

K metodám zkoumání judicializace politiky ve střední Evropě

Jindřiška Syllová*

Abstrakt: Judicializace politiky je analyzována v řadě teoretických prací. Prvními zdroji v tomto směru byly práce autorů Stona a Shapira, které vycházely z empirického popisu jednotlivých států. Poté však odborná literatura v Evropě – podobně jako v České republice – rozebírá nadměrné ovlivňování politiky soudy prostřednictvím zdrojů interpretačních metod ústavních soudů. Tento způsob dává vzniknout dojmu o realitě judicializace, aniž by ji verifikoval. Důvody pro judicializaci spočívají v pluralitě právních pramenů, není však vyzkoumáno, jaké další společenské jevy k ní vedou.

Klíčová slova: judicializace, ústavní soud, pluralismus, justiční politika

Úvod

První porevoluční doktrinální prameny judicializace politiky či jinak řečeno aktivismu soudní moci v České republice jsou obsaženy ve vědecké produkci Zdeňka Kühna. Zdeňk Kühn přistoupil ke zkoumání judicializace politiky už kolem roku 2000 a byl autorem koncepční statě ve sborníku *Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech*, jehož editorem byl Vojtěch Šimíček.¹ Už v 90. letech se stejný autor zabýval problematikou soudní interpretace práva,² od čehož byl jen krok k zájmu o judicializaci. Uvědomujeme si přitom rozlišování mezi tím, zda se judicializací či soudním aktivismem nebo snad justokracií rozumí judicializace politiky, tedy zjednodušeně vměšování soudů do tzv. politického života, nebo zda se jí rozumí jen hypertrofie účinnosti rozhodování soudů pro právo určitého státu. Zde se budu zabývat pouze judicializací politiky, kterou je možno popsat i jako reflexe míry zasahování soudů do ostatních větví státní moci.³

1. K literatuře

V současné době je problematika judicializace politiky a soudního aktivismu vůbec v odborné literatuře značně rozšířená. Je tomu tak proto, že pramenů v zahraniční literatuře je tolik, že je možno k tématu přistupovat znovu a znovu, aniž by se cokoliv nápadně opakovalo. Obvyklým literárním přístupem k problematice je směšování různých historických

* JUDr. Jindřiška Syllová, CSc., asistentka katedry ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a odborná pracovnice Parlamentního institutu Poslanecké sněmovny. E-mail: syllova@psp.cz

¹ ŠIMÍČEK, V. (ed.). *Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu?* Brno: MU, 2007.

² Několik článků z 90. let vyústilo v knihu KÜHN, Z. a další. *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006.

³ Nejde o soudní přezkum politických procesů v úzkém smyslu, podle textu: ŠIMÍČEK, V. Soudní přezkumy politických procesů. In: SMEKAL, M. – POSPÍŠIL, I. et al. *Soudcokracie nebo judicializace politiky?* Brno: Munipress, 2013, s. 60, ale o míru soudního překonání různých oborů politického rozhodování. K pojmu určitě nestačí pojetí polského autora W. Sadurského, který za judicializaci považuje poněkud alibisticky: „nahrazení názoru parlamentní většiny názorem soudní většiny, pokud se týká pojetí základních práv, pokud tyto názory kolidují a pokud je možné, aby soud v rámci svých argumentačních zdrojů, které má k dispozici, pozdržel nebo zrušil zákon.“ In: SADURSKI, W. *Rights before courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008, s. 96. Podobný pohled z hlediska zásady vlády většiny mají někteří američtí autoři, z novějších například REDISH, M. H. *Judicial Independence and the American Constitution: A Democratic Paradox*. Stanford: University Press, 2017, s. 12 an.

etap a různých států,⁴ v nichž překračovaly soudy nebo alespoň nejvyšší soudy dosavadní způsoby a formy své činnosti a zasahovaly tím do jiných větví státní moci. Tento směsný přístup je atraktivní a v člancích vypadá velmi zdařile a informovaně. K tomu, k čemu tento přístup vede, je možno ocitovat z textu klasika tématu judicializace Aleca Stona, který v roce 1995 napsal: „*Evropští akademičtí právníci se usilovně a kontinuálně snaží o oddělení práva a politiky a přitom oddělují to, co dělají ústavní soudy, od toho, co dělají politické instituce. Toto rozlišování vede k tomu, že izolují doktrinní aktivitu (a do určité míry i soudy) od vrtochů politiky, ustanovujíce setrvale stejné nastavení pro akademickou syntézu doktríny a práva.*“⁵ Směšování různých států, doprovázené často i směšováním období, nedovoluje analyzovat různé důvody judicializace v různých dobách a státech. Ve Spojených státech spočívalo překračování limitů Nejvyššího soudu v převážné většině případů v překračování ústavně daných kompetencí mezi federací a státy – členy federace. Nejvyšší soud Spojených států buď přidával kompetence federaci, nebo trval na dosavadním výkladu omezených federálních kompetencí podle původního znění nebo podle zámyslů tvůrců ústavy, nebo podle jiných výkladových způsobů. Podle toho se také v USA rozlišují jednotlivé směry interpretace jako originalismus, instrumentalismus, intencionalismus atd. To byla základní úloha Nejvyššího soudu a v tomto rámci se mu podařilo překonat segregaci, diskriminaci na základě příslušnosti osoby k určitému pohlaví, zásady negativního státu a další dobou opuštěné přístupy. Úloha Nejvyššího soudu tedy byla v tomto širokém smyslu úlohou kompetenčního soudu, ale ne tak, že by sám sobě přidával kompetence, ale tak, že stranil (nebo nestránil) určitému vývoji práva, který připravil někdo jiný. Je pravda, že toto neplatilo navždy a že tento původní způsob rozhodování Nejvyššího soudu časem expandoval do jiných oblastí. Nicméně je třeba jej považovat za základní. S ním rovněž souviselo to, že expanze judicializace politiky v USA nikdy nebyla a ani dodnes není lineární, vždy byla provázena zpětnými doktrínami vlastního sebeomezení Nejvyššího soudu na základě různých aspektů a v rámci různých doktrín, které se vždy dříve nebo později vrátily a vrací se dodnes.

V evropském kontextu má judicializace politiky částečně odlišný rámec. Prvotní úlohou vrcholného soudu nebylo rozhodnout, který orgán má které kompetence, ale rozhodnout, zda jiný orgán, tedy orgán jiné větve státní moci, dodržel stávající ústavu, která byla často nová a podstatně podrobnější, než tomu bylo u ústavy Spojených států. Z tohoto hlediska je pojem judicializace politiky, pokud se vrcholný soud ujal arbitrárního vlivu na jiné větve státní moci, více případný pro evropské prostředí. Vrcholný soud nerozhoduje, kdo má co dělat, respektive který orgán udělal něco správně, ale udělá to v podstatě sám. Je jen logické, že pokud se navrší řada soudních rozhodnutí, které překračují nebo nabourávají původní rozdělení větví státní moci, pak si za delší dobu činnosti může vrcholný soud vybírat ve vlastních precedentech nebo aspoň v odlišných stanoviscích, jakým způsobem svou úlohu posilovat.

Na tento jev poukázala základní kniha *The Global Expansion of Judicial Power*, vydaná už v roce 1995, redaktorů Tatea a Vallindera. Kniha popsala expanzi judicializace politiky

⁴ Autor poslední výzkumné práce k tomuto tématu Radek Piša komparuje dokonce Spojené státy, Izrael a Českou republiku. PIŠA, R. *Soudobá kritika juristokracie*. Disertační práce. Praha: PF UK, 2018.

⁵ STONE, A. Complex Coordinate Construction in France and Germany. In: TATE, N. – VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, s. 221. Aniž by znal tento citát, reflektuje jej Hynek Baňouch v roce 2013 nejen větou „*Právní věda by se měla vyvarovat jednostranného pohledu na politiku.*“ In: BAŇOUC, H. Vztahy práva a politiky a jejich vliv na efektivnost práva. In: SMEKAL, H. – POSPÍŠIL, I. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky?*, s. 85.

v řadě různých států, ovšem v jediném období. Jako dlouholetý komparatista vím, že srovnání podobného v jiném prostředí často vede k nesprávným závěrům, což bylo naznačeno už výše, to však není případ této knihy. Tato kniha obsahuje článek dnes už klasika pojetí a výzkumu judicializace, Martina Shapira, profesora na Berkeley, který se netají odsouzením jak judicializace politiky, tak soudcovské expanze a litigace v širším slova smyslu ve Spojených státech. Snaží se identifikovat jejich základní příčinu, kterou je podle něj nespokojenost lidí se správnými orgány a obecně nedostatky v administrativě. Je nutno podotknout, že základní texty, kterými se Shapiro připravoval na toto téma, napsal už v roce 1966.

Kromě toho kniha obsahuje články týkající se judicializace v dalších státech, které napsali povětšinou autoři pocházející z toho státu, který analyzují. Například kanadský článek se věnuje několika základním případům, kdy kanadský Nejvyšší soud zrušil zákony, například zákon o pornografii. Kanadský autor sám považuje za příčinu judicializace krizi ostatních větví státní moci a deziluzi ze zastupitelské demokracie.⁶

Článek týkající se Německa a Francie, ovšem z amerického pohledu Aleca Stona (později Aleca Stona Sweeta), nyní profesora na Yalu, má zajímavý závěr. Autor říká: „*ústavní soudci a poslanci jsou při vývoji ústavních práv partnery – ve spolupráci i v soupeření*“.⁷

Článek Němky Christine Landfried,⁸ která pracovala jeden čas jako odborná zpravodajka o činnosti Spolkového ústavního soudu, má závěr o vměšování se soudnictvím do zákonodárství. Nevím, zda jeho autorka jako první v Evropě použila argument o tom, že ústavní soud svým rozhodováním „*redukuje politické alternativy pro budoucí generace*“, myslí se zákonodárné alternativy. Tento argument se v pozdější literatuře docela uchytil a používá jej více autorů, zejména z toho důvodu, že vypadá pro občany téměř fatálně. Je třeba podotknout, že alternativy „*pro budoucí generace*“ nejsou redukovány absolutně. Jednak je zde možnost parlamentní změny ústavy, ale zejména zde zůstává soudnictví jako orgán, který stejně, ne-li lehčeji než zákonodárství a exekutiva, reflektuje svou novou judikaturou vývoj společnosti.⁹

Článek týkající se Švédska má v podstatě jako jediný na tehdejší dobu překvapivý závěr – za judicializací rozhodování vidí autor zájmy zprostředkované korporativním charakterem státu.¹⁰ Články v uvedené knize, týkající se Itálie, jsou jako jediné z dnešního pohledu zastaralé – tvrdí, že nezávislost justice a soudů v Itálii je omezená. Kromě toho jeden článek týkající se Itálie popisuje historii souzení se o soudcovské platy jako odstrašující příklad judicializace.¹¹

⁶ BOGART, W. A. Social Progress and Judicial power in Canada. In: TATE, N. – VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*, s. 127.

⁷ STONE, A. In: TATE, N. – VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*, s. 224. Autor poukazuje na francouzskou praxi při projednávání návrhů na neústavnost, kdy se členové parlamentu musí chovat podobně jako ústavní soudci (s. 222). Alec Stone Sweet napsal kromě řady jiných článků týkajících se judicializace v různých státech i článek STONE SWEET, A. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority. *German Law Journal*. 2007, č. 10, s. 918; autor se v jiných textech zabývá rovněž ústavní úlohou ESLP a dalších evropských soudů v rámci judicializace.

⁸ LANDFRIED, Ch. Germany. In: TATE, N. – VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*, s. 307.

⁹ Tento přístup akcentují autoři USA, jak zdůrazňuje ve svých nedávných pracích Radek Piša, viz např. PIŠA, R. Majoritní ústavní přezkum – dvojí kontrola v běhu amerických dějin? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2017, č. 4, s. 697.

¹⁰ HOLSTRÖM, B. S. Sweden. In: TATE, N. – VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*, s. 362 (pokud se nemůžeš dohodnout vyjednáváním ani prostřednictvím skupin nátlaku, suď se).

¹¹ ZANNOTI, F. The Judicialization of Judicial Salary Policy in Italy and the United States. In: TATE, N. – VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*, s. 181 an.

Závěr knihy je předvídatelný. Editoři se ptají: Je globální expanze soudní moci dobrou věcí? A pokud není dobrou věcí, můžeme s tím něco udělat? Jaké jsou jiné alternativy než judicializace politiky?¹²

Vrátila bych se k tvrzení amerických autorů, kteří naznačují, že ze strany evropské doktríny psaní o judicializaci vylučuje politologický přístup. Evropští autoři, většinou právní teoretici, se často domnívají, že soudy a soudci rozhodují na základě právníkové úvahy, čemuž odpovídají (ve většině států) obsáhlá odůvodnění rozhodnutí, podepřená jak precedenčně, tak komparativně. Svou domněnku neuvádějí teoretici přímo, ale se složitými poukazy na ohniska a další zdroje ústavního soudnictví na kontinentu.¹³

Jan Chmel, mladý český teoretik, v reakci na starší literaturu o judicializaci politiky v roce 2013 napsal:¹⁴ „*Ptáme-li se [...], zda politický postoj soudců ústavního soudu ovlivňuje jejich rozhodování, měli bychom se zaměřit na postojový model.*“ Tím autor myslí přístup, nazvaný *attitudinal model of judicial decisionmaking*, který zkoumá, jaký politický názor mají soudci a zda jej používají při rozhodování.¹⁵ Stejného jevu si všimla ve své výborné knize Jana Ondřejková, když popsala různé postojové přístupy a jejich autory.¹⁶ Rovněž tato autorka reflektuje sociologické modely, které jsou postaveny na kategorii zájmu (tedy že soudci rozhodují s ohledem na zájem svůj nebo zájem skupin). Nejjednodušeji řečeno, platí, že soudci preferují své vlastní politické názory (nebo podle sociologické teorie své zájmy). Budou aktivističtí v oblasti zákonodárství, která je protichůdná jejich politickému postoji respektive zájmu. Například levicově zaměřeni soudci budou bránit zákonnému omezení sociálních dávek, nebo izolacionisté nebo národovci budou odmítat liberálně zaměřenou azylovou nebo migrační politiku. K tomu se přidává politické dohadování, tedy výměna ústupků soudců u některých případů za jiné z hlediska postojové motivace politicky významné rozsudky, kdy ústupky udělá druhá strana. Z toho by mohlo například vyplynout, že pokud jsou ústavní soudci podporovateli (ať už postojovými, nebo zájmovými) vládní koalice, je jejich aktivita vůči zákonodárství nebo rozhodování současné exekutivy menší nebo zpožděnější, než je tomu u soudců, kteří nejsou podporovateli vládní koalice. Takto banální závěr se zdá být pravdivý, například pokud se podíváme na současný ústavní soud Slovenské republiky.

Tento banální závěr ale žádným způsobem neodůvodňuje judicializaci jako takovou. Ve statích českých autorů Kysely, Ondřejkové (její obsažné knize *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*), Kosaře, Holländra,¹⁷ Ondřejka, Smekala¹⁸ se neobjevuje hledání současných důvodů ani následků, které nějakým způsobem dokumentují judicializaci politiky. Toho si všiml i Hubert Smekal, který se na konci svého příspěvku ptá: „*Blýská se na lepší časy?*“ v tom smyslu, že hledá empirické výzkumy k tématu. Ovšem sborník,¹⁹ který jeho příspěvek uvádí, je opět pouze teoretickým příspěvkem k tématu, nanejvýš

¹² Ibidem, s. 526.

¹³ Tento přístup aplikoval ohledně rozhodování Spolkového ústavního soudního dvora Německa i významný právní teoretik Isensee. In: ISENSEE, J. Spolkový ústavní soud – quo vadis? *Právník*. 1997, roč. 136, č. 10, s. 873–893. Jeho přístup spočívá v tom, že judicializace je správná a pokud soudci používají „objektivní“ kritéria, je legitimní i v politických záležitostech.

¹⁴ CHMEL, J. Politika na Ústavním soudě? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 2, s. 178 an.

¹⁵ Postojový model předvedl tento autor v práci: CHMEL, J. Zpravodajové a senáty: Vliv složení senátu na rozhodování Ústavního soudu České republiky o ústavních stížnostech. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2017, roč. 25, č. 4, s. 739–758.

¹⁶ ONDŘEJKOVÁ, J. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*. Praha: Leges, 2017.

¹⁷ HOLLÄNDER, P. Kolaps „soudcovského státu“: běží odpočítávání? In: HLOUŠEK, V. – ŠÍMÍČEK, V. *Dělbá soudní moci v České republice*. Brno: MU, Mezinárodní politologický ústav, 2001.

¹⁸ Literatura je citována v poznámkách k tomuto článku.

¹⁹ SMEKAL, H. – POSPÍŠIL, I. *Soudcokratické, nebo judicializace politiky?* Brno: Munipress, 2013.

uvádí praktické příklady.²⁰ Je však pravda, že tento sborník se jako jeden z mála oprostil od klasického kontinentálního stylu předvádějícího směsici doktrinních zdrojů bez jejich politického a časového rozřazení.

2. K důvodům judicializace politiky

Bylo by možno o judicializaci psát jinak? Z literatury jsem vybrala některé deklarované důvody, které vedly nebo vedou k judicializaci politiky a pokusila jsem se je krátce a laicky ověřit na příkladu České republiky,²¹ popřípadě jiných států střední Evropy s parlamentním systémem vlády. Důvodem výběru určitého komparování České republiky se státy střední Evropy je základní předpoklad, že tyto státy mají podobné základní znaky, a to jak ve vývoji ústav, tak v postavení parlamentů a ústavních soudů.

2.1 Důvodem judicializace je hypertrofie práva a psaného práva zvláště

Tento důvod vychází z jednoduchého (ale ne zcela ověřeného) předpokladu, že pokud je více slov v zákonech, je možno se více soudit, čímž se zvyšuje vliv soudnictví na ostatní větve státní moci. V roce 1993 bylo v ČR publikováno 1832 stran Sbírky zákonů včetně mezinárodních smluv, v roce 2012 bylo publikováno 6808 stran, roku 2017 bylo publikováno 5769 stran, a to obě bez mezinárodních smluv. Přiměřeně podobně rostoucí vývoj počtu stran úředních sbírek se objevuje i v ostatních státech střední Evropy.

2.2 Důvodem je právní pluralismus (včetně judicializace mezinárodními „ústavními“ soudy²²)

Jan Petrov zpracoval v roce 2014 vliv ESLP na českou legislativu a došel k závěru, že právní pluralismus má značný a zvyšující se vliv, i když ne dobře kvantifikovatelný. Poukazoval zejména na tzv. strategickou litigaci, kvůli které se česká legislativa mění na základě ESLP.²³ Podobné důkazy přinesl David Kosař, a to zejména v oboru práva procesního (tedy v rámci práva na spravedlivý proces) a také lidských práv, kdy obecně řečeno „*ESLP začal [...] vyžadovat přijetí obecných opatření jdoucích nad rámec konkrétního případu*“.²⁴ Kniha Davida Kosaře se dokonce snaží vyřešit, proč to ESLP dělá. V celkovém pojetí judicializace je však důvod, který David Kosař zmiňuje jako poslední, tedy že aktivismus narůstá pro posílení vlastní moci,²⁵ propojen s tím, že ESLP je v soutěži právního pluralismu k tomuto přístupu ve skutečnosti nucen, aby si své pravomoci aspoň zachoval, když téměř žádné jiné mocenské nástroje (ve srovnání se státy) nemá.

²⁰ Zatím nejobsažnějším dílem s kvantifikovanými příklady zejména z ČR nabízí: PÍŠA, R. *Soudobá kritika juristokracie*. Disertační práce. Praha: PF UK, 2018.

²¹ Kromě prvního bodu jsou data z let 2007 a 2017.

²² Tomuto jevu se v ČR říká polycentrismus, viz např. KYSELA, J. Mění se struktura právního řádu a jeho atributy. *Eric Stein working papers*. 2009, č. 1. Teorie růstu polycentrismu není ale nijak ověřena, zejména ne v časovém horizontu, který by odfiltroval působení socialistické jednoty moci.

²³ PETROV, J. *Vliv judikatury ESLP na národní legislativu: případová studie na Českou republiku*. Diplomová práce. Brno: PrF MU, 2013/2014.

²⁴ KOSAŘ, D. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

²⁵ *Ibidem*, s. 239.

2.3 Důvodem je hypertrofie sociálního státu

Důkazy pro tento důvod vychází z myšlenky, že sílící sociální stát a jeho sociální dávky v širokém slova smyslu jsou důvodem pro judicializaci politiky, neboť při stávajícím systému specializovaného ústavního soudnictví mohou vrcholné soudy určovat, co musí sociální stát prostřednictvím sociálních dávek nebo jiných plnění poskytovat.²⁶ Rozšiřuje se ale ve skutečnosti sociální stát? Neměly by nás mást mediální myšlenky o zaručené dávce na hlavu a podobné utopické plány.

První odpověď: zdá se, že se sociální stát nerozšiřuje. Pokud bychom se podívali na to, že státní rozpočet ČR vzhledem k HDP klesá, v roce 2007 to bylo přibližně 33 % HDP, v roce 2017 pak přibližně 25 % HDP. Podobný vývoj mezi HDP a státním rozpočtem je i v sousedních (postsocialistických) středoevropských státech.

Druhá odpověď: Zdá se, že ano – počet zaměstnanců veřejného sektoru se za posledních deset let zvyšuje (čísla viz níže).

2.4 Důvodem je korporativní složení společnosti (ekonomické a jiné skupiny stejnorodých zájmů)

Co jsou korporace v širším slova smyslu? Namátkou vzato: sektor NGO zabývající se sociálními službami, ekologická hnutí, velký globalizovaný nebo neglobalizovaný průmysl, sdružení malých průmyslníků či podnikatelů, zemědělské svazy, odbory, progresivistická či jinak zaměřená kulturní hnutí, mediální domy, velké (nebo vlivné) IT firmy nebo naopak sdružení start-upů. Jedná se o jev, kterým se v USA zabývá teorie liberalismu zájmových skupin.²⁷ Mohou tyto korporace mít vliv na judicializaci politiky? V ČR se zatím tento vliv neprojevil, nebo nevíme, jak jej měřit. Pravděpodobně je možno spíše usoudit, že tlak korporací je stejně silný na všechny tři větve státní moci a k judicializaci politiky nijak systematicky nepřispívá, jeho vliv je pouze nárazový.

Ovšem s velkou výjimkou judicializace soudní politiky (soudcovské platy, řada záležitostí zákona o soudech a soudcích, soudcovská imunita) a judicializace politiky ohledně ostatních právnických povolání (znalci, exekutoři, vězeňská služba, právníci ve státních úřadech, právní pomoc advokátů). Je otázka, zda bude následovat judicializace státního zastupitelství? V tomto směru je třeba znovu poukázat na citovanou publikaci Davida Kosáře o judicializaci justiční politiky ESLP, která verifikuje tyto poznatky.²⁸ Mimochoodem, podobná rozhodnutí o soudcovských platech a jmenování funkcionářů soudů byla přijata i v dalších středoevropských státech, např. ve Slovinsku.²⁹

²⁶ Srov. SADURSKI, W. *Rights before courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer 2008, s. 193, který má dojem, že ústavní soudy střední Evropy rozhodují spíše pro *status quo* státu blahobytu než pro správný stát blahobytu.

²⁷ Např. LOWI, T. J. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*. New York: W. W. Norton, 2009.

²⁸ KOSAŘ, D. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. I zde je však věta: „Otázka, nakolik je judicializace politiky mezinárodním fenoménem jdoucím napříč celým mezinárodním právem veřejným [...] tato kniha ponechává stranou.“ (s. 97).

²⁹ No U-I-159/8 z r. 2008. U-I-20/07 z r. 2007. /cit. 2018-10-15/. Oboje dostupné z: <<http://www.us-rs.si/media/zbirka.an.25.-let.pdf>>.

2.5 Důvodem je stát jako obr na hliněných nohou (ve smyslu zmatené veřejné správy potácející se bez možnosti nalezení politické shody k vládnutí)³⁰?

Je dokázáno, že Česká republika je státem na hliněných nohou? Pokud bychom zdůraznili myšlenku nemožného nalezení politické shody, která je autory pojmu „obr na hliněných nohou“ považována za základní, pak technika, jak měřit tuto záležitost, je omezena a vyžadovala by empirický výzkum. Následující body se proto věnují dvěma indikativním otázkám. Za prvé, zda se v nedávné době rostoucím způsobem komplikuje nalezení shody mezi administrativou (státní správou) a soudnictvím, a za druhé, zda samotná administrativa roste. Zkoumány byly i údaje Veřejného ochránce práv. Údaje jsou vždy z let 2007 a 2017.

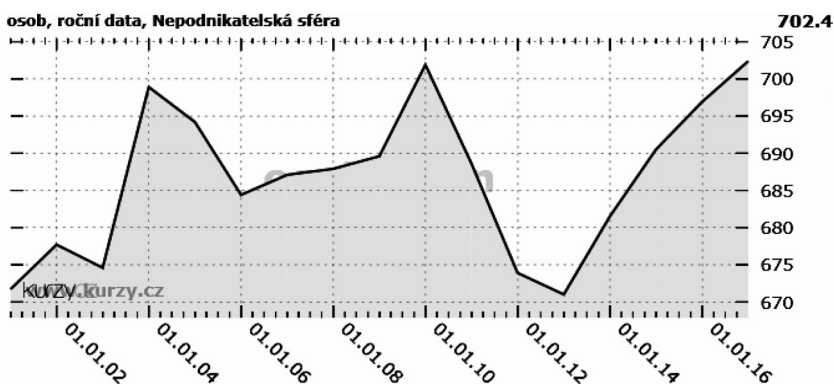
Odpověď na první otázku: V roce 2007 byl nápad Nejvyššího správního soudu ČR 3605 věcí, rozhodnuto bylo 4725 sporů; v roce 2017 byl nápad NSS 4564 věcí, rozhodnuto bylo 4073 sporů. Možná to znamená, že administrativní rozhodování je stále tak špatné, že se jeho soudní opravování i přes velký počet soudních precedentů u správních soudů nezmenšuje. Na druhou stranu, pokud jsou přijímány stále nové zákony a v jejich rámci nová a komplikovanější regulativní řešení, může se administrativní rozhodování stabilizovat a nápad v soudním přezkoumávání omezit? Z počtu sporů u NSS je možno pouze dovodit, že administrativa státu je přezkoumávána soudnictvím sice intenzivně, ale že kvantita sporů nestoupá za posledních deset let nijak dramaticky.

Odpověď na druhou otázku: Počet zaměstnanců veřejného sektoru (což je podstatná část tzv. nepodnikatelské sféry³¹) byl v roce 2007 přibližně 550 000, těsně po tomto roce docházelo ke krizovému propouštění, v roce 2017 pak v celém veřejném sektoru pracovalo okolo 560 000 pracovníků. Počet zaměstnanců – pokud se týká jen státního sektoru bez příspěvkových organizací – rovněž zůstává na podobné úrovni jako v roce 2007, za krize okolo roku 2008 počet zaměstnanců rovněž poklesl. Přesné statistiky však nejsou k dispozici. Statistické údaje ze sledovaných roků, které by se týkaly jen úředníků státu podle zákona o státní službě, nejsou rovněž bohužel v žádné instituci k dispozici (V roce 2018 je u státu zaměstnáno přibližně 62 000 úředníků).

³⁰ Podle knihy KYSELA, J. (ed.). *Kolos na hliněných nohou*. Praha: Leges, 2017, s. 89.

³¹ Dostupné z: <<https://img1.kurzy.cz/cnb/ekonomika/nepodnikatelska-sfera-id21753003.svg>>.

Statistika nepodnikatelské sféry, v tisících zaměstnaných osob, z toho veřejná sféra činí přibližně 79 %.



Třetí odpověď: Ombudsman v ČR dostal v roce 2007 celkem 6062 podnětů, v roce 2017 to bylo 8191 podnětů. Zde se zdá, že kolos má svůj důkaz, který svědčí o slabosti administrativy, přesněji řečeno o vzrůstající nedůvěře občanů v ní. Může to ale rovněž souviset, a s největší pravděpodobností i souvisí, se vzrůstajícím poměrem e-mailových podnětů vůči ombudsmanovi, tedy s nárůstem přístupnosti ombudsmana. O tom svědčí zejména to, že v roce 2007 bylo nalezeno ombudsmanem 420 pochybení některého z úřadů a v roce 2017 bylo nalezeno 576 pochybení. Znamená to sice nárůst, ale vzhledem k posílení ombudsmanského rozpočtu a počtu ombudsmanských pracovníků (kromě toho byly také rozšířeny jeho pravomoci) jde o nárůst spíše přirozený než hypertrofovaný.³²

Čtvrtá odpověď: Ústavní soud v roce 2007 dostal 3302 podání, v roce 2017 pak 4133 podání. Počet podání k Ústavnímu soudu, která napadala rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, se během deseti let zvýšil jen velmi málo, konstantně se zvyšuje počet podání napadajících rozhodnutí Nejvyššího soudu. Celkový počet podaných ústavních stížností se zvyšuje jen pomalu. Je možno se domnívat, že tato zvýšení jsou odpovídající byrokratickým zákonům a rovněž navyšování rozpočtu Ústavního soudu.

2.6 Důvodem pro judicializaci je změkčilost ostatních (nesoudních) větví státní moci

Změkčilost se těžko měří i definuje. Mám jí na mysli obavy legislativy a exekutivy ze síly soudní moci, které se projevují implementací soudních rozhodnutí, aniž by ostatní moci podnikly nějakou protiakci proti z jejich hlediska nežádoucí judicializaci. Pokud za důkaz změkčilosti vezmeme implementaci soudních rozhodnutí včetně rozhodnutí Ústavního soudu a ESLP, patří exekutiva a legislativa v ČR ve srovnání s okolními státy k nejměkčilejším v tom smyslu, že výroky soudních rozhodnutí jsou pozitivně implementovány. A to v podstatě včetně rozhodnutí ESLP, i když v některých případech orgány Rady Evropy sledují záležitost dlouhou dobu, než se dočkají pozitivní odezvy.³³ Dalo by se říci, že česká exekutiva a na základě vládních návrhů i zákonodárny sbor v ČR dává zatím obvykle přednost smíru se soudní mocí před otevřeným bojem proti ní. Příkladem určité sebedůvěry exekutivy a legislativy je snad pouze velmi těsná implementace rozhodnutí Ústavního soudu o zásluhovosti důchodů, které navíc v současné době podléhá další legislativní erozi.³⁴ Záležitost týkající se církví, rozhodnutá Ústavním soudem v roce 2003,³⁵ sice není z hlediska autonomie církevních právnických osob dodržována, zde však hrála úlohu změněná sestava Ústavního soudu, která novou legislativu následně podpořila a autorita nálezu Ústavního soudu tím byla podkopána. Bude zajímavé sledovat v tomto směru případ zdanění církví. Ohledně případu *Melčák*,³⁶ který přispěl významným způsobem k dojmu změkčilosti, bylo aspoň přijato ústavní řešení, které fakticky, nikoliv právně, popírá nález Ústavního soudu. Příkladem změkčilé implementace ze strany administrativy bylo po dlouhou dobu rozhodování o soudcovských platech, které soudnictví co do tvorby v podstatě obsadilo a stalo se hlavním tvůrcem politiky soudcovských platů.

³² Srov.: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snmovnu/Vyrocní-zprava-2017_web.pdf>.

³³ Srov. např. PETROV, J. *Vliv judikatury ESLP na národní legislativu: případová studie na Českou republiku*. Diplomová práce. Brno: PrF MU, 2013/14, a další díla stejného autora.

³⁴ Pl. ÚS 8/07.

³⁵ Pl. ÚS 6/02 ze dne 27. 11. 2002 tj. č. 4/2003 Sb.

³⁶ Pl. ÚS 27/09.

Tato tendence skončila konsociačním rozhodnutím Ústavního soudu v roce 2016.³⁷ (V okolních státech hrají úlohu určitého indikátoru změkčilosti ostatních větví státní moci jiné neuralgické body – v Polsku zejména věci okolo potratů, ve Slovinsku pak otázky referend a otázky práv jiných občanů bývalé Jugoslávie než Slovinců,³⁸ na Slovensku otázky střetu zájmů respektive amnestie, v Maďarsku pak otázky týkající se referend respektive přistěhovalců.) Není ovšem empiricky dokázáno, že změkčilost ostatních větví státní moci má pozitivní vliv na judicializaci politiky, ale je to nejvýše pravděpodobné.³⁹

Tato pasáž musí mít, vzhledem ke své zkratkovitosti, jen nejistý závěr. Nevíme, co jsou hlavní důvody judicializace politiky. Nevíme, zda by k ní nemohly přispívat další faktory, například příčiny technologické, tedy zejména faktor elektronizace práva i judikatury. Z historické literatury pouze zřetelně vyplývá, že federální zřízení je živným roztokem pro judicializaci, jak ostatně ukazuje historie Spojených států. To by mohlo vysvětlovat judicializaci v rámci pluralitního právního systému Rady Evropy, popřípadě Evropské unie, které jsou jistou paralelou federalizace. Ostatní příčiny jsou nejasné. K tomu je možno ještě podotknout, že dokonce ani nevíme, zda k judicializaci politiky v České republice a ve střední Evropě skutečně dochází. Není současný stav stavem rovnovážným, podobným jako v ostatních západoevropských státech před dvaceti nebo třiceti lety? Není judicializace politiky v ČR jen jevem doktrinárním, svým způsobem virtuálním?

3. Doplněk k existenci judicializace – omezené poznatky ze střední „postsocialistické“ Evropy

Důvodem expanze soudního rozhodování v Německu i ve Francii a koneckonců i v Itálii byla po druhé světové válce předchozí krize jak parlamentu, tak exekutivy, která zajistila prominentní postavení specializovaného ústavního soudu v systému státních orgánů (a to jak postavení ústavní, tak postavení v dobovém společenském myšlení). Není pravda, že by soudnictví v nedemokratických obdobích těchto států v krizi nebylo, naopak, jeho společenská a politická nezávislost se stala v nedemokratickém režimu postupně iluzorní. Po obnovení demokracie mýtus o soudcovské nově vzniklé nestrannosti, nové nezávislosti a nehynoucí nepochybnosti napomohl k ústavní a poté i k mimoústavní expanzi soudní moci, tedy k určité míře judicializace. Předpoklad nebo mýtus o nějaké jiné, lepší morálce soudů je zažitým stereotypem, který je v literatuře stabilně podporován. Už Tocqueville tvrdil, že soudní moc je nejslabší z větví státní moci, k němu se obrací velká část „judicializační“ literatury. Tocqueville přitom obdivoval americký systém, ve kterém podle něj soudy mají politickou moc (soudními prostředky) oslabovat morální sílu toho kterého zákona a příslušnými opakovanými postupy mohou připravovat půdu k jeho odvolání. Rovněž je často citován Hamilton, který v *Listech federalistů* napsal, že „soudnictví je v důsledku své přirozené slabosti v neustálém nebezpečí, že bude přemoženo, zastrašeno či ovlivněno ostatními složkami moci“.⁴⁰

³⁷ Pl. ÚS 12/15.

³⁸ U-II-1/10 z r. 2001.

³⁹ Ovšem ústavní soudnictví v ČR v posledních pěti letech v podstatě zakopalo válečnou sekeru. „Bojové“ zvyklosti Ústavního soudu byly v roce 2007 silnější než v roce 2017, v roce 2007 bylo nálezem ukončeno třináct plenárních věcí, v roce 2017 jen pět věcí. Je třeba se ptát, zda se ČR neblíží k prvorepublikovému způsobu vládnutí, do něhož byla zahrnuta i vrcholná soudní moc, a zda nejsme svědky konce tendence k judicializaci politiky.

⁴⁰ Federalist No. 78.

Tabulka k tlakům na vrcholné soudy v ČR a dalších státech střední Evropy:

Stát a existence Ústavního soud odkdy	Existence individuální ústavní stížnosti odkdy, případné omezení	Abstraktní kontrola ústavnosti odkdy, případné omezení	Existence tlaků na nezávislost Ústavního nebo Nejvyššího soudu, kdy	Změny při jmenování členů Ústavního soudu	Změny při jmenování členů jiného vrcholného soudu
Česká republika – Ústavní soud 1993	Od 1993	Od 1993	Ano. Předsedkyně soudu Brožová a její „odvolání“ (2006), mediální tlaky na ÚS r. 2011 (po případu <i>Melčák</i>)	Ne, ale změny jsou stále „odborně“ diskutovány	Zkrácení období předsedy NS a místopředsedů NS (10 a 7 let) v r. 2010
Maďarská republika – Ústavní soud 1989 ⁴¹	Od 1989	1989 včetně možnosti kontroly <i>ex ante</i> , kontrola <i>ex ante</i> omezena v r. 2013 na zákony, které prošly v parlamentu méně než 2/3 většinou	Ano, 2010–2011 omezení pravomocí v nové ústavě, v r. 2013 zrušení platnosti precedentů ÚS	2010–2011 – povinné penzionování soudců	2010–2011 ústavní změny v samosprávě soudců, které vedly ke zrušení dosavadních orgánů soudní samosprávy
Slovenská republika – Ústavní soud 1993	1993, plná jurisdikce až od r. 2001 (do té doby jen pokud nerozhodoval v případě jiný soud)	1993	Ano, ÚS 1994 nepodlehli tlaku vlády, od r. 2006 ovládnutí ústavního soudu vládní většinou	Ano, 2002, zvýšení počtu soudců na 13 a prodloužení období na 12 let, dosavadní soudci nebyli vyměněni, r. 2018 diskutována vládní reforma	2000 nový zákon a vznik soudní samosprávy, 2003 významné snížení počtu soudů
Slovinská republika – Ústavní soud 1991	1991 (2007 reforma – zúžení pravomoci ÚS)	1991	Ano, 2016 ohledně mimořádných pravomocí při migraci	Ne	Ne
Polská republika – Ústavní soud 1989 ⁴²	1989, posíleno 1997 s novou ústavou, 2015 možnost zablokování jednání ÚS 3 soudci nebo nepřítomností státního zástupce	1989	Ano, 2015, 2016, doprovázené demonstracemi a ústavní krizí	2015, snaha o předčasné (předvolební) jmenování soudců, poté výměna většiny ústavních soudců kvůli věku, zkrácení volebního období dosavadního předsedy ÚS, 2016 další změny	2015 reforma soudnictví

Zde bychom se mohli zastavit a podívat se na naši středoevropskou skutečnost. I když je judicializace politiky celkem obvyklým tématem a je spojována někdy s negativními hodnoceními, jindy s pozitivními, je třeba si uvědomit, jaký je její historický vývoj. Domnívám se, že důvod vzrůstání moci zejména vrcholných soudů u nás je podobný jako byl v Německu a ve Francii, a i ze stejného důvodu není možno považovat judicializaci politiky ani za negativní, ale ani pozitivní rys. Pokud si dáme do tabulky postsocialistické státy střední Evropy, uvidíme, že nebezpečí pro demokracii, které by mohlo být spojeno

⁴¹ Ústavní soud je považován v 90. letech za aktivistický. Viz např. BOND, J. Concerning Constitutional Courts and Eastern Europe. *International Public Policy Review*. 2006, Vol. 2, No. 2, s. 5–25. Podobně HALÁSZ, I. Nový maďarský Základní zákon a zmeny v ústavním soudnictví. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2011, č. 1, s. 53–60.

⁴² Existoval už od roku 1985.

s procesem judicializace, je pouze zdánlivé. Zatímco západoevropští teoretici hovoří o judicializaci politiky po více desetiletích fungování ústavních a jiných vrcholných soudů, u nás si nejsme jisti, zda jde opravdu o judicializaci politiky nebo zda jde o předběžnou obavu ostatních větví státní moci před možným vývojem k judicializaci, respektive zda nejde o omezení jejich moci prostřednictvím soudů, které je jinde běžné a žádoucí. Jak na Slovensku v 90. letech i později, tak v Maďarsku a nyní v Polsku⁴³ vidíme ve skutečnosti reakci na virtuální judicializaci – vidíme snahu o ovládnutí soudních orgánů ze strany orgánů zákonodárných a exekutivních. Ovládnutí nejen ve smyslu jmenovacím, ale i ve smyslu zmenšení pravomocí ústavních soudů.

I když Česká republika není z tohoto hlediska na mezinárodním poli kritizována, i zde panovalo a panuje ze strany exekutivy úsilí o ovládnutí Ústavního soudu a zejména jiných vrcholných soudů a na druhé straně se vytváří obrana soudců Ústavního soudu proti tomu. Ta se projevuje snahou Ústavního soudu i jiných vrcholných soudů o diverzifikaci orgánů, které jmenují členy Ústavního soudu, popřípadě jiný druh revize jmenovacích pravomocí (snaha o nemožnost opakování mandátu ústavního soudce,⁴⁴ či snaha o prodloužení mandátu ústavního soudce⁴⁵).

Závěr

Co na závěr? Jan Kysela píše idealisticky, v souladu s Tocquevillem: *„Kdo by se měl bát soudcovského státu? Po mém soudu by se bát museli všichni, pokud by se soudci stali uzavřenou kastou reprodukovanou kooptací, bez profesního étosu a s praktikami strnulého formalismu, a to bez ohledu na to, zda se chopili moci čili nic. Jestliže však za soudcovský stát označujeme již to, že soudci tvoří prvek vnější první kontroly světa politiky [...], potom se obávat musí jen ten, který preferuje čistě politická [...] řešení.“*⁴⁶ Pokud pochopíme americké námitky ke způsobu kontinentálního psaní o judicializaci, zjistíme, že ve skutečnosti soudní činnost vůči politice není „vnější“ kontrolou státu či politiky, stejně jako parlament složený z politických stran netvoří „vnější“ prostředí pro soudy a soudní činnost. Jak parlament, tak exekutiva, tak soudy, včetně ústavních soudů, jsou orgány s vlastními názory a zájmy a jako takové musí být v politologickém i dalších zkoumání posuzovány. Pro státní orgány platí totéž, co pro lidi. Ani státní orgány včetně soudů nejsou andělé, je možno parafrázovat Madisona. Z tohoto důvodu se přikláním k Davidu Kosařovi,⁴⁷ že je třeba soudnictví analyzovat jako politické aktéry a po sociologickém způsobu je hodnotit. A to bez teoretických předsudků odsuzujících předem buď judicializaci, nebo byrokratizaci, nebo parlamentní stát.

⁴³ Z východní Evropy rovněž v Rumunsku.

⁴⁴ Podobné tendence jsou i ve Slovinsku, viz předmluva předsedkyně slovinského ústavního soudu, která volá po prodloužení nebo neobnovitelnosti mandátu soudce ústavního soudu. The Constitutional Court of the Republic of Slovenia An Overview of the Work for 2017 [cit. 2018-08-15]. Dostupné z: <http://www.us-rs.si/media/rsus_letnoporocilo_2017_eng_web.pdf>.

⁴⁵ Což by odpovídalo Hamiltonovu citátu z Federalistu No. 78: „Nic není tak výrazně schopno přispět k jeho pevnosti a nezávislosti, jako práve stálost soudců v úřadu.“

⁴⁶ KYSELA, J. Kdopak by se soudcovského státu bál? In: ŠIMÍČEK, V. (ed.). *Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu?*, s. 143.

⁴⁷ KOSAŘ, D. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

Zásada subsidiarity a zásada proporcionality pri prijímaní nariadenia o Európskej prokuratúre

Andrej Beleš*

Abstrakt: V predkladanom článku sa autor zameriava na skúmanie súladu nariadenia o Európskej prokuratúre so zásadami subsidiarity a proporcionality. Autor skúma jednotlivé argumenty, ktoré podporovali súlad návrhu tohto nariadenia s uvedenými zásadami, a uvádza k tomu protiargumenty. Predkladaný článok je príspevkom k diskusii o nevyhnutnosti zriadenia Európskej prokuratúry, o šírke jej pôsobnosti a ďalších právnych otázkach, ktorých riešenie bude potrebné najst.

Kľúčové slová: Európska prokuratúra, subsidiarita, proporcionalita

Úvod do problematiky prijímania nariadenia o Európskej prokuratúre

Realizácia idey projektu Európskej prokuratúry sa legislatívne na úrovni práva Európskej únie završila prijatím Nariadenia o európskej prokuratúre¹ (ďalej NoEP) v októbri 2017, a to takmer po takmer štvrtstoročí po tom, čo vznikla (1994).² Prvotný návrh nariadenia o zriadení Európskej prokuratúry (ďalej len prvotný návrh) bol do legislatívneho procesu predložený Komisiou v júli 2013. Medzi hlavné ciele návrhu zriadenia Európskej prokuratúry je možné zaradiť³ podporu zvýšenia ochrany finančných záujmov Únie a ďalší rozvoj oblasti spravodlivosti, respektíve zlepšenie dôveru podnikov a občanov EÚ v inštitúcie EÚ pri súčasnom rešpektovaní základných práv zakotvených v Charte základných práv Európskej únie, ďalej zriadenie súdržného európskeho systému na vyšetrovanie a trestné stíhanie trestných činov, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, zabezpečenie efektívnejšieho a účinnejšieho vyšetrovania a trestného stíhania trestných činov, ktoré poškodzujú finančné záujmy EÚ, ďalej zvýšenie počtu trestných stíhaní, ktoré vedú k odsúdeniam a vymoženiu podvodne získaných prostriedkov Únie, respektíve zabezpečenie úzkej spolupráce a efektívnej výmeny informácií medzi európskymi a vnútroštátnymi príslušnými orgánmi a v neposlednom rade efekt generálnej prevencie – viac odrádzať od páchania trestných činov, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie.

Tento prvotný návrh bol v nasledujúcich rokoch legislatívneho procesu predmetom kritiky a nevyhnutných zmien. Bolo potrebné sa vysporiadať najmä s námietkami najmä

* JUDr. Andrej Beleš, PhD., Ústav európskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave. E-mail: andrej.beles@flaw.uniba.sk.

¹ Nariadenie Rady (EÚ) 2017/1939 z 12. októbra 2017, ktorým sa vykonáva posilnená spolupráca na účely zriadenia Európskej prokuratúry, Ú. v. EÚ L 283, 31. 10. 2017, s. 1–71.

² Prvýkrát navrhol riešenie nedostatočnej ochrany finančných záujmov vtedajšieho Európskeho spoločenstva Úrad pre finančnú kontrolu Európskej komisie v roku 1994 „modernejšími nástrojmi“. Skupina expertov vypracovala v priebehu dvoch rokov legislatívny návrh harmonizácie trestného práva spolu s návrhom na konštituovanie Európskej prokuratúry. Bližšie k tomu pozri: ONDREJOVÁ, A. *Európsky prokurátor. Komentár k Nariadeniu Rady európskej únie*. Bratislava: Wolters Kluwer 2017, s. 15 an.

³ Pozri k tomu bližšie dôvodovú správu k návrhu nariadenia Rady o zriadení Európskej prokuratúry [COM/2013/0534 final – 2013/0255 (APP)] [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=COM:2013:0534:FIN>>.

rozporu návrhu nariadenia so zásadou subsidiarity a zásadou proporcionality, respektíve s množstvom parciálnych otázok, ktoré so zachovaním zásad subsidiarity a proporcionality súvisia – napr. s námietkami nedostatočných možností kontroly inštitúcie zo strany členských štátov alebo rozsahu oprávnení prokurátorov a delegovaných prokurátorov Európskej prokuratúry.

Nariadenie o Európskej prokuratúre fakticky voči vnútroštátnym prameňom právnej úpravy trestného procesu konštituuje „samostatný svet“, teda paralelný predpis trestného práva procesného voči trestným poriadkom jednotlivých členských štátov s osobitnými postupmi, pričom má tento predpis prednosť a aplikácia trestnoprocesných predpisov členských štátov sa riadi vzťahom subsidiarity vnútroštátneho predpisu.⁴ Nariadenie tak významným spôsobom zasahuje do charakteru trestného procesu na národnej úrovni (najmä mení príslušnosť orgánov činných v trestnom konaní vo veci vyšetrovania vybraných trestných činov, stanovuje povinnosť policajtov spolupracovať s Európskou prokuratúrou na základe zásady lojálnej spolupráce⁵ atď.), a preto je namieste sa podrobne vysporiadať s otázkou, či je nevyhnutné na európskej úrovni takýto systém konštituovať, respektíve či by nepostačovalo posilňovanie ochrany finančných záujmov únie na národnej úrovni, ako aj s otázkou primeranosti takého riešenia vzhľadom na stanovené ciele. Na nasledujúcich riadkoch sa preto budeme subsidiarite a proporcionalite venovať bližšie.

1. Podstata zásad subsidiarity a proporcionality

Zásadu subsidiarity a zásadu proporcionality je potrebné považovať za základ mechanizmu riešenia vzťahu medzi rozsahom činnosti orgánov Európskej únie, a to aj v legislatívnej činnosti, a právnymi poriadkami jednotlivých členských štátov. Tieto zásady tak riešia pozitívny kompetenčný konflikt pri spoločných právomociach a prispievajú zároveň k prekonaniu harmonizačného fundamentalizmu,⁶ teda aby sa harmonizácia práva nestala samoúčelnou, respektíve majú zabezpečiť,⁷ že výkon verejnej moci rozdelený medzi členské štáty a Európsku úniu sa neodcudzí bežnému jednotlivcovi.

Právny základ zásad subsidiarity a proporcionality tvorí čl. 5 Zmluvy o Európskej únii (ZEÚ), respektíve Protokol č. 2 k zakladajúcim zmluvám stanovuje procedurálne pravidlá uplatňovania zásad subsidiarity a proporcionality. Zásada subsidiarity je ustanovená

⁴ Nariadenie vylučuje platnosť vnútroštátnej právnej normy, ktorá reguluje totožnú otázku odlišným spôsobom. Trestný poriadok (zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok v znení neskorších predpisov) sa teda uplatní až subsidiárne, ak určitá procesná otázka nie je upravená v nariadení. Čl. 5 bod 3 prvá a druhá alinea Nariadenia o Európskej prokuratúre: „*Vyšetrovania a trestné stíhanie v mene Európskej prokuratúry sa riadia týmto nariadením. Vnútroštátne právo sa uplatňuje, len pokiaľ nie je daná záležitosť upravená v tomto nariadení.*“

⁵ Pozri k tomu aj bod 69 predhovoru k Nariadeniu o Európskej prokuratúre: „*Európska prokuratúra by sa mala opierať o vnútroštátne orgány vrátane policajných orgánov, a to osobitne pri vykonávaní donucovacích opatrení. Podľa zásady lojálnej spolupráce by všetky vnútroštátne orgány a relevantné orgány Únie, vrátane Eurojustu, Europolu a úradu OLAF, mali aktívne podporovať vyšetrovania a trestné stíhanie vykonávané Európskou prokuratúrou a spolupracovať s ňou od okamihu, keď sa podozrenie zo spáchania trestného činu oznámi Európskej prokuratúre, až do momentu, keď rozhodne o tom, či bude v súvislosti s daným prípadom viesť trestné stíhanie alebo iným spôsobom prijme konečné rozhodnutie vo veci.*“ K problematike zásady lojálnej spolupráce pozri bližšie: TICHÝ, L. Kapitola 3. Členství. In: TICHÝ, L. – ARNOLD, R. – ZEMÁNEK, J. – KRÁL, R. – DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 68 an.

⁶ TICHÝ, L. Kapitola 11. Členství. In: TICHÝ, L. – ARNOLD, R. – ZEMÁNEK, J. – KRÁL, R. – DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*, s. 277.

⁷ K účelu a vývoju týchto zásad pozri bližšie: STREINZ, R. Čl. 5. In: STREINZ, R. a kol. *Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte*. München: C. H. Beck 2018, s. 52 an.

v čl. 5 ods. 3⁸ Zmluvy o Európskej únii (ZEU), z ktorého vyplývajú tri základné podmienky pre testovanie naplnenia tejto zásady pri legislatívnej činnosti: po prvé, nejde o oblasti, ktoré podľa primárneho práva patria do výlučnej právomoci Európskej únie – v prípade, že ide o výlučnú právomoc, naplnenie zásady subsidiarity sa neskúma; po druhé, členské štáty nedokážu stanovené ciele uspokojivo dosiahnuť samy, a to na ústrednej, regionálnej alebo miestnej úrovni; a po tretie, stanovené ciele je možné lepšie dosiahnuť na úrovni Únie, a to z dôvodu rozsahu danej činnosti alebo účinkov.

Medzi druhou a treťou podmienkou je možné identifikovať logický rozpor:⁹ môže totiž nastať situácia, že ciele bude možné uspokojivo dosiahnuť činnosťou na úrovni členských štátov, avšak predsa ich bude možné lepšie dosiahnuť na úrovni únie. Protokol č. 2 preferuje testovanie zásady subsidiarity na základe tretej podmienky.¹⁰ Z hľadiska naplnenia zásady subsidiarity pri zriadení Európskej prokuratúry je však potrebné skúmať všetky tri uvedené aspekty – podmienky, keďže je potrebné explicitne skúmať aj úroveň trestného stíhania činov poškodzujúcich finančné záujmy únie v členských štátoch. Prvý aspekt je naplnený nepochybne – justičná spolupráca v trestných veciach v rámci priestoru slobody, bezpečnosti a práva, kam konštituovanie Európskej prokuratúry je možné zaradiť, nepatrí medzi výlučnú právomoc Európskej únie podľa čl. 3 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ), avšak je zaradená medzi spoločnú právomoc únie a členských štátov podľa čl. 4 ZFEÚ. Preto je potrebné bližšie skúmať ďalšie dva uvedené aspekty.

Zásada proporcionality je ustanovená v čl. 5 ods. 4¹¹ ZEU, z ktorého vyplýva, že orgány Európskej únie sa majú (najmä v rámci svojej legislatívnej činnosti) zdržať všetkého, čo nie je nevyhnutné na dosiahnutie cieľov zmlúv – navrhované opatrenie tak musí byť primerané dosahovaniu týchto cieľov. Zásada proporcionality teda vylučuje, aby sa konalo „prehnaným spôsobom“ vo vzťahu k tomu, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľa stanoveného Európskou úniou. Aplikácia zásady proporcionality však pripúšťa, aby sa na dosiahnutie cieľa vykonali nevyhnutné opatrenia.¹² Je potrebné skúmať, či navrhované opatrenie je nevyhnutné z hľadiska materiálneho obsahu, ako aj z hľadiska zvolenej formy opatrenia.¹³ V tomto zmysle je potrebné vnímať zásadu proporcionality vo vzťahu k zriadeniu Európskej prokuratúry – je potrebné skúmať, či na dosiahnutie cieľa nie sú vytvorenie samostatného orgánu obžaloby, respektíve čiastočná unifikácia trestného stíhania „prehnanými“ prostriedkami, ale naopak, ide o nevyhnutné opatrenie. Rovnako je potrebné skúmať formu právneho aktu – nariadenie. Za cieľ je v tomto prípade možné považovať vytvorenie priestoru slobody, bezpečnosti a práva na predchádzanie a potláčanie trestnej činnosti (čl. 67 ZFEÚ) v spojení s ochranou finančných záujmov Európskej

⁸ Čl. 5 ods. 3 ZEU: „Podľa zásady subsidiarity koná Únia v oblastiach, ktoré nepatria do jej výlučnej právomoci, len v takom rozsahu a vtedy, ak ciele zamýšľané touto činnosťou nemôžu členské štáty uspokojivo dosiahnuť na ústrednej úrovni alebo na regionálnej a miestnej úrovni, ale z dôvodov rozsahu alebo účinkov navrhovanej činnosti ich možno lepšie dosiahnuť na úrovni Únie.“ Zásada subsidiarity nachádza svoje explicitné premietnutie aj na ústavnej úrovni niektorých členských štátov, napr. čl. 23 ods. 1 ústavy Spolkovej republiky Nemecko (*Grundgesetz*).

⁹ Pozri k tomu: SYLLOVÁ, J. – PÍTROVÁ, L. – PALDAUSOVÁ, H. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 33 an.

¹⁰ Čl. 5 Protokolu č. 2: „Dôvody, ktoré vedú k záveru, že cieľ Únie sa dá lepšie dosiahnuť na úrovni Únie, sa podložia kvalitatívnymi, a kedykoľvek je to možné, kvantitatívnymi ukazovateľmi.“

¹¹ Čl. 5 ods. 4 ZEU: „Podľa zásady proporcionality neprekračuje obsah a forma činnosti Únie rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľov zmlúv. Inštitúcie Únie uplatňujú zásadu proporcionality v súlade s Protokolom o uplatňovaní zásad subsidiarity a proporcionality.“

¹² Pozri k tomu návrhy generálneho advokáta Yvesa Bota prednesené 4. apríla 2017 vo veci C-612/15, ods. 71 an.

¹³ Pozri k tomu: SYLLOVÁ, J. Čl. 5. In: SYLLOVÁ, J. – PÍTROVÁ, L. – PALDAUSOVÁ, H. a kol. *Lisabonská smlouva. Komentář*, s. 37 an.

únie (čl. 325 ZFEÚ) a účinným sankcionovaním ich porušenia,¹⁴ k čomu musí nepochybne smerovať aj účinná procesná úprava.

2. Námietky týkajúce sa porušenia zásad subsidiarity a proporcionality a ich riešenie

V priebehu druhého polroka 2013 predkladali členské štáty v súlade so znením Protokolu č. 2 výhrady týkajúce sa dodržania zásad subsidiarity a proporcionality v súvislosti s návrhom nariadenia, ktorý bol predložený v júli 2013. Keďže bolo dosiahnuté kvórum štvrtiny hlasov parlamentov (čl. 7 ods. 2 Protokolu č. 2), Komisia sa námietskami zaoberala; vyššie kvórum jednej polovice hlasov (čl. 7 ods. 3 Protokolu č. 2) dosiahnuté nebolo.¹⁵ S predloženými námietskami sa Európska komisia vysporiadala v oznámení Európskemu parlamentu, Rade a národným parlamentom, respektíve tieto námietky následne viedli k zmenám v predloženom legislatívnom návrhu.

Hoci, ako sme uviedli vyššie, zriadenie Európskej prokuratúry nepatrí medzi výlučné právomoci Európskej únie podľa čl. 3, a teda nariadenie o zriadení Európskej prokuratúry podlieha ďalej skúmaniu z hľadiska súladu so zásadou subsidiarity, ako argument, že tento predpis *a priori* sa nemôže dostať do rozporu so zásadou subsidiarity, je možné použiť tzv. *argument zakladajúcimi zmluvami*.¹⁶ Ustanovenie čl. 86 ZFEÚ totiž explicitne predpokladá zriadenie Európskej prokuratúry, a síce jej vytvorenie z Eurojustu. Udelenie oprávnenia Rade zriadiť Európsku prokuratúru tak podľa tohto argumentu vylučuje, a to aj v teoretickej rovine, možnosť rozporu so zásadou subsidiarity. Možnosť zriadiť Európsku prokuratúru je nevyhnutné vykladať tiež v spojení s ustanovením čl. 325 ZFEÚ, ktorý stanovuje zdieľanú povinnosť únie a členských štátov zamedzovať podvodom a iným protiprávnym konaniam, ktoré poškodzujú finančné záujmy Európskej únie (ods. 1), respektíve povinnosť Európskeho parlamentu a Rady prijať v tejto veci nevyhnutné opatrenia (ods. 4). Zakladajúce zmluvy tak stanovujú povinnosť potláčať tieto formy trestnej činnosti a zároveň stanovujú možnosť ustanovenia Európskej prokuratúry ako procesného nástroja na tento cieľ a už len to vylučuje *a priori* možnosť rozporu so zásadou subsidiarity.

¹⁴ V kontexte toho napr. čl. 7 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 2017/1371 z 5. júla 2017 o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, prostredníctvom trestného práva.

¹⁵ V súlade s Protokolom č. 2 sú národné parlamenty, respektíve ich komory oprávnené obrátiť sa na Európsky parlament, Radu alebo Komisiu so stanoviskom, že predložený legislatívny návrh nie je konformný so zásadou subsidiarity, a to v lehote 8 týždňov od postúpenia návrhu (čl. 6). Ak tretina hlasov národných parlamentov (každý parlament má dva hlasy, ktoré sa v prípade dvojkomorových parlamentov delia) predloží odôvodnené stanovisko, navrhovateľ musí návrh preskúmať. Ak ide o oblasť justičnej spolupráce v trestných veciach – teda aj v prípade zriaďovania Európskej prokuratúry – je znížený počet potrebných hlasov na jednu štvrtinu (čl. 7 ods. 2). Ak navrhovateľ nevezme návrh späť, je povinný zmenu návrhu alebo jeho ponechanie bezo zmeny odôvodniť. Ak parlamenty členských štátov spochybnia dodržanie zásady subsidiarity viac než polovicou svojich hlasov (čl. 7 ods. 3), návrh obligatórne preskúma Komisia. Rada a Európsky parlament sú povinné pred ukončením prvého čítania návrhu hlasovať o súlade návrhu so zásadou subsidiarity. Rada a Európsky parlament sú oprávnené návrh z dôvodu rozporu so zásadou subsidiarity zamietnuť 55percentnou väčšinou členov. Podané odôvodnené stanoviská predstavovali v prípade návrhu nariadenia o Európskej prokuratúre 18 hlasov z množných 56 hlasov. Na naplnenie kvóra jednej štvrtiny bolo potrebných 14 hlasov.

¹⁶ Tento argument sa vyskytol tak v dokumente vypracovanom pri predložení legislatívneho návrhu nariadenia: Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (17. 7. 2013) [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0274&from=SK>>, respektíve aj dokumente po pol roku pripomienkovania návrhu členskými štátmi: Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade a národným parlamentom o preskúmaní návrhu nariadenia Rady o zriadení Európskej prokuratúry so zreteľom na zásadu subsidiarity v súlade s Protokolom č. 2 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17176-2013-INIT/sk/pdf>>.

Voči tejto argumentácii je možné namietat, že zriadenie Európskej prokuratúry je podľa čl. 86 ZFEÚ fakultatívne, čím zmluva predostiera Rade diskrečnú právomoc, aby zvažila, či je na dosiahnutie cieľa uvedeného v čl. 325 ZFEÚ potrebné zriadenie Európskej prokuratúry. Svoju úvahu o konštituovaní tohto orgánu mala Rada podporiť aj zodpovedaním otázok, či trestné stíhanie na úrovni členských štátov je nedostatočné, respektíve či dokáže tento cieľ lepšie naplniť orgán na úrovni únie. Ďalším protiargumentom je fakt, že možných modelov Európskej prokuratúry z hľadiska rozsahu právomoci, vzťahu k vnútroštátnym orgánom, kontroly zo strany členských štátov a viacerých iných otázok je veľké množstvo a práve prostredníctvom testu subsidiarity je potrebné preukázať, že práve navrhovaný model je spôsobilý dosiahnuť stanovený cieľ efektívnejšie než bol doposiaľ plnený na úrovni členských štátov. Ako tretí protiargument je možné uviesť, že sekundárne právo v mnohých prípadoch je prijímané na základe toho, že ho viac či menej explicitne predpokladá zakladajúca zmluva, čím by bol mechanizmus testovania subsidiarity a proporcionality fakticky znefunkčnený. Štvrtým protiargumentom je skutočnosť, že ustanovenie čl. 86 ZFEÚ oprávňuje zriadiť Európsku prokuratúru z Eurojustu, a teda každý iný spôsob konštituovania prokuratúry, teda ako orgánu nezávislého od Eurojustu, sa odchyľuje od spôsobu stanoveného zmluvou, a teda musí podliehať podrobnému skúmaniu, a to aj z hľadiska zásady subsidiarity. Ako piaty protiargument je možné uviesť, že ustanovenie čl. 67 ods. 3 ZFEÚ svojou formuláciou „v prípade potreby“ implicitne stanovuje nevyhnutnosť klásť pri harmonizácii trestného práva osobitný zreteľ na dodržanie zásad subsidiarity a proporcionality.

Komisia však uvedené argumenty opomína a ako jediný dôvod, prečo sa ďalej zaoberá námietkami o možnom porušení zásady subsidiarity, uvádza politické hľadisko. Totiž vzhľadom na to, že ustanovenie Európskej prokuratúry je politicky citlivým krokom, keďže sa tak na európskej úrovni konštituuje vlastný trestnoprocesný systém, teda významným spôsobom zasahuje do systémov trestného konania členských štátov, bol národným parlamentom členských štátov ponechaný priestor aj na vyjadrenie sa k otázkam zachovania zásad subsidiarity a proporcionality, respektíve k otázke odhadu pridanej hodnoty zriadenia Európskej prokuratúry.

Na účel apriórneho vylúčenia skúmania súladu so zásadou subsidiarity sa vo všeobecnosti používa aj tzv. zásada dobytého poľa.¹⁷ Keďže zásahy práva Európskej únie do vnútroštátnych systémov orgánov obžaloby neboli doposiaľ žiadne, tento argument na apriórne vylúčenie nesúladu so zásadou subsidiarity, pochopiteľne, v prípade zriaďovania Európskej prokuratúry uplatnený nebol.

Námietky týkajúce sa zásady subsidiarity boli zo strany národných parlamentov nasledujúce.

3. Nedostatočné odôvodnenie

Parlamenty Cypru, Spojeného kráľovstva a Maďarska namietali, že *súlad legislatívneho návrhu nariadenia so zásadou subsidiarity bol odôvodnený nedostatočne*. Vyhodnotenie súladu so zásadou subsidiarity nebolo súčasťou dôvodovej správy, ale len posúdenia vplyvu. Okrem toho Komisia pri posudzovaní druhého a tretieho aspektu subsidiarity (nedostatočnosť na úrovni členských štátov, efektivita na úrovni únie) ich vyhodnotenie spojila.

¹⁷ Táto zásada vylučuje skúmanie zásady subsidiarity v oblastiach, ktoré sú už regulované detailnými právnymi aktmi európskeho práva. Pozri k tomu bližšie: SYLLOVÁ, J. Čl. 5, s. 35 an.

Dôvodová správa¹⁸ k návrhu nariadenia fakticky len stručne konštatuje, že uvedený cieľ (s odkazom na ustanovenie čl. 325 ZFEÚ) je možné dosiahnuť „len“ na úrovni únie. Následne sa dôvodová správa vyjadruje len k súčasnému stavu vecí, keď konštatuje, že situácia je „neuspokojivá“, nepristupuje však k ďalšiemu kroku, a to k zhodnoteniu pridanej hodnoty riešenia na úrovni únie. Opakovane sa v dôvodovej správe vyskytuje tvrdenie o insuficientnosti trestného stíhania podvodov na národnej úrovni bez podrobnejšieho vysvetlenia. V časti Kontext návrhu k tomu len všeobecne dodáva: „Činnosť vnútroštátnych súdnych orgánov je často pomalá, miery trestného stíhania sú v priemere nízke a výsledky dosiahnuté v rôznych členských štátoch v Únii ako celku sú nerovnomerné.“ K zásade proporcionality dôvodová správa dodáva, že sa navrhuje model prokuratúry len v nevyhnutnom rozsahu na dosiahnutie cieľa; správa však k tomu neuvádza podrobnosti. Nedostatočnosť takého odôvodnenia sa potvrdila v neskoršom štádiu legislatívneho procesu, keď sa zavedením kolegiálneho rozhodovania rozšírilo zapojenie jednotlivých členských štátov do fungovania prokuratúry. Dôvodová správa uvádza na podporu zriadenia Európskej prokuratúry aj výsledky dotazníkového prieskumu medzi odbornou a laickou verejnosťou. Ich relevancia pre posúdenie zásady subsidiarity je však nízka vzhľadom na to, že neuvádzajú konkrétne údaje o tom, prečo trestné stíhanie na úrovni členských štátov nie je dostatočné. Na záver konštatovania o súlade so zásadou subsidiarity je opäť spomenutý sporný argument zakladajúcimi zmluvami.

Z hľadiska zodpovedania otázky, prečo nie je trestné stíhanie v členských štátoch dostačujúce, sú významné informácie uvedené v závere dôvodovej správy – poukaz na rôznu mieru úspešnosti trestného stíhania v členských štátoch, v rozdieloch medzi mechanizmami ochrany, respktíve rôznu mieru efektivity stíhania prípadov, ktoré OLAF postúpil orgánom členských štátov.¹⁹ Dôvodová správa tu samostatne rozoberá súčasný stav stíhania na úrovni členských štátov a prínosy riešenia problematiky na úrovni únie, v tejto časti námietok preto nemožno dať parlamentu Spojeného kráľovstva za pravdu, hoci v časti, v ktorej sa explicitne dôvodová správa vysporiadava so zásadami subsidiarity a proporcionality, tieto otázky nie sú podrobne zodpovedané.

Povinnosť dôkladného zdôvodnenia prijímaných právnych aktov vyplýva z ustanovenia čl. 296 ZFEÚ. Odôvodnenie právnych aktov má dvojaký účel: jednak z hľadiska preskúmateľnosti, teda na účel preskúmania Súdnym dvorom okrem iného aj z hľadiska dodržania zásad subsidiarity a proporcionality a jednak z hľadiska legitimizácie prijímaného aktu pred verejnosťou, teda aby verejnosť bola informovaná o podmienkach, za akých sa uplatňujú zakladajúce zmluvy.

To zdôraznil Súdny dvor vo veci C-233/94, respektíve v nadväzujúcich rozhodnutiach.²⁰ V predmetnom prípade Súdny dvor posúdil ako súladné s uvedenými požiadavkami také odôvodnenie, ktoré sa obmedzovalo na konštatovanie o účelnosti riešenia danej situácie na úrovni únie vzhľadom na existenciu pobočiek spoločností, ktoré poskytujú pôžičky, vo viacerých členských štátoch, čím chceli Parlament a Rada vyjadriť, že stanovený cieľ je

¹⁸ Pozri k tomu prvotný návrh s dôvodovou správou [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=COM:2013:0534:FIN>>.

¹⁹ S. 50 an. dôvodovej správy.

²⁰ Pozri k tomu rozsudok z 13. mája 1997, *Nemecko vs. Parlament a Rada*, C-233/94, EU:C:1997:231, bod 25: „The obligation under Article 190 to give reasons requires that the measures concerned should contain a statement of the reasons which led the institution to adopt them, so that the Court can exercise its power of review and so that the Member States and the nationals concerned may learn of the conditions under which the Community institutions have applied the Treaty [...]“. Podobne rozsudok zo 17. mája 1993, *Francúzsko vs. Komisia*, C-41/93, EU:C:1994:196, bod 34.

možné lepšie dosiahnuť na úrovni únie. Okrem toho konštatovali, že cieľ nemožno plnohodnotne dosiahnuť na úrovni členských štátov. Napriek uvedenému stručnému odôvodneniu Súdny dvor konštatoval jeho dostatočnosť, pričom dodal, že pri teste naplnenia zásady subsidiarity nie je nevyhnutné pomenovanie tejto zásady explicitne uviesť.²¹ Z hľadiska relatívne nízkych nárokov na odôvodnenie tak postačuje uviesť poukaz na cezhraničnosť predmetnej problematiky, z čoho je možné vyvodiť vyššiu efektivitu riešenia na úrovni únie. V prípade zriadenia Európskej prokuratúry by však aj také odôvodnenie súladu so zásadou subsidiarity nebolo úplné vzhľadom na to, že v jej pôsobnosti nie sú zahrnuté len cezhraničné prípady trestných činov poškodzujúcich finančné záujmy únie.²²

Na porovnanie s uvedeným rozsudkom, v rozsudku vo veci C-41/93,²³ vyslovil Súdny dvor porušenie povinnosti riadne odôvodniť rozhodnutie, keď Komisia v rozhodnutí výlučne všeobecne konštatovala, že určitý vnútroštátny akt je v súlade s ustanovením zakladajúcej zmluvy bez bližšieho preskúmania skutkových a právnych okolností, ktoré k takému rozhodnutiu viedli. Bezpochyby, analogické použitie uvedeného rozhodnutia Súdneho dvora na situáciu zriadenia Európskej prokuratúry je obmedzené viacerými faktormi: nešlo o odôvodnenie pri prijímaní nariadenia alebo smernice, ale vo veci bolo rozhodnutie o súlade vnútroštátneho aktu s primárnym právom, respektíve nešlo o odôvodnenie súladu so zásadou subsidiarity. Avšak analogicky je možné použiť záver, že výlučné konštatovanie konformity so zmluvami bez hlbšej skutkovej a právnej analýzy je nedostatočné.

Odôvodnenie súladu nariadenia o zriadení Európskej prokuratúry so zásadou subsidiarity sa *po kvalitatívnej i kvantitatívnej stránke síce prekračuje túto minimálnu úroveň*, avšak v častiach odôvodňujúcich súlad so zásadami subsidiarity a proporcionality, respektíve v pasážach o efektívite stíhania na národnej úrovni (kde sa napĺňanie uvedených zásad explicitne neuvádza) je príliš stručné, a preto málo presvedčivé. Hoci sa Komisia domnieva, že návrh je z hľadiska naplnenia týchto zásad dostatočne odôvodnený, vhodné by bolo komparatívnou metódou z hľadiska medziročného vývoja, respektíve z hľadiska rozdielov medzi jednotlivými krajinami vyhodnotiť efektivitu trestných stíhaní, na ktoré dal podnet Európsky úrad boja proti podvodom (ďalej len OLAF²⁴), ďalej vysvetliť, prečo iné opatrenia nie sú dostatočné,²⁵ respektíve bližšie špecifikovať, prečo práve navrhovaný a, na porovnanie s tým, neskôr schválený model prokuratúry nepresahuje nevyhnutnú mieru na dosiahnutie stanoveného cieľa.

²¹ Bod 28 predmetného rozhodnutia.

²² Pozri smernicu Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1371 z 5. júla 2017 o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, prostredníctvom trestného práva, ktorá je materiálным základom pôsobnosti Európskej prokuratúry s lehotou na implementáciu do 6. júla 2019.

²³ Rozsudok zo 17. mája 1993, *Francúzsko vs. Komisia*, C-41/93, EU:C:1994:196, bod 36 a 37: „36 It appears, therefore, that the Commission confined itself to describing in general terms the content and aim of the German rules and to stating that those rules were compatible with Article 100a(4), without explaining the reasons of fact and law on account of which the Commission considered that all the conditions contained in Article 100a(4) were to be regarded as fulfilled in the case in point. 37 Consequently, the contested decision does not satisfy the obligation to state reasons laid down in Article 190 of the Treaty and must be annulled for infringement of essential procedural requirements. There is therefore no need to consider the other pleas put forward by the applicant.“

²⁴ Office européen de lutte antifraude, The European Anti-Fraud Office.

²⁵ Pozri napr. Správu Komisie Európskemu parlamentu a Rade – Ochrana finančných záujmov Európskej únie – Boj proti podvodom Výročná správa za rok 2016 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0383&from=sk>>, s. 5. Správa menuje ako prostriedky na ochranu finančných záujmov Európskej únie: a) preventívne opatrenia; b) vyšetrovacie činnosti; c) nápravné mechanizmy; d) represívne opatrenia. Ďalej správa tiež uvádza opatrenia na boj proti podvodom prijaté členskými štátmi.

4. Dostatočné opatrenia na národnej úrovni, respektíve dostatočné *status quo* na úrovni únie, nízka pridaná hodnota návrhu

Národné parlamenty Cypru, Českej republiky, Holandska, Írska, Rumunska, Slovinska, Spojeného kráľovstva a Švédska vyjadrili²⁶ názor, že existujúce mechanizmy na úrovni členských štátov sú dostatočné, teda cieľ je možné uspokojivo dosiahnuť na národnej úrovni, respektíve postačuje spolupráca členských štátov a existujúcich orgánov na úrovni únie – Eurojustu, Europolu a OLAFu. Podobne parlamenty Českej republiky, Maďarska, Rumunska a Holandska vyjadrili pochybnosť o miere pridanej hodnoty zriadenia Európskej prokuratúry.²⁷ Tým bol spochybnený druhý aj tretí aspekt naplnenia zásady subsidiarity.

Argumentácia Komisie v tejto oblasti poukazuje na skutočnosť, že úroveň ochrany finančných záujmov Európskej únie je v jednotlivých členských štátoch rozdielna, na čo poukazujú aj správy OLAFu.²⁸ Pri posudzovaní konformity návrhu so zásadou subsidiarity sa porovnáva dostatočnosť riešenia problematiky v členských štátoch s možnosťou a potrebou jej riešenia na úrovni únie. Uspokojivá úroveň trestného stíhania činov poškodzujúcich finančné záujmy Európskej únie hoci aj vo väčšine členských štátov nemôže vyvážiť nedostatočnú úroveň v iných štátoch, teda z dostatočnej úrovne v niektorých členských štátoch nevyplyva jej všeobecná dostatočnosť.

Voči uvedenej argumentácii je možné vzniesť *najmenej dve námietky*. Po prvé, ak je nedostatočná ochrana finančných záujmov Európskej únie problémom vybraných členských štátov, je potrebné vyhodnotiť, či by bolo efektívnejšie iniciovať vhodné ciele opatrenia (návrh zmeny legislatívnej úpravy, prijatie a plnenie národných stratégií boja proti podvodom, zvýšená miera kontrolnej činnosti zo strany OLAFu, politický tlak, vytvorenie zvláštnych organizačných útvarov na prokuratúrach a iné), ktoré budú prispôbené problémom v jednotlivých členských štátoch. Po druhé, ak sa nariadenie o Európskej prokuratúre prijíma formou posilnenej spolupráce, je potrebné zodpovedať otázku, či je možné vôbec cieľ dosiahnuť – teda či je možné zabezpečiť zamýšľanú jednotnú úroveň ochrany finančných záujmov Európskej únie, keď viaceré členské štáty (napr. Maďarsko, respektíve Poľsko) na tejto posilnenej spolupráci neparticipujú.

Komisia ďalej v strečnosti uviedla, že na zefektívnenie trestného stíhania nepostačuje ani reforma už v súčasnosti existujúcich orgánov – Europolu a Eurojustu. K tomu Komisia dodáva, že „*ani tou najrozsiahlejšiou reformou Eurojustu, ktorou by sa agentúre udelila právomoc začať vyšetrovania trestných činov, by sa však nemohli vyriešiť súčasné nedostatky v oblasti trestného stíhania podvodov proti Únii.*“ Avšak Komisia ďalej nešpecifikuje, v čom by mohla spočívať „najrozsiahlejšia reforma Eurojustu“, respektíve podrobné dôvody, prečo taká legislatívna zmena nemôže viesť k efektívnemu riešeniu. Rovnako sa nezaoberá ani ďalšími možnosťami – napr. stanovením povinnosti členským štátom (smernicou) zriaďiť samostatný organizačný útvar na najvyššom stupni vnútroštátnej prokuratúry, do ktorého pôsobnosti by spadali všetky trestné činy poškodzujúce finančné záujmy Európskej únie a ktorý by podliehal kontrole napr. zo strany Komisie.

²⁶ Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade a národným parlamentom o preskúmaní návrhu nariadenia Rady o zriadení Európskej prokuratúry so zreteľom na zásadu subsidiarity v súlade s Protokolom č. 2 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17176-2013-INIT/sk/pdf>>, s. 6 an.

²⁷ Národná rada Slovenskej republiky vyjadrila domnienku o možnom nesúlade so zásadou subsidiarity z hľadiska uspokojivého riešenia na národnej úrovni a nízkej pridanej hodnoty na úrovni únie, avšak formálne námietku nevzniesla. Pozri k tomu uznesenie Ústavnoprávneho výboru Národnej rady Slovenskej republiky č. 374 z 27. novembra 2013.

²⁸ Pozri k tomu nižšie.

Komisia sa ďalej zaoberala aj s námietskami národných parlamentov o *nízkej pridanej hodnote návrhu*. Podľa Komisie návrh odstraňuje veľké rozdiely v postupoch vyšetrovania a trestného stíhania podvodov s finančnými prostriedkami Európskej únie. Voči uvedenému argumentu je možné oponovať, že *zjednotenie postupov* vyšetrovania a trestného stíhania by bolo možné dosiahnuť aj (a možno aj lepšie, keďže sa stále subsidiárne uplatňujú procesné predpisy členských štátov) ešte hlbšou harmonizáciou trestnoprocesných predpisov prostredníctvom smerníc. Ďalej Komisia argumentovala, že zriadením Európskej prokuratúry bude možné efektívnejšie odhaľovať *cezhraničné prípady* podvodov poškodzujúcich finančné záujmy únie – napr. vzhľadom na to, že bude mať priamo dostupné informácie od policajných orgánov z viacerých členských štátov a pod. S týmto argumentom je možné súhlasiť. Avšak je možné ho použiť pri akejkoľvek trestnej činnosti s medzinárodným charakterom – napr. pri obchodovaní s ľuďmi, s omamnými a psychotropnými látkami a pod. – je teda namieste otázka, prečo do pôsobnosti Európskej prokuratúry by nemala patriť všetka trestná činnosť s medzinárodným charakterom. Uvedené platí o to viac, keď ťažkopádnosť justičnej spolupráce v trestných veciach s cezhraničným charakterom sa tradične uvádza²⁹ ako jeden z primárnych dôvodov zavedenia Európskej prokuratúry. Ďalším argumentom Komisie bolo *zjednodušenie vykonávania úkonov trestného konania* – odpadajú zdĺhavé postupy právnej pomoci. Voči tomu je možné oponovať, že „zdĺhavosť“ úkonov v právnom styku s cudzinou sa významne *zjednodušila prijatím smernice o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach*³⁰ a jej následnou transpozíciou.³¹ Na významné zjednodušenie vykonávania úkonov trestného konania tak nebolo nevyhnutné zriaďovať Európsku prokuratúru, hoci je pravda, že konaním Európskej prokuratúry odpadá aj zjednodušený postup predpokladaný uvedenou smernicou. Ďalej podľa Komisie nová právna úprava zabezpečuje *efektívnejšie zaobchádzanie s cezhraničnými dôkazmi* – s dôkazmi, ktoré boli zabezpečené a vykonané v jednom štáte, avšak v ďalšom konaní sa majú uplatniť v inom členskom štáte (čl. 37 nariadenia), to aj keď sú v druhom členskom štáte stanovené odlišné štandardy zabezpečovania a vykonávania dôkazov. Voči takému postupu je potrebné namietat, že znižuje *štandardy procesných záruk a znamená významný zásah do suverenity štátu vo sfére určovania postupov v trestnom konaní*. Voči tomu namietali aj parlamenty Českej republiky a Spojeného kráľovstva, avšak Komisia tieto námietky ako neopodstatnené odmietla. Je však potrebné podotknúť, že tento problém sa zmiernil zmenou znenia čl. 30 prvotného návrhu na čl. 37 schváleného znenia NoEP.

Napriek uvedeným námietkam je potrebné súhlasiť so stanoviskom Komisie o *nejednotnej úrovni ochrany finančných záujmov*, respektíve o nejednotnom prístupe orgánov činných v trestnom konaní členských štátov k výsledkom vyšetrovaní uskutočňovaných OLAFom, respektíve je možné súhlasiť, že zriadenie Európskej prokuratúry je prípustným a pravdepodobne efektívnym riešením tohto problému.

OLAF dlhodobo poukazuje na rozdielny prístup členských štátov k tejto problematike. V roku 2016 vydal OLAF s podporou odborníkov z členských štátov prepracované pokyny na vydanie vlastných národných stratégií boja proti podvodom. Doposiaľ boli národné stratégie vypracované len v deviatich členských štátoch (Bulharsko, Francúzsko, Grécko, Taliansko, Česká republika, Slovensko, Maďarsko, Malta, Chorvátsko).³² Aj táto skutočnosť

²⁹ Pozri DANNECKER, G. Čl. 86. In: STREINZ, R. a kol. *Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte*. München: C. H. Beck, 2018, s. 982.

³⁰ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/41/EÚ z 3. apríla 2014 o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach.

³¹ Zákon č. 236/2017 Z. z. o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

poukazuje na rozdielny prístup členských štátov k objasňovaniu a stíhaniu ekonomickej kriminality, ktorá patrí do pôsobnosti Európskej prokuratúry.

Činnosť OLAFu *per se* nemá vplyv na plnenie povinností zo strany členských štátov: OLAF sa teda len spolieha, že členské štáty plnia svoje povinnosti – na úrovni prevencie, zisťovania a objasňovania trestnej činnosti, navrátenia podvodne využitých finančných prostriedkov a pod. OLAF vo svojich analýzách už dlhšie časové obdobie (od roku 2014) skúma, prečo časť prípadov, ktoré OLAF postúpi orgánom činným v trestnom konaní v členských štátoch, je odmietnutá. *K podaniu obžaloby na vnútroštátny súd prichádzalo v sledovanom období rokov 2008 až 2015 celkovo približne v 50 % prípadov*,³³ ktoré OLAF postúpil. Tieto údaje sa významne neodlišujú od údajov z predchádzajúceho skúmaného obdobia.

Celková štatistika počtov podaných obžalôb však nemá výpovednú hodnotu o rozdielnom prístupe k výsledkom vyšetrovaní uskutočňovaných OLAFom, a preto ani nemôže byť argumentom na zriadenie Európskej prokuratúry. Týmto argumentom, ktorý však podrobne v číselnom vyjadrení dôvodová správa k návrhu neuvádza, je *rozdiel v percentuálnom zastúpení prípadov, v ktorých vnútroštátne orgány činné v trestnom konaní podali vo veciach postúpených od OLAFu obžalobu* – tieto rozdiely sú v rozmedzí 0 až 100 %. Je prirodzené, že v prípade členských štátov, pri ktorých OLAF odporúčal trestné stíhanie len v nízkom počte prípadov (napr. Fínsko – 4 prípady), môže byť nulový počet prípadov podaných obžalôb. Avšak v prípade Slovenskej republiky vydal OLAF v sledovanom období 14 odporúčaní na ďalšie konanie, z toho v troch prípadoch neuplynula doba na vyhotovenie správy členského štátu o riešení daného prípadu, v ďalších troch veciach sa ešte konalo, v siedmich prípadoch prišlo k odmietnutiu veci a len v jednom prípade bola podaná obžaloba. T. z. podaná obžaloba bola jedna z ôsmich vybavených prípadov, čo predstavuje mieru 13 %. Podobne nízku mieru podaných obžalôb mali Írsko (0 %, avšak nízky počet vyšetrovaných prípadov: 3), Lotyšsko (0 %, avšak nízky počet vyšetrovaných prípadov: 5), Portugalsko (0 %, počet vyšetrovaných prípadov: 14), Holandsko (17 %, počet vyšetrovaných prípadov: 15), Cyprus (25 %, avšak nízky počet vyšetrovaných prípadov: 4), Rumunsko (28 %, vysoký počet vyšetrovaných prípadov: 100), ďalej napr. Španielsko, Česká republika, Dánsko, Estónsko (33 %). Vysokú mieru podaných obžalôb naproti tomu vykazovali Malta a Slovinsko (100 %, avšak nízky počet vyšetrovaných prípadov: 6, respektíve 4), ďalej Poľsko (85 %, počet vyšetrovaných prípadov 17), Taliansko (72 %, počet vyšetrovaných prípadov: 60). Nemecko a Francúzsko sa v uvedenej štatistike nachádzali v pásme priemeru (50, respektíve 54 %, počet vyšetrovaných prípadov 36, respektíve 20).

Štatistiky do roku 2011 tiež poukazujú na *zdĺhavosť vedených trestných konaní* (až v 54 % prípadov vyšetrovaných OLAFom v rokoch 2006 až 2011 nebolo do roku 2011 prijaté žiadne rozhodnutie), respektíve na *nížšiu mieru úspešnosti trestných stíhaní po podaní obžaloby* (oslobodenie spod obžaloby v 7 % z celkového počtu prípadov).³⁴

³² Pozri k tomu: The OLAF Report. *Seventeenth report of the European Anti-Fraud Office*, 1 January to 31 December 2016 (Ročná správa o činnosti úradu OLAF za rok 2016), s. 27 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/reports/olaf-report_en>.

³³ Štatistika varíruje medzi hodnotami 47 a 52 % prípadov – v závislosti od toho, či sú v štatistike započítané aj prípady podvodov spojených s prostriedkami projektu SAPARD v Rumunsku a Bulharsku. Pozri k tomu: The OLAF report 2015. *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office*, 1 January to 31 December 2015 (Ročná správa o činnosti úradu OLAF za rok 2015), s. 29 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/olaf_report_2015_en.pdf>.

³⁴ Pozri k týmto údajom: The OLAF report 2011. *Twelfth report of the European Anti-Fraud Office*, 1 January to 31 December 2011 (Ročná správa o činnosti úradu OLAF za rok 2011), s. 21 an. [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/olaf_report_2011_en.pdf>.

Hoci voči použitiu predmetnej štatistiky ako argumentu na zriadenie Európskej prokuratúry je možné namietaf, že okrem kvantitatívneho prieskumu by bolo vhodné vykonať aj kvalitatívnu analýzu, z akých dôvodov prichádzalo k odmietnutiu veci, respektíve zastaveniu trestného stíhania, aby bolo možné vyhodnotiť, či Európska prokuratúra ako nástroj unifikácie trestného stíhania činov poškodzujúcich finančné záujmy únie je spôsobilá zjednotiť postup po ukončení vyšetrovania OLAFu, uvedené údaje jasne poukazujú na nedostatočnosť vedenia trestného stíhania týchto činov vo viacerých členských štátoch. Odhaduje sa,³⁵ že až 10 % z tzv. eurofondov je používaných v rozpore s právnymi predpismi, pričom 1 až 4 % sú získané podvodným spôsobom; je tak pravdepodobné, že úspešne odstíhať sa darí len časť z týchto skutkov. V prípade zapojenia všetkých členských štátov by zriadenie Európskej prokuratúry malo priniesť benefit uchránených hodnôt 2,5 miliardy eur.³⁶ Naplnenie povinnosti stanoviť účinné, primerané a odradzujúce sankcie pri podvodoch podľa čl. 7 ods. 1 smernice o podvodoch³⁷ tak môže byť podporené zriadením Európskej prokuratúry ako procesného nástroja³⁸ na realizáciu tejto povinnosti.

OLAF vyvodzuje³⁹ z uvedených ukazovateľov, že prístup vnútroštátnych orgánov viacerých členských štátov k stíhaniu týchto vecí je charakterizovaný heslom „z cudzieho krv netečie“, teda prístup k ochrane národných záujmov je odlišný ako k ochrane záujmov Európskej únie.⁴⁰ Nazádzame sa, že *dôvodov uvedeného stavu je viac*: okrem nižšej motivácie stíhať podvody smerujúce voči Európskej únii ako podvody smerujúce voči samotnému členskému štátu bude medzi problémy patriť aj rôzna úroveň personálneho zabezpečenia prokuratúr a policajných orgánov (nedostatočná špecializácia), zložitost dokazovania v trestnom konaní (opätovné vykonávanie dôkazov, ktoré už zabezpečil a vykonal OLAF), prípadne aj prepojenie orgánov členských štátov na miestny organizovaný zločin.

Po začiatku činnosti Európskej prokuratúry bude nutné tieto *závery*, ktoré viedli k zriadeniu prokuratúry, *evaluovať*, a to aj dôkazom opaku: ak v členských štátoch, kde pôsobí Európska prokuratúra má prísť k zjednoteniu prístupu orgánov činných v trestnom konaní (prípadne k skráteniu a vyššej úspešnosti trestných stíhaní) vo veciach, v ktorých vykonával vyšetrovanie OLAF, tak v členských štátoch, ktoré na posilnenej spolupráci neparticipujú, by mali uvedené značné rozdiely (zdĺhavosť a nižšia úspešnosť trestných stíhaní) pretrvávajúť.

³⁵ Pozri k tomu: TOMÁŠEK, M. a kol. *Europeizace trestního práva*. Praha: Linde, 2009, s. 405.

³⁶ Pozri Revidované predbežné stanovisko Národnej rady SR k návrhu nariadenia Rady o zriadení Európskej prokuratúry [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<https://www.nrsr.sk/ssez/downloadDoc.ashx?DocID=5062>>.

³⁷ Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 2017/1371 z 5. júla 2017 o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, prostredníctvom trestného práva.

³⁸ Povinnosť stanoviť primerané, odstraňujúce a účinné sankcie nemôže byť naplnená, ak procesné ustanovenia v skutočnosti zabraňujú uplatneniu takých sankcií. Pozri k tomu návrhy generálneho advokáta Yvesa Bota prednesené 4. apríla 2017 vo veci C-612/15, ods. 85.

³⁹ The OLAF report 2015. *Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office*, 1 January to 31 December 2015 (Ročná správa o činnosti úradu OLAF za rok 2015), s. 28 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/olaf_report_2015_en.pdf>.

⁴⁰ Správa OLAF-u (2015) k tomu dodáva, že rozdielny prístup môže byť spôsobený aj vyššou vecnou náročnosťou prípadov podvodov na európskej úrovni, a tým aj väčšou zdĺhavosťou vyšetrovania týchto prípadov. Preto je podľa správy možné, že prichádza k zastaveniu trestných stíhaní z dôvodu procesnej ekonomie – teda z dôvodu, že záujem na trestnom stíhaní pre nižšiu závažnosť prípadu a nízku pravdepodobnosť úspešnosti trestného stíhania nie je primeraný dĺžke konania („*This different approach might be due to the greater difficulty of investigating European fraud cases, justifying a decision not to investigate them because of low public interest, given the length of time involved and the low probability of a positive outcome.*“ Ibidem.). K tomu je potrebné dodať, že tento argument môže platiť pre iné členské štáty (napr. Rakúsko), avšak nie pre Slovensko, keďže slovenský trestný poriadok (§ 215) neumožňuje zastavenie trestného stíhania z dôvodu procesnej ekonomie.

5. Štruktúra, charakter a rozsah právomoci Európskej prokuratúry, respektíve ďalšie námietky

Parlamenty viacerých členských štátov vyjadrili⁴¹ námietky voči štruktúre Európskej prokuratúry,⁴² charakteru a rozsahu jej právomoci,⁴³ respektíve aj ďalšie námietky väčšmi politického charakteru. Tieto námietky je potrebné považovať za *námietky voči dodržaniu zásady proporcionality*, nie subsidiarity, keďže spochybňujú, že „parametre“ Európskej prokuratúry, ktoré sú stanovené nariadením, sú nevyhnutné na dosiahnutie stanovených cieľov.

Podstatou prvej námietky o štruktúre Európskej prokuratúry je *problém nedostatočnej možnosti kontroly jej činnosti zo strany členských štátov*. Komisia primárne tieto námietky odmietla, pričom poukázala, že väčšia miera zapojenia členských štátov formou kolegiálneho rozhodovania by mohla viesť k nižšej účinnosti pôsobenia Európskej prokuratúry, čím by sa mohol návrh dostať do rozporu so zásadou subsidiarity (efektívnejšie riešenie na úrovni únie). Diskusia o tejto námietke v ďalšom legislatívnom procese smerovala k zmene navrhovanej štruktúry inštitúcie podľa čl. 6 prvotného návrhu. Prvotný návrh počítal so zjednodušeným modelom, podľa ktorého mal byť predstaviteľom centralizovanej úrovne európsky prokurátor (spolu so svojimi zástupcami a personálnou podporou), ktorý riadi činnosť prokuratúry a organizuje prácu, pričom na decentralizovanej úrovni mali pôsobiť európski delegovaní prokurátori. Na účel širšieho zapojenia členských štátov sa tak konštruoval *kolegiálny model* s kolégiom, ktoré je tvorené prokurátormi zo všetkých členských štátov. Kolégium rozhoduje o vnútorných procesoch a všeobecných otázkach prípadov. O najpodstatnejších procesných otázkach (napr. podanie obžaloby⁴⁴) potom rozhodujú stále komory (čl. 10 NoEP), menšie kolegiálne orgány, ktorým predsedá hlavný európsky prokurátor, jeden z jeho zástupcov alebo vybraný európsky prokurátor. Takto ustanovený model poskytuje dostatočné záruky kontroly zo strany členských štátov. Avšak na druhej strane je možné voči tomu namietat, že *kolegiálny model oslabuje pružnosť a rýchlosť rozhodovania*, čo môže spôsobovať prieťahy v trestnom konaní, pričom práve rýchlosť konania sa uvádzala ako jeden z argumentov, prečo trestné stíhanie na úrovni členských štátov nie je dostatočné.⁴⁵

Ďalší okruh námietok sa týkal *rozsahu právomoci, výlučnej právomoci a doplnkovej právomoci*. Následkom stanovenia výlučnej právomoci má v prípadoch vymedzeného okruhu trestných činov poškodzujúcich finančné záujmy únie právomoc konať Európska prokuratúra. V tomto bode je potrebné súhlasiť so stanoviskom Komisie, že by nebolo efektívne, aby sa viedli paralelné vyšetrovania na európskej úrovni a národnej úrovni. Okrem toho, orgány činné v trestnom konaní na úrovni členských štátov sú na základe

⁴¹ Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade a národným parlamentom o preskúmaní návrhu nariadenia Rady o zriadení Európskej prokuratúry so zreteľom na zásadu subsidiarity v súlade s Protokolom č. 2 [cit. 2018-10-21]. Dostupné z: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17176-2013-INIT/sk/pdf>>, s. 10 an.

⁴² Parlamenty Francúzska, Rumunska, Malty a Maďarska.

⁴³ Parlamenty Holandska, Maďarska, Rumunska, Slovinska a Spojeného kráľovstva.

⁴⁴ Vyšetrovanie trestného činu vedie európsky delegovaný prokurátor pod dozorom a na základe pokynov dozorujúceho európskeho prokurátora a stálej komory (čl. 13 ods. 1 v spojení s čl. 10 ods. 2 a čl. 12 ods. 2 NoEP). Rozhodovanie o podaní obžaloby je na rozdiel od vnútroštátnej právnej úpravy senátneho charakteru – o podaní obžaloby rozhoduje stála komora na základe návrhu európskeho delegovaného prokurátora. Ak stála komora nerozhodne o návrhu na podanie obžaloby v lehote do 21 dní, nastáva fikcia prijatia takého návrhu. Obžalobu následne na vnútroštátnom súde podáva a pred ním zastupuje európsky delegovaný prokurátor (čl. 36 ods. 1 a 2 v spojení s čl. 13 ods. 1 NoEP).

⁴⁵ Pozri k tomu vyššie.

čl. 28 ods. 1 NoEP, respektíve povinnosti lojálnej spolupráce vnútroštátnych orgánov voči orgánom únie, poskytujú orgánom Európskej prokuratúry súčinnosť, čiže na vyšetrovaní participujú. Podobne je možné súhlasiť aj odpoveďou Komisie na námietku, že doplnkovou právomocou je možné pôsobnosť Európskej prokuratúry rozvíjať na akýkoľvek trestný čin. Doplnková právomoc umožňuje odstíhať súvisiacu trestnú činnosť voči totožnému páchatelovi, čím sa konanie zefektívňuje a znamená pre všetky strany nižšiu záťaž. Okrem toho uplatnením doplnkovej právomoci je možné sa vyhnúť porušeniu garancií vyplývajúcich zo zásady *ne bis in idem*.

Na druhej strane vhodne bolo zo strany členských štátov namietané, že právomoc Európskej prokuratúry by bolo potrebné obmedziť len na prípady cezhraničnej trestnej činnosti. Komisia v odpovedi na túto námietku poukazuje na fakt, že dotknutá trestná činnosť, hoci je páchaná na území jedného členského štátu, má nevyhnutne úniový rozmer – keďže sú poškodzované finančné záujmy únie, riadenie a koordinácia vyšetrovania týchto činov má prebiehať na úrovni únie. Svoju argumentáciu tiež podporuje tým, že čl. 86 ZFEÚ nerozlišuje medzi vnútroštátnymi a cezhraničnými prípadmi podvodov. Voči takému vysvetleniu je však možné namietat, že *jedným z najvýznamnejších argumentov* vyššej efektivity trestného stíhania na úrovni únie je *zlepšenie stíhania práve cezhraničných trestných činov*. Argument Komise, že to, čo poškodzuje záujmy únie, má byť *a priori* stíhané na úrovni únie, opomína potrebu argumentácie o vyššej efektívnosti trestného stíhania, čím sa stáva nepresvedčivým. Okrem toho je potrebné dodať, že čl. 86 ZFEÚ vytvára len právny základ bez riešenia podrobností o pôsobnosti prokuratúry; tieto podrobnosti však musia byť upravené v súlade so zásadou proporcionality.

V priebehu legislatívneho procesu bolo potrebné sa vysporiadať s *množstvom ďalších koncepčných otázok*, ktoré Komisia zaraduje medzi námietky politického charakteru, avšak v širšom zmysle ich možno chápať ako námietky, že regulácia nariadením sa neobmedzuje na nevyhnutný rozsah, teda ako námietky voči dodržaniu zásady proporcionality. K tomu je potrebné zaradiť napr. námietku rozsahu tzv. obligatórnych vyšetrovacích oprávnení – oprávnení uplatniť jednotlivé vyšetrovacie nástroje, ktoré majú prináležať európskej prokuratúre v každom členskom štáte (čl. 26 prvotného návrhu),⁴⁶ prípadne námietku, že členské štáty stratia schopnosť určovať prioritu činností trestného stíhania v rámci vlastných systémov trestného súdnictva.

Z nášho pohľadu významným argumentom (ktorý sa však v argumentácii členských štátov nevyskytuje), že nariadenie *prekračuje nevyhnutnú mieru regulácie*, je skutočnosť, že NoEP konštituuje samostatný orgán činný v trestnom konaní s množstvom samostatných procesných oprávnení, respektíve *obsahuje množstvo procesných ustanovení, ktoré sú konkurenčné vnútroštátnemu trestnému poriadku*, vytvárajú veľa nezodpovedaných otázok a ktoré si sekundárne vyžadujú množstvo legislatívnych zmien vo vnútroštátnom procesnom predpise. To všetko bez náležitej analýzy a odôvodnenia o nevyhnutnosti týchto konkurenčných procesných ustanovení. Inými slovami, nebolo náležite vyhodnotené a zodpovedané, prečo nepostačovali v nariadení ustanovenia o konštituovaní, štruk-

⁴⁶ Napr. pôvodný návrh nariadenia explicitne uvádzal medzi oprávneniami, ktorými Európska prokuratúra obligatórne vo všetkých členských štátoch disponuje, aj oprávnenie vykonať utajené vyšetrovania nariadením úradníkovi, aby konal v utajení alebo pod falošnou identitou [čl. 26 ods. 1 písm. j) pôvodného návrhu]. Na základe pripomienok členských štátov, ktoré sa týkali najmä zásady proporcionality, ako aj iných trestnopolitických úvah (sú uvedené vyšetrovacie opatrenia, ktoré nie sú povolené vo vnútroštátnych právnych predpisoch všetkých členských štátov, čo by mohlo narušovať účinnú ochranu práv podozrivých), bol rozsah obligatórnych oprávnení Európskej prokuratúry zúžený a bol ponechaný väčší priestor na uplatňovanie vyšetrovacích úkonov v rozsahu podľa právnych úprav jednotlivých členských štátov.

túre a ďalších inštitucionálnych otázkach Európskej prokuratúry s minimom zásahu do trestného procesu (napr. len vymedzenie pôsobnosti, riešenie kolízie a transfer informácií), teda takmer bez úpravy priebehu trestného konania, pričom by sa v plnej miere vždy uplatnil vnútroštátny trestný poriadok, a to vždy toho členského štátu, ktorého európsky delegovaný prokurátor by bol príslušný vo veci konať. Argument o zjednotení štandardov trestného konania *per se* neobstoí, pretože značné množstvo procesných otázok (garancie práv jednotlivcov – obvinených, obetí a iné) bolo už v trestných poriadkoch členských štátov harmonizovaných smernicami.⁴⁷

Medzi nedoriešené procesné otázky, pri ktorých môže prichádzať ku kolízii NoEP a subsidiárne uplatniteľného trestného poriadku, patrí vzťah dvojúrovňového dozoru prokurátora⁴⁸ a kooperácie s vnútroštátnym policajným orgánom, problematika zastavenia trestného stíhania (tzv. odmietnutia veci, čl. 39),⁴⁹ problematika vzťahu skončenia

⁴⁷ Rámcové rozhodnutie Rady 2001/220/SVV z 15. marca 2001 o postavení obetí v trestnom konaní, rámcové rozhodnutie Rady 2002/465/SVV z 13. júna 2002 o spoločných vyšetrovacích tímoch, rámcové rozhodnutie Rady 2006/960/SVV z 18. decembra 2006 o zjednodušení výmeny informácií a spravodajských informácií medzi orgánmi členských štátov Európskej únie činnými v trestnom konaní, rámcové rozhodnutie Rady 2008/675/SVV z 24. júla 2008 o zohľadňovaní odsúdení v členských štátoch Európskej únie v novom trestnom konaní, rámcové rozhodnutie Rady 2009/948/SVV z 30. novembra 2009 o predchádzaní kolíziám pri výkone právomoci v trestných veciach a ich urovnávaní, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/36/EÚ z 5. apríla 2011 o prevencii obchodovania s ľuďmi a boji proti nemu a o ochrane obetí obchodovania, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2002/629/SVV, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/93/EÚ z 13. decembra 2011 o boji proti sexuálnemu zneužívaniu a sexuálnemu vykorisťovaniu detí a proti detskej pornografii, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2004/68/SVV, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2010/64/EÚ z 20. októbra 2010 o práve na tlmočenie a preklad v trestnom konaní, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2012/13/EÚ z 22. mája 2012 o práve na informácie v trestnom konaní, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2012/29/EÚ z 25. októbra 2012, ktorou sa stanovujú minimálne normy v oblasti práv, podpory a ochrany obetí trestných činov a ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2001/220/SVV, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/99/EÚ z 13. decembra 2011 o európskom ochrannom príkaze, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/42/EÚ z 3. apríla 2014 o zaistení a konfiškácii prostriedkov a príjmov z trestnej činnosti v Európskej únii, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2013/48/EÚ z 22. októbra 2013 o práve na prístup k obhajcovi v trestnom konaní a v konaní o európskom zatykači a o práve na informovanie tretej osoby po pozbavení osobnej slobody a na komunikáciu s tretími osobami a s konzulárnymi úradmi po pozbavení osobnej slobody, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/41/EÚ z 3. apríla 2014 o európskom vyšetrovacom príkaze v trestných veciach, smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/343 z 9. marca 2016 o posilnení určitých aspektov prezumpcie nevinu a práva byť prítomný na konaní pred súdom v trestnom konaní, smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/800 z 11. mája 2016 o procesných zárukách pre deti, ktoré sú podozrivými alebo obvinenými osobami v trestnom konaní, smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/1919 z 26. októbra 2016 o právnej pomoci pre podozrivé a obvinené osoby v trestnom konaní a pre vyžiadané osoby v konaní o európskom zatykači, smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/541 z 15. marca 2017 o boji proti terorizmu, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie Rady 2002/475/SVV a mení rozhodnutie Rady 2005/671/SVV.

⁴⁸ Európski delegovaní prokurátori majú od vnútroštátnych orgánov funkčne a právne nezávislé postavenie, avšak podľa práva členských štátov im prislúchajú aspoň také právomoci ako vnútroštátnym prokurátorom (podľa čl. 13 ods. 1 NoEP). Európski delegovaní prokurátori hoci pôsobia v podmienkach jednotlivých členských štátov, vedú vyšetrovania a podávajú obžaloby na vnútroštátnych súdoch, nie sú súčasťou hierarchickej štruktúry vnútroštátnej prokuratúry, ale procesne a funkčne sú podriadení orgánom Európskej prokuratúry. Neprihádza tak k situácii nazývanej ako *double hat* (dvojitý klobúk), keď by európsky delegovaný prokurátor bol súčasťou dvoch hierarchických štruktúr súčasne. Európski delegovaní prokurátori tak vedú vyšetrovanie a vykonávajú dozor nad činnosťou policajta podľa § 230 TP (Policajný zbor a policajti v zmysle TP sú povinní vykonávať pomoc a podporu pri vyšetrovaní v konaní vedenom Európskou prokuratúrou podľa čl. 5 bodu 6 Nariadenia o Európskej prokuratúre). Európski delegovaní prokurátori však vedú vyšetrovanie pod dozorom dozorujuceho európskeho prokurátora (podľa čl. 12 ods. 1 Nariadenia o Európskej prokuratúre) a na základe usmernení a pokynov príslušnej stálej komory. V trestnom konaní vedenom Európskou prokuratúrou je tak na rozdiel od vnútroštátneho konania *dozor dvojúrovňový*: jednak zo strany európskeho delegovaného prokurátora nad činnosťou vnútroštátneho orgánu (policajta) podľa vnútroštátneho práva a jednak zo strany európskeho prokurátora a stálej komory nad činnosťou európskeho delegovaného prokurátora podľa Nariadenia o Európskej prokuratúre.

⁴⁹ Tzv. odmietnutie veci v zmysle NoEP je fakultatívne, zatiaľčo zastavenie trestného stíhania podľa § 215 ods. 1 TP je obligatórne. Respektíve zastaviť trestné stíhanie podľa vnútroštátneho trestného poriadku je možné aj z ďalších dôvodov. Vyplýva zo *subsidiarity použitia trestného poriadku*, že v prípade neuplatnenia dôvodu odmietnutia veci, má prísť, ak sú naplnené podmienky k zastaveniu trestného stíhania? Alebo existencia ustanovenia o odmietnutí veci v NoEP absolútne vylučuje uplatnenie ustanovenia o zastavení trestného stíhania podľa vnútroštátneho trestného poriadku?

vyšetrovania podľa NoEP (čl. 35) a podľa vnútroštátneho trestného poriadku,⁵⁰ problematika prípustnosti dôkazov (čl. 37), problematika tzv. zjednodušených postupov trestného stíhania (čl. 40) a množstvo ďalších otázok.⁵¹ Tieto ustanovenia zachádzajú podľa nášho názoru zbytočne „príliš ďaleko“ a vykazujú prvky tzv. „bezohľadnej“ harmonizácie,⁵² balansujúcej na hranici rozporu so zásadou proporcionality i subsidiarity.

Záver

Na základe uvedeného rozboru je možné napriek mnohým námietkam konštatovať, že zriadenie Európskej prokuratúry v zmysle NoEP je v súlade so zásadou subsidiarity, a to najmä preto, že na nedostatočnú úroveň stíhania trestných činov poškodzujúcich finančné záujmy únie dlhodobo poukazujú analýzy OLAFu. Dostatočnosť tzv. argumentu zakladajúcimi zmluvami, ktorý by mal apriórne vylučovať rozpor so zásadou subsidiarity, je potrebné odmietnuť. Analýzy OLAFu poukazujú na rozdielny prístup orgánov činných v trestnom konaní členských štátov k odporúčaniam OLAFu, problém s dĺžkou konania, respektíve čiastočnú neúspešnosť obžalôb v následnom súdnom konaní. V záujme dostatočného odôvodnenia zriadenia Európskej prokuratúry a jej väčšej legitimacy, hoci ustanovenie čl. 296 ZFEÚ ani rozhodovacia činnosť Súdneho dvora také dôkladné odôvodnenie vo všeobecnosti nevyžadujú, by bolo žiaduce sa v analýze kazuisticky venovať, prečo orgány činné v trestnom konaní nekonajú v súlade s odporúčaniami OLAFu, respektíve ďalej vylúčiť, že by bolo možné vyššiu ochranu finančných záujmov únie dosiahnuť aj iným spôsobom (napr. vyššou špecializáciou prokurátorov a policajtov, zriadením osobitného útvaru na najvyššom stupni prokuratúr, ktorý by podával správy OLAFu, respektíve Komisii a pod.). Naplnenie podmienky, že stanovený cieľ je možné dosiahnuť na úrovni únie zriadením Európskej prokuratúry oslabuje skutočnosť, že NoEP bolo prijaté formou posilnenej spolupráce (20 členských štátov), a teda zriadenie prokuratúry nebude mať vplyv na *status quo* v neparticipujúcich štátoch, a teda nebude dosiahnutý benefit uchránených hodnôt 2,5 miliardy eur, ktorý je predpokladaný pri participácii všetkých členských štátov.

Podobne je možné na základe uvedeného rozboru napriek mnohým námietkam konštatovať, že zriadenie Európskej prokuratúry v zmysle NoEP je v súlade so zásadou proporcionality, a to najmä preto, že zriadenie Európskej prokuratúry je vhodným riešením na vyššie naznačené problémy a NoEP nestanovuje jej pôsobnosť a kompetencie nad nevyhnutnú mieru na dosiahnutie stanoveného cieľa. Polemizovať o súlade so zásadou proporcionality je však možné v súvislosti s otázkou, či by sa pôsobnosť Európskej prokuratúry nemala vzťahovať výlučne na cezhraničné prípady podvodov, keďže vyššia efektívnosť vyšetrovania cezhraničných podvodov sa uvádza ako jeden z kľúčových argumentov na

⁵⁰ Napr. problematika oboznamovania so spisom a podávanie návrhov na doplnenie spisu.

⁵¹ Ako nevyhnutná sa javí novelizácia Trestného poriadku, ale aj zákona o prokuratúre (zákon č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov), zákon o Policajnom zbore (zákon č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov), respektíve zákon o registri trestov (zákon č. 330/2007 Z. z. o registri trestov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov). K nevyhnutnosti prijatia týchto noviel pozri ČENTĚŠ, J. – ŠANTA, J. Európska prokuratúra a aktuálne právne dôsledky v SR plynúce z jej existencie. In: MARKOVÁ, V. (ed.) *Aktuálne otázky trestného práva v teórii a praxi. Zborník príspevkov zo 6. ročníka interdisciplinárnej celoštátnej vedeckej konferencie s medzinárodnou účasťou*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2018, s. 192 an.

⁵² Pozri k tomu pojmu: TICHÝ, L. Kapitola 3. Členství. In: TICHÝ, L. – ARNOLD, R. – ZEMÁNEK, J. – KRÁL, R. – DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*, s. 275 an.

odôvodnenie pridanej hodnoty vykonania opatrení na úrovni únie. Konformitu NoEP so zásadou proporcionality spochybňuje aj množstvo procesných ustanovení, ktoré konkurujú ustanoveniam trestných poriadkov členských štátov, čím vytvárajú množstvo nezodpovedaných otázok – presvedčivým riešením by bolo prenechanie úpravy priebehu trestného konania trestným poriadkom členských štátov, pričom NoEP by sa koncentrovalo len na konštituovanie prokuratúry, jej pôsobnosť, nevyhnutnú kooperáciu s orgánmi, ochranu osobných údajov a pod.

Dělba moci v právní argumentaci

Martin Hapla*

Abstrakt: Dělba moci je tradičně považována za jeden z klíčových právních a politických principů. Při důkladnějším zkoumání však vychází najevo, že se ve skutečnosti skládá z několika velmi různorodých komponent. Autor článku si všímá zejména rozporu, který nastává mezi důrazem na nezávislost nějaké instituce a nutností její kontroly ze strany jiných složek moci. Pokládá si otázku, kdy máme upřednostnit první, kdy druhou uvedenou komponentu. Současná doktrína nám na to nedává uspokojivou odpověď. Uvedený problém nelze vyřešit doplněním dělby moci o další normativní tezi nebo identifikací jejího základu. V odborné komunitě nepanuje shoda na tom, jaká idea stojí v jejím pozadí. Uvažuje se takto o efektivitě, svobodě, sebeurčení a mnoha dalších. Autor ve svém textu argumentuje pro to, abychom uvedené komponenty chápali jako samostatné kontradiktorní principy, jejichž kolize může být řešena prostřednictvím metod založených na proporcionalitě. Ve srovnání se současnou praxí znamená takový přístup posun k transparentnějšímu rozhodování.

Klíčová slova: dělba moci, nezávislost, systém brzd a protivah, proporcionalita, legitimita soudcovského rozhodování

Úvod

Dělba moci nepochybně patří mezi tradiční témata ústavní a politické teorie. V posledních letech však její zkoumání získává stále větší důležitost, zejména díky tomu, že v mnoha částech světa dochází k ústupu liberální demokracie a zvláště ve střední Evropě prochází řada ústavních systémů výraznějšími změnami, například pokud jde o postavení jejich soudnictví.¹ Pozornost si zaslouhují nejen konkrétní změny ve státech nejvíce zasažených těmito trendy, ale i obecná východiska celé problematiky. Co dělba moci přesně je? Opravdu v sobě obsahuje nějaká vodítka pro naše úvahy o institucionálním uspořádání státu? A jsme vůbec schopni taková vodítka jasně rozpoznat? To jsou jen příklady mnoha otázek, které si v tomto kontextu můžeme položit. Snad se mohou zdát na první pohled trochu znepokojujícími, ale přesto na nich není nic kacířského. Pochybovat o dělbě moci není v rámci dlouhé tradice právního a politického myšlení ničím neobvyklým. Kritické přístupy vůči tomuto konceptu se objevovaly již v meziválečném Československu,² jakož i napříč evropským ústavním a státovědným uvažováním v 19. století.³ Pokud má dělba moci nějaký smysl, pak by měla obstát i v takovém rámci. Pokud nemá, pak je nebezpečný

* JUDr. Martin Hapla, Ph.D., odborný asistent na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: martin.hapla@gmail.com. Tento text vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Nové teorie dělby moci*, číslo MUNI/A/0736/2017, podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2018. Na tomto místě bych rád poděkoval řadě vážených kolegů, kteří si přečetli původní verzi mého textu a poskytli mi k ní mnoho inspirativních a cenných připomínek. Za to, že jsem ji mohl významným způsobem vylepšit, bych chtěl v abecedním pořadí vyjádřit svou vděčnost Mgr. Pavlu Dufkovi, Ph.D., doc. Mgr. Marku Káčerovi, Ph.D., Mgr. Bc. Janě Kokešové, doc. JUDr. Davidu Kosařovi, Ph.D., LL.M., J.S.D., JUDr. Pavlu Ondřejkovi, Ph.D., a Štěpánu Paulíkovi. Dále též děkuji doc. JUDr. Tomáši Sobkovi, Ph.D., za podnětné diskuse, které se mnou vedl o řadě otázek, které jsou předmětem zkoumání mého článku.

¹ Problematice ústupu liberální demokracie ve střední Evropě a dělbě moci se věnuje zajímavý text autorského kolektivu Pavla Dufky, Jiřího Baroše a Davida Kosaře. Viz BAROŠ, Jiří – DUFEK, Pavel – KOSAŘ, David. *Separation of Powers and Politics in Central Europe*. 2018, rukopis.

² WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 21.

³ K tomu srovnej některé názory v rámci obsáhlé rekapitulace v textu FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*. *Michigan Law Review*. 1923, Vol. 21, No. 4, s. 406 an.

sebeklam spoléhat se na ni. Bylo by proto jistě chybou uhýbat před pochybovačnými, možná poněkud provokativními otázkami po jejich obecnějších východiscích.

V současné literatuře bývá dělba moci charakterizována někdy jako právní, jindy jako politický princip, což je odrazem specifik různých ústavních systémů.⁴ V tomto textu na ni budeme nahlížet zejména z perspektivy ústavního soudu, který je nucen řešit různé subtilní problémy institucionálního uspořádání státu, jako například to, zda prezident republiky může jmenovat místopředsedou Nejvyššího soudu jakéhokoliv soudce.⁵ Budeme ji tedy vnímat jako právní princip, od něhož očekáváme, že nám poskytne vodítka pro řešení praktických případů. Toto hledisko se zdá být v našem prostředí nejdůležitější, protože základní parametry našeho ústavního systému jsou již mnoho let nastaveny a v praxi vyvstávají spíše různé sofistikovanější problémy, které nakonec musí být zpravidla rozsouzeny v rámci ústavního soudnictví. Tím samozřejmě nemá být popřen význam odlišných hledisek – například pohledu ústavodárce demokratického právního státu, který v tomto principu hledá návody, jak nastavit vztahy mezi jednotlivými státními orgány v nové ústavě. Jen má být zdůrazněn základní rozměr principu dělby moci v následujících úvahách.

Po tomto objasnění si již můžeme položit výchozí otázku, která bude na první pohled znít možná trochu šokujícím způsobem: Je dělba moci vůbec schopna být principem ve výše uvedeném smyslu? Má-li být totiž coby princip relevantní, musí z ní být odvoditelné institucionální aplikace pro konkrétní případy, které by byly konzistentní i z dlouhodobého hlediska. Tím nemá být odmítnuta očividná skutečnost, že se v praxi lidé často chovají iracionálně, nejsou dostatečně informovaní, podléhají svým osobním zájmům a z těchto, jakož i mnoha jiných důvodů se na takových aplikacích neshodnou. Tím má být zdůrazněno pouze to, že kdybychom mohli tyto negativní jevy odstínit a brát v úvahu ideální lidi v ideální situaci, pak by se takoví lidé dlouhodobě shodovali na tom, co z principu dělby moci v jednotlivých případech vyplývá. Jinými slovy: Pokud má být dělba moci principem, musí mít alespoň potenciál poskytovat nám v delším časovém měřítku nějaká konzistentní řešení. Protože pokud by se z ní ve skutečnosti nedalo nic dovodit, nebo by se z ní naopak dalo dovodit téměř cokoli, snadno by otvírala dveře arbitrárnímu rozhodování, mohla by se až příliš snadno stát zástěrkou maskující pouhou libovůli.⁶ Byla by spíše jakýmsi kouzelným kloboukem, z něhož si každý může vytáhnout, co si bude zrovna přát, než skutečným principem, protože by nám neposkytovala důvody pro řešení případů, ale spíše by umožňovala skrývat důvody skutečné. Tím by mimo jiné narušovala požadavek transparentnosti soudního rozhodování.

V tomto textu bude obhajována teze, že dělba moci principem v uvedeném smyslu není a ani jim být nemůže, protože není normativem – neplyne z ní s dostatečnou jasností, jakým způsobem bychom měli v té či oné situaci postupovat. Současná doktrína připouští, že je složena z několika různorodých komponent, pro něž se snaží různí autoři najít

⁴ V některých zemích bývá dělba moci spíše chápána jako právní princip (např. Německo), v jiných jako politický mechanismus (např. USA). K tomu viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 50. K dělbě moci jakožto právnímu principu a principu politické teorie v kontextu USA srovnej též WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory. Essays on Institutions*. Cambridge – London: Harvard University Press, 2016, s. 46–48.

⁵ Tímto problémem se Ústavní soud České republiky zabýval v rozhodnutí: Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06. NALUS [online]. Ústavní soud ČR, 2006 [cit. 19. 4. 2018]. Dostupné z: <http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=Pl-87-06_1>.

⁶ Ve spojitosti s tím srovnej i chápání svévole v textu VOLKOVÁ, Jana. Právní akty svévolného zákonodárce. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2015, Vol. 23, No. 2, s. 119 an.

vhodný svorník. Domnívám se, že takové úsilí je marné. Mezi oněmi komponentami (zejména odděleností jednotlivých složek moci a systémem brzd a protivah) existuje nepřekonatelné napětí a bylo by proto vhodnější chápat je jako samostatné principy, které se mohou dostat (a v praxi také často dostávají) do vzájemných kolizí. Stávající teorie dělby moci nejsou schopny poskytnout transparentní prostředky, s jejichž pomocí by je bylo možno vyřešit. Na následujících stránkách bude prezentována teze, že vhodným způsobem jejich řešení je použití určité varianty testu proporcionality.

Výše uvedeným nastíněným cílům bude odpovídat i struktura tohoto textu, který se nejprve zaměří na objasnění samotného pojmu dělby moci, jeho tzv. komponent a vztahů mezi nimi, následně se bude věnovat justifikačním problémům dělby moci a otázce jejího možného upřesnění právě za pomoci identifikace jejich východisek a nakonec se zaměří na samotnou možnost použití testu proporcionality coby řešení naznačených problémů.

1. Pojem dělby moci a kontradiktornost jeho komponent

Co přesně znamená výraz dělba moci? Na takovou otázku může být až překvapivě obtížné dát jednoznačnou odpověď. M. J. C. Vile před padesáti lety napsal: „*Hlavním problémem v přístupu k literatuře o doktríně dělby moci je, že málo spisovatelů definuje přesně co myslí touto doktrínou, co jsou její podstatné prvky a jak souvisí s ostatními ideami.*“⁷ V současné době se situace v tomto směru sice přece jen zlepšila, přesto zde přetrvává určitý chaos. Již samotné slovo dělba může být mnohoznačné⁸ a o slovu moc⁹ to platí dvojnásob.¹⁰ Většina autorů v zásadě připouští, že se pod tímto výrazem obvykle slučuje několik odlišných komponent. Tato skutečnost bývá někdy vnímána jako důsledek toho, že samotné oddělení jednotlivých složek moci není dostatečné k vytvoření stabilního politického systému, ale musí být kombinováno s dalšími idejemi, jakými jsou třeba teorie smíšené vlády, myšlenka rovnováhy nebo koncept brzd a protivah.¹¹ Takový postoj lze vysledovat nejen u M. J. C. Vileho,¹² ale i v závěrech mnoha autorů 19. století.¹³ Jeho odrazem je i rozlišení na čistou doktrínu dělby moci, která zdůrazňuje oddělení, a parciální doktrínu, která je obohacena o další prvky, zejména pak již zmiňovaný systém brzd a protivah.¹⁴ Ve skutečnosti však nic jako čistá doktrína dělba moci, nebo její klasický systém nikdy neexistovalo. Takové přesvědčení je spíše „jednoduchým, mocným a mylným narativem“,¹⁵ kterému podléhá část právnické veřejnosti. Jen s největšími potížemi bychom v průběhu historie našli opravdové zastánce takových modelových koncepcí, natož pak snahy o jejich praktické uskutečnění.

⁷ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2nd edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, s. 13: „A major problem in an approach to the literature on the doctrine of the separation of powers is that few writers define exactly what they mean by the doctrine, what are its essential elements, and how it relates to other ideas.“

⁸ Slovo dělba přinejmenším zamlžuje rozdíl mezi oddělením jednotlivých složek moci a její prostou distribucí. K tomuto rozdílu srovnej třeba ELGSTAM, Lars. *The Distribution of Power. Philosophy Now*. 2003, iss. 40, s. 23–26.

⁹ Srovnej VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 13. Podrobnější rozbor tohoto problému viz v práci HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 13–14. O moci coby diskurzivním pojmu pak uvažuje ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*. Praha: Leges, 2017, s. 17–18.

¹⁰ Obecně k mnohoznačnosti dělby moci viz HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 11 an.

¹¹ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 2.

¹² Ibidem.

¹³ K tomu srovnej ibidem, s. 4. Dále též FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 405–422.

¹⁴ Toto dělení viz např. v textu BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers. Cambridge Law Journal*. 2001, Vol. 60, No. 1, s. 60.

¹⁵ Viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 8.

Jaké komponenty dělby moci jsou v odborné literatuře uváděny nejčastěji? Například Jeremy Waldron diferencuje v jejím rámci pět samostatných principů, a to: princip oddělení moci; princip rozptýlení moci, z něhož můžeme odvodit zákaz její koncentrace v rukou jedné osoby, skupiny nebo úřadu; princip brzd a protivah; princip bikameralismu a princip federalismu spočívající v rozdělení moci mezi federální vládu a složky, které reprezentují její jednotlivé státy.¹⁶ Odlišnou klasifikaci nám nabízí M. J. C. Vile, který se zmiňuje o oddělenosti úřadů, oddělenosti funkcí, oddělenosti osob a systému brzd a protivah,¹⁷ nebo Dimitrios Kyritsis, který pro účely svých teorií rozlišuje taktéž systém brzd a protivah a dělbu práce.¹⁸ Christoph Möllers nakonec píše, že: „*Bližší pohled na různé tradice pomáhá identifikovat tři základní významy [dělby moci – doplnil M. H.]: První vyžaduje organizační rozdělení různých částí politické entity. Druhý rozšiřuje pravidlo brzd a protivah na všechny instituce nebo úřady. Konečně, třetí připisuje mocím specifické úkoly nebo funkce a zakazuje uplatňování těchto funkcí prostřednictvím jiných mocí.*“¹⁹ Vidíme, že všechny přístupy se v určitých směrech liší, mají však i mnoho společného. Některé jako například ten Waldronův odráží specifické poměry v USA, když operují s bikameralismem a federalismem, které v kontextu řady jiných států mají jen velmi omezený význam.

Myslím si, že v praxi stojíme nejčastěji před dvěma problémy: 1) Kdo má v rámci systému vlády vykonávat jakou funkci?²⁰ 2) Nakolik má být při jejím výkonu nezávislý, nebo pod kontrolou někoho jiného?²¹ V prvním kontextu tedy zvažujeme, zda má každou funkci vykonávat jiný státní orgán, nebo má jeden orgán vykonávat více funkcí, popřípadě má být jedna funkce vykonávána více orgány. Ve druhém zvažujeme, zda máme uplatnit princip nezávislosti nebo systém brzd a protivah.²² Výše uvedené komponenty pak pod ně můžeme zpravidla vždy nějakým způsobem podřadit. Oba problémy jsou přitom po většinu času do velké míry zastřeny širší shodou, která panuje na základním nastavení ústavního uspořádání, v jeho každodenním běhu se ale mohou projevovat například kompetenčními spory nebo spory o postavení jednotlivých státních orgánů a funkcionářů, jejich jmenování a odvolávání.

Pro naše další úvahy bude klíčové zejména to, že systém brzd a protivah²³ a myšlenka nezávislosti jednotlivých složek moci stojí proti sobě²⁴ v tom smyslu, že nemůžeme obha-

¹⁶ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory. Essays on Institutions*, s. 49.

¹⁷ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 17 an.

¹⁸ KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 40.

¹⁹ MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 43: „A closer look at the different traditions will help identify three basic meanings: the first demands an organizational division of different parts of the polity. The second unfolds a precept of alternating checks and balances for all institutions or offices. Finally, the third assigns to the powers specific tasks or functions and prohibit the exercise of these functions through other powers.“

²⁰ K tomu srovnej i Kyritsisovo vymezení dělby práce v kontextu dělby moci. KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, s. 40.

²¹ Srovnej HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 15.

²² S uvedeným dělením srovnej též rozlišení Jana Kysely na dělbu moci ve funkcionálním a institucionálním smyslu. KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 287.

²³ Zajímavou alternativu vůči systému brzd a protivah představuje koncept mečů a štítů, který rozvíjí N. W. Barber. Podle tohoto autora mají instituce k dispozici mechanismy sebeobran, které mohou být pozitivní (meče) a negativní (štítů). Negativní mají chránit instituci před pozorností ze strany jiných institucí. Jedná se například o různé druhy imunit. Naopak pozitivní poskytují instituci zbraně, které může vůči ostatním použít (např. legislativní kontrola financování exekutivy, impeachment, veto exekutivy vůči některým aktům produkovaným legislativou). Podrobnosti k této teorii viz v textu BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*. *Cambridge Law Journal*. 2013, Vol. 72, No. 3, s. 558 an.

²⁴ K tomu srovnej MAGILL, Mary Elizabeth. *The Real Separation in Separation of Powers Law*. *Virginia Law Review*. 2000, Vol. 86, No. 6, s. 1130.

jovat ingerenci jedné složky do druhé a její nezávislost zároveň. Tyto komponenty mají kontradiktorní charakter. Můžeme tedy aplikovat jen jednu z nich a je otevřené, na základě jakých kritérií to máme udělat. Jinými slovy, alespoň na první pohled určitě není zřejmé, kdy máme použít první a kdy druhou z uvedených zásad.²⁵

Nelze říci, že by některá z komponent měla absolutní přednost, tedy že by v každé situaci přebíjela komponentu druhou. Pokud bychom zdůrazňovali pouze nezávislost jednotlivých složek, mohly by si postupně začít žít svým vlastním životem. Mohli bychom tím nakonec ohrozit i samotnou jednotu státu.²⁶ A čím jiným by nakonec byla taková naprosto nezávislá složka než obdobou absolutistického panovníka, který by měl jen věcně ohraničené pole své působnosti?²⁷ Naopak ani nelze soustavně upřednostňovat systém brzd a protivah. Takový postup by totiž postupně vedl k oslabování dělby funkcí, k absurdní situaci, kdy by všichni hovořili do všeho a participovali na všem. Výrazně by se tím snížila efektivita celého systému, která vyžaduje alespoň do nějaké míry dělbu práce. Obě komponenty musí tedy dostat určitý prostor. Kudy má být ovšem vedena hranice mezi jejich uplatněním?

Můžeme předpokládat, že existuje stav, kdy jsou obě komponenty ve vzájemné rovnováze.²⁸ Klademe-li si tedy otázku, kterou komponentu máme upřednostnit, hledáme vlastně určité ekvilibrium.²⁹ Jsme však schopni takový stav s jistotou identifikovat? Sám Jiří Baroš, který se ke koncepci dělby moci staví poměrně optimisticky, konstatuje, že nemáme k dispozici analytický nástroj, který by nám to s jistotou umožňoval zjistit.³⁰ Navíc samotný systém může rovnováhy dosahovat v různých stavech, čili pokud máme dospět k nějakému jednomu konkrétnímu řešení, musíme si klást rovněž otázku po nejlepší rovnováze – hledat určitý optimální stav.

Výše popsany problém je nakonec ještě dále rámován a prohlubován některými obecnějšími paradoxy, které jsou s dělbou moci spojeny. Klíčový z nich má noetický charakter. Pokud vůbec můžeme spolehlivě rozpoznat nějaké porušení dělby moci, tak jen takové, které bude velmi flagrantní. Je ovšem pravděpodobné, že pokud k takovému porušení dojde, pak již mu budeme moci často jen bezmocně přihlížet, aniž bychom byli schopni vůči němu zasáhnout. Naopak drobné případy, ve kterých bychom úspěšně zasáhnout mohli, jsou jen obtížně rozpoznatelné. Jestliže je očividné, že zrušení ústavního soudu by dělbu moci narušilo, není zdaleka zřejmé, zda by bylo v pořádku, či v nepořádku, pokud by měl o jednu pravomoc méně, nebo více. Napětí mezi kontradiktorními komponentami

²⁵ Srovnej CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 32.

²⁶ Viz rekapitulace takových úvah v práci FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 412–413, 420.

²⁷ S podobným argumentem se lze setkat též v práci Richarda Bellamyho, který po mém soudu velmi výstižně říká, že pokud by nějaká složka moci byla naprosto autonomní, tak by v rámci své sféry působnosti mohla postupovat arbitrárně. BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 202.

²⁸ K tomu srovnej i způsob, jakým se představa rovnováhy promítá do následující úvahy o dělbě moci z pera Maxima Tomoszeka: „Celkově tak lze konstatovat, že ačkoliv je dělba moci primárně vnímána jako princip garantující demokracii, její hlavní význam spočívá v zajištění existence právního státu tím, že rozděluje úkoly při tvorbě a aplikaci práva mezi jednotlivé moci a zajišťuje tak určitou rovnováhu.“ TOMOSZEK, Maxim. Dělbá moci jako podstatná náležitost demokratického právního státu. In: JIRÁSEK, Jiří (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2013*. Olomouc: Iuridicum Olomoucnense, 2014, s. 249.

²⁹ S tím srovnej úvahu Dimitriose Kyritsis o spojení systému brzd a protivah s obnovením institucionální rovnováhy. KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, s. 48.

³⁰ BAROŠ, Jiří. Dělbá moci jako nástroj konstitucionalismu. *Jurisprudence*. 2013, Vol. 22, No. 7, s. 15. K tomu srovnej též MAGILL, Mary Elizabeth. *The Real Separation in Separation of Powers Law*, s. 1166.

dělby moci je největší právě v oněch nejsubtilnějších otázkách, ve kterých se nám rozdíl v relevanci argumentací vycházející z obou přístupů jeví jako nejmenší.

Jednoduchá řešení problému s volbou jednotlivých komponent nejsou k dispozici. Není jej možné řešit například poukazem na určité ústavněprávní a státovědecké modely. To, zda má mít prezident nějakou pravomoc, můžeme na první pohled sice odůvodnit odkazem k tomu, že jsme parlamentní republikou a pro parlamentní republiku je typické určité řešení dané otázky. Proč bychom se ovšem měli striktně držet nějakých modelů a raději nehledat jejich kombinace? Určitě je zde třeba vzít v úvahu, že ony modely jsou teoreticky probádané a v praxi do určité míry otestované, což je činí předvídatelnými, zatímco při hledání jejich kombinací riskujeme, že se nezřídkda budeme ubírat slepými cestami.³¹ Na druhou stranu první z uvedených přístupů může vést k nízké adaptabilitě celého systému a nese s sebou riziko, že nebudeme schopni adekvátně odpovídat na nové výzvy, které společenský vývoj nutně přináší. Ani bychom nemuseli být v jeho kontextu dostatečně vnímaví vůči různým specifikům konkrétních ústavních systémů, které zpravidla neodráží jeden model v jeho čisté formě, ale jsou do určité míry kontaminovány i dalšími z nich. Stejně jako bychom nemuseli být schopni dostatečně zohlednit vlivy spojené s působením právní a politické kultury, které se do praktického fungování takových systémů vždy promítají. Argumentů podporujících skepticismus v této věci tudíž rozhodně není málo.

Neobstojí ani snaha o upřesnění trojčlenného konceptu dělby moci doplněním jeho dalších složek. Samozřejmě, neexistuje žádný pádný důvod pro to, aby moc musela být rozdělena právě na tři tradiční složky.³² Jakkoliv zůstává tento koncept stále živým, byl předmětem důrazné kritiky již v průběhu 19. století.³³ Někteří autoři jej dokonce neváhali označovat za metafyzickou konstrukci, která představuje analogii k teologické doktríně Svaté Trojice.³⁴ Ostře se vůči němu vymezil i František Weyr, který poukazoval zejména na absenci relevantního rozlišovacího kritéria mezi výkonnou a soudní funkcí.³⁵ Trojčlennost tak měla ustupovat dvojčlennosti, která nacházela podporu i v tom, že mnohé starší teorie rozlišovaly pouze legislativní a exekutivní složku, přičemž druhou zmíněnou dále podrobněji strukturovaly.³⁶ V současnosti se můžeme setkat spíše s odlišnými námitkami, které zdůrazňují, že klasická doktrína tří mocí nedokáže postihnout složitost moderních států, především rozmanitost jejich administrativních funkcí. Takový postoj nalezeme například v dílech autorů, jakými jsou Eoin Carolan³⁷ nebo M. J. C. Vile.³⁸

To, že rozvoj byrokracie vyvolává krizi ideje dělby moci a zejména jejího trojčlenného pojetí, začalo být patrné již na počátku 20. století,³⁹ následující vývoj však tento trend ještě více posílil. Mnohé z tradičních teorií dělby moci přehlížely skutečnost, že vedle politicky

³¹ Za tuto myšlenku děkuji jednomu z recenzentů tohoto článku.

³² V obecné rovině bych si dovolil k problému trojčlennosti poznamenat následující: To, že současný stav neodpovídá trojčlennému pojetí, by samo o sobě nemuselo být vnímáno jako námitka, pokud bychom byli schopni prokázat, že v případě, že by s tímto pojetím byl sladěný, tak by uspořádání státu fungovalo lépe. Nic takového se ovšem prokázat nedá. K samotné kritice trojčlennosti dělby moci dále srovnej některé úvahy v publikaci HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 47–51.

³³ Srovnej např. FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 405.

³⁴ Viz ibidem. Dále srovnej i MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 16.

³⁵ WEYR, František. *Československé právo ústavní*, s. 21–22. Dále srovnej též WEYR, František. *Teorie práva*. Reprint původního vydání z roku 1936. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 244.

³⁶ Viz např. FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 409.

³⁷ CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, s. 42, 257.

³⁸ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 16.

³⁹ Ibidem, s. 6–7.

odpovědné vlády může existovat i rozsáhlý byrokratický aparát, který si do značné míry může žít svým vlastním životem.⁴⁰ Frank Vibert pak trefně upozorňuje na to, jak v moderních demokraciích stále víc vzrůstá vliv nevolených orgánů, které mají expertní charakter (např. nezávislých centrálních bank, různých inspekčních a auditorních orgánů apod.).⁴¹ Podle tohoto autora nemusí představovat hrozbu demokracii, pokud se v systému dělby moci konstituují jako jeho čtvrtá složka.⁴² Silnou stránkou takové složky by bylo to, že by zvyšovala informovanost lidí, kteří by se tím stávali méně manipulovatelnými zejména ze strany politiků. Právě tím by mohla přispět ke zkvalitnění demokracie.⁴³ Taková úvaha je nepochybně pozoruhodná. I pokud však připustíme, že je ve svých základních obrysech správná, stále dnes existuje mnohem více institucí, jejichž zařazení do některé ze tří tradičních složek moci je z různých důvodů problematické.⁴⁴

Uvedené úvahy mají nepochybně svůj smysl, protože přemýšlení o institucionálních otázkách v tradičním schématu nám může znemožňovat spatřit a artikulovat některé současné problémy související s institucionálním uspořádáním státu. Z tohoto důvodu by možná bylo vhodnější přiklonit se k pojetí, kdy jsou instituce státu identifikovány se specifickými společenskými zájmy, jak navrhuje Eoin Carolan.⁴⁵ Jen stěží však může vést k vyřešení střetu mezi jednotlivými komponentami dělby moci. Žádné rozdělení moci do složek totiž není samozřejmé a otázka, zda máme upřednostňovat spíše jejich nezávislost nebo vzájemnou kontrolu se dá položit nezávisle na něm.

Je třeba zdůraznit, že vše, co bylo zatím uvedeno, není jen šedou teorií, ale má významné konsekvence i v rovině české právní praxe. Napětí mezi důrazem na nezávislost složek moci a systémem brzd a protivah je určující pro řadu případů, které byl nucen Ústavní soud České republiky v minulosti řešit. Jedná se například o otázku kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování guvernéra a viceguvernéra České národní banky, kdy souhlas vlády může být vnímán jako významný kontrolní prvek vůči činnosti této instituce i prezidenta, současně však může подрývat její nezávislé postavení.⁴⁶ Podobným způsobem lze uvažovat také o problému, zda může prezident republiky jmenovat místo předsedou Nejvyššího soudu jakéhokoliv soudce,⁴⁷ nebo o možnosti soudního přezkumu rozhodnutí komory Parlamentu ve věci přestupku jejího člena.⁴⁸ Uvedené napětí můžeme v obecné rovině dále spatřovat i v rozhodování ústavního soudu o tzv. politických otázkách, v problémech soudního přezkumu některých aktů prezidenta republiky v rámci správního soudnictví a soudním přezkumu vnitrostranických rozhodnutí orgánů politických stran, nebo v otázce zavedení soudcovské samosprávy.

Pokud se přímo podíváme, jak s pojmem dělby moci pracují naše soudy, tak zjistíme, že jednou je jimi zdůrazňován spíše systém brzd a protivah,⁴⁹ jindy naopak nezávislost

⁴⁰ Srovnej FLEINER-GERSTER, Thomas. *Allgemeine Staatslehre*. 2. Auflage. Berlin: Springer, 1999, s. 333.

⁴¹ VIBERT, Frank. *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 1, 5.

⁴² Ibidem, s. 2.

⁴³ Ibidem, s. 3. Dále srovnej i ibidem, s. 12–13.

⁴⁴ N. W. Barber uvádí jako jejich příklad i některé orgány Evropské unie. Viz BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 70.

⁴⁵ Ibidem, s. 257.

⁴⁶ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 20. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 14/01. In: NALUS [online]. Ústavní soud, 2016 [cit. 29. 12. 2018]. Dostupné z: <<https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=40748&pos=2&cnt=2&typ=result>>.

⁴⁷ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

⁴⁸ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 13. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 17/14. In: NALUS [online]. Ústavní soud, 2016 [cit. 31. 5. 2018]. Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=86828&pos=1&cnt=1&typ=result>>.

⁴⁹ Srovnej např. Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 7. 9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 4/10. In: NALUS [online]. Ústavní soud, 2016 [cit. 31. 5. 2018]. Dostupné z: <<https://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=67433&pos=1&cnt=3&typ=result>>.

jednotlivých mocenských složek,⁵⁰ aniž by byl jejich střet výslovně artikulován a bylo adekvátně vysvětleno, proč má být upřednostněna jedna z těchto dvou komponent. České soudy totiž nedisponují teorií, která by jim umožnila v jednotlivých případech průkazně usoudit, co mají upřednostnit. Takové rozhodnutí stojí zcela na intuicích soudců. To nás nutí položit si otázku, nakolik můžeme těmto intuicím důvěřovat, nakolik je tedy legitimní, jestliže je rozhodnutí soudu v konkrétní kauze podloženo právě takto. Intuice soudců mohou vycházet i z předsudků nebo třeba jejich politických názorů a osobních sympatií, u nichž očekáváme, že budou od nich při svém rozhodování odhlížet. Nakolik je pravděpodobné, že by spor o odvolání předsedkyně Nejvyššího soudu dopadl jinak, pokud by byl prezidentem republiky Václav Havel, a nikoliv Václav Klaus, pokud by v čele soudu nestála Iva Brožová, ale spíše člověk typu Štefana Harabina?

Je třeba připustit, že intuici nemůžeme ze soudcovského rozhodování zcela vyloučit. Svět, jehož jsme součástí, je příliš složitý na to, aby nám nějaká teorie poskytla jednoznačná vodítka ve všech možných situacích. Musíme však dobře zvažovat, kdy už je takové uplatnění intuice na místě a kdy ne. Měli bychom se mít obzvláště na pozoru před situacemi, kdy absence explicitněji vyjádřených vodítek otvírá prostor pro rozhodování na základě důvodů, které jsou zjevně nelegitimní. Otázka, které důvody jsou legitimní a které nikoliv je samozřejmě velmi subtilní a v mnoha případech na ni nelze dát jasnou odpověď. Každý však bude souhlasit s tím, že soudce nemá rozhodnout ve prospěch strany, která má hezčí nos. Osobní sympatie by neměly hrát v jeho rozhodování žádnou roli. Pro lidi je akceptovatelné, pokud jsou ovládáni právem, a nikoliv jinými lidmi a jejich rozmary.⁵¹

Dělba moci tím vším získává tak trochu charakter kouzelného klobouku – klobouku, do kterého když sáhneme, tak se nám z něj podaří vytáhnout cokoliv, co si budeme zrovna přát. Kontradiktornost mezi důrazem na nezávislost nějaké instituce a potřebou její kontroly prostřednictvím určitých brzd a protivah nám v mnoha konkrétních případech umožňuje obhajovat naprosto protichůdná řešení.⁵² Pojmy tohoto typu mají samozřejmě tu výhodu, že si je mohou snadno osvojit i velmi odlišné politické režimy. Nabízela by se tedy myšlenka, že budou dlouhodobě používanější než pojmy rigidní, tedy takové, které jsou svázány pouze s jedním hodnotovým systémem. Nemusí však tomu být nutně tak, protože pokud má nějaký politický režim zájem na tom, aby se postupně nepřeměnil v jiný, bude mít snahu pracovat s koncepty, které vykazují malou míru flexibility. V případě dělby moci ji bude navíc limitovat její legitimizační potenciál a skutečnost, že je tradičně spojována s určitým typem ideologií.⁵³

Každopádně snad není třeba nikoho příliš přesvědčovat, že pokud může někdo rozhodnout i dvěma naprosto protichůdnými způsoby a odkázat přitom na jeden standard –

⁵⁰ Viz např. bod č. 67 Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 13. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 17/14: „Ústavní soud má za to, že respekt k autonomii Parlamentu České republiky, opírající se o ústavní princip dělby moci, představuje legitimní a přiměřený cíl omezení práva senátora na přístup k soudu v případech, že si takový postup dobrovolně zvolí.“ Dále též srovnej Nález ÚS ČR, sp. zn. Pl. ÚS 87/06. V Nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 20. 6. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 14/01 je pak zdůrazněn význam nezávislosti ČNB, zatímco v odlišném stanovisku V. Güttlera, M. Holečka, I. Janů, Z. Kesslera a J. Malenovského k jeho výroku je naopak podtrhována důležitost systému brzd a protivah.

⁵¹ Srovnej WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999, s. 24.

⁵² Zde se nabízí úvaha, zda nemůžeme dělbu moci označit za diskurzivní pojem. O diskurzivních pojmech v českém prostředí pěkně píše Tomáš Sobek: SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 205 an.

⁵³ Určitý ideologický a legitimizační rámec dělby moci můžeme vidět již v tom, že po několika století byla této doktríně přisuzována schopnost odlišovat institucionální strukturu svobodné společnosti od nesvobodné. K tomu srovnej VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, s. 9–10.

dělbu moci – je něco špatně. I v případě, že nejsme schopni konzistentním způsobem dovozovat z nějakého principu konkrétní institucionální aplikace, nezabývá nás to povinností učinit naše rozhodování o s ním souvisejících otázkách co nejvíce transparentní a omezit jeho arbitrárnost, jak jen to bude možné.

2. Justifikace dělby moci a otázka její konkretizace prostřednictvím další normativní teze

Ačkoliv tento text nemá být primárně o justifikaci dělby moci, nelze se vyhnout ani několika poznámkám k tomuto tématu, už jenom proto, že jeden z možných způsobů, jak řešit napětí mezi kontradiktorními komponentami tohoto principu, by mohl spočívat v jeho doplnění o další normativní tezi, v určitém upřesnění toho, co přesně je jeho základem a cílem, který má realizovat. Stejně tak možné úvahy o užitečnosti a zbytečnosti tohoto konceptu mohou úzce souviset právě s problémem jeho ospravedlnění.

Již František Weyr se domníval, že dělba moci začíná ztrácet význam, což dával do souvislosti s oslabováním tradiční role panovníka a snižováním rizika absolutismu.⁵⁴ Dělba moci tak byla vnímána jako produkt určité historické situace, která již pominula, jako něco, co může být bez větších problémů nahrazeno jinými právními nebo politickými principy.⁵⁵ Po zkušenosti s různými totalitními a autoritářskými režimy však takové hlasy ustaly. Jistě, nebezpečí nemusí představovat jen ničím neomezený monarcha, ale i (leckdy samozvaní) zástupci lidu, pokud nejsou jejich činnosti nastaveny patřičné meze. Taková představa se intuitivně jeví jako velmi atraktivní a v současné době, kdy můžeme nejen ve střední Evropě zaznamenat určitý vzestup populismu, by mohla snadno získat na popularitě. To ovšem nevylučuje, že posuzovat užitečnost či zbytečnost dělby moci na základě nějaké historické zkušenosti může být značně zavádějící. Takové zkušenosti mohou totiž jen do určité míry vysvětlovat, proč se společnost v konkrétním okamžiku přiklonila k tomuto konceptu. Již však nevypovídají nic o tom, zda byl takový příklon správný, jestli byl podložen opravdu dobrými důvody, nebo ne. Ve středověku mohli v reakci na neúrodu začít upalovat čarodějnice. Z toho také nelze dovodit, že pokud se poté navrátily roky hojnosti, bylo to proto, že několik žen shořelo na hranici. Nemluvě o tom, že takový náhled nám jen stěží umožňuje odpovědět na otázky, kam by v současné době měl koncept dělby moci směřovat, ale pouze konzervuje současný stav. Historické situace nastávají stále nové a nové a nikdy nemůže být řečeno, že se v současnosti nemylíme podobně, jako se svého času údajně mýlil František Weyr. Ostatně nemůže být ani řečeno, zda doopravdy máme právo hovořit o nějakých historických situacích, nebo jen o narativech. Nelze totiž ani zcela odmítnout tezi, že ony historické situace jsme zatím poznali příliš málo, ne do potřebné hloubky, ani ve všech nezbytných kontextech. Možná, že když používáme takový termín, ve skutečnosti máme v hlavě pouhé příběhy (ať už o zlých politických stranách, nebo hodných soudcích), které nejsou reprezentativní výpovědi o tom, co se v minulosti skutečně odehrálo, ale spíše zpečetují některé naše dnešní přání a touhy. Pokud tedy chceme justifikovat koncept dělby moci, musíme hledat jiné pádnější důvody. Říci, že je nějaký koncept reakcí na historickou zkušenost, není žádným

⁵⁴ WEYR, František. *Československé právo ústavní*, s. 21.

⁵⁵ Stojí za zmínku, že podobným způsobem byly v meziválečném Československu do jisté míry vnímány i další koncepty jako třeba volný mandát. Takové tvrzení by však nebylo vhodné absolutizovat. K tomu srovnej některé úvahy v textu HAPLA, Martin. *Geneze vázaného mandátu v prvorepublikovém Československu. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, Vol. 17, No. 2, s. 124 an.

ospravedlněním.⁵⁶ Tím spíš, že určitý institut může postupem času získat úplně jinou, užitečnou funkci, která již nemá vztah k původnímu historickému impulsu, na jehož základě vznikl.⁵⁷

Ať už však bude ospravedlnění tohoto konceptu jakékoliv, je pravděpodobné, že bude mít instrumentální charakter. Dělbá moci bude tedy justifikována tím, že je dobrým nástrojem pro dosažení nějakého cíle. Takové cíle mohou být velmi různorodé. Thomas Fleiner-Gerster například uvádí, že dělbá moci je základním nástrojem, který zajišťuje předcházení lidských omylů ze strany úředníků uplatňujících státní moc.⁵⁸ Podle Bruce Ackermana stojí v jejím pozadí tři legitimizační ideály: demokracie, profesionální kompetence, ochrana a upevňování pozice základních práv.⁵⁹ Výrazně delší výčet nám pak poskytuje Eoin Carolan, který uvádí, že normativními důvody ospravedlňující tento koncept mohou být: ochrana před tyraní tím, že bude zajištěno, že moc nebude plně svěřena jednotlivci nebo orgánu;⁶⁰ střežení rovnováhy mezi institucemi takovým způsobem, aby na sebe mohly vzájemně dohlížet v systému brzd a protivah; zajišťování toho, aby bylo právo vytvářeno ve veřejném zájmu díky ustanovení rovnováhy moci mezi institucemi nebo (zastupitelskými) skupinami; zvyšování efektivity díky tomu, že se odpovědnost za individuální úkoly dává nejvhodnějším institucionálním aktérům; zabraňování zaujatosti a prospěchářství oddělením pracovníků účastnících se rozhodování; zajišťování objektivitu a všeobecnosti při tvorbě zákonů separací jejich tvorby a vynucování; umožnění zvoleným zástupcům dohlížet na to, jak jednájí úředníci exekutivy, a pohnat je k odpovědnosti, jestliže je to nezbytné.⁶¹ Tento výčet obsahuje nejen řadu různých cílů, ale i řadu dílčích instrumentů, které zpravidla považujeme za jednotlivé komponenty dělby moci. Některé z uvedených cílů přitom mohou být považovány za instrumentální vůči cílům jiným. Například střežení rovnováhy mezi institucemi lze poměrně snadno vnímat jako pouhý prostředek k tomu, aby byla zajištěna svoboda. Stojíme zde tudíž před velkým množstvím cílů, které je možno vícero způsoby vzájemně uspořádat. Navzdory tomu lze však dát za pravdu slovům Christopa Möllerse, že teoretický konsenzus na tom, proč organizace státu potřebuje dělbu moci, není.⁶²

Zřejmě nejvíce byla coby cíl dělby moci zdůrazňována ochrana svobody. Jejich úzký vztah můžeme ostatně vysledovat již u Montesquieuho,⁶³ který ve svém slavném díle *O duchu zákonů* zdůrazňoval, že smyslem dělby moci je zabránit tyranii. Samotný pojem tyranie dále nijak nevymezil, avšak z dalších řádků jeho práce lze dovodit, že jí měl na mysli vládu, která potlačuje svobodu.⁶⁴ Svoboda je samozřejmě velmi mnohoznačná. Nemusíme přitom uvažovat pouze o svobodě pozitivní a negativní,⁶⁵ můžeme jí dávat řadu nejrůznějších, někdy možná i protichůdných, významů.

⁵⁶ Totéž podle mého soudu platí o ospravedlnění dalších významných konceptů, např. lidských práv.

⁵⁷ Za tento postřeh jsem obzvlášť zavázán Marku Káčerovi.

⁵⁸ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Allgemeine Staatslehre*, s. 337.

⁵⁹ ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. *Harvard Law Review*. 2000, Vol. 113, No. 3, s. 640.

⁶⁰ Podle klasiků teorie dělby moci, jakými byli John Locke nebo Charles Louis Montesquieu, bylo smyslem dělby moci právě zabránění tyranii absolutního vládce, čímž měla být chráněna individuální svoboda. K tomu viz MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches*, s. 41.

⁶¹ CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, s. 27–28.

⁶² MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 49.

⁶³ V českém prostředí Montesquieuho myšlenky výstižně popisuje a analyzuje Michal Šejvl. K tomu viz ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, s. 196 an.

⁶⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, s. 190 an.

⁶⁵ K problému negativní a pozitivní svobody v kontextu teorie dělby moci srovnej BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 565.

Na názory některých autorů, kteří zdůrazňovali, že účelem doktríny dělby moci je právě ochrana svobody jednotlivce, reagoval N. W. Barber.⁶⁶ Tento autor tvrdí, že jádrem doktríny dělby moci není ona, nýbrž efektivita.⁶⁷ Ta ovšem představuje prázdný pojem.⁶⁸ Pokud ji chceme měřit, musíte přitom vždy zohlednit nějaký další účel. Být efektivní totiž znamená úspěšně dosahovat určitého cíle. To, že tento pojem sám o sobě nestačí k vytvoření nějaké verze dělby moci, nakonec připouští i sám N. W. Barber.⁶⁹ I podle jeho názoru je ji třeba doplnit o nějakou silnější normativní tezi, aby mohla vygenerovat dostatečně komplexní koncepci, která by nám mohla poskytnout nějaké institucionální úvahy.⁷⁰ Musíme tedy porozumět cílům státu.⁷¹ Výše zmíněná ochrana svobody je nepochybně jen jedním z nich – tím primárním je podle Barbera zajištění blahobytu jeho příslušníků.⁷² Sám blahobyt však představuje široký pojem a otvírá tak nakonec více otázek, než poskytuje odpovědi.

Dále bychom mohli uvažovat, že dělba moci usiluje o zajištění dobré vlády.⁷³ Její ostatní možné účely bychom mohli pod tento velmi široký cíl snadno podřadit. V neurčitosti takového velmi širokého cíle je však nejenom jeho síla, ale i slabina. O tom, co je dobrou vládou, můžeme mít velmi různorodé představy. Je otázkou, zda v tomto případě musíme mít na mysli opravdu nějaké konkrétní uspořádání státu, nebo naplnění nějakých kritérií, zda pouze nestačí, pokud z hlediska co nejvíce lidí je taková vláda schopná plnit cíle, které od ní očekávají.

Jako pokus o východisko z neshody bývá někdy vnímán posun k vyšší úrovni abstrakce.⁷⁴ Na všech třech výše uvedených pojmech – svobodě, efektivitě i dobré vládě je vidět, že jsou výsledkem značného zobecnění, přesto je podložení dělby moci ať už jimi nebo nějakými podobnými pojmy obtížné, zpravidla z toho důvodu, že takové pojmy bývají obsahově prázdné nebo příliš mnohoznačné. Takové konstatování nás může přivést k úvaze, zda bychom o justifikaci dělby moci neměli uvažovat jen v úzkém kontextu materiálních kritérií, ale naopak bychom měli zaměřit svou pozornost i na kritéria procedurální. Jako reprezentativní bychom mohli v tomto kontextu vnímat velmi promyšlený přístup Christopa Möllerse, který se zakládá zejména na ideji individuálního a demokratického sebeurčení.⁷⁵ Tento autor považuje procedury sebeurčení za nezbytné pro legitimní definování a adekvátní specifikaci ostatních legitimizačních standardů (např. spravedlnosti, *welfaru*, efektivit)⁷⁶ a tento způsob legitimizace, který má procedurální charakter, za slučitelný i s řadou dalších materiálních justifikací.⁷⁷ „*Veřejná autorita se ospravedlňuje odkazem k sebeurčení svých subjektů.*“⁷⁸ Möllersova teorie představuje zajímavý posun oproti dosavadním přístupům. V zásadě však ani ona nedokáže uniknout tomu, že nejsme schopni ospravedlnit poslední normativní důvody, které za ní stojí. Člověk je ve svém

⁶⁶ BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 61.

⁶⁷ Ibidem, s. 59. Viz též BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 566.

⁶⁸ BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 567.

⁶⁹ BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 65.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BARBER, N. W. *Self-Defence for Institutions*, s. 567.

⁷² Ibidem.

⁷³ S tímto tvrzením srovnaj představy, že dělba moci je potřeba pro zajištění dobře fungujícího politického řádu. KYRITSIS, Dimitrios. *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, s. 5.

⁷⁴ Srovnaj GAUS, Gerald F. – KUKATHAS, Chandran (eds). *Handbook of Political Theory*. London: Sage Publications, 2004, s. 6.

⁷⁵ MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, s. 5.

⁷⁶ Ibidem, s. 5–6.

⁷⁷ Ibidem, s. 52.

⁷⁸ Ibidem, s. 67: „*Public authority justifies itself by reference to the self-determination of its subjects.*“

životě v zásadě stavěn před velký paradox – musí mít nějaký konkrétní systém hodnot, avšak proč je tento systém právě takový a nikoliv jiný, není schopen zdůvodnit. Ani princip dělby moci není hodnotově neutrální, ale je slučitelný s určitými soubory hodnot, zatímco s jinými nikoliv. Nelze přitom říci, že hodnoty, s nimiž souzní, jsou z nějakého objektivního, transcendentního hlediska lepší. Odlišná hodnotová východiska přitom mají i dopady na naše představy o tom, jak mají být uspořádány politické instituce a jaké úkoly mají plnit.⁷⁹

Na dělbu moci lze ovšem podle mého soudu aplikovat i Rawlsovu ideu překrývajícího se konsenzu.⁸⁰ Můžeme se na tomto principu institucionálního uspořádání shodnout na základě odlišných, navzájem třeba i neslučitelných důvodů. Tím by se mohly mnohé problémy spojené se založením dělby moci vyřešit. I vůči této ideji však byly v obecné rovině nadneseny významné námitky, například ze strany Davida Millera.⁸¹ Tento autor se rovněž kriticky stavěl k pluralistickým teoriím ospravedlnění, třebaže o nich uvažoval ve specifickém kontextu lidských práv.⁸² Vytýkal jim především to, že pokud akceptují různé základy nějakého konceptu, mohou mezi těmito základy vznikat konflikty.⁸³ S touto kritikou by se bylo možno snadno vyrovnat poukazem k tomu, že pokud odlišná východiska vedou v určitých důsledcích ke konfliktům, pak se nejedná o opravdový překrývající se konsenzus. Pak ovšem vyvstává otázka, jak často k tomuto typu konsenzu vlastně dochází, jestli není ve skutečnosti něčím velmi vzácným.⁸⁴ Hlavním problémem této ideje opětovně je, že předmětem naší shody jsou často velmi abstraktní koncepty, pod nimiž si mohou jednotliví aktéři často představovat velmi různorodé věci a vyvozovat z nich často naprosto protichůdná řešení. Stejně jako se rozcházejí v představách základu, rozcházejí se i v konkrétních aplikacích, které z konceptu vyvozují. Má taková shoda ještě nějakou cenu?

Vůči různým snahám o nalezení hlubšího základu dělby moci, nějaké specifické normativní ideje v jejím jádru, lze tedy nadnést řadu pádných námitek. Na první pohled se zdají být přijatelnější přístupy, které mají spíše procedurální charakter. Je pochopitelné, že nám neposkytují materiální kritéria pro řešení konkrétních problémů, které ve spojitosti s tímto konceptem vyvstávají. Jejich základní ambice jsou totiž velmi odlišné. Naopak nás spíše pomalu navádí k identifikaci nějaké metody, která by nám poskytla řešení, jež budou ve srovnání s jinými alternativami obecně přijatelná (respektive přijatelnější), rozhodně však nebudou absolutně platná.

3. Dělbba moci v právní argumentaci: metoda proporcionality jako světlo na konci tunelu?

Jak zde bylo již vícekrát řečeno, problémem je, že pod dělbu moci bývají často řazeny kontradiktorní komponenty, které umožňují volit protichůdná řešení různých s ní souvisejících problémů. Pro lepší porozumění jejich vztahu můžeme využít metaforu auta.

⁷⁹ Srovnej obdobný názor uvedený v textu BARBER, N. W. *Prelude to the Separation of Powers*, s. 67.

⁸⁰ K této myšlence viz RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press, 2005, s. 133 an.

⁸¹ K tomu srovnej např. MILLER, David. *Grounding Human Rights. Critical Review of International Social and Political Philosophy*. 2012, Vol. 15, No. 4, s. 410 an.

⁸² *Ibidem*, s. 410–411.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ V této souvislosti srovnej i trefnou glosu Pavla Dufka k problematice překrývajícího se konsenzu v oblasti lidských práv: „Překrývající se konsenzus se nestává sociální realitou jen proto, že jej teoretik považuje morálně za nanejvýš žádoucí.“ DUFEK, Pavel. *Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně. Právník*. 2018, roč. 157, č. 1, s. 70.

Člověk, který jej řídí, se snaží jet optimální rychlostí. Musí se přitom přizpůsobovat řadě faktorů od stavu vozovky, hustoty provozu až po počasí. V zásadě má dva instrumenty, kterými může rychlost ovlivňovat – plynový a brzdový pedál. V některých situacích je vhodnější zmáčknout plyn, v jiných stoupnout na brzdu. Nedává ovšem smysl stlačovat oba pedály zároveň. Nikoho by přece nenapadlo ve stejném okamžiku brzdit a přidávat plyn? S odděleností složek moci a systémem brzd a protivah se to má podobně. Obojí slouží stejnému účelu – udržování nejlepší možné vlády (se zřetelem k tomu, že nejlepší možná vláda v sobě zahrnuje další charakteristiky, na nichž nemusí panovat úplně stoprocentní shoda). Aby jí bylo dosaženo, je někdy potřeba jednotlivé složky moci více oddělit, položit důraz na jejich nezávislost, jindy naopak posílit jejich společnou kontrolu. Nelze však obojí uplatňovat najednou – budeme-li řešit problém odvolatelnosti předsedkyně Nejvyššího soudu prezidentem republiky, pak je nesmyslné říkat, že máme posilovat nezávislost této instituce a současně jí prostřednictvím pozitivních brzd dávat pod kontrolu někoho jiného. Musíme upřednostnit jedno z toho. Vystává zde tedy klíčová otázka, co a proč.

Pokud soud odůvodňuje svá rozhodnutí a odkazuje přitom na nějaký princip, nemělo by být jeho použití arbitrární a už vůbec by nemělo vzbuzovat dojem, že mu bývá v jednom případě přikládán zásadně odlišný význam než v případě druhém.⁸⁵ Něco takového se ale podle mého soudu občas dělo, když Ústavní soud České republiky v minulosti řešil některé případy související s dělbou moci. Není možné jednou zdůrazňovat, že jedna složka moci by neměla zasahovat do druhé, jindy naopak podtrhovat pozitivní význam ingerence, aniž by byly mezi jednotlivými případy konzistentně identifikovány nějaké relevantní odlišnosti. Právě takový stav je špatný, protože zásadním způsobem limituje transparentní diskusi a posouzení institucionálních otázek, které se v jednotlivých kauzách mají řešit. Transparentnost je přitom základním východiskem pro učinění správných a legitimních rozhodnutí.⁸⁶ Uvedený stav není možné odstranit identifikací nějakého základu dělby moci, proto je třeba dát (nejen) Ústavnímu soudu do ruky nějaký nástroj, který by mu umožňoval zmíněným požadavkům alespoň při řešení konkrétních, praktických případů dostát, nebo se k nim alespoň zásadním způsobem přiblížit.⁸⁷

Takový nástroj přitom nemusí být ani příliš složitě hledán – může být totiž podle mého názoru založen na našem ústavnímu soudu již dobře známému principu proporcionality. Ve skutečnosti zde totiž nemáme co do činění s jedním principem dělby moci, ale s více kontradiktorními principy, které mají sloužit podobnému cíli – tedy dosažení rovnováhy a jejím prostřednictvím nastolení nejlepší možné vlády. Hovořit o dělbě moci a jejích komponentech je v tomto smyslu velmi zavádějící, protože s nezávislostí, oddělením jednotlivých státních orgánů, systémem brzd a protivah budeme pracovat mnohem korektněji, pokud je budeme vnímat jako samostatné principy, které mohou být propojeny ně-

⁸⁵ Viz např. již citovaná rozhodnutí Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. Pl. ÚS. 4/10. Usnesení Ústavního soudu ČR, sp. zn. Pl. ÚS 17/14. Nález ÚS ČR, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

⁸⁶ Význam transparentnosti v demokratickém systému pěkně zdůrazňuje Aharon Barak, který uvádí, že představuje zásadní přínos pro zajištění férovosti a integrity při rozhodování. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 463: „However, transparency is a major contribution to the notion of fairness and integrity in the decisionmaking process. That contribution, in and of itself, is of major value.“

⁸⁷ K zajímavé úvaze mne přivedl Tomáš Sobek svou myšlenkou, zda se v případě dělby moci ve skutečnosti nejedná o problém distributivní spravedlnosti. Řešíme zde totiž, jak máme rozdělit pravomoci mezi jednotlivé státní orgány, respektive zda máme rozsah některých pravomocí rozšířit, nebo naopak zúžit. Takový náhled je podle mého soudu v zásadě správný, jsem ovšem skeptický k tomu, nakolik můžeme identifikovat nějaká obecná kritéria této distribuce, pomocí níž by bylo možné odvodit přijatelná a věrohodná řešení konkrétních případů. Moje výtky je tedy v tomto případě totožná jako v případě všech obecných teorií dělby moci.

kterými společnými účely. Navíc – jestliže má být upřednostňování nezávislosti instituce, nebo její kontroly, otázkou hledání určitého ekvilibria, či přímo určité optimální pozice,⁸⁸ o co jiného usilují různé formy testu proporcionality než o dosažení optimálního uplatnění kolidujících principů? Pozornost si v této souvislosti jistě zaslouží i teze Davida M. Beattyho, podle níž má princip proporcionality neutrální charakter.⁸⁹ Což ještě více podtrhuje vhodnost použití takové metody.

Ústavní soud by tedy měl nejprve identifikovat otázku, v níž se tyto principy střetávají a pak přistoupit k vlastnímu poměřování. Pozornost by měla být věnována zejména srovnávání rizik spojených s ingerencí jedné složky moci do druhé s riziky spojenými s vyloučením takového zásahu. V odborné literatuře se můžeme setkat s přístupy, že test proporcionality nemusíme aplikovat jen na kolize základních práv, respektive základních práv a veřejných zájmů, ale i na střety jakýchkoliv principů.⁹⁰ Souhlasím s tvrzením Pavla Ondřejka, že v takovém případě je třeba redefinovat tříprvkovou strukturu klasického testu proporcionality a přesunout hlavní důraz na prvek poměřování.⁹¹ Použití takové metody v uvedeném kontextu může přinést více pozitiv. Obecně bývá jako jedna z hlavních výhod klasického testu proporcionality uváděno, že svou strukturovaností přispívá k větší transparentnosti.⁹² Podle mého názoru lze totéž (byť v o něco menší míře) tvrdit i o samotném poměřování dvou v kolizi stojících ústavních principů. Soud je totiž použitím takovéto metody nucen explicitně formulovat, k jakému střetu v řešené otázce dochází a srovnávat argumenty na podporu možných řešení. Musí začít hrát s otevřenými kartami, namísto toho, aby s nimi blafoval a tvrdil, že má v rukou určité trumfy, aniž by tak tomu skutečně muselo být.

Použití uvedené metody samozřejmě může mít i svá úskalí: Když bude posuzován vztah mezi jednotlivými složkami moci, měli bychom se mít například na pozoru, abychom vždy srovnávali mezi sebou jen jejich idealizované nebo realistické představy. Měli bychom se vyvarovat toho, abychom kladli proti sobě idealizovanou představu jedné složky proti realistické představě složky jiné (například idealizovanou justici vůči realistickému zákonodárství).⁹³ Mnohem zásadnější je však námitka, že samotné poměřování ponechává tomu, kdo jej provádí, poměrně velkou volnost a umožňuje mu do určité míry uplatňovat své subjektivní postoje. Taková kritika je jistě oprávněná. Na druhou stranu vkládání subjektivních postojů do soudního rozhodování se nikdy není možné zcela vyhnout a ve srovnání se stávajícím stavem by použití nějakého judiciálního testu nepochybně představovalo posun správným směrem, který by onen prostor pro arbitrárnost přece jen omezil.

Jak by tedy mohlo vypadat takové uplatnění principu proporcionality v konkrétním případě, například ve zde již několikrát zmiňované kauze jmenování dalšího místopředsedy Nejvyššího soudu ČR?⁹⁴ Nejprve by měla být identifikována klíčová otázka celé kauzy, objasněno, proč je důležitá a zda se v ní projevuje napětí mezi principy nezávislosti a systému brzd a protivah. Touto otázkou je, zda má prezident republiky pravomoc jmenovat na Nejvyšší soud dalšího místopředsedu, a to i z řad soudců jiných soudů. S přihlédnutím

⁸⁸ K tomu viz příslušnou úvahu v první části tohoto textu.

⁸⁹ BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 162.

⁹⁰ V naší literatuře takové názory rekapituluje např. Pavel Ondřejek. Viz ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 95–97.

⁹¹ Ibidem, s. 96–97.

⁹² BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, s. 462.

⁹³ Podobným způsobem nás varuje i Jeremy Waldron. Viz WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, s. 2.

⁹⁴ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

k tomu, že místopředseda soudu může činnost celé instituce významným způsobem ovlivňovat, jedná se o důležitý problém. Zmíněné jmenování nepochybně představuje zásah do její činnosti a jako takové snižuje její nezávislost. Na druhou stranu může představovat i určitou kontrolní brzdu vůči ní. Je proto třeba zjistit, zda k optimálnímu naplnění těchto principů dochází v situaci, kdy prezident tuto pravomoc má, nebo kdy ji naopak nemá.

K poměření principů samotných lze využít vhodnou vážící formuli. Jako jednu z alternativ si dovoluji nabídnout přístup založený na formuli Roberta Alexyho, která je ostatně v české odborné literatuře velmi dobře popsána.⁹⁵ Plně se totiž ztotožňuji s názorem Jana Wintra, že „její aplikace není omezena na lidskoprávní témata, ale může posloužit i pro poměřování jiných právních principů“.⁹⁶ Lze ji vyjádřit následujícím vzorcem:

$$G_{i,j} = I_i * G_i * S_i / I_j * G_j * S_j$$

V tomto vzorci se poměřují dva kolidující principy P_i a P_j . I_i vyjadřuje intenzitu zásahu do principu P_i , G_i jeho abstraktní váhu a S_i spolehlivost normativních a empirických předpokladů o intenzitě zmíněného zásahu. Totéž platí analogicky pro proměnné I_j , G_j a S_j . Intenzitu zásahu můžeme hodnotit jako lehkou (2^0), střední (2^1), nebo značnou (2^2), abstraktní váhu principu jako malou (2^0), střední (2^1), či velkou (2^2) a nakonec normativní a empirické předpoklady o intenzitě zásahu jako jisté (2^0), plauzibilní (2^{-1}), případně nikoliv evidentně nesprávné (2^{-2}). Výsledný koeficient představuje $G_{i,j}$. Pokud je jeho hodnota vyšší než jedna, z kolize vychází úspěšně princip P_i . Pokud je nižší než toto číslo, pak převládá princip P_j . Při hodnotě rovné jedné se otvírá zákonodárci prostor pro to, aby střet vyřešil podle svého uvážení.

V rozebírané kauze bych intenzitu zásahu do obou principů hodnotil jako střední. Touto pravomocí by prezident republiky činnost Nejvyššího soudu nepochybně významně ovlivňoval, ale jistě ne ve srovnatelné míře, jako kdyby měl například možnost jeho funkcionáře podle svého uvážení odvolávat. Analogicky lze pak uvažovat o intenzitě zásahu do systému brzd a protivah, která by byla nepochybně mnohem větší, jestliže by byla prezidentovi odňata pravomoc jmenovat předsedu Nejvyššího soudu a svěřena například volbě ze strany orgánu soudcovské samosprávy.

Abstraktní váha obou principů je shodná, v obou případech se jedná o zásadní principy ústavního práva, které směřují k realizaci totožného účelu a zároveň ovlivňují výslednou podobu ústavního systému. S ohledem na shodnou velikost jejich váhy není příliš zásadní, jaká hodnota jim bude přesně přiřazena, protože se ve výsledku pokrátí. Osobně bych se však přikláněl k hodnotě střední, protože ve srovnání s většinou ústavních principů a základních práv by tyto dva jistě nepředstavovaly trumfovou kartu, která by ostatní přebíjela, ale současně se bez nich neobejde úspěšná realizace některých z nich (např. práva na spravedlivý proces). Nemohou mít tudíž váhu velkou, ani malou.

Stran spolehlivosti normativních a empirických předpokladů o intenzitě zásahu do předložených principů mám za to, že zásah do nezávislosti je jistý, protože možností jmenovat na Nejvyšší soud jakéhokoliv soudce coby jeho dalšího místopředsedu, získává prezident republiky nepochybný vliv na činnost této instituce. Přiřazená hodnota by mohla být nižší, pokud by byl při výběru možných kandidátů vázán pouze na soudce Nejvyššího

⁹⁵ Z mnoha textů, které jí věnuji pozornost, uvedme příkladem alespoň tři následující: ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878. ONDŘEJEK, Pavel. Poměřování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 349–368. WINTNER, Jan. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 458.

soudu, což ovšem nebyl tento případ. Naopak vyloučením takové pravomoci ještě zdaleka nemusí dojít k zásahu do systému brzd a protivah, protože zde stále zůstávají další mechanismy, v jejichž rámci se může uplatňovat (třeba samotným jmenováním jeho předsedy a místopředsedy). Není tedy naprosto zřejmé, zda by nezavedení takové pravomoci zasáhlo do uvedeného principu, ačkoliv určitá nikoliv nevýznamná pravděpodobnost tu je – proto bych u něj hovořil pouze o plausibilitě.

Přiřazením uvedených hodnot do rovnice dospíváme k následujícímu výsledku:

$$G_{i,j} = 2^1 * 2^1 * 2^0 / 2^1 * 2^1 * 2^{-1} = 2 * 2 * 1 / 2 * 2 * 0,5 = 2$$

Protože je výsledná hodnota vyšší než jedna, jako úspěšnější vychází z kolize princip nezávislosti, což koresponduje i se závěrem Ústavního soudu v analyzovaném případě. K výše uvedenému je ale nakonec třeba uvést, že se nejedná o jediný možný způsob, jak princip proporcionality při řešení uvedeného typu problémů používat. Je velmi pravděpodobné, že takových způsobů bude vícero a jejich výhody a nevýhody by měly být předmětem další a důkladnější diskuse. Zde nastíněná (německým pojetím proporcionality ovlivněná) varianta představuje pouhou doplňující ilustraci k obecným úvahám obsaženým v tomto textu. Je navíc pouhým nástinem možného řešení a rozhodně nemá vyčerpávající charakter. I navzdory tomu se však domnívám, že již z ní je patrná jedna z hlavních výhod této formule (potažmo celého testu proporcionality), kterou je zpřehlednění argumentace.⁹⁷

Navzdory možným pochybám aplikace principu proporcionality v případech souvisejících s dělbou moci by představovala posun k lepšímu oproti současné situaci.⁹⁸ Nadto lze říci, že samotné proporcionalní uvažování není specifickým prvkem usuzování soudů, ale součástí obecné lidské racionality. Mohou jej proto při snaze nalézt řešení uvedených případů aplikovat nejen soudy, ale kdokoli, kdo o něj bude usilovat, tedy i ústavodárce při řešení otázky, jaká má být podoba nové ústavy. Odpověď na v této práci tolikrát zmíněný problém, která vykristalizovala v rámci rozhodování konkrétní soudní instituce, lze tedy použít v mnohem širším rámci.

Závěr

Již John A. Fairlie z perspektivy první poloviny 20. století uvedl, že „*Jasně vymezená vědecká analýza vládních funkcí jako základ pro neměnný plán politické organizace je pravděpodobně nemožná.*“⁹⁹ Tento náhled nakonec ani není příliš překvapivý. Žijeme ve složitém světě a funkčnost politické organizace ovlivňuje i řada dalších faktorů, které jen obtížně můžeme zahrnout pod zužující pojem dělby moci. Například kvalita politické kultury v dané zemi může mít na každodenní fungování ústavního uspořádání možná i zásadnější vliv než nastavení některých institucionálních vazeb.¹⁰⁰ Neméně důležité

⁹⁷ K tomu srovnej ibidem, s. 459.

⁹⁸ Totéž lze říci i o samotném použití Alexyho vážící formule. Lze vůči ní samozřejmě naděst řadu pádných námitek, jak činí ve svém textu například Pavel Ondřejek, na což později reaguje Jan Wintr. Mám však za to, že i navzdory jim představuje aplikace této formule oproti současnému stavu krok k větší transparentnosti. Podrobnosti viz WINTR, Jan. *Alexyho vážící formule*, s. 460–461. ONDŘEJEK, Pavel. *Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky*, s. 363 an.

⁹⁹ FAIRLIE, John A. *The Separation of Powers*, s. 431.

¹⁰⁰ Samozřejmě připouštím, že politická kultura a dělba moci jsou v mnoha ohledech spojitě nádoby. Souhlasím s poznámkou Jany Kokešové k původní verzi mého textu, že státy s dlouhou tradicí faktické dělby moci zpravidla mají i vyšší míru politické kultury. Na druhou stranu – zatímco korelace zde může být poměrně zřejmá, cesty kauzality někdy bývají složité.

je ovšem si i uvědomit, že dělba moci byla původně ledascím, jen ne vědeckou teorií. Sám Montesquieu ji ve svém díle prezentuje jako popis politického uspořádání v Anglii jeho doby.¹⁰¹ V rámci těchto úvah není zásadní, že ani jako takový popis není adekvátní.¹⁰² Zásadní je, že po velkou část historie měla spíše charakter praktického návodu, který měl sloužit různým praktickým účelům, nejčastěji zabránění tyranie.¹⁰³ Ustupovalo se od snahy o její uplatnění v nějaké čisté, vědecky obhajitelné podobě ve prospěch fungování konkrétního státu v konkrétní situaci. To dobře ilustruje i přístup otců zakladatelů promítnutý do ústavy USA, který se podle Samuela W. Coopera neopíral o nějakou vůdčí teorii dělby moci, ale měl naopak pragmatický charakter.¹⁰⁴ Coby praktický návod pak nutně reflektovala určitou společenskou a historickou situaci (například v Evropě napětí mezi panovníkem a šlechtou). Není třeba zdůrazňovat, že tato situace se postupem času výrazným způsobem změnila.¹⁰⁵ Jistě není proto nic špatného, když se na problémy, které s dělbou moci souvisí, budeme dívat pragmaticky i dnes. Bez ohledu na to, prostřednictvím jakých teorií institucionálního uspořádání se snažíme vnímat okolní realitu nebo ji přetvářet, tak vždy žijeme v nějaké konkrétní situaci. Naše institucionální uspořádání je vždy výsledkem z části historických nahodilostí, z části různých politických kompromisů.¹⁰⁶

Nemyslím si, že je třeba mít z toho špatné pocity – zmíněné uspořádání představuje podle mého soudu příliš komplexní strukturu na to, aby jej bylo možno plně postihnout jen prostřednictvím jedné teorie. Právě taková snaha by mohla vést i k vážným externalitám. Snaha promítnout ideály do skutečného světa nejednou v průběhu historie vedla ke krutosti a nespravedlnosti. Naopak bychom se měli vzdát snahy budovat systém institucionálního uspořádání za pomoci nějakých teorií, ale měli bychom se přiklonit k řešení konkrétních problémů, které před námi vyvstávají. Výše navržený instrument založený na principu proporcionality, který není vázán na nějaký specifický rozvrh státních orgánů, tomu může dobře posloužit. Má potenciál umožnit vysokou adaptabilitu systému, který se může volně rozvíjet při minimalizaci z toho vyplývajících rizik.

Nemožnost poskytnout na jednotlivé otázky související s dělbou moci absolutně platné odpovědi nás ovšem vede k tomu zvažovat možné alternativy. A je pravda, že žádná seriózní alternativa vůči konceptu dělby moci v současné době není v nabídce. Navzdory tomu nám však stále zůstává povinnost omezovat možnou libovůli v soudním rozhodování. To opět podtrhuje význam proporcionality. Nakonec, pokud se chtějí soudy nějakým způsobem odlišit od ostatních složek moci – neměly by mít snahu být těmi, kteří do veřejného prostoru, do uplatňování veřejné moci vnášejí argumentaci? Kdo uvádí důvody, namísto toho, aby se snažil o pouhé přesvědčování? Mezi zdůvodňováním a přesvědčováním je rozdíl stejně jako mezi logikou a rétorikou. Tomu druhému se nemohou vyhnout politici, kteří jsou vystaveni tlaku voleb. Neměly by právě o to první usilovat soudy?

¹⁰¹ Viz např. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*, s. 189.

¹⁰² Srovnej COLE, Kenneth C. "Government," "Law," and the Separation of Powers. *The American Political Science Review*. 1939, Vol. 33, No. 3, s. 424–440, s. 426. Z české literatury pak ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*, s. 202–203.

¹⁰³ Srovnej PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti: úvahy a polemiky. 3. Demokratický a laický stát*. Praha: Univerzita Karlova, 2009, s. 278. WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 2. vydání, ve Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 1. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 71.

¹⁰⁴ COOPER, Samuel W. Considering "Power" in Separation of Powers. *Stanford Law Review*. 1994, Vol. 46, No. 2, s. 366.

¹⁰⁵ Srovnej HAPLA, Martin. *Dělba moci a nezávislost justice*, s. 32.

¹⁰⁶ S tím srovnej i některé závěry textu BAROŠ, Jiří – DUFEK, Pavel – KOSAŘ, David. *Separation of Powers and Politics in Central Europe*. 2018, rukopis.

Pozitivismus vs. iusnaturalismus: Opravdu jen přeceňovaný pseudoproblém, nebo spíše úhelny kámen řešení otázky legitimity práva?

Jan Petr Kosinka*

Anotace: V dnešní době se lze s čím dál větší frekvencí setkat s tvrzeními, že rozlišování mezi pozitivní a přirozenoprávní koncepcí práva není v praxi příliš přínosné. Ozývají se samozřejmě i opačné hlasy, a to i z úst špiček v oboru, jako např. profesora Alexyho, jak to připomíná Pavel Holländer. Ani autor předkládané stati nesdílí přesvědčení o nevýznamnosti rozdílů obou základních koncepcí pojetí práva. Nesdílí rovněž ani přesvědčení o postupném splývání obou základních přístupů (minimálně v teoretické oblasti). Již dříve jsem ve svém textu Metafyzické předpoklady lidských práv upozornil na jeden z aspektů vyplývajících z odlišnosti obou perspektiv pojetí práva, který spočívá v tom, že pokud jsou na nominalismu založené teorie (pozitivismus) dovedeny důsledně do svých logických závěrů, potom se pravidelně dospívá k závěru o fiktivnosti dokonce samotné normativity. Na další problematyczny aspekt spojený s pozitivistickým pojetím jsem poukazoval již ve své diplomové práci odkazem na citát Oty Weinbergera, který sankční teorii právní normy odmítá z toho důvodu, že navozuje představu člověka jako toho, kdo se adekvátně chová jen pod hrozbou represe. Třetímu podstatnému rozdílu mezi pojetím iusnaturalistickým a pozitivistickým bych se chtěl věnovat v této práci. Domnívám se, že jím je implikace představy retroaktivního normování v rámci pozitivistické perspektivy.

Klíčová slova: Alexy, Holländer, Kelsen, Sobek, iusnaturalismus, fikce, legitimita, nihilismus, noetika, nominalismus, normativita, pozitivismus, retroaktivita, sankční teorie norem

Úvod: Opravdu žádný rozdíl?

V dnešní době se lze v tuzemském a částečně i zahraničním právním diskursu opakovaně, a s čím dál větší frekvencí, setkat s tvrzeními, že rozlišování mezi pozitivní a přirozenoprávní koncepcí práva není v praxi příliš přínosné či důležité,¹ nebo dokonce že se jedná o „přeceňovaný pseudoproblém“.² Tomáš Sobek dokonce toto tvrzení prohlašuje³ za hlavní sdělení své knihy *Argumenty teorie práva*.⁴

Ozývají se samozřejmě i opačné hlasy,⁵ a to i z úst špiček v oboru, jako např. profesora Alexyho, jak to připomíná Pavel Holländer,⁶ když upozorňuje na to, že v otázce relevance morálních obsahů práva Tomáš Sobek dezinterpretuje příslušnou Alexyho tezi,⁷ kterou

* Bc. Mgr. Jan Petr Kosinka, doktorand na Právnické fakultě Masarykovy Univerzity. E-mail: PetrKosinka@seznam.cz.

¹ V českém prostředí se lze s tímto názorem setkat např. již u Oty Weinbergera, viz čtvrtá kapitola knihy WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, nebo např. POSNER, R. A. *Law and legal theory in England and America*. Oxford, 1996, s. 3, cit. dle SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha – Plzeň: ÚSP AV ČR – Aleš Čeněk, 2010, s. 376.

² SOBEK, T. *Nemorální právo*, pozn. č. 1252.

³ Ibidem, s. 376.

⁴ SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008.

⁵ Stojí jistě za pozornost, že odlišování iusnaturalistických a pozitivistických koncepcí vychází spíše ze strany zastánců přirozenoprávní koncepce, kdežto pozitivisté mnohem častěji tendují k bagatelizaci tohoto rozlišování.

⁶ HOLLÄNDER, P. *Pojmy v Sisyfovej krošni*. Bratislava: Kaligram, 2015, s. 70–74, pozn. 106–108 obdobně již v: HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 52, pozn. 117.

⁷ „Treba Hartovi a Hoesterovi priznat, že teoreticko-právne alebo filozoficko-právne definície pojmu právo samy nemôžu zmeniť skutočnosť. Pre sudcu v nejakom štáte neprává nepredstavuje nijaký podstatný rozdiel, či sa odvolá na Harta a z morálnych

Sobek používá na podporu svého shora zmiňovaného závěru. Holländer však na výše citovaných místech podotýká, že Alexy vyslovuje uvedené tvrzení jako antitezi své pozice, která je ve skutečnosti přesně opačná, než traktuje Sobek.⁸ Alexy přitom argumentuje jak důvody (pozitivně) právními (pozitivní zakotvenost minimální míry spravedlnosti nařizovacích aktů státu jako podmínky jejich platnosti), tak i psychologickým „efektem rizika“ pro aplikující orgán v případě aplikace „*teroristického rozsudku*“, který hovoří jasně ve prospěch nepozitivistického pojmů práva, jehož akceptace zvyšuje riziko pro osoby odpovědné za aplikaci takového rozsudku, že budou potrestány, než za předpokladu pozitivně-právního přístupu, kde připadá v úvahu prakticky jen možnost retroaktivního sankcionování. Pavel Holländer rovněž v kapitole *Rozum a dobro* svojí nejnovější monografie *Příběhy právních pojmů*⁹ – proti všem současným popíračům přínosu přirozeného práva, nebo dokonce praktického významu rozdílu mezi přirozenoprávním a pozitivněprávním nahlížením na právo – uvádí velmi důležitou pasáž:

„[...] Alexy tvrdí, že rozlišení mezi pozitivistickými a nepozitivistickými teoriemi podstaty práva zůstane objasňující kategorií po dobu existence práva. Důvodem je dvojitá povaha práva, které má na jednu stranu povahu faktuelní a na druhé straně ideální. Vztah mezi těmito dvěma stránkami práva je [...] nejdůležitějším východiskem při objasnění jeho podstaty“ (ibidem s odkazem na Alexyho¹⁰).

Ani já nesdílím přesvědčení o nevýznamnosti rozdílů obou základních koncepcí pojetí práva.¹¹ Nesdílím rovněž ani Weinbergerovo¹² (a mnohých dalších autorů¹³) přesvědčení

dôvodov odoprie aplikáciu extrémne nespravodlivého zákona, alebo či tak urobí s Radbruchom a odvolaním sa na právne dôvody. V obidvoch prípadoch musí počítať s osobnými obeťami, pričom pripravenosť vziať ich na seba závisí od iných faktorov ako je definícia pojmu právo.“ ALEXY, R. Begriff und Geltung des Rechts. Cit. dle slovenského překladu: Pojem a platnost práva. Bratislava, 2009, s. 76.

⁸ S odvoláním na POSNER, R. A. Law and legal theory in England and America, s. 3: „Nemám nic proti filozofické spekulaci, ale jeden by čekal nějaké výnosy. Pro lidi, kteří se můžou věnovat i jiným společensky hodnotným věcem, má smysl si klást otázku ‚Co je právo?‘ jenom tehdy, pokud na ní něco závisí. Nicméně, na této otázce nic nezávisí. Jdu v této věci ještě dál: centrální úkol analytické jurisprudence nemá být poskytnutí nějaké odpovědi na otázku ‚Co je právo?‘, ale demonstrování toho, že vůbec nemá smysl si ji klást, protože tato otázka jenom vede ke zmatkům.“

⁹ HOLLÄNDER, P. Příběhy právních pojmů. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 238.

¹⁰ ALEXY, R. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, G. (ed.). Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford – Portland, 2007, s. 37.

¹¹ Byť je třeba přiznat, že v pojetí různých synkretických přístupů skutečně v praxi dochází k rozostřování hranic obou základních paradigmat. Není to ale tak, že by rozdíl nebyl významný, spíše přechod mezi jednotlivými koncepty není někdy ostře ohraničen, či dochází k „výpůjčkám“ některých prvků z opozitního paradigmatu (čímž ovšem dochází k noetickým inkonzistencím). Z filozoficko-analytického pohledu však je možné tyto pozice oddělit. Pro lepší názornost i stručnost budu modelově vycházet zejména z typických představitelů pozitivismu a iusnaturalismu.

¹² WEINBERGER, O. Filozofie, právo a morálka. Brno: Masarykova univerzita, 1993.

¹³ Zajímavý text na toto téma uveřejnil například BOGUSZAK, J. Vyústění antinomie iusnaturalismu a iuspozitivismu. Právník. 1995, roč. 134, č. 6, s. 525–537. V této stati autor konstatuje, že jako tomu bylo po druhé světové válce, tak i počátek devadesátých let dvacátého století je ve znamení jisté renesance přirozenoprávních přístupů, dokonce konstatuje, že „v současné české právní teorii převažuje mínění, že základem práva České republiky je a má být přirozené právo“ (s. 526 cit. textu). Dále připomíná, že „jednou z podstatných otázek, které zpravidla vyplývají z justnaturalistických koncepcí, je legitimita určitého pozitivního právního řádu. Přitom nakolik je pozitivní právo utvářeno státem, eo ipso vyvstává i otázka legitimacy státu daného typu či formy. Pro odpověď je relevantní formulované hodnoty, jejíž míra dosažení [...] je kritériem pro posouzení jejich legitimacy [...] touto hodnotou je spravedlnost [...]“ (s. 527). Ke konvergenci iusnaturalismu a iuspozitivismu potom dochází díky konsenzu, „jímž jsou přirozená lidská práva vtělena do pozitivní právních úprav“, a to do té míry, do jaké iusnaturalismem chápeme požadavek prosazovat přirozená lidská práva pozitivismem postulát dodržování platného práva (s. 532). Je však třeba zdůraznit, že Jiří Boguszak zde hovoří o historicky podmíněné (tedy v zásadě náhodné) konstelaci poměru přirozeného a pozitivního práva, založené na aktuálním společenském konsenzu, nikoliv o logicky nutném vývoji vyplývajícím z povahy těchto antinomických přístupů. Zároveň však i pro popisovanou situaci počátku devadesátých let minulého století konstatuje, že „za naturalistický komponent je však nutno označit princip nezměnitelnosti [...], který však není stvrzen v platném právu převážné většiny demokratických států [...] uvedený princip je však zakotven mimo jiné v platném českém ústavním právu“ (s. 533). Stejně tak

o postupném splývání obou základních přístupů.¹⁴ Tedy alespoň co se týká teoretické oblasti, respektive základního filozofického náhledu. V praxi samozřejmě ke směřování dochází (a tak tomu zřejmě bude i do budoucna), protože právní politika a praxe, jako každá politika a společenská praxe, je výsledkem určitého kompromisu mezi odlišnými přístupy, názory a postoji různých aktérů příslušného diskursu. Někteří autoři potom samozřejmě reflektují jednak tuto praxi a jednak reagují na zjevnou neudržitelnost tezí původního (čistého) pozitivismu,¹⁵ přičemž samozřejmě samotný pozitivismus nelze ztožňovat pouze s normativní teorií či ryzí naukou právní.¹⁶

Na jeden z aspektů vyplývající z odlišnosti obou perspektiv pojetí práva jsem upozornil ve svém textu *Metafyzické předpoklady lidských práv*,¹⁷ kde jsem uvedl, že pokud jsou na nominalismu založené (právní) teorie (pozitivismus) dovedeny důsledně do svých logických závěrů, potom se pravidelně dospívá¹⁸ k závěru o fiktivnosti nejen veškeré objektivní

„záruka spočívající v právu občanů na odpor (či občanskou neposlušnost), pokud je zakotvena v platných úpravách, vykazuje znaky svého původu z přirozenoprávních doktrín“ (ibidem). Zatímco v otázce lidských práv došlo v uvedeném období k historickému sblížení (dnes se však již i v této oblasti začíná projevovat divergentní vývoj v důsledku pozitivistického prosazování „nových lidských práv“ např. v oblasti reprodukce, identity a sexuality), v otázce spravedlnosti „nebylo a sotva kdy bude dosaženo takového konsenzu, na jehož základě by bylo možno uzákonit nezměnitelnost platné právní úpravy [...] nelze přijmout jako argument teze o absolutní a neměnné povaze [...]“, proto se Jiří Boguszak přiklání spíše k řešení „hledat možnosti konsenzu pro legitimitu [...] toho či onoho řešení de lege ferenda bez tvrzení, že některé z nich je přirozené“ (ibidem), čímž de facto v této oblasti odmítá základní znak iusnaturalismu, který si o několik odstavců výše takto nadeřoval, a za hlavní kritérium legitimacy práva opět prohlašuje pozitivistický konsenzus politických činitelů.

¹⁴ Obdobně ani nesdílím názor, prezentovaný např. Tomášem Sobkem v knihách SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: ÚSP AV ČR – Aleš Čeněk, 2011, s. 213 anebo SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 6, že spor právního pozitivismu s právním nonpozitivismem o pojmové oddělení práva a morálky má význam pouze klasifikační.

¹⁵ Mnozí pozitivisticky orientovaní autoři (např. právě zmiňovaný Weinberger, viz WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*. Brno: Masarykova univerzita, 1993) akceptují psychologické, sociologické či institucionální, případně i morální determinanty práva. Neaktuálnější např. z pozitivismu vycházející autor Pavel Maršálek kritizuje základní tezi normativismu (jakožto klasického zástupce pozitivismu) o oddělení normativity a fakticity (vyplývající Humovy teze o nemožnosti odvozovat povinnost z bytí), kdy dokonce vyslovuje tezi „o antropologických, sociálních a morálních konstantách, které ovlivňují, resp. do značné míry předurčují podobu práva a jeho realizaci“, viz MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018, s. 66–68. Bez nároku na úplnost a přesné rozhraní potom mezi antropologické konstanty řadí zranitelnost a nesoběstačnost člověka, jeho společenskost, racionalitu a svobodnou vůli, přibližnou rovnost lidí a altruismus. Mezi sociální konstanty potřebu řádu, organizace, ale i svobody, spravedlnosti a jistoty ve společenských vztazích. K morálním konstantám řadí humanitární orientaci morálky a mravní autonomii lidí. Přestože popírá absolutnost vlivu těchto konstant či charakter metafyzické nutnosti (snad s výjimkou u „některých biologických daností člověka“), upozorňuje na to, že zákonodárce k nim musí přihlížet, protože ve hře je efektivita a účelnost práva [...], „a v krajním případě by mohlo zcela postrádat rysy práva“. Tato pozice je samozřejmě značně vzdálena klasické normativní teorii či ryzí nauce právní s jejich tezí o libovolném obsahu práva, viz např. KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno – Wien: Masarykova univerzita – MANZ-Verlag, 2000, s. 19: „Normy stanovené lidskými volnými akty, mají ve vlastním volním významu libovolný charakter“, je rovněž značně vzdálena i celému Humovu, respektive Kantovu axiomu o oddělené dualitě měti a bytí.

¹⁶ Viz WEINBERGER, O. *Teorie spravedlnosti, demokracie a právní politika. Právník*. 1995, roč. 134, č. 6, s. 517. Zde Ota Weinberger za hlavní znaky právního pozitivismu obecně pokládá zásadu nonkognitivismu a oddělení práva od morálnosti, přičemž upozorňuje, že tato kritéria splňují i jiné právní teorie, jako např. právní realismus, Luhmanův systémový přístup, Hartovo učení a neoinstitucionalismus MacCormicka a samotného Weinberga. Za klíčové považují Weinbergerovo konstatování, že: „Právní pozitivista [...] popírá možnost získat [...] kognitivní metodou zásady správného práva [...] bez zaujetí (volních) stanovisek.“ (WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*, s. 69). Podobně i Tomáš Sobek definuje rozdíl mezi právem pozitivním a přirozeným na základě toho, že „právo pozitivní je platné pouze na základě své formy, zatímco přirozené právo je platné na základě svého racionálního a morálního obsahu“, viz SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 238, přičemž zastává názor, že „každá normativita (dle Tomáše Sobky i ta iusnaturalistická) ve svých základech stojí na nonkognitivistickém postoji akceptace, a ne na kognitivním postoji přesvědčení, že něco je pravda.“ (ibidem, s. 5). Otázce non/kognitivismu jsem se věnoval ve svém textu KOSINKA, J. P. *Nebezpečí totalitarismu universalistických koncepcí. Právník*. 2019, roč. 158, č. 3, s. 284–289.

¹⁷ KOSINKA, J. P. *Metafyzické předpoklady lidských práv*. In: VEČEŘA, M. – HAPLA, M. (eds). *Weyrov dny právní teorie. Sborník z konference* [online]. Brno: PrF MU, 2016 s. 118–144 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z: <<https://www.law.muni.cz/sborniky/weyr/weyr2016.pdf>>, zejména s. 125 an. nebo též KOSINKA, J. P. *Metafyzické předpoklady lidských práv. Právní prostor*. [online]. 22. 2. 2017 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z: <<http://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/metafyzicke-predpoklady-existence-lidskych-prav>>.

¹⁸ SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 376.

metafyziky,¹⁹ ale i např. lidských práv, či dokonce normativity samotné.²⁰ Naopak racionálně založené metafyzické zdůvodnění se jeví jako jediné, které konzistentně odůvodňuje nejen lidská práva²¹, nýbrž i realnost samotné normativity, a tedy i objektivní základ legitimacy práva. Z tohoto pohledu se přínosem mimořádně důsledného Kelsenova přístupu k normativitě jeví to, že (zřejmě neúmyslně) umožnil poodhalit určitou podstatnou vlastnost normativity, která spočívá v tom, že pokud by byla myšlena na nominalistickém (kam spadá i normativismus) základě, pak skutečně nakonec nebude ničím více než fikcí.²² U takové normativity by však jen stěží bylo možno hovořit o nějaké reálné legitimitě.²³

Na další aspekt implikovaný pozitivistickým pojetím (na rozdíl od iusnaturalistického) jsem poukazoval již ve své diplomové práci, kde jsem napsal,²⁴ s odkazem na citát Oty Weinbergera, že sankční teorie právní normy je nejen logicky vadná a metodologicky nevhodná, nýbrž je i výrazem pesimistického pohledu na člověka, na společnost a na mravnost.²⁵ Weinberger odmítá sankční teorii nejen pro logické a metodologické obtíže, ale i proto, že stojí na nesprávných sociologických (antropologických) základech²⁶ – totiž že člověka primárně chápe jako toho, kdo se adekvátně chová jen pod hrozbou represe. Dlužno ovšem dodat, že ačkoliv Ota Weinberger kritizuje Kelsenovu teorii norem jako antropologicky pesimistickou, protože do popředí vystupuje moc v pozici argumentu *ultima ratio* závaznosti normy,²⁷ sám ovšem tím, že akceptuje stejný (nominalistický) základní pohled na ontologickou povahu hodnot, norem a účelů, se dostává (typicky nominalisticky) do vnitřního rozporu. Jestliže totiž hodnoty, normy a účely nejsou podřízeny nějakému nadřazenému pravidlu a v zásadě mohou být volně stanoveny,²⁸ pak o jejich konkrétním výběru v posledku rozhodne opět pouze aktuální moc, která však v jeho pojetí navíc působí prostřednictvím sociálních institucí.

¹⁹ Ta je zcela vytržena z působnosti rozumu a odkázána do oblasti (subjektivní) víry.

²⁰ Ibidem.

²¹ ALEX, R. Menschenrechte ohne Metaphysik? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. 2004, č. 52, s. 15–24.

²² Ontologická povaha *Grundnorm*.

²³ Zásadní konsekvenci tohoto přístupu je ovšem to, že tam, kde není reálná legitimita, zbývá opět pouhá moc, v podobě manipulace nebo násilí, která jediná se jeví být reálnou. To je mimochodem rovněž pravidelný závěr, který vysvítá z nominalistických analýz normativity. Krásně to vystupuje na povrch u Tomáše Sobka i na jiném místě (SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*, s. 212–213), kde zcela vážně uvádí, že rozdíl mezi iusnaturalistickým a pozitivistickým přístupem k řešení zločinů totalitarismu je pouze argumentační (rétorický). S notnou dávkou cynismu potom dodává, že pozitivistické řešení připouštějící retroaktivitu (v trestním právu!) je upřímnější.

²⁴ KOSINKA, J. P. *Právo a morálka jako sociální kapitál*. Diplomová práce [online]. Brno: PrF MU, 2009 [cit. 25. 2. 2017]. Dostupné z elektronického archivu závěrečných prací MU: <http://is.muni.cz/th/76879/pravf_m/>, s. 13.

²⁵ In: BOHÁČKOVÁ, R. *Základy konstrukce Kelsenovy ryzí nauky právní*. Brno: PrF MU, 1995, s. 142.

²⁶ Tímto argumentem ovšem Weinberger překračuje metodologické hranice, které si ryzí nauka právní (a potažmo brněnská normativní nauka) sama vytýčila, když odmítla vlivy a metody jiných vědních oborů.

²⁷ Je třeba podtrhnout, že tento charakter právních norem vyplývá již ze samotných kantovských základů této teorie: Kant totiž považoval vnější vynutitelnost, na rozdíl od vnitřní závaznosti, za esenciální vlastnost práva. Tomismus tuto otázku řeší přesně protikladně, tedy esenciální vlastností práva je jeho vnitřní závaznost (vynutitelnost působením mravní povinnosti), nikoliv však vnější vynutitelnost, která je jen její vnější ochranou, viz GRETT, J. *Základy aristotelsko-tomistické filozofie*. Praha: Krystal OP, 2009, s. 555. Mám za to, že problematičnost kantovského pojetí právní normy se stává jasně patrnou zejména v některých extrémních případech uplatnění práva mimo asistenci státní moci (např. nutná obrana, krajní nouze, svémoc).

²⁸ Weinberger sice připouští, že: „*Právní pozitivista vůbec nevylučuje možnost, že lidská bytost a společnost mohou být takového druhu, že určité normativní obsahy nebudou pro ně nikdy přijatelné. Pokud by však měly existovat takového antropologické meze pro možné obsahy práva, nemůžeme je poznat, protože nikdy nevíme, zda to, co zažíváme v určité společenské situaci jako něco, co nezbytně má být, je objektivně nutné nezávislé na subjektivních a kulturně historicky podmíněných postojích.*“ (WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*, s. 70). Zde nejde o to, že v konkrétním případě můžeme mít pochybnost (s ohledem na naši nedokonalost poznání), zda ta či ona norma je změnitelná, nýbrž jedná se o tvrzení s nárokem obecné platnosti, že *nikdy* nemůžeme vědět, zda se jedná o nezměnitelnou či změnitelnou normu, respektive princip. Takové tvrzení je sebevyvracející se, respektive je konzistentně slučitelné pouze s nihilismem.

Nyní bych se chtěl zaměřit na další, tedy již třetí, podstatný rozdíl vyplývající ze zmíněných dvou základních právněteoretických perspektiv, který nemůže nemít vliv na legitimitu práva. Tím je rozdílné vnímání časové posloupnosti mezi konáním právem regulovaného jednání a vznikem právního pravidla. V následující části úvahy bych chtěl předestřít myšlenku, že dalším benefitem iusnaturalistického pojetí oproti pozitivněprávnímu pohledu na právo je schopnost čelit námitce retroaktivity stanovování právních pravidel a z ní vyplývajícím zpochybnění legitimacy takového normování. Zdá se totiž, že oním dalším problematickým bodem typické pozitivněprávní koncepce s ohledem na legitimitu práva je skutečnost, že v jejím rámci dochází k implikaci představy o retroaktivní tvorbě právních pravidel.

1. Otázka retroaktivity: Iusnaturalistická perspektiva

Když Fuller²⁹ charakterizuje jakési právní konstrukční minimum, uvádí, že hovořit o usměrňování dnešního chování prostřednictvím pravidel, která budou přijata zítra, se rovná prázdnému žvanění. Výjimečně se sice k přijímání retroaktivních právních norem v praxi sahá, nicméně pokud se tak děje, má to vždy účel prospektivní. Hlavním důvodem proti užití retroaktivních norem je ten fakt, že pokud dispozice právních norem obsahují skutečnosti, které se již udály v minulosti, jejich adresáti nemohou tomuto adekvátně přizpůsobit své jednání a naplnění takových norem tedy nezávisí na jejich vůli. V těchto případech potom nemůže právo naplňovat svůj základní účel, to znamená regulovat chování svých adresátů. Proto jsou v některých oblastech práva takovéto normy zcela vyloučeny (alespoň v civilizovaném světě).

Pro pořádek ještě před tím, než přistoupíme ke zkoumání zvolené problematiky v rámci pozitivněprávní perspektivy, se stručně podívejme na to, jak je to s řešenou otázkou retroaktivity v případě iusnaturalismu: Klasická tomistická teze říká, že v zásadě existují čtyři ontologicky odlišné druhy norem, které jsou však v hierarchickém vztahu vzájemné závislosti. Zjednodušené (moderní) přirozenoprávní teorie (které často operují s empirickou argumentací, viz von Wrightovo dělení zmiňované Holländerem³⁰) si obvykle vystačí pouze se dvěma kategoriemi norem (a zároveň s úzkou vazbou morálky a práva), přičemž přirozené právo vyplývá z vnitřní povahy věcí samých. Ať tak či onak, je pro obě pojetí společné, že přirozené normy, jak z časového hlediska svým vznikem, tak ontologickou superioritou, předcházejí pravidlům pozitivním. Pro samotné pozitivně právní normy v přirozenoprávní koncepci potom může platit vše, jako je tomu pro ně v perspektivě pozitivněprávní. Nicméně základní rozdíl v pojetí pozitivních norem v obou konkurenčních perspektivách vyplývá z toho, že pouze v přirozenoprávním systému není pozitivní právo vyjádřením obsahu celého práva, jakož i z toho, že přirozené právo platí ze své povahy apriorně, a tedy vždy již v okamžiku, kdy dochází k právem regulovanému chování bez ohledu na (ne)existenci jeho vyjádření v konkrétní pozitivněprávní normě.³¹

²⁹ FULLER, L. L. *Morálka práva*. Praha: OIKOYMENH, 1998.

³⁰ HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 149.

³¹ Recenzentem mi bylo logicky namítáno, že přehlížím, že i v pozitivistické perspektivě konkrétním pravidlům předcházejí principy, které jsou apriorně součástí práva, a tudíž dochází k retroaktivnímu stanovování pouze konkrétních pravidel, avšak nikoliv celého práva, což nakonec odpovídá situaci v koncepci iusnaturalistické. Ačkoliv akceptuji tuto připomínku v tom smyslu, že skutečně významně zmírňuje retroaktivní deficit pozitivismu oproti iusnaturalismu, domnívám se, že nikoliv beze zbytku: Na počátku – při první aplikaci konkrétního principu – vždy musel proběhnout retroaktivní akt stanovování jeho konkrétního obsahu, aniž by bylo možné provést rekurz k jeho apriornímu předobrazu, jako je tomu v iusnaturalismu.

V důsledku toho – i za předpokladu případného přijetí závěru o stanovování pozitivního pravidla *ex post* (viz níže) – není právo aplikující orgán odkázán pouze na retroaktivní aplikování pozitivněprávních pravidel na předchozí chování, protože při pozitivněprávní (tvorbě) konkrétních právních pravidel (aplikaci) lze vždy odkázat k přirozenoprávním pravidlům (principům), které jsou i z hlediska jednání subjektu apriorní.³² Dokonce lze říci, že apriorně existuje ideální³³ řešení daného případu už v okamžiku aktu právem regulovaného chování.³⁴ Pozitivní právo a jeho aplikace pak už je pouze otázkou míry, do jaké je schopno tento ideál poznat a naplnit.³⁵ Nicméně v žádném případě nelze hovořit o retroaktivitě samotného práva,³⁶ maximálně lze napadnout pozitivní zákon či jeho aplikaci jako vadné, či vadně nalezené/stanovené nebo aplikované, nikoliv však retroaktivní (minimálně z hlediska práva jako celku³⁷). Naopak se však zdá, že bez existence

³² Tento fakt je vlastně jen přeformulováním, respektive zobecněním Alexyho teze ve prospěch přirozeného práva v případě „teroristického“ rozsudku, viz výše. Samozřejmě požadavky právní jistoty a zákazu užívání retroaktivního sankcionování v sobě zahrnují i požadavek dostatečné zřejmosti takového apriorního přirozenoprávního pravidla, a proto je třeba trvat na tom, že užití přímého vyvozování pozitivních norem z přirozeného práva je přijatelné jen v jasných případech (pozitivně formulováno) nebo případech extrémní nespravedlnosti (negativně formulováno).

³³ Samozřejmě v universalistickém konceptu. Byť se otázky možné plurality neredukovatelných dober v axiologické oblasti ve smyslu známého postulátu Isaiaha Berlina (viz BERLIN, I. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: PROSTOR, 1999) a jeho slučitelnosti s ontologickým universalismem nemohu zde hlouběji věnovat, mohu k tématu nabídnout několik stručných myšlenek: 1) Není zřejmě náhodou, že pojetí o jediném správném řešení konkrétního případu drží představitel tendující k přirozenoprávnímu nazírání na právo (DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 344 an.) a 2) je otázkou, zda skutečně existuje nutná vazba mezi kognitivismem, universalismem a axiologickým monismem (jak se zdá, naznačuje to např. prof. Holländer, viz HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 44–48). Spolu s aristoteliky se mi jako nejpravděpodobnější jeví představa axiologického kvazipluralismu (pluralismus na úrovni jednotlivých jsoucen harmonicky odkazujících na nejvyšší dobro) slučitelného s noetickým umírněným kognitivismem a ontologickým metafyzickým realismem. Případně lze uvažovat ve smyslu tomistického o „slabém“ nebo též formálním universalismu, vyplývajícím z toho, že ve skutečnosti přesně neznáme esenci univerzálního dobra a usuzujeme na jeho obsah analogicky a odvozeně z jednotlivých hodnot, které považujeme za dobra. Formálně však lze velmi těžko důsledně uvažovat, aniž bychom předpokládali jednotici kategorií dobra, která jednotlivá pluralitní dobra harmonizuje. Tedy v klasickém aristotelském pojetí je v každém poznání partikulárního dobra implicitně obsaženo i poznání pravdy jakožto univerzálního dobra. Nebo též: Bez alespoň rámcové představy univerzálního dobra bychom těžko mohli rozhodnout, zda určité partikulární dobro je skutečně dobrem ve vlastním slova smyslu. S takovouto celostní představou o dobru ve skutečnosti implicitně nutně pracuje i zastánce pluralitního modelu. Souvisejícím axiologickým otázkám jsem se podrobněji věnoval v KOSINKA, J. P. *Nebezpečí totalitarismu universalistických koncepcí*, s. 289 an.

³⁴ Lze mít za to, že předpokladem naplnění požadavku vyhnout se retroaktivnímu nebo arbitrárnímu normování je perspektiva existence ideálního a právě jen jednoho řešení konkrétního případu. Tento monismus *in concreto* je však docela dobře slučitelný v materiálním slova smyslu s axiologickou pluralitou *in abstracto* (mimo jednotlivý daný případ). Tato pluralita *in abstracto* spolu s deficitem našeho poznání potom zpětně vysvětluje rozdílné právní názory v konkrétním případě, nicméně všechny takto odlišující se názory vycházejí z představ o ideálním řešení případu, které v různé míře participují a nutně musejí čerpat svoji legitimitu z uvedené participace, respektive vztahování se k ideálnímu řešení. V tomto smyslu i názor založený na axiologickém pluralismu je systémem, který tenduje k monismu, projevující se minimálně tím způsobem, že vytváří určitá pravidla poměrování a vyvažování různých nehierarchických dober (ve smyslu abstraktních hodnot). Pozice axiologického pluralismu, spočívající v tvrzení, že mohou existovat dva vzájemně neslučitelné, nebo dokonce nesouměřitelné přístupy založené na odlišných, vzájemně neredukovatelných a stejně legitimních dobrech, jejichž vzájemné vztahy dále nepřevádíme na společného vyššího jmenovatele, z jehož perspektivy oba pohledy nahlížíme a mezi dotčenými dobry poměříme, znamená v konečném důsledku tvrdit, že rozdíl mezi spravedlností a nespravedlností je věcí nahodilosti, zda moje axiologická východiska (jinak stejně legitimní jako ta s nimi rozporná) budou v konkrétním případě totožná s těmi, ze kterých bude vycházet soudce, jemuž bude přidělena v budoucnu moje případná kauza. A pokud dojde k neshodě (soudce bude vycházet z odlišné, avšak stejně legitimní hodnoty než subjekt práva), je to prostě jen „smůla“ nebo nepřízeň fortuny [...] znamená to likvidaci řádu spravedlnosti a dobra.

³⁵ Zároveň z výše uvedeného neoddělitelného vztahu mezi pozitivní a ideální stránkou práva vyplývá, že každé pozitivní právo musí v nějaké míře (v podstatných znacích) participovat na svém ideálním předobrazu, jinak přestává být právem. Problémem ovšem může být přesná identifikace těchto podstatných znaků, a zejména jejich hranic, *in concreto*.

³⁶ Srovnej: ALEXY, R. *Pojem a platnosť práva*. Bratislava: Kaligram, 2009, s. 76: „Ak je miera nepravdnosti takýchto noriem taká extrémna, preto aj taká evidentná, že ju každý zreteľne rozpozná [již v okamžiku páchaní – pozn. J. P. K.], potom nemôže byť ani reči o nejakom skrytom retroaktívnom účinku.“

³⁷ Může být samozřejmě diskutabilní, zda v případě absence pozitivněprávní regulace je legitimní ukládat právním subjektům povinnosti pouze s odkazem na přirozené právo. Je však rovněž nepochybné, že minimálně v některých krajních případech

(a explicitního uznání) těchto apriorních (ideálních) norem (principů) se nelze normativní retroaktivitě vyhnout.

2. Pozitivistická perspektiva: Retroaktivní aplikace práva

Podívejme se proto na alternativní přístup pozitivistů. Přestože otázka retroaktivity pozitivněprávní regulace není v odborné literatuře zcela nepochybně přijímána, přikláním se k výše řečené hypotéze o nevyhnutelnosti retroaktivního normování v rámci pozitivistického přístupu, přičemž vycházím při své úvaze z těchto tří předpokladů: Za prvé z toho, že právní pravidla vyvozovaná z textů pozitivních právních norem mají v teorii pozitivismu neostře obrysy,³⁸ nelze tedy předem přesně rozlišit okruh všech situací, v nichž se aplikovat budou, a situací opačných. Nebo též je možno říci, že právní pravidla nejsou obsažena bezesbýtku v literě samotného právního předpisu tak, že by bylo možno předpis bez dalšího přiložit na daný skutkový stav, nýbrž fakticky právní pravidla vznikají až jako důsledek interpretace příslušného pramene práva, tedy konkrétní podoba právního pravidla závisí na interpretaci psaného či nepsaného pramene práva. Bez patřičného hermeneutického zpracování je konkrétní právní pravidlo nejisté. Této problematice se podrobně věnuje H. L. A. Hart v proslavené práci *Pojem práva*.³⁹ Pojednává o ní např. i Pavel Holländer ve své *Filozofii práva*.⁴⁰

Za druhé vycházím z toho, že v konkrétním případě provedení interpretace příslušným subjektem je závislé nejen na jeho rozumových schopnostech a obeznámenosti s materií objektivního práva, nýbrž i na jeho hodnotových a morálních předpokladech a východiscích. Odborně se tento zdroj vstupních informací pro aplikující orgán označuje jako předporozumění, které vnáší do metody výkladu, označované jako hermeneutický kruh, další proměnnou. Tyto informace, z nichž se skládá předporozumění, ovšem nejsou co do zahrnutých prvků taxativně vymezeny a značně se u jednotlivých autorů (i subjektů ve fázi realizace) v praxi liší (viz práce Lukáše Hloucha *Teorie a realita právní interpretace*⁴¹ a rovněž myšlenka z knihy *Pravda a metoda* od Gadamera,⁴² která postuluje zásadní roli interpreta – záleží na subjektu a jeho předporozumění, které však není interpretu k dispozici – *zajatec předporozumění*). Význam osoby interpreta pro samotný výklad a apli-

toto lze (např. Norimberský proces). A rovněž je zřejmé, že pokud takové případy by mohly vyvolávat pochybnosti o legitimitě takovéto aplikace, potom námitky nevyplývají ani tak z temporálních okolností vzniku a působení právních pravidel, jako spíše z (ne)dostatečné jasnosti a zřejmosti jejich antecedentní formulace v konkrétním případě, a tedy legitimacy požadavku jejich zachování po jejich adresátech (s ohledem na zásadu právní jistoty), a proto jsou použitelná (je legitimní je vynucovat – s ohledem na princip právní jistoty) jen v extrémních a morálně jasných případech.

³⁸ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 133–139, též DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*, s. 43 an.

³⁹ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004.

⁴⁰ HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 296–310. K důvodům toho jevu řadí, viz s. 297, důvody noetické či nemožnost apriorně myšlenkově uchopit svět v jeho úplnosti (v statickém i dynamickém, tj. vývojovém rozměru), důvody sdělnosti, tedy nutnosti použít jako komunikačního prostředku přirozeného jazyka, respektive jeho modifikace, pro nějž je příznačná určitá míra sémantické a syntaktické nepřesnosti, za třetí důvody obecnosti právní regulace jako definičního znaku práva (a s tím spojenou neurčitost při překonávání obloku mezi obecnou normativní úpravou a konkrétními parametry případu, na nějž je aplikována) a za čtvrté rozdíl mezi strukturou právního předpisu a strukturou právní normy, jenž lze překlenout pouze z předporozumění vycházející myšlenkovou aktivitou interpreta. Tento jev je dáván do souvislosti s tzv. dekonstrukcí práva, kdy za empirický indikátor tohoto procesu je pokládán tzv. *ouerruling*, tedy změna konstantní judikatury. Obdobně i dle Harta je soudcovská normotvorba způsobena důvody noetickými, jazykovými a obecností práva – *Concept of law*, pozn. 21, s. 129 an. In: HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 297.

⁴¹ HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Disertační práce. Brno: PrF MU. Rovněž HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 310–317.

⁴² GADAMER, H.-G. *Pravda a metoda*. Praha: Triáda, 2010.

kaci právní normy je dnes v odborné právnické diskusi široce přijímán, proto nepovažuji za nutné tuto tezi dále dokazovat.

Třetí předpoklad vychází z toho, že pozitivisté vesměs tvrdí, že neexistuje předem dané ideální vyřešení každého konkrétního případu,⁴³ k němuž se orgán aplikující právo v rámci nalézání práva při aplikaci přibližuje.⁴⁴ Pokud by všechny tři výše uvedené předpoklady byly pravdivé, pak by ve skutečnosti aplikující orgán na základě textu právní normy, ale též na základě vlastního porozumění i předporozumění tomuto textu, fakticky právo tvořil v okamžiku jeho aplikace,⁴⁵ přičemž by se tak z hlediska jednání adresáta právní regulace dělo nutně retroaktivně. Tato vlastnost pozitivně právní koncepce fungování práva ve společnosti jasně vysvítá z debaty mezi Dworkinem a Hartem⁴⁶ pro oblast *common law*, domnívám se však, že je logickým důsledkem pozitivněprávní představy o právu jako takové. Proto Jan Bednář ve své velmi zajímavé diplomové práci konstatuje,⁴⁷ že rozhodnutí, jehož předmětem je nějaký obtížný případ, zakládá, mění a ruší práva a povinnosti na základě uvážení soudce retroaktivně.⁴⁸ Takový závěr je pro Dworkina nepřijatelný a nelze se divit, neboť retroaktivní vznik, změna nebo zánik práv či povinností popírá základní principy *rule of law*. Bednář k tomu ještě podotýká, že přesunem do oblasti kontinentální právní kultury se se popsaného problému snadno nezbavíme. I pokud nebudeme soudní rozhodnutí jakkoli považovat za formální pramen práva, postulát rovnosti před zákonem, jenž může mít i vlastní ústavněprávní opodstatnění, požaduje rozhodování druhově stejných případů stejně. Proto se ptá, jak je možné takový požadavek naplnit, bude-li soud o právech a povinnostech rozhodovat retroaktivně. Já bych k tomu

⁴³ Nejde tu o to, že v praxi dochází v konkrétním případě k empiricky prokazatelné „teoretické neshodě“ o tom, jaké je ideální (nejspíšeji nalezené) řešení daného případu (zejména v tzv. *hard case*), nýbrž o tvrzení, že takové ideální řešení ve skutečnosti (alespoň v některých případech) z principu neexistuje, či ani existovat nemůže (samozřejmě pro empirika je tato distinkce těžko uchopitelná). „Dostatečně“ zdůvodněný nesouhlas či „rozumná“ neshoda se staly celkem frekventovanými pojmy právní teorie (viz např. SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*, s. 221 an. a tam uváděné zdroje). V mírně odlišném kontextu je tato problematika tematizována in: KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 261, s tam uvedenými odkazy na primární zdroje: Pro MacCormicka je to reziduální oblast „čistě praktické neshody“, Kelsen tvrdí, že: „všechny metody interpretace [...] vedou pouze k možnému, nikoliv nutnému závěru.“ Díky převažujícímu vlivu pozitivismu v dnešní právní teorii je toto stanovisko i obecně převažující pozici v relativisticky orientované právní vědě, byť někdy je potlačováno postulátem (domnělé) fikce jediného správného řešení, vyplývající ze zákazu arbitrarности soudního rozhodování, ke které se musí dospět právně relevantní argumentací. Zdeněk Kühn tento postoj nazývá „optimistický nonkognitivismus“ – KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře*, s. 375. Tomáš Sobek samozřejmě logicky správně označuje takové přístupy za fikcionismus.

⁴⁴ HOLLÄNDER uvádí, že: „V právní teorii převažuje názor odmítající Dworkinovu představu o metodologické dosažitelnosti jediného správného řešení právního případu (předpokládající i jedinou správnou interpretaci relevantního práva)“, HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 312 s odkazem na DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, pozn. 3, s. 348 an.

⁴⁵ Což ovšem celkem nepokrytě hlásá určitý proud tzv. realistické jurisprudence, téměř ztotožňující právo s rozhodovací činností soudů, viz např. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 164 an.

⁴⁶ DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 43 an. (na s. 53 je to vyjádřeno explicitně) a HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, zejména s. 129–156, nebo též BEDNÁŘ, J. *Princip proporcionality: teoretické opodstatnění a praktické použití*. Diplomová práce [online]. Brno: PrF MU, 2011, s. 26. [cit. 25. 2. 2018]. Dostupné z elektronického archívu: <https://www.academia.edu/35700914/Princip_proporcionality>.

⁴⁷ „Právní pravidla vyvozovaná z textů právních norem mají v teorii pozitivismu neostře obrysy, nelze tedy předem přesně rozlišit okruh všech situací, v nichž se aplikovat budou, a situací opačných. Hart v této souvislosti hovoří o otevřeně textuře pravidel. Soubor všech pravidel identifikovatelných pravidlem uznání však dle pozitivismu představuje úplný obsah pojmu práva v objektivním smyslu. Tyto představy jsou důvodem, proč se následně hovoří o obtížných případech, které dle pozitivistů nelze rozhodnout aplikací práva, nýbrž je nutno uplatnit diskreci. Pozice pozitivistů pak dle Dworkina spočívá v tom, že při uplatnění této diskrece nejsou k rozhodnutí právní otázky použita právní pravidla, nýbrž pravidla nějakého jiného druhu a – přinejmenším v právní kultuře *common law* – je jejich použitím vytvářeno nové právo“, viz BEDNÁŘ, J. *Princip proporcionality: teoretické opodstatnění a praktické použití*, s. 26. S odkazem na DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*, s. 43.

⁴⁸ BEDNÁŘ, J. *Princip proporcionality: teoretické opodstatnění a praktické použití*, s. 26 s odkazem na DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*, s. 53.

ještě dodal: Retroaktivně a na základě svého individuálně utvářeného předporozumění, a to dokonce snad ještě v kontextu neredukovatelné axiologické plurality.

Zatímco anglosaský pozitivismus implikuje retroaktivní působení práva přímo, vykazuje kontinentální pozitivismus určité odlišnosti. Lze zde pozorovat větší smysl pro deduktivní myšlení oproti anglickému induktivismu, a proto větší smysl pro ontologii a abstraktní principy.⁴⁹ Avšak se zdá, že i přes kritický postoj⁵⁰ k tomuto pojetí jej alespoň částečně akceptuje i největší ze zástupců kontinentálního pozitivismu, totiž Hans Kelsen, který – například když cituje Johna Ch. Graye – rozlišuje plnou a neúplnou platnost práva, přičemž úplnou platnost přiznává pouze právu, které je individualizováno soudcem. Kelsen vytváří dvousložkové pojetí práva, kdy platnost individuálního pravidla je podmíněna platností základní normy. V případě mezer práva připouští možnost soudcovské normotvorby pouze v případě, že je toto oprávnění předpokládáno základní normou (*Grundnorm*).⁵¹ Až potud je tato pozice hájitelná, protože obecnost základní normy v podstatě z hlediska saturace deficitu legitimacy *ex post* vytvářených pravidel může plnit podobnou roli (po formální stránce) jako přirozené právo pro právo pozitivní.⁵² Nicméně problematický bod podle mého mínění vstupuje do celé problematiky s Kelsenem akceptovaným relativismem hodnotových a spravedlnostních představ.⁵³ Za tohoto předpokladu by ovšem *Grundnorm* legitimizovala stanovení jak pravidla p, tak i pravidla –p současně, čímž by však jakýkoliv legitimizační potenciál reálně ztrácela. V důsledku toho ovšem opět dochází k rekurzu do původní situace, že konkrétní individuální právní norma fakticky vzniká *ex post* z hlediska jednání subjektu, a to na základě předem ne zcela (zejména pokud se jedná o tzv. *hard case*) předvídatelných (totiž náhodných) okolností konkrétního subjektivního spravedlnostního a hodnotového nastavení příslušného soudce. Jestliže však platí takovýto vztah mezi vznikem právního pravidla a jednáním subjektu, lze těžko takovou normu považovat za legitimní. Kelsen si je samozřejmě tohoto nebezpečí vědom, a proto svoji tezi doplňuje požadavkem (v jeho pojetí „politicko-právním“, nikoliv však vyplývajícím z povahy norem samotných) na blíže neurčenou „pravděpodobnost soudcovského rozhodnutí, aby bylo možné chování podle toho zařídit“.⁵⁴ I přes to ovšem zůstává otázkou, proč by měl někdo být zavázán pouze pravděpodobnou normou (respektive budoucím právním pravidlem, které bude mít pouze pravděpodobně určitý obsah), když ze samé povahy pravděpodobnosti vyplývá,⁵⁵ že jeho skutečný obsah může být ve skutečnosti i jiný. A pokud se jisté (byť třeba minoritní) procento adresátů normy

⁴⁹ To zřejmě souvisí mimo jiné (jako např. s historickou kontinuitou vývoje práva) i s mírou vlivu tzv. nominalistické revoluce na utváření jednotlivých systémů práva, respektive její absence – ve střední Evropě pod vlivem tomismu a ve Francii určitých reminiscencí platonského myšlení za Velké francouzské revoluce, viz STANISZKIS, J. *O moci a bezmoci*. Brno: CDK, 2009, s. 48 a 43, respektive obecně řečeno mírou vlivu myšlení utvářeného pod vlivem katolicismu.

⁵⁰ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*, pozn. 43, s. 316.

⁵¹ Ibidem, s. 446, pozn. 165. Odhlédneme nyní jednak od neujasněnosti ontologické povahy *Grundnorm*, jejíž reálnou existenci Kelsen v souladu se svým pozitivismem popírá, z čehož např. Sobek logicky dovozuje, že se jedná o fikci, viz SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 376, a jednak od určitého deficitu *Grundnorm* oproti přirozenému zákonu, vyplývající z její abstraktnosti, a tudíž obsahové neurčitosti (viz níže).

⁵² Byť již zde na počátku s určitým deficitem vyplývajícím z toho faktu, že *Grundnorm* je na rozdíl od přirozeného práva pouze formální normou bez konkretizovaného materiálního obsahu, kdežto přirozený zákon a z něho vyplývající přirozené právo má vždy jak formální, tak i materiální stránku (byť její konkrétní obsah může být z hlediska poznávajícího subjektu za určitých okolností i značně neurčitý).

⁵³ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*, s. 446, pozn. 165.

⁵⁴ Ibidem, s. 239.

⁵⁵ Pokud by se jednalo o stoprocentní pravděpodobnost, již by to nebyla pravděpodobnost, nýbrž jistota. Tu ovšem Kelsen nepožaduje a s ohledem na povahu své relativistické perspektivy ani požadovat nemůže.

rozhodne řídit se minoritně pravděpodobnou budoucí formulací právního pravidla, proč by za to měly být tyto subjekty *ex post* postihovány? Respektive jaká je legitimita takové sankce? Problém tedy spatřuji v tom, že ačkoliv se Hans Kelsen snaží držet tradiční kontinentální pojetí práva, které je teoreticky tvořeno (alespoň primárně) zákonodárcem, pozitivistická perspektiva jej opakovaně nutí zastávat stanoviska, která ve svých důsledcích směřují k *ex post actum* stanovování pravidel chování. Zdá se proto, že závěr v tom smyslu, že veškeré právo je vlastně právem vytvořeným soudci, je nutnou implikací důsledně pozitivistického pojetí práva jako takového.⁵⁶

Pokud by výše uvedené předpoklady byly pravdivé, nemohla by takováto aplikace právních pravidel v konkrétním případě nemít vliv na jejich samotnou legitimitu, neboť takováto pravidla by potom spíše vypovídala o obeznamenosti orgánu aplikujícího právo s textem právních norem, o jeho hodnotových východiscích a morálních zásadách a volním směřování než o tom, jak by se měl adresát práva sám chovat. Pokud by právní pravidla byla tvořena skutečně retroaktivně, takové právo by bylo nelegitimní (minimálně v „obtížných“⁵⁷ případech), protože nikdo se zdravým rozumem se nemůže cítit být vázán pravidly v zásadě subjektivně konstruovanými orgánem aplikujícím právo, navíc ještě *ex post actum* z hlediska jednajícího adresáta. Takové právo by ale pravděpodobně bylo navíc i dysfunkční, protože by bylo z hlediska adresáta neurčité nebo až nepředvídatelné.

Pozitivismus tím ovšem mimoděk opět implikuje představu vztahu adresáta práva a právního řádu, která se dostává do rozporu s Fullerem postulovaným předpokladem člověka jako odpovědného (předpokladem toho je svoboda subjektu⁵⁸) činitele, který je schopen porozumět pravidlům, dodržovat je a odpovídat za chyby. V případě retroaktivního stanovování pravidel⁵⁹ by však o předběžném poznávání pravidel ani jejich zodpovědném dodržování (minimálně v obtížných případech) nemohlo být vůbec řeči.

Z výše uvedeného vyplývají dva podstatné závěry: Jednak to, že je třeba si otevřeně položit otázku, či chceme držet pojetí, respektive zda jsme přesvědčeni o schopnosti člověka být svobodnou a odpovědnou bytostí, nebo akceptujeme opačný závěr, který se s pozitivistickým pojetím práva srovnává mnohem lépe. Ve hře tedy vůbec není málo. Není to málo, pokud ovšem za „*pseudoproblém*“ neprohlásíme i otázku, zda člověk ze své podstaty je schopen být odpovědným činitelem a má kapacitu porozumět pravidlům a perspektivně se jimi řídit. Není třeba asi příliš rozvádět, že současná věda pod vlivem (pozitivisticky orientované) sociologie v této věci rovněž nemá jasno.⁶⁰ V takovém případě

⁵⁶ Je tak prolamována základní přirozenoprávní teze, že *právo a spravedlnost nejsou zákonodárci k dispozici*, viz HOLLÄNDER, P. *Příběhy právních pojmů*, s. 139.

⁵⁷ Které to však jsou? I to může být sporné či obtížné rozhodnutelné.

⁵⁸ Je zřejmé pravidlem nominalistického diskursu, že cestou absolutizace některých výchozích předpokladů postupně dospěje až k jejich úplnému popření. Tak jako nominalisté Ockhamem počínaje stavěli na absolutizaci Boží svobody (nevázané rozumem) a transcendentnosti, aby již za Hobbese se byli schopni zcela obejít bez Boha, tak liberálové absolutizaci svobody (ve smyslu svobody nevázané rozumem či přirozeností) celkem pravidelně dospívají k determinismu, a tedy k popření svobody člověka. Tento vývoj je celkem spolehlivě dokumentovatelný například i na myšlenkově na sebe navazující dvojici autorů Isaiah Berlin (absolutizace svobody – viz shora citované dílo) a John N. Gray (popření svobody – viz k tomu např. GRAY, J. N. *The Soul of the Marionette: A Short Inquiry into the Human Freedom*. London: Penguin Books, 2016). Jiným příkladem takového sebezpopírajícího (nominalistického) vývoje je původní (19. a 20. století) liberální adorace pokroku, která se nyní mění v jeho úplnou negaci tím, že byly popřeny jeho předpoklady (viz KRASNODEBSKI, Z. *Zánik myšlenky pokroku*. Červený Kostelec: Pavel Mervart, 2006).

⁵⁹ Joseph Raz to píše zcela otevřeně (viz RAZ, J. *On the Nature of Law*. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 1996, roč. 1996, č. 82, s. 23): „*Výběr správné interpretace je aktem autoritativního výkladu, jehož efektem je tvorba práva.*“ V obdobném smyslu i další pozitivisté, zejména z tzv. školy právního realismu (Oliver Wendell Holmes apod.).

⁶⁰ Např. se zdá, že Ota Weinberger navzdory kritice Kelsena ve smyslu antropologické neadekvátnosti a humanistického pesimismu jeho sankční teorie norem sám přitakává sociálnímu determinismu člověka, viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Brno: PrF MU, 1995, s. 139.

bychom však měli zcela redefinovat pojetí práva (i morálky), které stále⁶¹ implicitně lidskou svobodu a schopnost odpovědnosti předpokládají. Nemyslím si ovšem, že by případná změna v naznačeném směru byla jakkoliv přínosná.

Pokud ovšem se přikloníme na stranu tradičního antropologického pojetí, pak je vhodné si uvědomit, že pozitivistické koncepce v důsledku své neadekvátnosti vlastně implicitně upírají či zpochybňují takovouto kapacitu člověka a tendují k degradaci lidství a redukci člověka na pouhý objekt systému práva. To je hlavní důvod, proč v opozici k pozitivistům i např. Fuller (který rozhodně nepatří mezi iusnaturalisty v plném smyslu slova⁶²) znovu dovozuje závazek zákonodárce vůči občanovi tvořit právo určitým způsobem. Taková argumentace vychází z analýzy účelového určení práva jako společenského fenoménu.⁶³ Jak uvádí, právo – jako cílevědomá činnost podřizující lidské jednání pravidlům – má interaktivní charakter, z čehož vyplývá i určitá povinnost normotvůrce vůči občanům, totiž povinnost zachovávat inherentní kvalitu normotvorby. To ovšem nelze hájit z pozice hodnotově relativistického pozitivismu.⁶⁴

Druhý závěr, který lze z výše řečeného dovodit, je tento: Pokud dospějeme k závěru o neadekvátnosti (ve vztahu k požadavku legitimacy normování, tedy k nepoužívání retroaktivity) pozitivistického pojetí tvorby právních pravidel, které spočívá na předpokladu platnosti tří výše postulovaných premis (a pouze těchto tří), lze mít za to, že alespoň jedna z těchto presumpcí implikuje tuto neadekvátnost, a musí tudíž být rovněž s požadavky legitimacy a s ní souvisejícím požadavkem zákazu retroaktivity nekompatibilní. Je přitom jednoznačně zjevné, že platnost prvního předpokladu nelze rozumně zpochybnit, protože bez interpretace není aplikace práva. Rovněž druhý v pořadí uváděné východisko se jeví jako těžko zpochybnitelné, byť nikoliv tak zjevně. Jeho evidentnost je však patrná zejména v nejistých, obtížných nebo sporných případech. V situacích zdánlivě jednoznačných by mohl potenciální oponent namítnout, že nezáleží na hodnotovém a volném zázemí orgánu aplikujícího právo. Mám za to, že tomu tak zcela není.⁶⁵ Neboť ve většině běžných případů na hodnotovém zázemí orgánu nezáleží jen zdánlivě, protože ve skutečnosti většinou dochází na základě akceptace obecné kultury k průnikům, respektive identifikaci, základních postojů právo aplikujícího orgánu s hodnotami a předpoklady zákonodárce, a proto se nějaký zjevný rozpor nemůže projevit. To ovšem neznamená, že hodnotová kritéria toho, kdo právo aplikuje, nejsou ve hře a jejich dílčí nuance zcela subjektivně nemodifikují konkrétně aplikovaná právní pravidla. Dokonce bych si dovolil říct, že zajištění úplné totožnosti pozitivních normativních vůlí subjektů normotvorby a aplikace práva je velmi málo pravděpodobné.

Oba dva výše zmiňované předpoklady jsou (alespoň v tzv. obtížných případech) pravdivé, přitom však v jejich důsledku nutně vstupuje do rozhodování (formulování konkrétní normy) subjektivní prvek, který způsobuje, že konkrétní norma je v pozitivněprávním

⁶¹ Proč ovšem? Pouze z jakési historické setrvačnosti, nebo to má i nějaké další, totiž ontologické, důvody?

⁶² Někdy je označován za příslušníka nového pojetí nebo též nonpozitivismu, který však je značně odlišný, i přes určité shody, od klasického iusnaturalismu, viz např. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 254.

⁶³ Účelové určení práva bude v dalším výkladu velmi významný pojem. Tento pojem pozitivismus zcela postrádá.

⁶⁴ Je samozřejmě diskutabilní jak úzce, respektive široce příslušné nerelativizovatelné prvky vymezíme, např. zda je omezíme – jako Fuller – pouze na formální stránku normotvorby, či je vztáhneme i na stránku obsahovou a – pokud ano – jak konkrétně ji vymezíme. Zde je samozřejmě široké pole pro rozvoj poznávání a tříbení názorů.

⁶⁵ Respektive mohlo by to platit pouze v naprosto jasných případech, kde soudce aplikuje příslušnou normu, případně i navzdory svému vnitřnímu přesvědčení, nicméně i při takové aplikaci vstupuje do hry jeho subjektivní předporozumění, které se pravděpodobně alespoň v určitých nuancích projeví (být lze zřejmě připustit, že je myslitelný jednoduchý případ, kde by to nehrálo roli nebo jen zcela zanedbatelnou.)

smyslu stanovena až *ex post actum* jednání adresáta normy. Jestliže však tyto dvě premisy nelze z právního rozhodování smysluplně eliminovat a zároveň spolu s třetím předpokladem – o neexistenci jediného ideálního řešení – směřují k pojetí práva jako retroaktivního stanovování (výběru) konkrétního pravidla z více v úvahu připadajících možností, přičemž současně máme zachovat požadavek zákazu retroaktivního normování, potom zbývá už pouze poslední možnost, jak toho dosáhnout, totiž zpochybnit pravdivost tvrzení o neexistenci apriorního ideálního řešení konkrétního případu. Samozřejmě jsem si vědom, že tato zpochybňovaná posledně uváděná premisa je přímou konsekvencí non-kognitivisticky definované filozofie, tedy prakticky převládajícího mínění ve všech společenskovědních oborech současnosti a takříkajíc zlatého telete relativismu.⁶⁶ Nicméně navzdory tomu jsem přesvědčen, že jedině antiteze tohoto posledního bodu (tedy že existuje v principu alespoň do určité míry poznatelné ideální řešení pro každý konkrétní případ⁶⁷) udržuje vazbu intencionální totožnosti mezi původní vůlí zákonodárce⁶⁸ a subjektu aplikujícího právo,⁶⁹ a to bez ohledu na v praxi nesnadnou exaktní verifikovatelnost a deskripci takového příkazu, a tudíž i bez ohledu na to, že konkrétní subjekty si jej a jeho přesného obsahu nemusí být explicitně či dopodrobna vědomy. Pokud ovšem přijmeme tento závěr, právo se pak v praxi jeví otázkou míry dosahování tohoto ideálu, jak dovozuje již vícekrát citovaný Fuller, když vyvrací Dworkinovu tezi, že právo buď je, nebo ne.⁷⁰ Tento ideál nám rovněž zpětně poskytuje potřebné kritérium pro stanovení míry extrémní nespravedlnosti ve smyslu Radbruchovy formule.

Nejedná se totiž o plané slovíčkaření, pokud si klademe otázku, zda soudce právo tvoří, či jej nalézá. V prvním případě problematičnost není dána jenom s ohledem na legitimitu takového práva z hlediska práv a povinností subjektů práva a legitimacy takových mocenských *ex post* zásahů do jejich jednání, nýbrž i z hlediska samotné legitimacy politického systému jako celku s ohledem na ústavně postulovanou dělbu moci. To se nejmarkantněji projevuje v případech tzv. *outravujícího* soudního rozhodnutí, kterým se mění předchozí ustálená judikatura soudů v dané věci. I v takovýchto případech se implicitně předpokládá, že práva a povinnosti existovaly, nebo k porušení práva či povinnosti došlo, v době právně významného jednání, nikoliv až v době soudního rozhodnutí, čili předpokládá se, že příslušné právní pravidlo existovalo v době, kdy vlastně ještě pozitivněprávní pravidlo nebylo zformulováno, ba naopak zformulováno bylo pozitivní pravidlo, které se později ukázalo jako (již, nebo alespoň pouze pro daný případ) neplatné. Pavel Holländer v souvislosti s nárůstem *outravujícího* v kontextu pozitivistického chápání práva s jeho možnými retroaktivními implikacemi zmiňuje Kafkův *Zámek*, kterým bloudí Dworkinův soudce Hercules.⁷¹ Domnívám se, že tak jako v Kafkově románu je odcizení důsledkem vytvoření

⁶⁶ Což je mimochodem vysvětlením (nebo alespoň plausibilní hypotézou) toho, proč se od novověku nedaří stabilizovat poslední odůvodnění lidských práv, potažmo legitimacy práva, respektive státu, jak o tom píšou Alexy nebo Böckenförde ve svých pracích a jak to konstatuje např. Holländer, viz HOLLÄNDER, P. *Vážně jsme již všichni pozitivisté*. In: PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et. al. *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011, s. 40 nebo HOLLÄNDER, P. *Soumrak moderního státu*, s. 9–11 a 15–16.

⁶⁷ To ovšem neznamená, že v praktické rovině nemohou existovat dvě odlišné formy zcela rovnocenné právní úpravy (např. jízda po pozemních komunikacích vpravo a vlevo). V konkrétním případě je však správné a spravedlivé jezdit pouze vlevo, nebo vpravo, dle konkrétních okolností případu (spravedlnost zahrnuje i zachovávání pozitivního práva, pokud se nejedná o exces; právní jistota je nepochybně jedním z rozměrů požadavků spravedlnosti i v přirozenoprávním nahlížení na právo).

⁶⁸ Pokud se pohybujeme na poli přirozeného práva, je možné hovořit i o „ideálu“.

⁶⁹ Jejichž vztah je možné chápat jako poměr abstraktního ke konkrétnímu, respektive konkretizaci abstraktní normy.

⁷⁰ FULLER, L. L. *Morálka práva*, s. 202 an.

⁷¹ HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*, s. 310.

si od reality odtrženého, fiktivního světa, tak i v tomto případě odtržení se od realistické filozofie a vybudování si umělých, na nominalismu založených konstrukcí pozitivismu vede k absurdním konsekvencím.⁷²

Závěr: Dvě principiálně neslučitelné perspektivy

Bohužel i Ota Weinberger (obdobně i Tomáš Sobek a další) je dokladem toho, že prakticky nelze stát mimo jeden ze základních systémů právního myšlení nebo nad nimi. Neutrální území nebylo dosud nalezeno a mám dobré důvody se domnívat, že ve skutečnosti neexistuje a ani existovat nemůže.⁷³ Překonání rozporů mezi pozitivismem a iusnaturalismem ve Weinbergerově duchu prakticky znamená likvidaci přirozeného práva. Rozpor totiž ve skutečnosti leží mnohem hlouběji, než připouští Weinbergerova analýza,⁷⁴ totiž minimálně ve třech dichotomických a navzájem se vylučujících předpokladech obou přístupů:

- a) nonkognitivismus (agnosticismus) x alespoň principiální kognitivismus (byť v praxi třeba i do značné míry limitovaný);
- b) relativismus (či neredukovatelný pluralismus nejvyšších hodnot, posledních cílů, účelů) x universalismus;
- c) materialismus (empirismus) x idealismus (racionalismus).

Pavel Holländer tato dilemata v oblasti práva spojuje⁷⁵ s dvěma rozdílnými představami o deonticky ideálním světě, který je buď humovskými pluralitní, nebo tomisticky univernální. Odpověď na tuto dichotomii potom předznamenává i zodpovězení tzv. Jorgensenova dilematu, které má konsekvence nejen logické a noetické, nýbrž i ontologické a axiologické.⁷⁶

Akceptace či odmítnutí představy reálné existence ideálního řádu věcí, který je alespoň v principu poznatelný lidským rozumem⁷⁷ a je základem všeho dalšího normování a jenž všem pozitivním normám zaručuje či odnímá legitimitu, pak tvoří skutečné nepř-

⁷² Pozornému kritikovi jistě neuniklo, že začínám příslušnou pasáž svojí argumentace zkoumáním vztahu mezi postulátem zákazu retroaktivity a požadavkem legitimacy práva a uzavírám tvrzením o nepravdivosti jednoho z předpokladů, na nichž stojí pozitivistická představa tvorby právních pravidel, a tedy i celé pozitivistické koncepce. Jinými slovy: jakoby přeskakují distinkci mezi tím, že na počátku zjišťuji, že za výše uvedených třech předpokladů nelze udržet zákaz retroaktivity normování, a závěrem, ve kterém tvrdím, že pluralistický koncept neexistuje, respektive je chybný [...]. V podstatě je v této myšlenkové operaci skryt zamlčený předpoklad, že svět je stvořen rozumně a v zásadě je našimi intuicemi postihován správně. Za tohoto předpokladu platí, že jestliže premisy vedou k absurdním závěrům, jsou chybné. Samozřejmě by bylo ještě možné – logicky vzato – uvažovat o variantě, že ve skutečnosti žádná legitimita neexistuje a právo se skutečně tvoří retroaktivně. Za takového předpokladu by potom bylo možné udržet pluralistický model jako existenčně možný. Otázkou ovšem je, zda by bylo možné udržet právo jako právo, tedy alespoň tak, jak jej běžně chápeme. Nepochybně by to totiž znamenalo, že naše základní intuice o právu, spravedlnosti, legitimitě atp. jsou radikálně mylné [...] se všemi důsledky z tohoto závěru vyplývajícími. Dovolil jsem si proto provést dedukci ještě o jeden stupeň výše, tedy, že pokud připustíme, že legitimita a její požadavek není jen fikce či konvence, ale má svůj objektivní základ v realitě, potom je možné dovodit, že předpoklad, který ji vylučuje, není ani pravdivý [...]. Pokud by tato operace byla na některého čtenáře příliš, mohu zůstat i pouze jen u závěru, že pluralita ideálních řešení konkrétního případu není slučitelná s požadavky zákazu retroaktivity a legitimacy práva. A je nyní na oponentovi zastávajícím pluralitní model, aby prokázal, že se bez těchto dvou základních hodnot práva ojedeme. Z jiného úhlu pohledu je tato diskuse vlastně jen potvrzením závěru prof. Smithe, který cituji v samém závěru tohoto textu.

⁷³ I u tzv. „vstřícných pozitivistů“ se vždy jedná o pozitivistické nahlížení na přirozené právo.

⁷⁴ WEINBERGER, O. *Filozofie, právo a morálka*, s. 63 an.

⁷⁵ HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 44, 46, 48.

⁷⁶ Viz moje pozn. č. 25.

⁷⁷ Srovnej, ALEX, R. *Pojem a platnosť práva*, s. 77: „pričom sa zároveň zreteľne demonštrovalo, že vyvrátenie celého radu námietok závisí od toho, či je možné racionálne zdôvodniť aspoň niektoré minimálne morálne požiadavky“.

kročitelné rozlišující kritérium mezi oběma základními systémy. Jádrem celého sporu se proto zřejmě skrývá v řešení metafyzické a antropologické problematiky objektivního určení lidského „telos“, respektive objektivního „telos“ všech jsoucen. Zde se zdá, že je splývání obou protichůdných pozic pojmově vyloučené. Posledním sporem mezi metafyzicky založenými základy filozofie na jedné a antimetafyzickými na druhé straně je tak nakonec odpověď na následující tři otázky: Zda v základu veškerého bytí je objektivní dobro, nebo náhoda, rozumnost, nebo iracionalita a svoboda,⁷⁸ nebo nutnost.⁷⁹ Spor mezi právními metafyziky a nonkognitivisty proto odráží spor mezi realisty a nominalisty, respektive racionalisty a voluntaristy. Jde o to, zda existují inteligibilní a nám poznatelné (alespoň v principu) struktury jsoucen, které jsou z hlediska vůle normotvůrce (ať už za něho považujeme Boha, panovníka, stát, parlament atp.) objektivní a na které musí i tento normotvůrce při normotvorné činnosti brát ohled.⁸⁰ Tento závěr konvenuje s tvrzením profesora Smithe, který uvádí,⁸¹ že v zásadě existují jen dva důsledné myšlenkové koncepty nejen práva, ale i celé morální filozofie, jejího poznávání a příslušného diskursu, tedy jak noetiky, tak i ontologie jako celku: buď realistický racionální kognitivismus, anebo nihilismus.

⁷⁸ Není vůbec náhodou, že empirici dospívají pravidelně k nějaké formě determinismu a faktickému popření lidské svobody.

⁷⁹ Inspirováno veřejnou promluvou Benedikta XVI. ve Vatikánu dne 25. dubna 2011, zdroje již nelze dohledat.

⁸⁰ Ontologický realismus, který jako jediný umožňuje smysluplné zdůvodnění nejen normativity, a tudíž i legitimacy norem, nýbrž i svobody (oproti determinismu i tzv. iluzionismu svobody) a důstojnosti člověka, jenž se nepodřizuje slepě nějakým na fikcích založeným normám, nýbrž objektivně jsoucímu řádu. Přitom i pozitivní skutečnost dosvědčuje, že základní intuice lidí tíhnou k tomu, aby se cíle, hodnocení, preference a normy poměřovaly kritérii pravdy, dobra a spravedlnosti. Pokud by totiž takovými nebyly, zastávání příslušných konkrétních cílů, hodnocení atd. by bylo otázkou pouhého utilitarismu, což je značně labilní pozice s tendencí směřující k nihilismu.

⁸¹ Když cituje Johna Rista, viz SMITH, S. D. *The Disenchantment of Secular Discourse*. Cambridge – Massachusetts – London: Harvard University Press, 2010, s. 64 a RIST, J. M. *Real Ethics: Rethinking the Foundation of Morality*, 2002, s. 44.

MORS VENIT VELOCITER

Za Jiřím Švestkou

V úterý 2. dubna se malostranském klášterním kostele sv. Josefa mělo uskutečnit poslední rozloučení veřejnosti s *profesorem JUDr. Jiřím Švestkou, DrSc.* Nenadálá událost v rodině zesnulého však způsobila, že obřad byl odvolán, a tak se pohřeb civilisty celoživotně spjatého s Právnickou fakultou Karlovy univerzity, jehož význam pro občanské právo a vliv na jeho nauku i praxi byl a je velmi podstatný, uskutečnil v intimní atmosféře jen mezi jeho nejbližšími.

Rodným městem *Jiřího Švestky* je Pelhřimov. Narodil se zde 19. ledna 1930 v rodině krejčovského dělníka. V Pelhřimově také v letech 1945–1949 vystudoval reálné gymnázium, jehož novorenesanční budova v Růžové ulici slouží od roku 1965 střední průmyslové škole. Po maturitě nastoupil *Švestka* na Právnickou fakultu Univerzity Karlovy; studia úspěšně ukončil v roce 1953. Následně absolvoval v letech 1953–1954 praxi u Krajského soudu v Ústí nad Labem a poté začal pracovat na své *alma mater*, již zůstal trvale věrný. V průběhu svého působení na pražské právnické fakultě dosáhl postupně vědecko-pedagogických hodností kandidáta právních věd (1959), docenta (1964), doktora právních věd (1982) a profesora občanského práva (1985). O obhajobě *Švestkovy* kandidátské disertace podala v *Právniku* podrobnou zprávu *Marta Knappová* (*Právník*, 1959, XCVIII, s. 562 a násl.); obhajobu doktorské disertace pak redakční zpráva našeho časopisu (*Právník*, 1983, CXXXII, s. 91 a násl.). Šedesáté narozeniny slavil *Jiří Švestka* v době, kdy se – jako již poněkolikáté za jeho dlouhého života – podstatně měnily společenské, politické a hospodářské podmínky v našem státě. Se změnou paradigmat se *profesor Švestka* ztotožnil a aktivně se zapojil do reformy zdejšího právního řádu a jeho přizpůsobování novým podmínkám, přestože se s některými novými jevy v právu obtížně vyrovnával.

Vědecké dílo *Jiřího Švestky* zahrnuje především monografie *Odpovědnost za škodu při provozu zvláště nebezpečném* (1958), *Odpovědnost za škodu podle občanského zákoníku* (1966), *Osvojení v československém právním řádu* (1973) a *Odpovědnost za vady podle československého socialistického práva* (1976). Kromě těchto prací se *Jiří Švestka* podílel společně se *Zdeňkem Češkou* a *Jindřichem Chyským* spolutaťorsky na knize *Promlčení a prekluze v československém právním řádu* (1967). S *Karlem Knapem* napsal *Ochranu osobnosti v československém občanském právu* (1969). Tato práce se po roce 1989 dočkala – za účasti dalších spolutaťorů různě přepracovaná a doplňovaná – ještě tří dalších vydání. Kromě této tvorby se *Švestka* zapojil rovněž do prací na učebních textech. Je uváděn jako spolutaťor *Učebnice československého občanského práva* z roku 1965 (redaktoři *Knapp* a *Plank*) i z roku 1974 (redaktoři *Knapp* a *Luby*). Později učebnice občanského práva redigoval *Jiří Švestka* sám (1979, 1982); od roku 1986 společně s *Jánem Lazarem*, po roce 1989 společně s jinými osobnostmi, naposledy s *Janem Dvořákem* a *Michaelou Zuklínovou Hendrychovou* (2013). Praktikující právníci mají *Švestku* spojeného patrně nejvíc s komentáři občanského zákoníku. Působil již v redakční radě velkého komentáře z roku 1987. Od roku 1991 se jako *spiritus agens* podílel na komentářích postupně vydávaných nakladatelstvím C. H. Beck, naposledy v roce 2009. Po přijetí občanského zákoníku č. 89/2014 Sb. se *profesor Švestka* společně s *profesory Dvořákem* a *Fialou* ujal vedení autorského kolektivu pro zpracování šestisvazkového komentáře pro nakladatelství Wolters Kluwer (2014), třebaže *Švestka*

sám do něj autorsky přispěl již jen velmi poskrovnu. Některá z těchto děl byla v *Právnicku* recenzována. Kniha o promlčení *Bičovským* (*Právník*, 1968, CVII, s. 470 a násl.); první vydání *Ochrany osobnosti* zhodnotil Švestkův katedrální kolega *Fiala* (*Právník*, 1970, CIX, s. 608 a násl.). Ranou edici Beckova komentáře k obč. z. pro *Právníka* posoudil *Eliáš* (*Právník*, 1994, CXXXIII, s. 1094 a násl.) a jedno z vydání učebnice občanského práva recenzoval *Plecitý* (*Právník*, 2004, CXLIII, s. 103 a násl.).

Jiří Švestka přispíval do většího počtu časopisů, *Právníka* nevyjímaje. V *Právnicku* se Švestkovy texty objevovaly takřka pětatřicet let – od jeho literárních začátků až do doby, kdy přijal místo v redakční radě *Právních rozhledů* a začal směřovat své publikační výstupy především tam. Je proto přinejmenším zvláštní, že *Právník* přecházel významná životní jubilea svého dlouholetého přispěvatele bez povšimnutí. Švestkovy příspěvky do našeho časopisu – kromě těch, které jsou v podobě zpráv z vědeckého života nerozlučně spjatý s osudem akademiků na začátku jejich vědecké dráhy (např. *Právník*, 1960, XCIX, s. 189 a násl.) – dobře ukazují na látku, jež ho v civilním právu zajímala nejvíce, i na Švestkův vědecký vývoj.

Jedno z velkých témat, jemuž se *Jiří Švestka* dlouhodobě věnoval, představuje problematika, již jsme si zvykli označovat jako právní odpovědnost. Už jeho první stať v *Právnicku* nazvaná *Některé úvahy o odpovědnosti za škodu způsobenou nesprávným postupem v úředním styku* (*Právník*, 1956, XCV, s. 714 a násl.) ukázala na autorovu odvahu otevírat nové otázky s vědeckou i argumentační erudicí. Speciálně Švestkovo otevřené úsilí o rozšíření zákonné úpravy naznačené povinnosti státu k náhradě škody – v té době prakticky omezené jen na případy nezákonné vazby – nebylo tehdy pro autora bez rizik, i když stať vyšla půl roku po XX. sjezdu KSSS a krátce poté, co *New York Times* uveřejnily utajovaný *Chruščovův* projev o zločinech stalinismu. Švestka se k tématu opakovaně vracel, psal *Jak upravit odpovědnost za škodu způsobenou nezákonným rozhodnutím* a prohluboval zdůvodňování svého postoje (*Právník*, 1965, CIV, s. 335 a násl.; společně s *Českou*) a má nespornou zásluhu na následném přijetí zák. č. 58/1969 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou rozhodnutím orgánu státu nebo jeho nesprávným úředním postupem. Jiné dílčí téma z tohoto okruhu zvedl Švestka ve stati *Společenská, morální a právní problematika příští úpravy nároků na bolestné a zmírnění zohyzdění v novém občanském zákoníku* (*Právník*, 1962, CI, s. 57 a násl.). Pro dnešek jsou práva tohoto druhu samozřejmostí, a tak si jen pamětníci dokáží představit, že pro autora prosazujícího jejich zakotvení v připravovaném kodexu vyžadovalo odvahu vypořádat s faktem, že dobové a tehdy také u nás jako kánon všeobecně vzývané sovětské občanské právo odmítalo náhradu za poškození zdraví s argumenty, že takovou újmu nelze penězi ocenit, nehledě k tomu, že uznat takové náhrady odporuje důstojnosti socialistického člověka. V době, kdy psal uvedenou stať – a vlastně již při předchozí tvorbě koncepčně pojatých *Několika úvahách nad příští úpravou závazků k náhradě škody v novém občanském zákoníku ČSSR* (*Právník*, 1961, C, s. 500 a násl.) si Švestka tehdy jistě dobře uvědomoval, že ve stávajících podmínkách bude pro něho snazší úspěšně prosazovat vlastní myšlenky v legislativní praxi, pokud se spojí s establishmentem, a tak se v roce 1962 stal členem komunistické strany. Mnohé se mu také prosadit podařilo, jak plyne ze srovnání jeho koncepce z roku 1961 s výslednou podobou úpravy náhrady škody v konečné redakci občanského zákoníku z roku 1964.

Náhrada škody představuje jedno z témat řazených do oblasti obligačního práva. *Jiří Švestka* se i na stránkách našeho časopisu věnoval řadě otázek z tohoto okruhu. Dodnes inspirativní je Švestkova stať *Předkupní právo v československém občanském zákoníku* (*Právník*, 1957, XCVI, s. 699 a násl.). V dalších letech se zabýval dnes již zapadlými instituty

spojenými s problematikou hospodářských smluv (*Právník*, 1959, XCVIII, s. 919 a násl. a *Právník*, 1960, XCIX, s. 887 a násl.); připomenutí těchto *Švestkových* prací má souvislost s tehdejšími diskusemi o kodifikaci hospodářského práva, jejíž myšlenku *Švestka*, ale také třeba *Knapp*, *Kanda* nebo *Boguszak*, marně odmítali. *Švestka* se ale věnoval i jiným otázkám; v *Právníku* např. uveřejnil pod názvem *Základní teoretické otázky promlčení v občanském zákoníku ČSSR* (*Právník*, 1965, CIV, s. 685 a násl.) jednu z přípravných studií k pozdější knize.

Šedesátá léta byla spojena s uvolněním poměrů a iluzemi o reformovatelnosti režimu, jejich druhá polovina pak sněním o socialismu s lidskou tváří. Tuto atmosféru odrážejí zvláště příspěvky, které *Švestka* společně s *Fialou* u nás publikoval od roku 1968. Vyvrcholení této jejich iniciativy představují stati *Občanské právo a jeho postavení v systému československého práva* (*Právník*, 1969, CVIII, s. 945 a násl.) a *Úvaha nad teoretickým systémem čs. občanského práva* (*Právník*, 1970, CIX, s. 77 a násl.), kde se autoři vyslovili pro rehabilitaci pojmů soukromého a veřejného práva, pro návrat občanského práva a občanského zákoníku na pozici, jakou měly dříve, a proti atomizaci soukromého práva, s čímž se nutně pojilo prohlášení některých tehdejších tzv. „samostatných“ odvětví práva, včetně práva pracovního, za zvláštní práva soukromá.

Tehdy však již reformním představám zazvonila hrana; zvláště pracovní právo bylo tabuizováno. Však také *Kalenská* oběma autorům v *Právníku* v tom směru rázně odpověděla (*Právník*, 1970, CIX, s. 541 a násl.). Normalizační éra rychle změnila paradigmaty. Přestože to při jejím nástupu neměla ani dvojice *Švestky* a *Fialy* zpočátku jednoduché, nedotklo se normalizační bezčasí katedry občanského práva na pražské právnické fakultě, jistě i *Češkovou* zásluhou, po personální stránce tak dramaticky jako některých jiných fakultních pracovišť. *Švestka* svou pozici obhájil a angažoval se v různých funkcích, mj. i jako člen komise pro zkoumání odpovědnosti československého státu v rámci Rady vzájemné hospodářské pomoci zřízené v gesci místopředsedy vlády a stálého představitele Československa v RVHP *Františka Hamouze*.

Ještě v roce 1970 se *Jiří Švestka* prezentoval v našem časopisu statí *Několik úvah nad otázkami omezení všeobecných osobnostních práv* – a pak se na desetiletí odmlčel. K *Právníku* se vrátil až v roce 1981 statí věnovanou aktivní legitimaci k uplatňování práv z vadného plnění, následujícího roku se zabýval metodologií odlišení občanského a správního práva; obě statí psal opět společně s *Fialou*. A téhož roku se společně se *Zdeňkem Češkou* také vrátil k obhajování a rozvedení „postulátu, [...] aby se občanský zákoník stal skutečným základem a v důsledku toho i završením systému občanského práva“ ve statí nazvané příznačně pro dobovou ritualitu XVI. sjezd KSČ a úkoly vědy občanského práva hmotného, občanského práva procesního a rodinného práva (*Právník*, 1982, CXXI, s. 281 a násl.). V osmdesátých letech získal *Švestka* nezpochybněnou gloriolu jedné z předních autorit nauky československého občanského práva. Ve spoluautorství s *Fialou* se ve statích uveřejněných v *Právníku* věnoval problematice právních úkonů (*Právník*, 1983, CXXII, s. 329 a násl.), obstarání prodeje věci (*Právník*, 1983, CXXII, s. 925 a násl.), osvojení (*Právník*, 1984, CXXIII, s. 146 a násl.) nebo splnění peněžitého dluhu (*Právník*, 1984, CXXIII, s. 245 a násl.). V roce 1984 doc. JUDr. Josef Fiala, CSc., zemřel a prof. JUDr. Jiří Švestka, DrSc., přestal v *Právníku* na čas publikovat. Až v roce 1990 vychází v našem časopise stať zpracovaná z valné části právě *Jiřím Švestkou*, ale podepsaná také *Martou Knappovou*, *Viktorem Knappem* a *Jánem Lazarem* nazvaná *Nad koncepcí československého občanského práva*. Tím se série *Švestkových* příspěvků do *Právníka* uzavřela.

Od roku 1990 se před *Jiřím Švestkou* objevily nové možnosti. Jeho hlavní úsilí se napřelo na tvorbu kolektivní učebnice občanského práva a na komentář občanského zákoníku obsáhle novelizovaného k 1. 1. 1992. Beckův „šedý“ komentář se stal značně populární a bylo jen málo právnických knihoven, kde některé z jeho četných vydání chybělo. *Profesor Švestka* setrvale usiloval o potlačení atomizace soukromého práva a dbal, aby občanské právo bylo vnímáno jako obecné právo, celkový základ nejen práva soukromého. Živě se zajímal o zahraniční úpravy, evropské trendy i o harmonizaci závazkového práva v evropských státech. Dlouhá léta spolupracoval s *Centre de droit de la consommation* na belgické *Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve)* a činný byl rovněž jako zahraniční člen pavijské *L'Academia dei Giusprivatisti europei*. Po *Knappově* smrti zaujal *Švestka* celkem přirozeně první místo mezi českými civilisty, byť samostatně již dlouho skoro nepsal, navyknuv si od osmdesátých let trvale psát společně s jinými spoluautory. Dokladem toho jsou četné statě v *Právních rozhledech* tvořené společně s *Oldřichem Jehličkou*, *Ludvíkem Kopáčem*, *Jiřím Mikešem*, *Stanislavem Stunou* a dalšími. Když *Jiří Švestka* oslavoval v roce 2005 sedmdesáté páté narozeniny, uctilo jeho zásluhy o civilní právo i pražskou právnickou fakultu šestadvacet jeho přátel, kolegů i žáků statěmi v knize vydané k *Švestkově* počtě. V té době také pokračovaly práce na novém občanském zákoníku. *Jiří Švestka* o ně jevil živý zájem, podílel se společně s profesory *Janem Dvořákem* a *Lubošem Tichým* na své *alma mater* na organizaci série diskusních fór, jež výsledek prací na kodifikaci v mnohém ovlivnily. A jakkoli zdaleka nesouhlasil se vším, co projekt občanského zákoníku obsahoval a dával to najevo nejen veřejně, podpořil z pozice zpravodaje v Legislativní radě vlády, kde *Jiří Švestka* působil dlouhá léta jako její člen, v roce 2001 věcný záměr a v roce 2009 návrh paragrafovaného znění zákoníku.

V posledních letech sužovaly *profesora Švestku* zdravotní potíže. Zemřel 9. března 2019 po delší nemoci. Jistě nezůstane v paměti jen svých nejbližších příbuzných a přátel, ale i mnoha svých žáků a pokračovatelů, jež za řadu desetiletí svého působení na Právnické fakultě Univerzity Karlovy jako výborný učitel vychoval a ovlivnil.

RECENZE

Lipovský Milan. Zločin agrese v Římském statutu Mezinárodního trestního soudu po revizní konferenci v Kampale. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2017, 148 s.

Recenzovaná monografie je zaměřena na aktuální téma z oblasti mezinárodního práva veřejného, na Mezinárodní trestní soud. Mezinárodní trestní soud (založen na základě Statutu Mezinárodního trestního soudu – mezinárodní smlouvy z roku 1998, Statut vstoupil v platnost dne 1. 7. 2002, Česká republika je smluvní stranou¹). Jedná se o první stálý mezinárodní trestní soud (není spojen s žádnými, konkrétními událostmi a oblastmi). Stíhá jednotlivce za: zločiny genocidy, zločiny proti lidskosti, válečné zločiny, zločin agrese. Soud je příslušný stíhat zločiny, ke kterým došlo až po vstupu Statutu v platnost. Nemůže tudíž stíhat zločiny starší.² Skutkové podstaty prvních tří zločinů byly ve Statutu přímo vymezeny. Pokud jde o zločin agrese, ten nebyl ve Statutu z roku 1998 definován. Ve smyslu čl. 5 odst. 2 Statutu jurisdikci nad tímto zločinem bude Soud vykonávat poté, kdy bude v souladu s čl. 121 a 123 přijato ustanovení definující zločin agrese a budou stanoveny podmínky, za nichž může Soud vykonávat jurisdikci ve vztahu k tomuto zločinu.

Právě na otázky zločinu agrese je recenzovaná publikace zaměřena. V monografii není analyzován celý Statut tohoto orgánu, ale autor se ve své práci zaměřil na rozbor a zhodnocení rezoluce, která obsahuje definici zločinu agrese, jež byla přijata na revizní konferenci v Kampale v roce 2010. Aktuálnost recenzované publikace je zvýšena i tím, že na Shromáždění smluvních stran Římského statutu v New Yorku byla dne 14. prosince 2017 přijata rezoluce,³ ve které bylo konstatováno, že ve smyslu čl. 5 odst. 2 Statutu byly přijaty změny týkající se zločinu agrese. Tyto změny, jež podléhaly ratifikaci nebo přijetí ze strany smluvních států, vstoupily v platnost v souladu s čl. 121 odst. 5 Statutu. Na základě toho může Mezinárodní trestní soud vykonávat jurisdikci nad zločinem agrese od 17. července 2018. (Změny vstoupily v platnost pro Českou republiku na základě článku 121 odst. 5 Statutu a oznámení generálního tajemníka Organizace spojených národů č. C.N.651.2010. TREATIES-8 dne 12. března 2016.⁴)

V úvodu monografie je obsažen historický exkurs ke zločinu agrese. Další kapitola obsahuje pojem agrese v Chartě OSN a zkoumá její vztah k přijaté definici. Následuje problematika vstupu v platnost a aktivace Definice, pokračuje kapitolou k definici skutkové podstaty agrese, čl. 8 bis, následuje kapitola o výkonu jurisdikce. V další kapitole se autor zabývá českým právem a zločinem agrese a následují závěry.

Kapitola zahrnující historický exkurs je logickým základem pro další pojednání, autor zde věcně správně rozlišuje pojmy mezinárodní zločiny a zločiny podle mezinárodního práva. V této části je obsažen rozbor různých mezinárodních dokumentů, které se vzta-

1 Český text Statutu in: Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 84/2009 Sb. m. s.

2 ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní*. 5. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014, s. 136.

3 Resolution ICC-ASP/16/Res. 5 ze 14. prosince 2017.

4 Český text změn Statutu in: Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 29/2018 Sb. m. s.

hují k problematice zákazu použití síly a k agresí. Mimo jiné se zde autor zaměřuje na rezoluci VS OSN o agresí z roku 1974 a podrobněji zmiňuje její čl. 5, který nebyl přejat do definice zločinu agrese v roce 2010. Článek nebyl přejat pravděpodobně záměrně, jak autor konstatuje, ale dále to nevysvětluje. V souvislosti s čl. 5 zmiňuje v obecnosti výjimky ze zákazu použití síly podle Charty OSN (sebeobrana a akce Rady bezpečnosti dle kapitoly VII Charty OSN). Jakékoliv jiné použití síly může již být agresí, podle rezoluce o agresí, jak uvádí, včetně tzv. humanitární intervence (s. 19). V kapitole je rozebrán i rozsudek Norimberského tribunálu a také vývoj, který vedl k přijetí definice o zločinu agrese. Kapitola dále obsahuje cestu k dnešní definici zločinu agrese, kterou podle autora ovlivnila jednak práce Komise pro mezinárodní právo a jednak dvě konference, na nichž byla přijata podoba Římského statutu – římská konference z roku 1998 a konference v Kampale v roce 2010.

Následující kapitola je zaměřena na termín agrese v mezinárodním právu. Autor se zde mimo jiné zabývá výkladem pojmu *agrese* z hlediska Charty OSN. Zaměřuje se na čl. 39 Charty OSN, podle kterého Rada bezpečnosti určí, zda došlo k ohrožení míru, porušení míru nebo k útočnému činu. V tomto směru autor uvádí, že akt agrese a útočný čin jsou synonymicky používaná slovní spojení (s. 34). Termíny uvedené v čl. 39 jsou seřazeny vzestupně podle závažnosti porušení Charty. Agrese je tak nejzávažnější formou porušení míru, která se jazykově odlišuje od porušení míru pro jeho zvláštní povahu. Dále uvádí, že agrese vždy představuje i porušení míru, nikoliv tedy „pouze“ jeho ohrožení (s. 35). Lze souhlasit s autorem, že jak ohrožení míru, tak porušení míru, stejně jako akt agrese mají v čl. 39 Charty OSN stejné důsledky (s. 35). M. Lipovský však konstatuje, že potíže vyvolává čl. 51 Charty OSN. V tomto směru pozornost věnuje pojmu *ozbrojeného útoku* v čl. 51 Charty OSN. Porovnává zde různá jazyková znění (anglické, francouzské, český překlad). V této souvislosti dospívá M. Lipovský k závěru, že největší zmatek přináší anglická verze, protože namísto pojmu *agression* v článku 51 používá v čl. 51 termín *attack* (*armed attack*) a odlišuje se tak od zbytku textu Charty OSN, aniž by jasně vymezovala, co se tím má na mysli. Uvádí, že akt agrese / útočný čin může být ozbrojený, či jiný méně intenzivní, ne však přímo neozbrojený. Různé případy útočného činu jsou uvedeny v čl. 3 Definice agrese z roku 1974. Pouze *intenzivní forma útočného činu* v podobě ozbrojeného útoku může vyvolat právo na sebeobranu podle čl. 51 Charty OSN. O vymezení ozbrojeného útoku se snažil Mezinárodní soudní dvůr v případě *Nikaragua* z roku 1986. Daná definice je však kritizovaná jako úzká z toho důvodu, že soud shrnul, že poskytnutí zbraní nebo logistické či jiné podpory nedosahují ozbrojeného útoku (s. 36). Také v literatuře je různými autory uváděno, že čl. 51 vyžaduje závažné činy a malé pohraniční incidenty takové intenzity nedosahují.⁵ Autor dále uvádí, že útočné činy *nižší intenzity* sice nevyvolávají právo na sebeobranu, avšak stále s sebou nesou mezinárodněprávní důsledky. Za případ *méně intenzivní formy* agrese v rámci rezoluce o agresí uvádí jeden z příkladů útočného činu, kdy stát dovolí vojenským jednotkám jiného státu, aby jeho území použily k útoku na území třetího státu. Má tím na mysli čl. 3, písm. f) definice o agresí z roku 1974. O tomto příkladu lze vést úvahu, zda by se jednalo o méně intenzivní formu agrese. Právě naopak, protože by třetí stát mohl považovat takovéto chování za bezprostřední hrozbu, zejména pokud by se jednalo o větší uskupení vojsk, a mohl by reagovat tzv. preemptivní sebeobranou. Pochybnost lze mít, i pokud jde o příklad v poznámce č. 118 na straně 37, že

⁵ GRAY, Christine. *International Law and Use of Force*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 150.

ozbrojeným útokem je i útok proti místnostem diplomatické mise. Autor odkazuje na případ Diplomatického a konzulárního personálu v Teheránu. Mezinárodní soudní dvůr použil např. v odst. 57 rozsudku z roku 1980 pojem ozbrojený útok (*armed attack*), ale nepokusil se tento pojem definovat. Není tudíž jasné, zda měl na mysli ozbrojený útok ve smyslu čl. 51 Charty OSN. V případě, že by obsazení amerického velvyslanectví mohlo být považováno za ozbrojený útok, mohla by se následná akce USA na záchranu rukojmích považovat za výkon práva na sebeobranu. Mezinárodní soudní dvůr se ale touto otázkou v daném případě nezabýval.

V závěru kapitoly autor zkoumá vztah mezi aktem agrese v Chartě OSN a v Definici zločinu agrese (dále Definice). Nejprve konstatuje, že by nebylo logické, aby obsah těchto pojmů byl odlišný, zejména z toho důvodu, že by to nedávalo smysl s ohledem na skutečnost, že Rada bezpečnosti bude mít dle čl. 15 ter Římského statutu možnost dát podnět k zahájení řízení před Mezinárodním trestním soudem pro podezření ze spáchání zločinu agrese (dle Definice), a přitom je zároveň podle čl. 39 oprávněna určit pro účely Charty OSN, kdy došlo k agresi. Dále M. Lipovský uvádí, že existují názory jiných autorů, které poukazují na rozdíl ve formulaci čl. 2 odst. 4 Charty OSN a v čl. 8 bis odst. 2 Římského statutu, který vymezuje útočný čin jako „*použití ozbrojené síly státem proti svrchovanosti, územní celistvosti nebo politické nezávislosti jiného státu nebo jakýmkoli jiným způsobem neslučitelným s Chartou OSN*“. Rozdíl spočívá dle M. Lipovského v tom, že Charta OSN explicitně neuvádí hrozbu/použití síly *proti svrchovanosti* jiného státu (s. 39). V souvislosti se svrchovaností, území celistvostí a politickou nezávislostí uvádí autor případ *humanitární intervence*, který posuzuje z hlediska souladu s Chartou OSN a posouzení podle čl. 8 bis – definice zločinu agrese. Uvádí, že podle některých názorů ji lze chápat jako porušení svrchovanosti, nikoliv však územní celistvosti nebo politické nezávislosti jiného státu. Podle těchto názorů cílem humanitární intervence není změna hranic nebo snížení politické nezávislosti napadeného státu, nýbrž ukončení porušování lidských práv (s. 39). Podle vlastního názoru M. Lipovského, humanitární intervenci není možné chápat pouze jako zásah do *svrchovanosti/suverenity*, a *nikoliv do územní celistvosti a politické nezávislosti* státu. Politická nezávislost ve vnitřních a vnějších věcech je dle autora nezbytnou podmínkou svrchovanosti a pokrývá jakékoliv rozhodnutí státu. Proto zásah do politické nezávislosti je zároveň zásahem do svrchovanosti (s. 40). S tímto názorem lze souhlasit, územní celistvost a zejména politická nezávislost jsou výrazem svrchovanosti, pokud chápeme svrchovanost jako nezávislost na jakékoli jiné moci. Autor uvádí, že existují rovněž názory, že humanitární intervence není v rozporu s Chartou OSN a jejím čl. 1 odst. 2. V souvislosti se zásahem deseti členských států NATO proti SRJ v roce 1999 (případ je označován jako humanitární intervence) J. Malenovský⁶ uvádí, že na zásahy NATO lze pohlížet jako na případy použití síly, jež jsou v souladu s cíli OSN (čl. 1 odst. 1 Charty OSN). Neporušují zákaz použití síly podle čl. 2 odst. 4, neboť k nim nedošlo způsobem neslučitelným s cíli OSN.

Autor dospívá k závěru, že dokud se Mezinárodní trestní soud nevyjádří, není jisté, zda humanitární intervenci jako legální výjimku ze zákazu použití síly přijme, protože se však v doktríně její legálnost diskutovala, počítá se s takovou alternativou (s. 41). Autor se zamýšlí i nad možností rozdílných názorů např. Mezinárodního trestního soudu a Mezi-

⁶ MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné, jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště k právu českému*. 4. vydání. Brno: Doplněk, 2004, s. 338.

národního soudního dvora,⁷ což by podle něj neznamenal rozpor v obecném pojetí agrese v Chartě OSN a v Římském statutu. Konstatuje, že procesní ustanovení v Chartě OSN a v Římském statutu jsou odlišná a závisí na odlišných podmínkách. Nezávislost Mezinárodního trestního soudu na politických rozhodnutích Rady bezpečnosti zajišťuje např. čl. 15 bis odst. 9 a 15 ter odst. 4, podle kterých „určení útočného činu orgánem mimo Soud nebude svazovat Soud v jeho vlastním posouzení podle tohoto Statutu“ (s. 41).

Následující kapitola je věnována otázce vstupu v platnost a aktivaci definice jurisdikce *ratione temporis*. V této se autor zabývá složitými procedurálními otázkami, které upravují vstup v platnost Definice. Mimo jiné se zde věnuje zvláštnímu postupu *opt-out*, který je obsažen v čl. 15 bis odst. 4 a zamýšlí se nad smyslem tohoto ustanovení. Podle tohoto ustanovení může Soud v souladu s čl. 12 vykonávat jurisdikci nad zločinem agrese, který vychází z útočného činu spáchaného smluvní stranou, ledaže tento stát již dříve prohlásil, že nepřijímá tuto pravomoc. Smysl tohoto ustanovení spočívá v tom, že smluvní strana prostřednictvím mechanismu *opt-out* neuzná, podle slov M. Lipovského „deaktivuje“ jurisdikci Soudu nad zločiny agrese založené na jejím vlastním aktu agrese. Autor správně vykládá dané ustanovení, když uvádí, že z textu nelze dovodit, že by neuznávala jurisdikci Soudu nad zločiny agrese, jejichž by se sama tato smluvní strana stala obětí (s. 59). Kriticky se autor také vyjadřuje k výkladu obsaženému ve Sněmovním tisku,⁸ který doprovázel proces přijetí vyjádření souhlasu s ratifikací Definice v Poslanecké sněmovně PČR. Podle tohoto tisku, občan smluvní strany, která by nebyla smluvní stranou zločinu agrese, může být souzen Soudem za zločin agrese, který by spáchal na území smluvní strany zločinu agrese, ledaže by daný stát předem učinil *opt-out* prohlášení, že není vázán definicí zločinu agrese (s. 61). Tento výklad považuje autor za mylný a odkazuje na čl. 121 odst. 5 Římského statutu, podle jehož druhé věty „ve vztahu k smluvní straně, jež tuto změnu nepřijala, nebude Soud vykonávat jurisdikci nad zločinem, kterého se tato změna týká, pokud je tento zločin spáchán státními občany této smluvní strany či na jejím území“. Autor však dospívá k závěru, že tento konzervativní model (s. 106) neodpovídá zcela dikci Statutu (s. 61). Statut vychází z principu personality nebo teritoriality, tzn., že stačí, aby byl čin spáchán na území smluvní strany. V případě zločinu agrese by však muselo dojít k příklonu k modelu *adopcce* (viz s. 62). V tomto případě by mohly strany využít *opt-out*, aby nebyli stíháni jejich občané. Nemohly by tak učinit pouze za zločiny agrese, kterých by se jejich občané dopustili v zastoupení Definice ratifikující smluvní strany. Podle M. Lipovského by alespoň částečně byl respektován princip teritoriality stíhání zločinů (s. 62).

Další kapitola je zaměřena na rozbor definice skutkové podstaty agrese, jak je obsažena v čl. 8 bis. Autor v této kapitole konstatuje, že se pro účely právního rozboru zločinu agrese bude držet členění základních znaků skutkové podstaty, jak jsou členěny v české teorii trestního práva. Toto členění má své opodstatnění vzhledem k tomu, že monografie je dílem českého autora a je určena pro české čtenáře, kteří by však měli počítat s tím, že z hlediska jiných právních řádů by mohlo být provedeno členění odlišné, což sám autor

⁷ Rozdílné posuzování určitých otázek trestními soudy a Mezinárodním soudním dvorem je pravděpodobné. Rozdílnost může vyplývat z odlišné jurisdikce těchto soudů. Jako příklad lze uvést rozdílné pojetí Mezinárodního soudního dvora a Mezinárodního tribunálu pro zločiny v bývalé Jugoslávii, kdy Mezinárodní soudní dvůr pro vznik odpovědnosti státu vyžaduje efektivní kontrolu (případ *Nikaragua* z roku 1986), zatímco Tribunál pro bývalou Jugoslávii v případě *Tadić* (1995) vyžadoval pouze celkovou obecnou kontrolu.

⁸ Sněmovní tisk 160/0, s. 5 (citace převzata z textu monografie).

ve své práci vyjadřuje. V kapitole 5.4. autor rozebírá otázku útočného činu a vymezení případů útočného činu v čl. 8 bis odst. 2.; Definice, jak konstatuje M. Lipovský, nikde neuvádí, zda se jedná o taxativní výčet těchto činů, nebo o výčet demonstrativní. V kapitole autor připomíná i problém toho, že nejen státy se mohou dopustit agrese (s. 92). Poukazuje zde i na problém spojený s tzv. *de facto státy*. Přínosné jsou v kapitole i úvahy o tzv. kybernetickém boji (s. 93).

Předposlední kapitola je zaměřena na podmínky výkonu jurisdikce Mezinárodního soudního dvora, pokud jde o zločin agrese. Jurisdikce Soudu je, pokud jde o zločin agrese, na základě čl. 121 odst. 5 Statutu (viz výše) a čl. 15 bis odst. 5^o značně omezená. Jurisdikce Mezinárodního trestního soudu se bude vztahovat na případy zločinu agrese pouze tehdy, pokud jak agresor, tak i oběť jsou smluvní stranou Římského statutu i Definice agrese. Nebude se dále vztahovat na případy, kdy agresor, smluvní strana Definice agrese, využil *opt-out*. V případě, že oběť je smluvní stranou Statutu a Definice, využila *opt-out*, agresor je smluvní stranou Statutu a Definice, bude naopak jurisdikce Soudu dána. Vzhledem k výše uvedeným článkům, nebude tak Mezinárodní trestní soud vykonávat jurisdikci nad zločinem, pokud se ho dopustil občan smluvní strany, která neschválila/neratifikovala Definici nebo k němu došlo na jejím území (s. 111).

V poslední kapitole se M. Lipovský věnuje problematice českého práva a zločinu agrese. Kriticky v závěrech poukazuje na nejednoznačnost Definice a na problémy, které mohou být spojeny s její aplikací. Souhlasit lze s tím, že nevyhovující je podoba čl. 8 bis odst. 2 Římského statutu nebo nedostatkem je nemožnost stíhat jednotlivce, kteří se činu nedopustili v rámci státních struktur (s. 101). V závěru autor konstatuje, že i když Definice s vysokou pravděpodobností bude aktivována (což se stalo k červenci 2018 – viz výše), stíhání zločinu agrese její podoba nejspíše efektivně zabrání (s. 101). Uvažuje zde tudíž o změně Definice a mezi ustanoveními, které bude třeba změnit, uvádí vyjasnění taxativnosti/demonstrativnosti výčtu útočných činů.

Celkově lze konstatovat, že publikace je zdařilým dílem, které kvalifikovaným způsobem seznámí čtenáře se složitou právní úpravou týkající se zločinu agrese. Daná problematika je zasazena i do širších souvislostí výkladu zákazu použití ozbrojené síly. Monografie obsahuje rozsáhlý výčet použitých zdrojů, pokud jde o příslušné dokumenty – mezinárodní smlouvy, judikaturu, tak řadu položek děl, zejména zahraničních, ale i českých autorů. Pro její zpracování byla použita řada internetových zdrojů.

Dílo představuje velmi kvalifikovanou odbornou práci, která obohacuje českou nauku v oblasti mezinárodního práva veřejného, zejména mezinárodního trestního soudnictví. Publikace JUDr. Milana Lipovského, Ph.D., je přínosná zejména pro odbornou veřejnost, zajímavá se o danou problematiku, ale i pro další zájemce.

Jan Ondřej*

⁹ Pokud jde o čl. 15 bis odst. 5: „Pokud jde o stát, který není smluvní stranou tohoto Statutu, Soud nebude vykonávat svou jurisdikci nad zločinem agrese, který byl spáchán státními příslušníky tohoto státu nebo na jeho území“. Jedná se o obsahově shodnou úpravu s čl. 121 odst. 5 Statutu.

* Doc. JUDr. Jan Ondřej, CSc., DSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy a Vysoká škola regionálního rozvoje a Bankovní institut – AMBIS. E-mail: ondrej@prf.cuni.cz.

**Šmejkal Václav (ed.). Evropská unie po brexitu.
Právně-institucionální budoucnost evropské integrace.
Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, 240 s.**

„*Chcel by som si byť istý v tom, že ak vstúpime do vašej Európy, budeme z nej môcť aj odísť.*“ Takto sa *Jeanovi Monnetovi* prihovoral londýnsky colník v roku 1973¹ a vystihol tak postoj Spojeného kráľovstva Veľkej Británie a Severného Írska (ďalej len „Spojené kráľovstvo“) k myšlienke európskej integrácie prostredníctvom Európskych spoločenstiev (ďalej len „Spoločenstvá“), ktorý pretrval od začiatkov tejto integrácie až do dnešných dní. Za prvotnou nedôverou Spojeného kráľovstva voči novej metóde integrácie síce po dvoch žiadostiach Spojeného kráľovstva vetovaných Francúzskom nasledovalo od roku 1973 členstvo v Spoločenstvách, išlo však o členstvo spojené s množstvom výnimiek oproti iným členským štátom. Naviac krátko po vstupe Spojeného kráľovstva do Spoločenstiev bolo v roku 1975 v Spojenom kráľovstve zorganizované referendum o zotrvaní v Spoločenstvách s výsledkom v prospech Spoločenstiev. Ďalšie referendum po viac ako štyridsiatich rokoch v roku 2016 už také úspešné z pohľadu Európskej únie (ďalej len „Únia“) nebolo a jeho výsledkom je práve prebiehajúci proces vystúpenia Spojeného kráľovstva z Únie. Toto krátke historické zhrnutie vzťahu Spojeného kráľovstva a Únie potvrdzuje to, čo povedal spomínaný colník – Spojené kráľovstvo nikdy neprijalo Európu v podobe *Monnetovho* a *Schumanovho* projektu za svoju.

Spojené kráľovstvo sa vôbec ako prvý členský štát Únie rozhodlo z tohto zoskupenia vystúpiť. Ako vždy, keď ide o situáciu „po prvýkrát“, aj s touto situáciou je spojených množstvo otázok. Otázok týkajúcich sa dopadov na Úniu, otázok týkajúcich sa dopadov na ostatné členské štáty a v neposlednom rade otázok týkajúcich sa dopadov na Spojené kráľovstvo. Autorky a autori recenzovanej publikácie si nekladú za cieľ nájsť odpovede na všetky otázky. Sami v úvode uvádzajú, že kniha nie je štandardnou predpoveďou dôsledkov vystúpenia Spojeného kráľovstva z Únie a že jednotliví autori rozoberajú dopad vystúpenia Spojeného kráľovstva z Únie v oblastiach, ktorým sa venujú v svojej vedeckej činnosti. Vďaka pomerne vysokému počtu spoluautorov je však záber publikácie pomerne rozsiahly, pričom pozitívne sa prejavila aj snaha o rozšírenie autorského kolektívu mimo rámca katedry európskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Karlovej v Prahe.

Publikácia sa delí na tri ďalej vnútorne členené časti, v ktorých autori skúmajú dopad vystúpenia Spojeného kráľovstva na samotnú Úniu (prvá časť), na občanov Únie (druhá časť) a na hospodársku a menovú úniu (tretia časť).

V prvej časti publikácie sa čitateľ najprv oboznámi s dopadom vystúpenia Spojeného kráľovstva z Európskej únie na inštitucionálny a rozpočtový systém Únie. Keďže Spojené kráľovstvo patrí do skupiny veľkých členských štátov a z pohľadu rozpočtu Únie do skupiny najväčších prispievateľov do tohto rozpočtu, je evidentné, že by malo dôjsť k novému nastoleniu rovnováhy medzi členskými štátmi v rámci jednotlivých inštitúcií. Je možné súhlasiť s autorkou tejto časti, *doc. JUDr. Lenkou Pítrovou, CSc.*, že odchodom Spojeného kráľovstva sa výrazne oslabí vplyv skupiny štátov, ktoré sú mimo eurozóny. Niektoré z predpovedí budúceho usporiadania inštitúcií obsiahnutých v tejto časti sa už medzičasom aj naplnili, napríklad bolo prijaté rozhodnutie Európskej rady 2018/937 z 28. júna 2018, ktorým sa stanovuje zloženie Európskeho parlamentu.

¹ MONNET, J. *Paměti*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 362.

Nasleduje mimoriadne zaujímavá kapitola o európskom konštitucionalizme, ktorej autorom je *JUDr. Ing. Jiří Zemánek, CSc.* Dospieva k záveru, ktorý je na prvý pohľad prevkypivý, ale v skutočnosti je veľmi racionálny. Podľa tohto autora je skutočným dôvodom vystúpenia Spojeného kráľovstva nie konštitucionalizácia právneho poriadku Únie ako taká, ale skôr nedostatočná úroveň konštitucionalizácie právneho poriadku Únie. Z toho vyplýva aj poučenie pre Úniu do budúcnosti, že ak nemajú aj v iných členských štátoch vznikať podobné nálady voči Únii, ako tomu bolo v prípade Spojeného kráľovstva, tak je potrebné posilniť ústavné záruky na úrovni Únie pre občanov, ktorí sú vystavení pôsobeniu politik Únie.

Záver prvej časti tvorí príspevok venujúci sa dopadom vystúpenia Spojeného kráľovstva na vonkajšie vzťahy Únie. Autor tejto kapitoly, *doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D.*, upriamuje pozornosť okrem iného na skutočnosť, že z Únie vystupuje štát, ktorý je stálym členom Bezpečnostnej rady Organizácie spojených národov, čo môže mať vplyv na pozíciu Únie v medzinárodných vzťahoch. Rozoberá tiež otázku vonkajších zmlúv Únie, ktoré sú podľa primárneho práva záväzné nielen pre Úniu, ale aj pre jej členské štáty a preto bude potrebné podniknúť určité kroky vo vzťahu k zmluvným partnerom Únie. Nezanedbateľný je aj dôsledok vystúpenia Spojeného kráľovstva na jedno z práv plynúcich z občianstva Únie, keď ambasády Spojeného kráľovstva už nebudú mať povinnosť poskytovať konzulárnu pomoc na území tretích štátov občanom členských štátov Únie, ktorých štát na tomto území nemá zastúpenia. Autor približuje aj jednotlivé modely možného budúceho usporiadania vzťahov Spojeného kráľovstva a Únie. Ešte ani v čase písania tejto recenzie, čo je len niekoľko týždňov pred uplynutím lehoty na ukončenie procesu vystúpenia, nie je možné s istotou povedať, ktorý z týchto modelov sa v skutočnosti uplatní.

Nosnými témami druhej časti publikácie sú voľný pohyb osôb, s tým do istej miery spojený tzv. sociálny turizmus a otázka sociálnej Európy. Ide o témy, ktoré boli často opakované v rámci kampane pred referendum o zotrvaní Spojeného kráľovstva v Únii. Autorka prvej kapitoly druhej časti, *JUDr. Magdaléna Svobodová, Ph.D.*, vyvracia mýty o ohrození pracovných trhov starých členských štátov pracovníkmi z nových členských štátov. Pripomína, že sociálna turistika nie je fenoménom, ktorý by sa v Únii objavil až po rozšírení v roku 2004, ale existoval aj pred tým a bol podporovaný aj rozhodovacou činnosťou Súdneho dvora Európskej únie. Je to jedna zo skutočností, ktorá môže obyvateľstvo odrádzať od podporovania myšlienky prehlbovania európskej integrácie. Únia si zjavne túto skutočnosť uvedomuje, pretože ešte pred konaním referenda v Spojenom kráľovstve sa zaviazala uskutočniť zmeny v oblasti voľného pohybu osôb v prípade, ak Spojené kráľovstvo zotrvá v Únii. Za zmienku stojí skutočnosť, že medzičasom jednu z týchto zmien zaviedlo Rakúsko. Konkrétne ide o indexáciu prídavkov na deti v závislosti od podmienok v členskom štáte, v ktorom sa nachádza dieťa migrujúceho zamestnanca.

Prvá kapitola druhej časti je veľmi úzko prepojená s druhou venujúcou sa otázke sociálnej Európy. Autor tejto kapitoly, *doc. JUDr. Václav Šmejkal, Ph.D.*, na príklade Spojeného kráľovstva poukazuje na kolíziu dvoch záujmov a to záujmu na fungovaní vnútorného trhu na jednej strane a záujmu na udržaní fungujúcich sociálnych modelov na vnútroštátnej úrovni na strane druhej. Podobne ako v predchádzajúcej kapitole, aj v tejto časti je vidieť miernu kritiku rozhodovacej činnosti Súdneho dvora Európskej únie, ktorý uprednostňoval fungovanie vnútorného trhu. Autor však poukazuje na zmenu tohto postoja, keď Súdny dvor Európskej únie, pravdepodobne aj pod vplyvom narastajúceho pesimizmu voči európskej integrácii, začína dávať väčší priestor pre vnútroštátne riešenia chrániace vnútroštátne sociálne modely, ktoré nie sú prekážkou vnútorného trhu. Poukazuje na

znovuobjavenie tzv. komunitarizmu, v rámci ktorého sa presadzuje rovnováha práv a záväzkov jednotlivca, ktoré sa odvodzujú zo spoločnosti, do ktorej tento jednotlivec patrí.

Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že ďalšie dve kapitoly druhej časti publikácie tematicky nekorešpondujú s jej názvom. Autori v nich rozoberajú problematiku európskej občianskej iniciatívy, nástroja, ktorý by mal zabezpečiť vplyv občanov Únie na tvorbu legislatívnych aktov Únie (*prof. JUDr. Richard Král, Ph.D., LL.M., DSc.*) a problematiku ochrany ľudských práv v Únii (*doc. Dr. Iur. Harald Christian Scheu, Mag. Phil., Ph.D.*). V širšom kontexte tu však súvislosť týchto tém s vystúpením Spojeného kráľovstva z Únie určite existuje, hlavne ak vychádzame z predpokladu, že z vystúpenia Spojeného kráľovstva z Únie by sa mala Únia poučiť. Nefungujúca európska občianska iniciatíva totiž mohla prispieť k negatívnemu vnímaniu Únie zo strany občanov Únie. Z analýzy doterajšieho fungovania európskej občianskej iniciatívy obsiahnutej v publikácii vyplýva, že v súčasnosti ide skôr o formálny nástroj zapájania občanov Únie nezabezpečujúci ich reálny vplyv na normotvorbu Únie. Rovnako je tomu aj v prípade ochrany základných práv občanov Únie, keď čoraz väčšiemu prenosu právomocí na Úniu by mala zodpovedať aj ochrana základných práv zo strany Únie.

Tretia časť publikácie obsahuje päť kapitol venujúcich sa budúcnosti hospodárskej a menovej Únie po vystúpení Spojeného kráľovstva z Únie. Keďže Spojené kráľovstvo je najsilnejším štátom medzi tými členskými štátmi, ktoré sa nachádzajú mimo eurozóny, pretože nepostúpili do tretej fázy tvorby hospodárskej a menovej únie, tak jeho vystúpenie môže spôsobiť väčší tlak na zapojenie ostatných členských štátov. Ako uvádza autorka prvej kapitoly tejto časti, *JUDr. Aneta Vondráčková, Ph.D.*, odchod Spojeného kráľovstva bude pravdepodobne znamenať viac Európy, teda snahu o ešte väčšie prehĺbenie integrácie. To potvrdzujú aj závery plynúcej z druhej kapitoly tretej časti publikácie, ktorej autoritou je *Ing. Olga Francová*. Vyplýva z nich, že už ekonomická kríza, ktorej čelila Európska únia od roku 2008, znamenala väčšiu inštitucionalizáciu menovej únie, pričom toto inštitucionálne usporiadanie ešte nie je konečné. Štáty, ktoré zostávajú mimo eurozóny, tak v určitom zmysle strácajú vplyv na fungovanie a smerovanie Únie.

V súvislosti s novonadobudnutou suverenitou Spojeného kráľovstva v otázke daní autor tretej kapitoly tretej časti, *JUDr. Roman Vybíral, Ph.D.*, uvádza, že Spojené kráľovstvo by sa mohlo stať novým európskym daňovým rajom, ale súčasne pripomína, že to je len jedna z možností ďalšieho vývoja, pretože to bude závisieť od dohodnutého modelu spolupráce medzi Úniou a Spojeným kráľovstvom. A ten, ako som to už v tejto recenzii uviedla, nie je ešte definitívne stanovený ani niekoľko týždňov pred uplynutím lehoty na vystúpenie Spojeného kráľovstva.

Po viac-menej teoretických kapitolách nasleduje v tretej časti kapitola, ktorej autorka *JUDr. Tereza Kunertová, LL.M., Ph.D.*, popisuje praktické problémy, ktoré spôsobí vystúpenie Spojeného kráľovstva z Únie v oblasti poisťovníctva. Doteraz poisťovacie spoločnosti ťažili pri svojich činnostiach na území iného členského štátu zo slobôd vnútorného trhu a z regulácie na úrovni Únie. Vystúpením Spojeného kráľovstva sa však pobočky poisťovní zo Spojeného kráľovstva stanú pobočkami poisťovní z tretieho štátu, na ktoré sa vzťahuje iný povolovací a schvaľovací režim. Autorka tejto kapitoly sa zamýšľa nad tým, aký to bude mať dopad na pokračovanie existujúcich poisťných zmlúv alebo na odovzdávanie osobných údajov.

Posledná kapitola je venovaná otázke dohľadu nad finančným systémom Únie. Autor, *doc. JUDr. Michael Kohajda, Ph.D.*, popisuje jednotlivé dohľadové modely vo všeobecnosti a následne z pohľadu Únie. V súvislosti s možným zapojením Spojeného kráľovstva po

jeho vystúpení z Únie do systému dohľadu nad finančnými inštitúciami autor poukazuje na to, že táto otázka bude závisieť od toho, či Spojené kráľovstvo opustí spolu s Úniou aj Európsky hospodársky priestor. Je možné súhlasiť s jeho názorom, že táto otázka by mala vo väčšej miere trápiť Spojené kráľovstvo ako Úniu.

Autori jednotlivých častí publikácie ukončili svoje predpovede dôsledkov vystúpenia Spojeného kráľovstva z Únie rok pred vypršaním termínu na ukončenie procesu vystúpenia. Realnosť niektorých z nich sa síce dá overiť už dnes, ale v zásade ani niekoľko týždňov pred uplynutím lehoty nie je ešte výsledok tohto príbehu známy. Do úvahy ešte stále prichádza možnosť predĺženia lehoty na dojednanie dohody o vystúpení, možnosť opakovaného referenda v Spojenom kráľovstve, ale aj možnosť odvolať oznámenie svojho úmyslu vystúpiť z Únie ako to uviedol Súdny dvor Európskej únie 10. decembra 2018 v rozsudku vo veci C-621/18, *Wightman a i.* Preto ani nie je možné odpovedať na všetky otázky súvisiace s vystúpením Spojeného kráľovstva. Navyše sa domnievam, že my nielenže nepoznáme odpovede na otázky súvisiace s vystúpením Spojeného kráľovstva, ale nepoznáme ani všetky otázky, ktoré vôbec môžu vzniknúť. V kontexte tohto konštatovania je nesporný prínos tejto publikácie, ktorá môže predstavovať základ pre hľadanie riešení problémov, ktoré budúcnosť v súvislosti s vystúpením Spojeného kráľovstva a následným vývojom Únie prinesie.

Martina Jánošíková*

* Doc. JUDr. Martina Jánošíková, Ph.D., Ústav medzinárodného práva a európskeho práva, Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. E-mail: martina.janosikova@upjs.sk.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva z konference

„Obchodní právo v judikatuře nejen českých soudů“

V pátek 7. prosince 2018 se v prostorách Právnické fakulty Univerzity Karlovy konal již sedmý ročník doktorandské vědecké konference pořádané kolektivem interních doktorandů katedry obchodního práva. Tématem konference, již se zúčastnili doktorandi i akademičtí pracovníci předních českých i slovenských univerzit, bylo *Obchodní právo v judikatuře nejen českých soudů*.

Tento ročník konference byl věnován *doc. JUDr. Stanislavu Plívkovi, CSc.*, přednímu českému akademikovi a odborníkovi na obchodní právo a dlouholetému vedoucímu katedry obchodního práva, který by v roce 2018 oslavil pětadesáté narozeniny.

Konferenci již tradičně zahájila stručným úvodem vedoucí katedry obchodního práva, *prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.*, která především přivítala účastníky konference a představila téma konference, které tentokrát bylo zaměřeno na českou i zahraniční judikaturu. Následovala vystoupení jednotlivých řečníků se svými příspěvky, která byla rozřazena do šesti tematických bloků. Moderaci diskuse se ujal *Mgr. Jan Flídr*, interní doktorand katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a jeden z organizátorů konference.

S příspěvkem *Výkon funkce člena orgánu dceřiné společnosti zaměstnancem mateřské společnosti* zahájil celou konferenci i první blok *Mgr. Martin Flores* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity. Autor ve svém příspěvku navázal na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. srpna 2017, sp. zn. 29 Cdo 1866/2016, přičemž nejprve zhodnotil jeho závěry, jakož i argumentaci, o kterou je Nejvyšší soud opřel, načež se dále zaměřil na související otázky, které zůstaly v rozsudku neřešeny. Tyto přitom hodnotil jak v režimu obch. zák., který dopadal na uvedený případ, tak v režimu stávající účinné právní úpravy. V diskutovaném rozhodnutí řešil soud situaci, kdy člen orgánu akciové společnosti byl zároveň zaměstnancem její mateřské společnosti, kde jeho náplní práce bylo *de facto* členství v orgánech dceřiných společností, za což pobíral mzdu, načež se po skončení funkce domáhal po dceřiné společnosti odměny obvyklé za výkon funkce po dobu, kdy neměl se společností uzavřenu smlouvu o výkonu funkce. Autor se ztotožnil se závěrem Nejvyššího soudu, že vznesený nárok je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, byť zpochybnil některé dílčí argumenty, na nichž soud své rozhodnutí založil. Nabídl přitom rovněž alternativní argumentaci spočívající v tom, že nárok na odměnu ani nevznikl, neboť nebyla splněna podmínka „řádného výkonu činnosti“ (§ 571 odst. 2 obch. zák.) z důvodu porušení péče řádného hospodáře členem orgánu, když za daných okolností (svědčících tomu, že záměrem stran byla bezplatnost výkonu funkce, respektive že odměnou je mzda u mateřské společnosti) jako člen statutárního orgánu za společnost v rozporu s povinností loajality neinicioval uzavření své smlouvy o výkonu funkce, ve které by bezplatnost sjednal. Dále autor navázal úvahami nad přípustností výkonu funkce člena orgánu zaměstnancem mateřské společnosti z pohledu možného omezení jeho odpovědnosti a jeho vázanosti pokyny zaměstnavatele. Konstatoval, že k omezení odpovědnosti nedochází, a to ani ve formě přenosu na zaměstnavatele, ani ve formě omezení její výše podle § 257 odst. 2 zákoníku práce. Odpovědnost člena orgánu vůči korporaci i třetím

osobám je jeho pracovním poměrem k mateřské společnosti nedotčena, jeho ochrana jako zaměstnance se projeví jen v tom, že přesáhne-li výše vůči němu uplatněného nároku na náhradu škody limit stanovený v § 257 odst. 2 zákoníku práce, bude mít v rozsahu nad tento limit regresní nárok vůči svému zaměstnavateli. Závěrem uzavřel, že problém nepředstavuje ani vázanost zaměstnance pokyny zaměstnavatele, neboť je-li zaměstnanec členem orgánu, není vázán pokyny zaměstnavatele týkajícími se obchodního vedení, neboť je zakazuje obch. zák., respektive z. o. k., a zaměstnanec je povinen plnit pouze pokyny souladné s právními předpisy.

První blok uzavřel JUDr. Jaromír Kožiak, Ph.D., z Právnické fakulty Masarykovy univerzity s příspěvkem *Aplikabilita zahraniční judikatury na české pravidlo podnikatelského úsudku*. Autor úvodem zdůraznil, že zatímco tuzemská literatura i judikatura k tématu je poměrně chudá, v zahraničí se setkáme s velmi propracovanými systémy. Možnost přebírat závěry zahraničních rozhodnutí je tedy velmi lákavá. Autor rozlišil přímé přebírání závěrů zahraničních rozhodnutí (kdy je zahraniční rozhodnutí samo o sobě použito jako argument pro řešení případu, který se řídí českým právem) a nepřímé přebírání (zahraniční zdroj je inspirací, ale argumentace se opírá výhradně o české právo). Zatímco v druhém případě lze z cizích rozhodnutí čerpat volně (inspiraci není třeba odůvodňovat), v případě přímého přebírání závěrů je třeba vyargumentovat, proč je závěr ze zahraničního zdroje aplikovatelný i v českém prostředí. Autor zdůraznil, že zahraniční judikaturu nelze přebírat bez dalšího, nýbrž je nejprve třeba provést alespoň základní test použitelnosti zahraničního rozhodnutí. K tomu formuloval základní otázky, které je vhodné si před jeho aplikací klást: 1) Jde o porovnatelné právní systémy? 2) Existuje v obou státech porovnatelný problém? 3) Existuje v obou státech porovnatelná regulace problému? 4) Řeší zahraniční úprava stejnou potřebu? 5) Existuje stejný druh právní žaloby, případně řízení, a využívá se obdobným způsobem? 6) Nese ve sporu důkazní břemeno stejná osoba? 7) Povede vítězství/prohra ve sporu k porovnatelným následkům? 8) Jsem schopen na předchozí otázky spolehlivě odpovědět? V další části příspěvku autor aplikoval navržený test na judikaturu státu Delaware a došel k závěru, že ji téměř nikdy nebude možné převzít přímo, může sloužit jen jako nepřímá inspirace. Oproti tomu německou judikaturu někdy bude možné s ohledem na podobnost regulace pravidla podnikatelského úsudku po náležité úvaze převzít. Učinit to korektně ale bude pro osobu aplikující právo značně obtížné – v praxi je tak zpravidla jednodušší vyargumentovat přiměřenost a potřebnost obdobného pravidla z tuzemské regulace. Autor uzavřel, že při provádění testu se může stát, že narazíme na otázky, na které neumíme odpovědět, získání odpovědi by si vyžádalo neúměrné úsilí nebo je získaná odpověď nejistá či neurčitá. To samo o sobě je třeba brát jako negativní signál a v těchto případech je vhodné se přímé aplikaci zahraničního rozhodnutí vyhnout. Pokud přebíráme cizí judikaturu, je potřeba ji převzít co nejpresněji, a pokud se od ní chceme odchýlit, je potřeba tuto odchylku uvést a odůvodnit – jinak citované zahraniční rozhodnutí působí paradoxně jako argument proti našim závěrům nebo může vyvolat otázky, zda je odchýlení se úmyslné, nebo zda jde o nepřesné převzetí zahraniční judikatury.

Druhý blok zahájil Ing. Mgr. Radek Ruban, Ph.D., z Právnické fakulty Masarykovy univerzity s příspěvkem *Vzájemný vztah návrhů na vyslovení neplatnosti a určení nicotnosti usnesení valné hromady*. Autor nejprve objasnil systematiku následků vad projevů vůli nejvyšších orgánů kapitálových společností a vysvětlil základní teoretické rozdíly mezi *neplatností*, *nicotností* a *neučinností* usnesení valných hromad. Poté se zabýval vývojem institutu *nicotnosti*. Uvedl, že nicotnost dovodila v poměrech obchodního zákoníku judi-

katura (odkázal na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 1. 6. 2000, sp. zn. 32 Cdo 500/2000), což vedlo v konečném důsledku k „procesní konkurenci“ řízení o vyslovení neplatnosti a řízení o určení nicotnosti. Tento nepříznivý stav (vyřešil Nejvyšší soud v usnesení ze dne 27. 1. 2009, sp. zn. 29 Odo 1060/2006. Poté se chopil iniciativy zákonodárce a problematiku reguloval v § 200e odst. 5 o. s. ř., podle něhož mohl soud v řízení o neplatnosti rozhodnout i bez návrhu o nicotnosti usnesení valné hromady. Ačkoli bylo § 200e odst. 5 o. s. ř. zrušeno, bylo toto ustanovení „přeneseno“ do § 90 odst. 1 z. ř. s. Autor však uvedl, že ani současný stav (výslovná regulace) beze zbytku neřeší obtíže, které souvisejí se zdánlivou dualitou obou řízení. Jednou z klíčových otázek je, zda § 90 odst. 1 z. ř. s. platí také „inverzně“, tedy zda je možné, aby byla v řízení o určení zdánlivosti vyslovena neplatnost. Řešením je podle autora nauka o předmětu řízení. České procesní prostředí vychází z dvoučlenné teorie předmětu řízení. Žalobce je povinen vymezit předmět a (skutkový) základ procesního nároku (svůj nárok však nemusí právně kvalifikovat). V řízení o vyslovení neplatnosti, ale i v řízení o určení zdánlivosti navrhovatel uvádí skutkové důvody vad napadeného usnesení a domáhá se pravomocného rozhodnutí soudu, který by (ve výroku) stanovil, že napadené usnesení nevyvolává (vůči nikomu a pro nikoho) právní účinky. Právní kvalifikace návrhu (tedy to, zda je následkem tvrzených vad neplatnost či zdánlivost) není prvkem, který by určoval předmět řízení. Z toho vyplývá, že řízení o vyslovení neplatnosti a řízení o určení zdánlivosti usnesení valné hromady jsou z hlediska předmětu řízení totožná, tedy že jde o řízení jediné. Soud není vázán právní kvalifikací tvrzených vad usnesení valné hromady, a proto může vyslovit neplatnost či určit zdánlivost bez ohledu na právní kvalifikaci navrhovatele. Z tohoto pohledu je § 90 odst. 1 z. ř. s. nadbytečný a nesprávný je také závěr, podle kterého dochází při aplikaci § 90 odst. 1 z. ř. s. k překročení návrhu navrhovatele. Mají-li totiž obě řízení totožný předmět, spočívá rozdíl výhradně v právní kvalifikaci (nikoli v tom, že by soud přisoudil něco jiného nebo víc). Svůj příspěvek autor uzavřel tvrzením, že se prezentované závěry prosadí také ve vztahu k občanskoprávním následkům vad právního jednání. Z hlediska jednoty předmětu řízení je tedy nedůležité, zda se žalobce domáhá určení *zdánlivosti* (§ 551 a násl. o. z.) či *neplatnosti* (§ 580 a násl. o. z.) právního jednání.

Na příspěvek předcházejícího řečníka naviazala a druhý blok uzavřela *Mgr. et Mgr. Patrícia Dutková* z Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě s příspěvkem *Procesno-právne aspekty určenia neplatnosti rozhodnutia valného zhromaždenia v kontexte judikatúry slovenských a českých súdov*. Na úvod příspěvku autorka predostrela základný právny rámec určenia neplatnosti uznesení valného zhromaždenia v podmienkach Slovenskej republiky a následne uskutočnila komparáciu s českou právnou úpravou s poukazom na tie najfundamentálnejšie diskrepancie právnych úprav. Najvýznamnejší rozdiel medzi slovenskou a českou právnou úpravou určenia neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia spočíva vo vnímaní uznesenia valného zhromaždenia ako takého. V kontexte slovenskej právnej úpravy a rozhodovacej praxe slovenských súdov uznesenie valného zhromaždenia nemá povahu právneho úkonu a preto nie je možné hovoriť o možnosti ničotnosti v jeho súvislosti tak ako v prípade českej právnej úpravy. Ďalšou neopomenuteľnou odlišnosťou je absolútna právna ochrana dobromyseľných dotknutých tretích osôb pred určením neplatnosti uznesenia. V zmysle § 131 ods. 4 slovenského obchodného zákonníka sa určenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia „*netýka práv nadobudnutých v dobrej viere tretími osobami*“. Následne autorka adresovala otázku slovenskej zákonnej požiadavky spočívajúcej v potenciálnom obmedzení práv akcionára podávajúceho návrh na určenie neplatnosti valného zhromaždenia v kontexte uznesenia Najvyššieho

ho soudu Slovenskej republiky (ďalej len „NS SR“) z 22. februára 2012, sp. zn. 2 Obdo 1/2012, a nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len „ÚS SR“) zo 16. júna 2011, IV. 434/2010-39. NS SR vo svojom rozhodnutí judikoval, že akcionár musí v rámci návrhu na určenie neplatnosti uznesenia skutočné obmedzenie jeho práv nie len tvrdiť, ale aj preukázať. Naopak, ÚS SR sa vo svojom náleze s názorom NS SR nestotožnil a mal za to, že akcionár nie je povinný obmedzenie svojich práv žiadnym spôsobom preukázať a bude postačujúce preukázať, že prijaté rozhodnutie valného zhromaždenia sa „dotýkalo akéhokoľvek práva patriaceho akcionárovi“. S ohľadom na dikciu slovenskej právnej úpravy autorka vyjadrila obavy ohľadom vhodnosti judikovaných záverov slovenských súdov. Rozhodnutie NR SR vníma ako nadmerne prísne a naopak rozhodnutie ÚS SR za nadmerne „oslobodzujúce“. Z uvedeného dôvodu autorka uzavrela, že akcionár by mal v návrhu na určenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia tak tvrdiť ako aj preukázať potenciálne a nie skutočné porušenie jeho práv, a poukázala na skutočnosť, že samotná spojitosť medzi prijatým rozhodnutím valného zhromaždenia a práva akcionára by nemala postačovať na aktívnu legitimáciu akcionára podať návrh na určenie neplatnosti uznesenia.

Tretí blok zahájil Mgr. Jan Kupčík z Právnické fakulty Masarykovy univerzity, ktorý posluchačům predstavil svoj príspevok s názvom *Rozhodnutí Soudního dvora ve věci C-434/15 – Asociación Profesional Elite Taxi (Uber Spain) a jeho důsledky*. Úvodem autor predstavil predmetný rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 20. 12. 2017 ve věci C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi (Uber Spain)*. V tomto rozsudku analyzoval charakter služby Uber POP z pohľadu evropského práva. Uvedl, že zprostredkovateľská služba, ktorá spojuje potenciálneho zákazníka a neprofesionálneho vodiča a prenáša informácie o rezervácii prepravných služieb, v zásade spĺňa kritéria pro službu informační společnosti. Služba Uber POP nicméně dle rozsudku v praxi sama poptávku vytváří, když bez ní by neprofesionální řidiči služby neposkytovali a zákazníci je (přirozeně) nemohli využít. Soudní dvůr tedy závěrem shledal, že zprostředkovatelská služba Uber POP je součástí hlavní prepravní služby, a proto je službou v oblasti dopravy. V další části příspěvku autor objasnil význam a kontext rozhodnutí Soudního dvora. Věnoval se tedy zejména unijní legislativě, která s pojmy služba informační společnosti a služba v oblasti dopravy pracuje. Klíčovým rozdílem je, že služba v oblasti dopravy nepodléhá režimu volného pohybu služeb, ale je závislá na národní úpravě. Následně autor kriticky hodnotil rozhodovací praxi českých soudů, které s výše uvedeným rozsudkem operovaly, zejména rozhodnutí Městského soudu v Praze ve věci *Taxify*. Zejména zdůraznil klíčový rozdíl mezi širší kategorií služeb v oblasti dopravy a užší kategorií dopravců, na kterou se vztahuje zákon o silniční dopravě. Dále se autor zabýval praktickými důsledky označení služby Uber (a dalších) za službu v oblasti dopravy. Konkrétně se autor zamýšlel nad otázkou povinnosti těchto zprostředkovatelských služeb (v oblasti dopravy) zřídit odštěpný závod, respektive pobočku. V souladu s již dříve prezentovanými akademickými názory došel k závěru, že rekodifikací soukromého práva tato povinnost pro právnické osoby sídlící v jiném členském státě EU a podnikající na území ČR zanikla, a tudíž takové zprostředkovatelské služby, jako je např. Uber, mohou v ČR získat živnostenské oprávnění, aniž by musely zřizovat na území ČR pobočku. Závěrem se autor zamyslel nad motivací živnostenských úřadů k vyžadování splnění této neexistující povinnosti v souvislosti s navrhovaným zdaněním tzv. digitálních gigantů.

S dalším příspěvkem s názvem *Notifikace smluv o veřejných službách v přepravě cestujících v Úředním věstníku EU z pohledu recentní judikatury Soudního dvora EU* vystoupil Mgr. Ing. Jaroslav Menčík, LL.M., z Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Autor začal svůj

příspěvek vysvětlením, že uzavírání smluv o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou dopravou představuje specifickou oblast širší problematiky zadávání veřejných zakázek a koncesí. Základním právním předpisem upravujícím smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících je nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70. Nařízení v článku 7 odst. 2 ukládá objednatelům veřejné dopravy povinnost přijmout nezbytná opatření s cílem nejpozději jeden rok před zahájením nabídkového řízení nebo jeden rok před přímým uzavřením smlouvy zveřejnit v Úředním věstníku EU vybrané informace o smlouvách, které objednatel zamýšlí uzavřít. S ohledem na absenci výslovné úpravy a rozhodovací praxe doposud existovaly pochybnosti o tom, zda se notifikační povinnost vztahuje i na případy, kdy je smlouva o veřejných službách zadávána postupem upraveným v klasických zadávacích směrnících, tj. směrnicích 2014/24/EU a 2014/25/EU. Z obdobných důvodů rovněž nebylo jasné, jaké právní důsledky může případné porušení notifikační povinnosti vyvolat. Naznačené nejasnosti se pokusil odstranit Soudní dvůr EU v rozsudku ze dne 20. září 2018, *Stefan Rudigier*, C-518/17. Autor zdůraznil, že v předmětném řízení Soudní dvůr EU i s odkazem na svou dřívější judikaturu dospěl k závěru, že článek 7 odst. 2 nařízení č. 1370/2007 je *lex specialis* a notifikační povinnost se proto uplatní i při uzavírání smluv podle postupů platných pro veřejné zakázky, tedy na všechny smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících bez ohledu na právní režim jejich zadávání. Autor dále zdůraznil, že vzhledem k tomu, že unijní normotvůrce nestanovil konkrétní ustanovení stran porušení čl. 7 odst. 2 nařízení č. 1370/2007, se dle Soudního dvora EU musí následky takového porušení řídit vnitrostátním právem. Dle názoru Soudního dvora EU je přitom namíste takový výklad, podle kterého porušení notifikační povinnosti nemá za následek zrušení výzvy k podávání nabídek, pokud jsou zároveň dodrženy zásady rovnocennosti, efektivit a rovného zacházení. Autor uzavřel, že některé otázky stále zůstávají otevřené. Předně není zřejmé, kdy konkrétně se bude jednat o porušení zásady rovnocennosti, efektivit nebo rovného zacházení. Stejně tak rozsudek nedává odpověď na otázku, jaký by měl být právní následek porušení notifikační povinnosti. Odpovědi na tyto otázky přinese zřejmě až další rozhodovací praxe.

Třetí blok uzavřela *Mgr. et Mgr. Bc. Silvie Štaňko* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy se svým příspěvkem *Přičitatelnost protisoutěžního jednání řízené společností v judikatuře SDEU*. V úvodu se autorka věnovala specifickým podmínkám přičitatelnosti odpovědnosti za protiprávní jednání dceřiné společnosti její mateřské společnosti v evropském právu. Pro přičtení odpovědnosti není rozhodující, zda mateřská společnost ukládá dceřiné společnosti jednat protiprávně, ale zda spolu s ohledem na všechny hospodářské a právní vazby tvoří jednu hospodářskou entitu, tedy zejména vykonává-li mateřská společnost skutečně nad dceřinou společností rozhodující vliv. Skutečný výkon rozhodujícího vlivu se předpokládá v případě splnění tzv. domněnky na základě kapitálu, kdy mateřská společnost výlučně či téměř výlučně vlastní dceřinou společností. Autorka upozornila, že uplatní-li Komise tuto domněnku, je pouze na mateřské společnosti, aby prokázala, že k výkonu skutečného rozhodujícího vlivu nedocházelo; jinak bude mateřská společnost shledána společně a nerozdílně odpovědnou za zaplacení pokuty uložené její dceřiné společnosti. V další části příspěvku demonstrovala autorka mechanismus vyvracení domněnky na základě kapitálu na aktuálním rozhodnutí SDEU ve věci C-155/14 P *Evonik Degussa GmbH a AlzChem AG*. Nejprve zdůraznila, že v projednávaném případě se dceřiná společnost účastnila kartelových dohod v rozporu s výslovnými a jasnými pokyny svých

mateřských společností. Soudní dvůr nicméně uzavřel, že ani takto udělené výslovné pokyny nejsou dostačující pro vyvrácení domněnky na základě kapitálu, pokud k takovému nerespektování pokynů nedochází pravidelně a obecně. Autorka závěr shledala kontroverzním, neboť právě udělování pokynů je jedním ze základních mechanismů uplatňování koncernového vlivu a v případě takového závažného porušení nelze po mateřské společnosti spravedlivě požadovat, aby nesla spoluodpovědnost za „uličnické“ jednání svojí dcery. Autorka zdůraznila, že zde byly i další specifické argumenty pro neexistenci výkonu skutečného rozhodujícího vlivu mateřských společností, zejména skutečnost, že jejich úmyslem bylo od počátku dceřinou společnost prodat. Přestože protisoutěžní jednání dceřiné společnosti spadalo z menší části do období jednání o prodeji do konkurenčního koncernu a z větší části do období po prodeji, Soudní dvůr neuznal argument „mocenským vakuem“ vzniklým v období jednání o prodeji, naopak dovedl skutečný výkon rozhodujícího vlivu. Autorka tedy uzavřela, že i když se posuzování skutečného rozhodujícího vlivu vztahuje k období protiprávního jednání, není dotčena možnost vycházet z informací týkajících se období předcházejícího, pokud lze doložit relevantnost těchto informací i pro období protiprávního jednání.

V pořadí čtvrtý blok zahájil *Mgr. Kamil Kovaříček* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity, který vystoupil s příspěvkem na téma *K povinnosti rozdělovat zisk v kapitálových společnostech*. Autor na úvod vymezil povinnost zisk rozdělovat s odkazem na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 26. 2. 2014, sp. zn. 29 Cdo 3059/2011. To mimo jiné uvádí, že právo podílet se na zisku je jedním ze základních práv akcionáře a že rozhodnout o jiném než plném rozdělení zisku lze jen výjimečně z důležitých důvodů pod sankcí neplatnosti takového usnesení valné hromady. Nejvyšší soud rovněž uvedl, že uvedené důležité důvody může věcně přezkoumávat, zdali odpovídají zájmům společnosti a zdali jsou v širším smyslu materiálně opodstatněné. Autor konstatoval, že rozhodnutí bylo vystavěno na teleologickém výkladu zákona, kdy Nejvyšší soud dovedl v rámci norem upravujících rozdělení zisku zvýšenou ochranu minoritních akcionářů. V další části příspěvku autor zkoumal tyto jednotlivé závěry v kontextu jejich vnitřní funkčnosti a přenositelnosti do úpravy kapitálových společností po rekodifikaci soukromého práva. Autor upozornil na skutečnost, že prohlášení neplatnosti usnesení valné hromady o nerozdělení zisku se míjí s dovozeným účelem úpravy. Sankcí neplatnosti totiž nelze dosáhnout funkční ochrany minoritních akcionářů, jelikož nakumulovaný zisk zůstane nerozdělený. Dle autora tento nedostatek nelze překonat ani nárokem akcionářů na náhradu škody či přiměřené zadostiučinění, jelikož zpravidla nebudou dány podmínky pro jejich uplatnění a kvalitativně se jedná o jiné nároky, které by disproporci mezi akcionáři pouze prohlubovaly. V závěru příspěvku se autor zamýšlel nad přenositelností těchto závěrů do nového rekodifikovaného práva. Uzavřel, že zákon o obchodních korporacích aplikovatelnost závěrů o potenciální neplatnosti usnesení valné hromady pro nerozdělení zisku nevylučuje. Na druhé straně zákon dle autora poskytuje jiné a efektivnější nástroje pro dosažení účelu úpravy, jakou je například určovací žaloba na určení pozitivního rozhodnutí o rozdělení zisku dle § 80 o. s. ř. v kombinaci se systémem hlasů majoritního akcionáře dle § 212 o. z. (v návaznosti na návrh minoritního akcionáře zisk rozdělit) anebo možnost exitového mechanismu dle § 89 z. o. k. Obě tyto alternativy nejen že nevyžadují založení pravomoci meritorně usnesení valné hromady přezkoumávat, ale rovněž poskytují minoritním akcionářům i peněžité vyrovnání.

Čtvrtý blok uzavřela příspěvkem *Schreiber v. Carney aneb k (ne)přípustnosti koupě hlasů akcionáře* *Mgr. Lucie Slavíková* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Autorka na

úvod nastolila otázku, do jaké míry je akcionář oprávněn svobodně disponovat s hlasovacím právem spojeným s jeho akciemi. Akcionář jako reziduální vlastník společnosti, který nese (i negativní) následky výkonu svého hlasovacího práva, by měl hlasovací právo vykonávat osobně, podle svého uvážení a s nezbytnou loajalitou. Přesto nic nebrání uzavírání akcionářských dohod o výkonu hlasovacích práv, jejichž předmětem je koordinace výkonu hlasovacího práva mezi více akcionáři (nezřídka za úplatu). To je logické, neboť i ostatní akcionáři jsou reziduálními vlastníky společnosti a nesou také následky smluvného výkonu hlasovacího práva. Složitější může být otázka, zda je přípustná koupě hlasů samotnou společností, popřípadě třetími osobami. Obchodní zákoník prohlašoval dohody o výkonu hlasovacích práv, v nichž se akcionář zavazoval hlasovat určitým způsobem výměnou za výhody poskytnuté společností, bez dalšího za neplatné. Česká právní teorie i judikatura se přiklání k nepřípustnosti koupě hlasů i za stávající právní úpravy, a to s odkazem na zákaz štěpení akcionářských práv, jehož projevem je např. § 281 odst. 4 z. o. k. V další části příspěvku autorka stručně shrnula vývoj (prozatím neuzavřený) série rozhodnutí v případě společnosti Vodovy a kanalizace Zlín. Důležité rozhodnutí valné hromady bylo přijato na základě hlasů, které za akcionáře vykonával zmocněnec. Plná moc však obsahovala ujednání (např. vysoké smluvní pokuty při odvolání plné moci) vyvolávající pochyby, zda se nejednalo o zastřený převod hlasovacích práv. Následně autorka zmínila známý případ *Schreiber v. Carney* z roku 1982, kdy soudy státu Delaware řešily otázku přípustnosti koupě hlasů akcionáře samotnou společností. Do vydání tohoto rozhodnutí byla koupě hlasů neplatná pro rozpor s veřejným pořádkem. Nově však delawarské soudy rozhodly, že (ne)platnost koupě hlasů záleží na účelu jejich koupě – jestliže společnost nesledovala žádný podvodný cíl sledující zkrácení práv akcionářů nebo poškození společnosti, může být koupě hlasů platná. Nastolený způsob posuzování platnosti koupě hlasů aplikovaly delawarské soudy i v případě posuzování platnosti rozhodnutí valné hromady společnosti HP v případě fúze společností HP a Compaq. Autorka uzavřela svůj příspěvek s tím, že koupě hlasů akcionáře společností či třetími osobami není *per se* zakázaná, nicméně je třeba zkoumat okolnosti konkrétního případu a posuzovat účel koupě hlasů. Autorka se tak vymezila vůči doktrinárnímu názoru dovozujícímu zákaz koupě hlasů akcionáře např. z § 281 odst. 4 z. o. k.

Pátý blok se svým příspěvkem *Pojem obchodního tajemství a jeho reflexe v rozhodovací praxi českých soudů* zahájila Mgr. Pavlína Makulová z Právnické fakulty Univerzity Karlovy. V úvodu příspěvku se autorka věnovala historickému exkurzu právního zakotvení pojmu obchodního tajemství na území České republiky. Obchodní tajemství bylo jako samostatný právní institut v ČR právně zakotveno až obchodním zákoníkem. Předválečné právo poskytovalo ochranu pouze obchodnímu nebo výrobnímu tajemství před nekalosoutěžním jednáním v rámci zákona o ochraně před nekalou soutěží z roku 1927, který byl v roce 1950 zrušen. Autorka dále pojednala o rozdílech v zákonných definicích pojmu obchodní tajemství před a po rekodifikaci soukromého práva. Dovedila, že občanský zákoník sice používá pro vymezení definičních znaků pojmy odlišné od pojmů používaných za předchozí právní úpravy, ovšem podstata tohoto právního institutu změněna nebyla. V další části příspěvku autorka upozornila, že od účinnosti obchodního zákoníku byla koncipována tzv. neformální ochrana obchodního tajemství, která platí i v soudobé právní úpravě. Její podstatou je, že obchodní tajemství požívá právní ochrany *ex lege* od okamžiku, kdy dojde k naplnění všech zákonných definičních znaků kumulativně, a právní ochrana zaniká okamžikem odpadnutí některého z nich. Jednotlivé definiční znaky mají i v soudobé právní úpravě povahu relativně neurčitých právních pojmů a je tak nezbytné

je interpretovat v souladu s relevantní judikaturou. Autorka proto při rozboru a výkladu jednotlivých definičních znaků obchodního tajemství podle § 504 o. z. vycházela z dostupné judikatury, která existuje takřka výlučně ještě k právní úpravě před rekodifikací soukromého práva. Nejvíce se autorka věnovala definičnímu znaku „*skutečnosti v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné*“, kde zdůraznila např. rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 25. 5. 2001, sp. zn. 31 Ca 189/2000, a dvě rozhodnutí Nejvyššího správního soudu – rozhodnutí ze dne 9. 12. 2004, sp. zn. 7 A 118/2002, a rozhodnutí ze dne 30. 5. 2014, sp. zn. 5 Afs 48/2013. Na závěr autorka shrnula, že obchodní tajemství požívá neformální ochrany *ex lege* jen za předpokladu, že jsou kumulativně naplněné znaky uvedené v zákoně. Vzhledem k tomu, že jde o neurčité právní pojmy, je k jejich výkladu nezbytná znalost judikatury českých soudů. I po rekodifikaci soukromého práva lze pro interpretaci jednotlivých definičních znaků obchodního tajemství vycházet z relevantní judikatury soudů z období před rekodifikací.

Pátý blok uzavřela Mgr. Gabriela Brejchová, asistentka soudce Nejvyššího soudu ČR, s příspěvkem *Povinnost znalce k náhradě škody při převodu jmění na akcionáře*. Autorka ve svém příspěvku stručně představila jeden z druhů přeměny obchodních korporací – institut převodu jmění na akcionáře a usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. září 2018, sp. zn. 29 Cdo 4803/2016. Nejvyšší soud se v tomto usnesení zabýval výkladem § 220k, § 220l a § 220p obch. zák. a přijal závěr, že menšinový akcionář je oprávněn se domáhat náhrady škody při převodu jmění na hlavního akcionáře vůči znalci, jestliže výše přiměřeného vypořádání byla podložena jeho vadným znaleckým posudkem, a toto své právo může uplatnit nezávisle na svém právu na dorovnání vůči hlavnímu akcionáři, které je omezeno prekluzivní lhůtou. Aby bylo dosaženo spravedlivého uspořádání vztahů, může znalec žádat po hlavním akcionáři to, co sám plnil menšinovému akcionáři z titulu náhrady škody. Tyto závěry se uplatní i za aktuální právní úpravy obsažené v zákoně o přeměnách, která zakotvuje odpovědnost znalce za škodu způsobenou při přeměně obchodní korporace. V další části příspěvku se autorka zaměřila na závěry předmětného usnesení Nejvyššího soudu a jeho důsledky. Hlavním z nich je zásah do struktury vztahů v rámci zanikající společnosti, neboť mezi menšinovým akcionářem a znalcem neexistuje žádný právní vztah, ze kterého by byl menšinový akcionář oprávněn se náhrady škody domáhat. Toto oprávnění také prolamuje prekluzivní lhůtu, ve které se může menšinový akcionář domáhat dorovnání přiměřeného vypořádání. Ta chrání právní jistotu přejímajícího akcionáře, že po uplynutí určité lhůty proti němu nebudou vzneseny další nároky související s přiměřeným vypořádáním. Autorka dále upozornila na právní vývoj institutu převodu jmění, z něhož lze dovodit, že není vhodné odpovědnost znalce aplikovat, neboť původní ustanovení směrnic, ze kterých převod jmění vychází, odpovědnost znalce přímo vylučovaly. Navíc odpovědnost znalce za škodu se neuplatní ani v institutu *squeeze-outu*, který je téměř totožný s převodem jmění. V poslední části svého příspěvku se autorka zabývala otázkou řádného vypracování znaleckého posudku. Jestliže menšinový akcionář využije své právo na náhradu škody vůči znalci, je třeba nejprve posoudit, zda znalec zpracoval posudek řádně. Podle předmětného usnesení Nejvyššího soudu však znalec svou povinnost zpracovat znalecký posudek řádně neporušil, jestliže postupoval v souladu s aktuálními a obecně uznávanými pravidly oboru oceňování, bez ohledu na to, zda podle názoru jiného znalce byla výše přiměřeného vypořádání odlišná. Autorka proto uzavřela, že v praxi jen zřídka nastane situace, ve které znalec nezpracuje znalecký posudek řádně (v souladu s usnesením Nejvyššího soudu) a bude po něm možné žádat náhradu škody.

Poslední blok zahájil Mgr. Jan Flídr z Právnické fakulty Univerzity Karlovy s příspěvkem *Nahrazení projevu vůle společníka zavázaného z dohody o výkonu hlasovacích práv*. Na úvod příspěvku seznámil autor posluchače se závěry tuzemské doktríny k přednášenému tématu. V právní teorii dominuje závěr, že strana dohody o výkonu hlasovacích práv se nemůže domoci jejího splnění žalobou na nahrazení projevu vůle spolukontrahenta spočívající v hlasování na valné hromadě dříve dohodnutým způsobem. Tomuto stanovisku autor oponoval. Žaloba na nahrazení projevu vůle představuje žalobu na plnění a rozsudek nahrazující projev vůle deklaratorní rozhodnutí. K jeho vydání proto není na rozdíl od rozhodnutí konstitutivní povahy třeba zákonné zmocnění; strana smlouvy se může domáhat nahrazení projevu vůle již proto, že se k němu spolukontrahent smluvně zavázal. Autor upozorňoval, že k odlišnému výsledku aplikace práva nelze v oblasti práva obchodních korporací dospět ani argumentem, že rozsudek nahrazující projev vůle společníka by nepřípustným způsobem zasahoval do vnitřních poměrů společnosti. Autor argumentoval, že soudní rozhodnutí nahrazující hlasování společníka ještě ničeho nevypovídá o výsledku hlasování. Pravomocné rozhodnutí nahrazuje pouze hlasy, které povinný společník musí odevzdat, nikoli usnesení valné hromady. Rozhodnutí nahrazující projev vůle společníka také nepředjímá, jak mají být hlasy započítány či zda není hlasovací právo společníka sistováno. Do vnitřních poměrů proto rozsudek nezasahuje více než korespondenční způsob hlasování. Na závěr příspěvku autor obhajoval stanovisko, že nahradit projev vůle spolukontrahenta dohody o výkonu hlasovacích práv lze také prostřednictvím předběžného opatření. Autor připustil, že nahradí-li soud v předběžném opatření projev vůle společníka a je-li přijaté usnesení valné hromady nerevokovatelné, ztrácí později vynesení rozsudek na významu. To je však jev, se kterým se lze setkat i mimo právo obchodních korporací a jenž neodůvodňuje nemožnost domáhat se ochrany předběžným opatřením. Nejen nařízením předběžného opatření, ale také jeho nenařízením hrozí vznik nevratných důsledků. Paušální zamítnutí ochrany prostřednictvím předběžného opatření by proto začasť vedlo k tomu, že by se strana dohody o výkonu hlasovacích práv nemohla svého smlouveného nároku soudně domoci a soudní ochrana by ji byla ve výsledku upřena.

S posledním příspěvkem s názvem *Regresní nároky mezi avalisty* vystoupila Mgr. Zuza-na Dvořáková z Právnické fakulty Masarykovy univerzity, která se zabývala postavením avala po zaplacení směnky a jeho vztahem k ostatním avalům, kteří převzali směnečné rukojemství za stejného dlužníka. Na úvod shrnula závěry přijaté Nejvyšším soudem v rozsudku ze dne 31. 5. 2016, sp. zn. 29 Cdo 2653/2015, v němž Nejvyšší soud dovodil subsidiární aplikaci ustanovení občanského zákoníku o regresu mezi spoludlužníky na vztahy mezi avaly stejného stupně. Závěr Nejvyššího soudu je průlomový, neboť odborná literatura i dosavadní judikatura možnost subsidiární aplikace občanského zákoníku na vztahy mezi těmito avaly odmítala. Autorka rozebrala jednotlivé argumenty Nejvyššího soudu – odkaz na starší odbornou literaturu, absenci speciální úpravy v zákoně směnečném a šekovém o vypořádání mezi avaly stejného stupně a možností subsidiárně aplikovat ustanovení občanského zákoníku ve směnečném právu. Přitom poukázala na čl. I § 32 odst. 3 zák. směn. a šek., který upravuje postavení zaplativšího avala, a to i ve vztahu k avalům stejného stupně, když vůči nim regres zaplativšímu avalovi nepřiznává. Toto ustanovení podle autorky možnost subsidiární aplikace občanského zákoníku na vztahy mezi avaly stejného stupně vylučuje. Dále upozornila na dílčí otázky, které uvedené rozhodnutí vyvolává a kterým by měla být věnována pozornost. Konkrétně se jedná o stanovení okamžiku vzniku občanskoprávního nároku, vztah občanskoprávního regresu a smě-

nečtěprávního postihu, podmínky, za nichž může zaplativší aval vést proti spoluavalům občanskoprávní regres, ale i okruh osob, vůči nimž může aval vést občanskoprávní regres, a to s ohledem na čl. I § 47 odst. 1 zák. směn. a šek. Závěrem upozornila autorka na riziko, které připuštění subsidiární aplikace občanského zákoníku přináší. Tím je možnost dvojího uspokojení avala, který směnku zaplatil – jednou z titulu směnečného práva, podruhé z titulu práva občanského. S ohledem na uvedené tedy autorka uzavřela, že jakkoli jsou závěry přijaté Nejvyšším soudem v uvedeném rozhodnutí sporné, měly by být hledány hranice možné subsidiární aplikace občanského zákoníku na vztahy mezi avaly stejného stupně. Stanovení těchto hranic by mělo být provázáno myšlenkou, že subsidiární aplikace občanského zákoníku by měla otevírat zaplativšímu avalovi cestu regresu vůči ostatním avalům stejného stupně pro případ, že směnečněprávní postih není možné vést vůbec, nebo jeho vedení není efektivní. Nemělo by se však jednat o nástroj, který by umožnil avalovi, který na směnku zaplatil, obohatit se díky souběžnému uplatnění směnečného postihu a občanskoprávního regresu.

Po skončení diskuse k poslednímu příspěvku poděkoval moderátor všem vystupujícím i posluchačům za účast na konferenci a popřál jim mnoho úspěchů (nejen) v další vědecké činnosti.

Lze uzavřít, že již sedmý ročník doktorandské vědecké konference co do své úspěšnosti navázal na ročníky předchozí. Kromě přednášejících z řad především, ale nikoli výlučně doktorandů věnujících se problematice obchodního práva se konference zúčastnila rovněž řada hostů z praxe i akademické obce, kteří obohatili diskusi o své postřehy a podněty. Pozitivně je třeba hodnotit i zapojení účastníků ze zahraničních univerzit, kteří přítomným zprostředkovali pohled na některé zásadní obchodněprávní problémy optikou jiného než českého právního řádu. Celkově tak lze konferenci hodnotit jako velmi úspěšnou, neboť vystupujícími byly často nastolovány podnětné a v české doktríně mnohdy nepříliš diskutované otázky obchodního práva po rekodifikaci včetně možných návrhů řešení. Členové katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy proto ještě jednou děkují všem vystupujícím i hostům za účast a věří v pokračování tradice doktorandských konferencí i při osmém ročníku konference, který je plánován na prosinec roku 2019.

Lucie Slavíková* – Jan Flídr** – Pavlína Makulová***

* Mgr. Lucie Slavíková, interní doktorandka katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: lucie.slav@gmail.com.

** Mgr. Jan Flídr, interní doktorand katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: JanFlidr@email.cz.

*** Mgr. Pavlína Makulová, interní doktorandka katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: p.makulova@gmail.com. Tento příspěvek byl zpracován v rámci projektu specifického vysokoškolského výzkumu Univerzity Karlovy *Principy soukromého práva a jejich vyjádření a nalézání v obchodním právu, mezinárodním právu soukromém a medicínském právu* (SVV č. 260 362).

The Methods of the Research of Judicialization in Central Europe

Jindřiška Sylllová

Abstract: Judicialization of politics has been analyzed in a number of theoretical papers. The book of Stone and Shapiro from 1995, based on empirical descriptions of individual states, had been the first source of inquiry in this respective field. However academic literature in Europe – and in the Czech Republic – soon started analyzing the excessive influence of the judiciary through descriptions of interpretative methods. This approach gives the impression of judicialization as a fact without being properly verified. Some reasons for judicialization lie in the plurality of legal sources, but it is not clear which other phenomena lead to it.

Key words: judicialization, constitutional courts, justice politics

The Subsidiarity Principle and the Proportionality Principle by Adopting the Regulation on the European Public Prosecutor's Office

Andrej Beleš

Abstract: The author focuses on examining the compliance of the Regulation on the European Public Prosecutor's Office with the principles of subsidiarity and proportionality. The author examines the various arguments that supported the consistency of the proposal with the above-mentioned principles, and refers to the counter-arguments. This article contributes to discussion on the need to set up the European Public Prosecutor's Office, its scope and other legal issues that need to be addressed.

Key words: European Public Prosecutor's Office, subsidiarity, proportionality

Separation of Powers in Legal Argumentation

Martin Hapla

Abstract: The separation of powers is traditionally considered as one of the key legal and political principles. However, after a closer look, it becomes clear that it actually consists of several very diverse components. The author of the article notes the contradiction that arises between the emphasis on the independence of an institution and the need for its control by other powers. He asks when we are to prefer the first component at the expense of the other and vice versa. The current doctrine does not give us a satisfactory answer. This problem can not be solved by adding another normative thesis to the separation of powers or by identifying its basis. In the professional community, there is no consensus on what the idea stands in its background. Some academics think about efficiency, freedom, self-determination and many others. The author suggests in his text to understand the two components as separate contradictory principles whose collision can be solved through proportionality-based methods. Compared to the current practice, this approach means a shift towards more transparent decision making.

Key words: separation of powers, independence, system of checks and balances, proportionality, legitimacy of judicial decision making

Positivism vs. Iusnaturalism: Is it Really just an Overestimated Pseudo-problem, or rather a Cornerstone of a Solution to the Question of Legitimacy?

Jan Petr Kosinka

Abstract: Nowadays, it is possible to encounter, with increasing frequency, allegations that the distinction between the positive and the natural law concepts is not very beneficial in practice. There are, of course, opposite voices, even from the top experts in the field, such as Professor Alexy, as Pavel Holländer reminds us.

The author of the present paper does not share the belief that differences between the two basic concepts of law are not important. He also does not share conviction of the gradual blending of both basic approaches (at least in the theoretical field). In my text *The Metaphysical Assumptions of Human Rights*, I have already highlighted one of the aspects arising from the difference between the two perspectives of the concept of law, which is that if theories based on nominalistic concept (positivism) are consistently drawn into their logical conclusions, they regularly lead to the conclusion about the fictitiousness even of normativism itself. I have already pointed out another problematic aspect connected with the positivist concept in my diploma thesis by referring to Ota Weinberger's quotation, which rejects the sanctioning theory of the legal norm on the grounds that it introduces the concept of a person who is adequately behaving only under the threat of repression. The third major difference between the concept of natural law and the positivistic one will be offered in this work. I am convinced that it is the implication of the idea of retroactive making of law within the positivist perspective.

Key words: Alexy, Holländer, Kelsen, Sobek, iusnaturalism, fiction, legitimacy, nihilism, noetics, nominalism, normativism, positivism, retroactivity, sanction theory of norms



XXVII. Karlovarské právnické dny Pozvánka na XXVII. konferenci

Karlovarské právnické dny

13.–15. června 2019

Grandhotel Ambassador Národní dům, Karlovy Vary

Konferenci pořádají

Karlovarské právnické dny – společnost českých,
německých, slovenských a rakouských právníků, z.s.,

a

Česká advokátní komora ■ Deutscher Anwaltverein e.V.
Slovenská advokátska komora ■ Ústav štátu a práva SAV

dále se na přípravě odborné části konference podílejí

Forschungsinstitut für Mittel- und Osteuropäisches Wirtschaftsrecht, Wien ■ Industrie- und Handelskammer Oberfranken ■ Internationales Fachinstitut für Steuer- und Wirtschaftsrecht e.V. ■ Ústav státu a práva AV ČR ■ Ministerstvo spravedlnosti ČR ■ Notářská komora ČR ■ Notářská komora SR ■ Unie podnikových právníků ČR, z.s.

Program konference je stanoven programovým grémiem společnosti, jehož členy tvoří přední představitelé justice, teorie a praxe z České a Slovenské republiky

Mediální partneři

Atlas consulting, spol. s r.o. ■ Nakladatelství Leges, s.r.o. ■ EPRAVO.CZ ■ Nakladatelství Wolters Kluwer ČR a.s. ■ Nakladatelství C.H. Beck s.r.o. ■ IWRZ – Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht ■ OBCZAN, z.s. ■ Konkursní noviny ■ Economia, a.s. – Právní rádce

Náklady konference jsou hrazeny z účastnických poplatků (cca 65 %), z příspěvků ČAK, DAV, SAK, ÚŠaP SAV (cca 15 %) a z příspěvků partnerů konference (cca 20 %)

Partneři konference: AGROFERT, a.s. ■ ČEZ, a.s.

Konference je pořádána pod záštitou: Soudcovské unie ČR

Účast na konferenci

Konference se účastní právníci z různých oborů práva z praxe, justice i teorie, zejména z ČR, Rakouska, SRN a SR

Základní poplatek za účast na konferenci a závěrečné recepce činí **9800 Kč / 480 EUR + DPH**.
Simultánně tlumočeno do ČJ/NJ (13. a 14. 6. 2019) ■ Průběžná projekce textů zákona a judikatury

Počet účastníků je omezen na 150 osob.

PODMÍNKY ÚČASTI A REGISTRAČNÍ FORMULÁŘ NALEZNETE NA WWW.KJT.CZ

Karlovarské právnické dny – společnost českých, německých, slovenských a rakouských právníků, z.s.,
IČ 26670020, sídlo Národní 10, 110 00 Praha 1

PROGRAM KONFERENCE

13. 6. 2019 ■ ČTVRTEK

■ Občanské právo hmotné

„První zásada soukromého práva“

Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš, Právnická fakulta TU Trnava, Ústav státu a práva AV ČR

„Meze smluvní svobody“

JUDr. Robert Pelikán, Ph.D., advokát

„Meze smluvní svobody podle rakouského práva“

Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M., WU Wien

„Vztah obchodního a občanského zákoníku po reformě v SR“

Prof. JUDr. Marek Števček, PhD., UK v Bratislave

■ Dědické právo

„Evropské dědické nařízení v německé a české aplikační praxi od roku 2015 – rozhodnutí, zkušenosti, perspektiva“

Dr. Stephan Heidenhain, advokát

„Aktuální judikatura NS ČR v dědickém řízení (mj. ve vztahu k evropskému dědickému nařízení)“

JUDr. Roman Fiala, místopředseda NS ČR

■ Profesní odpovědnost za poradenství advokátem

„Profesní odpovědnost rakouského advokáta za poradenství“

Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger, advokát, prezident RAK Wien a Mag. Petra Černochová, advokát, RAK Wien

„Rozlišování mezi zájmem a oprávněným zájmem klienta“

JUDr. Vladimír Jirousek, předseda ČAK a Mgr. Robert Němec, LL.M., místopředseda ČAK, advokát

■ Trestní právo

„K nakládání s vlastním a svěřeným majetkem při totožnosti konečného vlastníka a k pojmu škody z hlediska trestně právní odpovědnosti“

JUDr. František Púry, Ph.D., NS ČR, PF UK Praha

„Možnost vyvinění se právnické osoby z trestní odpovědnosti ve světle aktualizované metodiky Nejvyššího státního zastupitelství“

Mgr. Jitka Logesová, advokát

■ Správní právo

„Vybrané otázky administrativního sankcionování v praxi“

JUDr. Jozef Milučký, NS SR

„Odpovědnost soudce za rozhodnutí a kárná řízení soudců“

JUDr. PhDr. Karel Šimka, LL.M., Ph.D., NSS ČR

14. 6. 2019 ■ PÁTEK

■ Obstrukce v jednotlivých řízeních

„Průtahy a obstrukce v trestním řízení a jejich příčiny“

Prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph. D., předseda NS ČR, PF UK Praha

„Průtahy a obstrukce v německém trestním řízení“

Dr. Andreas von Máriaßy, advokát

„Průtahy a obstrukce v českém civilním řízení a specifika obstrukcí v insolvenčním řízení“

JUDr. Zdeněk Krčmář, NS ČR

„Průtahy a obstrukce v rakouském civilním řízení“

Mag. Dr. Jürgen Rassi, OGH Wien

„Průtahy a obstrukce v rozhodčím řízení“

Mgr. Dušan Sedláček, advokát

▪ Evropské právo

„Proč před Tribunálem EU nejsou používány obstrukční prostředky“

Prof. JUDr. Irena Pelikánová, DrSc., soudkyně Tribunálu, Lucemburk

„Srovnání některých aspektů přezkumu zákonnosti (správních rozhodnutí) českými a unijními soudy“

JUDr. Jan M. Passer, Ph.D., LL.M., soudce Tribunálu, Lucemburk

„Odpovědnost při použití umělé inteligence“

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, prezident KJT, advokát, Kolín nad Rýnem

▪ Kybernetické právo

„Elektronická identifikace pro spolehlivý procesně právní důkaz právního jednání“

Doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D., PF MU Brno

„Elektronická identita při elektronickém hmotněprávním jednání“

Mgr. František Korběl, Ph.D., advokát

„Nové technologie a právo: změna formy či proměna podstaty?“

Mgr. Michal Bobek, Ph.D., gen. advokát u Soudního dvora v Lucemburku

„Subsidiarita trestní represe u deliktů na sociálních sítích“

JUDr. Libor Vávra, předseda MS v Praze

▪ Slavnostní recepce s vyhlášením ocenění společnosti:

* Autorská cena * Pocta judikátu * Prestižní cena

15. 6. 2019 ▪ SOBOTA

▪ Ochrana spotřebitele

„Aktuálne otázky ochrany spotrebiteľa v Slovenskej republike“

Doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD., Právnická fakulta TU Trnava

„Novelizace směrnice o nekalých obchodních praktikách ve vztahu k problematice dvojí kvality zboží“

Doc. JUDr. Blanka Vítová, Ph.D., LL.M., PF UP v Olomouci

„Návrh směrnice o některých aspektech smluv o prodeji zboží v kontextu českého soukromého práva“

Doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D., PF MU Brno

„Rozkazní řízení a ochrana spotřebitele“

Doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D., PF UP v Olomouci

„Ochrana spotřebitele v nekalosoutěžním právu“

Doc. JUDr. Jozef Vozár, CSC., Ústav státu a práva SAV

▪ Korporátní právo

„Smlouva o výkonu funkce statutárního orgánu v obchodních společnostech“

Prof. JUDr. Mária Patakyová, PhD., UK v Bratislave

„Střet zájmů člena statutárního orgánu ve vazbě na pravidla corporate governance“

Doc. JUDr. Ivana Štenglová, PF UK Praha, VSCI Praha

„Kogentnost a dispozitivita korporátního práva – jejich vzájemné ohraničení v judikatuře a právní teorii“

JUDr. Petr Šuk, NS ČR

„Omezení zástupčího oprávnění při vstupu právnické osoby do likvidace pro jednání, které nenaplníje účel likvidace“

JUDr. Kateřina Eichlerová, PhD., PF UK Praha

▪ Zakončení konference, závěrečný přípitek

Změna programu vyhrazena.

ČASOVÉ USPOŘÁDÁNÍ A VEŠKERÉ DALŠÍ INFORMACE KE KONFERENCI A ORGANIZAČNÍM ZÁLEŽITOSTEM NALEZNETE NA WEBOVÝCH STRÁNKÁCH NAŠÍ SPOLEČNOSTI NEBO VÁM JE POSKYTNE TECHNICKÝ SEKRETARIÁT KONFERENCE: **Dagmar Korecká, tel: 602 349 069, E-mail: kjt@kjt.cz**

KARLOVARSKÉ PRÁVNICKÉ DNY
PRESTIŽNÍ CENA 2019
 pro nejlepší právnický časopis v České a Slovenské republice

Anketní lístek

	Časopis		Vydavatel		Hodnotte 1-10 úroveň	
	Recenzované časopisy (R)				Odborná/informační	
1	Acta Iuridica Olomucensia	(R)	Univerzita Palackého v Olomouci	ČR		
2	Ad Notam		Notářská komora ČR	ČR		
3	Ars notaria		Notářská komora SR	SR		
4	Bulletin advokacie	(R)	Česká advokátní komora	ČR		
5	Bulletin slovenskej advokácie		Slovenská advokátska komora	SR		
6	Bulletin Stavební právo		Česká společnost pro stavební právo	ČR		
7	Časopis pro právní vědu a praxi	(R)	Masarykova univerzita, Brno	ČR		
8	International and Comparative Law Review	(R)	Univerzita Palackého v Olomouci	ČR		
9	Jurisprudence	(R)	Wolters Kluwer ČR, a.s. a PFUK	ČR		
10	Justičná revue	(R)	Ministerstvo spravedlivosti SR	SR		
11	Kriminalistika	(R)	Ministerstvo vnitra ČR	ČR		
12	Obchodní právo	(R)	Wolters Kluwer ČR, a.s.	ČR		
13	Obchodněprávní revue	(R)	C. H. Beck Praha	ČR		
14	Právněhistorické studie	(R)	PF Univerzita Karlova v Praze	ČR		
15	Právní rádce		Economia, a.s.	ČR		
16	Právní rozhledy	(R)	C. H. Beck Praha	ČR		
17	Právník	(R)	Ústav státu a práva AV ČR	ČR		
18	Právní obzor		Ústav státu a práva SAV	SR		
19	Právo a rodina		Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
20	Soukromé právo		Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
21	Revue církevního práva	(R)	Společnost pro církevní právo	ČR		
22	Revue pro právo a technologie	(R)	Masarykova univerzita Brno	ČR		
23	Soudce		Soudcovská unie ČR	ČR		
24	Soudní rozhledy	(R)	C. H. Beck Praha	ČR		
25	Správní právo	(R)	Ministerstvo vnitra ČR	ČR		
26	Státní zastupitelství	(R)	Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
27	Súkromné právo		Wolters Kluwer SR s.r.o.	SR		
28	Trestněprávní revue	(R)	C. H. Beck Praha	ČR		
29	Trestní právo	(R)	Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
30	Zo súdnej praxe	(R)	Wolters Kluwer SR s.r.o.	SR		
31	Zpravodaj Jednoty českých právníků		Jednota českých právníků	ČR		
32	Epravo		EPRAVO.CZ, a.s.	ČR		
33	Právní prostor		ATLAS consulting spol. s r.o.	ČR		
34	Jiné právo		Kolektiv autorů (blog)	ČR		

Hodnotte výlučně na základě osobní znalosti a srovnání, není nutné hodnotit každý časopis. Zvlášť hodnotte odbornou a informační úroveň přidělením bodů od 1 do 10, kdy 1 bod představuje dle Vás nejnižší možnou úroveň a 10 nejvyšší úroveň.

Současně Vám lze navrhnout pravomocný rozsudek publikovaný v období od 1.5.2018 k udělení ceny Pocta judikátu:

Soud..... sp.zn..... ze dne.....

Anketní lístek prosíme zaslat poštou nejpozději do 8.6.2019, per e-mail na adresu casopis@kjt.cz, případně vyplněním na www.kjt.cz, zde je zveřejněn i Statut této ceny. Obdržené anketní listky do 20.5.2019 budou slosovány o věcné ceny (právnickou literaturu, včetně i účasti na XXVII. Konferenci či na vyhlášení ceny na slavnostní recepci v rámci konference).

Podpisem či odesláním souhlasím s uchováním těchto údajů po dobu dvou let společností výlučně pro účely zpracování a hodnocení ankety a prohlašuji, že jsem anketní lístek vyplnil/a osobně dle svého nejlepšího přesvědčení.

Jméno, příjmení, titul.....Profese.....
 Adresa sídla.....Tel.....e-mail.....

Podpis



Výzva k zaslání příspěvků

29. února 2020 uplyne sto let od přijetí Ústavní listiny Československé republiky, publikované jako zákon číslo 121/1920 Sbírky zákonů a nařízení státu československého. Touto ústavou vyjádřil československý národ vůli „upevniti dokonalou jednotu národa, zavésti spravedlivé řády v republice, zajistiti pokojný rozvoj domoviny československé, prospěti obecnému blahu všech občanů tohoto státu a zabezpečiti pozhledání svobody příštím pokolením“. Platnost této ústavy sice skončila 9. června 1948, některé její myšlenky se však ukázaly jako životné a byly jednou z inspirací pro náš současný ústavní pořádek.

Redakce Právnick má u příležitosti tohoto výročí v úmyslu připravit pro druhý sešit příštího ročníku časopisu k uveřejnění statí a další texty zaměřené na téma

Sto let od přijetí Ústavy ČSR

s tím, že redakci jde o právněteoretické příspěvky zaměřené v naznačeném rámci na aktuální otázky **z oblasti ústavního práva, státovědy a právní filosofie, jakož i soukromého a veřejného práva** dokládající současnou úroveň české právní vědy.

Anotaci příspěvku v rozsahu nejvýše pěti stran s uvedením hlavních tezí a literatury, již autoři zamýšlejí použít, je možné zaslat redakci nejpozději do **3. června 2019**. Redakce na základě předběžného komisionálního posouzení osloví autory, aby svoji stať zpracovali nejpozději do 10. října 2019, přičemž její rozsah by neměl přesáhnout 20–25 normostran. Příspěvky budou následně recenzovány v rámci standardního recenzního řízení a otištěny v čísle **2/2020**.

Redakce uvítá i kratší příspěvky, které by mohly být zařazeny do rubrik *Glosy* nebo *Informace*.

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

Redakce časopisu Právnick
pravnik@ilaw.cas.cz