

Ústavní soudy jako nástroj populistů v boji proti opozici

Michal Kovalčík

Prohlašuji, že jsem esej na téma „Ústavní soudy jako nástroj populistů v boji proti opozici“ zpracovala sám a uvedl jsem všechny použité prameny. Dávám souhlas s prvním zveřejněním své eseje vyhlášovateli soutěže nebo spolupracujícími institucemi v papírové či elektronické podobě.

V Brně dne 20. 6. 2022

Michal Kovalčík

Ústavní soudy jako nástroj populistů v boji proti opozici

Michal Kovalčík

Úvod

Dozví-li se polská žena při prenatalním vyšetření, že její plod byl nenávratně poškozen, umělé přerušování těhotenství podstoupit nemůže.¹ Také to je jeden z důsledků toho, jak populisté využívají ústavní soudy pro své účely a k boji proti opozici. Ústavní soudy totiž v populistickém konstitucionalismu neplní funkci protiváhy k vládnoucí většině, nýbrž právě jí samotné slouží jako nástroj k prosazování svých zájmů. V této esejí se zaměřím na tento projev populistického konstitucionalismu a na základě analýzy dosavadního empirického poznání a navazující literatury odpovím na otázku, jakým způsobem populisté zneužívají či mohou zneužívat ústavní soudy ve svůj prospěch. Na tento projev totiž sice poukazuje hned několik autorů v aktuálních debatách o neliberálních demokraciích a konstitucionalismu, ale buď jej pouze zmiňují bez dalšího, nebo se mu věnují jen v obecné rovině.²

Populistický konstitucionalismus představuje jeden z fenoménů současné debaty na poli ústavní a politické teorie.³ Přestože existují názory, že jde o *contradictio in adjecto* a nic jako po populistický konstitucionalismus z podstaty existovat nemůže,⁴ domnívám se, že jde o definiční problém, který pro tuto esej není stěžejní. Populistický konstitucionalismus zde vnímám jako jev politické reality, který zahrnuje spojení populismu a konstitucionalismu. Konstitucionalismus pro účely tohoto textu představuje soubor stanovených procesů a institucí upravující výkon státní moci; tato státní moc je přitom vykonávána v rámci a

¹ Gliszczyńska-Grabias, A., Sadurski, W. The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill): 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20. *European Constitutional Law Review*. 2021, č. 1.; Zajíčková, K. Ústavní soud prakticky znemožnil legální potraty v Polsku [online]. *Týdeník Respekt*. 2020 [cit. 6. 12. 2020]. <https://www.respekt.cz/agenda/ustavni-soud-prakticky-znemoznil-legalni-potraty-v-polsku>

² Dixon, R., Landau, D. *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2021.; Castillo-Ortiz, P. The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. *European Constitutional Law Review*. 2019, č. 1.; Sadurski, W. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2019, s. 84.; Wyrzykowski, M., Ziólkowski, M. Illiberal Constitutionalism and the Judiciary. In: *Routledge Handbook of Illiberalism*. New York: Routledge, 2021, s. 521.; Smekal, H., Benák, J., Vyhnanek, L. Through selective activism towards greater resilience: the Czech Constitutional Court's interventions into high politics in the age of populism. *The International Journal of Human Rights*. 2021, č. 0, s. 3.; Kühn, Z. The Judiciary in Illiberal States. *German Law Journal*. 2021, č. 7, s. 1244.

³ Blokker, P. Populist Constitutionalism. In: Torre, C. de la *Routledge Handbook of Global Populism*. London, New York: Routledge, 2018.; Halmai, G. Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary. *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*. 2018, č. 3.; Müller, J.-W. Populism and Constitutionalism. In: Kaltwasser, C. R. et al. (eds). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2018.; Mudde, C. Are populists friends or foes of constitutionalism? . 2013.; Czarnota, A. Populist constitutionalism or new constitutionalism? *Krytyka Prawa*. 2019, č. 1.; Belov, M. (ed.). *Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies: Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality*. Cambridge: Intersentia, 2021.; Blokker, P. Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension. *German Law Journal*. 2019, č. 3.

⁴ Např. Halmai. *Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'?*.

současně prostřednictvím vymezených struktur.⁵ Pro vymezení populismu pak pracuji s široce přijímanou definicí populismu jakožto neplné ideologie považující společnost za rozdělenou do dvou homogenních a antagonistických skupin – ctnostný lid versus zkorumpované elity, a která tvrdí, že politika by měla být výrazem obecné vůle lidu.⁶ Pouze oni, hlásají populisté, reprezentují lid a jeho vůli. Ostatní, ať už političtí soupeři, nebo jen ti, kdo populisty nepodporují, představují amorální a zavrženíhodnou elitu.

Z tohoto teoretického rámce vycházím v dalších částech této eseje. V první kapitole se věnuju dimenzím, v nichž se populistický konstitucionalismus projevuje, a dopadům na systém dělby moci. Následně představím pět technik, jimiž mohou populisté ústavní soudy pro své účely zneužívat a v poslední části se věnuju dopadům takového zneužití.

Esej nemá sloužit jako návod pro nastupující populisty. Spíše se snaží poukázat na ta nebezpečí ovládnutí ústavního soudu, která nemusejí být na první pohled zřejmá a v dosavadní literatuře se jim nikdo obsáhle nevěnoval. Práce by se rovněž mohla stát východiskem k úvahám o nastavení ústavních systémů tak, aby jednotlivé způsoby zneužití nenastaly, případně bylo mnohem obtížnější je realizovat.

Dimenze populistického konstitucionalismu a dopad na dělbu moci

Vycházíme-li z dosavadního empirického poznání populistického konstitucionalismu, můžeme rozlišit tři dimenze, ve kterých se projevuje: (1) ústavotvorbu, (2) kvaziústavní normotvorbu a (3) ústavní interpretaci. První dimenze spočívá ve vytvoření nové ústavy, případně ve změnách té stávající. Na rozdíl od následujících dvou dimenzí vyžaduje, aby populisté disponovali politickou silou potřebnou ke změně ústavy. To je příklad třeba Viktora Orbána a jeho strany Fidesz v Maďarsku, kde díky ústavní většině získané ve volbách v roce 2010 mohla Orbánova vláda přijmout novou ústavu.⁷

Ti populisté, kteří takovou politickou silou nedisponují, obvykle kombinují druhou a třetí dimenzi. Kvaziústavní normotvorba totiž znamená měnění stávající ústavy prostřednictvím běžných zákonů, k němuž populistické vlády politickou sílu mají. Jde o přijetí takových podústavních předpisů, které přímo ovlivňují a často protiústavně mění ústavou zakotvené instituce. Může jít o volební zákony nebo zákony upravující fungování justice, státního zastupitelství či regulaci médií.⁸

Třetí dimenze zahrnuje neformální „změny“ ústavy prostřednictvím její interpretace, při níž jsou původní liberálně demokratické hodnoty nahrazeny jinými a která je často selektivní, jdoucí proti svému původnímu účelu. Často využívaný způsob ústavní interpretace v populistickém konstitucionalismu lze proto označit jako akontextuální formalismus.⁹ Do

⁵ Srov. Dobner, P., Loughlin, M. (eds). *The Twilight of Constitutionalism?*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 55.; Barber, N. W. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2018, s. 19.

⁶ Mudde, C. The Populist Zeitgeist. *Government and Opposition*. 2004, č. 4, s. 543.; Müller, J.-W. *What Is Populism?*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016, s. 20.; Fontana, D. Unbundling Populism. *UCLA Law Review*. 2018, s. 1486.; Havlík, V. Technocratic Populism and Political Illiberalism in Central Europe. *Problems of Post-Communism*. 2019, č. 6, s. 370.

⁷ Drinóczi, T., Bien-Kacala, A. Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland. *German Law Journal*. 2019, č. 8.

⁸ Blíže viz Bernatt, M., Ziolkowski, M. Statutory Anti-Constitutionalism. *Washington International Law Journal*. 2019, č. 2.

⁹ Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 184.

interpretace se také promítají výše zmíněné narativy populismu – ať už představa ctnostného lidu jako homogenní entity se stejnými zájmy, kulturou apod., nebo ty vycházející z konkrétní ideologie, s níž je populismus propojený – například nacionalisticky zaměřený populismus bude při interpretaci velmi zdůrazňovat národní identitu.¹⁰ Populisté také nezohledňují dosavadní nepsaná pravidla a ústavní konvence, naopak vytváří své, nové.¹¹ Tato dimenze se projevuje jak v běžném politickém jednání (např. výklad ústavních pravidel při parlamentní debatě), tak u aplikace ústavy při aktech exekutivy (např. otázky jmenování soudců, členů různých rad apod.) a přímo či zprostředkovaně skrze argumentaci stran ji mohou přijímat i populistům nakloněné soudy. Třetí dimenze se úzce pojí s druhou a často představuje ospravedlňující argumenty pro závěr, že konkrétní projev kvaziústavní normotvorby není v rozporu se ústavou.

Druhá a třetí dimenze je nezbytně spjata s kontrolou ústavního soudnictví, které by jinak obcházení či přímo porušování ústavy blokovalo (či by tak alespoň činit ze své podstaty mělo). S tím má zkušenost například předseda polské populistické a současně vládní strany Právo a spravedlnost Jarosław Kaczyński. Jeho první vládě v letech 2005 až 2007 totiž polský Ústavní tribunál, toho času ještě nezávislý, překazil hned několik reforem týkajících se médií, shromažďovacího práva či lustrací¹². V zemích s koncentrovaným ústavním soudnictvím je tedy třeba pro realizaci výše popsanych dimenzí populistického konstitucionalismu získat na svou stranu ústavní soud, jenž má ústavu střežit a náleží mu pravomoc přezkoumávat a rušit akty parlamentu i vlády. Jinými slovy, populisté musí ústavní soudy „domestikovat“¹³.

Rozdíl mezi populistickými a autoritářskými či totalitními režimy spočívá (mimo jiné) v tom, že zatímco ty posléze jmenované zpravidla ústavní soudy zcela vyřazují ze hry a politicky citlivé věci svěřují do rukou jiných autorit, současní populisté ve vládě se ústavní soudy snaží co nejdříve ovládnout a následně využívat ve svůj prospěch.¹⁴ Pablo Castillo-Ortiz nazývá přístup populistů k (ústavním) soudům „oportunistickým instrumentalismem“ – dokud neprodukují z populistického pohledu správné výsledky, označují populisté soudy za elitářská tělesa omezující vůli čistého lidu, jakmile se jim je podaří ovládnout, z nepřítele se stane kamarád.¹⁵ To potvrzuje obecnější Müllerovu tezi, že antiinstitucionalismus populistů se změní, když výstupy institucí dostanou pod svou kontrolu.¹⁶

Způsoby, jak ústavní soudy ovládnout, se liší v závislosti (opět) na politické síle populistů, institucionálním designu daného státu a případně i politické kultuře. Na každý pád, ovládnutí ústavního soudu, jakožto tělesa koncentrovaného na jednom místě a tvořeného nevelkou skupinou soudců, většinou nepředstavuje příliš těžkou misi.

Rozlišit můžeme neformální a formální (právní) způsoby ovládnutí (ústavních) soudů.¹⁷ Mezi ty neformální spadají jak „biče“, tj. negativní nástroje – např. dlouhodobě nepřilíš efektivní vyhrožování jednotlivým soudcům nejrůznějšími sankcemi od disciplinárních postihů přes snížení platu až k přerázení na nižší pozici, tak „cukříky“, tedy různé výhody pro soudce,

¹⁰ Wyrzykowski, Ziółkowski. *Illiberal Constitutionalism and the Judiciary*, s. 526.

¹¹ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 255.

¹² Sadurski, W. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Springer Netherlands, 2014, s. 8.

¹³ Wyrzykowski, Ziółkowski. *Illiberal Constitutionalism and the Judiciary*, s. 518.

¹⁴ Srov. Kühn. *The Judiciary in Illiberal States*, s. 1243.

¹⁵ Castillo-Ortiz. *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, s. 68.

¹⁶ Müller. *Populism and Constitutionalism*.

¹⁷ Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 72.

kteří budou rozhodovat tak, jak je vyžadováno.¹⁸ Do kategorie neformálních nástrojů můžeme zařadit i vyhrožování rozpočtovými redukcemi pro konkrétní soud. Formálním nástrojem ovládnutí je zejména tzv. *court-packing*, tedy úmyslné a nepravidelné přeobsazení existujícího soudu vlastními, loajálními lidmi.¹⁹ Použití tohoto nástroje představuje nejstabilnější způsob, jak v dlouhodobějším horizontu kontrolovat soud. Technik *court-packingu* najdeme mnoho, kupříkladu jde o snížení věku odchodu do důchodu soudců, zvýšení jejich počtu (a tím posměnění většiny na soudu) nebo zkrácení délky mandátu.²⁰ Výsledkem by měl být soud personálně podřízený populistické vládě.²¹

Soud lze mít pod kontrolou také prostřednictvím tzv. *court-curbingu*, tedy zablokování (či alespoň přibrzdění) fungování soudu. To může spočívat například v nepublikaci (a tím neúčinnosti) soudních rozhodnutí či v posměnění většiny nutné k přijetí rozhodnutí.²² *Court-curbingu* však neumožňuje, případně jen velmi omezeně, využívat soud aktivně pro své potřeby. Zcela jinou metodou je pak vytvoření úplně nového soudu za současného zrušení nebo marginalizování toho stávajícího. Vzhledem k tomu, že jde o velmi radikální krok, však nejde o způsob příliš častý a ani potenciálně pravděpodobný.

Dojde-li k ovládnutí soudů, dochází k razantnímu narušení mocenské rovnováhy. Systém dělby moci, jakožto jeden z principů právního konstitucionalismu, se změní.²³ Její klíčový aspekt, mechanismus brzd a protivah – či možná přesněji anglicky *checks and balances* – znamená, že každá složka moci má vůči té druhé meče (*swords*), jimiž jedna složka udržuje druhou v patřičných mezích, a štíty (*shields*), kterými se jedna složka brání před nepatřičnými zásahy té druhé.²⁴ Meče můžeme pak v klasickém pojetí ztotožňovat s „*checks*“ a štíty s „*balances*“.²⁵ Ústavní soudy, jakožto zásadní instituce moci soudní, v rámci tohoto systému disponují zejména mečem v podobě možnosti přezkoumávat (a rušit) legislativní i exekutivní akty. Opanují-li však populisté jak zákonodárnou (díky volebnímu vítězství), tak výkonnou (odvozenou od zákonodárné) moc a k tomu ovládnou i ústavní soud (ponechme teď stranou obecné soudy), dostanou se jim do rukou meče, jimiž ale nebudou bodat sami sebe, nýbrž – přirozeně – své nepřátele. „*Checks and balances*“ už tedy nebudou působit tolik mezi složkami státní moci, ale budou zneužívány vůči těm, kteří by populistickou jednotu moci ohrožovali – proti opozici.

V případě ovládnutí ústavních soudů tedy dochází k obrácení funkce ústavních soudů zcela naruby. Spíše než jako strážce politických aktérů fungují jako partner pomáhající většinu takových strážců eliminovat.²⁶ Ústavní soudy tak v rámci populistického konstitucionalismu plní jiné funkce než v liberálním (právním) konstitucionalismu.²⁷ Jakmile se jednou

¹⁸ Kosař, D. The least accountable branch. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, č. 1, s. 260.

¹⁹ Kosař, D., Šipulová, K. Court-packing aneb jak obsadit soudy svými lidmi. In: Šimíček, V. (ed.). *Nezávislost soudní moci*. Praha: Leges, 2020, s. 82.

²⁰ Blíže viz Kosař, Šipulová. *Court-packing aneb jak obsadit soudy svými lidmi*.

²¹ Wyrzykowski, Ziolkowski. *Illiberal Constitutionalism and the Judiciary*, s. 528.

²² Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 92.

²³ Srov. Sajó, A., Uitz, R. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 128.

<https://oxford.universitypressscholarship.com/10.1093/oso/9780198732174.001.0001/oso-9780198732174>

²⁴ Barber. *The Principles of Constitutionalism*, s. 79–82.

²⁵ Kosař, D., Baroš, J., Dufek, P. The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism. *European Constitutional Law Review*. 2019, č. 3, s. 434.

²⁶ Castillo-Ortiz. *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, s. 67.

²⁷ Wyrzykowski, Ziolkowski. *Illiberal Constitutionalism and the Judiciary*, s. 519.

vládnoucím populistům povede naplnit je svými lidmi, mohou být nápomocné nikoliv k ochraně demokracie a vládě práva, ale naopak k úpadku těchto hodnot.²⁸

Ukažme si nyní výše teoreticky popsané na příkladu Polska. Když se populistická strana Právo a spravedlnost v říjnu 2015 ujímá moci, Jarosław Kaczyński sice prohlašuje, že chce „vybudovat Budapešť na Visle“²⁹, oproti svému deklarovanému vzoru Viktoru Orbánovi to má ale těžší – nemůže totiž využít první dimenzi populistického konstitucionalismu, neboť PiS nezískala ve volbách ústavní většinu. Ve volbách 2019 navíc přišla i o Senát, jehož souhlasu je k přijetí ústavní změny třeba. V Polsku tak můžeme sledovat kombinace druhé a třetí dimenze populistického konstitucionalismu – dochází jak k obcházení a doplňování ústavy cestou běžných zákonů, tak k neformálním změnám cestou ústavní interpretace.

Příkladem druhé dimenze může být snížení věkové hranice odchodu soudců Nejvyššího soudu do důchodu z původních 70 na 65 let. Na tom by samo o sobě nebylo nic velmi kontroverzního, pokud by se tato změna netýkala i všech dosavadních soudců, jímž byla tak zkrácena ústavně stanovená délka mandátu.³⁰ Pod druhou dimenzi populistického konstitucionalismu náleží třeba i zásadní změna systému prokuratury z roku 2016, kdy se sloučila pozice do té doby nezávislého nejvyššího státního zástupce s postem ministra spravedlnosti. Ministr spravedlnosti tak od té doby může zasahovat do průběhu trestního řízení a měnit rozhodnutí jakéhokoliv z podřízených státních zástupců³¹. Příklad Polska také ukazuje, že zejména druhá dimenze populistického konstitucionalismu je nejproblematictější z pohledu vlády práva – rozpor je totiž nejsnáze viditelný. Také proto Polsko čelí v porovnání s Maďarskem, kde se projevuje více první dimenze, vyšší aktivitě Evropské komise a mnoha řízením před Soudním dvorem pro porušování vlády práva.³²

Příkladem třetí dimenze v Polsku pak může být interpretace toho, jakým způsobem má být volena Národní rada soudnictví, která je zodpovědná za jmenování soudců. Polská Ústava, konkrétně její čl. 187, explicitně hovoří pouze o tom, kolik členů Rady je jmenováno prezidentem, Sejmem či Senátem. Zbytek Rady mají tvořit soudci. Ačkoliv ze smyslu a účelu dané normy plyne, že „nepolitická“ část členů má být nejen tvořena, ale i volena soudci samotnými, vládnoucí strana to interpretuje tak, že je vybírá jí ovládaný Sejm.³³

S oběma dimenzemi šla ruku v ruce i snaha o kontrolu Ústavního tribunálu. Vůči němu PiS použila v prvé řadě strategie court-curbingu s cílem jej paralyzovat – například navýšila většinu nutnou pro přijetí zrušujícího verdiktu, omezila jeho jurisdikci či odmítla publikovat v oficiální sbírce některá „špatná“ (tj. nežádoucí) rozhodnutí.³⁴ Současně se snažila o ovládnutí soudu cestou court-packingu. Již na podzim 2015, krátce po parlamentních volbách, odmítl prezident Andrzej Duda jmenovat všech pět nových ústavních soudců zvolených „starým Sejmem“, v níž měla většinu nyní opoziční Občanská platforma, přičemž u třech z nich šlo zjevně protiústavní krok. Navzdory tomu bylo všech pět soudců zvoleno znovu, a to už „novým Sejmem“ ovládaným PiS.³⁵

²⁸ Smekal, Benák, Vyhnánek. *Through selective activism towards greater resilience*, s. 3.

²⁹ Cienski, J. The Duda in Poland [online]. *POLITICO*. 24. 5. 2015 [cit. 28. 12. 2020].
<https://www.politico.eu/article/upset-in-poland-2/>

³⁰ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 106–107.

³¹ *Ibid.*, s. 124.

³² Viz blíže Pech, L., Wachowiec, P., Mazur, D. Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2021, č. 1.

³³ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 258.

³⁴ Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 93.

³⁵ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 62–65.

Další techniky court-packingu pak byly využívány uvnitř soudu. Jedna z protiústavně jmenovaných soudkyň a záhy i místopředsedkyně, Julia Przyłębska, na jaře 2017 poslala svého oponenta a dosavadního předsedu Stanisława Biernata na nucenou dovolenou, kde zůstal až do konce jeho mandátu.³⁶ Przyłębska, jež se místo Biernata následně stala předsedkyní Tribunálu, pak také změnila obsazení jednotlivých senátů tak, aby většinu vždy měli pro-vládní soudci, a v tomto duchu měnila i soudce zpravodaje – i v probíhajících kauzách.³⁷ Pro-vládní soudci postupně díky kombinaci popsaného *court-packingu* a přirozené obměny převážili. Ústavní tribunál tak byl ovládnut a postupně se přeměnil v nástroj vládní strany.³⁸ Jak píše Wojciech Sadurski, polský Ústavní tribunál se pro Právo a spravedlnost stal „prostředkem k realizaci vlastních politických plánů a spojencem při sporech s ostatními (toho času ještě neovládnutými – pozn.) tělesy jako třeba s Nejvyšším soudem.“³⁹ Jak lze tento prostředek používat, rozeberu podrobně v následující kapitole.

Techniky využití ústavního soudu jako nástroje proti opozici

Představme si nyní stát v Evropě, který je členem Evropské unie i Rady Evropy. Nazvěme ho Popularie. Popularie je standardní parlamentní republikou s dvoukomorovým parlamentem a mezinárodní indexy ji považují za svobodnou zemi se soutěživým stranickým systémem. Institucionální design popsaný v ústavě byl navržen v duchu principů liberálního či právního konstitucionalismu, nalezneme tu proto dělbu moci v podobě, jakou ji známe z většiny zemí Evropské unie. V Popularii rovněž funguje i ústavní soud jakožto soudní orgán ochrany ústavnosti, nadaný kompetencí k abstraktní i konkrétní kontrole ústavnosti. Svými pravomocemi se neliší od jiných ústavních soudů zemí střední a východní Evropy.

V Popularii před dvěma lety proběhly parlamentní volby. Těsnou většinu křesel v obou komorách získala populistická strana, v jejímž čele stojí charismatický lídr jménem Populus. Populova strana má tedy většinu k přijímání běžných zákonů, schází ji mandáty ke kvalifikované většině potřebné pro ústavní zákony. Populus každopádně jako premiér sestavil vládu, v jejímž jednání můžeme za poslední dva roky sledovat projevy druhé a třetí dimenze populistického konstitucionalismu, tedy kvaziústavní normotvorby a ústavní interpretace. Populovi se během necelých dvou let vlády povedlo ovládnout ústavní soud, k čemuž mu dopomohlo jak to, že prezidentský úřad zodpovědný za jmenování drží Populův spřízněný politik, tak i to, že mandát třetiny soudců vypršel zrovna během tohoto roku. Potřebnou většinu soudců loajální vládní straně pak Populus získal za využití technik *court-packingu*. Ústavní soud Popularie je tedy personálně podřízen vládní straně.

Populisté obvykle podstatně nemění pravomoci ústavních soudů; využívají je tak, jak byly navrženy právním konstitucionalismem. Kupříkladu polský zákon o Ústavním tribunálu z roku 2016, kdy již byl soud pod kontrolou vládnoucí strany Právo a spravedlnost, provádí pouze kosmetické změny, přestože vláda disponovala většinou k tomu zákon navrhnout podle svých představ.⁴⁰ Ani v Popularii vládní strana k žádným formálním změnám kompetencí ústavního soudu nepřistoupila.

³⁶ Kosař, Šipulová. *Court-packing aneb jak obsadit soudy svými lidmi*, s. 97.

³⁷ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 69.

³⁸ Arato, A., Cohen, J. L. *Populism and Civil Society: The Challenge to Constitutional Democracy*. New York: Oxford University Press, 2022, s. 72.

³⁹ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 89.

⁴⁰ Wyrzykowski, Ziolkowski. *Illiberal Constitutionalism and the Judiciary*, s. 519.

Jak už bylo popsáno výše, mění se však reálná role ústavních soudů. Ačkoliv byly původně zamýšleny k ochraně menšiny před útlakem většiny, v populistickém konstitucionalismu chrání spíše většinu.⁴¹ Vládní většina je pak různými způsoby využívá jako prostředek proti opozici.⁴² Na tomto místě se hodí zopakovat, že opozicí myslím v širším slova smyslu kritiky populistické vlády – od politických oponentů přes občanskou společnost a média až třeba po akademiky.

Na příkladu našeho imaginárního populisty Popula si nyní ukažme, jakým způsobem může v takovém institucionálním rámci ústavní soud proti opozici využít. V následujících řádcích představím pět takových technik: (1) techniku „vládneme, nerušit“; (2) legitimizační techniku; (3) delegační techniku; (4) přímou protiopoziční techniku; a (5) mimoprávní techniku.

(1) Technika „vládneme, nerušit“. První způsob lze označit za pasivní využití spočívající v tom, že ústavním soud Populovi prostě nebude do jeho vlády negativně zasahovat, nebude mu házet klacky pod nohy. Kvaziústavní normotvorba velmi často obchází ústavu či je přímo v rozporu s některými ústavními normami. Podobně vykládání ústavních pravidel selektivně, akontextuálně anebo proti jejich původnímu účelu bude ve většině případů zakládat protiústavnost. V právním konstitucionalismu či jiném, v němž ústavní soud plní svou roli ochránce ústavnosti, by ústavní soud takové akty musel zrušit – ať už by šlo o právní předpisy či o jiné akty exekutivy. V Polsku například Ústavní tribunál v prosinci 2015 a na začátku roku 2016, tedy ještě před tím, než se jej vládě podařilo dostat pod kontrolu, zrušil⁴³ několik zákonů (resp. novel) upravujících jeho fungování a přímo zasahující do jeho nezávislosti.⁴⁴

Populus se již podobného zásahu ústavního soudu obávat nemusí. Ústavní soud naplněný personálně podřízenými soudci případné návrhy na vyslovení protiústavnosti odmítne a akty Populovy vlády podrží, a to nejen ty, jež omezují práva opozice. Podobně to bylo i se zmiňovanou legislativou o Ústavním tribunálu v Polsku, kterou toho času již ovládnutý Tribunál ke konci roku 2016 shledal ústavně konformní, ač před pár měsíci, ještě jako nezávislý, rozhodl o zákonech s podobným obsahem opačně.⁴⁵ První způsob tak spočívá v tom, že ústavní soud populistům neruší jejich materiálně protiústavní akty, které mohou mimo jiné směřovat i k potlačení práv opozice.

(2) Legitimizační technika. Druhý způsob úzce souvisí s předchozím, jde ale ještě dále. Základní společenská funkce soudů tkví v jejich pravomoci autoritativně řešit spory mezi stranami.⁴⁶ Populus navíc jako prozíravý populist ví, že lidé v jeho zemi soudy po letech liberálního konstitucionalismu vnímají, přes veškeré výhrady vůči nim, jako nezávislé arbitry s vysokou odborností v právních otázkách. Zpochybňuje-li tedy opozice ústavnost jeho aktů, může se Populus buď odvolat na zamítavé rozhodnutí ústavního soudu, jenž opozici nevyhoví a prohlásí akt za ústavně konformní (viz předchozí způsob), anebo může sám iniciovat řízení před ústavním soudem, aby všem ukázal, jak to tedy s tou protiústavností je. Ústavní soud je díky své funkci autoritativně řešit spory mezi stranami způsobilý alespoň zdánlivě vyřešit tento spor mezi vládou a opozicí. Ne náhodou jej rozhodne ve prospěch

⁴¹ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 84.

⁴² Kühn. *The Judiciary in Illiberal States*, s. 1244.

⁴³ Rozhodnutí Ústavního tribunálu K 35/15 z 9. 12. 2015 a K 47/15 z 9. 3. 2016.

⁴⁴ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 71.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 73–74.

⁴⁶ Shapiro, M. M. *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1986, s. 27.

Populovy vlády, jinak by přece Populus takový návrh ani nedával. Tím docílí zvýšení legitimity takového aktu – to, že je akt v souladu s ústavou, si nyní nemyslí jen část politické scény, ale i nejvyšší soudní instance. Překonání každé další institucionální překážky, byť *de facto* iluzorní, zvyšuje legitimitu daného aktu.

Ústavní soudy tedy působí jako „*razítkovač*“.⁴⁷ Všechny protiústavní akty dostanou razítko ústavní konformity od soudu, který formálně disponuje pravomocí je zrušit, fakticky ji ale vůči vládě (pokud sama nechce) nepoužije. Jinak by se stal hadem Uroborem, požírající sám sebe. Ústavní soudy mají v tomto směru pouze ornamentální funkci – své meče (*checks*) vůči vládnoucí většině neupotřebí.⁴⁸ Naopak jí slouží jako legitimizační nástroj.⁴⁹

Jak bylo naznačeno, tento nástroj lze využívat dvěma způsoby: pasivně a aktivně. Pasivní způsob spočívá v tom, že ovládnutý ústavní soud odmítá (zamítá) návrhy opozice na zrušení vládních aktů (tj. bod č. 1), čímž kromě samotného přetrvání aktu v platnosti dochází zároveň k zvýšení jeho legitimity, neboť spor mezi vládou a opozicí někdo třetí, formálně nestranný a nezávislý, autoritativně rozhodl a daný akt překonal další institucionální překážku. Populisté v tomto duchu rozhodnutí soudu samozřejmě rétoricky využívají. Naproti tomu aktivní využití ústavního soudu jako legitimizačního nástroje znamená to, že populisté sami iniciují řízení před ústavním soudem, aby se ten k dané otázce mohl vyjádřit.⁵⁰ Pokud tedy Populova vláda přijme nějaký kontroverzní zákon, členové vlády (případně prezident nebo jen řadoví poslanci) mohou podat návrh na jeho *ex ante*, případně *ex post* přezkum ústavním soudem (obě možnosti ústava Popularie připouští). Soud jej prohlásí za ústavně konformní a v odůvodnění (či při vyhlášení rozhodnutí před médii) ideálně ještě vládu pochválí za přijetí takové legislativy.⁵¹

Pro příklad z reality můžeme opět do Polska, kde zákon zavádějící hierarchizaci veřejných shromáždění priorizuje ta pravidelně se opakující (mezi něž spadají důležitá shromáždění pořádané PiS), která pak chrání před jakýmkoliv proti-shromážděními pořádanými opozicí.⁵² Na návrh vládě spřízněného prezidenta Dudy Ústavní tribunál konstatoval, v rozporu s většinovým míněním ústavních právníků, že zákon protiústavní není a neporušuje právo na pokojné shromáždění.⁵³

Míra efektivity využití ústavních soudů jako legitimizačního nástroje odvisí od jejich vnímání veřejností. Neexistuje-li ve veřejnosti důvěra v soudnictví, bude využití tohoto nástroje omezené. Stejně tak bude efektivita nízká, pokud nebude navenek zřejmý alespoň určitý stupeň nezávislosti soudu na politické moci.⁵⁴ Hovoříme zde však o dynamickém faktoru, který lze různými způsoby v čase ovlivňovat. Co se týče konkrétních rozhodnutí, jejich autoritu a současně způsobilost je využít pro legitimizaci zvyšuje odůvodnění založené na právních, a nikoli politických argumentech.⁵⁵ Dlouhodobě může k alespoň zdánlivé autonomii ústavních soudů na vládě přispět rozhodnutí vůči ní negativní.⁵⁶ Důvěru veřejnosti

⁴⁷ Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 82.

⁴⁸ Castillo-Ortiz. *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, s. 68.

⁴⁹ Moustafa, T. Law and Courts in Authoritarian Regimes. *Annual Review of Law and Social Science*. 2014, č. 1, s. 286.

⁵⁰ Srov. Krygier, M. The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist ‘Transitions’, Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*. 2019, č. 3, s. 547.

⁵¹ Sadurski. *Poland’s Constitutional Breakdown*, s. 82.

⁵² *Ibid.*, s. 151.

⁵³ *Ibid.*, s. 152–153.

⁵⁴ Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 85.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, s. 92.

v soudy pak mohou sami populisté zvýšit svými mediálními výstupy, což může být ještě efektivnější prostřednictvím jím nakloněných médií.

Efektivita legitimizační techniky je tedy přímo úměrná míře kredibility a na ní navazující autoritě konkrétního soudu. Tento faktor má vliv také na následující techniku a rovněž na pátou, mimoprávní techniku.

(3) Delegační technika. Náš imaginární premiér Populus sice se svou stranou disponuje většinou k přijímání zákonů, k zavedení některých kroků, jež jinak velmi touží udělat, se však zdráhá. Obává se totiž jak nevole ve společnosti – a to i mezi jeho příznivci, tedy těmi, které považuje za „ctnostný lid“, tak i reakce na úrovni Evropské unie a Rady Evropy. Napadlo ho proto přenést břímě na jinou autoritu, která plánovaný krok učiní a zároveň ponese případné negativní dopady. Vlk se nažere a koza zůstane celá.

Takovou techniku využití ústavního soudu nazývám delegační. Je založena na principu outsourcingu – politická moc deleguje nepopulární rozhodnutí, u níž hrozí ztráta politických bodů, na formálně nezávislá tělesa⁵⁷. Ta se daný krok pokusí odůvodnit právními argumenty. Populisté pak mohou rozhodnutí kritizovat a přijmout jako „nutné zlo“ s odvoláním se na principy dělby moci a nezávislosti soudnictví, případně se, reaguje-li jejich část lidu spíše pozitivně, přidají na stranu soudu.

Můžeme rozlišovat dva subtypy této techniky: vnitřní a vnější. Vnitřní využití směřuje dovnitř státu – důvodem delegace je potenciální ztráta politických bodů na domácí scéně a také konkrétní delegovaný krok má primárně vnitrostátní dopady. Obvykle půjde o zrušení určité vládou nechtěné legislativy přijatou předchozími – populistickou terminologií – „zkorumpovanými elitami“, kterou ústavní soud prohlásí za protiústavní.⁵⁸ Tím je buď cíle populistů ve věci zcela dosaženo, anebo soudní rozhodnutí alespoň otvírá dveře k přijetí nové legislativy. Už to ale pak nebude otázka chetě, nýbrž nutnosti – nic jiného přece populistům nezbyvá, novou právní úpravu musejí přijmout, když ta předchozí byla protiústavní.

Příkladem vnitřní delegace může být rozhodnutí polského Ústavního tribunálu z 22. října 2020 (K1/20), které na návrh několika poslanců PiS a Sjedenčené pravice zrušilo jako protiústavní jednu ze tří výjimek dovolující ženám podstoupení interrupce označovanou jako nenávratné poškození plodu. Nepopularitu tohoto kroku dokazuje fakt, že do ulic polských měst v následujících týdnech vyšly za práva žen protestovat stovky tisíc lidí.⁵⁹ Zpřísnění potratové politiky bylo přitom přáním především předsedy PiS Jaroslawa Kaczynského, jenž první vlnu demonstrantů označil za „*temné síly, které chtějí zničit Polsko*“⁶⁰. Vláda včele s premiérem Morawieckim nicméně i vzhledem k silicím protestům svá vyjádření mírnila a rozhodla se rozsudek prozatím nepublikovat v oficiální sbírce, ač ji takový krok ústava nepovoluje. Jakmile masivní protesty pominuly, vláda v lednu 2021 rozsudek publikovala a ten tak vstoupil v platnost.⁶¹ Konzervativní straně se tak povedlo prosadit zpřísnění potratové politiky bez toho, aby musela podstoupit legislativní proces.

Vnější způsob delegace zahrnuje ty kroky, u nichž se vláda neobává reakce veřejnosti, jako spíš ostatních států či nadnárodních institucí, jichž je součástí, přičemž samotný delegovaný krok také směřuje navenek. Může jít o mezinárodněpolitický akt, který vláda

⁵⁷ Wyrzykowski, Ziolkowski. *Illiberal Constitutionalism and the Judiciary*, s. 517.

⁵⁸ Srov. Castillo-Ortiz. *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, s. 69.

⁵⁹ Zajíčková. *Ústavní soud prakticky znemožnil legální potraty v Polsku*.

⁶⁰ Miecznicka, M. Polish protesters are aghast at abortion ban's moral hypocrisy [online]. . 3. 11. 2020 [cit. 6. 12. 2020]. <https://www.ft.com/content/1fc1b1b1-8b58-4bba-8f98-69317f9b98df>

⁶¹ Gliszczynska-Grabias, Sadurski. *The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill)*, s. 135–138.

nechce učinit sama a raději si vypomůže autoritou formálně nezávislého ústavního soudu. Takový krok bude vypadat mnohem elegantněji, pokud vyjde od soudní instituce spíše než od exekutivních orgánů.⁶²

Příkladem delegace vnější může být rozhodnutí polského Ústavního tribunálu ze 7. října 2021 (K 3/21), které shledalo čl. 1, 4 odst. 3 a 19 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii jako odporující polské ústavě. Na základě těchto článků podle Ústavního tribunálu totiž mohou unijní orgány jednat nad rámec kompetencí, které na ně přenesla Polsko přeneslo, Ústava přestala být polským nejvyšším zákonem s prioritou platnosti a aplikace a Polsko nemůže fungovat jako suverénní a demokratický stát. Z těchto tří hlavních důvodů Ústavní tribunál konstatoval, že unijní právo (a rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie) budou v Polsku závazná pouze v mezích polské ústavy a jejího výkladu Ústavním tribunálem⁶³. Podnět k tomuto přezkumu přitom vznesl premiér Mateusz Morawiecki, jehož vláda se dlouhodobě potýká s kritikou Evropské unie pro porušování vlády práva.⁶⁴ Tato kritika byla institucionalizována do podoby spuštění procedury podle čl. 7 odst. 1 SEU pro nebezpečí porušení základních hodnot EU stanovených v čl. 2 SEU (jde o demokracii, právní stát či lidská práva) a rovněž do několika verdiktů Soudního dvora EU⁶⁵ konstatující neplnění závazků plynoucích ze základních smluv.⁶⁶ Vládní strana tak potřebovala trumfy, jimiž bude ospravedlňovat svá provinění na unijní scéně. Sama se totiž zdráhá otevřeného konfliktu s EU, neboť z členství ekonomicky i politicky benefituje a lze jej tak označit za externě omezený režim.⁶⁷

I vzhledem k tomu, že většina Poláků členství jejich země v EU podporuje,⁶⁸ premiér Morawiecki po zveřejnění rozsudku na nadnárodní scéně odmítl úvahy o tom, že takové rozhodnutí Ústavního tribunálu je krokem k „polestu“.⁶⁹ Nicméně prohlásil, že rozhodnutí bude respektovat a že „*národní ústava musí zůstat v Polsku nejvyšším zákonem*“⁷⁰. Ministr spravedlnosti Ziobro o poznání ostřejším tónem směřovaným domácím publiku označil rozhodnutí za „*velmi důležitý verdikt pro celý národ, čelící snabám EU jednat s Polskem jako s kvazi-koloniálním státem*“⁷¹. Tento rozsudek Ústavního tribunálu naproti tomu naprostá většina

⁶² Kühn. *The Judiciary in Illiberal States*, s. 1244.

⁶³ srov. Biernat, S., Letowska, E. This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! [online]. *Verfassungsblog*. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/>

⁶⁴ Jaraczewski, J. Gazing into the Abyss [online]. *Verfassungsblog*. 2021 [cit. 11. 3. 2022]. <https://verfassungsblog.de/gazing-into-the-abyss/>

⁶⁵ Jde např. o rozhodnutí Soudního dvora C-791/19 R, C-619/18 nebo C-192/18 vyjadřující se k nezávislosti soudnictví a jejich disciplinárnímu trestání.

⁶⁶ Pech, Wachowiec, Mazur. *Poland's Rule of Law Breakdown*, s. 2.

⁶⁷ Srov. Bozóki, A., Hegedűs, D. An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union. *Democratization*. 2018, č. 7, s. 1182.

⁶⁸ Kublik. Kto się boi polestu. Sondaż Ipsos dla OKO.press i „Wyborczej” [online]. *Gazeta Wyborcza*. 1. 10. 2021 [cit. 14. 11. 2021]. <https://wyborcza.pl/7,75398,27647569,ipsos-dla-okopress-i-wyborczej.html>

⁶⁹ AP. Poland leader: Idea of „Polestu” is „fake news” [online]. *AP NEWS*. 11. 10. 2021 [cit. 11. 3. 2022]. <https://apnews.com/article/european-union-warsaw-poland-europe-police-brutality-604d6abde725df657c37437ddba6cbe2>

⁷⁰ De la Baume, M., Herszenhorn, D. M. Ursula von der Leyen, Mateusz Morawiecki clash in European Parliament [online]. *POLITICO*. 19. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://www.politico.eu/article/ursula-von-der-leyen-mateusz-morawiecki-clash-rule-of-law-european-parliament/>

⁷¹ PAP. Justice minister praises Polish constitution supremacy ruling [online]. *The First News*. 8. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://www.thefirstnews.com/article/justice-minister-praises-polish-constitution-supremacy-ruling-25261>

odborné veřejnosti považuje za věcně nesprávné rozhodnutí vydané na politickou objednávku.⁷²

Nutno dodat, že vnitřní a vnější aspekty této techniky lze i vzájemně kombinovat. Například, populisté se mohou obávat vnější reakce, ale delegovaná akce bude směřovat dovnitř a naopak.

Limity delegační techniky, podobně jako legitimizační, tkví ve vnímání ústavního soudu veřejností a v případě vnější delegace také v jeho autoritě na nadnárodní úrovni. Použití této techniky omezuje také procedurální nastavení v konkrétním státě – polský interrupční případ ukazuje „výhody“ možnosti abstraktního *ex ante* přezkumu na návrh některého z exekutivních činitelů, techniku však populisté mohou využít i při abstraktním přezkumu *ex post* jako v případě zmiňovaného unijního judikátu.

(4) Přímá protiopoziční technika. Čtvrtá technika je z dosud představených nejagresivnější a leckdy si nezadá se zneužíváním justice autoritářskými a totalitními režimy⁷³. Zároveň jde také o techniku nejvíce různorodou – zahrnuje hned několik způsobů využití ústavního soudu tak, aby bezprostředně a negativně dopadal do osobní sféry představitelů opozice. Níže přitom zmiňuji pouze několik možných příkladů využití ústavního soudu jako přímého protiopozičního nástroje. Výčet tedy jistě nemá být vyčerpávající. Od delegační techniky se tato liší tím, že jde o zneužití pravomoci, kterou disponuje pouze soud a nikoliv vláda či parlamentní většina. Dixon a Landau takové počínání soudu řadí mezi tzv. „*strong abusive judicial review*“ na rozdíl od třeba první a druhé techniky (tj. „vládneme nerušit“ a legitimizační), které by v jejich vnímání spadalo pod méně intenzivní „*weak abusive judicial review*“⁷⁴.

Pro příklad se podívejme do naší Populárie. Populova vláda se potýká s ekonomickou krizí, která jí razantně ubírá politické body. Do toho některá nezávislá média Popula neustále konfrontují se skandály jeho samého či ministrů, což rovněž pomáhá opozičním stranám. Před blížícími se volbami je nutno zařadit vyšší stupeň boje proti opozici, k čemuž dopomůže opět i ústavní soud. Kromě výše popsanych technik, jež se samozřejmě budou také pořádkem velmi hodit, přichází Populus s tím, jak prostřednictvím ústavního soudu přímo své oponenty marginalizovat, nebo dokonce úplně politicky zlikvidovat. V Populárii, podobně jako v jiných členských státech Rady Evropy,⁷⁵ může Ústavní soud na návrh vlády nebo prezidenta rozhodnout o rozpuštění politické strany, která porušuje ústavu a zákony nebo ohrožuje demokratický právní stát, veřejný pořádek či mravnost. Na Populův návrh tak může být ústavním soudem překažena účast jedné z opozičních stran v blížících se volbách třeba proto, že jde o liberální stranu podporující manželství pro všechny, čímž podle interpretace

⁷² Jaraczewski. *Gazing into the Abyss*; Biernat, Letowska. *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment!*; Craig, P. Op-Ed: “The Rule of Law, Breach and Consequence” [online]. *EU Law Live*. 21. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://eulawlive.com/op-ed-the-rule-of-law-breach-and-consequence-by-paul-craig/>; Łazowski, A., Ziolkowski, M. Knocking on Poles’ door? [online]. *CEPS*. 21. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://www.ceps.eu/knocking-on-poles-door/>; Hofmann, H. C. H. Sealed, Stamped and Delivered [online]. *Verfassungsblog*. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://verfassungsblog.de/sealed-stamped-and-delivered/>; Rule of Law. 25 retired judges of the Constitutional Tribunal appeal to PM Morawiecki to withdraw his motion in K 3/21 case [online]. *Rule of Law*. 2021 [cit. 11. 3. 2022]. <https://ruleoflaw.pl/25-retired-judges-morawiecki-k-3-21/>

⁷³ Viz např. Kühn, Z. Socialistická justice. In: Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds). *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009.

⁷⁴ Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*, s. 94.

⁷⁵ Venice Commission. *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*. Venice: European Commission for Democracy through Law, 2000, s. 20.

pravicového konzervativního populismu (respektive populistického konstitucionalismu) porušuje mravnost či jiné, identitární ústavní hodnoty.

Přímo proti opozici bude ústavní soud jednat také tehdy, pokud neposkytne ochranu individuálních základních práv v řízení o ústavní stížnosti. Stát sice v Populării nemá možnost podat ústavní stížnost, aby tak zvrátil rozhodnutí nižších soudů, v soukromoprávních sporech mezi jednotlivými členy vlády a jejich politickými oponenty či nezávislými novináři, kdy bude ve hře opoziční svoboda projevu, už ale může ústavní soud přispět k potlačení této svobody v konkrétní věci a navíc vyvolat tzv. „mrazící účinek“ („*chilling effect*“) na všechny budoucí případy.⁷⁶

Nepovede-li se přesto ve volbách zvítězit, lze ústavní soud využít při rozhodování ve volebních věcech, ať už pro zneplatnění konkrétního hlasování, volby, nebo dokonce voleb jako takových. Následné opakování hlasování či voleb může dopomoci k zvrácení prvotního nepříznivého výsledku pro populisty.

Použití této techniky může ovšem razantně snížit účinnost technik předchozích, jejichž předpoklad spočívá v alespoň určité míře autonomie a kredibility ústavního soudu. Použití přímých protiopozičních technik, zejména těch týkajících se voleb, představuje rovněž přímý útok na demokracii jako takovou a bude povětšinou znamenat překročení – dočasné či trvalé – tenké hranice mezi populistickým a autoritářským konstitucionalismem.⁷⁷

(5) Mimoprávní technika. Poslední způsob, jak využít ústavní soud, úzce souvisí především s legitimizační technikou. Na rozdíl od ní se však odehrává tzv. „*out-of-court*“. Jednotliví soudci mohou svým vystupováním ve veřejném prostoru podporovat vládní kroky a naproti tomu kritizovat opoziční postoje. Využívají přitom svého respektovaného postavení a aury nezávislého právního odborníka. Přestože jim jako ústavním soudcům nepřísluší se k politickým otázkám vyjadřovat, míra zdrženlivosti se může lišit a liší se i tam, kde ústavní soudy nejsou podřízeny vládnoucí většině.⁷⁸

Populus tak může v diskutované kauze požádat některého ze soudců ústavního soudu, aby v médiích podpořil jeho legislativní návrh kritizovaný jako protiústavní. Tak jako třeba Julia Przyłębska, již zmiňovaná předsedkyně polského Ústavního tribunálu, v červenci 2017 v televizním interview prohlásila, že kontroverzní návrh justiční reformy neohrožuje dělbu moci a naplňuje očekávání celé společnosti, přičemž současně hanila opozici za předkládání neodůvodněných názorů zahraničních pozorovatelů o porušování právního státu v Polsku⁷⁹. Ačkoliv jde zde o techniku spíše doplňkovou k ostatním, může v boji s opozičními názory hrát svou roli.

Na závěr této části přidávám tabulku, kde si čtenář může přehledně jednotlivé techniky a jejich subtypy porovnat vedle sebe.

⁷⁶ Viz Townsend, J. Freedom of Expression and the Chilling Effect. In: *The Routledge Companion to Media and Human Rights*. Routledge, 2017.

⁷⁷ Srov. Landau, D. The Myth of the Illiberal Democratic Constitution. In: *Routledge Handbook of Illiberalism*. New York: Routledge, 2021, s. 434.

⁷⁸ Viz třeba diskutované výroky předsedy českého Ústavního soudu Pavla Rychetského na adresu tehdejšího předsedy vlády Andreje Babiše ČTK. Rychetský: Nečekal jsem, že můžeme mít premiérem takovou osobu. Uzavření hranic bylo protiústavní [online]. *iROZHLAS*. 2020 [cit. 12. 3. 2022]. https://www.irozhlaz.cz/zpravy-domov/pavel-rychetsky-babis-nouzovy-stav-koronavirus_2011301008_pj.

⁷⁹ Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 82.

	Technika zneužití ústavního soudu	Podstata techniky
1.	Technika „vládneme nerušit“	ÚS neruší materiálně protiústavní akty vlády
2.	Legitimizační technika	Zvyšování legitimacy aktů skrze ústavní přezkum
	- Pasivní	Odmítání návrhů opozice na rušení vládních aktů a prohlášení je za ústavněkonformní
	- Aktivní	Populisté sami iniciují ústavní přezkum
3.	Delegační technika	Populisté delegují nechtěné kroky na ÚS
	- Vnitřní	Delegace vnitrostátních otázek s dopadem dovnitř státu
	- Vnější	Delegace kroků směřující za hranice státu s dopadem na nadnárodní scéně
4.	Přímá protiopoziční technika	Přímé útoky na opozici – její existenci, projevy či volební výsledky
5.	Mimoprávní technika	Využívání autority soudců k podpoře v médiích

Tabulka č. 1 – Pět technik zneužití ústavního soudu

Instrumentální zneužití ústavního soudu a jeho důsledky

Představené techniky, zejména jsou-li využívány společně a dlouhodobě, znamenají nikoliv jen zneužití právního konstitucionalismu, ale i hrozbu pro demokracii jako takovou, a to i když ji vnímáme jen v Schumpeterově procedurálním pojetí⁸⁰. Ovládnutí ústavního soudu totiž otevírá cestu k potlačování základních „demokratických“ práv jako práva na rovné a svobodné volby a s ní související svobodu projevu či shromažďování – ať už k tomu dojde kteroukoliv z uvedených technik⁸¹. V popsaných technikách totiž nalezneme všechny tři aspekty, které značí „umírání demokracie“, jak o tom ve své populární knize píše Steven Levitsky a Daniel Ziblatt: (1) získat rozhodčí na svou stranu; (2) vytlačit ze hřiště alespoň některé soupeřovy hvězdy (možno vnímat personálně i institucionálně) a (3) přepsat pravidla hry tak, aby jim vždy přinášela výhodu⁸². Zatímco první aspekt je předpokladem všech technik, druhý a třetí lze za instrumentálního zneužití ústavního soudu provést mnohem snadněji.

Instrumentální zacházení s ústavním soudem přitom nemusí skončit ani tehdy, kdy populisté skutečně prohrají ve volbách a přijdou o vládní moc. Nechce-li nová,

⁸⁰ Schumpeter, J. A. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper Perennial Modern Classics, 1950, s. 269.

⁸¹ Srov. Dixon, Landau. *Abusive Constitutional Borrowing*; Sadurski. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 262.

⁸² Levitsky, S., Ziblatt, D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018, s. 177.

nepopulistická vláda svolit k metodám *court-packingu*, hrozí, že jí nyní opozicí ovládaný ústavní soud bude bránit v reformách pod záminkou jejich protiústavnosti. V této souvislosti je třeba odlišit instrumentální zneužívání ústavního soudu jakožto element populistického konstitucionalismu a tzv. soudní populismus, který Mátyás Bencze ve zkratce popisuje jako způsob rozhodování soudu, který se chce zalíbit většinovému mínění veřejnosti⁸³. V soudním populismu se ale počítá se soudci nezávislími na ostatních složkách moci. Jejich rozhodování je sice ovlivněno určitými mimoprávními vlivy, nikoliv však politickým tlakem představitelů exekutivy.

Zneužívání ústavního soudu jako nástroje většiny může z dlouhodobého hlediska zapříčinit také klesající důvěru v ústavní soud i moc soudní jako celek – podobně jako tomu bylo třeba v zemích v komunistickém i postkomunistickém období⁸⁴. A zapříčinit může také nižší úroveň legislativy. Na ústavnost zákonů totiž nebudou brát ohled ani ti, kteří mají soud pod kontrolou, ani ti, kteří vědí, že se u něj ochrany nedomohou⁸⁵.

To byly negativní důsledky, ale co potenciální přínosy? Pozitivním důsledkem může být přenastavení institucionálního rámce, který bude vůči ovládnutí populisty více resistantní. Jak argumentují Arato a Cohen, ke zneužívání konstitucionalismu přichází do hry tam, kde se v liberální ústavě nachází „autoritativní potenciál“⁸⁶. Podobně Smekal, Benák a Vyhnánek ve svém článku předkládají důvody, proč lépe nastavený institucionální design českého Ústavního soudu zabránil jeho ovládnutí populisty způsobem, jakým se to stalo v sousedních zemích s podobným historicko-kulturním kontextem⁸⁷. Kromě změn, které zabraňují podřízení si ústavního soudu, mohou projevy populistického konstitucionalismu vyvolat i debaty o tom, zda právní konstitucionalismus v současné podobě opravdu představuje ten nejlepší a nedotknutelný systém⁸⁸. Normativní kritiky z řad politického či demokratického konstitucionalismu a jejich volání po širší ústavní participaci stojí za to brát v potaz i při přemýšlení o institucionálních reformách v nových i konsolidovaných demokraciích. Otázkou je, zda k takovému uvažování potřebujeme nechat projevit všechny dimenze populistického konstitucionalismu.

Závěr

V této eseji jsem se zaměřil na to, jak mohou populisté zneužívat ústavní soudy pro své účely. Ukázal jsem, že při ovládnutí těchto institucí okolností dochází k obrácení funkce ústavních soudů zcela naruby – spíše než jako strážce politických aktérů fungují jako partner pomáhající většinu takových strážců eliminovat. Ústavní soudy tak v rámci populistického konstitucionalismu plní jiné funkce než v liberálním (právním) konstitucionalismu. Slouží vládnoucí moci jako nástroj boje proti opozici.

V návaznosti na tento výchozí argument celé eseje konkrétně definuji pět možných způsobů – technik, jak lze tento nástroj využívat. Označuji je jako techniky instrumentálního

⁸³ Bencze, M. Judicial Populism and the Weberian Judge—The Strength of Judicial Resistance Against Governmental Influence in Hungary. *German Law Journal*. 2021, č. 7, s. 1294.

⁸⁴ Kühn. *The Judiciary in Illiberal States*, s. 1241.

⁸⁵ Castillo-Ortiz. *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, s. 70.

⁸⁶ Arato, Cohen. *Populism and Civil Society*, s. 180.

⁸⁷ Smekal, Benák, Vyhnánek. *Through selective activism towards greater resilience*.

⁸⁸ Landau, D. Personalism and the Trajectories of Populist Constitutions. *Annual Review of Law and Social Science*. 2020.

zneužití ústavního soudu. Jde o (1) techniku „vládneme, nerušit“, spočívající v nerušení protiústavních aktů; (2) legitimizační techniku, prostřednictvím jíž ospravedlňují populisté své kroky; (3) delegační techniku, jimiž populisté přenášejí odpovědnost za potenciálně nepopulární kroky na ústavní soud; (4) přímou protiopoziční techniku, kterou mohou populisté docílit likvidace svých protivníků; a (5) mimoprávní techniku, zahrnující využívání autority soudců v médiích. Tyto techniky nejenže selektivně, akontextuálně a proti jejich původnímu účelu zachází s institucemi a narativy právního i politického konstitucionalismu, ale zároveň představují hrozbu pro demokracii jako takovou.

Uvedené závěry představují hlavní a originální přínos tohoto textu. Jsou však především teoretické, vycházející z dosavadního empirického poznání a analytické literatury. Předmětem dalších výzkumů by proto mohlo být to, jestli se předestřené techniky ve skutečnosti projevují ve všech zemích, kde se populisté ujmou vlády, případně zda jsou některé techniky využívány více než jiné. Limity tkví samozřejmě v institucionální (ne)stejnosti systémů jednotlivých zemí, které mohou některé techniky neumožňovat, nebo naopak vytvářet prostor pro zcela nové, zde nepopsané. Oněch pět technik tak proto nemůže představovat vyčerpávající výčet. Poznatky obsažené i v tomto textu se mohou stát východiskem k úvahám o nastavení ústavních rámců tak, aby jednotlivé techniky zneužití nenastaly či aby bylo alespoň mnohem obtížnější je realizovat.

Seznam použité literatury

1. Arato, A., Cohen, J. L. *Populism and Civil Society: The Challenge to Constitutional Democracy*. New York: Oxford University Press, 2022.
2. Barber, N. W. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2018.
3. De la Baume, M., Herszenhorn, D. M. Ursula von der Leyen, Mateusz Morawiecki clash in European Parliament [online]. *POLITICO*. 19. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://www.politico.eu/article/ursula-von-der-leyen-mateusz-morawiecki-clash-rule-of-law-european-parliament/>
4. Belov, M. (ed.). *Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies: Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality*. Cambridge: Intersentia, 2021.
5. Bencze, M. Judicial Populism and the Weberian Judge—The Strength of Judicial Resistance Against Governmental Influence in Hungary. *German Law Journal*. 2021, č. 7, s. 1282–1297.
6. Bernatt, M., Ziólkowski, M. Statutory Anti-Constitutionalism. *Washington International Law Journal*. 2019, č. 2, s. 487.
7. Biernat, S., Letowska, E. This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! [online]. *Verfassungsblog*. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/>
8. Blokker, P. Populist Constitutionalism. In: Torre, C. de la *Routledge Handbook of Global Populism*. London, New York: Routledge, 2018, s. 113–128.
9. Blokker, P. Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension. *German Law Journal*. 2019, č. 3, s. 332–350.
10. Bozóki, A., Hegedűs, D. An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union. *Democratization*. 2018, č. 7, s. 1173–1189.
11. Castillo-Ortiz, P. The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. *European Constitutional Law Review*. 2019, č. 1, s. 48–72.
12. Cienski, J. The Duda in Poland [online]. *POLITICO*. 24. 5. 2015 [cit. 28. 12. 2020]. <https://www.politico.eu/article/upset-in-poland-2/>
13. Craig, P. Op-Ed: “The Rule of Law, Breach and Consequence” [online]. *EU Law Live*. 21. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://eulawlive.com/op-ed-the-rule-of-law-breach-and-consequence-by-paul-craig/>
14. Czarnota, A. Populist constitutionalism or new constitutionalism? *Krytyka Prawa*. 2019, č. 1, s. 43–55.
15. ČTK. Rychetský: Nečekal jsem, že můžeme mít premiérem takovou osobu. Uzavření hranic bylo protiústavní [online]. *iROZHLAS*. 2020 [cit. 12. 3. 2022]. https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/pavel-rychetsky-babis-nouzovy-stav-koronavirus_2011301008_pj
16. Dixon, R., Landau, D. *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2021.
17. Dobner, P., Loughlin, M. (eds). *The Twilight of Constitutionalism?*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
18. Drinóczi, T., Bień-Kacala, A. Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland. *German Law Journal*. 2019, č. 8, s. 1140–1166.

19. Fontana, D. Unbundling Populism. *UCLA Law Review*. 2018
20. Gliszczyńska-Grabias, A., Sadurski, W. The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill): 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20. *European Constitutional Law Review*. 2021, č. 1, s. 130–153.
21. Halmai, G. Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary. *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*. 2018, č. 3, s. 323–339.
22. Havlík, V. Technocratic Populism and Political Illiberalism in Central Europe. *Problems of Post-Communism*. 2019, č. 6, s. 369–384.
23. Hofmann, H. C. H. Sealed, Stamped and Delivered [online]. *Verfassungsblog*. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://verfassungsblog.de/sealed-stamped-and-delivered/>
24. Jaraczewski, J. Gazing into the Abyss [online]. *Verfassungsblog*. 2021 [cit. 11. 3. 2022]. <https://verfassungsblog.de/gazing-into-the-abyss/>
25. Kosař, D. The least accountable branch. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, č. 1, s. 234–260.
26. Kosař, D., Baroš, J., Dufek, P. The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism. *European Constitutional Law Review*. 2019, č. 3, s. 427–461.
27. Kosař, D., Šipulová, K. Court-packing aneb jak obsadit soudy svými lidmi. In: Šimíček, V. (ed.). *Nezávislost soudní moci*. Praha: Leges, 2020, s. 77–112. Teoretik.
28. Krygier, M. The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*. 2019, č. 3, s. 544–573.
29. Kublik. Kto się boi polexitu. Sondaż Ipsos dla OKO.press i „Wyborczej” [online]. *Gazeta Wyborcza*. 1. 10. 2021 [cit. 14. 11. 2021]. <https://wyborcza.pl/7,75398,27647569,ipsos-dla-ok-o-press-i-wyborczej.html>
30. Kühn, Z. Socialistická justice. In: Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds). *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 822–847.
31. Kühn, Z. The Judiciary in Illiberal States. *German Law Journal*. 2021, č. 7, s. 1231–1246.
32. Landau, D. Personalism and the Trajectories of Populist Constitutions. *Annual Review of Law and Social Science*. 2020, s. 293–309.
33. Landau, D. The Myth of the Illiberal Democratic Constitution. In: *Routledge Handbook of Illiberalism*. New York: Routledge, 2021
34. Łazowski, A., Ziółkowski, M. Knocking on Poxit's door? [online]. *CEPS*. 21. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://www.ceps.eu/knocking-on-poxits-door/>
35. Levitsky, S., Ziblatt, D. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.
36. Miecznicka, M. Polish protesters are aghast at abortion ban's moral hypocrisy [online]. . 3. 11. 2020 [cit. 6. 12. 2020]. <https://www.ft.com/content/1fc1b1b1-8b58-4bba-8f98-69317f9b98df>
37. Moustafa, T. Law and Courts in Authoritarian Regimes. *Annual Review of Law and Social Science*. 2014, č. 1, s. 281–299.
38. Mudde, C. Are populists friends or foes of constitutionalism? . 2013
39. Mudde, C. The Populist Zeitgeist. *Government and Opposition*. 2004, č. 4, s. 541–563.
40. Müller, J.-W. Populism and Constitutionalism. In: Kaltwasser, C. R. et al. (eds). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2018
41. Müller, J.-W. *What Is Populism?*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

42. PAP. Justice minister praises Polish constitution supremacy ruling [online]. *The First News*. 8. 10. 2021 [cit. 13. 11. 2021]. <https://www.thefirstnews.com/article/justice-minister-praises-polish-constitution-supremacy-ruling-25261>
43. Pech, L., Wachowiec, P., Mazur, D. Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2021, č. 1, s. 1–43.
44. Rule of Law. 25 retired judges of the Constitutional Tribunal appeal to PM Morawiecki to withdraw his motion in K 3/21 case [online]. *Rule of Law*. 2021 [cit. 11. 3. 2022]. <https://ruleoflaw.pl/25-retired-judges-morawiecki-k-3-21/>
45. Sadurski, W. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2019. Oxford Comparative Constitutionalism.
46. Sadurski, W. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Springer Netherlands, 2014.
47. Sajó, A., Uitz, R. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017. <https://oxford.universitypressscholarship.com/10.1093/oso/9780198732174.001.0001/oso-9780198732174>
48. Shapiro, M. M. *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.
49. Schumpeter, J. A. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper Perennial Modern Classics, 1950.
50. Smekal, H., Benák, J., Vyhnánek, L. Through selective activism towards greater resilience: the Czech Constitutional Court's interventions into high politics in the age of populism. *The International Journal of Human Rights*. 2021, č. 0, s. 1–22.
51. Townend, J. Freedom of Expression and the Chilling Effect. In: *The Routledge Companion to Media and Human Rights*. Routledge, 2017
52. Venice Commission. *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*. Venice: European Commission for Democracy through Law, 2000.
53. Wyrzykowski, M., Ziółkowski, M. Illiberal Constitutionalism and the Judiciary. In: *Routledge Handbook of Illiberalism*. New York: Routledge, 2021
54. Zajíčková, K. Ústavní soud prakticky znemožnil legální potraty v Polsku [online]. *Týdeník Respekt*. 2020 [cit. 6. 12. 2020]. <https://www.respekt.cz/agenda/ustavni-soud-prakticky-znemoznil-legalni-potraty-v-polsku>