

PROTO-PRÁVNÍ VZTAH: NORMATIVNÍ KOMPAS V GLOBALIZOVANÉM SVĚTĚ

George Pavlakos*

Abstrakt: V současnosti probíhající proces zintenzivňování globalizace vede k tomu, že klasické chápání mezinárodního práva je vystaveno novým výzvám. Nejenže je zpochybňován rozsah mezinárodněprávních závazků a jejich subjekty, ale celý hierarchický vztah mezi normami, které je ustavují, se stává sporným. Předkládaný článek se snaží znovu promyslet základní znaky právního vztahu, aby se pokusil navrhnout pojmový rámec pro chápání právních závazků, které přesahují sféru státu a které se ustavují napříč vnitrostátními právními řády. Článek navrhuje rekonstrukci založení právních závazků. Velmi zhruba řečeno, pokusím se zpochybnit převládající názor, že právní závazky jsou založeny na institucionálních faktech, v nichž hrají roli státy jako jejich autoři (nazvěme toto pojetí „právní vztah“). Místo toho navrhuji, že právní vztah (z pojmového hlediska) nepředstavuje konečné založení právních závazků: spíše jde dle mého názoru o to, že právní vztah získává svůj charakter díky základnějšímu vztahu, který nazývám „proto-právním vztahem“, jehož stranou nemusí být nutně stát. Proto-právní vztahy se týkají takové interakce mezi jednotlivci, která vytváří vynutitelné nároky mezi jejich stranami. V článku podrobněji vyjasňuji podmínky, za nichž určitá třída interakcí mezi osobami může produkovat tento výsledek. Ukáže se při tom zajímavý poznatek, že zatímco normy opřené o státní moc jsou dostatečné pro vynutitelnost, tyto normy nejsou nutné pro vynutitelnost, protože existuje mnoho jiných případů interakcí mezi aktéry, které jsou schopny produkovat stejné výsledky.

Klíčová slova: právo a globalizace, mezinárodněprávní závazky, vynutitelnost

ÚVOD

Zintenzivnění globalizace v posledních letech vyvolává pochybnosti o našem dosavadním chápání mezinárodního práva. Zpochybněno je nejen naše chápání rozsahu a subjektů mezinárodněprávních závazků, ale i hierarchické vztahy mezi normami, jež je spoluvytvářejí. Předkládaná studie navrhuje redefinování klíčových prvků právního vztahu a nabízí pojmový rámec pro chápání právních závazků mimo rámec státu a napříč vnitrostátními právními řády.

Druhá část studie prezentuje standardní pojetí, v němž jsou právní závazky promyšleny uvnitř rámce státní suverenity. Jako reakci na to někteří akademici navrhli revizi současného systému mezinárodního práva tak, aby mohl řešit případy, které se odehrávají mimo hranice suverénních právních řádů.¹ Na rozdíl od argumentace pro *ad hoc*

* Prof. dr. George Pavlakos, Ph.D., University of Glasgow a Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. Text vznikl za podpory grantového projektu „*Role principu proporcionality v rozhodování ústavních soudů*“ GA15-23955S. E-mail: Georgios.Pavlakos@glasgow.ac.uk. Článek představuje částí mého pojednání v knize, jež se objevila minulý rok v nakladatelství Routledge – viz PAVLAKOS, G. Transnational Legal Responsibility: Some Preliminaries. In: W. Vandenhole (ed.). *Challenging Territoriality in Human Rights Law. Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*. London – New York: Routledge, 2015, s. 136–157. Moje uznání a poděkování za znovuotištění těchto částí patří vydavateli a editorovi.

¹ Přehledově viz VANDENHOLE, W. Obligations and responsibility in a plural and diverse duty-bearer human rights régime. In: W. Vandenhole (ed.). *Challenging Territoriality in Human Rights Law. Foundational Principles for a Multi Duty-Bearer Human Rights Regime*. London – New York: Routledge, 2015, s. 115. Obecně řečeno,

revizi, která se zaměřuje na specifické výzvy transnacionálních a nadnárodních jevů, navrhuji *rekonstrukci* standardního vnímání právních závazků s cílem vytvořit jednotný pojem právních závazků, který by mohl být aplikován jak na vnitrostátní, tak na nadnárodní úrovni.

Třetí část práce se zaměřuje na detailní rekonstrukci založení právního závazku. Stručně řečeno, budu polemizovat s akceptovaným názorem, že právní závazky jsou založeny na institucionálních faktech, které se týkají států, jakožto jejich autorů (označme toto pojetí jako *právní vztah*). Místo toho navrhuji, že právní vztah, řečeno pojmově, nepředstavuje konečné založení právních závazků – spíše je to tak, že právní závazky jsou založeny na základnějším, tzv. *proto-právním* vztahu,² v nichž nutně nefigurují státy. *Proto-právní* vztahy se týkají interakcí mezi jednotlivci v tom smyslu, že vytvářejí vynutitelné nároky (*enforceable claims*) mezi svými účastníky. Současně se pokusím vyjasnit podmínky, za nichž určitá množina interakcí mezi osobami může produkovat tento výsledek. Přitom se může ukázat zajímavý jev, že zatímco normy pocházející od státu jsou dostatečnou podmínkou vynutitelnosti, tyto normy nepředstavují nutnou podmínku vynutitelnosti – existují mnohé případy interakce mezi aktéry, které jsou schopny vytvářet stejný výsledek.

1. STANDARDNÍ POJETÍ

Ve standardním pojetí jsou právní závazky (či povinnosti) založeny na faktech o státě (dále jen *fakty suverenity*³). Toto pojetí bylo primárně vytvořeno pro kontext vnitrostátního právního řádu a tvrdí, že právní povinnosti nutně potřebují ke svému vzniku jednání suverénního státu.

Klíčovým znakem standardního pojetí je, že pro existenci jakékoli právní povinnosti je nutná existence normy, která byla vytvořena nějakou státní autoritou nebo, řečeno obecněji, institucionálním aktérem. Fakty suverenity jsou tak chápány jako *podmínky existence* norem, které zakládají právní povinnosti. Tyto podmínky existence jsou dále seskupovány dohromady, aby utvořily „test rodokmenu“ (*pedigree test*), který je používán, aby posoudil existenci právních povinností u neomezeného množství případů.⁴

názor, že pro popis transnacionálních právních jevů potřebujeme nové pojmové kategorie, se zdá být rozšířeným trendem v literatuře o právu a globalizaci. Pro přehled těchto názorů z nedávné doby viz WALKER, N. *Intimations of Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

² *Proto-právní* vztah je v konečném důsledku politickým vztahem, ale termín *proto-právní* se mi jeví jako jasnější v kontextu tohoto článku. Přijetím této terminologie bych rád poukázal na to, že rozsah právních vztahů přesahuje hranice státní suverenity.

³ Tímto termínem označuji (možná poněkud zjednodušeně) jakýkoliv sociální fakt, který má původ ve státních institucích a/nebo státních aktérech.

⁴ Je zajímavé, že tento „test rodokmenu“ může podporovat monistické pojetí práva, tedy představu, že veškeré právo vychází z rysů a faktů stejného typu – faktů, které můžeme chápat jako jednoznačně definovaný soubor podmínek potřebných pro správnou aplikaci pojmu „právo“. Takový *formální* monismus však nic neříká o otázce oprávněnosti (*justification*) právního závazku. Na rozdíl od tohoto názoru je názor nastíněný v tomto článku postaven na myšlence *substantivního* (či *materiálního*) monismu, protože chápe právní závazky jako závazky založené na pevných principech spravedlnosti (jejichž součástí jsou lidská práva). Pro bližší vysvětlení myšlenky substantivního monismu viz PAVLAKOS, G. – PAUWELYN, J. *Principled Monism and the Normative Conception of Coercion under International Law*. In: M. Evans – P. Koutrakos (ed.). *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*. Oxford: Hart Publishing, 2011,

Jestliže nějaký společenský vztah nesplňuje podmínky tohoto testu, pak spadá mimo rámec právních závazků. A proto, abychom mohli posoudit, zda je nějaký aktér k něčemu oprávněn podle práva, musíme nejprve zjistit, jestli podmínky existence právního závazku byly v konkrétní situaci naplněny, a to ještě předtím, než se začneme zabývat tím, jaká jsou vzájemná práva a povinnosti mezi aktéry tohoto společenského vztahu. Jinými slovy, nikdo není považován za subjekt závazku, pokud to netvrdí nějaký fakt suverenity.

Představitelé právního pozitivismu mají tendenci řídit se těmito „testy rodokmenu“, když chtějí zachytit míru rozsahu právních povinností. Známý je např. přístup H. L. A. Harta, který identifikoval společenské pravidlo uznání (*social rule of recognition*), jež zachycuje množinu faktů o praxi veřejných činitelů (*legal officials*), přičemž toto pravidlo slouží jako podmínky (či kritéria) existence vzniku normy, která by ukládala právní povinnosti.⁵ Tyto přístupy mohou být označeny za *místně orientované* (*site-oriented*). Místně orientované přístupy dovozují z existence nenormativních faktů vznik normativních vztahů (závazků, pravomocí, svobod a možná i dovolení). Místně orientovaný přístup typicky považuje otázku po podmínkách existence právních povinností za otázku, která předchází otázce po jejich rozsahu, tedy otázce po okruhu osob, které mají nároky a povinnosti vznikající z těchto závazků.⁶ Standardní pojetí neoddělitelně spojená s fakty o státních praxích dále považují vnitrostátní právo za standardní místo, v němž vznikají právní povinnosti, přičemž nadnárodní právo zůstává zvláštní výjimkou, kterou je potřeba zvlášť vysvětlit.⁷

Zaměříme se nyní na důsledky tohoto (místně orientovaného) přístupu pro pojetí mezinárodního práva. Stručně řečeno, tímto důsledkem je maxima, že ke vzniku právních závazků je nutné, aby byly vytvořeny jednáním států – teorie, že mezinárodní právo je založeno na souhlasu států, je jen dalším důsledkem této maximy: Jestliže neexistuje žádný „superstát“, jehož instituce mohou vytvářet závazky či povinnosti, pak tyto povinnosti mohou vznikat pouze tehdy, když se k nim státy zavážou nebo s nimi jinak souhlasí. Nutnost státního jednání vede k tomu, že pokud jediný stát nemůže generovat normy, které by stanovovaly závazky, pak je to souhlas mnoha států, který je požadován ke vzniku závazků. Tento souhlas vytváří fikci, která zmírňuje absenci „superstátu“, jehož institucionální jednání by mohlo vytvořit normy zakládající závazky.

Problém však dále narůstá: Tato fikce postavená na souhlasu vede k dalšímu pojetí, že primárními adresáty nadnárodních závazků či povinností jsou státy v tom rozsahu, v jakém souhlasily s relevantními normami zakládajícími jejich závazky. Další jiné subjekty v zásadě nemohou být těmito adresáty, pokud nechceme narušit princip, že právní závazky vznikají na základě normy, která byla vytvořena v rámci suverénního státu.

s. 317; PAVLAKOS, G. *Legal Obligation in the Global Context. Some Remarks on the Boundaries and Allegiances among Persons Beyond the State. EUI Working Papers Robert Schuman Centre for Advanced Studies.* 2012, No. 16.

⁵ HART, H. L. A. *The Concept of Law.* 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁶ Srovnej se strukturálně velmi podobnou diskusí o závazcích plynoucí z distributivní spravedlnosti. Viz ABIZADEH, A. *Co-operation, Pervasive Impact and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice. Philosophy & Public Affairs.* 2007, Vol. 35, No. 4, s. 318 a 323.

⁷ Viz také diskusí v COLLINS, R. *No Longer at the Vanishing Point? International Law and the Analytical Tradition in Jurisprudence.* 2014, Vol. 5, No. 2, s. 265.

Kdybychom připustili, že i jiní aktéři než státy jsou adresáty závazků, došlo by k narušení výše zmiňované maximy – hrozilo by, že vzniknou právní vztahy, které nebudou založeny na normě vytvořené státem, což by mělo za důsledek, že by tyto vztahy existovaly mimo kontrolu států. Představme si korporátního aktéra, který by vykonával svou činnost napříč více státními územími. Pokud by tento aktér přímo zapříčinoval vznik právních závazků,⁸ pak by tyto závazky spočívaly mimo právotvorné pravomoci jednoho suverénního státu. Tím bychom se dostali na „kluzký svah“ (*slippery slope*), což by v konečném důsledku vedlo k podkopání a k potenciálnímu zrušení maximy, že právní závazky jsou založeny na faktech suverenity. Jakmile by daná maxima byla porušena, státy samy by se staly subjekty závazků či povinností, které by vznikly nezávisle na jejich souhlasu.⁹

Pro udržení této maximy by měl stát zůstat primárním zdrojem a subjektem právního závazku či povinnosti. Tato maxima má však ve své podstatě evidentně nežádoucí důsledek: zamezuje totiž nestátním aktérům stát se subjekty právních závazků mimo rámec suverénního právního řádu. Toto mohlo být přijatelné v časech, kdy byli aktéři *de facto* omezeni rámcem vnitrostátních právních řádů, ale stává se stále méně akceptovatelným ve světě, kde nestátní aktéři mají schopnost ovlivňovat (a také být ovlivňováni) mimo rámec hranic stávajících právních řádů.¹⁰

1.1 Místo versus rozsah

Aniž bychom příliš zacházeli do detailů, výše představené pojetí je standardním pojetím, z něhož vycházíme, když vytváříme z úvah o místě (*site*) odrazový můstek našich úvah o právních závazcích v mezinárodním kontextu. Navíc když tak činíme, nemůžeme nijak tomuto pojetí přizpůsobit naše intuice o chování nestátních aktérů, ledaže bychom byli ochotni provést revizi celého systému mezinárodního práva, jak ho známe. Ponechme stranou konzistenci a teoretickou koherenci – taková revize pravděpodobně tak jako tak narazí na odpor zastánců standardního pojetí právního závazku. Proč, namítali by, vytvářet pojetí či model oddělující fungování právního závazku na transnacionální a vnitrostátní úrovni?

Rád bych představil způsob, který řeší tuto domnělou slepou uličku. Na začátku je třeba zamyslet se nad tím, zda rozsah (*scope*) závazku učiníme závislým na místě, anebo

⁸ K tomu, aby korporátní aktér zapříčinil vznik právních závazků či povinností přímo, nestačí, že je povinnost uložena jedním či více vnitrostátními právními řády, jak se to děje v případě státu, který vykonává extraterritoriální regulaci (např. *US Alien Tort Act*). Spíše je to tak, že povinnosti vznikají přímo tehdy, když jsou založeny na vztazích mezi korporátním aktérem a jinými aktéry. Naproti tomu extraterritoriální regulace vede podle mého pojetí k nepřímému vzniku povinností, protože fakty suverenity figurují mezi jejich podmínkami existence (srov. také analýzu *proto-právního* vztahu v části 2.1 tohoto článku). Děkuji anonymnímu recenzentovi za to, že mi pomohl rozpracovat tento bod mé úvahy.

⁹ Ke stejnému narušení maximy dojde, když je jakýkoliv jiný nestátní aktér připuštěn do tohoto pojetí, např. když jsou jednotlivci učiněni subjekty mezinárodního práva mimo působení suverénního právního řádu.

¹⁰ Ačkoliv má tvrzení o standardním pojetí se vztahují primárně k právním subjektům v transnacionálních kontextech, toto pojetí se příliš neliší od situací uvnitř vnitrostátního práva, protože i tady se nestátní aktéři stávají subjekty pouze tehdy, když existuje státem vytvořené pravidlo, jež z nich tyto subjekty dělá. V konečném důsledku moje analýza chápe standardní pojetí jako to, které funguje ve vnitrostátním i transnacionálním kontextu, protože ke vzniku jakéhokoliv právního závazku je třeba, aby splnil „test rodokmenu“, který zase vychází z toho, že jsou naplněny nějaké fakty suverenity. V důsledku toho je suverénní stát jediným, kdo má schopnost učinit z aktérů subjekty závazků (srov. diskuzi v části 1).

naopak. Standardní pojetí, v němž je rozsah závazku určen místem, vyžaduje silný předpoklad, který ale není nijak samozřejmý. Pokud bychom pro začátek předpokládali, že místo opravdu determinuje rozsah, pak by rozsah právního závazku opravdu koincidoval s jeho místem. Tato teze o vztahu místa a rozsahu (*sitescope thesis*) je považována ve standardním pojetí za pojmovou pravdu, tedy za výrok, který je pravdivý v závislosti na svém významu.¹¹ Nicméně tato teze o vztahu místa a rozsahu má velmi daleko k tomu být pojmovou pravdou – spíše jde o empirické tvrzení, které vyžaduje specifické argumenty k tomu, abychom je mohli uznat za pravdivé.¹²

Oproti tomu existují dobré důvody pro to, abychom začali zkoumání právních závazků na straně jejich *rozsahu* (*scope*).¹³ A to již není pojmová, ale empirická otázka, jestli dva či více aktérů jsou ve vztahu závazku, který není vyčerpán tím, že existuje nějaký prvek či fakt (nebo množina prvků či faktů) státní praxe, jak jsme se s tím setkali výše. Znovuotevření vztahu mezi místem a rozsahem naznačuje, že místo nepředstavuje podmínky existence právního závazku, ale pouze *pomocné či instrumentální podmínky* takového závazku – poukazuje to na skutečnost, že tyto fakty jsou v konkrétním kontextu podmínkou pro nejvýznamnější normativní závazky mezi aktéry.¹⁴ Místo závazku jako takové by ukazovalo na všechna (institucionální) uspořádání, která musí být vzata v úvahu, aby vznikl závazek, spolu se zajištěním splnění závazku, a nepředstavovalo by podmínky samotné existence závazku. Tato záměna priorit mezi místem a rozsahem ve prospěch rozsahu reflektuje daleko přesněji fakt, že není žádná jednoduchá „cesta“ od místa k rozsahu, protože zodpovězení otázky po tom, jak místo přispívá konkrétnímu závazku, závisí na vyslovení předchozího normativního soudu o rozsahu závazku. Takovéto pojetí je mimo jiné více v souladu s našimi intuicemi, které nám říkají, že otázka po závazcích je otázkou „praktickou“, a že tedy její zodpovězení nemá záviset na nějakých vlastnostech, které jsou na aktérech nezávislé, ale naopak na relevantních úvahách aktérů samotných o tom, co je dovoleno činit ve vztahu k dopadům našeho jednání na ostatní.

Existuje ještě další důvod, proč pochybovat o prioritě místa před rozsahem – fenomény nedávné doby, které obvykle nazýváme „globalizace“, posilují naši intuici, že je stále obtížnější formalizovat založení právních závazků jako množinu kritérií, která by byla schopna generovat nějaký invariantní vzorec determinující, co lze považovat za místo právního závazku. To se ukazuje velmi pěkně ve vztahu k názorům, které státy považují za primární místo vzniku právních závazků. Tyto názory, které mají obvykle svůj původ

¹¹ Podobně jako výrok „*starý mládenec je neženatý muž*“.

¹² Za to, že činím rozdíl mezi místem a rozsahem, a za to, že zpochybňuji primární postavení místa, vděčím zcela A. Abizadehovi – viz ABIZADEH, A. Co-operation, Pervasive Impact and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice. *Philosophy & Public Affairs*. 2007, Vol. 35, No. 4, s. 318. Abizadeh pojednává o místě a rozsahu v kontextu závazků podle distributivní spravedlnosti, ale jeho úvahy se vztahují, *mutatis mutandis*, na jakékoli závazky spravedlnosti. Kromě argumentů předložených Abizadehem se ještě nabízí argument, že odvozovat z reálných míst závěry pro potenciální rozsahy závazků může vést k obvinění z tzv. naturalistického omylu (*naturalistic fallacy*), neboli omylu spočívajícím v odvozování normativních pravd z čistě deskriptivních vět.

¹³ Rozsah závazku zde neodkazuje k otázce, jestli právo obsahuje jenom negativní, ale navíc i pozitivní povinnosti, ale k otázce po okruhu aktérů, kteří jsou zavázáni. Použití termínu v tomto významu je známo z politické filozofie, srov. ABIZADEH, A. Co-operation, Pervasive Impact and Coercion.

¹⁴ *Ibidem*, s. 322–340.

v tradici právního pozitivismu, považují fakty o státní praxi (např. fakty o souhlasu) za fakty, které náležejí k množině existenčních podmínek, jež určují „test rodokmenu“ pro právní závazky. Avšak, jak tvrdí třeba Mattias Risse, když diskutuje závazky spravedlnosti „*v době, kdy státy tvoří světovou scénu provázanou celou sítí smluv a globálních institucí, filozofové se musí zabývat nejen otázkou, zda a jak je státní moc ospravedlněna v očích těch, kdo jsou jí podřízeni, ale především otázkou, zda a jak může být ospravedlněn globální politický a ekonomický řád, který zahrnuje mnoho států a globálních institucí, z pohledu těch, kdo jsou mu podřízeni. A ve světě, kde jsou nejpodstatnější nerovnosti patrné nikoli uvnitř států, ale mezi nimi, filozofové musí také rozšířit své tázání po spravedlnosti a ptát se nikoli pouze na to, co představuje spravedlivé rozdělování uvnitř státu, ale především se ptát, co představuje spravedlivé rozdělování na globální úrovni.*“¹⁵

Zaměňme slovo „spravedlnost“ za sousloví „právní závazek“ a ukáže se nám klíčový bod společný pro závazky podle práva a podle spravedlnosti, konkrétně to, že zaměření se na fakty o suverenitě nemohou vysvětlit závazky na mezinárodní úrovni.

Přístup, který je orientován na rozsah závazku (*scope-oriented*), nebere v úvahu, kdo je aktérem (*actor-insensitive*), a naopak bere v úvahu možné poškození jednoho aktéra druhým aktérem (*wrongdoing-sensitive*). Nebere v úvahu, kdo je aktérem, v tom smyslu, že nevychází z toho, že aktéři jsou předem dáni, ale vychází naopak z toho, že aktéři jsou determinováni charakterem závazku, o který jde. Oproti tomu bere v úvahu možná poškození aktérů, protože při identifikaci toho, co zakládá právní závazek, se zaměřuje na principy, jejichž cílem je usnadnit interakci mezi aktéry tak, aby mezi nimi nedošlo k žádnému poškození. V tomto smyslu toto pojetí považuje právní závazky za normativní omezení (*normative constraints*), která zabraňují tomu, aby došlo k poškození aktérů v jejich vzájemné interakci.

2. REKONSTRUKCE

Výše jsem ukázal, že standardní pojetí uvažuje tak, že místo suverenity determinuje obsah a rozsah právního závazku. Právní závazky vznikají pouze na základě faktů o vytvoření pravidel prostřednictvím státu. Toto pojetí bere v úvahu aktéry (je *actor-sensitive*) v tom smyslu, že předpokládá konkrétního aktéra (stát) jako toho, kdo zakládá právní závazky.

Tento místně orientovaný (*site-oriented*) přístup, který bere v úvahu, kdo je aktérem (*actor-sensitive*), vede k určitému pojetí *právního vztahu*, neboli, jinak řečeno, k určitému druhu vztahu, v němž musí být aktéři, aby mohl právní závazek vůbec vzniknout. Řečeno konkrétně, standardní pojetí předpokládá, že dva či více aktérů mohou být v právním vztahu pouze tehdy, když existuje nějaká norma, jejíž původ může být zpětně odvozen od nějakého faktu suverenity.¹⁶ Jinými slovy, místo právního závazku (fakty suverenity) určuje jeho rozsah (množinu aktérů, kteří jsou v právním vztahu).

¹⁵ RISSE, M. *Introducing Pluralist Internationalism – An Alternative Approach to Questions of Global Justice*. 2013. Online článek dostupný na autorově webové stránce: <<http://www.hks.harvard.edu/fs/mrisse/Papers/Current%20Research/IntroducingPluralistInternationalismWZBJuly2013.pdf>>.

¹⁶ Fakty suverenity zahrnují fakty o vyjádření vůle státu tak jako v případě mezinárodních smluv a všeobecnějších dohod. Děkuji anonymnímu recenzentovi za poukaz na tento fakt.

Výsledkem tohoto standardního pojetí je situace, v níž se stát stává nejen tím, kdo konstituuje právní vztah, ale i tím (což může znít poněkud překvapivě), kdo je hlavním subjektem tohoto vztahu. Ve vnitrostátním právním systému je zde samozřejmě pluralita nestátních aktérů, kteří jsou subjekty práva. Ale pokud si položíme otázku, „kdo je považován za subjekt práva?“, dostaneme odpověď, že je to ten, kdo je subjektem právního vztahu, přičemž tento právní vztah je pochopen v rámci faktů suverenity.¹⁷ Důsledkem tohoto pojetí v transnacionálním a mezinárodním kontextu je podmínka souhlasu.¹⁸

V následující části bych rád provedl konkrétní kroky k oddělení otázky po *rozsahu právního vztahu* od otázky po *místě právního závazku*. Budu argumentovat tak, že ten druh vztahu, který vede ke vzniku závazku toho typu, který obvykle považujeme za právní, je vztahem, který může a musí být chápán odděleně od faktů o místě právního závazku, alespoň v té míře, v níž je toto místo vnímáno v souladu se standardním pojetím. Abych zdůraznil rozdíl od standardního pojetí, budu označovat daný vztah jako *proto-právní* a budu argumentovat tak, že, pojmově řečeno, tento vztah je základnější než *právní vztah*, pokud jde o založení právních závazků.¹⁹

2.1 Proto-právní vztah

Nějaký vztah budu označovat za *proto-právní*, pokud bude vznikat mezi aktéry nezávisle na faktech suverenity.²⁰ Za důležité přitom považuji zdůraznit to, že *proto-právní* vztah je schopen založit závazky, které s právními závazky sdílejí jednu klíčovou vlastnost, a to vlastnost *vynutitelnosti* (*enforceability*). Nejdříve se budu věnovat tomu, co činí z nějakého vztahu vztah *proto-právní*, a následně navrhu způsob, jak chápat vlastnost vynutitelnosti.

Za prvé je třeba říci, že *proto-právní* vztahy vznikají pomocí schémat jednání, která zahrnují dva či více jednotlivců (*společná schémata jednání, joint patterns of action*). Taková schémata jednání jsou v našich životech všudypřítomná – počínaje vařením nebo společným přemísťováním těžkého stolu, přes vybudování hráze, jež zamezí zaplavení, až k plánování hospodářství našeho společenství se my všichni stáváme subjekty takovýchto schémat. Příznačné je, že procesy, které obvykle označujeme jako procesy globalizace, již *vytvořily* mnoho nových případů společných schémat jednání a tím typicky rozšířily okruh aktérů, kteří se na nich podílejí – mateřské společnosti zakládají dceřiné společnosti na mnoha vzdálených místech, které pak vstupují do interakce s místními populacemi pomocí mnoha komplikovaných společných schémat jednání; imigrační

¹⁷ Ačkoliv by nebylo přesné říci, že hlavním subjektem vnitrostátních právních vztahů je stát, s tím související myšlenka by mohla obstát, totiž ta, že povinnost vytvářet normativní vztahy mezi nestátními subjekty je pouze povinností, kterou stát ukládá sám sobě. V tomto smyslu je primárním subjektem vnitrostátního práva stát: stát ukládá sám sobě povinnost regulovat vztahy jiných nestátních aktérů v rámci svého teritoria tím, že vytváří normy vytvářející normativní vztahy (kromě závazků za ně považují ještě pravomoci, svobody a zřejmě také dovolení).

¹⁸ Viz část 1.1 výše.

¹⁹ Protože tento vztah vytváří stejný druh právních závazků, jaké jsou připisovány právnímu vztahu, ale činí tak bez nutnosti referovat k institucionálním právním faktům.

²⁰ Jasněji řečeno – fakty suverenity nejsou *nutné* k tomu, aby vznikl *proto-právní* vztah, ačkoliv jejich existence může odůvodnit *proto-právní* vztah (jinými slovy, jsou *dostatečnou* podmínkou pro vznik *proto-právního* vztahu).

politiky zakládají nová schémata jednání, která ovlivňují to, jak vykonávají své volby (*choices*) cizí populace atd. To, co považují za globalizaci za zvláště důležité, je, že „zkracuje“ vzdálenost mezi aktéry, a tak podstatně přispívá k přeměně různých voleb a jednání, které by dříve byly „jednostranné“, na případy společných schémat jednání. To znamená, že globalizace zintenzivnila společná schémata jednání, a to nejen těch, která by byla založena na nějaké sdílené intenci stran, které se jich účastní (jako v našem příkladu vaření), ale kromě toho i schémata, která pojí dohromady jednání aktérů, kteří nesdílejí tutéž intenci, a to v případě, že jednání jednoho aktéra má vliv na chování jiného aktéra.²¹

Co je důležitým normativním důsledkem výskytu těchto schémat? Společná schémata jednání nastolují normativní omezení chování těch, kteří se jich účastní. Jde přitom o omezení, která jsou založena na tom, co je dovoleno pro jednání každé strany uvnitř společného schématu. To se děje u obou typů společných schémat jednání – jak u těch, která jsou založena na sdílené intenci aktérů, tak na těch (a to je zajímavější), která na ni založena nejsou. V tomto smyslu omezení (či lépe vymezení) toho, co je dovoleno, se stává součástí *normativní struktury* společných schémat jednání, nebo ji dokonce i konstituují.²² Dříve, než se pokusím o podrobnější formulaci vymezení toho, co je dovoleno, dovolu mi nejdříve podívat se blíže na úspěšné i patologické případy společných schémat jednání.²³

V lepším (úspěšném) případě se společné schéma projeví jako *výměna (exchange)* mezi stranami. To zhruba znamená, že se každá ze stran zapojí do schématu z důvodů, které jsou nezávislé na tom, co dělají či říkají jiné strany, nebo na tom, jaké jsou jejich motivy.²⁴ V průběhu výměny si strany zapojené do společného schématu navzájem pomohou uskutečnit důvody, které nezávisle na sobě mají. Podívejme se např. na společné jednání: „*Vy mne odvezete na nádraží, já Vám zaplatím za jízdu*“, kterého se často účast-

²¹ Pro standardní model společných schémat jednání založený na sdílených intencích viz práci Michaela Bratmana (BRATMAN, M. *Intention, Plans, and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; BRATMAN, M. *Intention, Practical Rationality, and Self-Governance*. *Ethics*. 2009, Vol. 119, s. 411). Pro důležitou aplikaci tohoto modelu v oblasti práva viz SHAPIRO, S. *Legality*. Harvard University Press, 2011. Model, který jsem nastínil v tomto textu, pokládá myšlenku sdílené intence za nedostačující pro definování společného jednání.

²² Ačkoli to nemohu na tomto místě probrat podrobněji, je nutné poznamenat, že normativní struktura je sama založena na autonomii aktérů, kteří se podílejí na společném schématu jednání. Samotná existence společného „podniku“ (*joint undertaking*), který bude mít vzájemný dopad na jednání zúčastněných stran, vede k tomu, že aktéři budou odpovědní vůči ostatním z hlediska poskytování důvodů – budou tedy muset ospravedlňovat své jednání. V tomto smyslu musí aktéři přijmout perspektivu ospravedlňování z hlediska druhé osoby (*second-personal structure*), neboli měli by přihlížet k důvodům druhého nebo je respektovat, což v konečném důsledku znamená, že mají směřovat ke vzájemné pomoci s naplněním důvodů, které nezávisle na sobě mají. Jinými slovy, výsledkem společného „podniku“ má být spolupráce či výměna (*exchange*), nikoli donucení. Pro přístupy, které považují autonomii za základ společných schémat jednání v právu a politice, viz FORST, R. *The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach*. *Ethics*. 2010, Vol. 120, No. 4, s. 711; MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²³ Nedospěl bych k tomuto pojetí nebýt práce A. J. Juliuse. Viz JULIUS, A. J. *The Possibility of Exchange*. *Politics, Philosophy & Economics*. 2013, Vol. 12, No. 4, s. 361; JULIUS, A. J. *Reconstruction*. 7. 12. 2013. Dostupné z: <<http://www.ajjulius.net/reconstruction.pdf>>. Dosud nepublikovaná kniha představena na *3rd Jurisprudence Seminar @ The Center for Law and Cosmopolitan Values, University of Antwerp*, kdy komentátory byli David Estlund, Japa Pallikkathayil a Thomas Scanlon.

²⁴ JULIUS, A. J., op. cit.

níme, když si objednáme taxi. Pasažér a řidič se tady spolupodílejí na společném jednání („*Vy řídíte..., já platím jízdné*“) z důvodů, které má každý z nich nezávisle na tom, co říká a dělá ten druhý.²⁵ Bohužel, takové situace se vyskytují méně často, než bychom si přáli.

V horším (patologickém) případě společné schéma nevede k výměně a naopak vede k nějakému druhu vykořisťování nebo donucení (*coercion*) – jasným případem by mohlo být třeba schéma („*Vy mne odvezete..., já Vás nezastřelím*“). Ale můžeme uvést i jiné, komplikovanější případy „kolapsu“ do vykořisťování či donucení, když např. řidič řídí vůz taxi pro majitele taxislužby, který jej vykořisťuje. Tady společné jednání mezi majitelem a řidičem může získat formu „*Vy budete řídit taxi 15 hodin denně, z čehož odevzdáte výdělek mně, já Vás nechám jezdit další 3 hodiny pro Váš osobní výdělek*“. O vykořisťování jde proto, že řidič nemá žádný nezávislý důvod pro vykonávání své části společného schématu (to, aby jezdil s vozem taxislužby 15 hodin pro jinou osobu) kromě faktu, že majitel taxislužby určil takovou podmínku řidiči za účelem jeho osobního výdělku. Hrubším případem zneužívání je vydírání: když šéf řekne zaměstnanci: „*Vy se mnou budete mít pohlavní styk, já Vás povýším*“. Tomuto schématu chybí nezávislé ospravedlnění ve vztahu k zaměstnanci, který je donucen vykonat svou část jednání, protože tímto vykonáním zaměstnavatel podmínil vykonání své části jednání.

Takovéto případy vykořisťování se vyskytují často v praktikách nadnárodních korporací, které neustále mění své standardy fungování v závislosti na místě výkonu svých činností. Konkrétně na rozvíjejícím se Jihu korporace často nutí zaměstnance pracovat v politováníhodných podmínkách využívající fakt, že jejich živobytí závisí na těchto korporacích. Uvažte případ, kde nadnárodní korporace nebo její dceřiná společnost je jediným zaměstnavatelem v dané oblasti. Většina místních obyvatel je odkázána na tuto korporaci, aby měla z čeho žít. Korporace se třeba také zbavuje odpadu u pramenu jediného zdroje pitné vody. Zároveň se dává slyšet, že kdokoliv si bude stěžovat, ztratí práci. Většina zaměstnanců nepromluví kvůli strachu ze ztráty práce. Jakkoli extrémní se to může zdát, náš příklad není jen hypotetický, poukážeme-li na nedávná tvrzení zaměstnanců, kteří byli nuceni pracovat v žalostných podmínkách textilního podniku v Bangladéši.²⁶

Patologie donucení či vykořisťování přispívá k pochopení toho, proč jsou významná vymezení toho, co je dovoleno (*constraints of permissibility*) v kontextu společných schémat jednání. Společná schémata jednání totiž uspějí (v tom smyslu, že se stanou výměnami) tehdy a jen tehdy, když nepovedou k donucení či vykořisťování žádné ze stran účastníků se jednání.²⁷ Naopak případy donucení či vykořisťování jsou považovány za příklady poškozování (*wrongdoing*).²⁸ Pro účely této diskuze můžeme poškozující

²⁵ Tyto důvody se dají vysvětlit buď odkazem na reciproční sliby aktérů (smlouva), nebo, na hlubší rovině, odkazem na důvody, které předcházejí aktu slibu (můj důvod je jet do místa X; řidičovým důvodem je zajistit si živobytí atp.).

²⁶ Poté, co se zřítla budova Rana Plaza (2013) a zemřely tisíce dělníků, vyšetřovací komise dospěla k závěru, že zaměstnanci jsou často zastrašováni, aby neodhalovali své podmínky. Za tento příklad a za zpětnou vazbu vděčím Tamo Atabongawungovi.

²⁷ Julius dále vyžaduje, aby tato schémata pomáhala uskutečňovat důvody účastníků; viz JULIUS, A. J., op. cit. Pro účely tohoto článku se však netřeba zabývat touto silnější podmínkou pro úspěšná společná schémata jednání.

²⁸ Připomeňme si, že zde představený přístup bere v úvahu možná poškození (je *wrongdoing-sensitive*) právě z tohoto důvodu. Viz předchozí část tohoto článku.

jednání přijatelným způsobem chápat pomocí ideje omezení svobody (*hindrance of freedom*).²⁹ V tomto smyslu donucující či vykořisťující schémata omezují svobodu donucovaného a neberou v potaz nezávislé důvody donucovaného pro to, aby se schématu účastnil.

To, jestli se v nějakém případě jedná o omezení svobody, záleží na tom, jakou má v dané situaci donucovaný možnost rozhodovat se o své účasti na společném schématu na základě svých důvodů. Proto je omezením svobody jakákoliv manipulace toho, kdo donucuje („donucovatele“), s prostředím nebo jakýkoliv jiný zásah, kterým se mění důvody donucovaného způsobem, jenž donucovanému brání jednat dle jeho skutečných důvodů.³⁰ Pokud korporace vnutí svým zaměstnancům vykořisťovatelské podmínky nebo jinak donucuje ty, kteří žijí v prostředí, v němž je tato korporace činná, takové jednání bude omezením svobody a porušením vymezení toho, co je v daném společném schématu jednání dovoleno.³¹

Je vhodné postavit ideu omezení svobody do protikladu k podmínce značné a asymetrické moci, která je často používána právníky v oblasti mezinárodních lidských práv k tomu, aby rozšířili mezinárodní lidskoprávní závazky i na nestátní aktéry. Tento argument velice zhruba říká, že sféra mezinárodních lidskoprávních závazků by měla být rozšířena i na nestátní aktéry právě proto, že tito požívají ve vztazích s jednotlivci značnou a asymetrickou moc srovnatelnou s mocí států.³² Vysvětlení „značné a asymetrické moci“ pomocí pojmu poškozujícího jednání má jednoznačnou výhodu: umožňuje pochopit významný normativní vztah mezi aktéry bez toho, aby byly brány v úvahu specifické vlastnosti jednoho z aktérů (tj. státu). Toto vysvětlení nám tak může pomoci uvědomit si, že závazky vznikající mezi různými aktéry jsou odvozeny od *normativní významnosti jejich interakcí*, a nikoli od určitých vlastností, které mají státy.

Nejdůležitějším normativním důsledkem vymezení toho, co je dovoleno, je požadavek, aby společná schémata jednání vedla k tomu, že každý aktér bude jednat konzistentně s jednáním ostatních.³³ To se děje tehdy, když schémata jednání usnadňují výměnu a naopak zabraňují donucení či vykořisťování. Schémata, která usnadňují výměnu, tak činí díky některým svým vlastnostem (tzv. usnadňující vlastnosti). Tyto usnadňující

²⁹ Poškozující jednání je často definováno pomocí újmy (viz například tzv. *Maastrichtské principy o extraterritoriálních povinnostech států v oblasti ekonomických, sociálních a kulturních právu*). Protože tato definice vychází ze standardního chápání újmy jako úbytku blaha (*welfare*), měli bychom k ní přistupovat obezřetně. Poškozující jednání plně neodpovídá konceptu úbytku prospěchu, protože poškozující jednání míří i na případy zásahů do svobody/autonomie, jež neznamenají žádnou ztrátu blaha (tzv. případy poškozujícího jednání, které nevede k újmě: například pokud se zmocním vašeho auta bez vašeho svolení, poškodím je a následně je nahradím lepším, stejně vás tím poškodím). Viz vynikající diskuzi o relevantních konceptuálních rozdílech RIPSTEIN, A. *Force and Freedom*. Harvard University Press, 2009, s. 42–50.

³⁰ JULIUS, A. J. *Reconstruction*.

³¹ Specifičtější aspekt poškozování se týká různých druhů prostředků, jež každý z nás používá pro dosažení svých cílů. Použití materiálních zdrojů musí být v souladu s takovými podmínkami, které zaručují, že kupříkladu použití movitostí a pozemků neomezují svobodu jiných. Zejména Kant věří, že jakékoliv jednostranné použití majetku, které není založeno na veřejně vyhlášených pravidlech, je považováno za poškozující. Pro podrobnou diskuzi viz RIPSTEIN, A. *Force and Freedom*.

³² Tím, že mají vliv na lidské a jiné zdroje podobné těm, kterými disponují státy.

³³ Samozřejmě, že existuje třída společných schémat jednání, u nichž vymezení toho, co je dovoleno, hraje jen malou, nebo dokonce žádnou roli. Tyto případy zahrnují porušení *de minimis* nebo speciální vztahy, v jejichž rámci je omezení svobody odůvodněno jistými robustními morálními důvody (zvláštní vztahy např. uvnitř rodiny nebo související s členstvím v klubech).

vlastnosti mohou být formulovány pomocí obecných principů generujících závazky, které jsou podobné těm, s nimiž se setkáváme u lidských práv a u dalších zásad spravedlnosti. Podstatné je, že tyto závazky jsou společně sdíleny každým, kdo se účastní daných schémat.

V tuto chvíli bych rád vyjádřil jeden předběžný závěr: tvrdil jsem, že *proto-právní* vztah náleží ke společným schématům jednání v tom smyslu, že aktivuje vymezení toho, co je dovoleno.³⁴ Normativní prostředí *proto-právních* vztahů zakládá obecné principy stanovující závazky či povinnosti, které jsou společně sdíleny každým aktérem, který se účastní společných schémat jednání tohoto typu. Pokud je můj přístup správný, pak se zdá, že něco jako *proto-právní* vztahy splňuje požadavky pro to, co jsem dříve označil jako *právní vztah*, aniž by k tomu bylo potřeba brát v úvahu nějaká institucionální fakta určitého druhu. To, že se soustředíme na *proto-právní* vztahy, nás také odvádí mimo rámec místně orientovaného zkoumání, které je nerozlučně spjata s fakty suverenity. Místo toho vystupuje do popředí samotný normativní vztah mezi aktéry, nikoliv sociální fakty určující jednu verzi daného vztahu (tj. uvnitř státu a jeho práva). Tento přístup by v posledku umožňoval i závěr, že společná schémata jednání *plus* vymezení toho, co je dovoleno (tj. klíčové složky „*proto-legality*“) jsou schopny samy založit závazky, jejichž obsah a normativní síla není nepodobná těm závazkům, jež běžně označujeme jako „právní“. To by nám umožnilo uvidět všechny další případy interakce, které mohou generovat právní závazky, což je něco, co nám bylo dlouho skryto proto, že jsme věnovali příliš pozornosti standardnímu pojetí, v němž je právní závazek spojen s jedním specifickým místem. Tím, že jsme oddělili obsah významného normativního vztahu od testu předem přijímaného kritéria místa, nám „*proto-legality*“ pomáhá rekonstruovat normativní prostor, který je tak důležitý v nadnárodních kontextech a který je také těmito kontexty tvořen.

Zastavme se na chvíli u těchto strukturálních podobností mezi *proto-právním* a právním vztahem předtím, než se budeme věnovat vlastnosti vynutitelnosti, o níž se domnívám, že je základní vlastností závazků, které jsou založeny jak právními, tak *proto-právními* vztahy. Jak známo, Kant považoval příklady poškozování v interakci mezi aktéry za opak *právního stavu* (*rightful condition*, *rechtliche Zustand*) jakožto stavu umožňujícího každému aktérovi jednat konzistentně s jednáním kohokoliv jiného.³⁵ Když ponecháme stranou mnohé detaily, Kant považoval právní stav za možný pouze v rámci systému veřejně autorizovaných norem, které mohou existovat jen jako součást pozitivního právního řádu. Právní normy, jež jsou vybaveny sankcemi, mají schopnost „omezit omezení svobody“ a tak napravit případy poškozování a obnovit právní stav. Pomineme-li další podrobnosti kantovského pojetí, ukazuje se, že to, co jsem označil za *proto-právní* vztahy, vede přesně k tomu, co Kant označuje jako právní stav. Je to proto, že *proto-právní* vztah vykazuje stejnou normativní strukturu, jako je struktura právního stavu, jež umožňuje každému aktérovi jednat konzistentně s jednáním kohokoliv jiného. Znamená to tedy,

³⁴ Taková vymezení toho, co je dovoleno, zahrnují jednak závazky lidskoprávního charakteru, jednak závazky plynoucí z distributivní spravedlnosti. Formulace musí zůstat obecná, aby zachytila jakýkoliv princip ukládající povinnost, který sleduje umožnění výměny a/nebo znemožnění vykořisťování.

³⁵ Viz KANT, I. The Doctrine of Right. Part I of the Metaphysics of Morals. In: M. Gregor (ed.). *Practical Philosophy*. Cambridge University Press, 1996; a také velice poučný přehled v první kapitole díla RIPSTEIN, A. *Force and Freedom*, s. 1–29.

že závazky vycházející z *proto-právních* vztahů jsou právními v tom smyslu, že mají stejné znaky jako závazky, které máme v právním stavu?

Opatrný kantovec by se proti takovému ztotožnění mohl ohradit nejspíše ze dvou důvodů: Za prvé, mohl by tvrdit, že závazky v právním stavu vznikají pouze v důsledku *veřejně* („*všestranně*“, *omnilaterally*) *autorizovaných* norem, které jsou obsaženy v pravidlech pozitivního práva.³⁶ Pokud by tato námitka byla správná, pak by zničila zde představené pojetí, protože by znovu učinila státní instituce podmínkou pro vznik těch závazků, o něž mi jde. Druhá námitka je odlišná, ale souvisí s tou první: nic nemůže být nazýváno právním závazkem, pokud to není zároveň vybaveno vynucením. Proto i kdyby bylo možné uvažovat o *proto-právních* vztazích jako o zdroji veřejných či „*všestranných*“ závazků, tyto závazky by nebyly závazky právního stavu. V konečném důsledku by tvrdě formulovaná námitka zněla, že právní závazky vyžadují existenci států a jejich institucí.

Odpovědět na námitku o veřejné autorizaci představuje výzvu. Úvodem je nutno říci, že pro Kanta veřejná či „*všestranná*“ autorizace nijak nesouvisí s demokracií. Jde mu spíše o to, aby normy vedoucí ke vzniku závazků nebyly produktem žádného jednostranného jednání individuálního aktéra, protože jinak by ve své jednostrannosti představovaly nedovolené omezení ostatních. Zda vlastnost veřejnosti implikuje partikulární typ instituce (tj. stát) je jinou otázkou, která nemůže být vyřešena poukazem na veřejnost samotnou, přinejmenším ne v rozsahu, v němž pojem veřejnosti není výsledkem demokratické autorizace. Struktura *proto-právních* vztahů, jak byla vysvětlena výše, si však umí poradit s požadavkem „*všestranné*“ autorizace bez toho, aby potřebovala poukazovat na stát: Viděli jsme, že *takový* vztah zakládá obecné principy, v nichž se rýsují obecné vlastnosti společných schémat jednání usnadňujících vzájemně konzistentní jednání. Tyto principy způsobují to, že když aktéři jednají uvnitř společného schématu jednání, jednají zároveň na základě důvodů, které sami sdílejí, a tak je výsledkem jejich jednání spíše výměna, než vykořisťování či donucení. V tomto smyslu závazky, které s sebou nesou principy usnadňující výměnu, mají za cíl být „*všestranně*“ autorizovány, protože mají za cíl zabránit poškozujícímu jednání. Ačkoli přesná povaha této „*všestranné*“ autorizace musí být hlouběji propracována, zde stačí poukázat na to, že povaha takové autorizace není nijak v rozporu se strukturou *proto-právního* vztahu.

Druhá námitka je silnější, ale snad právě proto i snadněji vyvratitelná: ve zkratce říká, že žádný závazek nemůže být právní, pokud není spojen s vynucením. Domnívám se, že tento názor spočívá v nedorozumění, které vysvětlím v následující části článku.³⁷ Velice stručně řečeno, jde o to, že *proto-právní* vztahy mají s právem společnou vlastnost, která je mnohem významnější, než je vynucení, a to je vlastnost vynutitelnosti. Budu tvrdit, že vynutitelnost je odlišná od vynucení a je podstatnější i základnější vlastností právního závazku než je vynucení. Je podstatnější v tom rozsahu, v jakém splňuje podmínky požadované právním stavem, pokud jde o založení právních závazků. Naopak vynucení nehraje žádnou roli v založení právních závazků a pouze k nim přidává různé faktické způsoby pro realizaci vynutitelných závazků. Vynucení si však nadále zachovává normativní význam, který však lze plně postřehnout pouze ve světle normativního významu vynutitelnosti.

³⁶ Pro myšlenku všeobecné (všestranné, omnilaterální) autorizace viz RIPSTEIN, A. *Force and Freedom*, s. 148–159.

³⁷ Část 2.2 tohoto článku.

2.2 Vynutitelnost a vynucení

Nyní budu argumentovat tak, že klíčovým prvkem závazků založených *proto-právními* vztahy je vynutitelnost. Níže jsem tvrdil, že *proto-právní* vztah zakládá principy, které zajišťují obecné vlastnosti společných schémat jednání, jež pomáhají osobám jednat konzistentně s jednáními druhých. Dále jsem tvrdil, že tyto principy obsahují závazky, které jsou společně sdíleny každým, kdo jedná uvnitř společných schémat jednání. Nyní se pokusím vysvětlit další tvrzení o těchto závazcích, a to tvrzení, že jsou vynutitelné. Následně se pokusím vysvětlit, že stejnou vlastnost vynutitelnosti mají i závazky v právním stavu, což jsou standardní případy právních závazků. To mi pomůže k závěru, že *proto-právní* závazky se velmi podobají závazkům v právním stavu. Na závěr připojím několik poznámek o významu vynucení.

Proto-právní vztahy jsou vynutitelné v tom smyslu, že ten, kdo je donucován („donucovaný“), má nárok vůči tomu, kdo donucuje („donucovatel“) na to, aby donucovatel respektoval relevantní průběh jednání, nebo aby vykonal nějaké jiné jednání (či zdržení se jednání) v případě, že tento průběh nerespektoval. Nárok (či subjektivní právo) donucovaného je součástí obsahu (či významu) závazku, který představuje argument, na základě něhož vzniká autorizace či způsobilost požadovat po donucovateli, aby vykonal to, co ukládá závazek. To znamená, že přesný obsah jakéhokoliv takového závazku vykonat F je „máš vykonat F a můžeš být přiměn (*can be made to*) k vykonání F“. Např. předpokládejme, že někomu něco slíbují (nebo, v širším slova smyslu, vykonávám nějakou jinou výměnu, v níž hraje roli ujištění) a v kontextu tohoto slibu sdělím nepravdivou informaci – např. sdělím Marii, že může zítra použít moje auto, aby mohla vyzvednout přítele na letišti, ale ve skutečnosti dám své auto k dispozici Janovi. Můj závazek vůči Marii je vynutitelný, protože součástí jeho obsahu je to, že k jeho splnění mohu být přiměn, a to nezávisle na tom, jestli k tomu směřoval můj motiv (*intence atd.*) nebo ne.³⁸ Podobně jednání korporací může vytvořit vynutitelné závazky bez ohledu na to, zda ve skutečnosti existuje mechanismus vynucení. Zatímco teoretik, uvažující v rámci výše představeného standardního pojetí, bude namítat, že pokud neexistuje mechanismus pro vynucení, znamená to, že takové povinnosti jsou nevynutitelné, mezi jinými teoretiky se vynořuje konsenzus o tom, že tomu tak není.³⁹

Je možné tvrdit, že právě takto vypadají i závazky v právním stavu. Právní stav plní velmi podobnou roli jako *proto-právní* vztahy, protože má za cíl usnadnit to, aby jed-

³⁸ Je užitečné dát tento příklad do kontrastu s čistě morálním nevynutitelným závazkem: vezměme si například obecný závazek nelhat a představme si, že se před někým chlubím, že jsem prominentní osobou, např. že si tykám s prezidentem Obamou. Pokud se ukáže, že lžu, tato osoba o mně může smýšlet špatně nebo si může vytvořit negativní soud o mém charakteru, ale nelze tvrdit, že by měla nárok požadovat, abych svou lež odvolal nebo abych jí jinak odškodnil za to, že jsem jí lhal. Proto vynutitelnost odlišuje dané společné závazky od jiných morálních závazků, které jsou na základní úrovni pouze jednostranně zavazující.

³⁹ Tato argumentace je rozvíjena ve vztahu k závaznosti *ius cogens* a jeho dopadu na určení rozsahu závazků v mezinárodním právu. Souhrnně tato argumentace tvrdí, že kogentní normy určují obsah a rozsah mezinárodněprávních závazků bez ohledu na to, zda aktéři s těmito normami souhlasí, a bez ohledu na jakékoli institucionální jednání týkající se platnosti nebo vynucení takových norem. Srovnej DWORKIN, R. A. *New Philosophy for International Law. Philosophy and Public Affairs*. 2013, Vol. 41, No. 1, s. 2; ATABONGAWUNG, T. *Diamonds, Corporate Responsibility and International Law. Case Study: Antwerp Diamond Sector*. (disertační práce) University of Antwerp, 2014, kde je důraz kladen na otázky odpovědnosti korporací v transnacionálních vztazích.

nání osob bylo konzistentní s jednáními ostatních.⁴⁰ V právním stavu formulují právní normy schémata jednání, která regulují jednání každého takovým způsobem, aby byla konzistentní s jednáním každé druhé osoby, což je velmi podobné tomu, jak taková schémata vytvářejí i *proto-právní* vztahy. Klíčový je přitom ten fakt, že to, co vytváří vynutitelnost ve striktně právním smyslu (tedy právní stav), není možnost vynucení, která je spojena s institucionálními normami, ale samotná normativní struktura vztahu, který se týká aktérů: vynutitelnost je nedílnou součástí jakéhokoli společného schématu, jehož cílem je pomoci aktérům zapojit se do konzistentního vzoru *koincidujícího* (*souhlasného*?) jednání. Protože v každém takovém vzoru jsou důvody pro jednání odděleny od toho, co má ve své vlastní dispozici každý z aktérů zvlášť, a místo toho se stávají předmětem normativních omezení, která určují, které jednání je konzistentní s jednáním jakékoli druhé osoby.⁴¹

Všimněme si něčeho, co na první pohled může vypadat jako paradox: to, co se považuje uvnitř nějakého společného schématu jednání za důvody, které mám já (a nikoli pouze za „reakce“ na donucující kroky ostatních), není nakonec určováno mnou samotným, ale schématem, jehož se účastním. O žádný paradox ale ve skutečnosti nejde, protože jednat (jakožto součást společného schématu) z důvodů, které „mám já“, ještě neznamena, že důvody, které jsem si pro své jednání zvolil, jsou zcela a pouze jenom „v mé moci“. Důvody, které mám, jsou důvody, které *smím* mít (ve smyslu důvodů, které jsou mi dovoleny); a já smím mít pouze ty důvody, které mé jednání činí vzájemně konzistentním (*compossible*) s jednáním ostatních, nebo jinak dovolené. Ukazuje se, že takové důvody jsou určeny principy, které udávají obecné znaky společného schématu vzájemně konzistentního jednání.

Tento způsob chápání vynutitelných závazků užitečným způsobem osvětluje jeden ze znaků práva, který je často vyjádřen tak, že právo má za cíl regulovat pouze *vnější chování* (*external conduct*), zatímco vnitřní přesvědčení aktérů do oblasti práva nespádají. Kdybychom regulaci „vnějšího chování“ mysleli pouze to, že právo lidem ukládá povinnosti bez ohledu na důvody, které tito lidé mají, pak by sice právo dosahovalo konzistence jednání, ale nemělo by za cíl výměnu (*exchange*). Takováto interpretace, ať už je jakkoli v souladu se standardním pojetím právních závazků, zcela jasně a zásadně nesplňuje standard, který požaduje *právní stav*. Abychom tedy mohli interpretovat tvrzení, že právo reguluje „vnější chování“, v souladu s požadavkem právního stavu, musíme interpretovat právní vztahy jako vztahy *proto-právní*, tedy jako vynutitelné závazky, které mají za cíl zajistit společná schémata jednání, pomocí nichž je dosahováno vzájemné konzistentnosti jednání. Teprve nyní je tvrzení o tom, že právo reguluje vnější chování, opravdu jasné: v *proto-právních* vztazích nejsou důvody aktérů a závazky, které pro ně plynou ze společných schémat, odděleny. Aktéři jsou společně zavázáni jednat ve schématech

⁴⁰ Viz část 1.1 tohoto článku.

⁴¹ Vztah vynutitelnosti k vynucení může být vhodně vysvětlen takto: Vynutitelnost je vlastností těch závazků, které mohou legitimně být předmětem vynucení prováděného pomocí donucení (*coercive enforcement*). Důležité je však to, že existence těchto závazků nezávisí na dostupnosti vynucení, ale že tyto závazky existují dříve, než jsou „vybaveny“ vynucením. Jinými slovy, „vynutitelnost“ odkazuje ke struktuře určitého druhu závazků mezi osobami, zatímco „vynucení“ popisuje (donucovací) akt, který přiměje aktéry, aby splnili to, co po nich požaduje určité schéma jednání.

vnějšího chování, které zajišťují konzistentnost jednání. Tato schémata jsou jejich důvody a v tomto smyslu jde o vnější důvody.⁴²

Z tohoto důvodu jsou jakékoli závazky, které vznikají z *proto-právních* vztahů, již „jednou nohou“ ve sféře práva, protože mají stejnou vlastnost vynutitelnosti, jakou mají závazky právní. Jak jsem již uvedl výše, klíčovým znakem vynutitelnosti je to, že součástí obsahu závazku je samotná autorizace požadovat po aktérovi chování, které je v souladu se závazkem. Jestliže je předchozí analýza správná, pak neexistuje žádný samostatný znak právního závazku či jeho „právního charakteru“, který by odlišoval právní závazky od ostatních vynutitelných závazků. Každé pojetí, které by chtělo vysvětlit právní charakter závazku, by muselo nejdříve ukázat jeho vynutitelnost ještě před tím, než by vysvětlilo jeho právní charakter. Pokud je však tato posloupnost vysvětlování správná, pak se samotný „právní charakter“ ocitá na „kluzkém svahu“, protože je velmi obtížné znovu vysvětlovat „právní charakter“ poukazem na fakta (včetně faktů vynutitelnosti) o státě a jeho institucích.

2.3 Role vynucení

Ukazuje se, že *proto-právní* vztah může sám o sobě založit vlastnost vynutitelnosti, která je pravděpodobně klíčovou vlastností právních závazků. Tento závěr jsem dokazoval ve dvou krocích: nejdříve jsem ukázal, že cílem právního vztahu, jakožto vztahu, který zakládá právní závazky, je zajistit dosažení právního stavu; poté jsem ukázal, že právní stav je v podstatě totožný s *proto-právním* vztahem. Pokud tento závěr platí, pak představuje silný argument proti jakémukoli názoru, který chce právní závazky chápat jako nějaký zvláštní druh vynutitelných závazků. Tyto názory se přitom typicky zaměřují na vynucení (či sankce), aby právě ve vynucení našli to, co odlišuje právní závazky od jiných vynutitelných závazků.

Prozatím budu předpokládat, že moje dosavadní argumentace dostatečně vyvrací tyto názory a místo detailnější argumentace se pokusím prozkoumat funkci a roli vynucení ve vztahu k vynutitelným závazkům. Ačkoli moje pojetí ukazuje, že vynucení nehraje žádnou zvláštní roli v založení (jakýchkoli) vynutitelných závazků, přesto považuje vynucení za něco, co je normativně významné ve vztahu k vynutitelným závazkům, i když jsou tyto založeny nezávisle na vynucení. Je zajímavé, že role vynucení, kterou hodlám nastínit, není omezena jen na některé vynutitelné závazky. Vzhledem k tomu, že jsem argumentoval proti jakémukoli zásadnímu rozdílu mezi právními závazky a jakýmikoli jinými vynutitelnými závazky, budu tvrdit, že vynucení (ať již jím myslíme cokoli) je normativně významné pro veškeré vynutitelné závazky.⁴³

⁴² Viz pokus formulovat tento argument v kontextu Kantovy právní filozofie v PAVLAKOS, G. Coercion and the Grounds of Legal Obligation: Arthur Ripstein's Force and Freedom. *Jurisprudence*. 2010, Vol. 1, No. 2, s. 305; PAVLAKOS, G. Why is Willing Irrelevant to the Grounding of (Any) Obligation? Remarks on Arthur Ripstein's Conception of Omni-lateral Willing. In: S. Kisilevsky – M. J. Stone (eds). *Freedom and Force: Essays on Kant's Legal Philosophy*. Hart Publishing, 2016 (v tisku).

⁴³ Zde je na místě upozornit, že pro některé vynutitelné závazky může být nevhodné zavést vynucení. Představte si například schéma společné snahy o přesunutí těžkého objektu (např. velkého stolu). I když v tomto případě existuje vynutitelný závazek, bylo by zbytečné argumentovat pro zavedení vynucovacího mechanismu – alespoň pokud nejde o nic závažného.

Vztah spojující závazky a jejich vynutitelnost musí být striktně oddělen od vynucení (ať už aktuálního či potenciálního v rámci nějakého institucionálního kontextu). Protože fakta vynucení nejsou konstitutivní pro *proto-právní* vztahy, nemohou být ani konstitutivní pro závazky, které z něj vyplývají. Přesto však vynucení zůstává normativně relevantní v následujícím smyslu: *proto-právní* vztah ve snaze nastolit právní stav nemůže být postaven na jednostranném zavedení vynutitelných závazků. Jinými slovy, *proto-právní* vztah je obtížně slučitelný s představou, že by sami aktéři na sebe brali úlohu vynucovat tyto závazky. Takové jednostranné vynucování by znemožnilo ustavení schématu, v němž by aktéři jednali konzistentně s jednáním kohokoli jiného, což je přesně to, co vyžaduje právní stav. Místo toho by mělo být vynucování svěřeno do rukou nějakého institucionálního uspořádání, které by tvořilo veřejné či „všestranné“ schéma pro realizaci relevantních vynutitelných závazků. V souladu s tím se pak požadavek po veřejnosti vynucení stává vlastně součástí obsahu principů, které formulují obecné vlastnosti společného schématu, které má zajistit konzistentnost mezi jednáními různých aktérů.

Zatímco požadavek veřejnosti na první pohled vede k představě, že vynucování bude provádět stát, nic nebrání tomu, aby se vynucování zhostilo i jiné institucionální uspořádání. V tomto smyslu je vhodné přijmout jistou míru *pluralismu*: je možné si představit, že veřejné/„všestranné“ instituce nestátní povahy (ať již nadstátní nebo „podstátní“) se mohou zhostit úlohy vynucování. Různé součásti stávajícího mezinárodního právního řádu je možné kombinovat, aby řešily případy poškozování (*wrongdoing*), které probíhají napříč stávajícími vnitrostátními právními řády.⁴⁴

A nakonec vstupuje do hry ještě jeden aspekt normativní významnosti donucení: protože veřejné či „všestranné“ donucení je závazkem založeným na principech, které určují schéma pro konzistentnost v jednání, dalo by se snadno tvrdit, že aktéři účastníci se na takovém schématu na sebe berou sekundární závazky zavést takové instituce, které jsou schopny vynutit závazky vycházející z těchto principů.⁴⁵ Všimněme si však, že je to opět síla vynutitelných závazků plynoucích z *proto-právního* vztahu, co slouží jako vysvětlení těchto sekundárních závazků k založení vynucujících institucí, a nikoli obráceně.

⁴⁴ Kombinování vynucovacích mechanismů různých institucionálních řádů je dobře patrné např. na strategii odůvodnění Evropského soudního dvora v případě T-315/01 *Kadi v. Council and Commission* [2005] ECR II-3649. Další příklady a užitečné srovnání je možné nalézt v PAVLAKOS, G. – PAUWELYN, J. *Principled Monism and the Normative Conception of Coercion under International Law*.

⁴⁵ Na tomto místě je možná užitečné srovnání s Kantovým závazkem vstoupit do právního stavu: Jak známo, Kant tvrdil, že každý v přirozeném stavu má povinnost či závazek (a to vynutitelný závazek) vstoupit do právního stavu. Tato formulace by mohla vést k nedorozumění, že tato Kantova povinnost se pouze soustřeďuje na zavedení institucionálního mechanismu vynucení. Pojetí, které představuje tento článek, však toto nedorozumění vyvrací: Kantova povinnost vstoupit do právního stavu je vysvětlena jako suma všech povinností, které jsou generovány principy, jež formulují obecné znaky právního stavu (tedy společné schéma jednání, jehož cílem je zajistit konzistentnost v jednáních různých aktérů). V souladu s tímto pojetím se stáváme subjektem těchto principů kdykoli, když se zapojíme do společných schémat jednání, protože tato schémata aktivují vymezení toho, co je v našem jednání dovoleno. Proto vynucení nepřináší nic „navíc“ pro podmínky existence právního stavu. Povinnost či závazek zavést vhodný vynucovací mechanismus je prostě jen jednou z mnoha dalších podmínek právního stavu a navíc má pouze instrumentální charakter.

LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV EU JAKO NÁSTROJ BUDOVÁNÍ SOCIÁLNÍHO MODELU EU?

Václav Šmejkal*

Abstrakt: V době schvalování Lisabonské smlouvy vyvolávala právní závaznost Listiny základních práv EU obavy i naděje, a to zejména kvůli začlenění řady sociálních práv do jejího reformulovaného textu. S odstupem téměř sedmi let od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost je již možné s využitím post-lisabonské judikatury Soudního dvora EU a hodnotit, zda se Listina stala nástrojem budování sociální, respektive sociálně-tržní EU či nikoli. Výsledek takto zaměřené analýzy ústí spíše do skepse ohledně významu Listiny pro sociální reorientaci EU. Vzhledem k ne zcela jasnému rozsahu použití Listiny, omezenému horizontálnímu účinku jejích ustanovení a zejména limitovaným pravomocem EU v sociální oblasti nepřinesla Listina žádný zásadní posun oproti období, kdy byla jen nezávaznou deklarací a Soudní dvůr používal některá její ustanovení jako vyjádření obecných právních zásad EU.

Klíčová slova: Listina základních práv EU, sociální práva, pravomoci EU, Soudní dvůr EU

ÚVOD

Od prosince 2009 má EU právně závazný psaný katalog základních práv, Listinu základních práv EU (dále LZPEU). Má stejnou právní sílu jako Smlouvy (čl. 6 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii – dále SEU) a je tedy součástí primárního práva EU, kterému se musí dostat na základě principu aplikační přednosti práva EU prioritního užití při střetu s právem členského státu. Protože LZPEU obsahuje zejména v Hlavě IV, nazvané Solidarita, řadu práv vysloveně sociálních,¹ nabízí se otázka, zda toto silné zakotvení sociálních práv může položit základ konvergence národních sociálních modelů, politik a systémů sociální ochrany a přispět tak zásadním způsobem k formování společného sociálního modelu EU. Je-li zde jednotný katalog práv, patřící svébytnému právnímu řádu EU, rozvíjenému, interpretovanému a vynucovanému orgány EU, bylo by – alespoň na první pohled – překvapivé, pokud by se v nějaké míře takový efekt nedostavil.

Odstup téměř sedmi let od účinnosti Lisabonské smlouvy a postupná akumulace judikatury Soudního dvora EU (dále SDEU) obsahující odkaz na sociální ustanovení LZPEU i každoroční bilance aplikace LZPEU ve zprávách Komise² již poskytují půdu pro zvážení, zda lze na společný sociální model skrze působení LZPEU vůbec pomýšlet. S touto

* JUDr. Václav Šmejkal, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a ŠKODA AUTO Vysoká škola, o.p.s. E-mail: smejkalvaclav@gmail.com. Tato studie byla zpracována v rámci projektu podporovaného GA ČR, registrační číslo projektu 14-23623S.

¹ Začlenění sociálních práv mezi základní (lidská) práva není v současnosti specifikou EU, jejich zásadní odlišení od základních práv občanských a politických odmítá i OSN. Viz např. *Fact sheet No. 33. Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights*. OFFICE OF THE UNITED NATION. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2008, s. 8. V odborné literatuře se však nadále vedou diskuse o tom, která přesně sociální práva je třeba chránit jako práva základní. Srov. MANTOUVALOU, V. Are Labour Rights Human Rights? *UCL Labour Rights Institute On-line Working Papers*, XI/2012.

² Od roku 2010 vydává Evropská komise obsáhlé výroční zprávy *Annual Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm>.

ambicí se bude následující text věnovat nejprve stručnému nástinu sociálních záměrů Lisabonské smlouvy a také sociálnímu obsahu LZPEU, poté rozsahu věcné a osobní použitelnosti LZPEU, dále pak způsobu, jakým jsou SDEU vnímána a prosazována sociální práva. To vše s úmyslem pokusit se v závěru odpovědět na otázku, zda díky LZPEU dochází k formování určitého evropského sociálního modelu.

Pro jasnost dalšího výkladu je třeba osvětlit užívání adjektiva „sociální“, ať již ve spojení sociální politika či sociální práva. V obecně přijímaném významu by totiž zahrnovalo pouze opatření, jimiž se společnost rozhodla zabezpečit jednotlivce před nejčastějšími životními riziky (nemoc, úraz, stáří, nezaměstnanost, ztráta živitele apod.).³ V žargonu EU⁴ je však v souladu se záběrem Hlavy X Smlouvy o fungování Evropské unie (dále SFEU), nazvané „Sociální politika“, pod stejné adjektivum (dle čl. 151–153 SFEU) běžně zahrnována problematika podpory zaměstnanosti, zlepšování životních a pracovních podmínek, přiměřené sociální ochrany, sociálního dialogu, rozvoje lidských zdrojů za účelem trvale vysoké zaměstnanosti a boje proti sociálnímu vyloučení. To znamená, že sociální politika EU v tomto širokém vymezení přesahuje „otázku sociální“ a sahá přes podporu zaměstnanosti a pracovních právních ochrany ke kolektivní obraně práv pracujících, dále k rekvalifikaci a profesní přípravě, až po rovné zacházení a nediskriminaci.

1. LISABONSKÁ SMLOUVA A SOCIÁLNÍ REORIENTACE EU

Evropská integrace byla od svého počátku charakteristická určitou „ústavní asymetrií“.⁵ Její zakladatelský kompromis spočíval mj. i na oddělení kompetencí v oblasti liberalizace obchodu a podnikání, které byly svěřeny orgánům integrace, od kompetencí v oblasti sociálního smíru a blahobytu, jež si podržely členské státy.⁶ Integrace měla postupně vyrovnávat hospodářské rozdíly mezi členskými státy, jimž zůstal úkol vytvářet domácí společenský konsensus ohledně míry a způsobů tlumení sociálních externalit skrze redistribuci bohatství produkovaného ekonomickou expanzí na společném trhu. Pokud se EU v sociální oblasti až do 80. let 20. století něčemu věnovala, byla to opatření nutná k zajištění sociálního zabezpečení migrujících pracovníků a osob samostatně výdělečně činných (nařízení 1408/71) a k harmonizaci sociálních povinností zaměstnavatelů tam, kde by bez společného standardu bylo deformováno soutěžní prostředí (směrnice 75/129 o hromadném propouštění, směrnice 77/187 o zachování nároků zaměstnanců při pře-

³ Srov. např. HENNION-MORAU, S. *Principes communautaires et droit de la protection sociale*. In: P. Hassen-teufel – S. Hennion-Moreau (ed.). *Concurrence et protection sociale en Europe*. Rennes: Presse universitaires de Rennes, 2004, s. 41.

⁴ Obdobnou pojmovou „extenzi“ lze nalézt i v tradiční judikatuře SDEU: srov. rozhodnutí C-84/94 *Spojené království v. Rada*, ECLI:EU:C:1996:431, odst. 15, kde se Soudní dvůr vyslovil pro širokou interpretaci pojmu „pracovní podmínky“.

⁵ VERSCHUEREN, H. *The European Internal Market and the Competition between Workers*. *European Labour Law Journal*. 2015, Vol. 6, No. 2, s. 131. Jiní autoři hovoří o „očividném sociálním minimalismu“ původního EHS. Srov. Schütze, R. *European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 816.

⁶ Při jednání o Římské smlouvě údajně Francouzi v sociální otázce ustoupili Němcům, na jejichž straně zejména ministr hospodářství L. Erhard vystupoval neústupně proti tomu, aby „společný trh měl i sociální dimenzi“. Srov. GRASS, E. *L'Europe sociale*. Paris: La Documentation française, 2013, s. 7. V čl. 177 Římská Smlouva o EHS sice zmiňovala zlepšování pracovních a životních podmínek a předvíдалa i jistou harmonizaci sociálních systémů, avšak bez svěřeni jakýchkoli specifických legislativních kompetencí EHS.

vodu podnikání, směrnice 80/987 o ochraně zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele).

Vývoj integrace k většímu zdůraznění sociálních aspektů nabral tempo až v době přechodu integrace od společného k vnitřnímu trhu, tj. při odstraňování i netarifních bariér pohybu a zintenzivnění konkurence díky uvolňování pohybu služeb a přesunů výroby i sídel dříve národně ukotvených firem.⁷ Tuto etapu je možné datovat od nástupu J. Delorse do čela Komise (1985), kdy byli zástupci sociálních partnerů pozváni k jednáním o programu vnitřního trhu, a symbolicky pak od přijetí nezávazné Charty Společenství základních sociálních práv pracovníků v prosinci 1989. Následovaly novely smluvního základu integrace z Maastrichtu (s připojeným Protokolem o sociální politice), Amsterdamu (začlenění Protokolu do Hlavy XI Smlouvy o sociální politice, všeobecném a odborném vzdělávání a mládeži) a Nice, až dospěl integrační proces na počátku nového tisíciletí do stavu, kdy se v článku I-3 návrhu Smlouvy o Ústavě poprvé objevil cíl vysoce konkurenceschopné sociálně tržní ekonomiky směřující k plné zaměstnanosti a společenskému pokroku. V této době se již EU snažila – i v perspektivě blížícího se „východního“ rozšíření – o to, aby nedocházelo k neférové soutěži a sociálnímu dumpingu mezi členskými státy s rozdílnou mírou ochrany pracujících. Charakteristickými opatřeními tohoto období proto jsou směrnice 93/104 o délce pracovní doby, směrnice 94/45 o evropské radě zaměstnanců nebo směrnice 96/71 o vysílání pracovníků, jakož i směrnice harmonizující ochranu zaměstnankyň v době těhotenství, nárok na rodičovskou dovolenou, nebo práva zaměstnanců na částečný úvazek.

Ani toto úsilí však nepřineslo obrat k „sociální Evropě“. Vedle obtížného dohadování členských států o přenosu nových kompetencí na úroveň EU to lze připsat na vrub pro-tržnímu optimismu neoliberálních let konce minulého století. I hladké rozšíření o bývalé státy východního bloku vyžadovalo nelpět na společném zvyšování sociálních standardů v EU.⁸ V době vyjednávání a ratifikace Lisabonské smlouvy se tak EU utkávala se sociálními problémy nového kalibru. Pokračující liberalizace a deregulace dorazila do sektorů, kde dříve fungovaly uzavřené národní systémy veřejných nákupů a veřejných služeb. Do přeshraniční konkurence se začaly více zapojovat subjekty z nových členských zemí s výrazně nižší absolutní hladinou mezd i sociálních nákladů zaměstnavatele. Nová konkurence i hrozba delokalizace výroby dostaly pod tlak sociální standardy zemí západní Evropy. Zejména ty systémy, které úpravu vztahů mezi zaměstnavateli a zaměstnanci nechávaly na kolektivním vyjednávání, se ukázaly náchylné ke střetu se svobodami vnitřního trhu EU. V kvartetu známých rozhodnutí SDEU z tohoto období (C-438/05 *Viking Line*, C-341/05 *Laval un Partneri*, C-346/06 *Rüffert*, C-319/06 *Komise proti Lucembursku*) musely ke zděšení západoevropských odborů a levicových sil kolektivní sociální práva ustoupit zákazu neodůvodněného a nepřiměřeného omezování volného pohybu.

Kulminací tohoto tlaku přinesla krize hospodářské a měnové unie EU, v níž po bezprecedentní sanaci bankovního sektoru orgány EU (respektive „Troika“ unijních a mezinárodních institucí) zachraňovaly účast nejzadluženějších zemí v projektu jednotné

⁷ Nástin etapizace vývoje sociální politiky EU srov. DE WITTE, F. The Architecture of a 'Social Market Economy'. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 13/2015.

⁸ GRASS, E. *L'Europe Sociale*. Paris: La Documentation française, 2013, s. 11. Stojí mj. za povšimnutí, že tzv. Kodaňská kritéria, formulovaná Evropskou radou v červnu 1993, jako specifické podmínky připravenosti uchazečů na členství EU neobsahovala dosažení určitého standardu sociálních práv či sociální ochrany.

měny politikou úspor vynucující radikální omezení sociálních jistot. Sociální dimenze EU prošla čímsi na způsob „neoliberální modernizace“,⁹ v níž byl národně definovaný zájem na zachování sociálních práv a blahobytu nucen ustoupit naléhavě potřebě zachování jednotné měny EU.¹⁰ Sám předseda Evropské komise J.-C. Juncker přiznal ve svém prvním vystoupení před Evropským parlamentem, že v opatřeních přijatých v době krize „absentovala sociální spravedlnost“.¹¹

V tomto kontextu zní až paradoxně, jak velké naděje vzbuzovala po svém podpisu (2007) u evropské levice Lisabonská smlouva, jejíž sociální inovace měly otevírat „možnosti pro budoucí strategický rozvoj sociální Evropy“.¹² Byl do ní z návrhu Smlouvy o Ústavě pro Evropu překopírován cíl sociálně-tržního hospodářství s plnou zaměstnaností a v Preambuli členské státy znovu zdůraznily svou oddanost základním sociálním právům, jak jsou vymezena v Evropské sociální chartě z roku 1961 a v Chartě Společenství základních sociálních práv pracovníků z roku 1989. Pojem „sociální“ se v textu SEU a SFEU objevil celkem 167krát. Význam byl přikládán zejména nové horizontální sociální klauzuli článku 9 SFEU o povinnosti EU přihlížet k požadavkům vysoké úrovně zaměstnanosti, přiměřené sociální ochrany, boji proti sociálnímu vyloučení atd. při vymezování a provádění všech svých politik, a vedle ní právě závaznosti LZPEU. Ta měla stvrdit, že „ochrana základních práv je úhelným kamenem konstrukce EU a esenciální komponentou dalšího rozvoje nadnárodního prostoru svobody, bezpečnosti a práva v Evropě“.¹³

V již vzpomenuté Hlavě IV (Solidarita) obsahuje LZPEU ze široce chápaných sociálních práv výslovně právo pracovníka na informace v podniku, na kolektivní vyjednávání a akce, na přístup ke službám zaměstnanosti, na ochranu v případě neoprávněného propouštění, na slušné a spravedlivé pracovní podmínky, na rodinný a pracovní život, na sociální zabezpečení a sociální pomoc, ochranu zdraví a přístup ke službám obecného hospodářského zájmu. Do této Hlavy se dostal i zákaz dětské práce a ochrana mládeže při práci. Již v Hlavě II (Svobody) LZPEU je obsaženo právo na vzdělání, právo svobodné volby povolání, právo pracovat a také sdružovat se v odborech na ochranu svých zájmů. Do Hlavy III (Rovnost) pak byla včleněna rovnost mužů a žen (v zaměstnání, práci a v odměně za práci), práva starších osob a osob se zdravotním postižením.

Do takto rozsáhlého katalogu sociálních práv LZPEU však nebyla zařazena některá práva obsažená v Evropské sociální chartě a Chartě Společenství základních sociálních práv pracovníků. Zvláště nápadné je úplné pomínutí práva zaměstnanců na spravedlivou odměnu za práci, tj. práva, které je součástí i Všeobecné deklarace lidských práv, Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech OSN a nechybí ani v řadě národních ústavních listin.¹⁴ Na oblast odměňování samozřejmě dopadá

⁹ MISIR, T. The Struggle against Neoliberal Austerity and the Survival of the European Project. *EUC Working Paper*, No. 4, 2011.

¹⁰ BRUUN, N. – LORCHER, K. – SCHOMANN, I. (ed.). *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 37–39.

¹¹ BARNARD, C. How to Make EU Social Policy Live Up to its Name. *Social Europe*. 8 October 2015.

¹² ŠPIDLA, V. Social Aspects of the Lisbon Treaty. *Speech in the European Parliament*, Brussels, 29 April 2009.

¹³ FERRARO, F. – CARON, J. Fundamental Rights in the European Union. The role of the Charter after the Lisbon Treaty. *European Parliamentary Research Service*. March 2015, s. 3.

¹⁴ Srov. EUROPEAN PARLIAMENT, Directorate General for Research. *Working Paper PE 168.629: Fundamental Social Rights*. Europe Social Affairs Series, 2000; rovněž WINTR, J. – ANTOŠ, M. (ed.) *Sociální práva*. Praha: Leges, 2011, s. 105 an.

unijní zákaz diskriminace a současně lze spekulovat o tom, že právo na spravedlivou odměnu spadá pod extenzivně interpretované „*slušné a spravedlivé pracovní podmínky*“ čl. 31 LZPEU. Realita je ovšem taková, že již na konci 90. let, kdy se rodil text LZPEU, nebyla politická vůle otázku odměňování pracovníků, patřící i dnes výlučně do kompetence členských států (viz čl. 153 odst. 5 SFEU), mezi v ní uvedená práva zahrnout.¹⁵ Znění Protokolu č. 30 ke Smlouvám, kde si zejména Velká Británie prosadila omezení přímé aplikovatelnosti práv z Hlavy IV (Solidarita) LZPEU na svém území, vysvětluje dostatečně výmluvně, proč nebylo možné rozšířit katalog sociálních práv v době jednání o Lisabonské smlouvě.¹⁶

Z druhé strany je dobré připomenout, že již v předlisabonském období SDEU pracoval s řadou sociálních práv jako s obecnými zásadami práva EU, tj. postuloval jejich status součásti primárního práva EU i bez toho, aby bylo nutné čekat na souhlas členských států s právní závazností LZPEU. V široce diskutovaných rozhodnutích ve věcech C-144/04 *Mangold* a C-555/07 *Kücükdeveci* „uznal“ SDEU základní právo nediskriminace na základě věku vynutitelné i v horizontálním vztahu mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem.¹⁷ Již v 80. a 90. letech však SDEU přiznal váhu obecné zásady právní¹⁸ rovněž právu na svobodu podnikání a volbu povolání,¹⁹ na účast v odborech,²⁰ na kolektivní vyjednávání²¹ a dokonce i kolektivní akci,²² nebo také právu na svobodu vyjadřování na pracovišti.²³ Ani v post-lisabonském období se SDEU nemusí cítit LZPEU omezován v nalézání nových sociálních práv jako obecných zásad právních Unie, např. proto, že mu vyplynou z ústavních tradic společných členských států EU, jak mu to umožňuje čl. 6 odst. 3 SEU.

Přes nepochybné posílení sociálních akcentů v Lisabonské smlouvě by však bylo již na první pohled přehnaně optimistické očekávat, že závaznost LZPEU a případný aktivismus SDEU povedou k hladkému naplnění ideálu sociální či sociálně-tržní Evropy. Než bude podrobněji pojednáno přímo o limitech použitelnosti LZPEU, stojí za stručnou zmínku následující limitující okolnosti.

Je třeba zdůraznit, že EU funguje na bázi svěřených pravomocí a sociální cíle uvedené v jejích úvodních ustanoveních automaticky neimplikují odpovídající pravomoc EU, není-li jí tato členskými státy svěřena v dalších ustanoveních Smluv. A právě v sociální oblasti je i po Lisabonu Smlouva na pravomoci EU dosti skoupá. Za účelem dosažení

¹⁵ HERVEY, T. K. – KENNER, J. (ed.). *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2003, s. 54–55.

¹⁶ Je možné poukázat i na „lisabonské“ doplnění původního textu LZPEU z Nice (dokument 2000/C 364/01) v čl. 52, jehož nový odst. 5 omezil účel „zásad“ v LZPEU uvedených (tedy většiny jejich ustanovení se sociálním obsahem) na kontrolu zákonnosti aktů Unie a členských států, které tato ustanovení provádějí.

¹⁷ SDEU C-144/04 *Mangold* ECLI:EU:C:2005:709 a C-555/07 *Kücükdeveci* ECLI:EU:C:2010:21.

¹⁸ Přehled viz O'NEILL, A. *Social Rights in The Charter: Employment And Social Security*. ERA – Academy of European Law. Trier, 2015. Dostupné z: <http://www.era-comm.eu/charter_of_fundamental_rights/kiosk/pdf/01_SOCIAL_RIGHTS_IN_THE_CHARTER.pdf>.

¹⁹ SDEU C-44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* ECLI:EU:C:1979:290; C-544/10 *Deutsches Weintor eG* ECLI:EU:C:2012:526, bod 45 a 52.

²⁰ SDEU spojené věci C-193/87 a 194/87 *Maurissen and others v. Court of Auditors* ECLI:EU:C:1989:185.

²¹ SDEU C-271/08 *Commission v. Germany* ECLI:EU:C:2010:426, bod 37.

²² Tribunál T-115/94 *Opel Austria GmbH v. Council of the European Communities* ECLI:EU:T:1997:3, bod 108, SDEU C-341/05 *Laval un Partneri* ECLI:EU:C:2007:809, C-438/05 *Viking Line* ECLI:EU:C:2007:772.

²³ SDEU C-150/98 P *ECOSOC v E* ECLI:EU:C:1999:616, bod 13.

sociálních cílů EU svěruje orgánům Unie úkol „*podporovat a doplňovat*“ činnost členských států (viz čl. 153 odst. 1 SFEU). Ačkoli EU může přijímat směrnice zajišťující minimální harmonizaci určitých standardů, v otázkách sociálního zabezpečení a sociální ochrany pracovníků, jejich ochrany po skončení pracovního poměru, jakož i zastupování a kolektivní obrany zájmů pracovníků, musí členské státy rozhodovat v Radě jednoduše (viz čl. 153 odst. 2 SFEU). Žádné takové rozhodnutí se navíc nesmí dotknout práva členských států „*vymezovat základní zásady*“ jejich systémů sociálního zabezpečení nebo významně ovlivňovat jejich finanční rovnováhu (čl. 153 odst. 4 SFEU). Nejcitlivějších otázek odměny za práci, práva sdružovat se v odborech, práva na stávku a výluku se nemůže EU harmonizačními opatřeními dotýkat vůbec (čl. 153 odst. 5 SFEU). To nedovoluje použít v těchto otázkách ani tzv. klauzuli flexibility obsaženou v článku 352 SFEU, která jinak nabízí EU možnost rozhodnout i tam, kde Smlouva obsahuje cíl, nikoli však odpovídající pravomoci.

Vydeme-li z předpokladu, že klíčovými otázkami regulace pracovněprávních a zaměstnaneckých vztahů jsou délka pracovní doby, odměna za práci, důvody a podmínky propuštění, role odborů a právo na stávku, pak EU podstatně reguluje pouze otázku pracovní doby. Do ostatních oblastí se buď pro nedostatek politické shody nepouští (ochrana před nespravedlivým propuštěním, vyjma otázek nediskriminace), anebo pro absenci pravomocí ani pouštět nemůže (všechny ostatní jmenované otázky). V otázkách sociálního zabezpečení má EU výrazný podíl na koordinaci sociálního zabezpečení migrujících občanů EU, tj. zachování a přenositelnosti jejich nároků vůči národním systémům sociálního pojištění. Struktura, jakož i příjmy a výdaje národních sociálních systémů jsou však zcela v rukách jednotlivých členských států. EU, jak bylo uvedeno v předchozím odstavci, je nesmí svými opatřeními příliš zatěžovat, jakkoli SDEU prosazováním důsledné nediskriminace a přiznáváním práv pobytu tak donedávna činil.²⁴ A i kdyby EU chtěla být v sociální oblasti sama zdrojem podpory, narazí na strukturu a rozsah svého relativně „zanedbatelného“ rozpočtu, který jí možnost přímé výplaty dávek nebo sociálních investic rozhodně nedává.²⁵

2. LZPEU A LIMITY JEJÍ POUŽITELNOSTI – KDY LZE PRÁVA NÁROKOVAT

Vzhledem ke zmíněné omezenosti pravomocí EU v sociální oblasti je nabíledni, že zřejmě více než v jiných oblastech bude právě zde „užitečnost“ LZPEU determinována svou „oblastí použití“ stanovenou v jejím čl. 51 odst. 1. Podle něj jsou ustanovení LZPEU určena orgánům, institucím a jiným subjektům Unie, a dále členskými státy, výhradně

²⁴ Viz např. často citovaná starší rozhodnutí SDEU C-85/96 *Martinez Sala* ECLI:EU:1998:217 nebo C-184/99 *Grzelczyk* ECLI:EU:C:2001:458. Tato expanzivní tendence je však v nejnovější judikatuře EU z let 2014–2016 viditelně omezena, ne-li přímo popřena. Viz rozhodnutí SDEU C-333/13 *Dano* ECLI:EU:C:2014:2358, C-67/14 *Alimanovic* ECLI:EU:C:2015:597 a nejnověji C-299/14 *García-Nieto a další* ECLI:EU:C:2016:114.

²⁵ Rozpočet EU je dohodou členských států udržován na úrovni 1 % hrubého národního důchodu EU a pouze asi třetina z něj je alokována do tzv. kohezních fondů, z nichž cca 25 % připadá na Evropský sociální fond (ESF). Suma rozpočtů 28 členských zemí je 45krát větší než rozpočet EU. Průměrný národní rozpočet se rovná 49 % HDP členského státu, přičemž průměrně 21 % z něj jde na sociální účely. Srov. EUROPEAN COMMISSION. Budget. Myths and Facts. Last updated August 10 2015. OECD, Social Expenditure Update. Insights from the OECD Social Expenditure Database (SOCX), November 2014.

pokud uplatňují právo Unie. Z toho plyne, že základní práva zaručená v LZPEU mají účinek pouze v rámci pravomocí stanovených Smlouvami (viz Vysvětlení k čl. 51 odst. 2 LZPEU a Prohlášení č. 1 k ustanovením Smluv o LZPEU).²⁶ SDEU totéž vyjádřil poměrně lapidárně takto: „*ve věci, o níž má být rozhodnuto, musí jít o interpretaci nebo aplikaci jiného pravidla Unie, než toho, které je uvedeno v Listině*“.²⁷ Samozřejmost aplikace LZPEU, jedná-li sama EU,²⁸ tak nemůže platit pro členské státy, které si právě v sociálních otázkách podržely řadu suverénních práv. Omezená pravomoc EU vytvářet v sociální politice svá „jiná pravidla“, je tak pro použití LZPEU v této oblasti evidentním limitem.

Dle Vysvětlení k čl. 51 LZPEU²⁹ jsou základní práva v LZPEU pro členské státy závazná „*pouze jedná-li v oblasti působnosti práva Unie*“, což – jak musel potvrdit SDEU – znamená obsahově totéž jako „*pokud uplatňují právo Unie*“ nebo „*provádějí-li předpisy Společenství*“.³⁰ Nejasnost logicky nevzniká tam, kde členský stát aplikuje normu primárního či sekundárního práva EU na subjekty pod svou jurisdikcí. Již z předlisabonské judikatury rovněž víme, že do stejné kategorie spadají i situace, kdy členský stát ve své domácí právní úpravě využívá možnosti výjimky, anebo možnosti uvážení, přiznané v dané věci právem EU.³¹ Jak postupovat, není-li vzájemná vazba vnitrostátního a unijního předpisu explicitní, musel SDEU upřesnit v rozsudku věci C-40/11 *Iida* z roku 2012.³² Pro zjištění, zda členský stát provádí unijní právo ve smyslu čl. 51 LZPEU, je třeba dle SDEU mimo jiné ověřit: (i) zda má dotčená vnitrostátní právní úprava za cíl provádět ustanovení unijního práva, (ii) jakou má tato právní úprava povahu, a (iii) zda sleduje jiné cíle, než které zahrnuje unijní právo, i když může toto právo nepřímou ovlivnit, a (iv) zda existuje zvláštní ustanovení unijního práva v této oblasti nebo způsobilé ji ovlivnit.

Skutečnost, že tato abstraktní vodítka neeliminují nejasné (a sporné) situace, ukázal rozsudek SDEU ve věci C-617/10 *Åkerberg Fransson* z února 2013.³³ SDEU v něm stanovil, že členské státy nemusejí k tomu, aby jednaly v působnosti práva EU, svým vnitrostátním

²⁶ Ustanovení SEU čl. 5, podle něhož má EU jen svěřené pravomoci, a ty, které Smlouvami svěřeny nemá, náleží členským státům, dále čl. 2 SFEU ohledně výkonu výlučných a sdílených pravomocí EU (pro něž je významný i Protokol č. 25), jakož i doktrína implicitních pravomocí atd. jsou zde nezbytnými výchozími vodítky. LZPEU nijak nenahrazuje vnitrostátní úpravy ochrany základních práv členských států, které budou i nadále dopadat na všechny vnitrostátní situace bez vazby na právo EU.

²⁷ SDEU C-332/13 *Ferenc Weigl* ECLI:EU:C:2014:31, bod 13.

²⁸ Evropská komise nepochybuje o tom, že LZPEU dopadá na veškeré jednání (*to all actions*) institucí EU. Viz *2014 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*. EUROPEAN COMMISSION. 2015, s. 20. Diskusi lze vést snad jen ohledně aplikace tzv. zásad obsažených LZPEU na nezávazné akty, jako jsou doporučení Komise, kterými např. koordinuje hospodářské politiky členských států. Článek 52 odst. 2 LZPEU totiž uvádí, že zásad se lze před soudy dovolat pouze pro účely výkladu a kontroly legislativních a exekutivních aktů institucí EU a členských států. Srov. např. ŠTEFANKOVÁ, Z. *Social Policy After the Treaty of Lisbon and the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. MUNI Brno *Sborník Dny Práva*, 2012. Dostupný z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2012/files/pravoEU/StefankovaZuzana.pdf>.

²⁹ K Vysvětlení prezidia Konventu (dok. 2007/C 303/02) mají soudy EU i členských států dle ustanovení čl. 52 odst. 7 LZPEU „přihlížet“.

³⁰ SARMIENTO, D. *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe*. *Common Market Law Review*. 2013, No. 50, s. 1274–1275. Od rozsudku SDEU C-617/10 *Åkerberg Fransson* se již nepochybuje o tom, že tato vymezení použitelnosti LZPEU jsou ekvivalenty bez významových rozdílů.

³¹ SDEU C-260/89 *Elleniki Radiophonia Tileorasi (ERT)* ECLI:EU:C:1991:254; C-5/88 *Wachauf v. Germany* ECLI:EU:C:1989:321.

³² SDEU C-40/11 *Yoshikazu Iida* ECLI:EU:C:2012:691, bod 79.

³³ SDEU C-617/10 *Åkerberg Fransson* ECLI:EU:C:2013:105.

opatřením určitou normu práva EU provádět či uplatňovat. Primárně nezáleží ani na jejich úmyslu regulovat určitou věc eurokonformně či naopak jako výjimku z práva EU.³⁴ Stačí, že efekt vnitrostátního opatření má vliv i na oblast, která je právem EU cíleně pokryta. V dané věci Švédsko uložilo svému daňovému poplatníkovi, A. Franssonovi, daňové sankce a vedlo proti němu trestní stíhání, což dle SDEU „*částečně souviselo*“ s nesplněním jeho povinnosti podat přiznání k DPH (bod 24). Přestože švédské vnitrostátní právní předpisy, na nichž byly tyto daňové sankce a trestní stíhání založeny, nebyly přijaty k provedení určitého ustanovení práva EU, šlo o jednání v působnosti práva EU. EU má směrnici 2006/11 o společném systému daně z přidané hodnoty, která členským státům ukládá „*přijmout všechna legislativní a správní opatření k zajištění toho, aby splatná DPH byla vybrána na jeho území v plné výši, a k boji proti daňovým únikům*“, čímž členské státy chrání v souladu s čl. 325 SFEU finanční zájmy Unie, neboť příjmy z použití jednotné sazby na harmonizovaný vyměřovací základ DPH jsou příjmem rozpočtu Unie. V tom spočívalo spojení mezi opatřením vnitrostátního a unijního práva, na jehož základě byla na daňové sankce a trestní stíhání A. Franssona aplikovatelná i LZPEU.

V komentářové literatuře se rozvinula diskuse o dělení norem práva EU na „prováděče“ a „spouštěče“ aplikace ustanovení LZPEU.³⁵ „Prováděči“ jsou ty normy sekundárního práva EU, které přímo provádějí určité právo uvedené v LZPEU.³⁶ Se „spouštěči“ je to složitější, což lze ukázat např. na příručce francouzské neziskové organizace Gisti (*Groupe d'information et de soutien des immigrées*) poskytující rady, jak s pomocí LZPEU nárokovat u státních orgánů právo na zajištění obydlí.³⁷ Článek 34 odst. 3 LZPEU hovoří o tom, že „*Unie za účelem boje proti sociálnímu vyloučení a chudobě uznává a respektuje právo na sociální pomoc a pomoc v oblasti bydlení...*“. V návaznosti na to právníci Gisti doporučují odvolat se na čl. 151 a 153 SFEU, které rovněž pojednávají o boji proti sociálnímu vyloučení, byť jen v rovině obecných cílů a zmocnění. A protože v sekundárním právu EU nic přímo o podpoře práva na bydlení nalézt nelze, je podle nich třeba dát odmítnutí členského státu poskytnout (pomoc) bydlení do spojitosti s některou z široké palety směrnic EU sahajících od zajištění rovnosti ras, svobody pohybu, výkon práva azylu až např. po směrnici č. 89/106/ES o stavebních výrobcích nebo směrnicí č. 93/13/ES o nekalých ustanoveních spotřebitelských smluv!

SDEU však začal tvořivému hledání přijatelných „spouštěčů“ aplikace LZPEU ihned stavět přehradu. V rozsudku C-198/13 *Julian Hernandez a další* z července 2014³⁸ dovodil, že pojem „uplatňování“ práva Unie předpokládá existenci určitého stupně souvislosti mezi aktem práva Unie a dotčeným vnitrostátním opatřením, která jde nad rámec příbuznosti dotčených oblastí nebo nepřímého dopadu jedné oblasti na druhou (bod 34).

³⁴ SARMIENTO, D., op. cit., s. 1279.

³⁵ Srov. např. LAZZERINI, N. (Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS. *Common Market Law Review*. 2014, Vol. 51, Issue 3, s. 907–933.

³⁶ Evidentní příklady „prováděčů“ uvádí již Vysvětlení k LZPEU – např. čl. 31 LZPEU, tj. právo na slušné a spravedlivé pracovní podmínky, provádějí především rámcová směrnice o bezpečnosti a ochraně zdraví při práci 89/391/EHS a z ní vycházející specifické bezpečnostní směrnice, a dále směrnice č. 93/104/ES o některých aspektech úpravy pracovní doby.

³⁷ L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne devant les juridictions nationales pour garantir le droit au logement. *Jurislogement*, février 2015. *Gisti*. Dostupné z: <http://www.gisti.org/IMG/pdf/charte_des_droits_fond._ue_-_droit_au_logement_fev2015.pdf>.

³⁸ SDEU C-198/13 *Julian Hernandez* ECLI:EU:C:2014:2055.

V dané věci šlo o právo nikoli sociální, ale o rovnost před zákonem dle čl. 20 LZPEU, věcně se však otázka španělského soudu týkala nároků zaměstnanců a zaměstnavatelů vůči státu ohledně mezd splatných během řízení, v němž bylo zpochybněno propuštění ze zaměstnání, dle platného španělského práva. SDEU připustil, že dotčený spor souvisí s pravomocí EU a zkoumal aplikovatelnost ustanovení směrnice 2008/94 o ochraně zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele. Dospěl však k závěru, že pouhá skutečnost, že vnitrostátní opatření patří do oblasti, v níž má Unie pravomoc, nemůže způsobit, že bude spadat i do působnosti práva EU (bod 36). Základní práva chráněná EU zkrátka nelze uplatnit na vnitrostátní právní úpravu tehdy, když unijní ustanovení v dotyčné oblasti neukládá členským státům žádnou specifickou povinnost.

Hranice použitelnosti byla SDEU dále upřesněna v listopadu 2014 v rozhodnutí C-333/13 *Dano*.³⁹ V případě šlo o nárok migranta, ekonomicky neaktivního občana EU, opřený o čl. 1 a 20 LZPEU (lidská důstojnost a rovnost před zákonem), na přiznání zvláštní nepřispěvkové peněžité dávky, která je definována v čl. 70 nařízení č. 883/2004/ES o koordinaci systémů sociálního zabezpečení. SDEU vyšel z toho, že cílem daného článku je takovou dávku vymezit, nikoli však určit hmotněprávní podmínky pro existenci nároku na ni. V odst. 4 čl. 70 nařízení totiž stojí, že tyto dávky se poskytují výlučně v členském státě, kde dotyčné osoby bydlí, v souladu s jeho právními předpisy. Je tudíž v pravomoci pouze zákonodárce členského státu, v daném případě SRN, aby tyto podmínky určil. Při stanovování podmínek pro poskytování zvláštních nepřispěvkových peněžitých dávek a rozsahu, v jakém mají být poskytovány, tak členské státy neuplatňují právo Unie (body 89–91). I když ustanovení unijního práva přímo definuje určitou sociální dávku a i když o ni žádá občan EU, který využil svého unijního práva pohybu a pobytu, nemusí jít ani o předpis „provaděč“, ani o předpis „spouštěč“, pokud dané ustanovení ponechá konkrétní úpravu této dávky na vnitrostátním právu členských států.

V rozsudku C-117/14 *Nisttahuz Poclava* z února 2015⁴⁰ pak SDEU potvrdil, že nelze hledat „spouštěč“ aplikovatelnosti LZPEU v samotném zmocňujícím ustanovení Smluv a současně ani ve skutečnosti, že EU určitou aktivitu finančně podporuje. Věcně šlo o posouzení souladu tzv. zkušebních pracovních smluv dle španělského práva s právem EU, konkrétně s ochranou před neoprávněným propuštěním dle čl. 30 LZPEU, neboť v tomto typu pracovních smluv byla zkušební doba, během níž bylo možné poměr bez dalšího ukončit, až jednorozční. SDEU nejprve ověřil, že směrnice č. 1999/70/EHS o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou na daný typ kontraktů nedopadá. Současně sice připustil, že čl. 153 odst. 2 SFEU dává EU určitou legislativní pravomoc v dané oblasti, ovšem význam tohoto zjištění anuloval konstatováním, že EU této pravomoci dosud nevyužila, proto je daná problematika zatím mimo působnost práva EU. Nic na tom nemění ani skutečnost, že atraktivita tohoto typu pracovních smluv pro zaměstnavatele může být podpořena dotacemi ze strukturálních fondů EU (bod 42).

Za současného stavu judikatury SDEU se tedy zdá, že rozsah věcné působnosti sociálních práv LZPEU je v členských státech EU vymezen na jedné straně normami především sekundárního práva EU, které jsou z vůle členských států „provaděči“ práva zachyceného v LZPEU, protože přímo ukládají určitý typ unijně konformního opatření či jiného

³⁹ SDEU C-333/13 *Elisabeta Dano* ECLI:EU:C:2014:2358.

⁴⁰ SDEU C-117/14 *Nisttahuz Poclava* ECLI:EU:C:2015:60.

jednání. Z opačné strany působí jako mantinel ty normy práva EU, které vylučují jednání státu ze své působnosti tím, že v nich zákonodárce EU přímo vykázal určité opatření či jednání členských států ze svého dosahu. Mezi těmito relativně jasnými hranicemi se nachází prostor norem EU-potenciálních „spouštěčů“, kde musíme hledat „určitý stupeň souvislosti“ mezi národním opatřením a „jinou normou“ práva EU, což je, jak vyplynulo z výše citovaných závěrů SDEU, především věc shodnosti či rozdílnosti cílů, anebo míry vzájemného ovlivnění právní úpravy unijní a vnitrostátní. S ohledem na extenzivní přístup SDEU ve věci *Fransson* je třeba zdůraznit význam spojky „anebo“, protože je zřejmé, že i když členský stát nemyslel při přijímání svého opatření na cíle a zájmy EU, ale faktickým efektem se jich dotkl, mohlo dojít k potřebnému ovlivnění.

Jako varování, že „významné ovlivnění“ práva EU národní úpravou neunikne pozornosti orgánů EU, je možné interpretovat poznámku SDEU v bodu 47 již citovaného rozsudku C-198/13 *Hernandez*. SDEU v ní zdůraznil význam ochrany jednotnosti, přednosti a účinnosti práva EU před tím, aby je ohrozila odlišnost ochrany základních práv v závislosti na dotyčném vnitrostátním právu. Jelikož SDEU dosud v žádném svém rozhodnutí týkajícím se aplikace LZPEU neshledal, že by k tomu došlo, lze se jen dohadovat, zda a jaké např. omezení práv zaměstnanců v oblasti, která není přímo upravena právem EU, bude shledáno takovou kompromitací cíle ochrany základních práv v právu Unie, že ohrozí jeho jednotnost, přednost a účinnost.

Na druhé straně mohou být zklamáni ti ochránci práv, kteří věřili, že obecné zásady právní EU jsou i v členských státech aplikovatelné vždy. Je stěží představitelné, že by se SDEU uchýlil k rozdílnému přístupu ohledně použitelnosti ustanovení LZPEU a obecných zásad právních, které se s nimi obsahově shodují. Podle přesvědčivého názoru soudce SDEU A. Rosase musejí být pravidla jejich použitelnosti totožná, nemá-li docházet k tomu, že by SDEU při absenci „jiného pravidla Unie“ označil ustanovení LZPEU za odraz obecné zásady právní a začal ho bez dalšího vynucovat.⁴¹ Jednotný přístup k ustanovením LZPEU a obecným zásadám právním nelze označit za překvapivý, neboť i při formulaci „doktríny *Mangold*“, znamenající v roce 2005 určitý průlom v přímé aplikaci obecných zásad právních, SDEU spojil povinnost orgánů členského státu řídit se obecnou zásadou práva EU se situací, v níž „vnitrostátní právní úprava spadá do rozsahu působnosti práva Společenství“.⁴²

Na závěr této části výkladu je třeba zmínit i tu skutečnost, že pojem „vnitrostátní právní úprava“, kterou členský stát provádí ustanovení unijního práva (a spadá v důsledku toho do působnosti LZPEU), zahrnuje nejen všechny závazné právní akty v tradičním slova smyslu (zákony, nařízení, vyhlášky, rozhodnutí), ale i např. „programovou příručku“ přijatou národním monitorovacím výborem v rámci operačního programu dotovaného EU. V rozhodnutí C-562/12 *Liivimaa Lihaveis MTU* ze září 2014⁴³ SDEU shledal, že přijetí dotčené programové příručky monitorovacím výborem je aktem spadajícím do působnosti práva Unie. Právo EU totiž nepochybně uložilo členským státům povinnost daný

⁴¹ ROSAS, A. When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level? *Jurisprudencija/Jurisprudence*. 2012, Vol. 19, No. 4, s. 1282.

⁴² SDEU *Mangold* C-144/04 ECLI:EU:C:2005:709, bod 75. Komentář viz ROSAS, A. – ARMATI, L. *EU Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 161–162.

⁴³ SDEU C-562/12 *Liivimaa Lihaveis MTU* ECLI:EU:C:2014:2229.

operační program provádět a všechna opatření, směřující k uplatnění tohoto operačního programu, k nimž patřila i programová příručka, musela dodržovat ustanovení příslušných nařízení EU. Mj. z toho plyne, že i programy podpory, dotované EU a implementované členskými státy, mohou při určitém stupni souvislosti či ovlivnění sehrát roli „spouštěčů“ aplikace LZPEU.

Celkově lze však odhadnout, že právě v sociální oblasti, kde právu EU nechybí cíle, avšak zmocnění ve Smlouvách jsou spíše jen k podpoře a doplnění opatření členských států, neumožní obecná formulace většiny sociálních ustanovení LZPEU praktickou aplikaci bez toho, aby k nim existoval unijní předpis „provaděč“, jak bude podrobněji rozebráno v následující kapitole.

3. LZPEU A LIMITY JEJÍ POUŽITELNOSTI – VŮČI KOMU LZE PRÁVA NÁROKOVAT

Jedná-li členský stát v působnosti práva EU, je bezvýznamné, zda tak činí prostřednictvím svých ústředních, regionálních nebo místních orgánů nebo jiných subjektů nadaných určitou veřejnou mocí. Toto široké vymezení státu běžně přijímané v právu EU potvrzuje i Vysvětlení k článku 51 LZPEU. Čistě gramaticky však ustanovení LZPEU a Vysvětlení k ní mlčí ohledně závaznosti LZPEU pro osoby soukromého práva, dopadala-li na jejich vztah právo EU.

Generální advokátka V. Trstenjak z toho ve svém stanovisku k případu C-282/10 *Maribel Dominguez* dovodila záměrné omezení okruhu adresátů základních práv.⁴⁴ Článek 51 odst. 1 první věta LZPEU dle jejího výkladu jednoznačně stanoví okruh subjektů, kterým ze základního práva uvedeného v LZPEU vyplývají povinnosti. Těmi jsou orgány Unie a členských států. Mezi soukromými osobami však nejsou tato práva přímo použitelná (body 80–83). Zákonodárce EU vyjádřil dle její interpretace vůli zajistit právům uvedeným v LZPEU ochranu skrze povinnosti Unie a jejích členských států, nikoli umožnit jejich vynucení ve vztazích mezi soukromníky. Ve sporu mezi zaměstnankyní a jejím zaměstnavatelem šlo o nárok na finanční náhradu za dovolenou za kalendářní rok, kterou zaměstnankyně nemohla vyčerpat z důvodu úrazu. Nárok zaměstnance na dovolenou chrání v právu EU směrnice 2003/88 a je uvedeno i v čl. 31 LZPEU. AG Trstenjak sice ve svém stanovisku připustila, že nárok na dovolenou je nejen základním právem ale i obecnou zásadou práva EU, přesto dovodila, že v případě rozporu příslušného vnitrostátního předpisu se základním právem EU nemůže vnitrostátní soud rozhodnout o jeho přímém účinku (přiznat mu tzv. výlukový účinek bránící použití rozporné vnitrostátní normy) na vztah mezi osobami soukromého práva.

Zaměstnanec poškozený nepřiznáním práva vyplývajícího z čl. 31 LZPEU a směrnice 2003/88 se má obrátit s žalobou na náhradu škody proti státu, který nedostal svým závazkům vyplývajícím z práva EU (bod 172). Přijetí tohoto stanoviska AG Trstenjak by znamenalo pro vymahatelnost základních práv krok zpět, před judikaturu SDEU ve věcech C-144/04 *Mangold* a C-555/07 *Kücükdeveci*, a to na základě doslovného následování vůle zákonodárce EU vyjádřené v čl. 51 odst. 1 LZPEU, dle níž jsou ustanovení LZPEU

⁴⁴ Stanovisko AG V. Trstenjak k C-282/10 *Maribel Dominguez* ECLI:EU:C:2011:559.

určena pouze orgánům Unie a členských států, pokud aplikují právo Unie. Důsledkem by byla nemožnost přímé aplikace základních sociálních práv obsažených v LZPEU ve sporech mezi zaměstnanci a zaměstnavateli (soukromoprávními subjekty).

Vývoj práva EU v dané otázce však názory AG Trstenjak nenásledoval. Nedošlo k tomu paradoxně rozsudkem SDEU ve věci *Dominguez*, ve kterém se SDEU o LZPEU ani jednou nezmínil. Klíčovým se stalo rozhodnutí ve věci C-176/12 *Association de médiation sociale (AMS)* z ledna 2014, ve které rozhodoval velký senát SDEU.⁴⁵ Zaznamenání hodné je zde i stanovisko AG P. Cruz Villalóna, který odmítl dovozovat ze znění čl. 51 odst. 1 LZPEU její nepoužitelnost na vztahy mezi osobami soukromého práva.⁴⁶ A to na základě skutečnosti, že ani ústavní zákony členských států běžně nevymezují své adresáty a případ od případu – na základě výkladu – adresují určitá svá ustanovení i jednotlivcům. Zcela zásadně pak uvedl, že „*horizontální účinek základních práv není v unijním právu ničím neznámým, a proto by bylo absurdní, kdyby se tato situace mohla změnit k horšímu právě v důsledku začlenění Listiny do primárního práva*“.⁴⁷ Těto argumentaci nelze než přisvědčit, neboť by bylo paradoxní, pokud by např. zákaz dětské práce (čl. 32 LZPEU) nebyl adresován i zaměstnavatelům. SDEU také ve svém rozsudku „*přiznání subjektivního práva jednotlivcům*“ neodmítl, se stanoviskem AG se však rozešel v jiné otázce podstatné pro použití LZPEU ve vztazích mezi osobami soukromého práva.⁴⁸

Ve sporu mezi zaměstnavatelem a odborovou centrálou, který byl základem předběžné otázky francouzského soudu ve věci *AMS*, šlo o právo zaměstnanců na včasné informování a projednávání v rámci podniku. O něm hovoří čl. 27 LZPEU a také směrnice 2002/14,⁴⁹ která stanoví obecný rámec pro informování zaměstnanců. Na rozdíl od práva zaměstnance na dovolenou ve výše citovaném případě *Dominguez*, které bylo subjektivním právem, je ustanovení čl. 27 LZPEU dle systematiky LZPEU spíše tzv. zásadou. Poněkud zatemňující formulace čl. 51 odst. 1 LZPEU dělí, jak známo, její ustanovení na práva, která mají být respektována, a zásady, které mají být dodržovány.⁵⁰ Sdělnější je v tomto směru čl. 52 odst. 5 LZPEU, podle něhož ta její ustanovení, která obsahují zásady, „*mohou být prováděna legislativními a exekutivními akty přijímanými orgány, institucemi a jinými subjekty Unie a akty členských států, provádějí-li právo Unie, při výkonu jejich pravomocí. Před soudem se jich lze dovolávat pouze pro účely výkladu a kontroly zákonnosti těchto aktů*“. Vysvětlení k LZPEU pak explicitně uvádí, že na základě zásad nelze podávat přímé žaloby. Jako příklady zásad uvádí Vysvětlení ze sociálních ustanovení LZPEU čl. 25 (práva starších osob) a čl. 26 (začlenění osob se zdravotním postižením). Z logiky věci, i z tradičního vymezení „nárokových“ sociálních práv v ústavních listinách, je však zřejmé, že právě mezi nimi budou „zásady“ převažovat nad „právy“, neboť jejich praktické uplatnění bude často podmíněno konkretizací specifickým právním předpisem.

⁴⁵ SDEU C-176/12 *Association de médiation sociale* ECLI:EU:C:2014:2.

⁴⁶ Stanovisko AG P. Cruz Villalóna k C-176/12 *Association de médiation sociale* ECLI:EU:C:2013:491.

⁴⁷ *Ibidem*, bod 35.

⁴⁸ SDEU C-176/12 *Association de médiation sociale* ECLI:EU:C:2014:2, bod. 47.

⁴⁹ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2002/14/ES ze dne 11. března 2002, kterou se stanoví obecný rámec pro informování zaměstnanců a projednávání se zaměstnanci v Evropském společenství.

⁵⁰ Podrobněji k rozčlenění ustanovení LZPEU na práva a zásady viz např. DOUGLAS-SCOTT, S. The European Union and the Human Rights after the Treaty of Lisbon. *Human Rights Law Review*. 2011, Vol. 11, No. 4, s. 652, též FONTANELLI, F. The European Union's Charter of Fundamental Rights two years later. *Perspectives on Federalism*. 2011, Vol. 3, Issue 3, s. 25–26.

SDEU právě na tomto základě odlišil v rozsudku *AMS* svůj přístup ve věci *Küçükdeveci*, kde šlo o právo nebyť diskriminován na základě věku, které „stačí samo o sobě k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno subjektivní právo uplatnitelné jako takové“, od práva zaměstnanců na informace, které má-li mít „plný účinek, musí být upřesněno ustanoveními unijního nebo vnitrostátního práva“.⁵¹ Zásady obsažené v LZPEU se tedy ve vztazích mezi soukromoprávními subjekty přímo dovolat nelze, je třeba počkat na její provedení v konkrétním předpisu. Tím byla v dané věci směrnice 2002/14, kterou však Francie nepřevzala do svého vnitrostátního práva bezchybně, čímž umožnila v otázce definování počtu zaměstnanců rozhodného pro výkon práva na informování a projednávání vznik situace odporující právu unijnímu.

Nejzajímavější a nejspornější na daném případě tak byla otázka, co s nedostatečně konkrétní zásadou obsaženou v LZPEU, konkretizovanou směrnicí EU, která však nebyla řádně implementována členským státem a její ustanovení tak neměla horizontální přímý účinek, i kdyby byla sama dostatečně jasná a nepodmíněná. AG Cruz Villalón argumentoval ve svém stanovisku teleologicky s ohledem na cíl vysoké ochrany základních práv uvedených v LZPEU a navrhl, aby zásada, jednou již sekundárním právem EU konkretizovaná, nebyla omezena ve svých účincích pochybením členského státu při implementaci její prováděcí normy. SDEU však dal přednost formální logice a vnitřní soudržnosti unijního práva: nekonkrétnost ustanovení LZPEU ve spojení s nemožností horizontálního účinku neimplementované směrnice, která ho konkretizuje, nevytváří novou kvalitu, která by umožňovala přímo vynucovat zásadu uvedenou v LZPEU ve vztahu mezi jednotlivci.⁵²

Řešení navrhované v dané věci AG Cruz Villalónem by bylo samozřejmě sociálně vstřícnější. Přiznáním použitelnosti zásadě LZPEU by ve sporu zvítězila strana opírající o ní svůj nárok (zde odborová centrála a zaměstnanci) a straně, která podlehla (zde zaměstnavatel), by nezbylo, než žalovat stát o náhradu škody. SDEU zvolil řešení „konzervativně minimalistické“: zásada je ve sporu nepoužitelná a zaměstnanci, kteří před vnitrostátním soudem podlehnou, se budou muset s žalobou na náhradu škody obrátit na stát sami. Výsledek lze obecně vztáhnout na všechna ustanovení LZPEU, která jsou zásadami, tj. nestačí samy o sobě k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno subjektivní právo uplatnitelné jako takové. EU, najde-li dostatečnou podporu v členských státech, je dále konkretizuje směrnicemi. Pokud členské státy tyto směrnice včas a řádně nepřevezmou, nezbude adresátům sociálních práv než si stěžovat Komisi a žalovat stát o náhradu škody tak dlouho, dokud nebude v daném členském státě dosaženo bezvadné implementace. Nelze než souhlasit s kritikou rozhodnutí SDEU ve věci *AMS*, že tento výsledek praktický přínos většiny sociálních ustanovení LZPEU pro zaměstnance a sociálně potřebné citelně omezuje.⁵³

SDEU svou argumentací v rozsudku *AMS* vyvolal další spekulace tím, že nevyžadoval, aby ta ustanovení LZPEU, která stačí sama o sobě k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno

⁵¹ SDEU C-176/12 *Association de médiation sociale* ECLI:EU:C:2014:2, body 45–47.

⁵² Stanovisko AG P. Cruz Villalóna k C-176/12 *Association de médiation sociale* ECLI:EU:C:2013:491, body 48, 49.

⁵³ Srov. LAZZERINI, N., op. cit., obdobně též PAPA, V. The dark side of fundamental rights adjudication? The Court, the Charter and the asymmetric interpretation of fundamental rights in the *AMS* case and beyonds. In: *European Labour Law Journal*. 2015, No. 3, s. 190–2014. Též LOURENCO, L. General Principles of European Union Law and the Charter of Fundamental Rights. *European Law Reporter*. 2013, No. 11–12, s. 302–308.

subjektivní právo, současně odrážela některou obecnou zásadu právní EU (viz body 47, 49). Lze tak tvrdit, že všechna jasně a nepodmíněně formulovaná ustanovení LZPEU, z nichž nesporně vyplývá, co je obsahem práva a komu svědčí, jsou i přímo vynutitelná, a to – v závislosti na obsahu – i ve vztazích mezi jednotlivci, samozřejmě pokud existuje vazba na jinou normu práva EU, která poslouží jako „spouštěč“. N. Lazzerini nabízí jako „vodítko“ tuto formuli: „*všude tam, kde ustanovení LZPEU odkazuje na konkrétní úpravu sekundárním právem, tam nebude možný přímý účinek daného ustanovení*“.⁵⁴ Jednotlivci by tak neměli mít možnost se přímo dovolat práva na kolektivní vyjednávání a akce, ochrany v případě neoprávněného propuštění, ani sociálního zabezpečení a sociální pomoci, a také ani ochrany zdraví a přístupu ke službám obecného hospodářského zájmu, protože všechna tato ustanovení LZPEU obsahují odkaz na jejich výkon „*v souladu s právem Unie a vnitrostátními právními předpisy*“. Další ustanovení LZPEU pomáhá, co do možného přímého účinku, vytrýdit Vysvětlení k LZPEU, které jednak např. práva osob starších a osob se zdravotním postižením přímo označuje za zásady a u řady dalších ustanovení uvádí klíčové prováděcí sekundární předpisy práva EU. Jde však pouze o „vodítko“, a to ještě sporné, neboť závaznost má jen kritérium postulované SDEU: stačí ustanovení samo o sobě k tomu, aby bylo jednotlivcům přiznáno subjektivní právo?

Mezi přímo vynutitelná sociální práva bude v souladu s judikaturou EU nepochybně patřit ochrana zaměstnanců před diskriminací v zaměstnání. Méně jasné je to však např. u nároku na placenou dovolenou, kterou SDEU, na rozdíl od AG Trstenjak, označuje za „*zásadu sociálního práva Unie, jež má zvláštní význam*“,⁵⁵ a jehož se týká směrnice 2003/88/ES o některých aspektech úpravy pracovní doby. Stačila by v případě, že v některém členském státě nebyla daná směrnice adekvátně implementována, pro aplikaci ustanovení čl. 31 odst. 2 LZPEU v soukromoprávním sporu jeho jasná a nepodmíněná formulace, že „*každý pracovník má právo na stanovení maximální přípustné pracovní doby, na denní a týdenní odpočinek a na každoroční placenou dovolenou*“? Zřejmě jen v případě naprostého popření tohoto práva ze strany zaměstnavatele, avšak ve složitějších případech sporů o výpočet či převod určitých nároků, by byla bez konkretizujících ustanovení nepoužitelná.

Logicky nejcitlivější bude otázka přímého účinku těch ustanovení LZPEU, která SDEU uznal za obecné právní zásady EU, jedná se však o práva (či v dikci LZPEU spíše zásady) výslovně postavená mimo pravomoc EU podle čl. 153 odst. 4 SFEU, jako je právo na účast v odborech a právo na stávkou (kolektivní akci).⁵⁶ I těch se je možné – soudě dle dosud nepřekonané judikatury SDEU ve věcech *Viking Line* a *Laval un Partneri* – přímo dovolat ve vztahu mezi soukromníky. Typově zřejmě půjde vždy o spor nestátních subjektů o to, „čí právo EU“ je v dané situaci silnější, jako když se akce odborů střetne s výkonem svobody vnitřního trhu EU.⁵⁷ V jiných situacích bude zcela zásadně chybět unijní předpis „provaděč“ a domácí úprava členského státu, přijatá v rámci výkonu jeho suverénní pravomoci, sama určí postavení a pravomoci odborů. Obecnost vyjádření těchto zásad v LZPEU a především požadavek principiální jednotnosti aplikace ustanovení LZPEU

⁵⁴ LAZZERINI, N., op. cit., s. 927.

⁵⁵ SDEU C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* ECLI:EU:C:2015:862015, bod 65.

⁵⁶ Srov. DELFINO, M. The Court and the Charter. A Consistent Interpretation of Fundamental Social Rights and Principles. *European Labour Law Journal*. 2015, Vol. 6, No. 1, s. 88.

⁵⁷ Srov. komentář v ROSAS, A. – ARMATI, L., op. cit., s. 161.

a obecných zásad právních v případech jejich obsahové shody, zkrátka neumožní EU více, než chránit dané zásady před nepřiměřeným popřením ve jménu výkonu jiného unijního práva.⁵⁸ Mimo to si lze rovněž představit, že v krajních situacích, v nichž by brutální negací uvedených zásad v některém členském státě došlo k úplnému zbavení jednotlivce jeho základního unijního práva, by SDEU, měl-li by odpovědět na předběžnou otázku vnitrostátního soudu, shledal, že musí chránit jednotnost, přednost a účinnost práva EU.⁵⁹ Pokud by rozsah a intenzita popření základních práv vedly až k ohrožení hodnot EU uvedených v čl. 2 SEU, EU by se rovněž mohla odhodlat hájit je sama postupem dle čl. 7 SEU (tj. nikoli v zastoupení postižených jednotlivců, ale jako ochránkyně svého hodnotového právního základu vůči jeho narušiteli-členskému státu).

K této analýze použitelnosti LZPEU ve sporech mezi zaměstnanci a zaměstnavateli patří nakonec i poznámka procesněprávní. Lisabonská smlouva ani LZPEU nezavedly žádnou zvláštní „proceduru“ či „žalobu“, které by svědčily specificky ochraně základních práv EU. Dostat svůj případ před SDEU tak není pro jednotlivce, který chce bránit své unijní základní právo, o nic snazší než dříve. Proti aktům, respektive nečinnosti zaměstnavatelů-orgánů EU může SDEU adresovat žaloby na neplatnost a na nečinnost, pokud prokáže své přímé a osobní dotčení, a také na náhradu škody (způsobenou EU), pokud splní podmínky pro její přiznání. Ve vnitrostátních sporech musí spoléhat na to, že „jeho soudce“ podá předběžnou otázku, což je i aktuálně nejčastější způsob, kterým se problematika aplikace LZPEU dostane před SDEU, případně si může stěžovat Komisi v naději, že tato se rozhodne zahájit s členským státem řízení pro nesplnění povinnosti.

4. ZÁKLADNÍ PRÁVA „MOBILNÍ“ A „NEMOBILNÍ“

Statistiky Evropské komise ukazují, že v rozhodnutích SDEU zmiňujících LZPEU se ustanovení její Hlavy IV (Solidarita) vyskytují relativně nejméně v poměru k ostatním hlavám: v roce 2010 jedenkrát, 2011 čtyřikrát, 2012 jednadvacetkrát, 2013 desetkrát a v roce 2014 patnáctkrát.⁶⁰ Absolutní čísla nejsou to nejpodstatnější, jakkoli z nich vyplývá, že SDEU s Hlavou IV LZPEU pracuje, a to v podstatně větším rozsahu než v předlisabonském období. Autority v oboru, jako G. de Búrca,⁶¹ mu však vytýkají, že se od jiných „lidskoprávních soudů“ stále odlišuje svými poměrně stručnými odůvodněními bez disentů a také bez odkazů na jiné prameny než na akty EU a svou vlastní judikaturu, tj. bez referencí na paralelní vývoj v mezinárodní i vnitrostátní teorii a praxi ochrany lidských práv. Spatřují v tom silný sklon „pokračovat v nastoupené cestě“, kterou si SDEU prošlapal od dob budování práva EU jako svébytného právního řádu a tedy i soustředění se na věcné rozhodování sporů o tom, co podporuje, nebo naopak ohrožuje ekonomickou integraci členských zemí.

⁵⁸ ROSAS, A., op. cit., s. 1282.

⁵⁹ V takovém případě by zřejmě bylo možné nalézt paralelu s nepříslušností SDEU v případech, kdy opatření členského státu má pouze ztěžující (*impeding*), a naopak příslušnost v situaci, kdy má zbavující (*deprivation*) dopad na práva nemigrujícího jednotlivce odvozená ze statusu občana EU. K tomu viz LENAERTS, K. EU Citizenship and the European Court of Justice's „stone by stone“ Approach. *International Comparative Jurisprudence*. 2015, Vol. 1, No. 1, s. 3–5.

⁶⁰ 2014 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, *European Commission*, 2015, s. 25.

⁶¹ DE BÚRCA, G. After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as A Human Rights Adjudicator? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2013, Vol. 20, No. 2, s. 170–173.

Specialisté na sociální otázky, a samozřejmě ti levicového zaměření, SDEU vytýkají, že právě jeho tradičně ochrannářský přístup k integraci trhů, tj. preference svobod pohybu, mu nedovoluje přistupovat k sociálním právům jako k právům skutečně základním a zacházet s nimi stejně jako s „klasickými“ základními právy tzv. první a druhé generace.⁶² Vzpomínaná předlisabonská rozhodnutí ve věcech *Laval un Partneri*, *Viking Line*, *Rüffert* a *Komise proti Lucembursku* totiž nebyla SDEU po účinnosti Lisabonské smlouvy a závaznosti LZPEU ani v nejmenším revidována,⁶³ naopak se na ně SDEU k velké nelibosti evropských odborů a levicových sil odvolává jako na precedenty v situacích, kdy musí řešit střet sociálních práv s některou ze svobod vnitřního trhu.⁶⁴

SDEU trvá na tom, že sociální práva musejí být vykonávána „v souladu s právem Unie“, což odpovídá vymezení naprosté většiny sociálních práv v Hlavě IV (Solidarita) LZPEU. Navíc její čl. 52 odst. 1 připouští proporcionální omezení práv a svobod uvedených v LZPEU, pokud mj. tato omezení „skutečně odpovídají cílům obecného zájmu, které uznává Unie“. Má-li evropská integrace ve svých genech nehlouběji zakódovánu ekonomickou integraci a volný pohyb i dnes uvádí na druhém, vnitřní trh na třetím a hospodářskou a měnovou unii na čtvrtém místě v pořadí svých cílů (viz čl. 3 SEU), je zřejmé, že omezení, kterým budou v judikatuře SDEU podléhat základní práva, nebudou vždy souměřitelná s tím, co je standardem mezinárodních lidskoprávních konvencí i řady národních ústavních listin. Ty se většinou odvolávají na omezení nezbytná v demokratické společnosti k ochraně veřejného zájmu, k ochraně práv a svobod druhého a chápou eventuální omezení jako výjimky z pravidla, které stanoví základní právo.⁶⁵ V EU jsou však základní sociální práva poměřována se základními (ekonomickými) svobodami pohybu a mohou nad nimi převážit jen jako odůvodněné a přiměřené prosazované výjimky. Zatímco odůvodnění výkonu práva pohybu SDEU nevyžaduje (motivace k němu tak může být i zcela „zištná“, vyjma případů zjevného zneužití práva), výkon základního práva, má-li nad svobodou pohybu převážit, musí sledovat legitimní cíl slučitelný se Smlouvou a být odůvodněn naléhavými důvody obecného zájmu, být způsobilý zaručit uskutečnění sledovaného cíle a nepřekračovat meze toho, co je pro dosažení tohoto cíle nezbytné.⁶⁶

V důsledku toho se katalog základních sociálních práv EU rozpadá na ta práva, která mobilitě po vnitřním trhu EU nijak nebrání, a vedle toho na práva, která mají ze své podstaty potenciál dostat se s ní do střetu. Do první skupiny „mobilních“ práv patří všechna práva adresovaná jednotlivci, „putující“ s ním bez ohledu na státní hranice, respektive zajišťující „rovné hřiště“ pro přeshraniční konkurenci na vnitřním trhu. Jde o práva,

⁶² Srov. např. PAPA, V., op. cit. Daný stav založil do značné míry již soudní katalog obecných zásad – základních práva EHS, tvořený SD od 70. let 20. století, v němž hospodářská a sociální práva zaujímala spíše okrajové místo ve srovnání s právy občanskými a politickými a samozřejmě i svobodami pohybu.

⁶³ Srov. ŠMEJKAL, V. CJEU and the Social Market Economy Goal of the EU. *Prague Law Working Paper Series*. No. 2014/1/1.

⁶⁴ Např. SDEU C-271/08 *Commission v. Germany* ECLI:EU:C:2010:426, body 42–47.

⁶⁵ Např. podmínky pro výjimku dle čl. 11 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a čl. 31 Evropské sociální charty. Tato otázka, ve jménu čeho lze určité základní (sociální) právo přiměřeně omezit, je samozřejmě odlišná od vlastní realizace konkrétních sociálních práv, pro niž platí, že je v ústavách členských států zpravidla ponechána na vůli parlamentní většiny a jejich přesný rozsah není definován rozhodnutími soudů.

⁶⁶ SDEU C-341/05 *Laval un Partneri* ECLI:EU:C:2007:809, bod 101 Srov. též argumentaci v SCHIEK, D. *Economic and Social Integration. The Challenge for EU Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

u nichž EU díky sdíleným pravomocím zpravidla již stanovila jednotný, nebo častěji minimální, společný standard. Na prvním místě je to právě důsledná nediskriminace (zejména v případě ekonomicky aktivních migrantů-občanů EU nebo těch s právem trvalého pobytu v jiném státě EU), zachování nároků vyplývajících ze sociálního zabezpečení při migraci za prací, ale i nároky na bezpečné a důstojné pracovní podmínky a také na placenou dovolenou, neboť EU reguluje i problematiku pracovní doby a doby odpočinku jako věc ochrany bezpečnosti a zdraví zaměstnanců (původní směrnice 93/104/ES měla k nelibosti zejména Velké Británie právě tento právní základ), v důsledku čehož i zde rozhodnutí SDEU vyvolávají dodnes kontroverze.⁶⁷

Do druhé „nemobilní“ skupiny práv spadají práva, jejichž obsah je často určován národním modelem regulace zaměstnaneckých vztahů prostřednictvím sociálního partnerství a dialogu. Jsou kolektivně vyjednaná a sdílená, nikoli však sociálními partnery na úrovni EU, ale na úrovni národní, respektive lokálně-sektorové. Úzce to souvisí s tím, že buď nepodléhají harmonizační pravomoci EU (spravedlivé odměňování, práva odborů, závaznost kolektivních smluv), nebo se je EU zatím nepokusila jednotně regulovat (ukončení pracovního poměru, vyjma otázky nediskriminace). Vůbec to neznámá, že by SDEU popíral hodnotu a význam kolektivního vyjednávání⁶⁸ a povinné solidarity. Z aplikace pravidel ochrany soutěže EU jsou lokální kolektivní dohody sociálních partnerů a jejich výsledky dle judikatury SDEU tradičně vyňaty.⁶⁹ Lokální solidarita však nesmí ztěžovat volnost pohybu na vnitřním trhu ani narušovat harmonizovaný standard tam, kde existuje.⁷⁰ Ačkoli jak zákaz kartelů a zneužití dominantního ustanovení, tak i zákaz vytvářet neodůvodněné a nepřiměřené překážky pohybu po vnitřním trhu, jsou stanoveny v primárním právu a patří k normám „veřejného pořádku“ EU, SDEU se zjevně přidržuje linie, podle níž volná konkurence nemusí být vždy pravidlem, zatímco volný pohyb rozhodně ano.⁷¹ Proto i lokálně specifická sociální práva, která nespádají do harmonizační pravomoci EU, podrobuje SDEU požadavku neomezovat a neztěžovat volný pohyb, neohrožovat přednost, jednotu a účinnost práva EU.

Za nejviditelnější „antikolektivní“ výboj SDEU lze aktuálně považovat jeho rozhodnutí ve věci C-426/11 *Mark Alemo-Herron a další* z července 2013, ve kterém šlo o tzv. dynamickou ochranu práv zaměstnanců z kolektivní smlouvy, uzavřené se zaměstnavatelem

⁶⁷ Viz nedávná rozhodnutí SDEU C-539/12 *Lock* ECLI:EU:C:2014:351, od něhož je třeba odměnu zaměstnance v době placené dovolené počítat nejen z jeho základní mzdy, ale i z vyplacených provizí, nebo C-266/14 *Federacion Servicios Privados* ECLI:EU:C:2015:578, které zvýšilo náklady zaměstnavatelů tím, že všem zaměstnancům, kteří nezahajují pracovní den z obvyklého pracoviště, ale vyjíždějí ze svých domovů k různým klientům, musí i dobu cesty mezi bydlištěm a prvním, respektive posledním klientem počítat do denní pracovní doby. Kritika viz ROBINSON, D. – BARKLER, A. European Court of Justice accused of tormenting business. *Financial Times*. Sep. 10 2015.

⁶⁸ Úloha sociálních partnerů a jejich dialogu na unijní úrovni je uznána primárním právem, viz čl. 152, 154 a 155 SFEU. Jejich rámcové dohody se mohou na návrh Komise, po schválení Radou, stát závazným aktem sekundárního práva EU a např. v případech rodičovské dovolené, práce na částečný úvazek, či na dobu určitou se tak již stalo. Potenciálně konfliktní jsou však dohody partnerů na vnitrostátní či lokálně-odvětvové úrovni.

⁶⁹ Podrobněji viz ŠMEJKAL, V. Social or Highly Competitive Europe? EU Law Solution to Conflict of Social Security and Competition Law. *The Lawyer Quarterly*. 2016, Vol. 6, No. 1, s. 18–27.

⁷⁰ Srov. VOOGSGEERD, H. The EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on Labor Law: a Plea for a Proportionality-Test „Light“. *Goettingen Journal of International Law*. 2012, Vol. 4, No. 1, s. 332, obdobně též PAPA, V., op. cit., s. 204.

⁷¹ SDEU C-271/08 *Commission v. Germany* ECLI:EU:C:2010:426, body 45 a 46.

po té, co byl vyjednáán převod firmy na nového vlastníka, a z toho vyplývající otázku, zda jsou podmínky takové kolektivní smlouvy závazné i pro něj. SDEU se s ní vypořádal překvapivě stručně, a to zdůrazněním práva na svobodné podnikání dle čl. 16 LZPEU, které by bylo popřeno, pokud by byl i nabyvatel firmy takovou kolektivní dohodou vázán. Členské státy tedy nejsou oprávněny přijmout opatření příznivější pro zaměstnance, pokud by tím narušily podstatu práva na svobodu podnikání. Právům „převáděných“ zaměstnanců, respektive ustanovením LZPEU svědčícím jejich právům, se SDEU vůbec nevěnoval. Nejde tedy ani tak o sám výrok SDEU, jako o přímočarou úvahu, kterou k němu dospěl a která se obešla bez diskuse o významu kolektivních smluv pro zajištění práv zaměstnanců, o hodnotách sociálního dialogu a smíru, uznávaných EU. Jako by posláním EU bylo prosazovat jen ekonomické svobody a nikoli i základní sociální práva.

Ačkoli citované rozhodnutí SDEU je dikcí svého odůvodnění spíše výjimečné, kolektivní smlouvy musely „ustoupit“ i v dalších post-lisabonských rozsudcích, jako např. C-447/09 *Reinhard Prigge a další*, C-297/10 *Sabine Hennings*. Naznačená tendence v rozhodování SDEU je tudíž zřejmá a autory zabývající se jeho judikaturou v oblasti sociálních práv dlouhodobě reflektovaná.⁷² Ani Lisabonská smlouva s jejím cílem sociálně-tržního hospodářství a horizontální sociální klauzulí, ani závazná LZPEU nepřiměly SDEU k sociálně zaměřené reorientaci ustálené judikatury. Některá základní práva, zejména to na kolektivní vyjednávání (a respekt k jeho výsledkům) jsou „méně základní“ než jiná, která lépe souzní s vnitřním trhem a jeho svobodami, respektive, která v důsledku toho mají harmonizovaný standard daný právem EU. Naopak členské státy nesmějí dle SDEU v rámci své pravomoci posilovat ochranu základních práv na úkor přednosti a jednotnosti práva EU a fungování vnitřního trhu.⁷³

V. Papa k tomu nabízí řadu možných vysvětlení, která svědčí spíše pro to, že SDEU svůj zavedený přístup v dohledné době nezmění: (i) sociální práva jsou citlivou otázkou vztahů EU-členské státy-sociální partneři a SDEU nechce ztratit legitimitu přílišným aktivismem; (ii) SDEU aktuálně nechce torpédovat sociálně obtížné kompromisy dosažené při řešení ekonomické a dluhové krize Eurozóny; (iii) konzervativismus SDEU, který již má tradiční základní práva dlouhodobě ukotvená a nyní to nechce měnit ve prospěch „nových“ základních práv; (iv) celý model EU historicky „asymetricky“ straní individuálním právům před kolektivními, volí spíše stranu jednotlivce jako pracovníka a spotřebitele, než jako občana, člena sociální skupiny, odborů apod.⁷⁴

ZÁVĚR – POMÁHÁ LZPEU BUDOVAT EVROPSKÝ SOCIÁLNÍ MODEL?

Může sociální model pod taktovkou EU vzniknout, pokud EU nemá dostatek pravomocí ani prostředků? Může tomu napomoci LZPEU, jsou-li její sociální ustanovení spolehlivě aplikovatelná jen tam, kde je již EU provedla sekundárním předpisem a ve všech ostatních případech je SDEU interpretuje spíše s ohledem na zachování a prohlubování dosažené integrace, než s ohledem na jejich vlastní poslání a podstatu?

⁷² VOOGSGEERD, H., op. cit., s. 332–335, také *Dossier d'actualité. La politique européenne en matière de protection sociale des travailleurs. REIF – Protection sociale Française*. Octobre 2011, s. 8.

⁷³ SDEU C-399/11 *Stefano Melloni* ECLI:EU:C:2013:107, body 55–60.

⁷⁴ Papa, V. op., cit., s. 211.

Každý informovanější občan EU zřejmě uzná, že za některé dílčí sociální výdobytky EU skutečně vděčí, protože v řadě zemí byly ochrana zaměstnanců v případě platební neschopnosti zaměstnavatele a při převodu podniku, rodičovská dovolená a minimálně čtyřtýdenní dovolená na zotavenou nebo evropská rada zaměstnanců v dceřině firmě nadnárodního podniku skutečně zavedeny až „euro-novelami“ vnitrostátních předpisů.

Nehledě na tyto *acquis* jsou však rozdíly v sociální oblasti mezi členskými zeměmi EU stále natolik zásadní, že není zdaleka jedno, v jaké zemi EU dotýčný pobývá, přičemž nejde jen o rozdíly kvantitativní, ale systémové. Zatímco ve Skandinávii, Belgii, Nizozemsku nebo ve Francii jde na sociální výdaje přes 30 % HDP, v Pobaltí je to okolo 15 %. Veřejné zdravotní služby, přídatky na děti a dávky v nezaměstnanosti poskytují (např. na rozdíl od přídatků na bydlení) ve všech členských zemích EU, jejich rozsah i podmínky výplaty se liší. Podmínky ukončení pracovního poměru jsou rozdílné země od země, stejně jako organizovanost v odborech a význam sociálního dialogu atd.⁷⁵ Dělicí linie přitom zdaleka nekopírují bývalé rozdělení na Západ a Východ, spíše v hrubých rysech stále odrážejí klasické rozdělení evropských sociálních modelů podle C. Esping-Andersena⁷⁶ na sociálně-demokratický skandinávský model, korporativistický kontinentální model, liberální (někdy též reziduální) anglosaský model a jihoevropský (rudimentární) model s tím, že nové členské země dle svých možností a dočasných politických experimentů kombinují prvky opsané z různých modelů.

Tyto modely sociálního státu, stejně jako s nimi související modely regulace pracovních vztahů, mají své kořeny v 19. století a odrážejí lokální socio-politickou kulturou ovlivněný způsob hledání rovnováhy mezi různými zájmovými skupinami ve společnosti. Na sblížení těchto modelů přitom zdaleka nepůsobí jen sama EU, ale především vlivy demografického vývoje (stárnutí společnosti a migrace), postupující globalizace ve výrobě, obchodu, spotřebě, technologické změny ovlivňující obsah práce a podmínky jejího výkonu, jakož i měnící se struktura a síla rodinných vazeb, slábnoucí vliv církve a velkých společenských ideologií atd. Hovoří-li někteří komentátoři o krizi sociálního státu v současné Evropě, přičítají ji podstatně více těmto vlivům, než liberalizujícím a deregulačním tendencím vnitřního trhu a jednotné měny EU nebo jednotlivým, byť významným judikátům SDEU.⁷⁷

EU se samozřejmě snaží na sblížení nebo spíše na zefektivnění národních sociálních modelů působit svými doporučeními skrze tzv. metodu otevřené koordinace, a dnes

⁷⁵ Srov. např. ESSER, I. – FERRARINI, T. et al. *Unemployment Benefits in EU Member States*. European Union. 2013; BEGG, I. et al. *The Welfare State in Europe. Vision for Reform*. The Royal Institute of International Affairs. Chatham House. September 2015; MALAUSKAITĚ, K. *Concurrences sociales dans l'UE: mythes et réalités. Notre Europe Études et rapports*. Juin 2013; MALNICK, E. *Benefits in Europe: Country by country*. *The Telegraph*. 19. 10. 2013.

⁷⁶ Výklad Esping-Andersenovy typologie a charakteristiky jednotlivých modelů viz např. KELLER, J. *Soumrak sociálního státu*. Praha: SLON, 2011, kap. 4.

⁷⁷ BLAHOŽ, J. *The Welfare (Social) State, European Union and Globalization*. *The Lawyer Quarterly*. 2014, No. 3, s. 178–194; obsáhle též KELLER, J., op. cit. Je pravda, že např. v textu vícekrát vzpomínané rozsudky SDEU *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, *Komise proti Lucembursku* skutečně vyvolaly legislativní změny v členských zemích (Švédsko, Německo, Dánsko), kde se kolektivní vyjednávání dosud těšilo značné autonomii, včetně např. rozhodování o výši minimálních mezd. Srov. ZIMMER, R. *Labour Market Policies through Jurisprudence: The Influence of the Judgments of the European Court of Justice (Viking, Laval, Ruffert, Luxembourg) on Labour Market Policies*. *German Policy Studies*. 2011, Vol. 7, No. 1, s. 211–234; BRUCKER, A. – WARNECK, W. (eds) *Viking-Laval-Ruffert: Consequences and policy perspectives. Report 111*. Brussels: European Trade Union Institute, 2010.

i sociální komponenty tzv. Evropských semestrů, tato analýza však byla specificky zaměřená na nástroje právní, které může EU k budování sociálního modelu využít.⁷⁸ LZPEU takovým nástrojem stěží může být. Jak bylo ukázáno, použití LZPEU se potýká s tolika omezeními a také se značnou mírou nejasnosti ohledně podmínek tohoto použití, že po téměř sedmi letech závaznosti její sociální obsah nevychýlil rozhodovací praxi SDEU z trajektorie narýsované již v předlisabonském období, kdy byla jen nezávaznou deklarací. EU tak sice má katalog základních sociálních práv, který je dokonce možné označit za její specifický model sociálních práv,⁷⁹ jeho úkolem je však spíše udržet EU jako fungující integrovaný trh, než vybudovat federální sociální model. Fungování vnitřního trhu samozřejmě vyžaduje určité sociální ohledy a koordinaci v sociální a pracovněprávní oblasti a toto minimum Smlouvy a LZPEU tak či onak zajišťují. Platí proto konstatování, že „*Listina nezměnila stávající právní stav, ale pouze to, co již bylo dosaženo, vyjádřila v uspořádanější formě*“.⁸⁰

Očekávat, že LZPEU napomůže vytvoření federální úrovně sociálního modelu EU a sblíží jeho národní varianty, by tudíž bylo neopodstatněné, ne-li přímo naivní. Takový vývoj není možný bez rozšíření pravomocí a rozpočtu EU, což nelze dosáhnout častější a aktivnější aplikací LZPEU, ale jen dalšími změnami ve Smlouvách. I dílčí změny jsou však obtížně dosažitelné pro absenci vědomí sounáležitosti a solidarity mezi národy EU. Ačkoli řada autorů⁸¹ přesvědčivě doložila, že má-li mít EU budoucnost, pak jedině s nezbytnou mírou vzájemné solidarity, sociálních investic a tedy i čehosi na způsob federalizovaného (nikoli sjednoceného) sociálního modelu, nezdá se, že by k tomuto ideálu post-lisabonská EU směřovala, ani že by k tomu LZPEU mohla významně přispět.

Je tudíž přiznáním reality, že ačkoli se EU v čl. 3 odst. 3 SEU zavázala vytvářet vnitřní trh, který bude založen na vysoce konkurenceschopném sociálně tržním hospodářství směřujícím k plné zaměstnanosti a společenskému pokroku, sama Komise ve svých materiálech⁸² hovoří o „*cíli budování konkurenceschopných sociálně tržních ekonomik, v nichž jsou sociální politiky chápány jako prostředek k zajištění sociální spravedlnosti, sociální ochrany atd.*“. Použitím plurálu tam, kde SEU používá singulár, Komise uznává, že sestoupíme-li z výšin deklarovaných záměrů na pracovní úroveň a chceme hodnotit, co se v sociální oblasti mění, jakým směrem a s jakou efektivitou, je třeba připustit, že EU nemá ani jednotné hospodářství, ani jednotnou sociální politiku, ani z ní vyplývající systém sociální ochrany odrážející společný sociální model.

⁷⁸ Mimo rámec zkoumání bylo vědomě ponecháno i působení Rady Evropy, její Evropské sociální charty a jejího systému kolektivních stížností, který prostřednictvím každoročních zpráv Evropského výboru pro sociální práva nepochybně vyvolává určitý tlak na účastnické státy, aby ochranu sociálních práv přibližovaly ke společnému standardu.

⁷⁹ KOLDINSKÁ, K. – ŠTEFKO, M. (eds). *Sociální reformy ve střední Evropě – Cesta k novému modelu sociálního státu?* Praha: Auditorium, 2011, s. 218.

⁸⁰ BOJARSKI, L. – SCHINDLER, D. – WLADASCH, K. *The Charter of Fundamental Rights as a Living Instrument*. Roma – Warsaw – Viena: CFREU, 2014, s. 79.

⁸¹ Srov. např. GIDDENS, A. *Turbulent and Mighty Continent: What Future for Europe?* Cambridge: Polity Press 2013, kap. 3; MISIR, T., op. cit., též ŠVIHLÍKOVÁ, I. EU na rozcestí: bez ekonomické rovnováhy a bez politické legitimacy? In: P. Hlaváček (ed.). *České vize Evropy?* Praha: Academia, 2014, s. 227 an.

⁸² *Social Protection Systems in the EU: Financing Arrangements and the Effectiveness and Efficiency of Resource Allocation* Social Protection EUROPEAN COMMISSION. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, s. 6.

ÚSTAVODARNÁ MOC – VČERA, DNES A ZAJTRA

Tomáš Lalík*

Abstrakt: Ústavodarná moc je existencionálnym konceptom myslenia o ústave a ústavnom práve. V tomto príspevku autor analyzuje vývoj tohto konceptu z časovej perspektívy. V prvej časti poukazuje na znaky ústavodarnej moci v klasických teóriách, ktoré najviac ovplyvnili túto kategóriu ústavného práva. V nasledujúcej časti autor polemizuje s niektorými závermi vyplývajúcimi s tradičného myslenia o tejto moci a do popredia dáva súčasné názory ako aj rôzne praktické implikácie. Záverečná časť patrí skúmaniu existencie ústavodarnej moci v nadštátnom (globálnom) priestore cez prizmu transferu moci zo štátu na nadštátne entity.

Kľúčové slová: ústavodarná moc, národ, identita, nadštátna moc, ústavodarná moc mimo štátu

„Smrť súčasných foriem spoločenskej organizácie by mala skôr radovať dušu ako ju utláčať. Ale čo je desivé, odchádzajúci svet nezanecháva dediča ale tehotnú vdovu. Medzi smrťou jedného a narodením druhého prejde veľa času, musí prejsť dlhá noc chaosu a spustošenia.“

(Alexander Ivanovič Gerzen)

ÚVOD

Osvietenstvo je pre zrod ústavy a ústavného práva určite najdôležitejším historickým obdobím ľudstva. V tomto čase prišlo k mnohým udalostiam, ktoré podnietili teoretický ale aj praktický rozvoj tohto vedného odboru. Základné znaky paradigmy ústavného práva sa vytvorili práve pod vplyvom politickej filozofie veku svetla. Medzi základné znaky tohto obdobia patria podľa A. Sulikowského: viera v silu ľudského rozumu, viera v rozvoj, univerzálne nároky západnej civilizácie a individualizmus.¹ Nová forma politického usporiadania spoločností sa po úspešných revolúciách v Spojených štátoch amerických a vo Francúzsku premietla aj do potreby nového právneho predpisu – ústavy. Ústava sa v období Osvietenstva stala nástrojom hlbokých spoločenských zmien, a to jednak ako vyjadrenie tejto zmeny, prielom s históriou a dovtedy existujúcou tradíciou ale aj ako vyjadrenie racionálneho a spravodlivého politického usporiadania (novej) spoločnosti.

Súčasný diskurz ústavného práva je z tohto dôvodu stále silno ovplyvnený teóriami a koncepciami ústav a ústavného práva, ktoré vznikli pred viac ako 200 rokmi v časoch americkej a francúzskej revolúcie. Je tomu tak aj v prípade ústavodarnej moci, ktorá patrí medzi základné ba až existencionálne koncepty myslenia o ústave.² Avšak svet okolo nás

* Doc. JUDr. Tomáš Lalík, PhD., Katedra ústavného práva Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislave. E-mail: tomaslalik@gmail.com. Príspevok je habilitačnou prednáškou prednesenou dňa 27. januára 2016 na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave.

¹ SULIKOWSKI, A. O možnostiach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego. *Państwo i Prawo*. 2010, č. 12, s. 3.

² Terminológia slovenského právnického jazyka (podobne ako anglického, nemeckého či francúzskeho) pozná len dichotómiu ústavodarnej a ustanovenej moci; na rozdiel od českého jazyka, ktorý operuje aj pojmami ustávajúca a ustavená moc; por. napr. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 130–131.

sa za posledných niekoľko desiatok rokov radikálne zmenil. Už to nie je ten starý svet, kde dominantná úloha patrí národnému štátu. Čím ďalej tým viac do popredia vystupujú jednak formy supranacionálne, regionálne či globálne, ktoré podstatným spôsobom ovplyvňujú nielen sociálnu realitu národného štátu, ale aj jeho právny poriadok. Moc sa deetaticuje. Na druhej strane vystupuje v národnom štáte decentralizácia, ktorá moc prenáša z jedného a tradičného centra na spleť miestnych či regionálnych samosprávnych či štátosprávnych orgánov. Bolo by naivné si myslieť, že tento vývoj nemá vplyv aj na taký fundamentálny koncept, akým je ústavodarná moc. Zmena paradigmy moci za posledných niekoľko desiatok rokov podnecuje záujem o ústavodarnú moc medzi ústavnými právnikmi a táto téma sa opätovne dostáva do ich pozornosti, dokonca aj v krajinách *common law*.³

V súčasnom diskurze je problematika ústavodarnej moci kľúčová v troch rovinách. Po prvé, táto moc je dôležitá pre legitimitu ústavy ako najvyššej právnej normy pozitívneho práva. Ako hovorí E. Böckenförde argument pre nadradenosť ústavy ako právnej normy sa nenachádza v ústave ale v predústavnom stave: v autorite alebo moci, ktorá ústavu vytvorila.⁴ Po druhé, presun moci zo štátu na iné entity podnietil opätovné diskusie o ústavodarnej moci. A nakoniec je táto moc prepojená s demokraciou a suverenitou.

V tomto príspevku som sa rozhodol preskúmať povahu ústavodarnej moci z perspektívy času. Z hľadiska formy je príspevok rozdelený na tri na seba nadväzujúce časti. V prvej časti predstavím koncepciu ústavodarnej moci sformulovanú počas Osvietenstva a následne v priebehu 19. a prvej polovice 20 storočia. Ako základné východiská mi budú slúžiť práce čelných predstaviteľov tohto historického obdobia, ktorí najviac ovplyvnili myslenie o ústavodarnej moci. V druhej časti podrobím tieto názory analýze v súčasnej vede ústavného práva a poukážem na teoretické a praktické nedostatky „tradičných názorov“. Významným spôsobom klasické myslenie o ústavodarnej moci ovplyvnila najmä postmoderna. Tretia časť pojednáva o ústavodarnej moci v perspektíve globálnej, respektíve supranacionálnej ústavnosti, ktorej sila v postmodernom období vplyvom viacerých externalít rastie. Samozrejme detailné rozpracovanie tejto problematiky by si zaslúžilo oveľa širší priestor ako jeden článok, a preto sa budem koncentrovať len na tie najpodstatnejšie a najvšeobecnejšie znaky. Niektoré otázky, aj keď s témou súvisiace, ponechám stranou (napr. delegovaný ústavodarca, rozsah a forma zmien ústavy, večná klauzula atď.).

1. CHARAKTERISTIKA ÚSTAVODARNEJ MOCI

Už zo samotného pojmu vyplýva, že ide o moc. Táto moc však patrí viac do sveta politického ako právneho myslenia, respektíve prinajlepšom na rozhranie týchto dvoch svetov.⁵ S oboma má však úzky vzťah. Právo ako regulátor sociálnej reality je bytostne

³ Napr. zborník LOUGHLIN, M. – WALKER, N. (eds). *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

⁴ BÖCKENFÖRDE, E.-W. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts. In: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, s. 90–112.

⁵ Normatívna teória práva a osobitne právny pozitivizmus s konceptom ústavodarnej moci nepracujú. Existencia celého právneho poriadku stojí na predpoklade platnosti imaginárnej základnej normy. Ústavodarná moc

prepojené s mocou. Podľa mnohých autorov právo a moc patria nevyhnutne k sebe. Ich vzťah však nie je založený na vzájomnej podriadenosti, ale naopak na vzájomnej závislosti. Faktickú akceptáciu práva je možné dosiahnuť ultimátne len násilím.⁶ S politikou má ústavodarná moc spoločné to, že je neformálnou, neregulovanou a spontánnou silou. Je vlastne zhmotnením radikálnej politiky, ktorá triumfuje nad právom a dáva právu nový začiatok. Okrem práva a politiky ústavodarná moc sa priamo dotýka otázky suverenity v štáte ako aj (novej) ústavy, ktorá je vyjadrením tejto moci.

Za otca myšlienky ústavodarnej moci sa tradične považuje francúzsky kňaz, politik a filozof Emmanuel Sieyès. Ten vo svojom politickom pamflete *Čo je tretí stav?* moc rozdelil na ústavodarnú (*pouvoir constituant*) a ustanovenú (*pouvoir constitué*).⁷ Prvá je pôvodná (primárna), kým druhá je sekundárna (odvodená). Avšak už viac ako jedno storočie pred ním existovali snahy uchopiť tento fundamentálny rozdiel v „osvietenom“ Anglicku. Osobitne George Lawson vo svojom diele *Politica Sacra et Civilis* (1660) uviedol, že verejná moc je ohraničená pôvodným aktom súhlasu občianskeho spoločenstva, entity, ktorá bola suspendovaná pokiaľ je verejná moc účinná, ale zároveň je vždy pripravená opäť povstať pri vhodnej príležitosti. Známejšie rozdelenie mocí na moc pôvodnú a odvodenú sa nachádza v diele Johna Locka *Dve pojednania o vláde* (1689). V ňom formuloval názor, že ľudia sú slobodní si vytvoriť pre seba novú legislatívu odlišnú od predchádzajúcej výmenou osôb alebo formy, respektíve oboch tak, ako považujú za najlepšie pre svoju bezpečnosť a dobro.⁸

Avšak teória E. Sieyèsa je medzi konštitucionalistami populárnejšia. Ústavodarná moc ako aj moc ustanovená podľa neho patria národu, ktorý je v štáte jediný suverén.⁹ Toto jednoznačné stanovisko vychádzalo z konkrétneho účelu, a to snahy detronizovať absolutistických monarchov vo Francúzsku, ktorí tvrdili, že vykonávajú svätú Božiu moc. V jeho teórii národ ako suverén vystupuje dvojako. V normálnej situácii koná prostredníctvom už vytvorených inštitúcií, ktoré realizujú verejnú moc podľa dopredu stanovených

je v týchto koncepciách mýtom alebo surovou silou, respektíve prirodzeným právom. Je teda bez právneho významu a označovaná ako nevedecká. Por. KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949, s. 396. Pre kritiku tohto prístupu por. SCHMITT, C. *Political Theology*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005, s. 18–22.

⁶ K tomu por. aj BELLING, V. Ústava a proces emancipácie moci. *Právnik*. 2010, č. 11, s. 1137–1138 a tam cit. literatúra. Násilie je aj existencionálnou podmienkou vzniku (právneho) štátu. Por. ZUPANČIČ, B. *The Owl of Minerva: Essays on Human Rights*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2008, s. 34–35.

⁷ SIEYÈS, E. *Qu'est-ce que le Tiers état?*. Paríž: Éditions du Boucher, 2002, s. 53.

⁸ Obe práce približuje vo svojom diele KAY, R. Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law*. 2011, roč. 59, s. 717.

⁹ Pre rozdiely medzi suverénom-ľuďom v teórii J. J. Rousseaua (populárna suverenita) a suverénom-národom (národná suverenita) v teórii E. Sieyèsa por. napr. SULIKOWSKI, A. *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2008, s. 34; SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 127. Národ vnímal Sieyès ako abstraktnú a metafyzickú syntézu minulých, súčasných ako aj budúcich občanov štátu. Na druhej strane v teórii J. J. Rousseaua bol ľud ekvivalentný aktuálnemu súčtu všetkých žijúcich občanov. Pre uvažovanie o ústavodarnej moci toto rozdelenie nie je významné, nakoľko je všeobecné a vzťahuje sa vo svojich dôsledkoch na akúkoľvek moc (dokonca aj autokratickú). Preto aj v texte používam pojmy národ a ľud ako synonymá. Avšak medzi oboma koncepciami suverenity praktické rozdiely neexistujú. Napr. TROPER, M. Sovereignty. In: M. Rosenfeld – A. Sajó (eds). *Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 367. Ten tvrdí, že ľud ako aj národ sú právnymi kategóriami vytvorenými ústavou, pretože aj ľud ako aj národ sú abstraktnými entitami. Ľud, hoci je ho možné stotožňovať so žijúcimi ľuďmi, je v konečnom dôsledku vytvorený pravidlami, ktoré určujú podmienky členstva v tomto ľude (občianstvo, vek atď.).

pravidiel (ustanovená moc). Inštitúcie ako aj pravidlá ich fungovania sú určené v ústave. Ustanovené moci sú rozdelené, obmedzené a organizované. V mimoriadnych situáciách však národ vykonáva ústavodarnú moc priamo, suspenduje vytvorené inštitúcie a existujúce pravidlá a konštituuje nové inštitúcie vrátane pravidiel. Platformou, ktorá následne odzrkadľuje tieto zmeny, je opätovne (nová) ústava. Realizácia ústavodarnej moci je aktom národa, ktorý je zložený zo slobodných a rovných občanov, ktorí ničím neviazaní sú rozhodnutí sa zaviazať vytvorením ústavy.¹⁰ Obe moci sú však od seba striktne oddelené.

Ako vidieť z tejto všeobecnej charakteristiky, ústavodarná moc je úzko prepojená so suverenitou. V tradičnom ponímaní suverenity patrí držiteľovi ústavodarnej moci, ktorým je národ, respektíve ľud.¹¹ V zmysle Sieyèsovej koncepcie patrí národu právo rozhodovať o tom, či existuje výnimka (uplatnenie neorganizovanej, neobmedzenej moci) alebo či existuje zvyčajný stav (rozhodovanie podľa dopredu existujúcich pravidiel). Práve rozhodovanie o výnimke robí podľa C. Schmitta suveréna suverénom.¹²

Rozdiel medzi ústavodarnou a ustanovenou mocou je kvalitatívny ako aj kvalitatívny. Moc ustanovená je dielčia, neúplná a obmedzená. Na druhej strane, moc ústavodarná je moc neobmedzená, nedeliteľná a spontánna.¹³ Dôležitým znakom ich vzťahu je aj hierarchia. Moc ustanovená je predmetom dispozície držiteľa ústavodarnej moci, ktorým je v demokracii ľud alebo národ. Suverén má právo vytvoriť a zrušiť verejnú moc, zničiť pôvodné a vytvoriť nové. Tieto myšlienky našli svoje zhmotnenie aj v Americkej deklarácii nezávislosti (1776). V jej preambule sa uvádza, že k zaisteniu základných práv sa medzi ľuďmi vytvárajú vlády, ktoré odvodzujú svoju oprávnenú moc od súhlasu tých, ktorým vládnu, avšak kedykoľvek začne byť vláda prekážkou týmto cieľom, ľud má právo ju zmeniť alebo zrušiť a ustanoviť novú vládu.

Ústavodarná moc je predovšetkým silou. Na rozdiel od moci ustanovenej je spontánna a revolučná, pričom stojí mimo práva a všetkých regulovaných procesov. Niektorí autori hovoria, že sama je revolúciou.¹⁴ Tvorí všetko nové, nemá minulosť a nepotrebuje nikoho či nič pre svoju realizáciu. Ako hovorí E. Sieyès: „*Národ existuje pred všetkým, je pôvodcom všetkého*.“¹⁵ Nie je preto zvláštne, že v klasickom ponímaní je táto moc často prirovnávaná k samotnému Stvoriteľovi, ktorý vytvoril vesmír z ničoho. Podobným spôsobom ľud/národ vytvára politický kozmos. A ako Boh zasahuje do chodu ľudských dejín len zriedkavo a dáva ľudstvu nový začiatok, tak ľud periodicky vstáva, ruší politické usporiadanie a píše novú ústavu.¹⁶

¹⁰ SIEYÈS, E. Bases de l'ordre social ou série raisonnée de quelques idées fondamentales de l'état social et politique (an 3). In: P. Pasquino. *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*. Paríž: Odile Jacob, 1998, s. 181 an.

¹¹ Článok 3 francúzskej deklarácie práv človeka a občana to potvrdzuje: „*Všetka suverenita pochádza z národa*.“

¹² SCHMITT, C. *Political Theology*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005, s. 5 a 13. Por. aj MINKKINEN, P. Political Constitutionalism versus Political Constitutional Theory. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, roč. 11, č. 3, s. 593–597.

¹³ Por. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 126.

¹⁴ Por. NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, s. 12. Je zaujímavé, že v dávnych historických obdobiach boli revolúcie považované za čosi obyčajné a cyklické v dejinách ľudstva. Presadzovaním kresťanského náboženstva a zmenou paradigmy, že história nie je cyklická ale priamkovitá, sa z revolúcií stalo synonymum moderného začiatku. Por. ARENDT, H. *On Revolution*. Londýn: Penguin Books, 1973, s. 28.

¹⁵ SIEYÈS, E. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paríž: Éditions du Boucher, 2002, s. 53.

Ako som uviedol, charakteristickou črtou ústavodarnej moci je spontánnosť, respektíve chaos. Pohybuje sa mimo organizácie, poza pravidlami, je až anarchistická. Priliehavá definícia ústavodarnej moci v tejto rovine sa nachádza v diele talianskeho profesora Antonia Negriho, ktorý ju definoval ako silu, ktorá trhá, láme, prerušuje, rozbíja akúkoľvek predtým existujúcu rovnováhu a kontinuitu.¹⁷ Avšak anarchia trvá len prechodné a nevyhnutné obdobie a je nahradená novým začiatkom, ktorý prináša stabilitu a poriadok. Uvedené vystihol pred Národným zhromaždením francúzsky gróf z Clermont-Tonnerre, keď uviedol, že anarchia, aj keď obávaná, je nevyhnutná pre prechodné obdobie. Je totiž jediným momentom, v ktorom môže byť vytvorený nový poriadok. Právny systém, ako každý ľudský fenomén, totiž musí mať svoj začiatok. Tento začiatok však nie je konečným regresom.¹⁸

Dôležitým aspektom ústavodarnej moci je jej vzťah k ústave. V klasickej teórii je každá ústava aktom ústavodarnej moci. Ústava predstavuje vyjadrenie a zhmotnenie ústavodarnej moci a vyjadruje politickú jednotu ako aj základné usporiadanie mocí ustanovených (princíp delby moci). Je normatívnym vyjadrením najvyššej moci v štáte. Dôležité pre účely článku je, že ústava je vyjadrením jedinečnosti suveréna, stelesnením jeho identity a prejavom jeho autonómie voči vonkajšiemu svetu vrátane prielomu z minulosťou.

Vlastnosti, ktoré sú podstatné pre ústavodarnú moc, sa rovnakým spôsobom vzťahujú aj na ústavu. Týka sa to aj vzťahu ústavy, jej tvorby a schvaľovania voči existujúcemu právnemu poriadku a pravidlám, ktoré tento poriadok obsahuje. Základným východiskom je, že sa nová ústava neviaže na žiadne predchádzajúce pravidlá. Ona sama totiž predstavuje nový začiatok, nové pravidlá, novú tradíciu a ideológiu. Stáva sa tým najvyšším právom, právnou normou pozitívneho práva s najvyššou právnou silou. Jej prijatie sa preto nemôže odohrávať v akomsi dopredu predvídanom rámci či pravidlách. Proces prijímania a schvaľovania ústavy je mimo kategórií pozitívneho práva.¹⁹ Neviazanosť a neobmedzenosť minulosťou sú cnosťou novej ústavy ako prejavu ústavodarnej moci. Ako poznamenal v tejto súvislosti Richard Kay myšlienka, že ústava môže byť v súlade s existujúcim právom pri svojom zrode je v priamom rozpore s povahou moci, ktorá ústavu prijíma.²⁰

Po druhé, ústava je vyjadrením formy a obsahu novej suverenity. Stará ústavodarná moc končí, starý politický poriadok zaniká a ústava zakladá diskontinuitu, respektíve prielom medzi starým a novým. Nová ústava sa stáva podľa Ch. Möllera exkluzívnym konceptom, pretože určité formy poriadku sa už ďalej nemôžu označovať ako nesprávne či chybné. Alternatívne riešenia sú prijatím novej ústavy odmietnuté.²¹ Ústavodarná moc v ústave vytvára proces a inštitúcie, ktoré majú túto moc sprítomňovať. Tak sa stáva ústavodarný proces nepretržitým procesom.

¹⁶ Vo vzťahu medzi moderným štátnym právom a teológiou zaujímavú poznámku vyslovil C. Schmitt, keď uviedol, že všetky pojmy štátneho práva sú sekularizovanými teologickými pojmami. Cit. HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 1, s. 7.

¹⁷ NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, s. 21.

¹⁸ Uvádza KAY, R. Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law*. 2011, roč. 59, s. 735.

¹⁹ „Vôľa národa je vždy legálna, ona sama je zákonom.“ SIEYÈS, E. *Qu'est-ce que le Tiers état?*. Paríž: Éditions du Boucher, 2002, s. 53.

²⁰ KAY, R. Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law*. 2011, roč. 59, s. 722.

²¹ Por. MÖLLERS, CH. Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionalisation. In: A. von Bogdandy – J. Bast (eds). *The Principles of European Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 186.

Na druhej strane ústavodarná moc sa nevyčerpáva prijatím ústavy. Politické rozhodnutie prijať ústavu nemá recipročný účinok na subjekt ústavodarnej moci a neruší jeho ďalšiu existenciu.²² Ako vraví A. Negri ústavodarná moc sa odmieta dať úplne konštitucionalizovať.²³ Je tak v napätí s povahou ústavy, ktorou základnou črtou (osobitne v americkom diškurze) je moc obmedzovať.²⁴ Ústavodarná moc zostáva skrytou mocou, ktorá sa v budúcnosti môže znovu prejaviť, ak nastanú dopredu nepredvídané okolnosti. Tak tomu bolo už mnoho ráz v priebehu ľudských dejín a rozmyšľať o jej úplnom skrotení je naivné.²⁵

Ako som uviedol skôr, ústavodarná moc sa týka aj držiteľa tejto moci. Osobitne je dôležitá pre teóriu demokracie. Ľud je v demokracii tvorcom a tou najvyššou autoritou, ktorá stojí na začiatku všetkých legitimizačných procesov mocí ustanovených. Už v koncepcii Emmanuela Sieyèsa bol Tretí stav stelesnením národa, ktorý je všetkým.²⁶ Z premisy, že v demokracii moc patrí ľudu ako celku vyplýva, že v demokracii nie je miesto pre iný zdroj moci, nech by to bol ktokoľvek alebo čokoľvek. Celkom presne to vystihol C. Schmitt, keď uviedol, že v demokracii nemôže byť zdrojom moci ani Boh. Ak by tomu tak bolo, tak konečná a platná vôľa ľudu by mohla byť odmietnutá. Jediným bohom v demokracii je ľud, čo vyjadruje aj známa sentencia *Vox populi, vox Dei*.²⁷ Obdobne sa vyjadril aj francúzsky aristokrat A. de Tocqueville, keď si počas svojej cesty v Amerike všimol, že v Spojených štátoch amerických vládne ľud tak, ako Boh vládne celému vesmíru. Ľud je v demokracii príčinou všetkých vecí, všetko pochádza od neho vrátane štátu či štátnych orgánov.²⁸ Vychádzajúc z demokratickej teórie je ľud tým najvyšším prameňom legitimacy a jeho rozhodnutia ohľadom politickej existencie pri výkone ústavodarnej moci nie sú predmetom etického alebo legálneho hodnotenia. Toto rozhodnutie je poza kategóriami dobra – zla alebo legality – ilegality.²⁹

V demokracii však ľud (národ) musí byť nielen zdrojom všetkej moci, ale aj jej ultimátnym cieľom. Stojí na oboch koncoch akejkoľvek moci, je začiatkom a v rovnakom čase aj jej koncom. Vždy je tak na rozhodnutí ľudu či nevytvorí nový poriadok. Národ má prioritné postavenie voči ústave a tomu čo je (*Sein*), ktoré je nielen prirodzeným

²² SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 125–126.

²³ NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, s. 11.

²⁴ Ako uviedol predseda Najvyššieho súdu USA J. Marshall v najdôležitejšom rozhodnutí *Marbury v. Madison*: „(...) ak je pravdou druhá možnosť (ústava na úrovni obyčajného zákona a zákonodarca ju môže zmeniť kedykoľvek si zmyslí, T. L.), tak písané ústavy sú absurdnými pokusmi zo strany ľudu obmedziť moc, ktorá je vo svojej podstate neobmedziteľná.“ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 177 (1803).

²⁵ Ako paradox k uvedenému môže preto znieť snaha Európskej komisie pre demokraciu prostredníctvom práva (Benátska komisia) ústavodarnú moc konštitucionalizovať (obmedzovať) tým, že odporúča krajinám využitie legálnych procesov aj pre prijatie novej ústavy. Por. *Report on Constitutional Amendment*, 41–42, CDL-AD (2010)001-e z 19. 01. 2010, § 68.

²⁶ „Le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation. Qu'est-ce que le Tiers? TOUT.“ SIEYÈS, E. *Qu'est-ce que le Tiers état?*. Paríž: Éditions du Boucher, 2002, s. 5.

²⁷ Por. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 266–267. Obdobne napr. HUTCHINSON, A. A 'Hard Core' Case against Judicial Review. *Harvard Law Review Forum*. 2008, roč. 121, s. 60, ktorý tvrdí, že v demokracii nemôže existovať žiadna metafyzická moc majúca prednosť pred vôľou ľudu.

²⁸ DE TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America*. New York: Penguin Books, 2010, s. 59.

²⁹ Ide mi tu o popis ústavodarnej moci ako kreatívnej sily a nie ako obmedzenej suverenity, kde ľudskoprávny diskurz hrá dôležitú úlohu.

(logickým), ale aj nevyhnutným (normatívnym) predpokladom ústavodarnej moci.³⁰ V ďalšej časti príspevku sa pokúsim preskúmať tieto závery využívajúc pri tom poznatky súčasnej vedy ústavného práva.

2. ÚSTAVODARNÁ MOC DNES

Z pohľadu historickej skúsenosti s ústavodarnou mocou ako aj jej teoretického rozpracovania je namieste jej hodnotenie. Prvou otázkou, veľmi zaujímavou, je reálny výkon ústavodarnej moci. Ako vyplýva z predchádzajúcej časti v tradičnej koncepcii je vykonávateľom ľud alebo národ, pretože táto moc je bytostne prepojená s demokraciou. Ako však ukazuje prax, tento subjekt žiadnu ústavu, ako výsledok pôsobenia ústavodarnej moci, nikdy nevytvoril ani neprijal.³¹ Autorstvo ústavy je vo väčšine prípadov nanajvýš len aktom pripísania a nie aktom skutočného výkonu kompetencie. Aktívna a priama participácia veľkej časti obyvateľstva na rokovaníach pri tvorení a prijímaní ústavy je vecou len formy a rétoriky ako si všíma Richard Kay.³² V praxi ide o snahu skutočných autorov novej ústavy nájsť pre ňu v demokratickom režime legitimitu a morálne zdôvodnenie. Nakoľko v postmodernej dobe tradícia bola zanechaná, je nutné sa pri výkone verejnej moci odvolávať na ľud ako najvyššiu entitu v demokratickom štáte.³³ Túto skutočnosť preukazuje mnoho ústav, vrátane Ústavy SR. V jej Preambule sa zdôrazňuje že autorom ústavy nie je orgán verejnej moci, ale priamo sám ústavodarca, hoci priame zapojenie ľudu v ústavodarnom procese *ex ante* ani *ex post* realizované nebolo.³⁴ Podobný scenár prebehol aj pri iných ústavách vrátane Ústavy USA.

Úloha ľudu či národa v procese prijímania ústavy je nanajvýš presunutá do následného schvaľovania ústavy v referende. Ľud totiž môže len schvaľovať, nemôže diskutovať, navrhovať alebo deliberovať.³⁵ Na samotnom písaní, rokovaníach o jednotlivých ustanoveniach sa ľud ako veľká časť populácie nezúčastňuje. Namiesto neho konajú jeho zástupcovia. Ústava je tvorená v parlamente alebo ústavodarnom zhromaždení. Niekedy sa parlament sám premenuje na konštituantu, ako tomu bolo vo Francúzsku po revolúcii. Avšak ani tento pohľad nie je konečný. V parlamente či konštituante sa vytvárajú jednotlivé skupiny, diskusné fóra, či *ad hoc* skupiny, ktorých úlohou je vypracovať konkrétnu časť či len ustanovenie novej ústavy. Proces prijímania ústavy je tak decentralizovaný, partikularizovaný a často neformálny. Ľud alebo národ ak vôbec v tomto procese vystupujú, ich úloha je väčšinou sekundárna. Preto právomoc prijať ústavu zo strany ústavodarca je len jeho imaginárnou a nie reálnou kompetenciou.³⁶

³⁰ Por. aj HAHM, CH. – KIM HO, S. To make “We, the People”: Constitutional Founding in postwar Japan and South Korea. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 4, s. 802.

³¹ KRISCH, N. Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order. *ICON.S Working Paper – Conference Proceedings Series 1*. 2015, No. 7, s. 6.

³² KAY, R. Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law*. 2011, roč. 59, s. 743.

³³ Por. aj DYZENHAUS, D. “Now the machine runs itself”: Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen. *Cardozo Law Review*. 1994, roč. 16, č. 1, s. 14–15.

³⁴ O Preambule k Ústave SR por. ĽALÍK, T. Preambula k Ústave SR a jej význam. In: *Ústava Slovenskej republiky. 20 rokov v národnom a európskom pohľade*. Lutla: Lonfinger, 2012, s. 210–226.

³⁵ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 131–132.

³⁶ Výnimku, ktorá potvrdzuje pravidlo, predstavuje plánovaná ústavná reforma na Islande v rokoch 2010–2011. V tomto čase islandský parlament prijal zákon o revízii ústavy z roku 1944. Na tento cieľ malo byť zvolených

Ďalšou oblasťou, ktorá budí záujem súčasných vedcov z oblasti ústavného práva a politológie, je otázka existencie držiteľa ústavodarnej moci pred prijatím ústavy. Z povahy ústavy ako konštitutívneho právneho predpisu totiž vyplýva, že držiteľ ústavodarnej moci je tiež vytvorený samotnou ústavou. Tento subjekt neexistuje pred ústavou (*ex ante*), ale objavuje sa až jej prijatím, respektíve akceptáciou. Pred prijatím novej ústavy existuje ešte predchádzajúca ústavodarná moc, ktorá zaniká až prijatím novej ústavy. Ľud alebo národ sú len produktom ústavy a nie je tvorcom. Ako si všimajú Ch. Hahm a S. Ho Kim vzťah medzi ústavou a jej domnelým tvorcom je paradoxný: nie ústavodarca vytvára ústavu, ale ústava vytvára ústavodarcu. Vzťah medzi nimi nie je vzťahom hierarchie ale vzájomnej podmienenosti.³⁷ Ako ústava nevyhnutne potrebuje svojho tvorcu, tak ústavodarca musí mať svoju ústavu. Bez nej by nebol ústavodarcom. Avšak ústavodarca vzniká až prijatím ústavy. Ústava konštituuje ústavodarcu retrospektívne. Ľud alebo národ ako ústavodarná moc sa konštituuje až momentom nadobudnutia účinnosti (podpisu) ústavy. Dovtedy tento subjekt nie je prítomný. Ako uviedol francúzsky filozof J. Derrida komentujúc americkú deklaráciu nezávislosti, až podpis vytvára osobu, ktorá sa podpisuje.³⁸

Iným problematickým aspektom, v ktorom badať napätie medzi tradičnou koncepciou ústavodarnej moci a skutočnosťou, je vzťah ústavodarnej moci k vonkajším faktorom a udalostiam. V tradičnej koncepcii je ústavodarná moc vnímaná ako prejav práva na sebaurčenie konkrétneho subjektu, ako normatívne oddelenie sa od predchádzajúceho režimu. Prijatie ústavy predstavuje vrcholnú úroveň aktu vnútornej autonómie (oslobodenia sa).³⁹ V procese prijímania ústavy je preto potrebné na všetko externé a cudzie hľadieť s veľkým podozrením. Rovnako tak ako na závislosť ústavodarnej moci na niečom vonkajšom, keďže táto moc je vo svojej podstate neobmedziteľná a nezávislá. Nanútenie ústavy či vplyv externých faktorov na ústavodarnú moc v tradičnej koncepcii nemá miesto.

Avšak v praxi len málo ústav je realizáciou ideálneho scenára, kde ústava je prijatá ako autentický a autonómny prejav ústavodarnej moci ľudu či národa. V 18. storočí len ústavy Francúzska a USA vznikli skoro „ideálnym“ spôsobom, keď suverén v revolúciách konal relatívne autonómne bez výrazného vonkajšieho zasahovania. Ďalšie ústavy tohto historického obdobia vznikli úplne opačným spôsobom, a to ako oktrojované ústavy. Napríklad ústavy Poľska (1791), Španielska (1812) či Nórska (1814) boli vo svojej podstate bonapartistickými ústavami. Na druhej strane ústavy Holandska (1815), Bavorska (1818) a Portugalska (1826) ponúkali alternatívnu víziu ústavodarnej moci na rozdiel od ľudu či národa, keď tieto ústavy zavádzali absolutistické monarchie a držiteľom ústavodarnej

25 delegátov – islandských občanov (okrem štátnych zamestnancov), ktorí mali preskúmať potrebu zmeny ústavy a túto zmenu následne predostrieť parlamentu. Íšlo o konštituantu pod názvom ústavná rada. Avšak ešte pred vznikom tejto ústavnej rady bolo vytvorené tzv. národné fórum, ktoré malo ústavné otázky prediskutovať. Do neho bolo náhodným spôsobom vybraných 1000 islandských občanov. Projekt na úrovni oboch inštitúcií skončil úspechom (aj vďaka pomoci ústavných právnikov a profesionálnych facilitátorov) a ústavná rada navrhla parlamentu prijať novú ústavu. Parlament však na túto iniciatívu nakoniec nereagoval. K diskusií o ústavných referendách por. TIERNEY, S. *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 19 an.

³⁷ HAHM, CH. – KIM HO, S. To make “We, the People”: Constitutional Founding in postwar Japan and South Korea. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 4, s. 807.

³⁸ DERRIDA, J. Declarations of Independence. *New Political Science*. 1986, roč. 15, s. 10.

³⁹ Por. PREUSS, U. Perspectives on Post-Conflict Constitutionalism: Reflections on Regime Change Through External Constitutionalism. *New York Law School Law Review*. 2006/2007, roč. 51, s. 469–470.

moci bol kráľ.⁴⁰ Ústavy 19. storočia boli vo väčšine známych prípadov nanútenými ústavami a to buď prostredníctvom zahraničného dobyvateľa alebo monarchu. Popierali základnú premisu, že ľud či národ sú držiteľia ústavodarnej moci a ústava vyjadruje ich právo na sebaurčenie. Aj v 20. storočí boli niektoré ústavy oktrojované – Japonsko (1947), Južná Kórea (1948) alebo Saudská Arábia (1992). Z uvedeného vyplýva, že ústavy nie sú vždy výsledkom práva národa či ľudu na sebaurčenie.

Druhou rovinou vzťahu externalít a ústavodarnej moci je globalizácia. Ako si všíma U. Preuss od druhej polovice 20. storočia je veľmi zložité rozlíšiť, ktoré udalosti pri vytváraní ústav a štátov sú vnútorné a ktoré sú vonkajšie.⁴¹ Rozvoj porovnávacieho ústavného práva podnietil vznik tzv. *constitutional borrowing*. Tento trend znamená, že štáty pri vytváraní vlastnej ústavy sú inšpirované konceptmi, inštitútmi a inštitúciami iných štátov či ústav a tieto zapracúvajú do svojej vlastnej ústavy.⁴² Ústava tak nie je produktom autentického práva na sebaurčenie ľudu, ale je silno ovplyvnená inými a už existujúcimi ústavami. Osobitne je tento jav prítomný v procese dekolonizácie, keď si nové štáty „požičiavajú“ od svojej koloniálnej mocnosti mnoho inštitútov a inštitúcií. Prichádza tak ku všeobecnému preberaniu jednotlivých inštitútov. Medzi najznámejšie patrí princíp delby moci, zavedenie súdnej kontroly ústavnosti, parlamentná forma vlády atď.

V rámci globalizácie je podstatná aj ďalšia skutočnosť. Mnoho rozvinutých krajín má vo svojej zahraničnej politike a pomoci rozvinutých veľa projektov, ktoré slúžia na vytváranie štátov, ich organizačnej štruktúry, budovanie inštitúcií právneho štátu vrátane nezávislosti súdnictva či ďalších komponentov.⁴³ Na tento účel boli vytvorené aj mnohé medzinárodné organizácie (a v rámci nich mechanizmy na riešenie postkonfliktných situácií⁴⁴), mimovládne organizácie či súkromné združenia a spoločnosti.⁴⁵ Ulrich Preuss hovorí v tomto smere o medzinárodnej ústavnej intervencii, ktorá sprevádza vznik štátov a ústav v postmodernej dobe.⁴⁶

Globalizácia vplýva na ústavodarnú moc a novo prijatú ústavu aj ďalším spôsobom. Po vzniku štátu je potrebné monopolizovať násilie do rúk orgánov verejnej moci a ukončiť chaos, ktorý vznik každého štátu do istej miery sprevádza. Preto je potrebná efektívna a výkonná politická sila, ktorá je spôsobilá potlačiť akúkoľvek protisilu, ktorá by dosiahnutý mier chcela narušiť. K tomu často slúži aj pomoc či priamo intervencia zo strany iných štátov. A nakoniec po úspešnom zavŕšení ústavodarného procesu bez ohľadu na spôsob a charakter jeho priebehu, každý štát potrebuje byť uznaný inými štátmi (osobitne veľmocami) ako štát medzinárodného spoločenstva. Len tak sa pojem práva na sebaurčenie, nezávislosti či suverenity darí naplniť.

⁴⁰ HAHM, CH. – KIM HO, S. To make “We, the People”: Constitutional Founding in postwar Japan and South Korea. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 4, s. 803–804.

⁴¹ PREUSS, U. Perspectives on Post-Conflict Constitutionalism: Reflections on Regime Change Through External Constitutionalism. *New York Law School Law Review*. 2006/2007, roč. 51, s. 491–492.

⁴² Ilustratívne napr. TEBBE, N. – TSAI, R. Constitutional Borrowing. *Michigan Law Review*. 2010, roč. 108.

⁴³ Napr. Canadian International Development Agency, ktorá zanikla v roku 2013.

⁴⁴ Napr. vytvorenie medzinárodnej dočasnej vlády pod hlavičkou OSN v Afganistane, Východnom Timore, Kambodži alebo Kosove ako aj viaceré aktivity OECD týkajúce sa budovania nestabilných štátov (dokument OECD – DAC 2008 Statebuilding in Situation of Fragility) ai.

⁴⁵ Napr. International Republican Institute, Interpeace atď.

⁴⁶ PREUSS, U. Perspectives on Post-Conflict Constitutionalism: Reflections on Regime Change Through External Constitutionalism. *New York Law School Law Review*. 2006/2007, roč. 51, s. 494.

Ako vidieť z tohto krátkeho prehľadu – včera aj dnes – len s ťažkosťami je možné postrehnúť hranicu medzi vnútornou autonómiou a právom na sebaurčenie držiteľa ústavodarnej moci a vonkajšími vplyvmi, ktoré prispeli ku vzniku novej ústavy a štátu. Medzi ústavodarnou mocou a „cudzími“ prvkami prebieha zložitá interakcia, ktorá sa významnou mierou pričiňuje k ovplyvňovaniu identity ústavodarnej moci. Rozdiel medzi autonómiou a externalitami sa v procese prijímania ústavy stiera. Žiadna ústava v súčasnej dobe nie je produktom akejsi plnej vnútornej suverenity konkrétneho suveréna.

Aj samotná idea držiteľa ústavodarnej moci bola počas histórie mnoho razy spochybnená. Nielen v rovine či je držiteľom ľud alebo národ, ale aj v otázke či držiteľom tejto moci je absolutistický monarcha, respektíve či sa táto moc nedelí medzi monarchu a ľud ako tomu bolo vo francúzskej ústave z roku 1791.⁴⁷

V zložených štátoch je identifikácia držiteľa ústavodarnej moci ešte komplikovanejšia. V týchto štátoch je spravidla delená medzi subjekty federácie a samotnú federáciu a ďalej medzi ľud federácie a ľud jednotlivých štátov.⁴⁸ Často sa pri tom tvrdí, že ústavodarná moc sa nachádza v týchto dvoch entitách v rovnakom čase. Je tomu tak preto, lebo konkrétne určenie držiteľa ústavodarnej moci v zložených štátoch naráža na problém, kde každá konkrétna odpoveď je problematická. Ak totiž ústavodarnú moc majú podskupiny, tak ich väčšia a spoločná entita je závislá na ich vôli a spoločná ústava je len zmluvou, ktorú je možné kedykoľvek vypovedať zo strany každej podskupiny. Ak však ústavodarná moc patrí federácii, tak tieto podskupiny sa boja, že budú musieť akceptovať potenciálne novú ústavu, na ktorej obsahu sa nebudú môcť podieľať. Tieto rozpaky sa prekonávajú tým, že pozornosť sa sústreďí na moc ustanovenú – ustanovenia o ústavnej zmene či prijatí novej ústavy sa v zložených štátoch nachádzajú spravidla v ústave.⁴⁹ Ako tvrdí N. Krisch prakticky sa ústavodarná moc nachádza v rovnováhe, respektíve je redukovaná do praxe a jednaní rôznych hráčov na rozličných úrovniach. Žiadny subjekt pri tom nemôže urobiť rozhodnutie v tejto oblasti bez súhlasu ostatných subjektov.⁵⁰

To nás privádza aj k odhaleniu ďalšieho mýtu o ústavodarnej moci, a to, že nie je jednotná, respektíve centralizovaná. Naopak, existuje množstvo subjektov, tak vnútroštátnych ako aj supranacionálnych, ktoré ústavodarnú moc formujú. Ústavodarná moc je diskurzívnou štruktúrou bez konkrétneho subjektu, pretože komunikácia a rokovania prebiehajú na rôznych miestach a v rôznych orgánoch.⁵¹

Nemenej naliehavou otázkou je aj identita držiteľa ústavodarnej moci ľudu alebo národa. V procese prijímania ústavy je potrebné určiť pravidlá a hranice, kto ešte patrí k subjektu a kto sa nachádza mimo a je cudzí. Koho môžeme začleniť ako „nášho“, kto je „My, ľud“, respektíve „My, občania“? E. Sieyès a C. Schmitt chápali národ alebo ľud ako niečo dopredu dané. Niečo čo existuje už pred momentom prijatia ústavy a prijatie

⁴⁷ Por. aj SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 77. Práve v monarchiách je to monarcha, ktorý dáva jednotu ľudu tým, že ľud mu je podriadený. Por. WALL, I. Notes on an 'Open' Constituent Power, s. 2–3. Prístupné z: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259008>; [cit. 2016-02-03].

⁴⁸ Por. aj rozhodnutie Najvyššieho súdu USA vo veci *US Term Limits, Inc v. Thornton*, 514 US 779 (1995), v ktorom sa samotní sudcovia nezhodli na otázke, či existuje jeden americký ľud alebo ľudy jednotlivých štátov.

⁴⁹ Por. Ústavu Švajčiarska a konkrétne čl. 193.

⁵⁰ KRISCH, N. Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order. *ICON.S Working Paper – Conference Proceedings Series 1*. 2015, No. 7, s. 11.

⁵¹ Ibidem, s. 6–7.

ústavy tento stav či skutočnosť len deklaruje. Podľa nich suverén či držiteľ ústavodarnej moci existuje skôr ako ústava.⁵² Tieto závery však nerešpektujú konštitutívnu povahu ústavy a retrospektívne vytvorenie ústavodarcu momentom prijatia ústavy. Okrem toho podceňujú aktívnu úlohu, ktorú zohráva ústava pri konštituovaní identity suveréna. Táto identita sa formuje práve aj okolnosťami prijatia ústavy. To je podľa môjho názoru aj záver z francúzskej či americkej revolúcie, kde sa nová identita Američanov a Francúzov vytvorila práve udalosťami týchto revolúcií.

Druhým aspektom je skutočnosť, že identita ľudu sa mení plynutím času. Identita držiteľa ústavodarnej moci je dynamickým a nie statickým procesom. Tento vývoj neustále pokračuje a identita sa definuje a redefinuje. Asi len ťažko identita a základné vlastnosti ľudu, ktorý žil v USA v čase účinnosti ústavy (1789), zodpovedajú obyvateľstvu tejto krajiny v 21. storočí. Uvedený proces vývoja identity suveréna umožňuje pluralizmus, ktorý ústava garantuje, zabezpečuje a uľahčuje. Ľud definuje svoju identitu nielen vo vzťahu k cudzím (externým) skutočnostiam, ale aj získava konkrétnu formu a tvar prostredníctvom kontinuálnej interakcie s vnútorným „iným“.⁵³ Uvedený jav vystihol J. Habermas, podľa ktorého je ústava platformou, v ktorej sa stretáva jednota a diverzita, keďže ústava na jednej strane prepája jednotu do diverzity (uskutočňovanie súkromnej autonómie) a na druhej strane prepája diverzitu do jednoty (realizácia verejnej autonómie).⁵⁴

E. Sieyès a C. Schmitt však majú pravdu v tom, že v procese realizácie ústavodarnej moci by mali existovať určité vlastnosti suveréna, ktoré ho následne konštituujú do tejto polohy. Je potrebné si položiť otázku, že kto vlastne patrí k suverénovi a kto už nie. Moment prijímania ústavy je totiž časom, kedy musí existovať dostatočná jednota ohľadom spoločnej identity ústavodarcu. Základnými znakmi je homogenita a rovnosť, ktoré *demos* vytvárajú. Často sa stáva, že práve v okamihoch prijímania novej ústavy môže prísť k zmenám a hranice členstva sa radikálne menia. Nie všade na svete bola situácia taká pokojná ako pri rozpade ČSFR, kde slovenský zákon o štátnom občianstve (§ 3 zákona č. 40/1993 Z. z. v účinnom znení) umožňoval osobám, ktoré nemali pri vzniku SR slovenské štátne občianstvo a pri zániku federácie boli občanmi ČSFR, aby si v dobe jedného roka zvolili slovenské štátne občianstvo, ak tak chceli urobiť. Pri rozpade krajín bývalej Juhoslávie či Sovietskeho zväzu mnoho obyvateľov nových štátov ostalo mimo novej ústavodarnej moci a stali sa osobami bez štátnej príslušnosti. Štátne orgány ich jednoducho vymazali zo všetkých registrov.⁵⁵ Predchádzajúci jednotiaci prvok a homogenita sa v procese emancipácie novej ústavodarnej moci rýchlo nahradili iným. Určovanie hraníc členstva je často svojvoľné a veľmi dynamické.

V tomto ohľade etnická, kultúrna či jazyková jednota nie sú tými najdôležitejšími faktormi, i keď nepochybne prispievajú k vytvoreniu identity suveréna. Veľmi dôležitou skutočnosťou je (ne)existencia spoločného politického povedomia.⁵⁶ Nemecký konšti-

⁵² Por. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Londýn: Duke University Press, 2008, s. 75.

⁵³ HAHM, CH. – KIM HO, S. To make “We, the People”: Constitutional Founding in postwar Japan and South Korea. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 4, s. 812–813.

⁵⁴ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Druhé vydanie. Cambridge: The MIT Press, 1996, s. 121–122, 215.

⁵⁵ K tomu por. napr. rozhodnutie Veľkej komory EŠP zo dňa 12.03.2014 vo veci *Kurič a ostatní v. Slovinsko*, sťažnosť č. 26828/06, ktoré je dôkazom toho, že ani po 20 rokoch status „vymazaných“ osôb v Slovinsku po získaní nezávislosti nebol uspokojivo vyriešený.

⁵⁶ KAY, R. Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law*. 2011, roč. 59, s. 741.

tucionalista D. Grimm považuje nasledujúce činitele za dôležité pre definíciu ľudu ako vykonávateľa ústavodarnej moci: vytvorenie pocitu spolupatričnosti, podpora väčšiny- vých rozhodnutí, solidarita a spôsobilosť komunikovať svoje ciele a problémy diskurzív- nou formou.⁵⁷

Ďalším problematickým tvrdením klasickej teórie je aj to, že v tradičnom prístupe ústavodarná moc vytvára všetko od počiatku. Chaos a anarchia predstavujú nevyhnutnú súčasť procesu prijímania ústavy. Aj keď toto tvrdenie môže byť do istej miery pravdivé, je tomu len z časti. Zo sociologického hľadiska totiž musí existovať určitá úroveň socio- logického kapitálu na zabezpečenie vzájomnej dôvery, ktorá je kľúčová pri ústavných vyjednávaniach a kompromisoch. Rovnako tak je potrebný fungujúci administratívny aparát a policajné zložky, ktoré celý proces zjednodušujú a zvyšujú pravdepodobnosť naplnenia ústavných príslubov.⁵⁸ Ani celý právny poriadok sa nevytvára nanovo. Aj pri významných revolučných zmenách, ktoré znamenajú zmenu štátneho režimu, veľká časť právneho poriadku zostáva nedotknutá. Prirodzene sa mení ústava a niekoľko (skôr ideologických) zákonov. Väčšina právnych noriem je však novým režimom recipovaná a jediné, čo sa mení je samotný základ právneho poriadku.

Kontroverzie budí aj tvrdenie, že ústavodarná moc vzniká z ničoho a predstavuje prielom s minulosťou. Na rozdiel od tejto tézy, ústavy „prekvapujúco“ pomerne rozsiah- lo pracujú s minulosťou. Jednak je ústava prejavom negácie minulosti a v tomto smere predstavuje pomyslený prielom a diskontinuitu. Na druhej strane však prevláda snaha tvorcov ústavy o čo najširšiu akceptáciu novej ústavy a novej identity suveréna. Deje sa tak z pragmatických dôvodov, akými sú väčšia stabilita nového ústavného poriadku do budúcnosti, lojalita k novému režimu, vytvorenie pocitu spolupatričnosti či spoločenskej solidarity. Rovnako tak vystupuje prirodzená snaha zakonzervovať *status quo* a udržať moc tak dlho, ako to len pôjde. Tvorcovia ústavy sú pre to nútení využívať aj históriu konkrétneho národa (suveréna).

Paradoxne, tvorcovia ústavy však často pracujú s históriou svojvoľne so zámerom zdôrazniť určitý aspekt, ktorý má za úlohu zvýšiť legitimitu novej ústave. Ako si všímajú autori Ch. Hahm a S. Ho Kim odkazy na minulé udalosti sa spájajú až s prepisovaním histórie, pričom vzdialenejšia história, prekvapujúco, slúži ako zdroj legitimity a inšpi- rácie. Skutočná história je tak nahradená ideálom, respektíve skutočnosti sú obohatené o predstavivosť v rozpore s faktami.⁵⁹

3. ÚSTAVODARNÁ MOC MIMO ŠTÁTU?

V predchádzajúcej časti som kriticky preskúmal teóriu klasickej ústavodarnej moci. Pochybnosti vznikajú osobitne v otázke reálneho výkonu tejto moci, jej jednoty, identity držiteľa, úlohy minulosti ale aj vplyvu externalít na identitu suveréna a tiež na výkon ústavodarnej moci. Teraz je čas sa pozrieť na ústavodarnú moc v globálnej perspektíve.

⁵⁷ GRIMM, D. Does Europe Needs a Constitution? *European Law Journal*. 1995, roč. 1, č. 3, s. 295–296.

⁵⁸ HAHM, CH. – KIM HO, S. To make “We, the People”: Constitutional Founding in postwar Japan and South Korea. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 4, s. 811.

⁵⁹ Ibidem. Príkladom môže byť aj Preambula k Ústave SR, v ktorej absentuje explicitný odkaz na celé stáročia slovenskej histórie, ale naopak, výslovne sa spomína odkaz na obdobie Veľkej Moravy.

Predtým je však nutné uviesť (aspoň stručne) súčasnú situáciu stavu moci, ktorý charakterizujú dva znaky: (i) predovšetkým transfer verejnej moci vo vnútri a mimo štátu a (ii) čiastočne aj úpadok národných ústav.

V súčasnosti je výkon verejnej moci na úrovni štátu či v rámci neho problematický v dvoch rovinách. Jednak vnútroštátna moc nie je viac schopná odpovedať na potreby a záujmy subjektov, ktoré stoja mimo vnútroštátnych rozhodovacích procesov, ale ktoré sú zároveň týmito procesmi dotknuté. Národné či vnútroštátne rozhodovacie procesy nie sú dostatočne inkluzívne. Identita členstva ešte stále zotráva (poväčšine) na štátnom občianstve, čo spôsobuje problémy pri mobilite či migrácii obyvateľstva. Uvedený jav je zvyraznený vnútroštátnym rozmerom presunu moci v rámci princípu delby moci. Tento princíp na horizontálnej, vertikálnej či diagonálnej úrovni so sebou nesie decentralizáciu moci. Moc nie je vykonávaná jediným, respektíve určitým počtom subjektov, ale naopak v ich vzájomnej spolupráci, zdieľaní a synergii. To spôsobuje zánik určitého centra moci, respektíve autora konkrétneho rozhodnutia alebo právneho predpisu.

Okrem toho do popredia vystupuje požiadavka transparentného a inkluzívneho tvorenia a aplikácie vnútroštátneho práva. Osobitne sa zdôrazňuje aktívna participácia spoločnosti na tvorbe pravidiel či rozhodovacích procesoch, ktoré budú mať na túto spoločnosť či komunitu vplyv.⁶⁰ Ako si však všíma V. Belling, čím väčšia zaangažovanosť spoločnosti alebo jednotlivých skupín do výkonu moci a rozhodovacích procesov, tým viac prichádza k oslabovaniu kedysi pevnej štruktúry moci, pretože klesá jej schopnosť a možnosť regulácie. Rovnako sa to týka aj narastania moci jednotlivca. So zvyšovaním sa jeho moci a dôležitosti (prostredníctvom ľudských práv), klesá moc celku. Jednotlivec totiž nevykonáva moc len voči sebe, ale aj voči ostatným.⁶¹

Na druhej strane výzvy postmoderného sveta, akými sú vláda kapitálu, masová emigrácia či globálne otepľovanie predstavujú také zložité problémy a výzvy, ktoré nie sú riešiteľné jedným či viacerými štátmi. Cestou von je preto presun riešenia týchto globálnych problémov na nadnárodnú úroveň, čo sa aj v mnohých oblastiach posledné desaťročia už uskutočňuje. Prichádza tak vzniku akejsi nadštátnej moci, pričom moc už ďalej nie je závislá na štáte. Neil Walker hovorí o odnárodňovaní investičného kapitálu, kultúry, cestovania a prostriedkov komunikácie, čo má za následok vznik moci, ktorá uteká od štátu do rozličných lokálnych, súkromných a nadnárodných úrovní.⁶² Pluralistický systém zbavuje moc závislosti na štáte a jeho ústave.⁶³ Intenzívny presun moci zo štátu na medzinárodných hráčov zvyšuje eróziu ústavy a základné princípy liberálnej demokracie sa strácajú.⁶⁴

Druhým faktorom je oslabenie významu národných ústav. Ako sa prejavujú výrazné limity verejnej moci, tak sa znižuje vplyv ústav na modernú spoločnosť. Mnohí sociálni

⁶⁰ Napr. Aarhuský dohovor; por. aj rozhodnutie Veľkej komory Súdneho dvora EÚ vo veci *Jozef Križan a ostatní* z 15. 1. 2013, C-416/10, § 88.

⁶¹ BELLING, V. Ústava ako proces emancipácie moci. *Právnik*. 2010, č. 11, s. 1145.

⁶² WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, roč. 65, č. 3, s. 320.

⁶³ BELLING, V. Ústava ako proces emancipácie moci. *Právnik*. 2010, č. 11, s. 1145.

⁶⁴ Por. napr. DE WET, E. The International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*. 2006, roč. 55, s. 75; ERIKSEN, E. O. – FOSSUM, E. J. Europe at a Crossroads: Government or Transnational Governance? In: Ch. Joerges – I.-J. Sand – G. Teubner (eds). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Londýn: Hart Publishing, 2004, s. 120.

teoretici (napr. N. Luhmann) dlho tvrdia, že existuje len veľmi obmedzená schopnosť politického systému ovplyvňovať iné systémy, a ústava je len obyčajným štrukturálnym prepojením rôznych spojených systémov. V podobnom duchu aj mnohí tradiční konštitucionalisti sú prekvapení obmedzenou schopnosťou ústavy vplývať na politické a sociálne pomery v spoločnosti.⁶⁵

Existencia nadnárodnej moci je v súčasnom svete neodiskutovateľným faktom. Aká však táto moc v skutočnosti je? Aké sú jej základné atribúty? Môžeme hovoriť o ústavodarnej moci v tomto priestore? Niko Krisch vyčlenil štyri základné aspekty nadnárodnej moci:

- a) slabé inštitúcie a *soft law*. S výnimkou EÚ v postnárodnom priestore inštitúcie so silnými právomocami neexistujú. Vo väčšine prípadov tieto inštitúcie nemajú jasne stanovené rámce a najlepšie ich konanie charakterizujú pojmy, akými sú využívanie informácií, spolupráca, monitorovanie či dosiahnutie určitých regulačných výsledkov. Typickými prostriedkami týchto inštitúcií sú určovanie štandardov, najlepších postupov, stupne indikátorov či rôznych dohôd. Medzinárodné organizácie s právomocou vydávať záväznú právnu úpravu zostávajú výnimkou.
- b) rozptýlená moc. Globálna moc a rozhodovacie procesy z nej vyplývajúce nie sú vôbec koncentrované. Všetko sa odohráva v interakcii mnohých inštitúcií a hráčov bez formálnej štruktúry alebo hierarchie. Pri finančných veciach sú to napr. zoskupenia G-8, G-20, Medzinárodný menový fond, Bazilejský výbor pre bankový dohľad či Rada finančnej stability, ktoré pôsobia na úseku globálnych štandardov. Nadnárodná moc je fragmentovaná.⁶⁶
- c) súkromná regulácia. V súčasnom svete sa zvyšuje význam súkromnej moci na úkor štátov. Prichádza k outsourcingu tradičných úloh štátu v nadnárodnom priestore. Súkromná moc je vytváraná jednotlivcami, obchodnými spoločnosťami, mimovládnyimi organizáciami, ktoré zaberajú miesto po odídenej verejnej moci. Príkladom môžu byť súkromné ratingové agentúry, ktoré sú kľúčovým hráčom pri ovplyvňovaní investícií, svetového obchodu či financií.
- d) súperiace formy legitimacy. Ústavodarná moc čelí prekážkam aj z titulu vzniku rivalizujúcich foriem legitimacy, osobitne technických foriem. Formy spolupráce a riešenia problémov v nadštátnom priestore sú len technického a incidenčného charakteru. Prepojenie rozhodnutí s nejakým legitimizačným bodom v globálnej sfére chýba.⁶⁷ Medzinárodný demokratický subjekt v tomto priestore neexistuje. Príkladom môže byť systém ochrany ľudských práv v rámci EDLP, kde ochrana týchto hodnôt ako podstatnej časti konštitucionalizmu je cieľom samým osebe bez existencie nadnárodného politického subjektu ako rovnako dôležitej časti konštitucionalizmu.⁶⁸

⁶⁵ Detaily uvádza KRISCH, N. Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order. *ICON.S Working Paper – Conference Proceedings Series 1*. 2015, No. 7, s. 19–20.

⁶⁶ Por. aj BARÁNY, E. *Pojmy dobrého práva*. Žilina: Eurokódex, 2007, s. 23.

⁶⁷ KRISCH, N. Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order. *ICON.S Working Paper – Conference Proceedings Series 1*. 2015, No. 7, s. 19–20.

⁶⁸ Por. MÖLLERS, CH. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 211–213.

K tomu by sa dalo doplniť a čo čiastočne vyplýva aj z uvedeného, že globálna moc nie je schopná vytvoriť také štruktúry demokratickej participácie, ktoré existujú na národnej úrovni. Ako konštatuje Anne Petersová vývoj demokratických štruktúr v rámci medzinárodných organizácií prakticky neexistuje.⁶⁹ Okrem toho je táto moc príliš vzdialená od jednotlivcov a konkrétnych adresátov. Je možné teda konštatovať, že inštitucionálna realita nadštátnej moci je vzdialená od racionálnej ústavy a sociálna realita je enormne ďaleko od postačujúceho rozpoznanie ústavných tendencií v tomto priestore.

Aký je však vzťah medzi ústavodarnou a nadštátnou mocou? V dnešnom polycentric-kom svete predsa musí prichádzať k ich konfliktom. Často sa stáva, že štáty majú záujem o zmenu či zrušenie svojich záväzkov po zmene štátneho režimu. Môže ísť o vystúpenie z medzinárodnej organizácie, nerešpektovanie rozhodnutí medzinárodných ľudsko-právnych alebo arbitrážnych súdov či vypovedanie zmluvy o ochrane investícií. V týchto prípadoch na jednej strane vystupuje ústavodarná moc a na druhej strane nadnárodné rozhodovacie procesy. Vo väčšine prípadov preváži zásada *pacta sunt servanda*, respektíve ochrana jednotlivca na úkor štátu.⁷⁰ Konflikt medzi nadnárodným a vnútroštátnym právom sa z pozície nadnárodného práva rieši vždy v prospech toho prvého.⁷¹

V tejto súvislosti za osobitnú zmienku stojí aj proces vypovedania medzinárodných zmlúv. Viedenský dohovor o zmluvnom práve v článku 56 kodifikoval základné pravidlo, ktoré je zjavne nevýhodné pre etablovajúcu sa ústavodarnú moc.⁷² Aj prax nadnárodných inštitúcií toto pravidlo potvrdzuje. Výbor OSN pre ľudské práva napríklad rozhodol, že Severná Kórea nemôže odstúpiť od Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach, keďže táto zmluva neobsahuje ustanovenia o odstúpení. Výbor ďalej uviedol, že medzinárodná zmluva je účinná na území štátu aj pri zmene štátneho režimu, rozdelení štátu či akéhokoľvek iného konania štátu.⁷³ Trend dominancie nadnárodného práva potvrdzuje aj ESPL a jeho výklad k čl. 57 Dohovoru upravujúceho ratifikáciu a následnú rezerváciu k určitým článkom Dohovoru zo strany zmluvných strán.⁷⁴ Teória ale predovšetkým prax dokazujú, že z hľadiska nadnárodnej moci účinky ústavodarnej moci zostávajú maximálne na úrovni štátu. Ústavodarná moc tak v nadnárodnom kľbku moci naráža na limity.

Preto sa dá sa súhlasiť s N. Krischom, že nadštátny priestor nie je miestom ústavy ale osudu. Rovnako to platí aj pre existenciu ústavodarnej moci, ktorá v tomto priestore

⁶⁹ PETERS, A. The Constitutionalisation of International Organisations. In: N. Walker – J. Shaw – S. Tierney (eds). *Europe's Constitutional Mosaic*. Oxford: Hart Publishing, 2011, s. 255.

⁷⁰ Príkladom môže byť Európsky dohovor o štátnom občianstve (1997), ktorý praktické dopady kolízie štátneho občianstva rieši v prospech jednotlivca a nie štátu.

⁷¹ K tomuto záveru sa dopracovala aj judikatúra Súdneho dvora EÚ v otázke prednosti práva EÚ pred vnútroštátnym právom; rozhodnutie Európskeho súdneho dvora vo veci *Simmmenthal*, C-106/77.

⁷² „1. Zmluvu, ktorá neobsahuje ustanovenie o svojom zániku a ktorá nepredvída, že môže byť vypovedaná alebo že od nej možno odstúpiť, nie je možné vypovedať alebo od nej odstúpiť, ledaže: a) je potvrdené, že bolo úmyslom strán pripustiť možnosť výpovede alebo odstúpenia; alebo b) právo zmluvu vypovedať alebo od nej odstúpiť možno vyvodiť z povahy zmluvy. 2. Strana musí oznámiť najmenej dvanásť mesiacov vopred svoj úmysel zmluvu vypovedať alebo od nej odstúpiť v súlade s ustanoveniami odseku 1.“

⁷³ Všeobecný komentár č. 26 (61), (2001).

⁷⁴ Podľa ESPL účinná výhrada musí (i) byť urobená v čase podpisu alebo ratifikácie Dohovoru, (ii) týkať sa konkrétneho a v čase ratifikácie účinného právneho predpisu, (iii) nemôže byť všeobecného charakteru, ale presne určená, aby nevznikali pochybnosti a (iv) obsahovať stručné znenie dotknutého práva. Napr. rozhodnutie ESPL zo 04.03.2014 vo veci *Grande Stevens a ostatní v. Taliansko*, sťažnosť č. 18640/10, § 207-209.

neexistuje.⁷⁵ Tradičná konštitucionalistika je v tomto prípade príliš náročná a realita komplikovaná pre vytvorenie ústavodarnej moci v nadštátnom priestore. Zlou správou je, že veľká časť verejnej moci zo štátu odišla, ale bez toho, aby ju iný konkrétny subjekt reálne získal. Preto je namieste skepsa vyjadrená v citáte A. I. Gercena. Dobrou správou však zostáva, že koncept ústavodarnej moci je prítomný aj v postmodernom svete. Tradičia ústavnoprávneho myslenia je príliš zakorenená, aby rezignovala na taký fundamentálny koncept svojej vlastnej podstaty a identity. Funkcia ústavodarnej moci sa však zmenila. Tento koncept môže slúžiť v nadštátnom priestore len ako iritácia pre skutočných držiteľov a vykonávateľov moci. Nároky vyplývajúce z ústavodarnej moci majú tendenciu destabilizovať existujúci poriadok a môžu vyprovokovať určité zmeny. Prirodzene tieto hlasy budú znieť predovšetkým z prostredia národných štátov, kde myšlienka ústavodarnej moci rezonuje najsilnejšie.⁷⁶ Teória ústavodarnej moci je tak v podstate hranicou a zároveň zábranou pred totálnou fragmentáciou ústavnopolitickej organizácie, čiže štátu. V časoch chaosu a postmoderny môže byť majákom či signálom o tom, že národné štáty sú prítomné aj v globalizovanom svete.

Druhou stranou mince je nezáujem globálnej moci vytvoriť, respektíve si uzurpovať ústavodarnú moc. Ani vyššie popísaná prednosť nadnárodnej moci v konflikte s ústavodarnou mocou nestojí na argumente o akejsi nadradenej ústavodarnej nadštátnej moci. Globálny konglomerát mocí vnútroštátnu ústavodarnú moc neberie do úvahy, je k nej indiferentný, respektíve nejaví o ňu záujem. Ani ju vlastne nepotrebuje, pretože primárne stojí na princípe právneho štátu (kde dôležitú úlohu hrá aj pravidlo *pacta sunt servanda*) a nie demokracii.

ZÁVER

Ústavodarná moc od čias veku svetla plní svoju jedinečnú funkciu. Je vyjadrením legitimacy ústavy a celého právneho poriadku. Na rozdiel od Kelsenovej základnej normy, ktorá sa len (logicky) predpokladá a je čisto legalistickým zdôvodnením platnosti právneho poriadku, či Hartovej *rule of recognition* ako sociologického zdôvodnenia platnosti právnych noriem, ústavodarná moc má oveľa významnejšie a atraktívnejšie zdôvodnenie pre demokratický štátny režim ako normatívna teória práva, respektíve právny pozitivizmus. Táto moc je totiž prepojená s ľudom, respektíve národom ako jediným a ultimátnym suverénom v štáte. Tento suverén je však sociálnym a právnym konštruktom, ktorý vytvorila samotná ústava. Predstavuje ambície, ideály a jednotu spoločnosti, ktorá je očistená od jednoduchých a nejednotiacich atribútov.⁷⁷ Suverén nie je empirickou entitou.

⁷⁵ A *contrario* por. napr. FASSBENDER, B. 'We the Peoples of the United Nations': Constituent Power and Constitutional Form in International Law. In: M. Loughlin – N. Walker (eds). *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 289, kde tento autor tvrdí, že ústavodarná moc sa v prostredí medzinárodného práva nachádza v Lude Spojených národov, ku ktorému patria všetci ľudia sveta a ktorí konajú zvyčajne prostredníctvom orgánov verejnej moci.

⁷⁶ KRISCH, N. Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order. *ICON.S Working Paper – Conference Proceedings Series 1*. 2015, No. 7, s. 25–27. Príkladom môže byť „tvrdohlavá“ pozícia Spolkového ústavného súdu v sérii svojich rozhodnutí, kde nepriamo diskvalifikuje existenciu ústavodarnej moci v EÚ zdôrazňovaním pozície nemeckého ľudu ako držiteľa ústavodarnej moci, ktorá je vyjadrená v Základnom zákone; por. napr. rozhodnutie vo veci *Lissabon Urteil*, 2 BvE 2/08.

Aj napriek tomu, že základné východiská E. Sieyèsa a C. Schmitta ohľadom ústavodarnéj moci sú niekedy neúplné či až kontradiktórne, stále ide o neprekonateľnú koncepciu aj v 21. storočí, ku ktorej neexistujú relevantné alternatívy. Totiž legitimita ústavy, demokracia či suverenita ľudu, ktoré ústavodarná moc zahŕňa, sú späté s (post)westfálskou tradíciou budovania štátu. A štát zatiaľ nikam neodišiel, je súčasťou postmoderného sveta. Výzvy postnárodného sveta, existencia moci mimo štátu, suverenita štátu v globálnom svete oprávnené prehlbujú a oživujú záujem vedcov o túto kategóriu ústavného práva. Nemôžeme pri tom stratiť zo zreteľa, že ústavodarná moc nie je mýtom, ale faktom a realitou. Jej produktom je totiž ústava, najdôležitejší právny predpis v štáte, ako výsledok jej pôsobenia.

Vo vzťahu k súčasnému svetu, ako som sa pokúsil v príspevku demonštrovať, moc už dávno opustila hranice štátu. Rozhodovacie procesy vo vnútri štátov sa podstatným spôsobom decentralizovali. Verejná moc, ktorej sú vystavený jednotlivci, združenia či štáty je značne rozdrobená a anonymizovaná. V globálnom svete vystupuje priveľa inštitúcií a prebieha veľké množstvo rozhodovacích procesov, pričom zdroj či centrum tejto činnosti nie sú vôbec zrejmé. Tento nový svet je k ústavodarnej moci prinajlepšom indiferečný a prinajhoršom ju vôbec neberie do úvahy. Globálna moc je sférou osudu a nie ústavy. Z toho vyplýva, že ústavodarná moc v klasickom poňatí nie je aplikovateľná na nové podmienky. Táto moc však v globálnom svete síce neexistuje, ale plní dôležité funkcie. Jednak ako dôkaz pretrvávajúcej existencie národných štátov a jednak ako ambícia, ale rovnako ako iritácia pre nadnárodné rozhodovacie procesy a ich aktérov ukazujúci im ich vlastné limity a nedostatky.

⁷⁷ PREUSS, U. The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe. In: M. Loughin – N. Walker (eds). *Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 211.

INTERPRETAČNÍ PRAVIDLO V POCHYBNOSTECH VE PROSPĚCH: ÚČINNÝ NÁSTROJ, NEBO RÉTORICKÁ OZDOBA?

Ondřej Kadlec*

Abstrakt: Článek se zabývá konceptem pochybnosti o výkladu právního předpisu. Existence pochybnosti je podmínkou pro aplikaci výkladového pravidla v pochybnostech ve prospěch jednotlivce, užívaného ve veřejném právu. Článek ukazuje, že koncept pochybnosti může být, a v soudní praxi skutečně je, pojímán různě. Různorodost pojetí činí pravidlo manipulovatelné. Článek má šest částí. Úvodní část interpretační pravidlo představuje. Část druhá a třetí ho analyzuje ze dvou teoretických aspektů: (i) či pochybnost je relevantní a (ii) v jaké fázi interpretačního procesu se pochybnost hodnotí. K prvnímu aspektu lze přistupovat buďto vnitřním pohledem, při kterém rozhodují vnitřní pochybnosti interpreta, anebo vnějším pohledem, při kterém jsou rozhodné pochybnosti adresátů práva. Co do druhého aspektu, lze pravidlo v procesu interpretace zařadit na tři různá místa: na jeho začátek, do jeho středu, anebo na jeho konec. Jelikož interpretace má za cíl odstraňování nejasností, zařazení pravidla v pochybnosti ve prospěch v různých fázích interpretace má za následek rozdílný dosah tohoto pravidla. Čtvrtá část článku na judikatuře českých vrcholných soudů ukazuje nejednotný přístup k řešení obou aspektů pochybnosti v praxi. Pátá část navrhuje východisko z nejednotnosti. Pochybnosti by měly být vnímány vnějším pohledem a pravidlo má nastoupit v situaci, kdy se proces odstraňování pochybností stává pro adresáta nepředvídatelný. Závěrečná šestá část celý článek shrnuje.

Klíčová slova: veřejné právo, pravidlo v pochybnostech ve prospěch, pochybnost, *in dubio pro libertate*, *in dubio mitius*, metodologie, interpretace, aplikace

ÚVOD

Fotbalová Barcelona proti týmu z okresního přeboru. Na jedné straně gigant, diktující tempo hry a dovolující protějšku jen to, co sám uzná za vhodné. Na druhé straně trpaslík, který, chce-li s gigantom hrát, musí se jeho hře přizpůsobit.

Zdánlivě to vypadá na úvod zatoulaný z tematicky jiného periodika. I v právu se ovšem vyskytují podobné situace. Setkání dvou nesouměřitelných subjektů. Autoritativní stát a jednatel. Zaměstnavatel a zaměstnanec. Podnikatel a spotřebitel. Pozice silnějšího subjektu v právu je dokonce ve srovnání s Barcelonou často ještě lepší. Sám může určit, na jakém hřišti a podle jakých pravidel se bude hrát. Následně může ovlivnit i to, kdo zápasy píská, když už si je tedy rovnou nepíská sám.

Tuto nerovnováhu se snaží právo v moderním státu vyrovnat. Součástí této snahy je i jeden z interpretačních postupů, dle kterého remízy mají jít týmu z okresního přeboru.

Při výkladu právních předpisů zasahujících do základních práv a svobod platí direktiva v pochybnostech ve prospěch svobody (*in dubio pro libertate*). Při výkladu daňových

* Mgr. Ondřej Kadlec, J.D. Autor je doktorandem na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze a asistentem soudkyně na Nejvyšším správním soudu v Brně. Za připomínky k rukopisu děkuje Zdeňkovi Kühnovi, Janu Petrovovi Nicole Jančové a anonymnímu recenzentovi. Za diskusi nad tématem děkuje rovněž účastníkům vědeckého semináře z teorie práva a ústavního práva konaného v prosinci roku 2015 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze, na kterém teze tohoto článku prezentoval. Tento článek byl zpracován v rámci programu rozvoje vědních oborů Univerzity Karlovy v Praze – PRVOUK č. POH *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu*. E-mail: kadlec@prf.cuni.cz.

předpisů se uplatňuje pravidlo v pochybnostech mírněji (*in dubio mitius*). Při výkladu právního jednání zase zákon přikazuje z více možných výkladů zvolit nejpříznivější pro spotřebitele,¹ respektive pro zaměstnance.²

Tento článek se věnuje primárně působení pravidla při výkladu právních předpisů. Některé jeho závěry jsou však použitelné i na výklad právního jednání, respektive jakýkoliv výkladový postup pracující s konceptem pochybnosti.³

Argumentace výkladovými pravidly, která lze obecně označit jako „pravidla v pochybnosti ve prospěch“, se objevuje v judikatuře českých vrcholných soudů zhruba posledních patnáct let.⁴ Četnost použití se postupně zvyšuje⁵ a nevyplývá to, že by tomu pod taktovkou třetího Ústavního soudu mělo být jinak.⁶ Rozšiřují se i oblasti, ve kterých ji soudy uplatňují.⁷

V pochybnosti ve prospěch není klasické výkladové pravidlo odkazující interpreta na nějaký kontext vykládaného aktu, pomocí kterého lze zjistit jeho význam (např. na historické okolnosti vzniku nebo účel). Místo toho rozhoduje o postupu, jsou-li o správné interpretaci dle klasických pravidel výkladu pochybnosti. Je to pravidlo o pravidlech výkladu, tedy metaprávidlo.⁸

Pravidlo zní velmi jednoduše: Je-li pochybnost o výkladu (hypotéza), interpretuj ve prospěch jednotlivce (dispozice). Jak ale ukážu, aplikačně je toto pravidlo komplikovanější.

¹ Ustanovení § 1812 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

² Ustanovení § 18 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce.

³ Výkladových postupů pracujících s pochybností se v právu nachází nespočet. Některé jsou přímo stanoveny zákonem, většinu jich však dovodila judikatura. V pozadí všech těchto pravidel opět stojí hodnotová nebo politická volba jedné ze stran „interpretačně nadřžovat“. Zvýhodněná strana ale nemusí být vždy *a priori* slabší. Tak například při pochybnostech o významu právního jednání se použitý výraz vykládá k tíži toho, kdo jej použil jako první (§ 557 občanského zákoníku). V případě pochybnosti o výkladu ustanovení zakládající určitou ústavní pravomoc je třeba přijmout výklad ve prospěch možnosti uplatnění této pravomoci (např. náleží sp. zn. Pl. ÚS 33/97). Ve správním právu nemůže správní praxe založit jednotlivci legitimní očekávání, pokud je zákon nepochybný (např. usnesení rozšířeného senátu NSS č. j. 6 Ads 88/2006 – 159, bod 88). V mezinárodním právu veřejném funguje podobný příkaz při výkladu mezinárodních smluv. V čí prospěch se interpretuje, se postupem času vyvíjelo: nejdříve se strnilo suverenitě státu, nyní je tendence naopak smlouvy v pochybnostech interpretovat ve prospěch jednotlivce a jurisdikce mezinárodních orgánů (k vývoji tohoto pravidla viz CREMA, L. Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s). *The European Journal of International Law*. 2010, Vol. 21, s. 681–700).

⁴ U Ústavního soudu pravidlo poprvé užit v nálezu sp. zn. III. ÚS 276/96 zabývající se podmínkami výkonu pasivního volebního práva do Senátu (bez explicitního označení latinskou formulí). Následně aplikované v oblasti daní (např. náleží sp. zn. I. ÚS 22/99, sp. zn. IV. ÚS 273/02, sp. zn. IV. ÚS 666/02, či sp. zn. II. ÚS 669/02), naplno proslavené Eliškou Wagnerovou v kauze globálních celních záruk (náleží sp. zn. IV. ÚS 643/06).

⁵ Např. Ústavní soud pravidlo v nálezech užil (1) do roku 2005 dvakrát, (2) od 2006 do 2010 čtyřikrát a (3) od 2011 do září 2015 sedmkrát (počítáno ilustrativně pouze explicitní zmínění argumentů *in dubio pro libertate* a *in dubio mitius* v nálezech, sériové kauzy započítány pouze jednou).

⁶ Sov. například náleží sp. zn. I. ÚS 3930/14 (zpravodajka Kateřina Šimáčková) nebo náleží sp. zn. III. ÚS 2264/13 (zpravodaj Jan Filip).

⁷ Mimo výše uvedené daňové právo soudy pravidlo již aplikovaly např. v kontextu práva na informace (náleží sp. zn. I. ÚS 3930/14), trestního řízení (náleží sp. zn. II. ÚS 1375/11, sp. zn. I. ÚS 892/14), řízení před správními soudy (náleží sp. zn. Pl. ÚS 14/07), správního řízení (náleží sp. zn. III. ÚS 542/09), restitucí (princip *favoris restitutionis*, např. náleží sp. zn. Pl. ÚS 10/13), soudních rehabilitací (*favoris rehabilitationis*, náleží sp. zn. I. ÚS 819/15), řízení dle stavebního zákona (rozsudek NSS č. j. 1 As 21/2010 – 65) či odpovědnosti za správní delikt v oblasti práva životního prostředí (rozsudek NSS č. j. 1 As 86/2011 – 50).

⁸ PRICE, Z. The Rule of Lenity as a Rule of Structure. *Fordham Law Review*. 2004, Vol. 72, No. 885, s. 889. Pro větší čtivost bude nicméně článek na většině míst používat označení „pravidlo v pochybnosti ve prospěch“ nebo jednoduše „pravidlo“.

Většina dosavadní debaty se vede o tom, co v pochybnostech o významu zákona dělat, tedy zda a v jakých oblastech se toto pravidlo má uplatňovat.⁹ Klíčovou a dosud opomíjenou otázkou je ale otázka tomu předcházející: Co to ta pochybnost je?

Nejasnosti ohledně odpovědi činí pravidlo manipulovatelné. Hlavním cílem tohoto článku je ukázat různorodost koncepcí pochybnosti. Článek nejprve představí její dva teoretické aspekty. Lze se totiž ptát, *koho* pochybnost rozhoduje a *kdy* se pochybnost hodnotí. Následně popíše aplikační praxi českých vrcholných soudů. Na závěr navrhne některé její změny.

1. POCHYBNOST KOHO? DVA ROZDÍLNÉ POHLEDY

Zákonodárce zakázal týrat zvířata *na veřejně přístupném místě*. Obviněný týral psa na své uzamčené zahradě, kam je však z ulice skrze plot vidět.¹⁰ Porušil stanovený zákaz? Soudce nižší instance rozhodl, že zahrada veřejně přístupné místo není, a obviněného zprostil obžaloby. Soudce odvolací instance s tímto rozhodnutím nesouhlasí. Podle něj přístupnost veřejnosti může být nejen fyzická, ale i vizuální. Obviněný se však hájí tím, že v běžné mluvě uzamčená zahrada není považována za veřejně přístupné místo. Tento závěr dokládá výzkumem veřejného mínění, dle kterého 20 % respondentů opločenou zahradu za místo veřejnosti přístupné považuje, 50 % nepovažuje a 30 % neví. Má soudce v této situaci postupovat mírněji? Je význam zákona pochybný?

Verdikt se bude lišit podle toho, čí pohled na pochybnost se počítá. Pochybnost lze vnímat buďto z vlastního pohledu soudce (vnitřní pohled), nebo z pohledu někoho jiného (vnější pohled).¹¹

1.1 Vnitřní pohled – pochybné je pouze to, o čem pochybuji sám

Při vnitřním hodnocení pochybnosti o správném výkladu je pro soudce referenčním rámcem on sám. To je výhodou, ale i nevýhodou. Výhodou je jednoduchost aplikace pochybnostního pravidla. Soudce se obrací sám do sebe, ke svému vnitřnímu pocitu z vykládaného ustanovení. Neptá se: „Jaký právní předpis je?“ Ale ptá se: „Co se mnou právní předpis udělal?“¹² Jeho úsudek je rychlý, často vcelku nenamáhavý a intuitivní. A hlavně zaručeně správný.

Nevýhod vnitřního hodnocení je ale víc. Předně, soudcův závěr nelze ověřit. Kromě jeho vnitřního pocitu chybí totiž jakýkoliv standard srovnání. Ani soudce sám nemůže

⁹ Z poslední doby např. výměna názorů mezi Radimem Boháčem, Michalem Radvanem a Karlem Šímkou (BOHÁČ, R. – RADVAN, M. Vnímání daní, poplatků a jiných obdobných peněžitých plnění ve světle jejich ústavních aspektů. *Bulletin Komory daňových poradců ČR*. 2015, č. 2, s. 36; ŠIMKA, K. Obrana principu „in dubio pro libertate“. *Bulletin Komory daňových poradců ČR*. 2015, č. 2, s. 40).

¹⁰ Základní skutkové okolnosti a právní problém vychází z případu řešeného Nejvyšším soudem (usnesení sp. zn. 8 Tdo 657/2011).

¹¹ Rozlišení se nazývá i intrapersonální a interpersonální nejasnost zákona (PRICE, Z. *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, s. 863).

¹² Ve vztahu k obecné interpretaci textu takto přeformuloval centrální otázku interpretace Stanley Fish, literární teoretik a hlavní představitel tzv. Reader Response subjektivní teorie. Fish Tvrdí, že na jinou otázku čtenář ani nemůže odpovědět (FISH, S. Literature in the Reader: Affective Stylistics. *New Literary History*. 1970, Vol. 2, s. 123, 125).

svůj závěr žádnými argumenty podepřít, v důsledku čehož s ním nelze vést jakýkoliv spor. Prostě mu právní předpis připadá (ne)jasný. Vám ne? Jemu ano. O čem se dál bavít? Problém lze ilustrovat na tvrzení člověka, že mu chutná jablko. Může s tímto závěrem někdo jiný polemizovat? Lze pocit z lahodného jablka navenek nějak odůvodnit? Jinými slovy, jak vlastně člověk pozná, že mu chutná jablko, jinak, než že mu prostě chutná?

Další nevýhodou vnitřního vnímání pochybnosti je to, že tento přístup neodpovídá proklamovanému účelu existence pravidla v pochybnostech ve prospěch ve veřejném právu. Toto pravidlo má chránit jednotlivce a jeho právní jistotu.¹³ Stát ve veřejném právu vrchnostensky zasahuje do jednotlivcovy právní sféry. Tento zásah musí být na základě jasně formulovaných právních předpisů. Nikdo by neměl být trestán či zdaněn, aniž by to mohl rozumně předpokládat. Nabízí se, že správný pohled na pochybnost o významu předpisu by měl být těch, kteří mají být zdaněni či trestáni. Pro ně jsou zákony určeny a oni mají zájem znát svá práva a limity státní moci. Při vnitřním pohledu jsou ale pro soudce pochybnosti jiných nedůležité.

Proti vnitřnímu pohledu hovoří i povaha jazyka jako záležitosti společenského úzu. Slova mají takový význam, jaký jim jazyková komunita přiřadí.¹⁴ Ta sama by následně měla mít rozhodující slovo ohledně jejich výkladu. Soudcův pohled na jazyk je jen střípkem v mozaice pohledů vytvářející jazykové významy.

Další slabinou vnitřního pohledu je, že ubírá na objektivitě úsudku. Ona dosažená správnost je správností skutečně pouze ohledně toho, co si soudce myslí, že s ním právní předpis udělal. O samotném právním předpisu naopak závěr soudcovy úvahy nic neříká. Soudcem vnitřně vnímaný význam předpisu se tak může naprosto lišit od významu vnímaného ostatními. A jelikož dopředu nikdo neví, jakému soudci se jeho případ dostane na stůl, právo je nepředvídatelné a neplní tak svoji funkci.

S posledně zmíněným problémem souvisí další, a to oslabení neutrality interpreta. Výsledek soudcova úsudku je totiž přímo navázán na jeho předporozumění.¹⁵ Jeho pocit z pravidla bezprostředně ovlivňuje vše, s čím k výkladu přistupuje: znalosti jazyka, pramenů a pravidel formulování práva, postupů právní interpretace, ale i obecné znalosti a zkušenosti, hodnotové postoje, psychické a sociální vlastnosti, představy a významová očekávání. Proto, ptá-li se soudce sám sebe na existenci pochybností o správném výkladu, nutně se do odpovědi promítne to, jak se mu interpretované pravidlo líbí.

Tento závěr potvrdil experiment provedený na studentech právnických fakult.¹⁶ Studenti měli posuzovat jasnost určitých pravidel ve světle zadaných skutkových okolností. Měli odpovědět, nakolik pravidlo připadá jasné *jim* (vnitřní pohled), nakolik si myslí, že by bylo jasné *běžnému čtenáři* (vnější pohled) a nakolik se jim z politického hlediska *líbí*. Výsledky experimentu ukázaly, že pokud interpret zaujme na nejasnost vnitřní pohled,

¹³ Srov. např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 22/99 nebo sp. zn. I. ÚS 643/06. Právní jistotu zmiňuje i Filip Melzer (viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 208).

¹⁴ FISH, S. *Literature in the Reader: Affective Stylistics*, s. 125.

¹⁵ K pojmu předporozumění viz HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 310–317 nebo DOLEŽAL, T. Právní hermeneutika a problematika tzv. předporozumění. In: A. Gerloch – P. Maršálek (eds). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 70.

¹⁶ FARNSWORTH, W. – GUZIOR, D. – MALANI, A. Ambiguity About Ambiguity: An Empirical Inquiry into Legal Interpretation. *The Journal of Legal Analysis*. 2010, Vol. 2, s. 257.

jeho verdikt je ovlivněn jeho politickými preferencemi.¹⁷ Promítnuto do soudního rozhodování, je-li jasné pravidlo v neprospěch jednotlivce a soudcovi se výsledek nelíbí, dokáže ho zpochybnit¹⁸ a následně pomocí argumentu v pochybnostech ve prospěch rozhodnout pro jednotlivce mírněji. Naopak pokud se mu líbí, pravidlo bude (ať již vědomě či podvědomě) považovat za jednoznačné. Preference však přestanou hrát roli, pokud interpret zaujme vnější pohled.

1.2 Vnější pohled – pochybné je to, o čem pochybují lidé

Hodnocení zákona vnějším pohledem provádí stále sám soudce, liší se však jeho vnitřní myšlenkový proces. Neklade si již otázku: „Připadá mi předpis jasný?“ Nýbrž otázku: „Připadá předpis jasný ostatním?“

Podobný myšlenkový proces, ač v souvislosti s prováděním gramatické metody interpretace, popisuje Filip Melzer: „[K]ritériem pro zařazení určité skutečnosti do některé z významových oblastí pojmu je náhled příslušníků daného jazykového prostředí. Tomu však nelze rozumět tak, že by soudce v konkrétním případě prováděl lingvistický výzkum dotazováním se reprezentativního vzorku příslušníků jazykového prostředí. Spíše je odkázán na svou jazykovou zkušenost a své jazykové znalosti, případně na poznatky jazykovědy.“¹⁹ Jde tedy o hodnocení soudce optikou ostatních.

Tento přístup všechny slabiny vnitřního pohledu zdánlivě postrádá. Chrání vnímání zákona jeho adresáty. Standard, vůči kterému soudce hodnotí správnost svého závěru o (ne)pochybnostech, je názor společnosti. Úsudek soudce je empiricky ověřitelný a tím pádem jeho interpretační postup kontrolovatelný. Relevantní se stávají empirická fakta, např. výzkum o tom, jak si zákaz týrání na veřejně přístupném místě lidé vykládají. Výsledek je objektivní.²⁰

Vnější pohled na pochybnost má ale i některé nevýhody. Je obtížně aplikovatelný, a to hlavně ze dvou důvodů. Za prvé, není jasné, kdo má být onou „společností“, jejíž brýle si má soudce nasazovat. Má jí být průměrný adresát práva, nebo průměrný adresát interpretované právní úpravy (daňový poplatník, který je třeba více práva znalý, než příjemce důchodu), nebo třeba průměrný právník? Druhá aplikační potíž může stejně jako u vnitřního pohledu nastat v otázce seznatelnosti. Soudci jsou zvláštní – mimo jiné nadprůměrně zdatní v právu, od fakulty vystavování speciální právní terminologii, příslušníci určité sociální komunity. Je možné při výkladu toto všechno odhodit a vnímat předmět výkladu čistě daňářským, důchodcovským, nebo jiným pohledem?

Dalším problémem vnějšího pohledu v jeho čisté podobě může být relevance chybných názorů. Opačné názory na výklad zákona nemusí být nutně důkazem toho, že zákon je nejasný, ale jen toho, že se jedna ze stran prostě mylí. Kdyby jakýkoli odlišný názor byl

¹⁷ Ibidem, s. 263.

¹⁸ Zpochybnit lze i na první pohled jasný zákon. Podle tzv. interpretivistů je jasnost textu, stejně jako jeho nejasnost, sama o sobě až výsledkem interpretace (viz SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 224). Stejně tak i jasnost právního jednání lze zjistit až jeho výkladem (viz MELZER, F. *Právní jednání a jeho výklad*. Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2009, s. 134).

¹⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, s. 100.

²⁰ Objektivní v intersubjektivním smyslu (srov. SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 123).

důkazem nejasnosti, jednou soudem přijatý *nesprávný* výklad ve prospěch jedince by limitoval všechny budoucí interprety. I vůči *správnému* výkladu v neprospěch jednotlivce by totiž působil jako konkluzivní důkaz o pochybnosti. V důsledku by nebylo možné chybnou interpretaci napravit.

Z jakého pohledu pochybnost vyhodnocuje judikatura, článek rozebere ve čtvrté části. Ještě předtím však k druhému teoretickému aspektu pochybnosti – k okamžiku jejího vyhodnocování.

2. POCHYBNOST KDY? TŘI ROZDÍLNÉ PŘÍSTUPY

Pravidlo v pochybnostech ve prospěch má subsidiární charakter. Nastupuje až tehdy, pokud jsou o správné interpretaci pochybnosti. Účel interpretace je ale pochybnosti odstranit. Role pravidla v pochybnosti ve prospěch proto závisí na tom, kdy v průběhu interpretace se pochybnosti vyhodnocují.

V příkladě s týraným zvířetem je podle soudce z pouhého znění právního předpisu nejasné, zda se oplocená zahrada za veřejně přístupné místo považuje, nebo nikoliv. Smysl zákona ale soudce spatřuje v ochraně mravního zdraví společnosti, ohroženého již pouhým pohledem na týrání zvířete. Podle tohoto smyslu je tedy nutné trestat jakékoli veřejně pozorovatelné týrání. Obviněný ale argumentuje okolnostmi vzniku interpretovaného pravidla, ze kterých je zřejmé, že zákaz týrání na veřejně přístupném místě zákonodárce přijal z důvodu ochrany zdraví společnosti před volně pobíhajícími týranými zvířaty, neboť ta jsou často díky stresu způsobeného týráním agresivní. Uzamčená zahrada, do které je vidět, proto dle úmyslu zákonodárce veřejně přístupným místem není. Existují tedy tři rozdílné argumenty, každý s jiným výsledkem: nejasný gramatický, obviněnému neprospívající teleologický a obviněnému prospívající historický. Existuje pochybnost o správné interpretaci?

Odpověď bude záležet na vztahu pravidla v pochybnostech ve prospěch a ostatních interpretačních metod. Pro dosah pravidla je totiž určující, které interpretační nástroje může interpret před hodnocením pochybnosti použít. Čím méně nástrojů, tím je dosah pravidla větší (a naopak).

Ohledně vztahu pravidla a ostatních metod existují tři rozdílné přístupy. V prvním pravidlo působí na pozadí všech interpretačních metod a pochybnost znamená, že alespoň některé z nich se neshodují ve výsledku. Dle druhého přístupu pravidlo nastupuje uprostřed – po nějakých interpretačních metodách (nejčastěji po gramatické a/nebo teleologické), avšak před metodami ostatními. Poslední přístup pochybnost o správném výkladu vyhodnocuje, až když všechny ostatní interpretační nástroje selžou.

2.1 Na pozadí interpretace – nejsilnější pravidlo

První možný vztah pravidla v pochybnostech mírněji a ostatních interpretačních metod je jejich rovnost. Soudce nejprve pomocí jednotlivých výkladových metod identifikuje všechny *možné* výsledky a liší-li se, vybere ten, který je pro jednotlivce nejmírnější.²¹

²¹ PRICE, Z. *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, s. 889.

Všechny metody interpretace tak mohou výsledek interpretace pro jednotlivce zlepšit, nemohou ho však zhoršit. V tomto vztahu je pravidlo v pochybnosti ve prospěch ze všech tří variant nejsilnější.

Dle této verze pochybností tak v příkladu s týráním zvířete má soudce tři různé výklady: nejasný gramatický, nepříznivý teleologický a příznivý historický. Jelikož se výsledky provedených metod liší, je založena pochybnost a je třeba zvolit výklad pro jednotlivce nejmírnější. Tím bude výklad dle historického úmyslu zákonodárce a soud pojem „veřejně přístupné místo“ vyloží restriktivně tak, že pod něj uzamčená zahrada spadat nebude.

2.2 Vprostřed interpretace – textualismus a purposivismus

Druhý přístup vsouvá pravidlo v pochybnostech ve prospěch dprostřed interpretačních metod, které tím rozděluje na dvě skupiny. Pochybnosti stran správného výkladu vyhodnocuje až po provedení některých metod, avšak před provedením jiných metod. Tento přístup se objevuje ve dvou variacích – textualistické a purposivistické.

Textualistická variace vyhodnocuje pochybnost po uplatnění pouze gramaticko-systématických argumentů.²² Je-li jazyk právního předpisu nejasný, nelze další kontexty předpisu k tíži jednotlivce zohledňovat. Textualistická variace má za důsledek, že situaci, nacházející se v neurčité části pojmu, musí interpret vyložit vždy ve prospěch jednotlivce. To může někdy znamenat nutnost restriktivního výkladu (např. skutkové podstaty trestného činu), jindy zase extenzivního výkladu (např. podmínky osvobození od daně). Důvodem pro tento přístup je právní jistota adresátů pravidel, kteří mají důvěru ve slova zákona, respektive že tato slova nebudou oproti běžnému jazyku vykládána v jejich neprospěch nepřiměřeně úzce nebo široce. V situaci s týraným zvířetem je pochybné, zda uzamčená zahrada, kam je vidět, spadá pod rozsah jazykového výrazu „veřejně přístupné místo“. Proto by soud interpretoval ve prospěch obžalovaného. Na argumentaci jakýmkoli kontextem vykládaného aktu by při určování pochybnosti nezbylo místo.

Purposivistická variace zase předtím, než soudce zhodnotí, zda existují pochybnosti o správném významu právního předpisu, aplikuje gramatickou a teleologickou metodu. Pravidlo tak způsobuje, že teleologický argument může modifikovat výklad právního předpisu ve vztahu k jeho textu oběma směry, tedy k tíži i prospěchu jednotlivce.²³ Na druhou stranu jiné než teleologické a gramatické argumenty nemohou výsledek k tíži jednotlivce ovlivnit.

Dle purposivistické koncepce by obžalovaný případ týrání prohrál. Pojem „veřejně přístupné místo“ sice může být sám o sobě pochybný, zohledněním smyslu ustanovení (ochrana mravnosti) však pochybnosti odpadly. V tomto okamžiku tedy pochybnosti neexistují, a proto není na místě vyložit zákon ve prospěch obviněného. Na argument úmyslem zákonodárce není v purposivistické variaci místo.

²² Pro tuto situaci se hodí termín z terminologie amerického smluvního práva *vnitřní nejasnost* (nejasnost samotného textu zákona, bez zohlednění vůči textu externích kontextů).

²³ Samozřejmě u výkladu právních předpisů ukládajících povinnost ve veřejném právu může k této modifikaci dojít pouze v rámci hranic dovoleného dotváření práva (nejširšího možného gramatického výkladu u analogie, respektive nejužšího u teleologické redukce. K hranicím dotváření práva viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, s. 100).

Purposivistickou variací u argumentu *in dubio mitius* navrhuje ve své knize Filip Melzer.²⁴ Vsunutí pravidla v pochybnostech ve prospěch právě za argumenty teleologické a gramatické, avšak před argumenty ostatní, zdůvodňuje právní jistotou jednotlivce.²⁵ Vyhodnocení pochybností o interpretaci pouze na základě gramatických argumentů by dle něj „*mohlo vést ke vzniku hodnotových rozporů v právním řádu*“.²⁶ Naopak uvažování historického úmyslu zákonodárce před vyhodnocením pochybností o interpretaci není na místě, neboť jednoznačná formulace právního předpisu spadá do sféry vlivu státu. Nepodaří-li se mu to, nemůže porušení této povinnosti působit v jeho prospěch.²⁷

Oba tyto přístupy řadící metapravidlo v pochybnostech ve prospěch doprostřed metod jsou ve skutečnosti spíše odrazem preference určité metody před ostatními. Textualismus preferuje gramatickou metodu, purposivismus zase teleologickou. Je-li výsledek po provedení těchto metod jasný, jiné metody, ač třeba ukazující na mírnější interpretační výsledek, pochybnost o správné interpretaci nezakládají.

2.3 Po interpretaci – nejslabší pravidlo

Ve třetím a posledním pojetí nastává pochybnost až tehdy, pokud všechny myslitelné interpretační nástroje selhaly. Soudce smí k odstranění pochybností využít veškeré relevantní vnější kontexty (text, smysl, účel, možné důsledky atp.) a možné rozpory mezi nimi se pokusit odstranit. Pokud i poté pochybnosti o správném výkladu zůstávají,²⁸ správnou interpretaci má určit pravidlo v pochybnostech ve prospěch.

V situaci s týraným zvířetem před soudem zazněly tři různé argumenty, které se svými výsledky střetávají (nejasný gramatický, neprospívající teleologický a prospívající historický). Takovému střetu interpretačních metod však soudci běžně čelí a přednost dávají té které v závislosti na okolnostech případu. Soudce tak výkladové metody poměřil a rozhodl, že v tomto případě je nutné dát přednost metodě teleologické. Příklonem na stranu jedné z metod soudce pochybnosti ohledně výkladu odstranil. A kde nejsou pochybnosti, tam se pravidlo v pochybnostech ve prospěch neuplatní.

Tento přístup samozřejmě pravidlo v pochybnostech ve prospěch relativizuje, a to ze dvou důvodů. Za prvé, vztah metod není v teorii ani praxi jasně daný.²⁹ Proto v případě

²⁴ Ibidem, s. 208 („*Právní pochybnosti jsou proto výkladové pochybnosti, které zůstanou i po aplikaci všech argumentů objektivně recentního výkladového cíle.*“).

²⁵ Ibidem. („*Interpretuje-li adresát regulace určité ustanovení alespoň v mezích objektivně recentního výkladového cíle metodologicky korektně, má legitimní očekávání (dobrou víru), že jedná-li v souladu s tímto výkladem, jedná po právu.*“)

²⁶ Ibidem, s. 206.

²⁷ Ibidem, s. 208.

²⁸ Dle výše uvedené terminologie smluvního práva jde o *vnější nejasnost* (nejasnost smlouvy, která přetrvává i po zohlednění všech vnějších kontextů její existence).

²⁹ Jan Wintr převládající řešení situací střetu metod výkladu práva popisuje jako funkcionalistické či pluralitní (WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 196). Stejně je tomu u výkladu právních úkonů (srov. např. pasáž nálezu Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 571/06: „*objektivní právo, ačkoliv upravuje základní argumenty a metody výkladu smluv a jiných právních úkonů, nejenže nepodává úplný výčet argumentů a principů, k nimž má soud při výkladu smluv přihlížet, ale nestanoví ani jednoznačnou formou vzájemné vztahy mezi jednotlivými interpretačními pravidly. Soud musí přihlížet ke vzájemným vztahům jednotlivých, v úvahu připadajících argumentů a jejich roli v konkrétním případě uvážít, s ohledem na specifika dané kauzy, a nikoli tato kritéria aplikovat mechanicky.*“).

jejich střetu pochybnosti o výkladu existují až do doby, než je soudce *ad hoc* preferencí jedné z nich odstraní.

Za druhé, někteří soudci o správném výkladu nikdy nepochybují. Alespoň ne navenek. Soudci mohou poté, co se i přes vnitřní nejistotu přikloní k určitému interpretačnímu závěru, řešení navenek prezentovat jako zákonem předurčené jediné možné (tzv. legalistický model³⁰). Oproti tomu jiní soudci zase v odůvodnění rozhodnutí vcelku otevřeně připouští možné protiargumenty (tzv. diskurzivní model³¹). Nástroje na vyložení zákona „až do konce“ přitom mají oba typy soudců, neboť ve všech ostatních interpretačních problémech, ve kterých neplatí pravidlo v pochybnostech ve prospěch, nemohou říci „nevím“, ale jsou povinni právo i přes pochybnosti vyložit a rozhodnout.

Legalistický styl je v kontinentální právní kultuře tradičně dominantní. Soudy jsou autoritářské, diktující shora správné řešení. Až v posledních letech se vlivem angloamerické právní kultury začíná prosazovat styl diskurzivní, připouštějící navenek pluralitu správných řešení.³² Jestli soudcův styl je legalistický nebo diskurzivní, má přitom přímý důsledek na aplikaci zásady v pochybnostech ve prospěch. V prvním případě nezbyvá totiž na pochybnosti místo.

Následující kapitola popisuje, jak oba aspekty pochybnosti – *koho a kdy* – řeší judikatura.

3. POCHYBNOST V JUDIKATUŘE

3.1 Pochybnost koho v judikatuře – neshoda ne vždy značí pochybnost

Z jakého pohledu české soudy hodnotí pochybnost o výkladu je obtížné vypořádat. Otázku totiž řeší latentně. Soudci svá rozhodnutí pochopitelně neformulují tak, že by otevřeně přiznávali, že právě jim z jejich pohledu předpis připadá nejasný. Postup soudu většinou spočívá ve dvou objektivně působících krocích: (i) citace (ne)jasného aplikovatelného právního předpisu, a (ii) konstatování, že výklad je (ne)jasný. Příležitostně mezi oběma kroky v některých případech nastupují na první pohled objektivní interpretační metody, které mají jasnost, nebo nejasnost ukázat. Při takovémto postupu přitom není zřejmé, čím pohled o nejasnosti rozhodl.

Některé indicie o zaujatém pohledu lze však dovodit jednak ze zvolených řešení jednotlivých interpretačních situací, jednak z některých argumentů na podporu jasnosti či nejasnosti. Pokud tedy soud nějaké užije – často k otázce pochybností o významu zákona přistupují konkluzivně, uvedením pouhého závěru, bez jakýchkoliv argumentů.

Vnější oporu pro závěr o nejasnosti zákona použil Ústavní soud v rozhodnutí zabývajícím se otázkou, zda pro zdanění příjmu je nezbytné, aby se v důsledku zdaňovaného příjmu navýšil majetek daňového subjektu.³³ Stěžovatelka tvrdila, že ano. Daňový orgán spolu s Nejvyšším správním soudem tvrdily opak, protože podle nich zákon podmínku

³⁰ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 349.

³¹ *Ibidem*, s. 350.

³² Srov. BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 178. Hlavní roli v této proměně u nás hraje Ústavní soud (srov. KÜHN, Z. Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003. *Právní rozhledy*. 2004, č. 4, s. 123).

³³ Nález sp. zn. IV. ÚS 650/05.

zvýšení příjmů nestanoví. Ústavní soud na podporu názoru o nejasnosti zákona odcitoval dva komentáře, které podmínku zvýšení majetku uvádějí. Z tohoto následně dovodil nejasnost zákona, což aktivovalo pravidlo v pochybnostech mírněji, dle kterého soud dal za pravdu stěžovateli.³⁴

Podobně vnější aspekt pochybností o významu zákona Ústavní soud akcentoval i při řešení otázky, zda nemovitost, částečně vložená do obchodního jmění korporace, je od daně z převodu nemovitosti osvobozená v celém rozsahu, nebo pouze v rozsahu vložení.³⁵ Ústavní soud uvedl, že „*nepochybně každá norma, i ta nejjednodušší, může mít řadu vzájemně si konkurujících interpretací. Prostor pro ingerenci Ústavního soudu není i při konkurenci různých interpretačních alternativ dán například tehdy, když je právní úprava včetně relevantní judikatury adresátům dostupná a v zásadě nerozporná, a z tohoto důvodu je i aplikace práva pro adresáty alespoň rámcově předvídatelná.*“ Následně soud odmítl postupovat ve prospěch stěžovatelky, neboť pro ni nepříznivou interpretaci již dovodila dvě publikovaná rozhodnutí krajských soudů. Stěžovatelka mohla rozumně předvídat pravděpodobné právní důsledky svého jednání. Z tohoto odůvodnění je zřejmé, že klíčový pohled na pochybnost o interpretaci je pohled adresáta právní normy. Jeho pochybnosti, které může ovlivnit aplikační praxe, jsou pro soud rozhodné.

Na druhou stranu někdy soudy prohlásí za jednoznačnou i právní úpravu, o jejímž významu panují mnohaleté fundované spory. Takto postupoval například Nejvyšší správní soud v rozhodnutí zabývajícím se investičními pobídkami.³⁶ Stěžejní otázkou byl výklad pojmu „období“ uvedeného v zákoně o daních z příjmů. Konkrétně šlo o to, *v jakém období* měl příjemce pobídky v roce 2005 splňovat zákonnou podmínku nesloučení se s jiným subjektem. Dle daňových orgánů se mělo jednat o pětileté období *předcházející* poskytnutí pobídky (tedy roky 2001–2005). Dle příjemce pobídky měl zase být relevantním obdobím *pouze rok 2005*. Neshoda na výkladu vyústila v soudní řízení, v němž se nejdříve krajský soud přiklonil na stranu správce daně (roky 2001–2005). Nejvyšší správní soud se ale ani s krajským soudem, ani s jedním z účastníků neshodl a pojem období vyložil tak, že se jedná o období *následující*, tj. roky 2005–2009. Odlišné interpretační varianty, po tři roky zastávané oběma účastníky řízení a následně i krajským soudem, nebyly pro soud dostatečným důvodem ke shledání pochybnosti o výkladu zákona. Žalobcův argument pravidlem v pochybnostech ve prospěch soud zamítl s tím, že „*[s]ystematický a teleologický výklad zákona [...] nepřipouští jiné výkladové varianty, a proto není dán prostor pro uplatnění zásady in dubio pro libertate.*“³⁷

Podobný pohled zaujal Nejvyšší správní soud i v rozhodnutí, ve kterém pro nepřezkoumatelnost zrušil rozhodnutí krajského soudu, který ze samotné neshody účastníků řízení na interpretaci automaticky dovodil pochybnost o výkladu a zákon vyložil pro jednotlivce mírněji. Dle Nejvyššího správního soudu je nutné pochybnost o výkladu podložit svými vlastními argumenty a nelze spoléhat pouze na (vnější) neshodu stran sporu.³⁸

Vnější neshody o správném výkladu tak dle soudů někdy pochybnost dokládají, jindy zase ne.

³⁴ Ibidem, body 25 a 26.

³⁵ Nález sp. zn. II. ÚS 664/02.

³⁶ Rozsudek č. j. 1 Afs 49/2009 – 109.

³⁷ Rozsudek č. j. 1 Afs 49/2009 – 109.

³⁸ Rozsudek č. j. 1 Afs 66/2011 – 107.

3.2 Pochybnost kdy v judikatuře – ten hodnotí to a ten zas tohle

Praxe českých soudů ohledně okamžiku posuzování pochybnosti je nekonzistentní. V rozhodnutích lze nalézt všechny tři přístupy.

První přístup, tedy přístup, dle kterého může kterákoliv metoda založit pochybnost, aplikoval např. rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozhodnutí týkajícím se počítání promlčecí lhůty pro vymození cla.³⁹ Dle zákonné úpravy se lhůta přetrhávala provedením úkonu k vybrání nebo vymození nedoplatku. V rozšířeném senátu se střetla dvě řešení: restriktivní výklad ve prospěch celního subjektu (přetrhává pouze úkon samotného celního orgánu) a adekvátní výklad v jeho neprospěch (přetrhává jakýkoli úkon veřejného orgánu, tedy i exekučního soudu v rámci soudního výkonu celního dluhu). V neprospěch jednotlivce hovořilo obecné znění zákona („provedení úkonu k vymození“), v jeho prospěch zase argument legislativním vývojem. Zákodárce totiž v roce 2002 provedl novelu celního zákona, jejíž text jasně stanovil, že se jedná pouze o úkony celního orgánu. Do důvodové zprávy přitom uvedl, že se jedná pouze o formulační změnu. Z těchto okolností soud dovodil úmysl zákonodárce, ke kterému se následně dle pravidla v pochybnosti ve prospěch přiklonil.⁴⁰ Historický argument ve prospěch tak byl schopný založit pochybnost významu obecného jazyka zákona.

Podobně Nejvyšší správní soud dovolil převážit mírnějšímu gramatickému argumentu nad nepříznivým teleologickým,⁴¹ nebo naopak mírnějšímu teleologickému nad přísnějším gramatickým.⁴² Z odůvodnění těchto rozhodnutí je zřejmé, že soud *a priori* nepreferoval žádnou z metod, ale že ze všech možných upřednostnil tu pro jednotlivce nejpřívětivější.

Příklad druhého přístupu (jeho textualistické variace) je nálezy, ve kterém Ústavní soud vykládal pojem „druh“ dle trestního řádu.⁴³ Za stěžovatele, toho času ve vězení, podal dovolání advokát zmocněný bývalou manželkou. Dle trestního řádu do okruhu oprávněných obviněnému zvolit zástupce patřil i druh. Nejvyšší soud nicméně podané odvolání nepovažoval za řádné, neboť mezi stěžovatelem a jeho bývalou manželkou již manželství netrvalo a vztah druhovský byl kvůli výkonu trestu odnětí svobody vyloučen. Stěžovatel kontroval, že i přes uvedené překážky vztah mezi ním a bývalou ženou je stále blízký, tedy druhovský. Tomuto argumentu Ústavní soud přisvědčil s uvedením, že pokud zákonodárce formuloval text zákona obecně a pojem legálně nedefinoval, pojem je nejasný, a proto je nutné ho interpretovat ve prospěch jednotlivce, což znamená, že i v případě výkonu trestu odnětí svobody druhovský poměr není vyloučen. V tomto rozhodnutí soud tedy konstatoval nejasnost pouze po zohlednění gramatického hlediska právní úpravy.

Stejně tak pouze po gramatickém výkladu zkoumal nejasnost Nejvyšší správní soud ve věci zabývající se delikttní odpovědností dle zákona o spotřební dani.⁴⁴ Tento zákon

³⁹ Usnesení rozšířeného senátu č. j. 5 Afs 86/2009 – 55.

⁴⁰ Ibidem, body 34 a 35. Zajímavé je i to, že soud užil pro výklad ustanovení přijatého zákonodárcem v roce 1993 úmysl novelizujícího zákonodárce z roku 2002. Takovýto argument je ještě slabším argumentem, než klasický argument úmyslem zákonodárce, přesto však byl považován za konkurenceschopnou výkladovou alternativu.

⁴¹ Rozsudek rozšířeného senátu č. j. 7 Afs 54/2006 – 155, body 52–64.

⁴² Rozsudek č. j. 2 Afs 20/2011 – 77.

⁴³ Nález sp. zn. III. ÚS 2264/13.

⁴⁴ Rozsudek č. j. 2 Afs 46/2007 – 103.

zakazoval prodej alkoholu a tabáku na tržištích. Tržištěm přitom rozuměl „stánky, pulty, stolky nebo obdobná zařízení, která jsou určena pro prodej zboží nebo poskytování služeb“. Stěžovatel legálně prodával tabák a alkohol až do doby, než si vedle něj jiný prodejce rozložil svůj stánek, čímž dle správních orgánů vytvořil tržiště. Stěžejní otázkou bylo, zda k *určení* zařízení pro prodej zboží stačí pouhá fakticita (rozložení stánků s úmyslem prodávat), nebo je nutné nastolení právního stavu (např. dohoda s vlastníkem pozemku, ohlášení živnosti, kolaudační rozhodnutí). Správní orgán na základě teleologického i historického argumentu zastával alternativu požadující pouhou fakticitu. Soud však tento názor odmítl a uvedl, že „*předmětná právní úprava trpí do značné míry nejednoznačností a nedává jednoznačnou odpověď na spornou otázku. Použití gramatické konstrukce ‚zařízení, která jsou určena‘ oproti myslitelnému použití konstrukce ‚zařízení, která si prodávající určí‘ nebo ‚zařízení, která jsou používána‘ skutečně vzbuzuje výkladové otázky. Je tedy nesporné, že v daném období byly možné v zásadě dva výklady těchto ustanovení zákona o spotřebních daních.*“ Následně se na základě pravidla v pochybnosti ve prospěch přiklonil k mírnější alternativě požadující právní stav.

Nejčastěji ale soudy pravidlo v pochybnosti ve prospěch užívají ve třetím, postinterpretacním režimu. Toto použití pravidla ale bývá v rozhodnutích většinou pouze rétorickou figurou, určenou výsledkem výkladu, spíše než výsledek výkladu určující. Soudy totiž nejprve interpretací *odstraní pochybnosti* a poté hodnotí, zda je namístě pravidlo aplikovat. Odpověď odvisí od toho, jak dopadla předchozí interpretace: Vyložil-li soud předpis v *neprospěch* jednotlivce, v rozhodnutí uvede, že pravidlo není namístě aplikovat, neboť neexistuje o výkladu pochybnost. Dospěl-li ale soud k výsledku ve *prospěch* jednotlivce, pravidlo v pochybnosti ve prospěch v rozhodnutí uvede.

V obou případech je ale užití pravidla naprosto zbytečné. Soud předpis „dovyložil“, čímž dospěl ke správné nepochybné interpretaci. Žádné pochybnosti tak nepřetrvávají a pravidlo správně nemá, a reálně ani nemůže, nastoupit. Pokud se tomu tak děje, jde pouze o soudy užívaný efekt. Situaci by šlo lapidárně přirovnat k hodu mincí, při kterém házející stanoví pravidla: Panna jde mně, remíza a orel mému soupeři. V takové situaci samozřejmě soupeř nemá žádnou výhodu, neboť remíza nastat nemůže. Pokud soupeř prohraje, pravidlo o remíze se neaplikuje. Pokud vyhraje, také ne. Stejně tak v případě „dointerpretování do konce“ je výsledek buď ve prospěch jednotlivce, nebo v jeho neprospěch. Pro pravidlo ani v jednom případě není místo. Pokud se v rozhodnutí objevuje, není to správně.

Ukázkou, kdy jednotlivce nepochybně vyhrál a přesto soud pravidlo v pochybnostech ve prospěch aplikoval, je nález, ve kterém Ústavní soud posuzoval, jak nazírat na územní plán přijatý ve formě obecně závazné vyhlášky.⁴⁵ Alternativami byly hledisko formální, tj. jako na vyhlášku nepřezkoumatelnou ve správním soudnictví, a hledisko materiální, tj. jako na opatření obecné povahy, napadnutelné u správního soudu. Ústavní soud na základě systematického, teleologického a historického výkladu dospěl k závěru, že posuzovaný územní plán je třeba považovat za opatření obecné povahy.⁴⁶ Následně však uvedl, že „*[u]vedenému materiálnímu chápání opatření obecné povahy ve prospěch stěžovatelů je třeba dát přednost také s ohledem na konstantní judikaturu Ústavního soudu, dle níž,*

⁴⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 14/07.

⁴⁶ Ibidem, bod 32.

*nabízí-li se dvojitý možný výklad veřejnoprávní normy, je třeba v intencích zásad spravedlivého procesu volit ten, který vůbec, resp. co nejméně, zasahuje do toho kterého základního práva či svobody. Jde o strukturální princip liberálně demokratického státu in dubio pro libertate plynoucí přímo z ústavního pořádku, vyjadřující prioritu jednotlivce a jeho svobody před státem.*⁴⁷ Použití pravidla v pochybnostech ve prospěch za této situace však odporuje předchozím pasážím v rozhodnutí ukazujícím na jednoznačnost interpretačního závěru soudu. Tento vnitřní rozpor je vidět i na uvedeném důvodu platnosti pravidla. Minimalizace zásahů do ústavního práva je klasická ústavně konformní interpretace práva.⁴⁸ Dvojitý výklad se tak vůbec nenabízí, a proto pravidlo v pochybnostech ve prospěch v takovýchto případech nemůže plnit jiný účel, než okrasný.

Ukázkou odstranění rozporu mezi metodami s následným konstatováním jednoznačnosti ohledně správného výkladu je rozsudek Nejvyššího správního soudu z oblasti správních deliktů.⁴⁹ Správní orgán uložil občanskému sdružení pokutu za neoprávněné zprostředkování osvojení dítěte. Podle zákona o sociálně-právní ochraně dětí tento delikt spočívá ve „výběru určité fyzické osoby vhodné stát se osvojitelem nebo pěstounem určitého dítěte, jemuž se osvojení nebo pěstounská péče zprostředkovává, a v zajištění osobního seznámení se dítěte s touto osobou“. Sdružení zprostředkovalo seznámení vhodných osvojitelů a matky v té době dosud nenarozeného dítěte. Předmětem výkladu se stalo naplnění druhého znaku skutkové podstaty spočívajícího v „zajištění osobního seznámení se dítěte s vhodným osvojitelem“. Sdružení argumentovalo jasnou dikcí zákona, která požaduje osobní seznámení dítěte s budoucím osvojitelem, což u nenarozeného dítěte nelze naplnit. Soud k tomu ale uvedl, že zákonodárce sice s touto situací nepočítal, neboť adoptovat lze pouze narozené dítě, ale z důvodové zprávy je zřejmé, že smysl zákazu spočíval v zajištění zprostředkovávání adopce pouze orgány sociálně-právní ochrany dětí. Seznámení rodičů nenarozeného dítěte s budoucími osvojiteli se může tomuto smyslu přičítat, a proto je dle soudu třeba zákaz vztáhnout i na jednání sdružení. Na základě tohoto argumentu soud pokutu za delikt potvrdil.

Soud tedy za situace mírnějšího jazykového a historického argumentu a přísnějšího teleologického argumentu zvolil ten přísnější. Pravidlo v pochybnosti ve prospěch soud odmítl, neboť ho „nelze aplikovat tam, kde skutková podstata deliktu je bez jakýchkoliv pochybností a beze zbytku naplněna jednáním delikventa, jako tomu bylo v této věci. K naplnění obou znaků deliktu dospěly správní orgány i městský soud na základě jazykově-logického a systematického výkladu, přičemž vhodně zohlednily historický účel aplikované právní úpravy.“⁵⁰ Co ale soud metodologicky učinil, je to, že svým postupem konsolidoval odporující si výsledky jednotlivých výkladových metod, což považoval za odstranění pochybností ohledně výkladu. Tímto postupem se vyhnul aplikaci pravidla v pochybnosti ve prospěch.

⁴⁷ Ibidem, bod 33 (citace soudu vynechány).

⁴⁸ Stejný metodologický postup Ústavní soud zvolil i v dalších nálezech, např. sp. zn. II. ÚS 1375/11 (pravidlo použité po provedení testu proporcionality) nebo sp. zn. I. ÚS 1119/15 (kde soud jediný protiargument systematickým výkladem výslovně v bodě 42. odmítl). Na chybné odůvodnění pravidla v pochybnostech ve prospěch v některých rozhodnutích Ústavního soudu upozorňuje Filip Melzer (MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, s. 207).

⁴⁹ Rozsudek č. j. 3 Ads 144/2011 – 163.

⁵⁰ Ibidem.

3.3 Odlišnost Nejvyššího soudu – nezáleží, o čem soudy mluví, ale jak o tom mluví

Zajímavá je praxe Nejvyššího soudu, diametrálně odlišná od praxe ostatních dvou vrcholných soudů. Nejvyšší soud výkladové pravidlo v pochybnosti ve prospěch vůbec nepoužívá.⁵¹ Účastníci trestního řízení ho před soudem pravidelně uplatňují, soud však vždy reaguje tím, že pravidlo v pochybnostech ve prospěch platí pouze ve skutkových otázkách, nikoliv při výkladu práva.⁵²

Přitom trestní právo, jako odvětví práva veřejného, ve kterém stát jednostranně zasahuje příkazovými normami do právní sféry jednotlivce, patří mezi typickou oblast uplatnění výkladu v pochybnosti ve prospěch. Sám Ústavní soud toto pravidlo v oblasti trestního práva aplikuje,⁵³ Nejvyšší správní soud ho zase standardně aplikuje v oblasti přestupků, někdy označovaných jako tzv. malé trestní právo. Stejný názor zastává i Filip Melzer.⁵⁴

Možné vysvětlení, proč se přístup Nejvyššího soudu liší, je odlišný argumentační styl. Při jisté dávce zobecnění jsou Nejvyšší správní soud a Ústavní soud zastánci spíše diskurzivního modelu argumentace, který otevřeně připouští argumentační střet, občas ústící až ve vyjádření nejistoty ohledně správného výkladu. Diskurzivní argumentační přístup činí prostor pro aplikaci pravidla v pochybnostech ve prospěch. Oproti tomu Nejvyšší soud z mnoha důvodů⁵⁵ inklinuje spíše k legalistickému pojetí aplikace práva.⁵⁶ Dle Nejvyššího soudu se pravidlo v pochybnosti ve prospěch „vztahuje výlučně k otázce zjišťování skutkových okolností případu, nikoli k právnímu posouzení, jak má na mysli

⁵¹ Princip *in dubio pro libertate* je v trestním právu spojovaný se zásadou zdrženlivosti zákonodárce při rozhodování, které jednatí kriminalizovat (srov. např. ŠÁMAL, P. Subsidiarita trestní represe ve vztahu k jednotlivým skutkovým podstatám trestných činů v trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*. 2010, č. 5, s. 133, nebo NETT, A. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě ultima ratio. *Bulletin advokacie*. 2009, č. 10, s. 77).

⁵² Viz např. usnesení sp. zn. 8 Tdo 1452/2009: „Odmítnout nutno názor obviněného G. N., že trestní odpovědnost nelze založit na nejistém právním hodnocení mimotrestních norem a že soud by měl v takovém případě přihlídnout k obecné právní zásadě *in dubio mitius*. Tato zásada se v podmínkách trestního řízení zjevuje jako zásada *in dubio pro reo* a je zcela vyloučeno aplikovat ji v případech pochybností soudu ohledně správného výkladu dané normy; její význam a použití je vyhrazeno výlučně skutkovým otázkám.“ Stejně tak např. usnesení sp. zn. 8 Tdo 1322/2010.

⁵³ Srov. např. náleží II. ÚS 2264/13, bod 13: „Stát má povinnost co nejpřesněji formulovat právní předpisy a neučiní-li tak, nastal problém na jeho straně a musí proto jít k jeho tíži. Stíhat trestné činy prostřednictvím trestního řízení je výsadním oprávněním a povinností státu, která vyplývá i z jeho mocenského monopolu. Je na něm, aby jednoznačně jazykově vymezil skutkové podstaty trestných činů i postup při zjišťování, zda a kým byl trestný čin spáchán (trestní proces). Pokud tak neučiní, musí jít tato jeho nedůslednost k jeho tíži. Nemůže se proto vůči adresátům právní regulace dovolávat toho, že jím vytvořená právní úprava je formulačně nedostatečná. Nabízí-li se výklad výhodný pro stát a další výhodný pro adresáty právní regulace, je třeba dát přednost výkladu ve prospěch adresátů právní regulace. Stát měl možnost zakotvit legální definici jím používaného pojmu druh, a to i v tom smyslu, že snad vyžaduje vždy společné soužití. Neučinil-li tak, je na místě použít argument *in dubio mitius*, tedy zde v pochybnostech ku prospěchu obviněného.“

⁵⁴ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, s. 206. Z judikatury ale odkazuje na jediný příklad, a to prvorepublikové rozhodnutí, ve kterém se však toto pravidlo objevilo pouze v narativní části shrnující argumentaci stran (rozhodnutí Zm I 367/29).

⁵⁵ Ke stylu argumentace a faktorům na něj působícím srov. skvělou analýzu Mitchela Lassera zabývající se stylem odůvodňování francouzského Kasačního dvora, amerického Nejvyššího soudu a Soudního dvora EU (LASSER, M. *Judicial Deliberation: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009).

⁵⁶ Srov. KÜHN, Z. Formalistické a neformalistické strategie středoevropské justice po roce 1989. In: L. Tichý – P. Holländer – A. Bruns (eds). *Odůvodnění soudních rozhodnutí: The Judicial Opinion: Begründung von gerichtlichen Entscheidungen*. Praha: Centrum právní komparatistiky, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, 2011, s. 443–444.

§ 265b odst. 1 písm. g) tr. řádu. Ohledně právních otázek se totiž uplatňuje zásada *iura novit curia*.⁵⁷ Nejvyšší soud si tedy vykládá zásadu *iura novit curia* absolutně. Soudce právo zná, nepochybuje o něm. V rozhodnutích pak pomocí jednoznačně znějící argumentace dosahuje ohledně výkladu práva oněch správných odpovědí. Na pochybnosti nezbyvá místo, a proto pravidlo v pochybnostech ve prospěch na tomto soudě nemůže nalézt své uplatnění.

Lze tedy shrnout, že soudy se dělí na dvě hlavní skupiny – Nejvyšší soud pochybnosti o výkladu vůbec nepřipouští, Ústavní soud a Nejvyšší správní soud ano, ačkoliv se liší případ od případu v tom, v jaké fázi interpretačního procesu je hodnotí.

4. MOŽNÉ VÝCHODISKO – PŘEDVÍDATELNOST POUŽITÝCH INTERPRETAČNÍCH NÁSTROJŮ

Soudci musí širokou škálu výkladových situací zařadit do dvouprvkové množiny – pochybný či nepochybný. Kudy přesně mezi oběma prvky vedou dělicí linie, se pochopitelně liší. Některé rozdílnosti však lze odstranit jednotným vnímáním konceptu pochybnosti.

Při formulování standardu toho, co zakládá pochybnost o výkladu, je nutné vyjít z důvodů, proč vlastně speciální interpretační režim ve veřejném právu existuje. Uváděnými důvody jsou eventuální nenahraditelné důsledky v případě nesprávné aplikace veřejnoprávní normy,⁵⁸ nebo motivování zákonodárce psát kvalitní zákony.⁵⁹ Nejčastěji se však uvádí právní jistota adresátů práva (či její jiná označení, jako předvídatelnost práva, důvěra v něj či legitimní očekávání).⁶⁰

Prizmatem této hodnoty je třeba přistupovat k otázkám, *koho* pochybnost rozhoduje a *kdy* se pochybnost hodnotí. Soudy by měly ve veřejném právu interpretovat potud, pokud je jejich postup pro jednotlivce rozumně předvídatelný. Jestliže poté není řešení jednoznačné, měly by mezi zbylými možnostmi zvolit tu nejmírnější. V určitých situacích soudy musí odolat „dotahování interpretace až do konce“, protože takový postup pravidlo v pochybnostech ve prospěch vyřazuje ze hry. Aby pravidlo bylo věrné svému hlavnímu legitimačnímu důvodu, nemá nastoupit až tehdy, pokud je soudce v situaci, kdy by měl výsledek výkladu hádat, ale ještě o krok dříve. Pravidlo má nastoupit v situaci, kdy se již interpretační postup dostává do rozumným jednotlivcem nepředvídatelných míst.

Kdo je tím rozumným jednotlivcem je třeba hodnotit s ohledem na povahu těch, kterým je zákon určen. V souvislosti s aplikací zásady není trestu bez zákona, stojící na stejném legitimačním důvodu jako pravidlo v pochybnosti ve prospěch, zdůrazňuje vnější pohled na zákon i Evropský soud pro lidská práva. Tento soud jde dokonce dále a při výkladu čl. 7 Úmluvy rozlišuje předvídatelnost dle povahy adresátů vykládaného ustanovení.⁶¹

⁵⁷ Usnesení sp. zn. 11 Tdo 233/2013.

⁵⁸ WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, čl. 40.

⁵⁹ Např. rozsudek rozšířeného senátu NSS č. j. 7 Afs 54/2006 – 155, bod 57.

⁶⁰ Srov. např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 22/99, sp. zn. I. ÚS 643/06 nebo rozsudek rozšířeného senátu NSS č. j. 7 Afs 54/2006 – 155, bod 62. Stejně tak i MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*, s. 208.

⁶¹ Srov. např. *Cantoni proti Francii*, rozsudek velkého senátu ESLP, 15. 11. 1996, č. 17862/91, bod 35 (zohledňující profesionalitu adresátů vykládané úpravy).

U otázky *kdy* pochybnost hodnotit je nutné vyjít ze stejného principu. Soudy se liší již jen ve formulaci požadavků na pochybnosti zakládající výkladovou variantu. V některých rozhodnutích vyžadují „*ne zjevně arbitrární či nesprávný výklad*“,⁶² jinde zase přísnější „*přípustnou, konkurující interpretaci ne v rozporu se zněním zákona*“,⁶³ anebo nejpřísnější „*rovnocenně přesvědčivý výklad*“.⁶⁴ Správný standard interpretace zakládající pochybnost však nutně nemůže vycházet z objektivního abstraktního hlediska, ale musí vycházet z předvídatelnosti interpretačního postupu pro jeho adresáty v kontextu konkrétního vykládaného ustanovení. Je-li tedy možné, že si jednotlivec určitou právní úpravu rozumně vyložil určitým způsobem a měl tedy za to, že jedná po právu, neměl by být ve svém postupu zklamán.

Dle standardu předvídatelnosti je třeba posuzovat, které všechny nástroje interpretace může soud pro odstranění pochybností použít. Například u výkladu daňových předpisů upravujících podnikání profesionálů by mohl odstraňovat pochybnosti postupem připomínajícím třetí verzi pravidla, tedy využít třeba i všechny klasické interpretační nástroje. Často pak ale pro pochybnosti již nezbude místo a pravidlo v pochybnosti ve prospěch by soud neměl aplikovat. U laických adresátů by se ale přístup naopak měl pohybovat mezi první a druhou variantou pravidla. Důraz by soud měl klást na prostý význam textu zákona, případně se zohledněním jeho intuitivního nebo z textu seznatelného smyslu.

Klíčové pro reálný vliv pravidla v pochybnostech ve prospěch je, aby soudy při rozhodování, zda pravidlo aplikovat, otevřeně prováděly úvahy o předvídatelnosti použitelných interpretačních nástrojů. Jinými slovy, při práci s pravidlem v pochybnosti ve prospěch v jednotlivých případech soudy nemají primárně hodnotit správnost určitého výkladu, ale jeho předvídatelnost. Tento požadavek jim v určitých situacích zabrání provádět náročnější interpretační výkony, jako např. analýzu důvodové zprávy, při nichž již jednotlivce ztrácí ze zřetele.

ZÁVĚR

Interpretační pravidlo v pochybnostech ve prospěch jednotlivce je českými soudy často využívané, chybí však koncepčnost jeho aplikace. Soudy se liší ohledně toho, co považují za interpretační pochybnosti. Podstata rozdílnosti spočívá jednak v tom, zda pochybnost má být hodnocena pouze z pohledu soudce, anebo zda je při hodnocení relevantní i pohled adresáta práva. Druhá odlišnost spočívá zase v tom, jaké všechny nástroje soudci před hodnocením pochybností využívají. Jeden extrém umísťuje pravidlo na pozadí interpretačního procesu, v důsledku čehož odlišný výsledek jediné interpretační metody zakládá pochybnosti o interpretaci. Protipól tohoto pojetí je přístup řadící pravidlo až za všechny dostupné nástroje interpretace, což zase aplikaci pravidla zcela vylučuje. Nejednotné pojetí způsobuje, že soudy pravidlo užívají oportunisticky jako jakousi rétorickou figuru.

⁶² Nález sp. zn. I. ÚS 3930/14.

⁶³ Rozsudek NSS č. j. 1 Afs 80/2013 – 40.

⁶⁴ Rozsudek NSS č. j. 5 Afs 63/2011 – 109.

Úvahy o správném pojetí by měly vycházet z důvodu, proč vůbec výkladové pravidlo v pochybnosti ve prospěch jednotlivce existuje. Důvodem je právní jistota adresátů práva. Má-li se tato hodnota odrazit v pravidlu v pochybnostech ve prospěch, lze připustit k odstranění pochybností pouze ty interpretační nástroje, jejichž aplikaci mohl adresát práva rozumně předvídat. Pokud po jejich vyčerpání zůstanou různé výkladové varianty, je namístě zvolit tu pro něj nejvlídnější. Soudy by neměly v neprospěch jednotlivce tvořit složité, ač třeba správné, interpretační konstrukce, na které by adresát práva nikdy ani nepomyslel. Postup v pochybnostech ve prospěch nemá primárně pomáhat interpretům práva překlenout jejich výkladové nesnáze, nýbrž má chránit adresáty práva. V jednostranném veřejném právu musí daleko dříve než v jiných oblastech převládnout nad principem legality princip předvídatelnosti práva. Jen tak je férové stavět proti sobě Barcelonu a tým z okresního přeboru.

MORS VENIT VELOCITER

ZA JIŘÍM GROSPÍČEM

V pátek 22. dubna 2016 se v malé obřadní síni krematoria v Praze-Strašnicích uskutečnilo poslední rozloučení s *JUDr. Jiřím Grospičem, CSc.* Dožil se požeňnaného věku 87 roků. Šedesát let z nich prožil jako vědecký pracovník Ústavu státu a práva Československé a posléze České akademie věd.

Jiří Grospič se narodil 19. března 1929. Po absolutoriu na Právnické fakultě Karlovy univerzity (1952) a vědecké aspirantuře tamtéž (1956) nastoupil v roce 1956 do Ústavu státu a práva. Specializoval se na ústavní právo a ve svém díle tvořeném do roku 1990 věnoval konstitucionalistice většinu svých textů. V dalších letech se intenzivněji věnoval rovněž problematice správního práva, zejména otázkám spojeným s místní správou a samosprávou. Dlouholeté sepětí s vydavatelskou institucí *Právníka* a texty, které *Grospič* publikoval v našem časopisu, ukazují na vývoj autora a dokumentují zvraty, jimiž procházely Ústav státu a práva i *Právník* v poválečných desetiletích své existence. V *Grospičových* dílech je to zvláště patrné vzhledem k ideologicky exponované pozici ústavního (státního) práva v letech 1948–1989 a jeho propojení s politikou. *Jiří Grospič* přirozeně nepřispíval pouze do *Právníka*, ale i do dalších časopisů a jen databáze Národní knihovny eviduje přes šedesát knižních titulů spojených, často spoluautorsky, s *Grospičovým* jménem.

Poprvé se *Grospič* na stránkách *Právníka* prezentoval v osmadvaceti letech pojednáním *Nová ústavní úprava slovenských národních orgánů* (*Právník*. 1957, XCVI, s. 895). Na ústavněprávní aspekty slovenských reálií se *Grospič* zaměřil i v pozdějších letech příspěvky o státoprávním významu a odkazu Slovenského národního povstání (*Právník*. 1964, CIII, s. 685 an.; *Právník*. 1974, CXIII, s. 1009 an.). Psal také o otázkách státní správy na nižších úrovních, ať již šlo o národní výbory v tehdejší Československu (*Právník*. 1963, CII, s. 669 an.; společně s *Aloisem Sojkou*) nebo sověty v bývalém SSSR (*Právník*. 1964, CIII, s. 260 an.; společně s *Karlem Ondřísem*).

Na konci 60. let XX. stol. vyvstaly pro české a slovenské konstitucionalisty jako velká témata diskuse o nové ústavě a přípravě federalizace Československa. Do těchto diskusí se *Jiří Grospič* intenzivně zapojil. Byl jmenován místopředsedou komise ČSAV pro ústavněprávní problematiku (*Právník*. 1968, CVII, s. 547) a společně se *Zdenkem Jičínským* navrhl znění ústavního zákona o československé federaci. Pojetí, které zvolili, hájili mj. i na stránkách tohoto časopisu v úvahách nad některými otázkami v souvislosti s 20. výročím Ústavy 9. května a nad problémy státoprávního uspořádání česko-slovenských vztahů (*Právník*. 1968, CVII, s. 380 an., 481 an.). Jejich pracovní návrh nebyl přijat, především vzhledem k prosazování silné federace a zúžení prostoru pro zákaz majorizace, a tím i oslabení vlivu slovenské reprezentace ve federálním zákonodárném sboru. *Grospič* s *Jičínským* toto téma uzavřeli pozitivisticky pojatým rozbohem ústavního zákona č. 143/1968 Sb., nezastírajíce kritické stanovisko k přijatému řešení (*Právník*. 1969, CVIII, s. 649 an.). Ve stejném roce se *Jiří Grospič* stal jako reprezentant KSČ poslancem České národní rady a Federálního shromáždění, ale již v listopadu 1969 jím být přestal. Ani pak *Grospičův* zájem o ústavněprávní otázky spojené s federativním uspořádáním státu nevyhasl. I v *Právniku* jim věnoval až do roku 1988 větší počet textů plně respektujících dobový kánon, podmíněný i autorovým spojením s establishmentem. Vedle toho se zabýval tématy spadajícími do oblasti konstitucionalistické komparatistiky (*Právník*. 1972, CXI, s. 157 an.), tvorby práva (*Právník*. 1974, CXIII, s. 692 an.) i obecnými otázkami oboru (*Právník*.

1975, CXIV, s. 670 an.). Většina těchto příspěvků zapadla prachem. Důvodně se však dodnes připomíná obsáhlý základní referát z oboru státního (ústavního) práva psaný *Jiřím Grospičem* společně s profesory *Matouškem* a *Zdobinským* (*Právník*. 1975, CXIV, s. 201 an.) jako příklad nehodný následování. V podmínkách nedemokratického režimu představuje poslední *Grospičův* příspěvek k tématu federálního uspořádání státu v našem časopisu nazvaný *Socialistický federalismus a přestavba* (*Právník*. 1988, CXXVII, s. 1049 an.), který autor uzavírá s vírou ve stabilitu institutů a principů socialistického federalismu.

Na přelomu let 1989/1990 padlo dogma vázanosti vědy na státní ideologii. *Jiří Grospič* reagoval na změněný stav věcí statí o demokratické tradici československého konstitucionalismu (*Právník*. 1991, CXXX, s. 608 an.; společně s *Milošem Matulou*). Obsah pojednání ukazuje, že se *Grospič* rozhodl uzavřít předcházející dvacetiletí své tvorby mlčením. Jeho další práce to potvrzují. Zájem o ústavní právo sice *Grospiče* neopustil (v letech 1991–1992 byl členem komise předsednictva Federálního shromáždění pro novou československou ústavu), ale začal se intenzivněji věnovat problematice územní samosprávy. Na statích z této doby je patrná kvalitativní tvůrčí proměna, ať už jde o pojednání o ústavních základech územní samosprávy (*Právník*. 1995, CXXXIV, s. 448 an.), o ústavních limitech obecně závazných vyhlášek obcí (*Právník*. 1997, CXXXVI, s. 23 an.) nebo stať věnovanou krajské samosprávě (*Právník*. 2005, CXLIV, s. 1 an.). Dlouhodobý zájem o kvalitu tvorby práva motivoval *Grospiče* k tvorbě statí i na toto téma (*Právník*. 1999, CXXXVIII, s. 793 an.; 2005, CXLIV, s. 945 an.).

Pokud jde o Ústav státu a práva nelze přejít významné *Grospičovo* angažmá při organizační přípravě a pořádání odborných konferencí a seminářů, na nichž se Ústav státu a práva podílel společně s dalšími domácími i zahraničními institucemi. Nejedna sborník z těchto vědeckých setkání *Grospič* také redigoval. Mimo ústav se pedagogicky zapojil do výuky na Vysoké škole ekonomické v Praze (od roku 1993) a na Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni (od roku 1995). Kdo *Grospiče* poznal v těchto dobách, pamatuje si ho jako příjemného ohleduplného člověka, učitele s pochopením pro studentské slabosti a vědeckého pracovníka připraveného pomoci mladším kolegům radou a předáním zkušeností.

Jiří Grospič zemřel 16. dubna 2016.

RECENZE

Koziolovy Základní otázky delikt ní odpovědnosti

Emeritní profesor Vídeňské univerzity a ředitel Evropského centra pro delikt ní pojišťovací právo ve Vídni vydává žeň svých poznatků z oblasti, které se věnuje celý život – z oblasti odpovědnosti za škodu. Je to jakési jeho *opus magnum* neboli základní teoretické poznatky delikt ní odpovědnosti: Koziol, Helmut. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. Vídeň: Jan Sramek Verlag, 2010, 371 stran; anglická verze *Basic Questions of Tort Law from a German Perspective*. Vídeň: Jan Sramek Verlag, 2012, 377 stran.

Jak známo, autor je pozoruhodnou postavou rakouské a evropské právní kultury.¹ Je zakladatelem Institutu evropského delikt ního práva Rakouské akademie věd, zakladatelem a ředitelem Evropského centra delikt ního a pojišťovacího práva a především vynikajícím znalcem soukromého práva, zejména práva delikt ního. V tomto oboru se profiloval především jako hlavní organizátor Evropské skupiny delikt ního práva, která v roce 2005 publikovala Principy evropského delikt ního práva (*Principles of European Tort Law*) jako nejvýznamnější dokument právní unifikace této oblasti, udávající tón hlavnímu směřování.

Tato recenze se nejprve zabývá základním dílem *Koziolovým* a posléze posuzuje další dvě díla, jejichž je *Koziol* nejen vydavatelem, ale autorem rozsáhlých srovnávacích studií v obou těchto knihách.

Jeho *opus magnum* má celkem 10 částí.² První se zabývá otázkou principu náhrady, respektive nároku na náhradu poškozeného. V této souvislosti zahrnuje do svých úvah i otázku povinného pojištění, které má svým způsobem vytlačit klasickou odpovědnost za škodu (s. 5 a násl.). Překvapivě se na tomto místě zabývá i základními přístupy k regulaci této oblasti a podrobuje kritice i právně „technické“ nástroje. V druhé části se zabývá základními instituty delikt ního práva, a to v souvislosti s celým právním systémem (s. 19–74). Již na tomto místě analyzuje instituty nutné obrany krajní nouze, věnuje pozornost otázce vztahu mezi náhradou škody a bezdůvodným obohacením, což je jedna z naprosto klíčových problematik, bohužel jinak opomíjených. Důležitý je i vztah k trestnímu právu. V třetí části je předmětem diskuse směřování, respektive úkoly práva náhrady škody. Ostatně zůstává *Koziol* věren základní tradici rakouské, když na místo „odpovědnosti za škodu“, respektive „delikt ní právo“ používá výraz „právo náhrady škody“, kam podle jeho soudu patří delikt ní právo stejně jako odpovědnost za smluvní škodu, respektive smluvní odpovědnost za škodu. Cílem této části je však postihnout základní úlohy delikt ního práva: preventivní, kompenzační, sankční a další. Oproti svému zvyku, který zejména v poslední době velmi rozšířil, je velmi stručný ohledně preventivní funkce, ale přesto je třeba vyzdvihnout jeho zájem o ní, neboť již vcelku správně v souladu s převládajícím názorem tuto funkci považuje za druhotnou ve srovnání s funkcí kompenzační (s. 78–81). Věren rakouské tradici se pak velmi stručně věnuje problému náhrady škody z deliktu a náhrady škody ze smlouvy, kde nenachází příliš problémů s ohledem na jednotnou koncepci rakouského práva. Klíčové jsou části 5 a 6 (s. 109–167 a 171–270). Zde zejména

¹ O významu a činnosti Helmuta Koziola svědčí mimo jiné i 396 publikací, jež měl uveřejnit do roku 2009 (viz APATHY, Peter et al. (eds). *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wien, 2010, s. 1533–1543).

² Ačkoliv se *Koziol* prakticky při každé příležitosti rozsáhlejšího díla snaží o srovnávací metodu, jeho základní dílo je soustředěno především na problémy rakouského práva, a jak napovídá anglický titul, bere v úvahu, a to ještě v omezené míře, jen právo německé a švýcarské.

prokazuje nové tvůrčí schopnosti. Liší se totiž od svých dosavadních koncepcí tím, že rozlišuje předpoklady nároku na náhradu škody a elementy přičitatelnosti,³ které byly součástí předpokladu odpovědnosti (viz *Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*. Wien 1998, s. 148–262). K předpokladům odpovědnosti a tedy nárokům na náhradu škody počítá pouze škodu a příčinnost (*Verursachung*), za kterou považuje v podstatě kauzalitu. Mezi prvky přičitatelnosti (s. 171–269) zařazuje protiprávnost, zavinění, jiná pochybení ve vlastní sféře, nebezpečnost, dovolený zásah, hospodářskou činnost, dosahování zisku, způsobilost pojištění, faktor rizikového společenství, vzájemné vztahy prvků přičitatelnosti a spoluodpovědnost poškozeného. Nejde tedy o předpoklady odpovědnosti, ale jak jejich označení napovídá („prvky přičítání“), o určité faktory, které mohou, ale nemusejí mít na přičítání vliv. Je otázkou, zda jejich výčet je uzavřený anebo mezi ně lze, zejména v některých situacích, zahrnovat i další faktory. Zdá se však, že tento výčet považuje *Koziol* za *numerus clausus*. Srovnáme-li předpoklady a prvky, platí, že zatímco předpoklady jsou nezbytnou (mandatorní) součástí systému odpovědnosti, prvky jsou jenom „fakultativními předpoklady“. K těmto dvěma kapitolám se logicky přičleňuje část sedmá (s. 271–294), která je korektivem odpovědnosti (omezení přičítání), který má sice svoji hlavní působnost v oblasti přičítání, ale nepochybně vlastní kauzalitu přesahuje. V části osmé se zabývá samotnou náhradou škody, což je již jakási zvláštní část jeho systému, stejně jako promlčení části deváté. Desátá část obsahuje texty „*Koziolova*“ rakouského návrhu reformy deliktního práva, Principů evropského deliktního práva a další nutné doplňky celého díla.

Z podnětu tohoto díla organizoval *Koziol* ještě další dva projekty, jejich výsledky pak publikoval ve dvou velmi objemných knihách, a to *Koziol, H. (ed.). Grundfrageneschadenssatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*. Vídeň: Jan Sramek Verlag, 2014, a dalším díle, které je též předmětem této recenze.

Na základě struktury, kterou převzal ze svého hlavního díla jsou analyzovány základní otázky deliktního práva sedmi různých právních řádů, takže čtenář kromě znalosti rakouského deliktního systému je schopen s ohledem na rozsáhlé příspěvky seznámit se se základními rysy dalších pečlivě vybraných deliktních systémů. Do této mozaiky zařadil *Koziol* zástupce skandinávské právní rodiny (norské deliktní právo zpracované profesorem Univerzity v Bergenu *Bjarne Askelandem*), příspěvky ze západoevropské právní kultury, a to prostřednictvím Francie jako zástupce románského právně kulturního okruhu, kde národní zprávu zpracoval profesor *Olivier Moréteau*, v současné době působící na univerzitě v louisianském Baton Rouge a zástupce evropské kultury *common law*, anglické deliktní právo, které komentoval profesor bristolské univerzity *Ken Oliphant*. Z obnovených občanskoprávních kultur evropských vybral *Koziol* Maďarsko a profesora *Attilu Menyhárda*, a Polsko, jehož situaci komentovala *Katarzyna Ludwichowska-Redo*. Za jakousi protiváhu i v rámci *common law* je do výběru zařazeno deliktní právo USA, které vykládají profesori *Wake Forest University Michael Green* a *Jonathan Cardí*. Konečně posledním reprezentantem je právo Japonska, do jehož právního řádu byly zabudovány postupně evropské zásady deliktního práva, které ovšem zaznamenaly specifický, japonskou právní kulturou poznamenaný rozvoj. Japonské deliktní právo zpracoval profesor univerzity v Kjótu *Keize Yamamoto*. Každý ze sedmi komentátorů podává obrázek své deliktněprávní kultury v průměru na 100 stránkách; japonská zpráva je však téměř dvojnásobně dlouhá. Možná nejceněnější pak na celé publikaci je 160 stran čítající srovnávací studie z pera *Koziolova*.

³ I v tomto smyslu prodělal určitý vývoj, a to jistě s ohledem na konečné změny deliktního práva v hlavních kulturně právních okruzích v poslední době.

Z téměř reprezentativní mozaiky „světového“ deliktního práva vyplývají na první pohled značné rozdíly v samotném chápání deliktního práva,⁴ jeho funkce, stejně jako cíle deliktní odpovědnosti a jejich následků v podobě náhrady škody a dalších prostředků právní ochrany. Již samotný základní problém, tj. zda se sám poškozený má starat o náhradu (viz interpretace latinského *casum sentit dominus*), či zda se o poškozeného má postarat právní systém, rozdvouje jednotlivá pojetí deliktního práva. Zatímco systémy *common law* a rakouský systém vycházejí z vyrovnávací spravedlnosti (*iustitia commutativa*) a zdůrazňují úlohu jednotlivce, je východiskem nejen francouzského systému (č. 1/1), ale i skandinávského pojetí (s. 767) zásada *neminem laedere* spojená s ideou rozdělovací spravedlnosti (*institia distributiva*). Dvojí pohled není zásadního významu, neboť otázka náhrady osobních škod je nakonec vyřešena ingerencí pojišťovacího systému, ovšem s jednou závažnou výjimkou, kterou je systém USA, kde při absenci obecného veřejného systému nemocenského pojištění v zásadě platí *casum sentit dominus* (s. 768).

Určitým dělicím kritériem deliktněprávních systémů jsou dva základní druhy odpovědnosti a jejich působnosti. Obecná tendence rozšíření objektivní odpovědnosti na úkor odpovědnosti subjektivní se vlastně uskutečnila již ve 20. století. Z ní ovšem přesto existují určité výjimky, které mají mnohdy zásadní význam, někdy jde o kuriozitu. Druhým případem je pro francouzské právo typický institut *gardien*, což je správce věci, který bez ohledu na závažnost své činnosti odpovídá za výsledek. Tak odpovídá i nezletilé dítě, které shodí ze stolu květináč tak neopatrně, že někoho zraní (s. 770). Extrémem závažného charakteru je přetrvávající odpovědnost za zavinění v oblasti odpovědnosti za škodu způsobenou dopravními prostředky v právních systémech *Commonwealthu*. Právní řády rozděluje i institut *punitive damages*, který pochází z anglického *aggravated damages*. Tento institut ovšem nemá ani v Anglii, ale ani v Irsku a Izraeli takový zásadní význam jako *punitive* v USA.⁵ Rozdílné chápání práva se projevuje v mnoha ohledech, a to i v oblasti deliktního práva. Charakteristická je otázka samotných právních pramenů. Zatímco v kontinentálních právních řádech je deliktní právo zásadně kodifikováno, i když velmi rozdílným způsobem, je to v Anglii v podstatě kazuistický pohled soudní judikatury, jak to ukazuje příspěvek *Olyphanta*, svědčící o tom, že v Anglii existuje vlastně více než 70 skutkových podstat deliktů (marg. č. 5/4). Na opačném pólu stojí abstraktní generální klauzule ve francouzském *Code civil*, které svojí otevřeností a tedy věcnou působností nemají obdobu ani na kontinentě a jež ukazují jednak na význam judikatury francouzských soudů, která vytvořila deliktní právo doslova mimo občanský zákoník, jednak na prakticky neohraničitelnou působnost deliktněprávní ochrany v důsledku čl. 1382 a 1384 *Code civil*.

Na první pohled existují další zásadní rozdíly mezi jednotlivými deliktními systémy, a to i uvnitř germánského právního okruhu (s. 779). Týká se to především míry flexibility jednotlivých pravidel deliktního systému, otázek kauzality a přičítání, stejně jako řešení problematiky spravedlnosti, která se projevuje v řešení otázky „všechno, anebo nic“. Ukazuje se, že ani v jednom ze srovnávaných právních řádů neexistuje striktní oddělení odpovědnosti za výsledek a subjektivní odpovědnosti. V důsledku zapojování jednotlivých předpokladů odpovědnosti lze zásadním způsobem tyto dva druhy modifikovat, a tak je sblížovat. To se ukazuje jak v případě polského, maďarského, rakouského, tak i norského práva. Stejně tak nelze rozlišovat mezi absolutně chráněnými a absolutně nechráněnými zájmy, což je dojem,

⁴ Viz k tomu např. článek bývalé předsedkyně rakouského OGH: GRISS, I. How Judges Think: Judicial Reasoning in Tort Cases from Comparative Perspective. *Journal of European Tort Law*. 2013, s. 247 an.

⁵ Srov. k tomu KOZIOL, Helmut – WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Wien, 2009, 335 s.

který na první pohled budí německé právo (viz § 823 odst. 1 BGB). Ani o jednom zájmu nelze totiž *a priori* konstatovat, že je chráněn či že je totálně nechráněn. K překonávání přístupu „všechno, anebo nic“ slouží v různých právních řádech různé nástroje, ať už je to princip adekvátnosti, účelu právní normy (Rakousko), nebo používání proporcionální odpovědnosti (Polsko, Maďarsko).

Rozdílné postavení má v jednotlivých jurisdikcích deliktní právo ve vztahu k jiným odpovědnostním systémům. Zhruba řečeno, v kontinentálním právu jde o harmonizaci deliktního práva s jinými odpovědnostními systémy. V *common law* se tvrdí, že předně je nutno brát ohled na soubor těch skutkových podstat, které mají za cíl kompenzaci, a jiných deliktně odpovědnostních skutkových podstat, které předpokládají jiné prostředky právní ochrany. Pro evropské systémy je charakteristický pohled na obecné principy, které se v zásadě uplatňují i v deliktním právu, zatímco v USA je primární konkrétní spravedlnost, tj. spravedlnost v jednotlivém případě (s. 816).

Otázka cíle deliktního práva poněkud rozděluje kontinentální právní řády se systémy *common law*. Mluví-li se na kontinentě o deliktním právu, respektive o právu náhrady škody, jde o určitou množinu právních norem, na základě kterých lze zjistit předpoklady odpovědnosti a podle kterých je zřejmé, že bude přicházet v úvahu náhrada škody. Naproti tomu v USA a Anglii se vychází z množiny „*torts*“, které se odlišují ve svých předpokladech, a je třeba si položit otázku, které právní následky, kromě náhrady škody, jsou jednotlivými skutkovými podstatami předvídané. V důsledku relativně slabého působení trestního práva jako odstrašujícího faktoru i ve smyslu předcházení škodám zejména v USA, plní deliktní právo významnou roli odstrašovací, respektive preventivní (marg. č. 5/61).

V otázce materiální škody a její definice nejsou význačnější rozdíly mezi jednotlivými právními řády. Naproti tomu charakter a způsobilost k náhradě imateriálních škod se značně odlišují (marg. č. 2/48, 3/67, 6/76). V těchto případech jsou mnohdy typicky ideální škody označovány za majetkové škody, aby se dosáhlo jejich náhrady. Mnohdy se ještě (viz i české právo) chápe odškodnění imateriálních škod jako zadostiučinění. V případě kauzality je v podstatě nesporné, že se ve všech srovnávaných právních řádech užívá pravidlo *conditio sine qua non* (*csqn*). Dosud není však překonáno nedostačující terminologické, ale ani myšlenkové rozlišování mezi kritériem příčinnosti, které vymezuje pouze nejzazší hranice přičitatelnosti, a omezení přičítání, která spočívají v omezování odpovědnosti s pomocí kritéria adekvátnosti nebo ochranného účelu normy, a která jsou často chápána pod označením právní kauzalita (srov. marg. č. 2/58, 4/89, 5/95, 6/87). Ve většině právních řádů se uznává, že přirozená, neboli faktická kauzalita má určité právní aspekty (marg. č. 4/87). To se projevuje zejména při kvalifikaci opomenutí jako příčiny (marg. č. 3/79, 4/93, 5/99, 6/89, 7/310). Obdobné řešení ve všech srovnávaných právních řádech se týká použití solidární odpovědnosti v případech, v nichž několik na sobě nezávislých osob lze považovat za *csqn* ve vztahu k jediné škodě (s. 848). V případě nefungování přirozené (*csqn*) kauzality, uznává se v případě kumulativní příčinnosti solidární odpovědnost s výjimkou anglického práva (marg. č. 5/101). Velmi rozdílná řešení existují v případě konkurující kauzality (s. 850).

Nejzajímavější je ovšem problematika toho, co *Kozioł* nazývá elementy přičítání (viz s. 855 a násl.). Do této velmi důležité, ale též rozsáhlé kategorie zařazuje závadné jednání (*Fehlverhalten*), odpovědnost za ostatní ve vlastní sféře, odpovědnost za pomocné osoby, děti, za vadné věci, vyšší nebezpečnost, tak velmi široký pojem závadného jednání. Zde je relevantní především pojem protiprávnosti a jeho vztahu k zavinění (s. 856 a násl.). Je zřejmé, že tento pojem se kupodivu ve všech srovnávaných právních řádech přeměnil v to, co lze nazvat jednáním v rozporu s povinností péče (s. 859). Je jím míněno porušení objektivních povinností jednání. To je jedním z předpokladů odpovědnosti vedle zásahu do chráněných zájmů tak,

jak jsou vymezeny jednotlivými skutkovými podstatami bez ohledu na to, zda tyto skutkové podstaty jsou zakotveny v psaném právu nebo judikatuře. To vyplývá zhruba ze všech srovnávaných právních řádů (s. 856–864).

Rozdíly existují v posuzování odpovědnosti za prostou (čistou) hospodářskou (ekonomickou) škodu (označovanou anglickým „*pure economic loss*“). Je zřejmé, že omezení odpovědnosti za tyto újmy, které vyplývá například z § 823 BGB, se sice postupně prosadilo, avšak ve Francii, Polsku a obdobně i v Rakousku existuje ochrana i těchto zájmů (1/174, 3/102 a 860).

Třetí *Koziolova* publikace (Koziol, H. (ed.). *Comparative Stimulations for Developing Tort Law*. Vídeň: Jan Sramek Verlag, 2015, 272 s.) je zatím závěrečným dílem *Koziolova* úsilí. Jeho účelem je provést „sondu“ do oblastí deliktního práva, které jsou klíčové a přesto nebývají středem pozornosti. Nebylo totiž možné je diskutovat ani v rámci harmonizačních projektů (PETL a CFR), neboť jak jsou důležité, jsou i mimořádně citlivé. Jde mimo jiné o otázku flexibility deliktního systému, o odpovědnost dětí a duševně nemocných osob a otázku posuzování zavinění v těchto případech, o odpovědnost za pomocníky, o omezení odpovědnosti a tzv. obranná jednání a konečně o náhradu škody za nemajetkovou škodu.

Koziol pracoval na tomto projektu s téměř stejným týmem odborníků jako v projektu předchozím. Jen profesor *Borghetti* (Univerzita Paris Assas) nahradil profesora *Moréteaua* a profesor *Nagano* (Kjóto) nahradil profesora *Yamamota*. Z hlediska českého práva jsou relevantní všechna analyzovaná témata; kvůli omezenému rozsahu recenze je možné zmínit jen některá.

Odpovědnost dětí a duševně nemocných osob je jedním z témat, které rozděluje i kontinentální právní řády. Sotva lze například následovat příklad francouzského práva, podle něhož děti odpovídají za každé porušení povinnosti péče bez ohledu na to, zda jsou si toho vědomy či nikoliv. Kromě toho jsou jejich rodiče za škody takto způsobené odpovědni bez ohledu na své zavinění. Podle norského práva je odpovědnost v těchto případech velmi flexibilní kategorií, neboť osoby s omezenou způsobilostí mohou být považovány plně odpovědnými za splnění obecných předpokladů odpovědnosti, avšak jen tehdy, jestliže to soud považuje za rozumné (s. 114). V Polsku nejsou deliktně způsobilé děti mladší 13 let, duševně nemocní nejsou odpovědni v závislosti na stavu svého duševního zdraví (s. 117). Jiná situace je v maďarském právu, neboť tento problém si tam nikdy nezasloužil pozornost (s. 125). Je tomu tak údajně (*Menyhárd*) proto, že odpovědnou je jen osoba povinná dohledem. Pozoruhodné je, že na rozdíl od objektivního standardu zavinění v Anglii, posuzuje se zavinění osob s omezenou deliktní způsobilostí subjektivním způsobem (*Oliphant*, s. 128).

Odpovědnost za pomocníky (s. 182 a násl.) je kategorie, která přináší problémy již ve své definici. Vymezení pomocníka, respektive vztahu principála a pomocníka je v jednotlivých právních řádech značně rozdílné (s. 182). Druhým problémem je otázka druhu odpovědnosti principála za škodu způsobenou pomocníkem. Podle francouzského práva se zdá být naprosto přirozené, že principál je odpovědný za výsledek bez ohledu na zavinění (s. 182). To je ovšem situace příznačná nejen pro Francii, ale pro celou řadu právních řádů s výjimkou německého, a systémy germánského právního okruhu, kde odpovědnost principála je subjektivní, ale i další jurisdikce (Norsko, Polsko, Maďarsko, USA).

Pozoruhodné jsou názory představitelů jednotlivých právních řádů k otázce kompenzace imateriální škody ve formě jiné než peněžité náhrady. Tak například podle norského práva tento problém nebyl nikdy diskutován, i když teoreticky by jej bylo možné řešit tak, že by postačila omluva. Méně zdrženlivý je postoj práva francouzského (s. 245), překvapuje však rigidní stanovisko polského a maďarského práva, která v podstatě znají v těchto případech jako formu nápravy pouze peněžitou náhradu (s. 250–252, 252–254). Neznámý je tento institut v Anglii a v právu USA, zatímco v Japonsku podle čl. 723 občanského zákoníku je tento způsob nejen možný, ale prakticky funkční.

Koziology publikace⁶ mají značný význam nejen pro právní teoretiky. Inspiraci by v nich mohli najít i vzdělaní soudci a advokáti. Zejména žádoucí pomůckou by mohly být i při výkladu norem nového českého deliktčního práva v občanském zákoníku. Zároveň však zdůrazňují nutnost další harmonizace deliktčního práva v EU. Existující sjednocující úprava odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku je nejen nedostatečná, ale i neefektivní, a náprava škod s mezinárodním přesahem uvnitř Evropské unie způsobuje „další“ škody ve formě značných transakčních nákladů.

Luboš Tichý*

**Möller Kai. The Global Model of Constitutional Rights.
Oxford: Oxford University Press, 2012, 222 s.**

ÚVODNÍ POZNÁMKY

Komplexní teorie jsem vždy považoval za superiorní. Není tudíž žádným překvapením, že silně inklinuji k Alexyho knize *A Theory of Constitutional Rights*,¹ neboť tato – podle mého názoru – pojmu komplexnosti plně vyhovuje. Princip proporcionality dnes představuje jedno z nejfrekventovanějších témat ústavní teorie a teorie práva vůbec. Je diskutován jak z hlediska praktického, tak z hlediska teoretického.² Nicméně drtivá většina publikací věnující se této problematice se zaměřuje pouze na vybrané aspekty teorie základních práv či jejich omezování, s komplexností Alexyho práce, která se důsledně vypořádává s otázkami substantivními i formálními, se tudíž nemohou rovnat.

Byl jsem proto plný očekávání, když se mi dostala do rukou kniha *Kaie Möllera* (dále též jen „autor“) *The Global Model of Constitutional Rights*³ (dále též jen „recenzovaná publikace“), renomovaného to autora písčícího především o otázkách spojených s principem proporcionality a omezováním základních práv.⁴ *Kai Möller* totiž v nyní recenzované publikaci právě

⁶ Koziol je naprosto bezvýhradnou autoritou v oblasti deliktčního práva, zejména v Rakousku. Jeho předchozí hlavní díla (např. KOZIOL, H. *Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*. 1986 (3. vydání 1997) jsou základním nepominutelným východiskem pro toho, kdo se v Rakousku deliktním právem zabývá. V poslední době pokračuje ve své činnosti na poli rakouského deliktčního práva, kdy rozšiřuje a společně s dalšími kolegy nově zpracovává zvláštní část deliktčního práva (KOZIOL, H. *Haftpflichtrecht, Besonderer Teil*. Wien, 1988), o čemž svědčí v roce 2014 publikovaný 3. díl zvláštní části deliktčního práva (KOZIOL, H. – APATHY, P. – KOCH, B. A. *Österreichisches Haftpflichtrecht, sv. 3, Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffschaftung*. Wien, 2014, 598 s.).

* Prof. JUDr. Luboš Tichý, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

¹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 506 s.

² Zahraniční literatura k tématu je nezměrná. Naopak česká teorie se tímto tématem dosud zabývala pouze okrajově, avšak postupně se mu začíná dostávat zasloužené pozornosti. Z dosud vydaných prací srov. zejm. HOLLÄNDER, Pavel. Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů. In: Jiří Boguszak (ed.). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 7–21. HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavně-právní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 9, 49–51. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 139 an. HOLLÄNDER, Pavel. Zásada proporcionality: Jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh? Na příkladech veřejných dober a základních práv kolidujících s právem na soukromí. In: Vojtěch Šimíček (ed.). *Právo na soukromí*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 22 an. KOSAŘ, David. Koliže základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. XVII, č. 1, s. 3 an. ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, 224 s. ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2015, roč. XXIV, č. 4, s. 21–29.

³ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 222 s.

⁴ Z autorových prací viz např. MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*. 2007, Vol. 5, No. 3, s. 453–468. MÖLLER, Kai. Balancing as reasoning and the

takovou komplexní teorii základních práv předkládá. Jeho ambice jsou jasně čitelné již z termínu „*global*“ užitého v názvu publikace, jenž má hned dvojí reminiscenci:

1) publikace jednak není omezena jen na určitou zemi nebo region.⁵ Naopak, autor záměrně s cílem nárokovat pro svou teorii globální platnost, vybral vstupní data – judikaturu i práce teoretické – nejrůznější provenience. Nejedná se však o ryzí eklecticismus, judikatura nejčastěji pochází z dílny Evropského soudu pro lidská práva, Spolkového ústavního soudu SRN, Ústavního soudu Jihoafrické republiky, Nejvyššího soudu Kanady či Nejvyššího soudu Spojeného království (respektive též jeho předchůdkyně, Sněmovny lordů). Tímto přístupem autor rekonstruuje aplikační praxi výše uvedených zemí, čímž odkazuje k teorii globálního konstitucionalismu,⁶ jíž se snaží rozpracovat. Autorův přístup je tudíž interpretativní, respektive rekonstrukční. Ze jmenovaných (vlivných) jurisdikcí vybírá jednotlivé případy, na nichž demonstruje sbíhavost jejich jurisprudence, respektive existující celosvětovou shodu v aplikaci základních práv. Může si tudíž nárokovat širší (globální) přesah než konkurenční teorie.

2) termín „*globální*“ podle mého směřuje též do nitř teorie samotné, čímž poukazuje na skutečnost, že se autor neomezuje jen na vybrané aspekty práce se základními právy, nýbrž čtenářům předkládá komplexní teorii základních práv. Tato komplexnost spočívá především v tom, že spojuje substantivní (ontologické) otázky o povaze základních práv s otázkami formálními (gnoseologickými), jež se týkají vhodných metod jejich interpretace. Předložená teorie tak vytváří uzavřený celek, který si nenárokuje pouze filosofickou přesnost, nýbrž též praktickou uplatnitelnost.

GLOBALNÍ MODEL A JEHO ZÁKLADNÍ PRVKY

Jak již bylo výše řečeno, autor staví svou teorii na obecně sdíleném stavu aplikační praxe vrcholných soudních orgánů. Jádro práce pak představuje konfrontace této praxe s tradičními dogmaty lidskoprávní teorie (kapitola 1, *The Global Model of Constitutional Rights*), podle nichž základní práva: 1) pokrývají pouze specifickou sféru těch nejdůležitějších zájmů jednotlivce; 2) představují výlučně negativní závazky státu vůči jednotlivci; 3) působí pouze ve vertikálních vztazích, tj. ve vztazích jednatelc–stát, nikoli mezi dvěma jednotlivci navzájem; a konečně 4) mají zvláštní normativní sílu, tudíž jiné zájmy je mohou převážit pouze ve výjimečných případech, pokud vůbec.⁷

Jak sám autor uznává, toto tradiční vnímání základních práv bylo již v praxi podstatně nabouráno. Proto v kontrapozici k tradičnímu pojetí formuje 4 základní prvky, na nichž staví svou teorii základních práv: 1) inflaci základních práv a v souvislosti s ní také širší chápání (*prima facie*)⁸ základních práv;⁹ 2) doktrínu pozitivních závazků a stále větší míru shody na

problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, No. 1, s. 222–225. MÖLLER, Kai. Proportionality and Rights Inflation. In: Grant Huscroft – Bradley W. Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 155–172.

⁵ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 15. V tomto bodě bychom mohli recenzovanou práci kontrastovat s prací R. Alexyho, jenž se omezuje pouze na rozbor německé praxe a doktríny, ačkoli tato má zjevně širší přesah.

⁶ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2008–2009, Vol. 47, No. 1, s. 72–164.

⁷ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 2.

⁸ Vnímání práv jako *prima facie* práv vychází z Alexyho teorie principů a konstitučního vztahu mezi principy navzájem. Principy jsou totiž podle Alexyho „*příkazy k optimalizaci v relaci k právním a skutkovým možnostem*“, přičemž právní možnosti realizace jednoho principu představují principy jiné, kolidující. Tato kolize se řeší pomocí testu proporcionality, přičemž až poměřováním principů zjistíme, který zájem (základní právo nebo

tom, že mezi základní práva spadají též socioekonomická práva; 3) horizontální působení (účinek) základních práv; 4) aplikace testu proporcionality,¹⁰ jakožto metody pro řešení kolizí základních práv s jinými základními právy či veřejnými zájmy, v důsledku čehož základní práva ztrácí specifickou normativní sílu.¹¹ Na základě těchto východisek autor buduje odpovídající teorii základních práv, která by měla současně být také konzistentní s ohledem na jejich morální základy.¹²

STRUKTURA PRÁCE A ZÁKLADNÍ MYŠLENKY AUTORA

Struktura knihy dále sleduje – *Barakovou* terminologií¹³ – základní členění mezi rozsahem (respektive působností) základních práv, jež v knize reprezentuje část I. nadepsaná *Scope of Rights*, a rozsahem jejich ochrany, jež naopak představuje část II. nazvaná *The Structure of Justification*.

Substance základních práv: obecné právo na ochranu autonomie jednotlivce

Část první se tak zabývá substantivními otázkami základních práv. Z hlediska výše rozebraných základních prvků „*Globálního modelu*“ se jedná o inflaci základních práv doprovázených širokým vnímáním rozsahu základních práv, akceptaci existence pozitivních závazků a socioekonomických práv a horizontální působení základních práv, jež autor zapojuje do své vlastní koncepce základních práv vystavěné na základě všeobjímajícího práva na ochranu autonomie jednotlivce.

Möller vychází z toho, že základní práva vždy chrání určitou pozitivní svobodu nebo autonomii jednotlivce. Umožňují lidem žít jejich životy autonomně, bez nepřiměřených státních intervencí.¹⁴ V úvahu přitom přicházejí dvě vzájemně si konkurující koncepce autonomie (kapitola 3, *Two Conceptions of Autonomy*):

1) koncepce zakázaných důvodů, podle níž zacházení státu s jednotlivcem nemůže být motivováno určitými důvody, respektive některé z důvodů jsou vyloučeny a nemohou tudíž

veřejný zájem) převáží. Tudíž skutečnost, že je někdo nositelem základního práva v obecné rovině neznamená, že by jím mohl být též v konkrétním případě, respektive že toto v konkrétním případě nemůže být převáženo jinými principy. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 47 a 82.

⁹ Příkladem tohoto přístupu může být praxe ESLP či některých ústavních soudů, které pod právo na ochranu soukromého života řadí celou řadu zájmů, jež nevyhovují tradičnímu vnímání základních práv, jsou-li alespoň způsobilé překročit minimální práh závažnosti a spadají pod pojem soukromí. Příkladem mohou být slavná „základní“ práva na klidný spánek (*Hatton proti Spojenému království*, rozsudek ze dne 8. 7. 2003, stížnost č. 36022/97) či krmení holubů v parku (BVerfGE 54, 143).

¹⁰ V některých případech však autor nepovažuje za vhodné, aby byl test proporcionality aplikován ve své úplnosti. Koriguje tak tvrzení, že „základní práva jsou jen o proporcionalitě“, neboť test proporcionality je podle něj v úplnosti aplikovatelný pouze na občanská a politická práva, a to navíc jen působí-li ve vertikálních vztazích. V případě socioekonomických práv a pozitivních závazků pak pléduje za vypuštění prvních tří kroků testu (legitimita, vhodnost a potřebnost) a přezkum zásahů do těchto práv pouze pomocí kritéria poměřování (*balancing*). Podle Möllera totiž realizace socioekonomických práv a pozitivních závazků vyžaduje nemalé výdaje veřejných rozpočtů, v důsledku čehož pak bude napadené opatření, jehož cílem bude snížení výdajů veřejných rozpočtů, prakticky vždy legitimní, a také vhodné a potřebné k dosažení sledovaného cíle. MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 179.

¹¹ *Ibidem*, s. 2 an.

¹² *Ibidem*, s. 23.

¹³ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 19 an. Srov. též PANACCIO, Charles-Maxime. In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2011, Vol. 24, No. 1, s. 109–128.

¹⁴ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 44.

ospravedlnit zásah do autonomie jednotlivce. Jako příklad autor uvádí paternalistické, moralizující či diskriminační důvody.¹⁵ Tato koncepce, ačkoli se zdá být intuitivní a přirozená, však není způsobilá k uchopení dnešní reality v její úplnosti, především pak pokud jde o široké vnímání (*prima facie*) základních práv.

2) koncepce chráněných zájmů se naopak zaměřuje přímo na jednání a zdroje, které jsou podstatné pro vedení autonomního života. Takto například identifikuje jako důležitá rozhodnutí ve sféře intimního života či kontroly nad zásahy do fyzické integrity (typicky v oblasti medicíny) a bere důležitost těchto zájmů jako důvod pro to, aby byly chráněny. Tento přístup umožňuje vážít důležitost chráněných zájmů optikou jejich důležitosti pro dotčenou osobu.¹⁶

Möller se přiklání právě ke koncepci chráněných zájmů, jež staví do středu celé své koncepce základních práv. Základní práva podle jeho názoru vychází z obecného práva na ochranu autonomie jednotlivce (kapitola 4, *The Right to Autonomy*), z něhož lze odvodit všechna základní práva. Základní práva v Möllerově pojetí jsou jakékoli autonomní zájmy jednotlivce, jež jsou důležité z hlediska jeho sebeurčení. Základní práva tak vedle tradičních ústavně chráněných hodnot kryjí též velké množství poměrně triviálních zájmů (např. právo pěstovat koníčky či krmit holuby v parku) či dokonce jednání, jež by se dala klasifikovat jako nemorální, škodlivá či zavrženíhodná (jako např. vražda). Východiskem je mu zde úvaha, že lidská bytost má ze své podstaty právo na to, aby s ní bylo zacházeno „*způsobem, který ji bere vážně jako osobu nadanou životem, která má žít, a nemůže jí tudíž být odepřena možnost, aby žila svůj život podle svého, ledaže by existovaly dostatečně silné důvody pro intervenci*“.¹⁷ Jakýkoli zásah do autonomie jednotlivce tudíž automaticky spouští povinnost státu tento zásah ospravedlnit. Cílem a účelem Möllerovy koncepce práv je snaha o zajištění stavu, kdy se autonomním zájmům jednotlivce vždy a za všech okolností dostane náležitá ochrana.¹⁸ Tato ochrana je zajištěna právě povinností poskytnout dotčené osobě (racionální) ospravedlnění zásahu do jejich práv. Povinnost ospravedlnit zásah je tudíž korelátem existence základního práva. Jedním z důsledků této koncepce je pak přesun těžiště argumentace interpreta od úvah, zda přezkoumávaný akt spadá pod rozsah základního práva a zda nedošlo k zásahu do něj, k úvahám o tom, zda je možné zásah ospravedlnit v intencích testu proporcionality.¹⁹

Na tomto místě bych chtěl upozornit na dvě věci. Tou první je konzistentnost autorových myšlenek. V předcházející kapitole autor odmítl tzv. koncepci zakázaných důvodů, která svou povahou lépe odpovídá negativním závazkům plynoucím ze základních práv, a přiklonil se ke koncepci chráněných zájmů. Tato volba mu v nyní diskutované kapitole umožnila pod koncept autonomie zahrnout též socioekonomická práva a pozitivní závazky plynoucí ze základních práv, neboť tyto v souladu s výše uvedenou definicí vytvářejí podmínky pro autonomní život jako takový. Dále bych chtěl zdůraznit, že výše podaná definice základních práv je sice konzistentní, avšak mně osobně činí značné problémy akceptovat model základních práv, který jako jediné „prahové“ kritérium pro uznání zájmu jednotlivce za základní právo vnímá jeho význam z pohledu sebeurčení jednotlivce (viz výše užitý příklad práv na vraždu či krmení holubů v parku). Zvláště když tento svůj normativní závěr autor konstruuje pouze na základě hrstky případů, které lze označit přinejmenším za hraniční.²⁰

¹⁵ Ibidem, s. 53–57.

¹⁶ Ibidem, s. 57–63, 72. Tyto názory též rezonují v kapitole následující, kdy autor konstatuje, že uznání autonomie jednotlivce a její ochrana nezbytně vede k nezbytnosti ospravedlnění zásahů do ní. Ibidem, s. 95.

¹⁷ Ibidem, s. 86.

¹⁸ Ibidem, s. 74, 85–87.

¹⁹ Ibidem, s. 86–87.

²⁰ Jedná se zejména o dva případy citované pod pozn. č. 10.

Formální struktura argumentace: proporcionalita a poměrování

Druhá část knihy se naopak soustředí na otázky formální, a to otázky týkající se přezkumu ústavnosti zásahů do základních práv, konkrétně na poměrování ústavních hodnot a test proporcionality. Takto se od povinnosti ospravedlnit zásah do základních práv dostáváme k otázce, za jakých podmínek je možné zásah ospravedlnit. Ještě před rozбором samotných argumentačních metod se však autor krátce pozastavuje (kapitola 5, *Towards a Theory of Balancing and Proportionality: The Point and Purpose of Judicial Review*) nad pojetím samotného přezkumu ústavnosti, jež by nejlépe odpovídalo výše naznačené substantivní teorii základních práv. Hlavními tématy této kapitoly jsou vypořádání se s ústavními principy demokracie a dělby moci, řada dojde tudíž i na doktrínu sebeomezení ústavních soudů (*deference*). Autor zde dochází zejména k závěru, že autonomii jednotlivce nechrání jen základní práva, neboť k jejich ochraně směřují též prakticky všechny politiky. Ústavní soudnictví a politika se tudíž zabývají obdobnými úvahami, tj. specifikací sfér autonomie vzájemně si rovných občanů.²¹ Ústavní soudy se tak v řízení o kontrole norem staví do stejné pozice jako zákonodárce, mohlo by se tudíž zdát, že již nezbyvá prostor pro demokratické rozhodování. Toto zdání však klame, neboť ústavní soudy nehodnotí rozhodnutí zákonodárce prizmatem „jedné správné odpovědi“, nýbrž se spíše pídí po racionalitě jeho rozhodnutí (*reasonableness*).²² Tento přístup – s ohledem na principy demokratického rozhodování a dělby moci – zároveň zaručuje legitimní fungování ústavního soudnictví jako důležité pojistky fungování právního státu.

V závěrečných dvou kapitolách (6. a 7.) se již autor zabývá samotnou metodologií přezkumu ústavnosti. Musím se přiznat, že tyto pasáže pro mne byly po slibné kapitole o ústavním soudnictví trochu zklamáním, neboť vzhledem k „dosaženému stavu poznání“ nepřináší mnoho nového. Autor se zde spíše snaží propojit svou substantivní teorii základních práv právě s otázkami přezkumu ústavnosti, respektive jeho metodologie. V kapitole věnované poměrování (kapitola 6, *Balancing*) tak autor kolize základních práv s jinými ústavně chráněnými zájmy formuluje jako kolize autonomních zájmů, jež řeší právě poměrováním. Odmítá však „mechanické“ či pragmatické pojetí poměrování, jež v sobě neobsahuje žádné další argumenty, které by ospravedlnily jeho výsledek. Naopak správné pojetí poměrování směřuje k „řešení konfliktu autonomních zájmů za pomoci racionálně ospravedlnitelných morálních argumentů“.²³

Konečně kapitola 7, *Proportionality*, postupně představuje jednotlivá kritéria testu proporcionality, tj. kritéria legitimacy, vhodnosti, potřebnosti a poměrování, jež mají především strukturovat myšlenkové procesy interpreta při řešení výše uvedených kolizí autonomních zájmů.²⁴ Tato pasáž je – podle mého názoru – nejméně hodnotnou částí celé knihy. Čtenář se zde nedozví více než to, jak autor „přeložil“ obsah a terminologii klasicky formulovaných kritérií testu proporcionality do „jazyka autonomie“. Přichází mi proto na mysl názor *Aharon Baraka*, který považuje test proporcionality za nejuniverzálnější nástroj ústavněprávní argumentace, neboť tento odpovídá největšímu počtu substantivních teorií základních práv.²⁵ Tato univerzalita zřejmě také předznamenala jeho světový úspěch. Po přečtení této pasáže mi však zbývá jen otázka, proč? Proč modifikovat doktrínu, když je beztak funkční?

²¹ Ibidem, s. 102 an.

²² Ibidem, s. 117–123. Autor tak implicitně odmítá doktrínu optimalizace.

²³ Ibidem, s. 176–177.

²⁴ Ibidem, s. 179.

²⁵ BARAK, Aharon. *Proportionality*, s. 467 an.

ZÁVĚR

Závěrem bych chtěl pouze podotknout, že i přes výše naznačené nedostatky recenzovaná publikace představuje přístupný a současně nad míru hodnotný a inspirativní vhled do světa základních práv. Konfrontuje základní dogmata lidskoprávní teorie se současným pohledem na aplikaci základních práv, a to jak z jejich substantivní, tak formální stránky. Zejména pak pasáže týkající se inflace základních práv či přezkumu ústavnosti považuji za velmi povedené. Konečně též pasáž týkající se zásahů do socioekonomických práv a pozitivních závazků, respektive metod aplikovaných na jejich přezkum, podle mého názoru disponuje potenciálem obohatit diskuzi,²⁶ která se nyní na toto téma v České republice rozbíhá.

Zdeněk Červínek*

Schelle Karel – Tauchen Jaromír (eds). Encyklopedie českých právních dějin, I. svazek. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, 976 s.

První svazek rozsáhlé publikace *Encyklopedie českých právních dějin* vznikl ve spolupráci více než devíti desítek českých a slovenských právníků a historiků. Jeho autory tvoří erudovaní odborníci působící na prestižních českých, slovenských i zahraničních univerzitách, uznávaní pracovníci Národního archivu ČR, Akademie věd ČR, Policie ČR, Uměleckoprůmyslového muzea v Praze, Trenčinského muzea v Trenčíně, Ministerstva vnitra či Arcibiskupství olomouckého. Ve výčtu najdeme také celou řadu známých publicistů a novinářů, ale i neméně významných autorů, kteří sice nepůsobí v nějaké oficiální, zaštiťující, právněhistorické instituci, nicméně pro historii práva představují svou zapáleností pro věc nepostradatelné pomocníky.

Tato kniha je součástí unikátního desetisvazkového díla, které se snaží čtenáři nabídnout co nejkomplexnější zpracování právní historie ve formě přehledného slovníku. Na bezmála jednom tisíci stran je nejen odbornému publiku, ale i široké laické veřejnosti předkládán rozbor nejzásadnějších právněhistorických událostí, pojednání o právních pramenech, vzniku a podstatě práva obecně, ale i charakteristika a vývoj jednotlivých právněhistorických institutů. Publikace obsahuje také krátké medailony popisující životy význačných osobností, v tomto svazku především z řad četníků.

Základem prvního dílu je přehledně členěná kostra – po úvodním slově následuje nejobecnější část celé encyklopedie, tj. stručná sumarizace vzniku a vývoje práva, právní vědy, vztahu státu a práva a historického povědomí od nejstarších dob po současnost. S úctou a pokorou jsou přitom čtenářům osvětleny jednotlivé předchozí snahy právních historiků o vytvoření tolik potřebného právněhistorického slovníku, jež započaly již na přelomu 18. a 19. století. Uvozující část vědecké stati se neomezuje jen na území českého státu, ale jsou v ní nastíněny dějinné souvislosti obecných právních základů a státoprávních celků. Velká pozornost je následně věnována podrobné periodizaci českých a československých právních dějin počí-

²⁶ Viz VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, roč. 22, č. 3, s. 209. KRATOCHVÍL, Jan. Test racionality: skutečně vhodný test pro sociální práva. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 12, s. 1052–1074.

* Mgr. Zdeněk Červínek, Katedra ústavního práva, Právnícká fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: zdenek.cervinek01@upol.cz. Text vznikl s podporou projektu IGA 2015, Sebeomezení soudů při přezkumu ústavnosti zásahů do základních práv, IGA_PF_2015_005.

naje Sámovou říší a na ni navazující Velkomoravskou říší, přes vznik Českého státu a českého práva k husitství, překlenující se ve stavovskou monarchii a středověký feudalismus. Odborné pojednání navazuje výkladem o habsburském a habsbursko-lotrinském absolutismu a konstitucionalismu, pokračuje zjednodušeným popisem projevů národnostního tření v multikulturním státě až ke vzniku samostatného československého státu, jenž musel čelit bouřlivému vývoji ve 20. století, aby se v jeho závěru zrodily dvě moderní, suverénní, svobodné, demokratické republiky – Slovenská a Česká. Stručně je nastíněn rovněž vývoj české právní vědy, a to nejprve od samých jejích začátků do roku 1948 a od roku 1948 až ke sklonku roku 1989.

Po úvodní, obecné části práce následují samotná encyklopedická, právněhistorická hesla, která uvozují písmena A (počínaje heslem Absolutismus) až Č (konče heslem Čtyři pražské artikuly). Celkem zde tedy najdeme sto dvacet devět podrobně vysvětlených a velmi zdařile zpracovaných pojmů, které jsou všechny v závěrečných částech doplněny o relevantní a podrobnou bibliografii, z níž konkrétní autor vycházel a jež by mohla sloužit i k dalšímu hlubšímu studiu potenciálního zájemce o dané téma. Současně je u každého hesla odkazováno na související pojmy, což badateli otevírá další prostor pro seberealizaci. Podobně nápomocně mají sloužit též použité obrazové přílohy a zejména přehledné tabulky a grafy, které se vedle své funkčnosti mohou stát i vítaným zpestřením.

Publikaci uzavírá seznam všech autorů a anglické resumé.

Přestože se jedná o dílo velmi početného kolektivu autorů, encyklopedie přísně dodržuje jednotnou a logickou strukturu. Jednotlivé pojmy jsou popsány věcně, zevrubně a v širších souvislostech, a přitom neunavují čtenáře přílišnou rozsáhlostí. Jejich úkolem je co nejsrozumitelněji a komplexně objasnit zainteresovanému badateli vybranou problematiku a navést jej na možnou cestu k dalšímu výzkumu. V textu je upuštěno od používání zkratkovitého vyjadřování.

Právě jazyková srozumitelnost a logicky uspořádaný text byly jedinými závaznými požadavky na práci všech autorů – v ostatních ohledech jim byla ponechána volná ruka působnosti. Přínosem, který tato encyklopedie jako celek představuje, je tak především pluralita názorů a pohledů na tutéž problematiku, způsobená rozmanitostí osobností jejích tvůrců co do jejich specializace, věku, národnostního a kulturního prostředí, z něhož pocházejí. Do vypracování kompletního encyklopedického díla se totiž zapojilo více než pět set odborníků.

Slabší stránkou práce může být v několika málo případech jazyková forma a pravopis, neboť si korekturu zajišťovali vždy autoři jednotlivých hesel samostatně. Pokud tak bystrý čtenář snad objeví v práci nějaký drobný překlep nebo stylistický nesoulad, jedná se o drobnou vadu, jdoucí na vrub odpovědnosti konkrétního pisatele, nikoliv kolektivu autorů jako celku. Rovněž lze zmínit, že publikace neobsahuje průběžný ani závěrečný poznámkový aparát, což by mohl leckterý badatel při potřebě hlubší analýzy pojmu postrádat. Tohoto nedostatku jsou si autoři vědomi a při vytváření encyklopedie jej poměřovali na pomyslné míse vah s ohledem na vhodnost a efektivnost – poznámkami by jednotlivé výstupy bezesporu získaly na odbornosti, ale výrazně by jednotlivé texty i celá publikace nabobtnaly a zneprůhlednily se. Je pak otázkou, zda by byl takový přístup v souladu s charakterem publikace jako právní encyklopedií.

Všechny zveřejněné texty prošly recenzním řízením; úzkou skupinku recenzentů reprezentuje zejména vědecká rada, v níž zasedli přední právní historikové: *prof. JUDr. et PhDr. Karolina Adamová, DSc., prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc., prof. JUDr. Jan Kuklík, DrSc., doc. JUDr. Karel Schelle, CSc., prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc., JUDr. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M., a prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc.*

První svazek právněhistorické encyklopedie tak nastavuje vysokou laťku pro všechny následující díly, které budou pokračovat dalšími hesly shrnujícími poznatky z historie státu

a práva na území České republiky, navazujícími abecedně jeden na druhý. Vedle stěžejní části zahrnující věcná hesla bude encyklopedie obsahovat samostatný oddíl, který se bude věnovat zachycení zajímavých životních cest a osudů předních českých a československých právníků. Celý titul doprovází přehledné zachycení právních dějin v datech.

Závěrem si dovoluji vyzdvihnout mezi všemi, kdo se na formování prvního svazku podíleli, zejména obětavou práci členů redakční rady, kteří se nezalekli rozsáhlosti celého projektu. Nejcennější přínos publikace shledávám právě v propojení teoretických znalostí a nedoceníitelných zkušeností jednotlivých autorů, kteří jsou v daných oblastech uznávanými odborníky. Tvůrci svou usilovností, svědomitostí a pečlivostí při tvorbě jednotlivých hesel dokázali, že je historie českého práva živým, hnacím motorem.

Věřím, že se mezi čtenáři najde mnoho badatelů, které čtivé zpracování encyklopedie strhne a přiměje k přemýšlení. A nepochybuji, že si nejen tento první svazek, ale i všechny následující najdou své čestné a zasloužené místo v knihovně všech čtenářů toužících po poznání. Snad jen nebudeme muset na další encyklopedické díly čekat příliš dlouho, jak tomu bývá občas zvykem u jiných historických encyklopedií.

Veronika Steinová*

* Mgr. Veronika Steinová, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: 361201@mail.muni.cz.

The Proto-legal Relation: A Normative Compass in a Globalised World

George Pavlakos

Abstract: In recent years the intensification of globalisation has put under pressure established understandings of international law. Not only the scope and the subjects of international law obligations are under challenge but also the hierarchical relation between the norms that institute them are in dispute. The paper at hand proposes a rethinking of the core features of the legal relation with an eye to offering a conceptual framework for understanding legal obligations beyond the state and across domestic legal orders. With an eye to generating some answers the paper undertakes a reconstruction of the grounds of legal obligation. Very roughly, I will question the received view that legal obligations are grounded in institutional facts, which involve states as their authors (call this the legal relation). Instead I will suggest that the legal relation, conceptually speaking, does not form the ultimate ground of legal obligations: rather, I will suggest, legal obligations obtain in virtue of a more basic, so-called proto-legal relation, which does not necessarily involve the state. Proto-legal relations involve interactions between individuals such that generate enforceable claims among the participants. I will spend some time clarifying the conditions under which a class of interactions between persons may produce the effect. Interestingly it will turn out that while state-based norms are sufficient for enforceability, they are not necessary for it; many other instances of interaction between agents are capable of producing that effect.

Key words: law and globalization, international legal obligations, enforceability

Charter of Fundamental Rights – an Instrument to build the EU Social Model?

Václav Šmejkal

Abstract: At the time of approval of the Lisbon Treaty, the legally binding Charter of Fundamental Rights of the EU raised both fears and hopes, mainly due to the inclusion of number of social rights to its content. Almost a decade later it is already possible, drawing on the post-Lisbon case law of the EU Court of Justice to assess whether the Charter has become a tool for building a more social EU or not. The result of this analysis leads rather to scepticism about the importance of the Charter for social reorientation of the EU. Due to the not entirely clear scope of applicability of the Charter, due to a limited horizontal direct effect of its provisions and in particular due to the limited powers of the EU in social issues, the Charter has not produced any major difference from the period when it was a non-binding declaration and the Court used some of its provisions as expressions of general principles of EU law.

Key words: Charter of Fundamental Rights of the EU, social rights, EU competences, Court of Justice of the EU

Constituent Power – Yesterday, Today and Tomorrow

Tomáš Lálík

Abstract: Constituent power represents a fundamental concept of thinking about constitution and constitutional law. In this paper, the author analyses the development of the concept from temporal perspective. Firstly, he points out the fundamental characteristics of power in the traditional theories that heavily influenced this category of constitutional law. Central to this part is the analysis of the works of the most famous constitutionalists as well as correlation of the power to other categories of constitutional law (such as sovereignty and democracy). The following section questions the various conclusions stemming from traditional thinking about the power and highlights the tenets of contemporary discourse, including practical implications. The final part is devoted to the existence

of constituent power in supranational (global) sphere, taking into account the transfer of power from state onto transnational entities. Notwithstanding the influence of postmodern thought on theoretical and practical role of constituent power, it remains an unparalleled concept especially in providing legitimacy to a constitution.

Key words: constituent power, nation, identity, transnational power, constituent power beyond state

The Rule of Lenity: Useful Tool or Rhetorical Ornament?

Ondřej Kadlec

***Abstract:** This article deals with the concept of interpretative doubt. The existence of such a doubt is a condition for the application of the rule of lenity, the rule used in public law. The article shows that the concept of doubt can be, and in the case law actually is, approached differently. This variedness makes the rule of lenity manipulatable. The article consists of six parts. The first one introduces the rule. The second and the third analyze it from two theoretical aspects: (i) whose doubt counts, and (ii) at what point of the interpretative process the doubt is evaluated. The first aspect can be approached either by an internal perspective, which means that interpreter's internal doubt is decisive, or by an external perspective, focusing on the doubt of the addressee of the interpreted law. As to the second aspect, the rule can be applied at three different points in the interpretative process: at the beginning, in the middle or at the end. Because the aim of interpretation is to eliminate unclarity, the placement of the rule in different phases of interpretation results in a different scope of the rule of lenity. The fourth part of the article shows inconsistent approach to both aspects in the case law of Czech high courts. The fifth part proposes solution to the problem. Doubt should be approached by an external view. Also, the rule should apply at the point, where the process of elimination of doubt by interpretation has become unpredictable for the addressee of the law. The sixth and final part summarizes the entire article.*

Key words: public law, rule of lenity, doubt, in dubio pro libertate, in dubio mitius, methodology, interpretation, application

VÝZVA K ZASLÁNÍ PŘÍSPĚVKŮ

25. března 2017 uplyne 60 let od podpisu Ř í m s k ý c h s m l u v , které položily základ Evropského hospodářského společenství a Evropského společenství pro atomovou energii.

Redakce Právníka má v úmyslu připomenout toto výročí uveřejněním vědeckých statí zaměřených na *konkrétní a aktuální právní otázky* práva Evropské unie, zejména na vývoj a využívání prostředků přímé demokracie v členských státech EU při změnách jejich zakládajících smluv: srovnání s existencí a využíváním těchto prostředků při změnách národních ústav, výhody, nevýhody a dopady na realizaci základní myšlenky Ř í m s k ý c h s m l u v , tj. „pokračovat v procesu vytváření stále užšího svazku mezi národy Evropy, v němž jsou rozhodnutí přijímána co nejbližší občanům v souladu se zásadou subsidiarity“. Redakci nejde o statí zaměřené historicko-právně, ale o doložení současné úrovně právní vědy v oblasti práva Evropské unie.

Anotaci příspěvku v rozsahu maximálně pěti stran s uvedením hlavních tezí a literatury, již autor zamýšlí použít, je možné zaslat redakci nejpozději do **15. července 2016**. Redakce na základě předběžného posouzení osloví vybrané autory, aby svůj příspěvek zpracovali nejpozději do 15. listopadu 2016, přičemž její rozsah by neměl přesáhnout 20 normostran.

Redakce vítá i kratší příspěvky, které by mohly být zařazeny do rubriky *Glosy* či *Informace*.

Příspěvky budou následně recenzovány v rámci standardního recenzního řízení a otištěny u příležitosti výročí podpisu Ř í m s k ý c h s m l u v , tj. v čísle **3/2017**.

Články přijaté k publikaci budou komisionálně posouzeny a příspěvek vyhodnocený jako nejlepší ocení vydavatel Právníka mimořádným honorářem ve výši 12 000,- Kč.

Redakce časopisu Právník
pravnik@ilaw.cas.cz