

webového prostředí konkretizovány nikoli konkrétní adresou, nýbrž pomocí klíčových slov. Trvanlivost předaných informací je tak zaručena.

Tolik jen k hlavním obsahovým bodům recenzované publikace. Kniha obsahuje celou řadu dalších cenných rad a informací, to, abyste se s nimi seznámili, již však nechám na Vás. Na tomto místě bych už pouze chtěl recenzovanou publikaci vřele doporučit všem doktorandům. Upřímně si totiž myslím, že každý doktorand by si měl pokud možno co nejdříve po svém nástupu nebo snad ještě před ním tuto (nebo obdobnou¹²) knihu přečíst. Rady v ní obsažené Vám mohou totiž pomoci vyvarovat se mnoha chyb a slepých uliček na cestě k vytoužené obhajobě Vaší disertace. Netvrdím, že po jejím přečtení již půjdete jen přímo rovně k cíli. Každopádně Vaše cesta pak bude méně klikatá, ačkoli bez zatáček, stoupání a propadů to jistě nebude.

Nejdůležitější je však vyrazit vůbec na cestu. V tomto ohledu recenzovaná publikace přináší jednu zásadní radu (už poslední slibuji): „*Začněte psát co nejdříve.*“¹³ Výsledná kvalita disertační práce je totiž z velké části založena již v počáteční fázi výzkumného projektu. Problematika, kterou se zabýváte, metodologie Vašeho výzkumu i praktické problémy vznikající při psaní, se začnou konkretizovat, jakmile je sepíšete na papír. Nebojte, on to snese! V neposlední řadě budou mít Vaše myšlenky prostor pro to uzrát a vytříbit se v průběhu času i vlivem získané zpětné vazby. Takže neváhejte a pište!

Zdeněk Červínek*

Draghici Carmen. The legitimacy of family rights in Strasbourg case law. Living instrument or extinguished sovereignty? Oxford: Hart Publishing, 2017, 456 s.

„*There is nothing more uncommon than a common sense*“ zní do češtiny obtížně přeložitelná základní teze knihy londýnské profesorky Carmen Draghici, která vyšla v nakladatelském domě Hart Publishing na počátku roku 2017. Carmen Draghici, odbornice na lidská práva a rodinné právo působící na *University of London*, se v ní snaží varovat před soudcovským aktivismem a zaměřováním vlastního morálního citění či přesvědčení za aplikovatelné právo. Právě k těmto neřestem podle autorky Evropský soud pro lidská práva (dále také „Soud“) ve své judikatuře nezřídka sklouzává. Za komplice mu přitom jsou četné výkladové metody a doktríny, a to včetně té z nejkritizovanějších: doktríně živého instrumentu, umožňující soudu flexibilnější výklad Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, včetně odklonu od předchozí judikatury, s odkazem na dostatečnou shodu v praxi členských států.¹

¹² Z množství zahraniční literatury zmiňme alespoň velmi populární publikaci Roweny Murray (MURRAY, Rowena. *How to write a thesis*. 4th edition. London: Open University Press, 2017).

¹³ EVANS, D. – GRUBA, P. – ZOBEL, J. *How to Write a Better Thesis*, s. 39 an.

* Mgr. Zdeněk Červínek. Autor je doktorandem na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: zdenek.cervinek@upol.cz. Tento text vznikl s podporou projektu IGA, *Test proporcionality v judikatuře Ústavního soudu České republiky*, č. IGA_PF_2017_008.

¹ Tato doktrína nachází podklad v čl. 31 odst. 3 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, umožňující výklad mezinárodní smlouvy měnit následnou praxí stran.

Ačkoli se jedná o téma v poslední době relativně populární a často zpracovávané,² autorka si zřejmě nemohla vybrat lepší oblast zkoumání než právě relativně dynamicky se rozvíjející právo na rodinný život pod článkem 8 Evropské úmluvy. Jak zdůrazňuje v samotné oficiální anotaci knihy, koncept moderní rodiny v poslední době nabývá množství nových podob; ať již se jedná o možnosti reprodukce, uspořádání rodinných vztahů, jejich formální uznání a s ním související práva a povinnosti, genderové role a rovnost pohlaví, nebo práva dětí. Podle *Draghici* je štrasburský soud v této oblasti více a více aktivní; často přitom nebezpečně napíná pomyslnou pružinu trpělivosti členských států. Oblast rodinných vztahů je totiž často vnímána jako jakási *domaine réservée*, v níž kulturní a společenská specifika státu ospravedlňují široký prostor pro uvážení ve vlastním výkladu práva na rodinný život. Je to však zároveň oblast, která v mnoha případech v soudcích probouzí silné morální citění a neomylnou intuici o spravedlivosti jednotlivých variant řešení. Nechá-li se soud k takovému silně subjektivnímu řešení svést, je nasnadě ohrožení legitimacy jím vydávaných rozsudků.

Alespoň z této premisy obsáhlá publikace *Carmen Draghici* vychází. V úvodních státech, které připravují půdu pro následnou analýzu štrasburské judikatury, kritizuje tzv. soudcovskou tvorbu práva. Legitimita, na níž efektivní fungování mezinárodního soudu závisí, je silně vázaná na zmocnění mu dané členskými státy právě prostřednictvím textu úmluvy; překračování tohoto zmocnění za účelem dosažení vnímaného spravedlivého řešení tak může učinit více škody než užítku. Přestože, odkazujíc na článek 31 odst. 3 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, autorka uznává možnost legitimního vývoje standardů Evropské úmluvy na základě pravidla následné praxe členských států, varuje zároveň, že doktrína živého instrumentu toto pravidlo značně modifikuje. Nevyžaduje totiž shodu v praxi všech, nýbrž jen podstatné části, smluvních států. Přináší tedy riziko příliš rychlého vývoje standardů bez dostatečné shody smluvních států, který může vést k erozi legitimacy soudu. Zároveň však upozorňuje, že tato opatrnost nesmí vést k odepření účinné ochrany právům zakotvených v úmluvě a zejména ke kalkuluji uhybání preferencím států. Její varování a doporučení tedy působí značně protichůdně; pozorného čtenáře zde pravděpodobně napadne, že Soud vlastně nikdy nemůže vyhrát. Toto napětí je částečně řešeno v navazující kapitole, která se věnuje výkladovým metodám a testům používaným v praxi Soudu. Právě konzistentní a transparentní použití uvedených metod totiž podle autorky odlišuje moralistickou normotvorbu od rigorózní aplikace práva směřující k účinné ochraně práv zajištěných Evropskou úmluvou.

S tímto podkladem se autorka vydává na analýzu judikatury Soudu; sleduje metodu vyhodnocování existence evropského konsenzu, konzistenci mezi jednotlivými rozsudky ve vztahu k použitým metodám i jejich výsledku, užití doktríny živého instrumentu i důslednost dodržování subsidiarity ve vztahu k domácím autoritám a řešením. Tenká hranice mezi legitimním výkladem práva soudcovskou normotvorbou je překročena, pokud Soud ve vztahu k těmto metodám vydá překvapivé nebo nekonzistentní řešení.

Autorka čtenáře důkladně provede rozhodovací praxí Soudu ve vztahu k formalizaci a ukončení rodinných vztahů, mj. možností uznání polygamního manželství nebo manželství stejnopohlavních párů; k ochraně *de facto* rodinných vztahů; k právu na to (ne)

² Za všechny lze odkázat například na velmi zajímavou publikaci Kanstantsina Dzehtsiarou (DZEHTSIAROU, K. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015) nebo v českém prostředí novou publikaci Davida Kosaře (KOSAŘ, D. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2017).

stát se rodičem, ve kterém se věnuje zejména přístupu k asistované reprodukci a adopci; k vlivu sexuální orientace a genderové identity na právo na rodinný život; ke konfliktu mezi právy jednotlivých členů rodiny; k vymezení legitimní státní intervence ve veřejném zájmu do autonomie rodiny a v neposlední řadě k právu na rodinný život v kontextu imigračních pravidel státu.

Samotná exkurze do judikatury Soudu ve vybraných oblastech je velmi informativní. Rozsudky jsou analyzovány detailně a srozumitelně, přičemž autorka vždy přidává své vlastní hodnocení výsledku s ohledem na výše uvedená kritéria. V tomto smyslu může kniha sloužit jako zevrubný komentář k vykládanému ustanovení. Otázkou však je, zda má publikace skutečně potenciál odpovědět na ambiciózní otázky, které si pokládá.

Autorka se v úvodu široce věnuje teoretickému pozadí, na jehož podkladě následně judikaturu zkoumá. I toto teoretické pozadí však postrádá jasnou strukturu i sdělení, místy tak působí spíše jako nepřiliš dobře uspořádaná kompilace toho, co o kritice Soudu v tomto smyslu bylo již napsáno. Chybí jasná zpráva o tom, jaká je teze autorky samotné a na základě jakých argumentů se k tezi přiklání. Na čtenáře, který o oprávněnosti této kritiky nemá předem jasno, tak samotný úvod knihy musí působit až provokativně.

Dalo by se proto očekávat, že argumenty pro v úvodu vyslovenou tezi budou rozvedeny v průběhu analýzy judikatury, provedené na základě vytyčeného analytického rámce, a tedy schopné úvodní teze knihy potvrdit či vyvrátit. V tomto smyslu však kniha pozorného čtenáře zklame; analýza je sice provedena detailně, přesto však nedůsledně ve vztahu k úvodním tezím, a stěží tak může vést k vyslovení platných závěrů. Autorka naopak paradoxně velmi často judikaturu Soudu kritizuje za použití velmi subjektivně vyznívajících argumentů, na první pohled vycházejících právě z jejího silného morálního cítění nebo vnímání spravedlnosti. I podložená kritika judikatury přitom zpravidla upozorňuje na přílišnou zdrženlivost Soudu a uhýbání politickým preferencím státu než na soudcovský aktivismus a prosazování subjektivně spravedlivého řešení na úkor práva.

Nedůsledné držení se analytického rámce vede k silným pochybnostem, zda je publikace skutečně schopna naplnit očekávání vyplývající jak z jejího názvu, tak anotace. I přes poměrně dlouhý úvod i závěr knihy věnující se teoretickým otázkám se přiklání k tomu, že zásadním způsobem nepřispívá k pochopení ani podložení formulované kritiky Soudu a neobjasňuje hranice legitimacy jeho rozhodování. I přesto se však kniha vyplatí číst; prakticky orientovaným kolegům se jistě bude hodit nejen zevrubná znalost judikatury, ale i výkladových metod Soudu.

Šárka Dušková*

* Mgr. Šárka Dušková, katedra Ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: duskova.sarka@gmail.com.