vodní příkopy, které vpsledku zabrání přílišnému vpádu EU a jejího práva do právních řádů členských států, byť část judikatury i doktríny může takový dojem vyvolávat. Je sice pravdou, že ústavožakonodárce nemůže tyto vodní bariéry zcela odstranit, i to však

⁶⁶⁶ Viz čl. 50 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy:

„1. Každý členský stát se v souladu se svými ústavními předpisy může rozhodnout z Unie vystoupit.

2. Členský stát, který se rozhodne vystoupit, oznámí svůj záměr Evropské radě. S ohledem na pokyny Evropské rady Unie sjedná a uzavře s tímto státem dohodu o podmínkách jeho vystoupení, s přihlédnutím k rámci jeho budoucích vztahů s Unií. Tato dohoda se sjednává v souladu s čl. 218 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie. Jménem Unie ji uzavře Rada, která rozhoduje kvalifikovanou většinou po obdržení souhlasu Evropského parlamentu.

3. Smlouvy přestávají být pro dotyčný stát použitelné dnem vstupu dohody o vystoupení v platnost, nebo nedojde-li k tomu, dva roky po oznámení podle odstavce 2, nerozhodne-li Evropská rada jednomyslně po dohodě s dotyčným členským státem o prodloužení této lhůty.

4. Pro účely odstavců 2 a 3 se člen Evropské rady nebo Rady, který zastupuje vystupující členský stát, nepodílí na jednáních ani rozhodnutích Evropské rady nebo Rady, která se jej týkají. Kvalifikovaná většina je vymezena v souladu s čl. 238 odst. 3 písm. b) Smlouvy o fungování Evropské unie.

5. Pokud stát, který z Unie vystoupil, požádá o nové přistoupení, podléhá tato žádost postupu podle článku 49.“

⁶⁶⁷ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 127.

může (alespoň v ČR) jistě udělat mimo rámec nynější Ústavy ústavadárce, tedy lid, a v tomto rámci patrně i pouhý ústavozákonodárce, tedy Parlament, bude-li přitom spolu s EU respektovat požadavek postupnosti takových změn.

Podstatnější však je, že stačí změna optiky, a můžeme tyto údajně nezničitelné vodní příkopy vnímat jako pomyslné vodní kanály, tedy nikoli jako bariéry, ale naopak jako vodní cesty; popřípadě může ústavadárce jejich rozložení změnit tak, aby mohly takto sloužit. Při respektování určitého základního tvaru (určité minimální hloubky a šířky, pokud zůstaneme u kanálové paralely) pak slouží takové vodní cesty (které mají nejen ty státy, které si je pracně vložily do „nezměnitelných“ ustanovení ústav, ale implicitně je má každá evropská ústava hodná tohoto označení, neboť každá má určité materiální jádro) naopak jako prostředek, který spojuje EU s jejími členskými státy i je navzájem, představuje společnou komunikační síť jejich právních (ústavních) řádů, je jimi všemi sdílena. Normativním důsledkem takového vnímání ovšem je i to, že s touto sdílenou komunikační sítí je třeba zacházet způsobem odpovídajícím tomuto sdílení. Každý stát si ji sice může vést v zásadě, kudy chce a jak chce (může být tedy například výrazně širší), nicméně pokud by porušil její základní definiční znaky (takřkajíc by ji zasypal), ostatní členové takto definovaného společenství mají právo zasáhnout, a buď člena vyloučit, nebo prosadit „opravu“, jak s tím nyní počítá výše rozebraný čl. 7 Smlouvy o EU. Tuto roli „kanálů“ pak plní podle von Bogdandyho a Schilla koncept respektu k ústavní identitě členských států: „Čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU tak můžeme chápat jako bránu otevírající právo EU vstříc domácímu ústavnímu právu, která činí unijní právo vnímavým k domácímu ústavnímu právu.“⁶⁶⁸

7.5 Respekt EU k ústavní identitě členských států

Nejde ovšem o vztah jednosměrný. Ještě dříve, než bylo možno začít vůbec uvažovat o tom, že by se integrace do evropských struktur stala nikoliv jen jedním z mnoha členství daného státu v mezinárodních organizacích, ale podstatným rysem ústavnosti daného státu, ba dokonce dříve než byla rozpoznána a uznána specifická nadnárodní povaha EU, tedy dříve než začaly ústavy členských států

⁶⁶⁸ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1430.

„spočívat“ i na členství v EU jako jedné z možných součástí materiálního ohníska jejich ústav, začal právní řád ES a poté EU spočívat na ústavách svých členských států.

Bylo tomu tak zejména v oblasti ochrany lidských práv,⁶⁶⁹ kde komunitární a poté unijní orgány doháněly až do vyhlášení Listiny základních práv EU deficit spočívající v absenci společného unijního lidskoprávního katalogu, tedy katalogu, který by jasně vymezil, kterými lidskoprávními limity jsou unijní orgány vázány. Jedním ze způsobů řešení tohoto deficitu bylo právě odvolání se na ústavy jednotlivých členských států. Již v rozsudku *Internationale Handelsgesellschaft*⁶⁷⁰ ESD konstatoval, že jsou komunitární struktury při ochraně lidských práv inspirovány „ústavními tradicemi společnými členským státům“,⁶⁷¹ přičemž následně ESD (a počínaje Maastrichtskou smlouvou také zakládací smlouvou) uznal, že tyto sdílené lidskoprávní ústavní tradice jsou nejlépe vyjádřeny v Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

S tím, jak samo evropské právo posilovalo a jak sílily debaty o tom, zda lze ve vztahu evropského práva a národních právních řádů hledat nějakou hierarchickou strukturu (příznivci absolutního primátu práva EU by zdůraznili, že tento koncept je respektován v judikatuře ESD již od rozsudku *Costa v. ENEL*⁶⁷² až po nedávný rozsudek *Winner Wetten*;⁶⁷³ příznivci primátu vnitrostátního práva by naopak zdůraznili, že to je vposledku právě domácí právo, které dává domácím politikům mandát ke sjednání smluv vytvářejících proces evropské integrace, a že kompetence jsou toliko přenášeny na EU z vůle členských států a v souladu s jejich

⁶⁶⁹ CRAIG, P., DE BÚRCA, G. *EU law: text, cases, and materials*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 395-418.

⁶⁷⁰ Rozsudek ESD ze dne 17. 12. 1970 *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70.

⁶⁷¹ „The protection of such rights, whilst inspired by the constitutional traditions common to the member states, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the community.“

⁶⁷² Rozsudek ESD ze dne 15. 7. 1967 *Costa v. ENEL*, 6/64. Ostatně i ve výše citovaném rozsudku *Internationale Handelsgesellschaft* ESD konstatoval, že „před právem vytvořeným Smlouvou, tedy právem plynoucím z autonomního pramenu práva, nemohou mít vzhledem k jeho povaze přednost vnitrostátní právní předpisy jakéhokoli charakteru, pokud nemá ztratit svůj charakter práva Společenství a pokud nemá být zpochybněn právní základ Společenství samého.“

⁶⁷³ Rozsudek SD EU ze dne 8. 9. 2010 *Winner Wetten*, C-409/06.

ústavami, to je však téma dostatku jiných publikací⁶⁷⁴), či zda jde spíše o heterarchii, stala se klíčovou nikoli otázka opření unijního práva na vnitrostátních ústavních tradicích, ale jeho respektu k nim a otázka, zda pomyslná nejvyšší norma a právo „posledního slova“ k výkladu právního řádu leží spíše v právu vnitrostátním či právu domácím (to v různých fázích evropské integrace výslovně tvrdily soudy Itálie, Německa, Dánska, Španělska, Francie, Maďarska, ČR, v mírnější podobě pak také soudy Spojeného království a Polska⁶⁷⁵), či zda ani jedna odpověď není správná, protože právní řád v současné EU nemá jediný vrchol, jak tvrdí například příznivci ústavního pluralismu.⁶⁷⁶ Podle nich by v roli takového vrcholu rozhodně neobstálo ani materiální ohnisko vnitrostátních ústav, neboť jak říká Neil Walker: „Je to EU, která představuje nejnáléhavější paradigmatickou výzvu tomu, co bychom mohli označit za ústavní monismus. Ústavní monismus je pouze nálepkou pro základní předpoklad konstitucionalismu ve vesfálské éře (...), že státy jsou jediná centra či jednotky ústavní moci. Naproti tomu ústavní pluralismus uznává, že evropský řád zavedený Římskou smlouvou se vyvinul nad

⁶⁷⁴ V české literatuře viz například ONDŘEJKOVÁ, J. *Princip přednosti evropského práva v teorii a soudní praxi*. Praha: Leges, 2012; BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011; či KÜHN, Z. Ještě jednou k ústavnímu základu působení komunitárního práva v českém právním řádu. *Právní rozhledy*, č. 10/2004, s. 395 an., v němž jsou rozebrány i přístupy jednotlivých národních soudů (konkrétně v Itálii, Německu, Belgii, Nizozemí a Francii) k otázce přednosti unijního práva. Tento článek je součástí rozsáhlejší debaty o působení práva EU v českém právním řádu a jeho limitech, k čemuž viz zejména MALENOVSKÝ, J. Mezinárodní smlouvy podle čl. 10a Ústavy ČR. *Právník*, č. 9/2003, s. 841 an.; KÜHN, Z., KYSELA, J. Na základě čeho bude působit komunitární právo v českém právním řádu? *Právní rozhledy*, č. 1/2004, s. 23 an.; MALENOVSKÝ, J. Ve věci ústavního základu působení komunitárního práva uynitř ČR nebylo řečeno poslední slovo. *Právní rozhledy*, č. 6/2004, s. 227 an.; či MALENOVSKÝ, J. Vítězství „dogmatiků“ nad „pragmatiky“ se odkládá. *Právní rozhledy*, č. 11/2005, s. 408 an.

⁶⁷⁵ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417–1454, na s. 1433.

⁶⁷⁶ K různým pohledům na něj viz sborník obsahující příspěvky řady ústavních pluralistů: AVBELJ, M., KOMÁREK, J. *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2012. Trefně shrnul smysl ústavního pluralismu Jiří Příbán: „V rámci EU se právní pluralismus běžně spojuje s ústavním pluralismem a konflikty vznikajícími mezi politickými a právními institucemi EU a členských států. Autonomie systému evropského práva s jeho principy nadřazenosti a přímé působnosti, které definoval Evropský soudní dvůr, podporuje představy o existenci základní normy práva EU, která má údajně být nadřazena základním normám ústavních systémů členských států. Nadřazenost základní normy práva EU nicméně zpochybnila ústavní soudy členských států, které naopak judikovaly, že základní norma a ústavní suverenity členských států není evropskou právní integrací zpochybněna. EU se tak vyvinula v hybridní pluralistický model, který odporuje monistické koncepci jedné exkluzivní základní normy, ale zrovna tak se vymyká běžným dualistickým koncepcím mezinárodního práva.“ PRIBÁN, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, č. 2/2013, s. 105–123, na s. 114.

*rámeček tradičních omezení mezinárodního práva a nyní má vlastní nezávislé ústavní nároky, které existují vedle přetrvávajících nároků států. Vztah mezi těmito řády je nyní víc horizontální než vertikální - heterarchický spíše než hierarchický.*⁶⁷⁷

Přestože perspektiva celé knihy je vnitrostátní, ukončíme ji krátkým pohledem na to, jak je nahlížen respekt EU a jejího práva k ústavním identitám jejích členských států. Právě tento respekt k ústavním identitám totiž z pohledu práva EU postupně nahrazuje nucený respekt k suverenitě členských států: „*Skutečnost, že je používána terminologie autonomie, a nikoli suverenity, potvrzuje myšlenku vymezení sdíleného prostoru ústavnosti a nikoli pouze interakce mezi bráči patřícími plně do odlišných ústavních sfér.*“⁶⁷⁸ Nahrazuje zároveň i dřívější odkaz na společné ústavní tradice; těžiště vztahů mezi vnitrostátní ústavností jednotlivých členských států a ústavním pořádkem EU se zkrátka posouvá: „*Zatímco společné ústavní tradice slouží jako přísada ve vytváření prosaditelné evropské, či spíše unijní, identity; pojem ‚národní identity‘ v čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU akceptuje legitimitu a zaručuje trvání členských států jako samostatných jednotek chráněných proti požadavkům narůstající evropské integrace.*“⁶⁷⁹

Jakkoli instituce a právo EU ctily ústavní identitu členských států od samých počátků integračního procesu,⁶⁸⁰ výslovně se tento koncept odrazil teprve v Maastrichtské smlouvě z roku 1992. Její čl. F odst. 1 (po Amsterdamu čl. 6 odst. 3) zněl: „*1. Unie ctí národní identitu svých členských států, jejichž politický systém je založen na zásadách demokracie.*“ Jakkoli není zřejmé, kdo konkrétně zařazení tohoto článku navrhl, a vlastně ani jaký je jeho obsah⁶⁸¹ (zejména zda se slůvko „národní“ vztahuje spíše ke státům

⁶⁷⁷ WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*, č. 3/2002, s. 337, cit. dle PRIBÁN, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: o „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*, č. 2/2013, s. 105-123, na s. 115.

⁶⁷⁸ VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 565.

⁶⁷⁹ VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 570.

⁶⁸⁰ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 114.

⁶⁸¹ Robert Zbíral cituje Ernesta Kossmana, který celý koncept národní identity přirovnal „*ke velké medúze na pláži, kterou je po důkladném prozkoumání lepší nechat na pokoji, neboť je příliš složitá, mnohostanná a proměnlivá.*“ Cit. dle ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 132.

nebo přímo k národům⁶⁸² a co je to vlastně „identita“, panuje shoda, že jeho smyslem bylo zabránit „rozpuštění“ členských států v EU a vyvážit (tehdejší) federální směřování evropské integrace.⁶⁸³ Pod „národní identitu“ je zařazováno „*především to, čím se daný stát odlišuje od ostatních. (...) její hlavní složkou je identita ústavní.*“⁶⁸⁴ Identitu přitom netvoří ústavní zvláštnosti, svéráznosti či výstřelky, nýbrž spíše ústavní esenciální,⁶⁸⁵ v případě Německa například ty, které jsou vyjádřeny v klauzuli věčnosti,⁶⁸⁶ překrývající se ovšem (viz podkapitulu 4.2) s materiálním ohniskem německého Základního zákona. Jinak by se totiž mohla ústavní identity dotýkat skoro každá otázka práva EU, pokud bychom pod ústavní identitu podřadili třeba celou ústavně zaručenou ochranu základních práv.⁶⁸⁷

Shoda už ale nepanovala v tom, zda součástí této identity jsou i základní principy ústavnosti, tedy materiální ohniska ústav. Odpůrci namítali, že v Evropě se na rozdíl od USA neváže národní identita na ústavu.⁶⁸⁸ Zpřesněn měl být celý koncept respektu k národní identitě států ve Smlouvě o ústavě pro Evropu, po jejím odmítnutí se pak pozměněný text dostal do čl. 4 odst. 2 Smlouvy EU ve znění Lisabonské smlouvy, který Zbírál trefně označuje za zastřešující pravidlo vztahů mezi EU a členskými státy, jímž by se EU měla řídit při veškeré své činnosti, bez ohledu na to, který druh pravomoci zrovna vykonává.⁶⁸⁹ Tento odstavec nyní zní: „*Unie ctí rovnost členských států před Smlouvami a jejich národní identitu, která spočívá v jejich základních politických a ústavních systémech, včetně místní a regionální samosprávy. Respektuje*

⁶⁸² Viz BESSELINK, L. *National and constitutional identity before and after Lisbon*. *Utrecht Law Review*, November 2010/vol. 6 (3), s. 36-49, na s. 43.

⁶⁸³ Tamtéž.

⁶⁸⁴ Tamtéž, s. 127.

⁶⁸⁵ VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 576.

⁶⁸⁶ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1432.

⁶⁸⁷ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1430.

⁶⁸⁸ BLECKMANN, A. Die Wahrung der „nationalen Identität“ im Unions-Vertrag. *Juristen Zeitung*, č. 6/1997, s. 265-269.

⁶⁸⁹ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 118.

základní funkce státu, zejména ty, které souvisejí se zajištěním územní celistvosti, udržením veřejného pořádku a ochranou národní bezpečnosti. Zejména národní bezpečnost zůstává výhradní odpovědností každého členského státu.“

Klíčovou změnou z pohledu našeho tématu je výslovné zmínění „ústavních systémů“ jako jednoho z odrazů národní identity, zatímco maastrichtské znění odkazovalo spíše na kulturně-historická specifika jednotlivých členských států;⁶⁹⁰ zda ta zůstala součástí „národní identity“ ve smyslu unijního práva, je předmětem akademických sporů,⁶⁹¹ každopádně určitěmu odklonu od „kulturního“ vnímání „ústavní“ identity po Lisabonské smlouvě nasvědčuje již to, že kulturní identita je nyní samostatně uvedena v čl. 3 odst. 3 Smlouvy o EU, podle nějž EU „[r]espektuje svou bohatou kulturní a jazykovou rozmanitost a dbá na zachování a rozvoj evropského kulturního dědictví.“⁶⁹² Zbírál připomíná, že tuto klauzuli nelze patrně pokládat za „jakési materiální jádro unijního práva“,“⁶⁹³ což nepřekvapí, neboť za ně je trefnější pokládat čl. 2 Smlouvy o EU (viz podkapitolu 6.5). Namísto toho nabízí několik alternativních účelů, které může tato klauzule mít:

1. obecný koncept uplatňovaný všemi orgány EU i v běžných situacích za účelem posílení zásady proporcionality v záležitostech, v nichž mají členské státy omezený prostor pro uvážení;
2. spíše výjimečně uplatnitelný koncept dávající národním ústavním soudům možnost prohlásit zásah EU za neplatný, jak navrhuji Armin von Bogdandy a Stephan Schill. Ti sice vnímají toto nové znění garance ústavní identity jako cestu ke vzájemnému „ústavnímu porozumění“ obou právních systémů, zároveň v něm ale vidí cestu k jednostrannému prohlášení národních ústavních soudů o neaplikovatelnosti práva EU (ovšem až jako ultima ratio a s vědomím, že i tak půjde ze strany práva EU o akt nelegální⁶⁹⁴): „*Tvrdíme,*

⁶⁹⁰ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1427.

⁶⁹¹ Viz ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 117; či BESSELINK, L. F. M. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, č. 3/2010, s. 36-49.

⁶⁹² BESSELINK, L. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, č. 3/2010, s. 36-49, na s. 45.

⁶⁹³ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 117.

⁶⁹⁴ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1418-1419.

že zaměřením národní identity na základní politické a ústavní struktury členských států poskytuje čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU prostředek překonání myšlenky absolutní přednosti práva EU a ji podporující předpoklad hierarchického modelu vztahu mezi unijním a domácím ústavním právem, neboť toto ustanovení prosazuje spíše pluralistickou vizí jejich vztahu. (...) Nové znění klauzule identity v čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU nevyžaduje pouze respekt k národním ústavním identitám, ale může dokonce umožňovat domácím ústavním soudům, aby za určitých podmínek aktivovaly ústavní limity primátu práva EU.⁶⁹⁵ Celkově nicméně ani podle nich nezakotvuje čl. 4 odst. 2 jasnou hierarchii mezi právními řády, spíše poskytuje nástroj ke vzájemnému vyvažování priorit práva EU a domácích právních řádů, a to i za použití řízení o předběžné otázce, k němuž se mají národní ústavní soudy uchýlit, než se rozhodnou nějaký právní akt EU označit za protiústavní,⁶⁹⁶ a také na principu proporcionality, v němž zkrátka někdy vyhraje domácí ústavní identita, což se podle nich ostatně už stalo v rozsudku Ilonka Sayn-Wittgenstein (viz níže);⁶⁹⁷

3. ústupek ze strany EU, dávající orgánům členského státu ve velmi omezené míře možnost vyhlášení neplatnosti zásahu EU,⁶⁹⁸ což je ale patrně v rozporu s doktrínou ESD, že neplatnost práva EU může konstatovat pouze on⁶⁹⁹ (dnes tedy SD EU), a bylo to přesvědčivě odmítnuto i generálním advokátem Madurem ve stanovisku ve věci Michaniki;⁷⁰⁰ ostatně možnost, že by členský stát mohl použít svůj ústavní pořádek jako „hradbu“ proti aplikaci evropského práva, byla striktně odmítnuta již před čtyřiceti lety v rozhodnutí Internationale Handelsgesellschaft;⁷⁰¹
4. spíše výjimečně uplatnitelný koncept, který nikomu nedává právo činit jednostranné kroky, ale je odrazem vzájemné spolupráce a respektu unijních a vnitrostátních soudů. K tomuto kooperačnímu chápání respektu k ústavní

⁶⁹⁵ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417–1454, na s. 1418–1419.

⁶⁹⁶ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1450.

⁶⁹⁷ Tamtéž, s. 1441–1442.

⁶⁹⁸ Takový pohled viz in KUMM, M. The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty. *European Law Journal*, č. 3/2005, s. 262 - 307.

⁶⁹⁹ Rozsudek ESD ze dne 22. 10. 1987, Foto-Frost, 314/85.

⁷⁰⁰ Stanovisko generálního advokáta Madura ze dne 8. 10. 2008, Michaniki, C-213/07, bod 33. Rozbor samotného rozsudku viz v VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1444–1445.

⁷⁰¹ Rozsudek ESD ze dne 17. 12. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70.

identitě se velmi přesvědčivě přiklání Gerhard van der Schyff: „*Smysl národní identity podle čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU nelze zaměňovat s přezkoumáním ultra vires, neboť otázka posouzení souladu s národní identitou nesměruje k tomu, zda byla EU formálně kompetentní k jednání v určité záležitosti, ale k tomu, zda dostatečně zohlednila národní identitu, když se rozhodla jednat. Problém tu tak neleží ani tak v šířce unijních kompetencí, ale v jejich hloubce.*“⁷⁰²;

5. nadnárodní koncept, k výkladu jehož obsahu je povolán pouze Soudní dvůr.⁷⁰³ Tento poslední přístup, který by z ústavní identity činil hlavně důvod, pro nějž by Soudní dvůr mohl odpustit členským státům během řízení na neplnění závazků ze smluv, že porušily některou svou povinnost plynoucí z práva EU, se nabízí patrně nejvíc. Jak však připomíná Besselink, je nepředstavitelné, že by Soudní dvůr aplikoval koncept ústavní identity způsobem vylučujícím ostatní aktéry. Výklad ústavní identity totiž zahrnuje výklad vnitrostátního ústavního práva, který Soudnímu dvoru, povolnému podle čl. 19 Smlouvy o EU k „*dodržování práva při výkladu a provádění Smluv*“ nepřisluší. Podle Besselinka tak má být ústavní identita aplikována v dialogu mezi národními ústavními soudy, které určí její obsah, a Soudním dvorem, který ji pak bude respektovat, jak ukázal již ESD v rozsudku ve věci Omega zmíněném vzápětí,⁷⁰⁴ stejně jako generální advokát Maduro ve stanovisku ve věci Marroso a Sardino, kde připomněl, že právě národní orgány jsou povoleny k tomu, vymezit obsah ústavní identity, kterou má EU respektovat: „*Bezpochyby je třeba vnitrostátním orgánům, a především ústavním soudům, přiznat odpovědnost za definování povahy vnitrostátních specifik, která mohou odůvodnit takovou odlišnost zacházení. Tyto orgány totiž mohou nejlépe definovat ústavní identitu členských států, kterou se Evropská unie zavázala ctít. Soudní dvůr má nicméně povinnost ověřit, zda je toto posouzení v souladu se základními právy a cíli, jejichž dodržování v rámci Společenství zajišťuje.*“⁷⁰⁵ Shodně vnímá respekt k ústavní identitě jako prostředek ústavního dialogu i van der Schyff. Vzhledem k primátu práva EU sice podle něj nejde o dialog v pravém smyslu slova (neboť v něm se partneři mohou pouze navzájem přesvědčit, ale nikoli jednostranně donutit), přesto

⁷⁰² VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 568-569.

⁷⁰³ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 118.

⁷⁰⁴ BESSELINK, L. *National and constitutional identity before and after Lisbon*. *Utrecht Law Review*, č. 3/2010, s. 36-49, na s. 45.

⁷⁰⁵ Stanovisko generálního advokáta Madura ze dne 20. 9. 2005 Marroso a Sardino (C-53/04), bod 40.

ale jde o „cosi jako dialog“, neboť EU není ve vztahu k členským státům v pozici nenaslouchajícího hierarchicky nadřazeného stupně, nýbrž v pozici hledání společného soužití ve sdíleném ústavním rámci.⁷⁰⁶

Konceptu respektu k národní identitě se nikoli překvapivě chopily zejména vnitrostátní soudy, a to ještě předtím, než byl v právu EU výslovně zakotven. Zbíral připomíná, že již v roce 1973 konstatoval italský ústavní soud, že evropské právo nesmí „poškodit základní zásady italského ústavního pořádku“, aniž by je přesněji vymezil. Podobně obecně byla tato myšlenka použita i ve výše zmíněných německých rozhodnutích Solange I a Maastricht (podkapitola 3.3).

Naopak sám ESD odkazu na respekt k národní identitě tradičně příliš nevyužíval a v situacích, kdy by jeho využití mohlo být namíste, se uchýloval spíše k poukazu na neaplikovatelnost unijního práva.⁷⁰⁸ Jednou z mála výjimek je rozsudek ESD Groener,⁷⁰⁹ v němž v reakci na žalobu nizozemské učitelky, jejíž žádost o místo učitelky v Irsku byla odmítnuta s poukazem na ústavně požadovanou znalost irštiny u učitelů, ESD akceptoval postavení irštiny garantované v článku 8 Ústavy Irska z roku 1937 coby prvního oficiálního jazyk (angličtina je druhým oficiálním jazykem a zákon může stanovit, že v některých situacích se má používat jen jeden z jazyků)⁷¹⁰ jako prostředek zachování národní identity a kultury. Na druhou stranu, o sedm let později podobně zdůvodněný diskriminační přístup Lucemburska ESD odmítl.⁷¹¹ Ústavní specifikum Německa spočívající v jeho výjimečně intenzivním respektu k lidské důstojnosti pak v rozsudku Omega⁷¹² akceptoval jako důvod omezení volného pohybu zboží a služeb nikoli pro německou specifčnost, ale právě proto, že šlo o zásadu společnou členským státům EU i základní zásadu práva EU samotného (viz podkapitolu 7.4).

⁷⁰⁶ VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 571.

⁷⁰⁷ Rozhodnutí Ústavního soudu Itálie ze dne 27. 12. 1973 Frontini, č. 183, bod 8.

⁷⁰⁸ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 122.

⁷⁰⁹ Rozsudek ESD ze dne 28. 11. 1989 Groener, 379/87.

⁷¹⁰ „1. The Irish language as the national language is the first official language.

2. The English language is recognised as a second official language.

3. Provision may, however, be made by law for the exclusive use of either of the said languages for any one or more official purposes, either throughout the State or in any part thereof.“

⁷¹¹ Rozsudek ESD ze dne 2. 7. 1996, Komise proti Lucembursku, C-473/93.

⁷¹² Rozsudek ESD ze dne 14. 10. 2004 Omega Spielhallen, C-36/02.

Konkrétně pak začal ESD využívat koncept národní či ústavní identity rozsáhleji až v době přijímání Lisabonské smlouvy, jak ukazuje stanovisko generálního advokáta Madura ve věci *Michaniki*.⁷¹³ V bodech 31 - 33 tohoto stanoviska ve věci aplikovatelnosti ustanovení řecké ústavy, které zakazovalo určité skupině podnikatelů účastnit se veřejných zakázek,⁷¹⁴ vymezil dopad ústavní identity členských států (odkazuje přitom na dosud rekapitulovanou judikaturu, tedy Komise proti Lucembursku a Omega) následovně:

„31. Je pravda, že respektování ústavní identity členských států je povinností Evropské unie. Tato povinnost pro ni platí od samého počátku. Podílí se totiž na samotné podstatě evropského projektu zahájeného na začátku 50. let, který spočívá v pokroku v oblasti integrace, přičemž zachovává politickou existenci států. Důkazem toho je, že tato povinnost byla poprvé výslovně proklamována u příležitosti revize smluv, jejíž pokroky v oblasti integrace učinily podle jejích autorů nezbytným, aby tato povinnost byla připomenuta. (...)

32. Z této povinnosti respektovat národní identitu členských států, včetně jejího ústavního rozměru, uložené Evropské unii zakládajícími akty, judikatura již vyvodila určité důsledky. Při pozorném výkladu judikatury se jeví, že členský stát se může v určitých případech, a samozřejmě pod dohledem Soudního dvora, dovolávat ochrany své národní identity za účelem odůvodnění výjimky z uplatnění základních svobod volného pohybu. Může se jí nejprve výslovně dovolávat jako legitimního a samostatného důvodu pro výjimku. Soudní dvůr totiž výslovně uznal, že ochrana národní identity je legitimním cílem respektovaným právním řádem Společenství, (...). Ochrana národní ústavní identity může také umožnit členskému státu vyvinout v určitých mezích vlastní pojetí legitimního zájmu, které může odůvodnit překážku základní svobodě pohybu. Členskému státu, který se dovolával ochrany zásady lidské důstojnosti zaručené jeho národní ústavou za účelem odůvodnění omezení volného pohybu služeb, tak sice Soudní dvůr odpověděl, že lidská důstojnost je chráněna v právním řádu Společenství jakožto obecná právní zásada. Soudní dvůr však přiznal členskému státu širokou volnost

⁷¹³ Stanovisko generálního advokáta Madura ze dne 8. 10. 2008, *Michaniki*, C-213/07.

⁷¹⁴ Článek 14 odst. 9 řecké ústavy z roku 1975, pátý, šestý a sedmý pododstavec, ve znění změn ústavy ze dne 6. dubna 2001, stanoví: „Postavení vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků není slučitelné s postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku, který je ve vztahu ke státu nebo právníké osobě veřejného sektoru v širokém smyslu pověřen výkonem stavebních prací, dodávek nebo poskytnutím služeb. Zákaz stanovený v předchozím pododstavci se týká rovněž všech osob, které jednají jako prostředníci, jako jsou manželé, příbuzní, osoby nebo společnosti hospodářsky závislé. Zákon stanoví podmínky, sankce, které lze přijmout, jež mohou vést až k odnětí licence rozhlasové nebo televizní stanice a k zákazu uzavřít dohodu nebo zrušení příslušné dohody, jakož i podmínky dozoru a záruky, jejichž cílem je předejít obcházení ustanovení předchozích pododstavců.“

při vymezení obsahu a dosahu výše zmíněné zásady podle jeho pojetí ochrany tohoto základního práva na jeho území, s ohledem na národní zvláštnosti. V důsledku toho skutečnost, že určité pojetí základního práva zastávané jedním členským státem ostatní členské státy nesdílí,⁷¹⁵ nezakazuje uvedenému členskému státu, aby se jej dovolával za účelem odůvodnění omezení volného pohybu služeb.

33. Pokud tak respektování ústavní identity členských států může představovat legitimní zájem, který může v zásadě odůvodnit omezení povinností uložených právem Společenství, členský stát se jej může a fortiori dovolávat za účelem odůvodnění svého posouzení ústavních opatření, kterými musí doplnit právní předpisy Společenství, aby bylo zaručeno dodržování zásad a pravidel, které tyto předpisy stanoví nebo na kterých jsou založeny, na jeho území. Je však třeba upřesnit, že respektování ústavní identity členských států nelze chápat jako absolutní úctu vůči všem vnitrostátním ústavním pravidlům. Kdyby tomu tak bylo, národní ústavy by se mohly stát nástrojem umožňujícím členským státům zprostit se povinností uložených právem Společenství ve vymezených oblastech. A co víc, mohla by z toho vyplynout diskriminace mezi členskými státy v závislosti na obsahu daném každým z nich jejich národním ústavám. Tak, jak právo Společenství zohledňuje ústavní identitu členských států, tak se i vnitrostátní ústavní právo musí přizpůsobit požadavkům právního řádu Společenství. V projednávaném případě mohou být vnitrostátní ústavní pravidla zohledněna v rozsahu, v němž spadají do oblasti posuzovací pravomoci, která přísluší členským státům pro zajištění dodržování zásady rovného zacházení uložené směrnicí. K výkonu uvedené posuzovací pravomoci musí však docházet v mezích stanovených touto zásadou a samotnou směrnicí. Vnitrostátní ústavní pravidlo je tudíž v projednávaném případě relevantní pro identifikaci vnitrostátního kontextu, v němž se musí uplatnit zásada rovného zacházení se zájemci o veřejnou zakázku, pro určení nebezpečí střetu zájmů v tomto kontextu a konečně pro posouzení významu, který je ve vnitrostátním právním řádu nutno přiznat zabránění těmto střetům zájmů, a tudíž normativní úroveň, na které k tomuto zabránění musí dojít.“

ESD sice ve svém následném rozsudku tuto úvahu prakticky vůbec nevyužil,⁷¹⁶ nicméně jako řada jiných stanovisek generálních advokátů se stala platnou inspirací do budoucna. Věta, že „[t]ak, jak právo Společenství zohledňuje ústavní identitu členských států, tak se i vnitrostátní ústavní právo musí přizpůsobit požadavkům právního řádu

⁷¹⁵ Je podle mne nanejvýš sporné, že by z rozsudku Omega, na nějž je zde odkazováno, a z tam přijatého stanoviska generální advokátky vyplývalo, že ostatní členské státy německý koncept důstojnosti „nesdílí“. Důvody, proč chápu tento rozsudek jako akceptaci toho, že jej sdílí, byt' v různé intenzitě, viz v podkapitole 7. 4.

⁷¹⁶ Rozsudek ESD ze dne 16. 12. 2008, Michaniki, C-213/07.

Společenství“, by mohla být přímo mottem této podkapitoly. Navíc ze samotného výsledku rozhodování ESD se dá například podle Besselinka⁷¹⁷ dovodit, že ochrana poskytovaná ústavní identitou se vztahuje pouze na nejzákladnější zásady dané ústavy (my bychom tedy řekli na její materiální ohniško), zatímco u méně zásadních ústavních ustanovení (jako tomu bylo v tomto případě u ustanovení upravujícího toliko zákaz v oblasti hospodářské soutěže) se uplatní tradiční přednost unijního práva podle vzoru rozhodnutí *Costa v. ENEL*.⁷¹⁸

Snad nejslavnějším rozsudkem, v němž Soudní dvůr aplikoval koncept národní identity, byl rozsudek *Ilonka Sayn-Wittgenstein*.⁷¹⁹ Tato Rakušanka se domáhala toho, aby mohla i v Rakousku používat svůj titul kněžny (*Fürstin*) nabytý v Německu adopcí, který sice v Německu také není od první světové války vnímán jako šlechtický titul, je nicméně přípustnou součástí německých příjmení. Ona jej používá i ve svém zaměstnání realitní makléřky (pod jménem *Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein* zprostředkovává zejména prodeje zámků a usedlostí), takže znemožnění jeho používání v Rakousku (původně jí bylo příjmení zapsáno do matriky i s titulem kněžny, po rozhodnutí Ústavního soudního dvora ovšem matriční orgány své stanovisko přehodnotily), když jej může používat v Německu, pro ni představuje překážku volného pohybu osob a služeb. Proti těmto dvěma základním svobodám EU ovšem Rakousko postavilo právě koncept národní identity, neboť zákaz šlechtických titulů zavedený nedlouho po rozpadu Rakousko-Uherska a vyhlášení Rakouské republiky, představuje jeden z definičních znaků rakouského republikanismu a má ústavní povahu (zákon o zrušení šlechtických titulů z roku 1919 byl vtažen do Spolkové ústavy Rakouska jejím článkem 149 odst. 1⁷²⁰).

⁷¹⁷ BESSELINK, L. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, č. 3/2010, s. 36-49, na s. 48.

⁷¹⁸ Rozsudek ESD ze dne 15. 7. 1967 *Costa v. ENEL*, 6/64.

⁷¹⁹ Rozsudek SD EU ze dne 22. 12. 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, C-208/09. Viz k němu VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1423-1425. Souhrnně k judikatuře ve věcech národní identity viz VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583.

⁷²⁰ „Artikel 149. (1) Neben diesem Gesetz haben im Sinne des Art. 44 Abs. 1 unter Berücksichtigung der durch dieses Gesetz bedingten Änderungen als Verfassungsgesetze zu gelten:

(...)

Gesetz vom 3. April 1919, StGBI. Nr. 211, über die Aufhebung des Adels, der weltlichen Ritter- und Damenorden und gewisser Titel und Würden; (...)

SD EU, který zohledňoval i vyjádření zástupců celé řady členských států, včetně „nešlechtické“ České republiky,⁷²¹ sice neučinil z respektu k národní identitě těžiště své argumentace, nicméně zákon o zrušení šlechtických titulů akceptoval jako součást národní identity i jako součást principu republikanismu a daný zásah do obou základních svobod podle něj obstál i pohledem testu proporcionality:

„82 Podle překládajícího soudu a vlád, které předložily Soudnímu dvoru svá vyjádření, je možné se ve věci v původním řízení dovolávat odůvodnění spočívajícího v objektivních důvodech souvisejících se zákonem o zrušení šlechtictví, který má sílu ústavního zákona a provádí v této oblasti zásadu rovného zacházení, jakož i s judikaturou Verfassungsgerichtshof z roku 2003.

83 V tomto ohledu je třeba připustit, že v kontextu rakouských ústavních dějin může být zákon o zrušení šlechtictví jakožto prvek národní identity vzat v úvahu při poměrování legitimních zájmů s právem svobodně se pohybovat přiznaným právem Unie.

84 Odůvodnění, kterého se dovolává rakouská vláda odkazem na rakouské ústavní poměry, je třeba vykládat tak, že se dovolává veřejného pořádku.

(...)

88 V rámci věci v původním řízení uvedla rakouská vláda, že zákon o zrušení šlechtictví představuje provedení obecnější zásady rovnosti všech rakouských občanů před zákonem.

89 Právní řád Unie nepopíratelně směřuje k zajištění dodržování zásady rovného zacházení jakožto obecné právní zásady. Uvedená zásada je rovněž zakotvena v článku 20 Listiny základních práv. Není tak pochyb o tom, že cíl dodržování zásady rovného zacházení je slučitelný s právem Unie.

90 Opatření omezující základní svobodu mohou být odůvodněna důvody veřejného pořádku, jen pokud jsou tato opatření nezbytná pro ochranu zájmů, které mají zaručit, a jen pokud, pokud tyto cíle nemohou být dosaženy méně omezujícími opatřeními (viz výše uvedené rozsudky Omega, bod 36, a Jipa, bod 29).

91 Soudní dvůr v tomto ohledu uvedl, že není nezbytné, aby omezující opatření nařízené orgány jednoho členského státu odpovídalo pojetí sdílenému všemi členskými státy, pokud jde o způsob ochrany dotčeného základního práva nebo legitimního zájmu, a že naopak

⁷²¹ Tamtéž, bod 48 a 77.

nezbytnost a proporcionalita přijatých ustanovení nejsou vyloučeny jen z toho důvodu, že jeden členský stát zvolil systém ochrany odlišný od toho, který byl přijat jiným členským státem (viz výše uvedený rozsudek Omega, body 37 a 38).

92 Rovněž je třeba připomenout, že v souladu s čl. 4 odst. 2 SEU Unie ctí národní identitu svých členských států, jejíž součástí je rovněž republikové státní zřízení.

93 V projednávané věci je třeba uvést, že se nejedná jako nepřiměřené, aby členský stát usiloval o dosažení cíle ochrany zásady rovného zacházení tak, že svým státním příslušníkům zakáže veškeré nabývání, držení nebo používání šlechtických titulů nebo šlechtických prvků, které by mohly vést k přesvědčení, že nositel takového jména je držitelem takové výsady. Nezdá se, že by rakouské orgány příslušné ve věci osobního stavu tím, že odmítly uznat šlechtické prvky v takovém jménu, jako je jméno navrhovatelky v původním řízení, překročily meze toho, co je nezbytné pro zajištění uskutečnění základního ústavního cíle, který sledují.“

Republikanismus a z něj plynoucí zákaz šlechtických titulů jako znak ústavní identity Rakouska zde tedy obstál coby legitimní důvod omezení volného pohybu osob. Neztotožňuji se přitom s Robertem Zbíralem, podle něž „*propojení zrušení titulů s republikánským zřízením nikde jinde v rozhodnutí nefiguruje a neodvolávala se na něj ani rakouská vláda.*“⁷²² Proti tomu je totiž třeba připomenout, že toto spojení dostatečně zdůraznila generální advokátka Eleanor Sharpston ve svém stanovisku:

„59. Zdá se jasné, že zrušení šlechtictví a všech výsad a označení s ním souvisejících, je legitimním cílem pro nově vzniklou republiku založenou na rovnosti všech občanů - jak tomu bylo v případě Rakouska v roce 1919 - jež vznikla na troskách mocnářství, které bylo ovládáno privilegovanými vrstvami.

60. Tím není řečeno, že se jedná o nutný cíl, který musí být sledován napříč všemi členskými státy. Zachování, zrušení či dokonce vytvoření systému šlechtictví - dědičného či jiného - nebo sekulárních poct, titulů nebo výsad, je záležitostí každého členského státu za předpokladu, že není v rozporu s právem Unie - například zásadami a pravidly, jež se týkají rovného zacházení - ve sféře jeho působnosti.

61. Dále považují za legitimní, že si taková republika přeje udržet pevnou ochranu proti obnovení privilegovaných stavů, jejichž zrušení bylo původním cílem, který může být legitimně zakotven jako ústavní zásada.

⁷²² ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 124.

62. *Obecně nepovažují za nepřiměřené ani to, aby takový stát usiloval o dosažení takového cíle tím, že zakáže, aby občané nabyvali, drželi nebo používali šlechtické tituly, pocty nebo označení, která mohou ostatní vést k přesvědčení, že je dotčená osoba nositelkou takové hodnosti.*⁷²³

Citovaný judikát je pak mimo jiné příkladem toho, že jakkoli se snad v předchozí kapitole podařilo vymezit, jaké základní náležitosti musí splňovat ústava, aby byla hodna adjektiv uvedených v nadpise jednotlivých podkapitol; největším problémem zůstává vymezení smyslu těchto slov a otázka, kdo bude tento smysl vymezovat, jak bylo naznačeno v úvodu kapitoly 6. Ani v uvedené citaci se totiž nelze zbavit dojmu, že když dva říkají totéž, nemusejí myslet totéž: jak rakouská vláda, tak SD EU totiž mluví o „rovnosti“, ovšem zatímco rakouská vláda (viz body 88 a 92) má patrně na mysli abstraktnější republikánskou rovnost občanů před zákonem, s níž jsou šlechtické tituly rozporné, SD EU v judikatuře, kterou v rozsudku cituje, má na mysli spíše praktickou rovnost ve smyslu zásady „rovného zacházení“ (bod 89), tedy spíše jako neexistenci jakékoli přímé nebo nepřímé diskriminace na zakázaném základě. Není potom divu, že v daném případě na sebe obě „rovnosti“ - totožně označené, ale jinak vnímané - narazily: na straně jedné republikánská rovnost pohoršená tím, že by se měl někdo nad ostatní povyšovat svým šlechtickým titulem (aniž by důsledkem na straně „nešlechticů“ byla jakkoli hmatatelná újma), na straně druhé unijní rovnost zacházení, nechápající, proč by měl někdo snášet, že své příjmení nabyté v jednom státě nemůže používat ve státě druhém.

Následně akceptoval SD EU jako znak národní identity také litevštinu, která je podle litevské vlády nejen úředním jazykem, ale přímo „ústavní hodnotou“,⁷²⁴ s čímž se v rozsudku Runevič-Vardyn⁷²⁵ střetl požadavek litevsko-polského páru, aby manželka mohla své příjmení uvádět v polské (Runiewicz-Wardyn), nikoli litevské (Runevič-Vardyn) podobě. Pokud se v rozsudku Ilonka Sayn-Wittgenstein střetly dvě „rovnosti“, zde můžeme mluvit o střetu dvou „identit“: na straně jedné ústavní identity Litevské republiky, na straně druhé identity Malgožaty Runiewicz-Wardyn

⁷²³ Stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston ze dne 14. 10. 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein, C-208/09.

⁷²⁴ „84. Podle některých vlád, které předložily vyjádření Soudnímu dvoru, je členský stát oprávněn dbát na ochranu státního úředního jazyka za účelem zachování národní jednoty a sociální soudržnosti. Litenská vláda zvláště zdůrazňuje, že litevský jazyk představuje ústavní hodnotu, která zachovává národní identitu, přispívá k integraci občanů, zajišťuje vyjádření státní svrchovanosti, nedělitelnosti státu, jakož i fungování státní služby a služeb poskytovaných územně správními celky.“

⁷²⁵ Rozsudek SD EU ze dne 12. 5. 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09.

vyjádřené jejím příjmením, jak na to upozornil generální advokát.⁷²⁶ Sám SD EU pak toliko upozornil, že ve hře je nejen právo na volný pohyb osob, ale také právo na soukromí, a posouzení tohoto střetu ponechal na litevských orgánech.

Všimněme si, že v obou případech zde byla ústavní identita vymezena reakcí daného státu na minulost, ať už reakcí Rakouské republiky na vliv aristokracie v bývalém rakousko-uherském mocnářství či reakcí samostatné Litvy na předchozí rusifikaci během půlstoletí sovětské okupace. V tomto směru lze přitakat van Schyffovi, že „národní identita může být vnímána jako tradice v tom smyslu, že popisuje, jak je ústavní minulost podstatná pro ústavní současnost ve vytrvání určité identity. Díky tradici tak někdy může být minulost přenesena do současnosti, v níž může vykonávat autoritativní vliv na to, jak bude formována budoucnost.“⁷²⁷

Je ovšem velmi pochybné, zda by u SD EU uspělo v kauze tzv. česko-slovenských důchodů⁷²⁸ tvrzení, že součástí ústavní identity ČR je pokojný rozpad československé federace a jeho důsledky, které před ním teoreticky mohlo být uplatněno v řízení ve věci Landtová,⁷²⁹ jak ve svém neakceptovaném vyjádření požadoval (formou dopisu *amici curiae*, kterým se v době psaní dopisu ještě cítil) Ústavní soud ČR. Ten obsah této části svého vyjádření, včetně onoho nezohledněného odkazu na ústavní tradice, uvedl alespoň v následném hojně komentovaném⁷³⁰ nálezu Pl. ÚS 5/12 ze dne 31. 1. 2012: „Ústavní soud vyslovil v předmětném vyjádření očekávání,

⁷²⁶ „6. Jména a příjmení mají značný význam jak z hlediska jednotlivců, tak států. Jméno a jeho grafické vyjádření může představovat pro osobu základní faktor psychologické nebo etnické identity, či dokonce identity spojené se státní příslušností. (...) V historii také více či méně nacionalistické důvody daly podnět k nuceným, a nikoliv zvoleným změnám příjmení národnostních nebo etnických menšin, k nimž došlo v několika evropských zemích, jakož i k právní úpravě ukládající psaní podle vnitrostátní varianty s vyloučením cizích podob jmen v dokladech o osobním stavu. Osobní svoboda v této oblasti je omezena v různých zemích také odkazem na důvody veřejného pořádku. Napětí mezi individuálními zájmy a zájmy států v oblasti jmen a příjmení si lze všimnout i v judikatuře Soudního dvora, jakož i v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva.“ Stanovisko generálního advokáta Niila Jääskineny ze dne 16. 12. 2010, Runevič-Vardyn, C-391/09.

⁷²⁷ VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583, na s. 574.

⁷²⁸ K rozboru různých fází této kauzy viz například in KŘEPELKA, F. „Českoslovenští“ důchodci v pasti práva Evropské unie. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, č. 2/2011, s. 131-141.

⁷²⁹ Rozsudek SD EU ze dne 22. 6. 2011 Landtová, C-399/09.

⁷³⁰ Viz např. KNOB, M. Další pokračování ságy slovenských důchodů před Ústavním soudem. *Soudní rozhledy*, č. 4/2012, s. 127 - 131; či MOLEK, P. The Court That Roared: The Czech Constitutional Court Declaring War of Independence against the ECJ. *European Law Reporter*, Luxemburg: Verlag radical brain S.A., č. 6/2012, s. 162-170.

že alespoň pro zachování zdání objektivit se ESD seznámí i s argumenty respektujícími judikaturu Ústavního soudu a ústavní identitu České republiky, jež čerpá ze společné ústavní tradice se Slovenskou republikou, resp. z více než sedmdesátileté historie společného státu a jeho pokojného rozpadu, tj. ze zcela specifické a historicky podmíněné situace, která sama o sobě nemá v Evropě obdoby.“ Jak trefně podotýká Robert Zbíral, z nálezu se bohužel nedozvídáme, co je obsahem oné ústavní identity, zda je to historické soužití se Slovenskem, způsob pokojného rozpadu nebo výjimečnost dělení oproti jiným státům, každopádně „*při vši účtě je potřeba velké představitosti, aby toto bylo zařazeno do množiny současné ústavní identity ČR, neřeknu materiálního jádra ústavy.*“⁷³¹

Naopak v jiných svých rozhodnutích SD EU neuznal za součást chráněné národní identity použití lucemburštiny při výkonu notářské praxe⁷³² či atypicky velkorysý přístup k právu na obhajobu, který za součást své ústavní identity marně označilo Španělsko bránící se proti povinnosti implementovat do svého práva institut evropského zatýkácího rozkazu.⁷³³

Z výše zmíněné, zatím nepříliš četné judikatury asi nelze dovodit o mnoho víc, než že ne každá hodnota chráněná národní ústavou musí spadat pod okruh národní identity ve smyslu čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU⁷³⁴ a že při hledání obsahu „národní identity“ se nejhodnějším modelem ukazuje spolupráce unijních a národních orgánů: „*Úhelným kamenem se s ohledem na neurčitý obsah klauzule v čl. 4 odst. 2 L-SEU stává institucionální příslušnost k výkladu pojmu národní identity a jeho aplikace. Několikrát již bylo zmíněno, že obě strany mají na své straně pádné argumenty, proč zrovna ony by měly mít rozhodující slovo, stejně jako nebezpečí, které by s jednostrannými kroky bylo spojeno. Možná také proto snad všechny subjekty zdůrazňují ochotu ke konstruktivní spolupráci, ústavní soudy kromě snahy o eurokonformní výklad závazkem spornou věc nejprve nechat posoudit Soudním dvorem, ten vychází vstříc proklamovaným příslibem přiblížit k národním specifickým a podporou otevřenosti dialogu.*“⁷³⁵

⁷³¹ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 131.

⁷³² Rozsudek SD EU ze dne 24. 5. 2011, Komise proti Lucembursku, C-51/08.

⁷³³ Rozsudek SD EU ze dne 16. 2. 2013, Melloni, C-399/11. Viz k němu BESSELINK, L. The parameters of constitutional conflict after Melloni. *European Law Review*, č. 4/2014, s. 531-552.

⁷³⁴ ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133, na s. 126.

⁷³⁵ Tamtéž, s. 127.

K povinnosti eurokonformního výkladu se ostatně už výslovně přihlásil i Ústavní soud ČR, a to v nálezu ve věci evropského zatýkacího rozkazu, v němž uvedl:

„61. Z článku 1 odst. 2 Ústavy, ve spojení s principem spolupráce, stanoveným čl. 10 Smlouvy ES, vyplývá ústavní princip, podle něhož mají být domácí právní předpisy, včetně ústavy, interpretovány souladně s principy evropské integrace a spolupráce komunitárních orgánů a orgánů členského státu. Pokud tedy existuje několik interpretací Ústavy, jejíž součástí je Listina základních práv a svobod, přičemž jen některé z nich vedou k dosažení závazku, který převzala Česká republika v souvislosti se svým členstvím v EU, je nutno volit výklad, který podporuje realizaci tohoto závazku, a nikoli výklad, který tuto realizaci znemožňuje.“⁷³⁶

Konstruktivnost je pak vyžadována nejen mezi institucemi, ale i mezi samotnými znaky ústavní identity členského státu na straně jedné a EU na straně druhé. Dosavadní judikatura ostatně naznačuje, že „kooperace“ panuje i mezi obsahem čl. 2 a čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU, neboť jak jsme viděli v podkapitole 6.5, základní hodnoty EU vyjádřené v čl. 2 stavějí na společných ústavních tradicích členských států a přidávají k nim specifickou unijní hodnotu tolerance; a zároveň specifika národní identity jsou ze strany orgánů EU respektována tehdy, pokud jsou konformní s jejími základními hodnotami, ba orgány EU jsou k nim tím vstřícnější, čím je tato konformita větší. Příkladem toho je výše rekapitulovaný rozsudek Omega,⁷³⁷ či rozsudek Ilonka Sayn-Wittgenstein,⁷³⁸ jakkoli v něm byla shoda mezi republikánskou“ rovností Rakouska a „rovností“ v chápání EU spíše sémantická. Každopádně se zdá, že v otázce ústavní identity dostává hmatatelnější obsah onen stokrát opakovaný unijní slogan o „jednotě v různosti“ (*unity in diversity*), když orgány EU respektují různost, ale pouze takovou, která je kompatibilní s jejími základními zásadami. Stejně tak ústavní soudy členských států respektují požadavky práva EU, ale jen „tak dlouho dokud“ jsou kompatibilní s jejich ústavní identitou, jak podle von Bogdandyho a Schilla vyplývá ze vztahu čl. 2 k čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU: „*Systematický výklad Smlouvy o EU naznačuje další limity pro to, co může členský stát označit za součást své národní identity. Důraz na národní identitu ve smyslu čl. 4*

⁷³⁶ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 5. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 66/04, č. 434/2006 Sb.

⁷³⁷ Rozsudek ESD ze dne 14. 10. 2004 Omega Spielhallen, C-36/02.

⁷³⁸ Rozsudek SD EU ze dne 22. 12. 2010, Ilonka Sayn-Wittgenstein, C-208/09. Souhrnně k judikatuře ve věcech národní identity viz VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583.

*odst. 2 Smlouvy o EU proto neumožní členskému státu, aby se odchýlil od základních hodnot zahrnutých do čl. 2 Smlouvy o EU. Jinak řečeno, ochranu národní identity nemůžeme chápat jako výjimku z povinnosti dodržovat základní hmotné principy ústavního práva EU.*⁷³⁹

Právě k tomuto cíli ostatně směřovalo i ono „obrácené Solange“, které navrhol Armin von Bogdandy a ostatní ve článku rozebraném na konci kapitoly 6: „Krátké řečeno, věříme, že náš návrh umožní bezpečně proplout mezi Scyllou nefunkční Unie a Charybdou zardoušení národních ústavních identit. Přenáší to evropský ústavní pluralismus o krok dále. EU a národní systémy ochrany základních práv by mohly symbioticky koexistovat jako dobří přátelé: v respektu ke specifikům toho druhého, ale také ve vzájemné bdělosti a ochotě přijít na pomoc ochránit sdílené základní principy.“⁷⁴⁰

K zachování této kompatibility ze strany EU i ústavních soudů členských států mají sloužit mechanismy zdrženlivosti označované von Bogdandym a Schillem jako strategie zabránění vzájemných konfliktů (*strategies of mutual conflict prevention*) spočívající hlavně ve vzájemné zdrženlivosti a ochotě k dialogu.⁷⁴¹ Zatím tato kompatibilita trvá, což konstatoval jak Spolkový ústavní soud, tvrdící v rozhodnutí Lisabon, že ústavní identita Německa a identita EU jde v evropské ústavní aréně ruku v ruce;⁷⁴² tak i Ústavní soud ČR v samém závěru svého nálezu Lisabon I (viz podkapitolu 3. 5. 4):

„217. Nejdůležitějším zjištěním pro přezkum Ústavního soudu však bylo, že Unie je i nadále založena na hodnotách úcty k lidské důstojnosti, svobodě, demokracii, materiálně chápané právního státu a dodržování lidských práv, a že tedy klade důraz na to, co historicky,

⁷³⁹ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1430.

⁷⁴⁰ VON BOGDANDY, A., KOTTMANN, M., ANTPOHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S., SMRKOLJ, M. Reverse Solange - Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Market Law Review*, č. 2/2012, s. 489 - 519, na s. 518-519. Navzdory zcela jinému hodnotovému základu a mým vlastním souzněním s návrhem Von Bogdandyho a spol. se u posledních slov nelze ubránit evokaci na zásadu socialistického internacionalismu aplikovanou na ČSSR v roce 1968... Viz POTOČNÝ, M. *Mezinárodní právo veřejné*. Orbis: Praha, 1972, s. 40-41.

⁷⁴¹ VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454, na s. 1448.

⁷⁴² „Insoweit geben die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.“ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 30. 6. 2009, 2 BvE 2/08; 2 BvE 5/08; 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, bod 240.

*duchovně i ideově spojuje národy Evropy při nalézání spravedlnosti v jednotlivých případech, i ve prospěch celku. Cíle a integrační úloha EU jsou v tomto směru formulovány jednoznačným způsobem a Ústavní soud jako lidu České republiky odpovědný garant ústavnosti demokratického právního státu, pověřený zejména ochranou nezadatelných, nezcižitelných, nepromlčitelných a nezrušitelných základních práv a svobod jednotlivců, rovných v důstojnosti a právech, neshledal v tomto směru nic, co by ho vedlo k nutnosti zasáhnout.*⁷⁴³

Doufáme, že tato kompatibilita bude trvat i nadále, pokud ale nikoli, tedy pokud by mezi ústavní identitou České republiky, vyjádřenou v těžko uchopitelném materiálním ohnisku její Ústavy, a právem EU, zejména její „ústavní identitou“, tedy základními zásadami vyjádřenými v čl. 2, ale zprostředkovaně i v celém jejím primárním právu, vznikl konflikt, nedomnívám se, že by konečným arbitrem mohl být jako skutečné *ultima ratio* Ústavní soud. Tomu by příslušela toliko ochrana (úzeji vymezených, jak jsme viděli v kapitole 4) nezměnitelných náležitostí v podobě „podstatných náležitostí demokratického právního státu“, pro něž by mohl konstatovat například i nepřipustnost změny Ústavy ČR, která by ji měla „sladit“ s požadavky práva EU. V případě konfliktu s hůře uchopitelným „materiálním ohniskem Ústavy ČR“ by mu však dle mého názoru příslušela toliko role „signalizačního zařízení“ upozorňujícího lid jako ústavodárce, že „statika“ jeho ústavního systému je ohrožena. Z důvodů vyložených výše se nedomnívám, že by Ústavní soud měl kompetenci vyložit obsah materiálního ohniska ústavy a pak z důvodu konfliktu s jeho takto vymezeným obsahem zastavit vlak evropské integrace (či jiné podobné změny, jejíž potřebnost může budoucnost přinést). Ústavní soud není strojevůdcem, který by určoval směr jízdy, a dojde-li na střet české a evropské ústavnosti, může podle mého názoru pouze přehodit výhybku v případech relativně jasně upravených souslovím „podstatné náležitosti demokratického právního státu“ nebo rozsvítit červené světlo v případě ohrožení materiálního ohniska ústavy. Pomyslným strojevůdcem je ovšem lid.

⁷⁴³ Nález ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 19/08, č. 446/2008 Sb.

8 Závěr

Závěrem by vlastně mohlo stačit shrnout zjištění kapitoly 3, že ústavy evropských států mají jednak náležitosti, které jsou v nich označeny za nezměnitelné, a jednak mají více či méně explicitně pojmenované základní náležitosti, které tvoří jejich materiální ohnisko či jádro, základní strukturu či ústavní identitu, a že tyto dva pojmy nejsou totožné, byť se zčásti překrývají (a pro jejich trvalost je přínosné, pokud se překrývají co nejvíce).

Z tohoto popisného zjištění vyplývají jednak důsledky pro kompetenci ústavních soudů a jednak důsledky pro změnitelnost ústav, jež byly naznačeny v kapitolách 4 a 5. V nich jsem konstatoval, že může vést k rozšiřování kompetence ústavních soudů, pokud jsou oba pojmy zaměňovány. Ústavní soudy jsou patrně opravdu povolány, jak zjistila celá řada z nich, k tomu, aby označily za protiústavní (a zrušily, pokud je taková kompetence obsažena v jejich ústavě, nebo pokud ji z ní dokáží alespoň přesvědčivě dovodit) takové změny ústavy, které jsou v rozporu s jejími nezměnitelnými náležitostmi, neboť takové změny nerespektují vnitřní hierarchii ústavních norem, kterou si daná ústava sama stanovila (respektive ji do ní zakotvil ústavodárce, který tím omezil budoucího ústavozákonodárce). Ve vztahu ke změnám rozporným s materiálním ohniskem, tedy se „statikou“ a vymezením identity dané ústavy je ovšem jejich kompetence problematičtější. Pouze výjimečně je totiž možno označit takovou změnu za jednoznačně protiústavní, například proto, že ke změně materiálního ohniska je výslovně vyžadována specifická procedura (viz čl. 44 odst. 3 Spolkové ústavy Rakouska). Není-li taková kompetence k rušení změn rozporných s materiálním ohniskem výslovně zakotvena, či nevyplyvá-li aspoň protiústavnost takové změny z toho, že porušuje ústavně zakotvenou proceduru, je víc než sporné, zda je opravdu úkolem ústavních soudů takovou změnu zrušit, neboť jí dochází nikoli ke změně, ale k odstranění ústavy; nebo zda je v takovém případě jejich role toliko signální, spočívající ve volání na poplach, že statika dané ústavy je ohrožena. Jinak řečeno, ústavní soudy jsou coby strážci ústavnosti jakýmsi hlídacím psy, není však jasné, zda jejich úkolem v případě změn rozporných s materiálním ohniskem ústavy (nikoli jejími nezměnitelnými

náležitosti) je opravdu roztrhat útočníka, jak samy tvrdí, nebo jen štěkáním přivolat pána ústavy, tedy suveréna, jímž je v demokratických státech, o něž v právě končící knize šlo, lid.

Druhý důsledek se týká změnitelnosti ústav. Konstatoval jsem, že změna ústavy nerespektující nezměnitelné náležitosti je nepřijatelná. Naopak změna rozporná toliko s materiálním ohniskem ústavy je spíše nebezpečná, protože ohrožuje „statiku“ dané ústavy. Může se ovšem stát, že k takové změně přesto dojde, například postupnými kroky, jaké můžeme pozorovat u evropských států, součástí jejichž materiálních ohnisek tradičně byla státní suverenita, jež je však postupně vytlačována integrací do Evropské unie. Tolik k limitům změn, jež je možné činit „uvnitř“ ústavy.

Zmínil jsem však i možnost zničení a zejména odstranění ústavy, tedy procesů, jež se odehrávají mimo rámec ústavy a jež má ve své dispozici suverén v daném státě (z perspektivy této knihy tedy lid). Od snadného závěru, že v takové ústavní revoluci (analýza ústavních pučů nebyla předmětem této knihy) je možné úplně cokoliv, se pokusily odradit kapitoly 5 a 6, v nichž jsem se pokusil naplnit hlavní smysl právní doktríny, tedy vyjasnit některé pojmy, na nichž ústavy obvykle stojí: stát, ústavu jako zpozitivnělou společenskou smlouvu, demokratický liberální režim... Mělo přitom jít o jakousi prevenci proti tomu, aby za lid byla opět označena jen jeho část („svobodní obyvatelé“, „*Staatsbürger*“ či „pracující lid“) či za demokracii nějaká hybridní či lidová demokracie. Proto jsem se pokusil vymezit některé definiční znaky, které má i zcela nově přijímaná ústava splňovat, aby byla ústavou liberálního demokratického evropského státu. V tomto ohledu pokládám právě končící knihu za možnou prevenci úplného zmanipulování obsahu daných klíčových pojmů v případě budoucího odstranění či zničení Ústavy ČR.

Za nejpodstatnější přitom z hlediska těchto limitů pokládám tvrzení vyargumentované v kapitole 7, že suverenita není z pohledu Ústavy ČR podstatnou náležitostí demokratického právního státu, takže ani „uvnitř“ stávající Ústavy ČR není odstranění státní suverenity porušením nezměnitelných náležitostí, pokud bude splněna podmínka, že i subjekt, v jehož prospěch by se ČR suverenity vzdala, by umožnil demokratické fungování, jež je naopak článkem 9 odst. 2 Ústavy ČR požadováno. Suverenita je sice součástí materiálního ohniska naší Ústavy, to ovšem změny připouští, jsou-li činěny postupně a obezřetně, s vědomím křehkosti ústavní „statiky“.

Čtenář mohl přitom během čtení knihy nabýt stále silnějšího pocitu, že autor stahuje kalhoty navzdory tomu, že „brod“ je nejen daleko, ale že dokonce není ani v dohledu. Žijeme přeci v době, která svou stabilitou dává takřka jistotu, že ústavní revoluce (natož puč) prakticky nehrozí; a zároveň v době, v níž evropská integrace takřka zamrzla, přestože se ještě před deseti lety, tedy v době přijímání neúspěšné Smlouvy o ústavě pro Evropu, chystala k dalším a dalším krokům vpřed, které by nakonec Evropskou unii mohly změnit v útvar spíše federativního typu. Nic z toho se ovšem neděje, chce se zvolat, tak proč to sýčkování?

Skutečně se nyní nezdá, že by EU směřovala k federalizaci. To však nic nemění na tom, že patrně EU a její členské státy směřují k problémům, které (či alespoň některé z nich) by právě federalizace mohla vyřešit. Jinak řečeno, před deseti lety by má kniha a scénáře v ní načrtnuté byly ospravedlněny tím, že by řešily kompatibilitu vnitrostátních ústav s řešeními, kterými EU mohla čelit problémům budoucnosti. Nyní se zdá, že EU k těmto řešením nespěje, zato ony problémy jsou nadohled...

Zde by mohla má kniha skončit a coby kniha ústavně-teoretická už vlastně také skončila. Někteří čtenáři by však po dočtení poslední věty mohli mít na jazyku otázku, jaké že to jsou ty problémy, které má podle mne EU nadohled, které by ji mohly podnítit k federalizaci, a před ústavy členských států položit otázku věčnosti či pomíjivosti jejich materiálních ohnisek? Nechci se této otázce vyhnout, ostatně samotnému mi po dopsání vrtala hlavou; zároveň jsem si ovšem vědom toho, že odpověď na ni, jakkoli subjektivní, už vlastně nepatří do knihy ústavní teorie a zasloužila by si samostatnou knihu v oblasti mezinárodních vztahů, jíž rozhodně nejsem mocen. Abych však nezůstal čtenářům i sobě dlužen aspoň nějakou odpověď, jakkoli neúplnou a nevyargumentovanou, připojuji aspoň těchto několik posledních stránek jako jakýsi pokus o epilog. Jaké že tedy jsou podle mne ony blížící se problémy?

Přesvědčivě je nedávno pojmenoval Joseph Weiler na přednášce Znovu náměsíčníky: Konec amerického míru 1914-2014 (*Sleepwalking Again The End of the Pax Americana 1914-2014*⁷⁴⁴). V ní trefně shrnul, že od konce první světové války

⁷⁴⁴ Prosloveno na Universidade Católica, Lisabon, dne 18. 9. 2014.

až do současnosti vládl v Evropě „americký mír“, tedy stav, kdy sice nebyl zaručen mír (naopak, během onoho století probíhaly ve světě v každém roce vždy alespoň dvě války), nicméně alespoň Evropa si mohla být jista, že pokud se někdo pokusí ohrozit její bezpečnost, Američané nakonec přijdou (někdy poněkud pozdě, jako za druhé světové války, někdy jen proto, aby vybalancovali a „zadrželi“ útočníka, jako za studené války) a zachrání ji a evropské hodnoty: „*Byl to bezpečnostní dešt-ník, který USA rozprostřely nad Západní Evropou, jakmile spadla Železná opona, a který umožnil Evropě utrácet o tolik víc za maslo než za pušky. Pokud by člověk chtěl definovat podloží evropského pocitu bezpečnosti, byl to nevyslovený předpoklad evropského obranného a bezpečnostního uvažování, a to až dosud, že když už přijde opravdu do tubého, americká kavalérie přijede na naši zábranu, jak to už učinila v minulosti.*“⁷⁴⁵ Zejména role USA v ochraně západní Evropy před Sovětským svazem a krize devadesátých let (Bosna a Hercegovina, Kosovo, ale také obě války v Iráku) ukázaly nejen to, že tento ame-rický mír trval, ale hlavně odhalily neschopnost evropských států zajistit si bezpeč-nost samy. Joseph Weiler upozorňuje na to, že si příliš zvykli, že mohou utrácet za „maslo“, protože za „pušky“ přeci utrácení Američané, kteří podobné konflikty vyřeší, a evropské státy se k nim pouze (někdy, budou-li mít zrovna chuť a funkční jednotky) „připojí“, mnohdy dosti symbolicky, jak ukazuje třeba srovnání počtu amerických a evropských vojáků a letadel nasazených během konfliktů v bývalé Jugoslávii. Zároveň si Evropa mohla být jista, že jakkoli motivace USA k inge-renci do evropských záležitostí (ať už na evropském území či jinde, ale s dopadem na evropskou bezpečnost) jsou různé, vždy v nich je i určitý morální rozměr a do jisté míry spasitelská ambice, zatímco samy evropské státy mají obvykle tendenci hájit jen vlastní zájmy.

Nyní ovšem podle Josepha Weilera tento americký mír skončil, což považuje nikoli za přechodný stav, ale za důsledek strukturálních změn jak ve světové politice (narůstající multipolárnost světa s rostoucí rolí Číny, Indie, Ruska a Brazílie, tedy států, které ekonomicky, politicky i vojensky USA dohánějí a v některých aspektech je brzy předeženou), tak ve vnitřní politice USA: enormní zadluženost (i vůči stá-tům, které jsou protivníky USA!) a hrozba státního bankrotu v posledních letech ukazují slabosti americké ekonomiky a jednání v posledních krizích naznačují, že sice zůstávají supervelmocí, ale už nemají ani kapacitu, ani vůli ani morální kre-dit (zejména z pohledu některých evropských států) k tomu, aby byly nadále těmi

⁷⁴⁵ Tamtéž.

„obránci demokracie“, kterými byly zejména v druhé polovině dvacátého století: „Několik let po pádu Berlínské zdi byly USA na vrcholu své moci jako jediná supervelmoc v oněch blahých dnech ‚konce dějin‘. Ale už na té zdi to bylo napsáno: jakkoli USA opravdu - a to je přesvědčivý příběh - ‚vyhrály‘ studenou válku, staly se poněkud ironicky obětí vlastního úspěchu. Ten stejný konec studené války a šíření demokracie (jakkoli často formální a křehké) totiž zároveň zbarvily USA onoho hávu strážce svobody, demokracie a lidských práv v převážně nepřátelském světě. Zároveň umožnily, aby jak mezi lidmi, tak mezi politiky byly vyřčeny všechny pocity a kritiky, které se vznášely ve vzduchu už během studené války.“⁷⁴⁶

Obečně už tak podle Weilera USA nemají schopnost určovat „tvářnost světa“ a v konkrétních krizích nedokáží prosadit svou vůli, jak ukazuje jejich překvapivá pasivita (či neúspěch navzdory skryté aktivitě?) v postupném obsazování Ukrajiny Ruskem či v nárůstu „Islámského státu“ (ISIS) na Blízkém východě, stejně jako předtím jejich pasivita při bouřlivém vývoji během tzv. Arabského jara: „Jako dítě, které roste, si svět a národy světa uvědomily, že ‚postava otce‘ prostě není tak silná, tak bohatá, tak správná a tak odbodlaná. A navíc, Amerika si to různými jemnými způsoby uvědomila taky.“⁷⁴⁷ Není to přitom už tím (na rozdíl třeba od situace těsně po první světové válce, kdy byly idealistické sny prezidenta Wilsona podkopány únavou Američanů z krvavého angažmá v Evropě), že by v americké společnosti převládl pocit izolacionismu; naopak, USA by podle Weilera právě nyní chtěly určovat tvář světa, jenom to už prostě tváří v tvář narůstající síle a sebevědomí nových velmocí nedokážou: „Americký vliv v Africe? Jak se to bláskuje v čínštině?“

To ovšem podle Weilera znamená, že evropská bezpečnost přišla o svou základní oporu a vytratila se, aniž by ji cokoli nahradilo. Jinak řečeno, na ochranu ze strany USA již nemůžeme spoléhat, ale sami se ubránit neumíme, neboť jsme takovou možnost zcela vytěsnili ze svých představ a plánů. Příčinu přitom Weiler vidí nejen v neefektivitě evropských armád, která narůstá, pokud chtějí postupovat společně (paradoxem evropské obrany je podle něj to, že „celek je menší než jednotlivé části“⁷⁴⁸), ale i ve změně myšlenkového nastavení evropských společností.

Šedesáti letům evropské integrace se zkrátka podařilo splnit sen Schumanova plánu vyřčeného v reakci na kataklyzma druhé světové války, podle nějž se měla

⁷⁴⁶ Tamtéž.

⁷⁴⁷ Tamtéž.

⁷⁴⁸ Tamtéž.

válka v Evropě stát nejen materiálně nemožnou, ale dokonce „nemyslitelnou“.⁷⁴⁹ Tou se podle Weilera také opravdu stala, díky čemuž ovšem evropská integrace sice dokonale naplnila svůj cíl, ale zároveň učinila sama sebe bezbrannou proti vnějším hrozbám: samostatně jsou jednotlivé státy příliš slabé, jak ukazuje jejich angažmá v minulých krizích; zároveň ovšem veřejné mínění není nakloněno nárůstu evropské integrace, který by se dokázal stát základem pro efektivní a silnou společnou evropskou obranu; a zároveň USA rezignují na svou roli ochránce evropské bezpečnosti. Evropské státy tak po konci amerického míru neubrání ani ony samy, ani sjednocená EU, ani USA. Za této situace je podle Josepha Weilera jen otázkou času, kdy se takto oslabená Evropa stane obětí útoku, jemuž se nebude schopna bránit, jak ukazuje nynější rychlá rezignace na obranu proti ruské okupaci Krymu, po níž mohou přijít „salámovou metodou“ další a další územní či jiné nároky silnějších soupeřů, přičemž žádný z těchto „plátků salámu“ ještě nestojí za to, aby-
chom „sahali po meči“, a nelze odhadnout, který z těchto nároků „stiskne spoušť“ možné příští války v Evropě...

„Sýčkování“ profesora Weilera a jeho tvrzení, že v roce 2014 je Evropa stejně uko-
lébána svou bezpečností a přitom stejně ohrožena jako na jaře 1914, se snad nemusí úplně naplnit. Lze mu ale přitakat v tom, že evropskou éru rozšiřující se zóny bezpečí a demokracie, do níž v posledním čtvrtstoletí patří i ČR, čekají změny, které znamenají ohrožení jak „bezpečí“, tak „demokracie“. Zatím není vůbec jasné, jak se evropské státy jednotlivě či společně pod hlavičkou EU těmto hrozbám postaví. Zda přeci jen zareagují intenzivnější integrací, která by učinila z EU silného hráče jak ekonomicky, tak politicky a vojensky, nebo zda se tyto hrozby naplní a nynější stav bezpečí a demokracie bude v důsledku toho zatracen stejně, jako byla liberální demokracie dočasně zatracena jako koncept většinou evropských států (včetně československé druhé republiky) ve třicátých letech dvacátého století.

K onomu sýčkování lze nicméně dodat jedno z možných vysvětlení. Ještě před osmdesáti lety lpěl Carl Schmitt coby na stále platném faktu na tom, že „se národy seskupují na základě protikladu přítele a nepřítele, že tento protiklad je ještě i dnes skutečností a že před každým politicky existujícím národem vyvstává jako reálná možnost. (...) Ke státu

⁷⁴⁹ „Solidarita ve výrobě, k níž se takto dospěje, bude mít za důsledek, že jakákoliv válka mezi Francií a Německem bude nejenom nemyslitelná, nýbrž i prakticky nemožná.“ Cit. dle Schumanova deklarace z 9. května 1950 přístupná na stránkách http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_cs.htm, navštíveno dne 18. 9. 2014.

*jako bytostně politické jednotě patří jus belli, tj. reálná možnost označit v případě potřeby z moci vlastního rozhodnutí nepřítele a bojovat proti němu.*⁷⁵⁰ Dále pak dodal, že je to právě stát, který může po svých občanech požadovat, aby za něj bojovali, tedy zabíjeli toho a nechávali se zabíjet tím, koho stát označí za nepřítele. Schmittův popis byl jistě trefný v době, kdy byl učiněn, tedy v roce 1932, jakkoli jeho smutek z druhého vydání v roce 1963 nad tím, že se státy zbavují své političnosti, když předstírají, že již nejsou odhodlány bojovat, a práva vést válku se alespoň zdánlivě vzdávají, je již méně pochopitelný (respektive je pochopitelný jako odsouzeníhodný pokus o reinterpretaci druhé světové války a pokusů poválečného světa - jakkoli neúspěšných - o vymýcení války; jako by se Carl Schmitt snažil vyvolat dojem, že i nacistické Německo bylo přeci jen stát, který jako tolik států před ním vedlo legitimně válku, tak proč by mělo být odsuzováno, jako by udělalo cosi zvrhlého; zatímco nynější válčící státy použitou terminologií nedelegitimizují jen válku jako takovou, ale i svého nepřítele; jinak řečeno, používá Carl Schmitt podobnou rétorickou taktiku, jako když rasista kritizovaný za rasistický vtip nařkne odpůrce rasismu z pokrytecké politické korektnosti).

Zejména první světová válka byla nezpochybnitelným příkladem toho, jak dokáže fungovat takový „schmittovský“ stát, tedy stát, který si z vestfálského systému odnesl pojetí vnitřní a vnější suverenity a obohatil ho nacionalismem 19. století. Takový stát opravdu dokázal určit nepřítele, ať už na základě spojeneckých závazků, nacionalistických antipatií či prostě z rozpínavosti, a požadovat po svých občanech, aby v boji proti takto určenému (mnohdy arbitrárně, jak ukazuje vyčkávání Itálie, který tábor označí ve Velké válce za svého „nepřítele“ a který za „přítele“) nepříteli masově zabíjeli a umírali, a to často tak dlouho, dokud jim nebyl určen nový nepřítel (například proto, že jejich národ uplatnil své právo na sebeurčení a vytvořil exilovou vládu, která za nepřítele označila stát, v jehož uniformě tito vojáci bojovali dosud, jako tomu bylo v případě československých legií). Pokud je tak pro nás nepochopitelné jednání bojujících států a poslušnost bojujících vojáků za první světové války, vysvětlení můžeme najít právě ve Schmittově Pojmu politična. Je to ovšem vysvětlení minulosti a popis států dosti odlišných od států dnešních.

Dnešní vnímání státu, tedy toho, co od státu očekáváme a co mu jsme ochotni obětovat, je podle mne diametrálně odlišné: našťastí z hlediska ochrany individuální

⁷⁵⁰ Tamtéž, s. 28 a 45.

svobody, možná ovšem naneštěstí z hlediska kolektivní bezpečnosti, jak ukazuje profesor Weiler truchlící nad neochotou Evropy a nyní i USA přesvědčivě ukázat vůli a schopnost hájit Evropu a její hodnoty. Jak bylo uvedeno výše, smyslem fungování moderního demokratického liberálního státu a všech jeho orgánů je zabezpečit maximální naplnění lidských práv svých občanů, nikoli maximální naplnění své vlastní moci či velikosti i za cenu války (neboť to je přeci konečný prostředek Schmittova politična, které má „opravdu politické“ rozhodování stále v záloze). I sám Carl Schmitt ostatně uvádí (ovšem roztrpčeně), že je to právě liberální vnímání státu, které může za jeho „depolitizaci“ ve smyslu neschopnosti či neochoty určit nepřítele: *„Politická jednota musí v případech potřeby vyžadovat i obětování života. Pro individualismus liberálního myšlení je tento nárok něčím, co nelze žádným způsobem naplnit a zdůvodnit. Individualismus, který by právo rozhodovat o vlastním životě dal někomu jinému než jednotlivci samému, by byl stejně planou frází jako liberální svoboda, o jejímž obsahu a míře rozhoduje někdo jiný než sám svobodný jednatel. Pro jednotlivce jako takového neexistuje žádný nepřítel, s nímž by musel bojovat na život a na smrt, jestliže sám nechce; nutit jej proti jeho vůli k boji, je z hlediska soukromého individua v každém případě nesvoboda a násilí. A veškerý liberální patos se obrací proti násilí a nesvobodě (...) Vše, co tento liberalismus ponechává ze státu a politiky v platnosti, se omezuje na snahu zajistit podmínky pro svobodu a zamezit jejímu narušování.“*⁷⁵¹ Ze schmittovského státu, v němž má jednatel povinnost se obětovat pro stát tvář v tvář nepříteli, se stal liberální stát neutrality a ochrany jednotlivce. Slovy Josepha Weilera se ze státu odpovědnosti stal stát lidských práv. Slovy Stanislava Komárka se z „Vaterlandu“ vyžadujícího oběti stal pečovatelský „Mutterland“.⁷⁵²

K této proměně přispěl na obou stranách Atlantiku rozvoj lidských práv a přenesení těžiště fungování státu a jeho smyslu z celku na jednotlivce, na východní straně Atlantiku navíc tomuto vývoji jistě napomohl nejen pokles nacionalismu, ale také pocit bezpečí v Evropě, v níž se válka stala „nemyslitelnou“; na západní straně Atlantiku pak koincidence traumatu vietnamské války a individualistického hnutí hippies (i dalších proměn, která přinesla šedesátá léta, symbolizovaná západoevropským a severoamerickým „osmašedesátým“), díky níž se právě ve vietnamské válce (která náhodou začala nedlouho po druhém vydání Schmittova Pojmu politična

⁷⁵¹ SCHMITT, C. *Pojem politična: text z r. 1932 s předmluvou a se třemi korolárii*. Praha: OIKOYMENH, 2007, s. 70.

⁷⁵² KOMÁREK, S. *Muž jako evoluční inovace*. Praha: Academia, 2012, s. 211.

a jeho východiskům zazvonila hranu) víc než v jakékoli předchozí válce ukázalo, že občané už jednoduše nejsou ochotni bezmyšlenkovitě rukovat do války proti jinému státu jen proto, že byl jejich vládou označen za nepřítele. Schmittovými slovy dávali nespokojení odvedenci najevo, že Severní Vietnam pro ně není nepřítel, s nímž by museli bojovat na život a na smrt, jestliže sami nechtějí. Válka ve Vietnamu se tak nestala dalším vítězstvím materiální a technické převahy USA nad komunistickým Severním Vietnamem, ale válkou, v níž nakonec rozhodující roli sehrála výhrada svědomí, pacifismus a občanská neposlušnost, v určitém smyslu první válkou, v níž „schmittiánský“ Severní Vietnam, který dokázal hnát své vojáky na smrt, udolal „post-schmittiánské“ liberální USA, v nichž občané odmítli akceptovat právo svého státu určit nepřítele a přikázat jim proti němu bojovat.

Pro státy EU i USA je tak dnes Schmittovo vymezení státu již jen strašidelným hlasem z minula, z doby států, které vyvolaly obě světové války (a je symbolické, že kniha tohoto „korunního právníka třetí říše“, jak bývá označován, je věnována památce přítele padlého v první světové válce). Stát sice může i dnes určit nepřítele, ale je stále méně představitelné, že bychom jenom kvůli takovému rozhodnutí nastupovali do války. Možné apely na oběti v zájmu vlasti a národa znějí stále anachroničtěji, podobně jako se v době nástupu národních států stávaly anachronismem výzvy k boji za „to jediné pravé“ náboženské vyznání. A za pár generací budou možná znít výzvy k obraně otčiny stejně absurdně jako dnes volání po boji za čest či jedinou pravou víru ze středověkých rytířských románů a jejich obhájci se stanou donkichoty.

V liberálním státě zaměřeném na lidská práva jednotlivce zkrátka neumírá jen proto, že si to jeho stát přeje, že mu přikáže obětovat život; taková představa odcestovala do učebnic dějepisu, beletrie a staromilských vojenských přísah. V takovém státě již branná povinnost není první povinností občana, a pokud povinností zůstala, tak je vyvážena alespoň lidským právem na výhradu svědomí a profesionalizací armády: do boje tak v praxi států EU (ale i v realitě USA) nenastupují všichni občané jen proto, že jejich stát určil po schmittovsku nepřítele a povolal je do zbraně; nýbrž profesionálové, kteří učinili racionální úvahu, že riziko smrti je v těchto armádách dostatečně malé (ať už kvůli nepravděpodobnosti, nebo kvůli lákavosti rizika samotného), že se jim je vyplatí podstoupit výměnou za materiální i nemateriální výhody. Pro nás civilisty by to ekonomicky ani jinak výhodné nebylo,

proto tuto činnost přenecháme právě profesionálům.⁷⁵³ Jejich odvaha, zdatnost, vlastenectví či menší schopnost vykonávat civilní povolání se stala jejich komparativní výhodou. Stejně tak pokud konflikt s jiným státem není ekonomicky výhodný, tak se do něj raději stát vůbec nepouští, byť by mělo jít i jen o nevýhodnost ekonomickou (slabost sankcí EU a celého postoje evropských států v reakci na ruskou invazi do částí ukrajinského území je velmi ilustrativním příkladem).

Weilerův konec amerického míru tak můžeme chápat i jako důsledek toho, že po západní a střední Evropě dokončily i USA svou - ve vietnamské válce zahájenou - proměnu v liberální stát post-schmittovský, tedy ve stát, kde se onen „americký kavalérista“ poslaný na obranu Evropy nevydá přes Atlantik automaticky, prostě proto, že USA určily Evropu jako přítele a někoho jiného jako nepřítele, ale teprve proto, že to pro něj bude výhodné (nepřítel je dostatečně slabý, riziko malé, finanční kompenzace vyvažující toto riziko dostatečně).

I tato proměna ze státu „schmittovského“ ve stát „post-schmittovský“ (či jednoduše liberální), který neurčuje nepřítele a nechce po občanovi oběti, je jedním z důvodů, proč jsou naše dnešní státy příjemným místem k bezpečnému životu, cimrmanovsky řečeno, proč jsou státem, „kde by chtěl žít každý“.⁷⁵⁴ Rubem tohoto příjemného lícu proměny povahy státu je ovšem otázka, jak se takové „post-schmittovské“ státy ubrání vůči státům „schmittovským“. Jak dosáhnout toho, aby vojenská síla našich v zásadě profesionálních armád byla větší než síla armád občanských, tedy jak si „koupit“ vojenskou sílu větší, než jsou možní „schmittovští“ nepřátelé Evropy schopni „povolat“? To je ovšem otázka zcela mimo téma této knihy. Kromě kroků, které jsou zcela v oblasti mezinárodní politiky,⁷⁵⁵ je jistě jednou z možností i větší sjednocení armád členských států EU, jejich společné velení a nepodmiňování využití konkrétních jednotek souhlasem členských států,

⁷⁵³ Drzým bonmotem řečeno, pro stále větší počet Evropanů je představa toho, že by měli jít bojovat za svůj národní stát stejně vzdálená, jako by člověku nacionalistického 19. století byla vzdálená představa, že by měl jít v náboženských válkách bojovat proti protestantům nebo se účastnit křížové výpravy... A jak posvátné a nezpochybnitelné ideály to kdysi byly.

⁷⁵⁴ Jak ovšem správně podotkl Ondřej Preuss v recenzním posudku, toto spojení přesvědčivě vyvrátil již Karel Infeld Prácheňský...

⁷⁵⁵ Například v rozšíření NATO i na státy mimo severoatlantický region, ale sdílející evropské hodnoty, typicky Austrálii či Nový Zéland.

ale rozkazem společného evropského velení vedeného opravdu společnou zahraňiční a bezpečnostní politikou.⁷⁵⁶ To by samozřejmě znamenalo už naprosté popření tradičně vnímané suverenity členských států (podkapitoly 7.2 a 7.3).

Je ovšem sporné, zda ve světě bez amerického míru a se „schmittovskými“ sousedy dokáže zachovat „suverenitu“ i „post-schmittovský“ stát zaměřený na jednotlivce a jeho práva, nikoli povinnosti. Možná, že Weilerův konec amerického míru přinese situace, v nichž se evropské státy budou muset rozhodnout, kterou z těchto hodnot mají obětovat (viz poslední poznámku pod čarou). Marně přemýšlím, co by v éře deteritorializovaných států, s mobilními občany a bipolarity

⁷⁵⁶ Dané téma si v rámci této knížky opravdu zaslouží jediné poznámku pod čarou: Slabost společné bezpečnostní politiky EU můžeme schmittovským slovníkem vyjádřit dvěma základními limity:

1. EU začasté není schopna společně vymezit „nepřítele“;
2. právo vymezit „nepřítele“ si totiž v zájmu zachování národní suverenity vyhrazují stále členské státy, ovšem jsou k realizaci tohoto práva stále méně ochotné: v „post-schmittovském“ státě si totiž nemohou být jisty tím, zda jejich občané budou jejich rozhodnutí respektovat a hájit „až do těch hrdel a statků“, zato si mohou být jisty, že čím víc obětí (a to i ekonomických) budou po svých občanech žádat, tím menší bude jejich naděje na znovuzvolení. Jak tyto limity překonat? Pokud pokládáme za nevhodný návrat ke „schmittovskému“ národnímu *Vaterlandu*, je podle mne jedinou odpovědí právě opravdu společná unijní bezpečnostní politika zaštitěná společnou unijní profesionální armádou. Je vlastně absurdní, že staromilské lpění na suverenitě národních států vede k tomu, že základní principy, které zvyšují efektivitu evropské ekonomiky, nejsou vpuštěny do evropské obrany, která je stále představována 28 samostatnými armádami, z nichž většina je postavena tak, jako by očekávala – dávno „nemyslitelný“ – útok ze sousedního evropského státu. Je to přitom právě oblast obrany, kde není výhodná soutěživost, ale centralizace, tedy vytvoření společné unijní profesionální armády. Ta by mohla dosáhnout velikosti potřebné k zastrašení jakéhokoli nepřítele EU, a přitom by byly její náklady z pohledu jednotlivých členských států výrazně menší, než náklady jednotlivých členských států na samostatné armády, pokud mají být v mezinárodní politice relevantní silou, nemluvě o tom, že armáda vytvářená centralizovaně na profesionální bázi by mohla těžit i z volného pohybu pracovních sil po EU, neboť státy s vysokou mírou nezaměstnanosti a s přebytkem nedostatečně kvalifikovaných pracovních sil by získaly komparativní výhodu jako zdroje mužstva pro unijní profesionální armádu. Evropa se stala intelektuálně nejvlivnějším kontinentem světa díky své inovativnosti i díky tomu, že dokázala měnit formát mezinárodní politiky dříve než ostatní (například kardinál Richelieu je dodnes obdivován právě za to, že „změnil formát hry“, když si včas uvědomil, že doba náboženských válek bude vystřídána dobou válek suverénních států motivovaných jinými zájmy než náboženskými, a připojil svou katolickou Francii k lize protestantských států...). Domnívám se, že opět přišel čas, aby Evropa „změnila formát hry“. Pokud stále větší část členských států přešla od „vlasteneckých“ občanských armád k profesionálním armádám, zbývá už jen doplnit, že i oblast bezpečnosti je jednou z těch, v nichž „cíľů zamýšlené činnosti nemůže být dosaženo uspokojivě členskými státy na úrovni ústřední, regionální či místní, ale spíše jich, z důvodu jejího rozsahu či účinků, může být lépe dosaženo na úrovni Unie.“ (čl. 5 odst. 3 Smlouvy o EU). Členské státy a jejich občané již nemohou či nejsou ochotni mít (tedy financovat) armády, které by obstály jako protiváha velmocem dnešního světa. EU jako celek je ovšem dost bohatá na to, aby jednu takovou společnou armádu mohla zaplatit...

(podkapitola 6.1), s nárůstem ochrany lidských práv a důrazu na zájmy a potřeby jednotlivce, nikoli společenství a poklesem tradičního nacionalismu bylo na suverenitě národních států tak lákavého, že bychom se pro ni byli ochotni vzdát sladkého života v post-schmittovském *Mutterlandu*...

At' už budou nadcházející roky a dekády dobou federalizace Evropy a vytvoření její společné obrany, nebo érou zpochybňování liberální demokracie jako státního režimu evropských států (k němu by mohl vést návrat ke „schmittovskému“ *Vaterlandu*), či érou úplně jiných, dosud nepředstavitelných změn; budou tyto změny představovat výzvu pro udržitelnost našich ústav, včetně Ústavy ČR, at' už pro jejich kompatibilitu s narůstající evropskou integrací, či pro zpochybňování nebo zamlžování konceptů, na nichž jsou nynější evropské ústavy postaveny. Jinak řečeno, otázka už je přede dveřmi, odpověď ještě nemáme připravenou, ale je načase promýšlet, které odpovědi se z hlediska ústavní teorie nabízejí, a ujasnit si význam jednotlivých slov, která budou odpověď tvořit. Snad k tomu trochu napomohla i tato kniha.

Summary

Material Core of Constitution – an Eternal Obstacle to EU Integration?

The book “Material Core of Constitution – an Eternal Obstacle to EU Integration?” deals with one of the most complicated problems of constitutional law: constitutions of several EU Member States have the so called “material core” (or “eternal provisions”) interpreted as an eternal limit of EU integration that can never be transgressed. This would imply that potentially the EU federalization could be stopped by material core (or its interpretation by constitutional courts) of one single Member State.

The thesis of this book is that even constitution with “eternal provisions” can be changed in some countries (e.g. in Portugal) by a double constitutional amendment and in any country by the “pouvoir constituant” by violent revolution or constitutional revolution, i.e. either violently or by the same “pouvoir constituant”, the people. Nonetheless, any new constitution should respect some basic limits, some “common core” of all European constitutions (i.e. constitutions of EU Member States). Such common core is the “lowest common denominator” of all European constitutional systems, it should be common to constitutional systems at both levels of European constitutionalism: domestic and EU. Therefore, it is a suitable backbone for multi-level constitutionalism, fitting better the EU integration and linking constitutions of Member States with constitutional foundations of EU - with its respected constitutional identity of EU Member States according to Article 4 para. 2 of the Treaty on European Union - giving them a common terminology.

This thesis is analyzed in three parts: the first describing old concepts, the second contesting old terms and the third defining new terms. Firstly, Chapter 2 describes the evolution of modern constitutions and their “material cores” and “eternal provisions” and Chapter 3 follows the “migration” of this concept to several countries: France, Italy, Germany, Portugal, Czech Republic, Turkey, Austria, India and some others.

After this rather traditional approach, the second part (Chapter 4) questions the identity of terms “material core” and “eternal/unchangeable provisions” of constitution and draws the line between them and the consequences of these distinctions for various ways of constitutional changes.

Finally, the last part applies the idea of “common parts of material cores of constitutions” (Chapter 5) and tries to define the elements that have to be present in all liberal democratic constitutions of an EU Member State (Chapter 6). The last two chapters (Chapter 7 and the Conclusion) then discuss the implications of these concepts for the European integration and its future.

Literatura a další použité zdroje

- AFSAH, E. Constitution-Making in Islamic Countries - A Theoretical Framework; in GROTE, R., RÖDER, T. (eds.) *Constitution-Making in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ARISTOTELÉS. *Politika*. 3. vyd. Praha: Rezek, 2009.
- AVBELJ, M., KOMÁREK, J. *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- BAHÝLOVÁ, L. a kol. *Ústava České republiky - komentář*. Praha: Linde, 2010.
- BALÍK, S., HLOUŠEK, V., HOLZER, J., ŠEDO, J. *Politický systém českých zemí 1848-1989*. Brno: MU a MPÚ, 2006.
- BALOG, B. *Materiálne jadro Ústavy Slovenskej republiky*. Žilina: Eurokódex, 2014.
- BAROŠ, J. Právo nebo lidská práva? Ke kořenům lidských práv. *Jurisprudence*, č. 2/2010, s. 24 - 31.
- BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009.
- BESSELINK, L. National and constitutional identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, č. 6/2010, s. 36-49.
- BESSELINK, L. The parameters of constitutional conflict after Melloni. *European Law Review*, č. 4/2014, s. 531-552.
- BLACKWELL, B., MILLER, D. *Blackwellova encyklopedie politického myšlení*. Brno: Jota, 1995.
- BOBEK, M., BŘÍZA, P., KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011.
- BOBEK, M., MOLEK, P., ŠIMÍČEK, V. *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita Brno, Mezinárodní politologický ústav, 2009.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1999.

- VON BOGDANDY, A., KOTTMANN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S., SMRKOLJ, M. Reverse Solange - Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Market Law Review*, č. 2/2012, s. 489 - 519.
- VON BOGDANDY, A., SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, č. 48/2011, s. 1417 - 1454.
- BŘÍZA, P. Jaké jsou dopady „Lisabonského nálezu“ (nejen) pro ústavní rovinu vztahu českého a unijního práva?, *Soudní rozhledy*, č. 6/2009, s. 201 an.
- BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. WUV, Wien 2005.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'état, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français I*. Paris: Recueil Sirey, 1920.
- CLAES, M., DE VISSER, M. *Constitutional Conversations in Europe*. 1. vyd. Cambridge: Intersentia Publishing, 2012.
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G. *EU law: text, cases, and materials*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DAHL, R. A. *How democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2001.
- DORSEN, N. *Comparative constitutionalism: cases and materials*. St. Paul: Thomson, 2003.
- DREIER, H. *Grundgesetz: Kommentar. Band II*. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- DUBY, G. a kol. *Dějiny Francie od počátků po současnost*. Praha: Karolinum, 2003.
- DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenth, 2001.
- ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- EMRAH ODER, B. *Turkey*, in THIEL, M. (ed.) *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate, 2012, s. 263-310.

- FARAGUNA, P. *L'enigmatico statuto dei „principi supremi“: un'indagine empirica su limiti e „controlimiti“*. Annali, IUSS, č. 4/2010.
- FIALA, P., PITROVÁ, M. (eds.) *Rozšiřování ES/EU*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně, Mezinárodní politologický ústav, 2003.
- FILIP, J. Evropský zatýkácí rozkaz a rozhodování ústavních soudů. *Právní zpravodaj*, č. 8/2005, s. 1-7.
- FILIP, J. Nález č. 403/2002 Sb. jako rukavice hozená ústavodárci Ústavním soudem. *Právní zpravodaj*, č. 11/2002, s. 12-15.
- FILIP, J. *Ústavní právo České republiky 1*. 4. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2003.
- FILIP, J. Zapomenuté inspirace a aspirace Ústavy ČR. *Časopis pro právní vědu praxi*, č. 4/2002, s. 295-302.
- FILIP, J., ŠIMÍČEK, V., HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu: komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007.
- FILIP, J., SVATONĚ, J. *Státověda*. Praha: Wolters Kluwer, 2011.
- FREEMAN, S. Political Liberalism and the Possibility of a Just Democratic Constitution, č. 3/1994.
- FUNK, B.-Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. 13. erg. Aufl. Graz: Leykam.
- FURET, F. *Francozská revoluce. Díl 2. Ukončit revoluci. Od Ludvíka XVIII. po Julese Ferryho (1815-1880)*. Praha: Argo, 2007.
- GELLNER, A. *Národy a nacionalismus*. Praha: Hříbal, 1993.
- GERLOCH, A., KYSELA, J. *20 let Ústavy České republiky: Oblédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013.
- GODECHOT, J. *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier Flammarion, 1970.
- GOMES CANOTILHO, J. J., MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 3a ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008.
- GRINC, J. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*, č. 1/2010.
- GRÜN, A. *Svatost manželství*. Kostelní Vydří: Karmelitánské nakladatelství, 2010.
- HABERMAS, J. *K ustavení Evropy*. Praha: Filosofia, 2013.
- HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.
- HLOUŠEK, V., KOPEČEK, L. *Demokracie: teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřátelé a perspektivy demokracie*. 2. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2007.
- HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*, č. 4/2005, s. 313 - 336.
- HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, č. 1/2013, s. 1-28.
- HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- HRUŠÁKOVÁ, M., KRÁLÍČKOVÁ, Z. *České rodinné právo*. 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006.
- HUNTINGTON, S. *Třetí vlna*. Brno: CDK, 2008.
- CHOVANCOVÁ, K. *Nezměnitelná ustanovení ve francouzských ústavách od Třetí po Pátou republiku*. Studentská vědecko-odborná práce, vedoucí Pavel Molek, Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2013.
- IMÁM CHOMEJNÍ. *Velájat-e Faqih - Islámská vláda*. Teherán: Institut pro uspořádání a vydávání děl imáma Chomejního, 2004.
- JEFFERSON, T. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906.
- KLAUS, V., LOUŽEK, M. *Soudcokracie v ČR: fikce, nebo realita?* Praha: CEP Centrum pro ekonomiku a politiku, 2006.

- KLOKOČKA, V. Nové pojmy v Ústavě České republiky II. *Politologický časopis*, č. 2/1994.
- KNOB, M. Další pokračování ságy slovenských důchodů před Ústavním soudem. *Soudní rozhledy*, č. 4/2012, s. 127 - 131.
- KOMÁREK, J. Vztah práva Evropské unie a právního řádu ČR očima tří rozhodnutí Ústavního soudu. *Soudní rozhledy*, č. 10/2008, s. 357 an.
- KOMÁREK, S. *Muž jako evoluční inovace*. Praha: Academia, 2012.
- KOUDELKA, Z. Zlaté tele ústavnosti. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, č. 3/2010, s. 257 - 262.
- KŘEPELKA, F. „Českoslovenští“ důchodci v pasti práva Evropské unie. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 2/2011, s. 131-141.
- KÜHN, Z. Ještě jednou k ústavnímu základu působení komunitárního práva v českém právním řádu. *Právní rozhledy*, č. 10/2004, s. 395 an.
- KÜHN, Z., KYSELA, J. Euronovela Ústavy ve světle překvapivého nálezu Ústavního soudu č. 403/2002 Sb. *Soudní rozhledy*, č. 12/2002, s. 421-428.
- KÜHN, Z., KYSELA, J. Na základě čeho bude působit komunitární právo v českém právním řádu? *Právní rozhledy*, č. 1/2004, s. 23 an.
- KYSELA, J. Předpoklady soudní kontroly ústavnosti ústavních zákonů. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 24 - 30.
- KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014.
- LEPAGE, J.-D. G. G. *An Illustrated Dictionary of the Third Reich*. Jefferson: McFarland, 2003.
- MAC AMHLAIGH, C., MICHELON, C., WALKER, N. *After public law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MADISON, J., HAMILTON, A., JAY, J. *The Federalist Papers*. Lexington: Tribeca Books, 2010.
- MALENOVSKÝ, J. „Evropské nálezy“ a mezinárodněprávní základy práva ES/EU: Ústavní soud ČR i česká nauka pokračují v zastřelování. *Soudní rozhledy*, č. 8/2009, s. 281 an.

- MALENOVSKÝ, J. K nové doktríně Ústavního soudu ČR v otázce vztahů českého, komunitárního a mezinárodního práva. *Právní rozhledy*, č. 21/2006, s. 774 an.
- MALENOVSKÝ, J. Mezinárodní smlouvy podle čl. 10a Ústavy ČR. *Právník*, č. 9/2003, s. 841 an.
- MALENOVSKÝ, J. O legitimitě a výkladu české ústavy na konci století existence moderního českého státu. *Právník*, č. 8/2013, s. 745-772.
- MALENOVSKÝ, J. Ve věci ústavního základu působení komunitárního práva uvnitř ČR nebylo řečeno poslední slovo. *Právní rozhledy*, č. 6/2004, s. 227 an.
- MALENOVSKÝ, J. Vítězství „dogmatiků“ nad „pragmatiky“ se odkládá. *Právní rozhledy*, č. 11/2005, s. 408 an.
- MALENOVSKÝ, J. Znovu ke kompetencím Ústavního soudu ČR ve vztahu k Evropskému soudnímu dvoru a komunitárnímu právu. *Právník*, č. 1/2005, s. 106-114.
- MANN, T. *Buddenbrookovi*. Praha: Odeon - nakladatelství krásné literatury a umění, 1980.
- MARBURY, W. L. The Limitations upon the Amending Power. *33 Harv. L. Rev.* 232, 225 (1919).
- MAUNZ, T., DÜRIG, G. *Grundgesetz - Kommentar*. München: C. H. Beck, 1997.
- MIRANDA, J., MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III.*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2007.
- MOLEK, P. Hluboce inspirující nález Pl. ÚS 27/09 a utržené ucho materiálního jádra Ústavy. *Soudní rozhledy*, č. 10/2009, s. 46 - 52.
- MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014.
- MOLEK, P. Právní věda: věda nebo mentální hříčka?, *Universitas*, č. 4/2004.
- MOLEK, P. *Právo na spravedlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.
- MOLEK, P. The Court That Roared: The Czech Constitutional Court Declaring War of Independence against the ECJ. *European Law Reporter*, Luxembourg: Verlag radical brain S.A., č. 6/2012, s. 162-170.

- ONDŘEJKOVÁ, J. *Princip přednosti evropského práva v teorii a soudní praxi*. Praha: Leges, 2012.
- PERNTHALER, P. *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998.
- PIRIS, J.-C. *The constitution for Europe: a legal analysis*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2006.
- PLATÓN. *Ústava*. Praha: Svoboda-Libertas, 1993.
- POLÁK, O. *Materiální obnisko italské ústavy*. Studentská vědecko-odborná práce, vedoucí Pavel Molek, Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2014.
- POPPER, K. R. *Logika vědeckého bádání*. 1. vyd. Praha: OIKOYMENH, 1997.
- POPPER, K. R. *Otevřená společnost a její nepřítelé I*. Praha: Oikuméné, 1995.
- POTOČNÝ, M. *Mezinárodní právo veřejné*. Orbis: Praha, 1972.
- PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti („věčnosti“) na příkladech vybraných států. *Právník*, č. 8/2013, s. 790-808.
- PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.
- PŘIBÁŇ, J. Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions. *Journal of Law and Society*, č. 3/2012.
- PŘIBÁŇ, J. *Právní symbolismus: o právu, času a evropské identitě*. Praha: Filosofia, 2007.
- PŘIBÁŇ, J. *Tyranizovaná spravedlnost*. Praha: Portál, 2013.
- PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011.
- RÁDL, Z. *Nejvyšší správní soud: normy o jeho zřízení a působnosti, komentované podle judikatury býv. správního soudního dvora a nejvyššího správního soudu s použitím materiálů a písemnictví*. Praha: Nákladem Československého Kompas, 1933.
- ROSAS, A. *EU constitutional law: an introduction*. Oxford: Hart publishing, 2010.

- ROZENTAL, M. M. a kol. *Filozofický slovník*. Pravda: Bratislava, 1974.
- ROZNAI, Y. Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, č. 3/2013.
- ROZNAI, Y., YOLCU, S. An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision, *International Journal of Constitutional Law* (2012) 10 (1), s. 175-207.
- ŘÍCHOVÁ, B. *Komparace politických systémů: západoevropské politické systémy*. Praha: Vysoká škola ekonomická, 2009.
- SMEKAL, H. *Lidská práva: ideje, trendy, výzvy a nástrahy*. Brno: Masarykova univerzita, 2013.
- SMEKAL, H., POSPÍŠIL, I. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky?: vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013.
- SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Durham: Duke University Press, 2008.
- SCHMITT, C. *Pojem politična: text z r. 1932 s předmluvou a se třemi korolárii*. Praha: OIKOYMENH, 2007.
- SCHWARTZBERG, M. *Democracy and legal change*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- VAN DER SCHYFF, G. The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU. *European Law Review*, č. 5/2012, s. 563-583.
- SMITH, R. K. M. *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011.
- STARCK, Ch. *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar. Band 3. 4. , vollständig neubearb.* Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2001.
- SYLLOVÁ, J. Kauza Lisabon - Ústavní soud (tentokrát) jednotný. *Právní rozhledy*, č. 23/2008, s. II.

- ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Finanční ústava*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2013.
- ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In POSPÍŠIL, I., WAGNEROVÁ, E., *Vladimír Klokočka - Liber amicorum - in memoriam emeritního soudce*. Praha: Linde, 2009, s. 217 - 234.
- ŠKOP, M. *Právo a vášeň: jazyk, příběh, interpretace*. Brno: Masarykova univerzita, 2011.
- TOMAŠEVSKI, K. Has the Right to Education a Future Within the United Nations? A Behind-the-Scenes Account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998 - 2004. *Human Rights Law Review*, č. 2/2005, s. 205 - 237.
- TOMUSCHAT, CH. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law. Collected courses - Volume 281*. Académie de Droit International de La Haye. Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2001.
- TUREČEK, B. *Labyrintem Íránu*. Praha: Knižní klub, 2013.
- VINCZE, A., VARJU, M. Hungary: The New Fundamental Law. *European Public Law*, č. 3/2012, s. 437-453.
- VIRGA, P. *Diritto costituzionale*. 8. vyd. Varese: Giuffré, 1976.
- WAGNEROVÁ, E. Prezident republiky a Ústavní soud, In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Postavení prezidenta v ústavním systému České republiky*. Brno: Masarykova univerzita a Mezinárodní politologický ústav, 2008, s. 97-109.
- WAGNEROVÁ, E. a kol. *Listina základních práv a svobod: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.
- WEILER, J. H. H. *The constitution of Europe: „Do the new clothes have an emperor?“ and other essays on European integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- WEYR, F. *Teorie práva*. Brno: Orbis, 1936.
- WEYR, F. *Základy filosofie právní (nauka o poznávání právníkém)*. Brno: A. Piša, 1920.
- WINTR, J. Desáté září českého ústavního systému. *Jurisprudence*, č. 1/2010, s. 4-17.

ZAKARIA, F. *Budoucnost svobody*. Praha: Academia, 2004.

ZBÍRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právník*, č. 2/2014, s. 112-133.



Vědecká redakce MU

prof. PhDr. Ladislav Rabušic, CSc.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.; Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.
prof. PhDr. Petr Macek, CSc.; PhDr. Alena Mizerová
doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.; doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.
Mgr. David Povolný; Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.
prof. RNDr. David Trunec, CSc.; prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.
prof. PhDr. Marie Vítková, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

MATERIÁLNÍ OHNISKO ÚSTAVY: VĚČNÝ LIMIT EVROPSKÉ INTEGRACE?

JUDr. Mgr. Pavel Molek, Ph.D., LL.M.

Vydala Masarykova univerzita roku 2014

Spisy Právnické fakulty MU č. 488 (řada teoretická, Edice Scientia)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl, N. Rozehnalová,
P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno

1. vydání, 2014

ISBN 978-80-210-7435-4