

Přirozenoprávní omyl podle Hanse Kelsena

Ivo Cerman*

Abstrakt: Studie rekonstruuje Kelsenovo pojetí chybného argumentačního postupu známého jako „přirozenoprávní omyl“ (naturrechtlicher Trugschluss). Kelsenův „přirozenoprávní omyl“ vystihuje jinou myšlenku, než „is/ought fallacy“. Kelsen tím chápal argumentační postup, kdy jsou právní normy odvozovány z norem domněle vzniklých bez lidské vůle (Sollen/Sollen Trugschluss, ought/ought fallacy). Naše studie ukazuje, že tento omyl však nebyl rysem věčného jusnaturalismu, jenž by vedl odvěký zápas s pozitivismem, ani rysem raněnovověkého přirozeného práva, nýbrž účelovou argumentací uplatňovanou příležitostně právníky 20. století bez vztahu k předchozí tradici.

Klíčová slova: přirozené právo, právní pozitivismus, is/ought fallacy, Hans Kelsen, Samuel Pufendorf, Emil Brunner, Carl Bergbohm, Moritz Schlick, Henri Poincaré

Úvod

Tematika vzájemného konfliktu přirozeného a pozitivního práva se těší pozornosti českých právních vědců již od pádu totalitního režimu, o čemž svědčí i stránky časopisu *Právník*¹ a monografie Pavla Holländera,² Tomáše Sobka³ a Michala Šejvly.⁴ Přinejmenším od dob, kdy se Hans Kelsen snažil nově založit pozitivní právní vědu tím, že ji očistí od přirozenoprávní argumentace, je toto téma důležité i pro identitu pozitivní právní vědy. V otázce, v čem má spočívat onen přirozenoprávní omyl, kterého je třeba se vyvarovat, se však často vyskytují nejasnosti.

Většinou se má za to, že jde o tzv. *is/ought fallacy* (nebo *Sein/Sollen Fehlschluss*), který je většinou spojen s formulací Humova zákona.⁵ Ten nám říká, že nelze odvozovat hodnotící závěry z faktických premis. Přihlédneme-li k Humově původní formulaci,⁶ můžeme říct, že mezeru mezi faktem a normou nelze překonat „logickým“ odvozením. K přirozenoprávnímu omylu pak dojde tehdy, pokud někdo normy odvozuje od faktů.

Přečteme-li si však Kelsenova vyzrálá díla z roku 1928 pozorně, zjistíme, že přirozenoprávní omyl tehdy formuloval jinak. Chápal tím odvozování právních norem z přirozenoprávních norem, přičemž za přirozenoprávní normy považoval takové, které nevycházejí z lidské vůle. Jedná se vlastně o *Sollen/Sollen Fehlschluss* (*ought/ought fallacy*). Přirozeno-

* Doc. PhDr. et Dr. phil. Ivo Cerman, Ph.D., Filozofická fakulta Jihočeské univerzity v Českých Budějovicích. E-mail: ivo.cerman@email.cz.

¹ WEINBERGER, Ota. Teorie spravedlnosti, demokracie a právní politika. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 1, s. 514–524; BOGUSZAK, Jiří. Vyústění antinomie jusnaturalismu a pozitivismu. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 1, s. 525–537; HOLLÄNDER, Pavel. Pozitivismus versus jusnaturalismus: nekončící příběh (pokus o strukturování problému). *Právník*. 1997, roč. 136, č. 3, s. 201–220; SOBEK, Tomáš. Království práva na zemi. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 11, s. 1084–1112; KŘÍŽ, Jakub. Variace na přirozenoprávní téma. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 9, s. 774–784.

² HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 19–52.

³ SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 68–72, 250–256; SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011; SOBEK, Tomáš. *Právní rozum a morální cit. Hodnotové základy právního myšlení*. Praha: Ústav státu a práva, 2016.

⁴ ŠEJVL, Michal. *Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty*. Praha: Ústav státu a práva, 2017.

⁵ Pro tento argumentační postup se v anglosaské literatuře užívají také výrazy *fact-value gap*; *is/ought fallacy*; *naturalistic fallacy*; *Hume's law*. Srov. COHON, Rachel. *Hume's morality. Feeling and fabrication*. Oxford: Oxford University Press, 2008; SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*, s. 68–72.

⁶ HUME, David. *A Treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1896. III., 1., 1.

právní omyl pak nespočívá v odvozování právních norem ze skutečnosti, ale v odvozování právních norem z domnělých věčných norem, jež domněle vznikly bez lidské vůle.

V následujícím příspěvku se pokusíme tuto úvodní propozici doložit čtyřmi body. Zaprvé rozbořím Kelsenova chápání přirozeného práva, které se průběžně měnilo. Dle našeho názoru své osobité pojetí formuloval právě v pracích roku 1928, kdy se na tuto otázku specificky zaměřil a nebyl ještě ovlivněn anglosaským chápáním *is/ought fallacy*. Za druhé se zaměříme na srovnání argumentů raněnovověkého přirozeného práva s Kelsenovou představou o argumentaci přirozeného práva, abychom ukázali, že jsou odlišné. Vyplývá z toho, že Kelsen vzdor vlastnímu přesvědčení nepolemizoval s raněnovověkým přirozeným právem, nýbrž s „přirozenoprávními“ postupy svých současníků, které byly zcela účelové a neměly s historickým přirozeným právem nic společného. Proto se za čtvrté podíváme na otázku, jak změnil Kelsen svou formulaci po roce 1945, když čelil obviněním, že bez přirozeného práva ztratilo lidstvo kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu.

1. Geneze ideálnětypického přirozeného práva

Vzdor představě, že Kelsenova polemika s přirozeným právem je v jeho díle stále stejná,⁷ procházelo jeho chápání přirozenoprávního omylu proměnami a nemělo zpočátku podobu anglosaské *is/ought fallacy*.⁸ Je to pochopitelné, protože u německých a rakouských právních pozitivistů 19. a 20. století bylo sice obvyklé odmítat raněnovověké přirozené právo jako omyl, ale zároveň bylo běžné vyčítat mu zcela jiné chyby než David Hume. Kelsen uznával od začátku, že existuje problém ve vztahu norem a skutečnosti (*Sollen/Sein*), ale nevycházel z Huma, nýbrž z Kanta. Proto od začátku vycházel z toho, že mezi normami a skutečností není přímý příčinný vztah a cílem jeho snah bylo nahlížet právní normy čistě jen v odděleném světě norem (*das Sollen*).

Také Kelsen vyčítal přirozenému právu jiný omyl než Hume. Kelsenovo rané dílo bylo motivováno snahou vyrovnat se s interpretacemi Georga Jellineka⁹ a ten ve své *Allgemeine Staatslehre*¹⁰ vyčítal přirozenému právu, že podceňovalo psychologickou podmíněnost práva a soustředilo se jednostranně na vnější donucování pravomoc (*Zwangsrecht*). Jellinek totiž zdůrazňoval, že bez dobrovolné poslušnosti právu by žádné právo nebylo možné. Jako právní normu vnímáme dle Jellineka to, co je normální a na to si postupně zvykneme (*normative Kraft des Faktischen*).¹¹ Bez této podmínky je donucovací síla státu (*Zwangsrecht*) bezmocná. Jellinek tedy rozhodně nevyčítal přirozenému právu odvozování norem z faktů (*is/ought fallacy*). Zároveň ovšem považoval za pozitivní zásluhu raněnovověkého přirozeného práva, že v Evropě pomohlo prosadit jako „normální“ základní liberální zásady a subjektivní práva a pomohlo tak odstranit absolutismus.¹²

⁷ VON DER GABLENTZ, Otto Heinrich. Bemerkungen zur Frage nach dem Naturrecht. *Politische Vierteljahrschrift*. 1962, roč. 3, č. 4, s. 327–331. K tématu srov. OPALEK, Kazimierz. Kelsens Kritik der Naturrechtslehre. *Rechtstheorie. Beiheft*. 1982, s. 71–86; PREISS, Walter. *Hans Kelsens Kritik am Naturrecht*. Bern: Peter Lang, 1993; CHIASSONI, Pierluigi. Kelsen on Natural Law Theory: An Enduring Critical Affair. *Revus*. 2014, 23, s. 135–163; LANGFORD, Peter – BRYAN, Ian – MCGARRY, John (eds). *Kelsen and the Natural Law Tradition*. Leiden: Brill, 2019.

⁸ Přehled různých formulací *is/ought fallacy* je v poslední sekci článku.

⁹ K jejich vztahu srov. KELSEN, Hans. Autobiographie (1947). In: JESTAEDT, Matthias. (ed.). *Hans Kelsen Werke. Bd. 1*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2007, s. 30–92, zvl. 40–42.

¹⁰ JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. JELLINEK, Walter (ed.). 3. Auflage. Leipzig, 1913.

¹¹ Ibidem, s. 337–347.

¹² Ibidem, s. 345.

Kelsen se proti tomu vymezil ve svém vlastním mladickém spisu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* z roku 1911,¹³ kde si předsevzal odlišit právní vědu od sociologických výkladů, které aplikaci norem na skutek (subsumpci faktu pod normu) vykládají jako nutný kauzální vztah, i od přirozenoprávních argumentů, které však tehdy chápal také jen jako obdobu kauzality. Kelsen naproti tomu tvrdil, že právní normy člověk neuplatňuje na základě přírodní zákonité kauzality, nýbrž nepředvídatelně, na základě vlastního úsudku. Mezi právní normou a jejím uplatněním není vztah „*müssen*“, ale „*sollen*“ (nikoliv nezbytnost, nýbrž povinnost). Tomuto procesu aplikace norem říkal „*Zurechnung*“ (angl. *imputation*, přičítání).¹⁴ Teze o „imputaci“ právních norem se stala hlavním motivem jeho celoživotního díla. Nesmíme však zapomínat, že „imputace normy“ se vztahuje na aplikaci již existující normy k člověku poté, co již byl spáchán nějaký skutek. Netýká se vznikání právní normy, která vzniká reakcí člověka (zákonodárce) na skutečnost.

V díle *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* již Kelsen hovoří o přirozenoprávním omylu (*Grundfehler des Naturrechts*), ale označuje tak něco zcela jiného než Jellinek. Pod Jellinekovým vlivem totiž tehdy považoval za hlavní přežitek raněnovověkého přirozeného práva veřejná subjektivní práva a domníval se tudíž, že „základní omyl přirozeného práva“ spočívá v tom, že mylně zaměnilo „*eticko-materiální obsah*“ a vnější právní formu.¹⁵ Zaměnilo formu a materiální obsah. Veřejná subjektivní práva jsou obsahem, právo formou. Dokonce lze říct, že jsou totožná se sférou osobní svobody, která stojí mimo moc právního řádu. Kelsen tím opakuje tezi o zbytečnosti subjektivních práv, která považuje za pouhý odraz (*Reflexrecht*) právního řádu, což ilustruje na příkladu krádeže.¹⁶ Právní řád může trestat krádež, což ale neznamená, že každý má subjektivní právo nebyt okraden.

Podobný názor o povaze přirozenoprávního omylu zastával ještě v *Allgemeine Staatslehre* z roku 1925.¹⁷ V pasáži o společenské smlouvě své předchozí názory posunul k obecnému tvrzení, že udržení subjektivní orientace práva vytváří v nauce přirozeného práva rozpory mezi *Sein* a *Sollen*, které se tato nauka snaží překlenout vytvářením fikcí, jako je teze o společenské smlouvě.¹⁸ K zachování fikce, že právo (norma) zavazuje lidi na základě jejich dobrovolného souhlasu, si prý teoretici přirozeného práva museli vymyslet fikci o společenské smlouvě. Zároveň prý byli nuceni předpokládat, že tato fikce je historická skutečnost, a proto se dostali do neřešitelného rozporu. Toto přemostování skutečnosti a normy subjektivním vyjádřením vůle označil za „základní omyl přirozeného práva“ (*Grundirrtum des Naturrechts*). Podobné tendence k vytváření přirozenoprávních fikcí pak sledoval i v dalších oblastech státního práva (nauka o nedělitelném státním území, nauka o lidu). Všechna tvrzení, která se v obecné nauce státního práva objevují bez opory v pozitivním právu, doporučoval odmítnout jako přirozenoprávní fikce, které sledují ideologické cíle.¹⁹

Ve skutečnosti ale ani v *Hauptprobleme*, ani v *Allgemeine Staatslehre* neuvádí ani jednoho přirozenoprávního autora, ať soudobého, či raněnovověkého, takže je těžké posoudit, co měl přirozeným právem vlastně na mysli. Vezmeme-li v úvahu, že raněnovověké

¹³ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 2. Auflage. Tübingen: J. C. Mohr, 1923.

¹⁴ Ibidem, s. 72–84.

¹⁵ Ibidem, s. 567–572; KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925, s. 131–132, 155.

¹⁶ CERMAN, Ivo. „Všeobecná práva státních občanů“ v prosincové ústavě. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 12, s. 1097–1108, zvl. s. 1107.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, s. 59–60.

¹⁸ Ibidem, s. 250–253.

¹⁹ Ibidem, s. 80.

přirozené právo nemělo na právní vědu jeho doby již žádný vliv, lze těžko pochopit, co motivovalo jeho obavy z přílišného vlivu sociologie a přirozeného práva, které formuloval v *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.²⁰

Svou představu o přirozeném právu vyjádřil podrobněji až v několika studiích, které vyšly v roce 1928. Tyto úvahy byly podníceny přednáškou o rovnosti před zákonem, kterou na Sjezdu učitelů německého státního práva v roce 1926 proslovil Erich Kaufmann.²¹ Podle něj byla rovnost před zákonem součástí „nadpozitivního řádu“, z něhož jsou odvozeny pozitivní zákony a právem zůstávají jen potud, pokud jsou s ním v souladu. Kelsen se tehdy ozval bezprostředně v diskusi se slavným výrokiem, že za pozitivním právním řádem je jen „gorgonská hlava moci“. ²² Odmítání právního pozitivismu nevede dle něj k absolutním hodnotám, ale k subjektivním metafyzickým představám. Podobné názory vedou k zpochybnění autority zákonodárce. Na to navázal v roce 1928 dvěma studiemi o přirozeném právu.²³ V těchto pracích poprvé odkazuje na Bergbohmovu analýzu *Naturrecht der Gegenwart* z roku 1892, která dokázala, že přirozenoprávních postupů se dopouštějí nechtěně i současní pozitivisté, když se pokoušejí vytvořit obecné teorie práva.²⁴ Bergbohm ve své analýze již opouští úzké pojetí přirozeného práva ve smyslu obecných teorií vytvářených s pomocí geometrické metody podle Pufendorfa či Wolffa. Místo toho redefinuje přirozené právo jako „soustavu všech nepozitivních práv a právních elementů“ („Inbegriff aller nichtpositiver Rechte und Rechtselemente“), jež jsou však často založeny jen na osobní fantazii, či účelové potřebě.²⁵ Za přirozené právo tedy už nepovažuje jen ucelené teorie, ale specifické argumenty, jež se účelově využívají i v obecných teoretických výkladech práva. Zejména tehdy, pokud se z nich dedukují právní normy.²⁶ Za přirozenoprávní omyl pak považuje takové odvozování právních norem z domněle věčných vyšších hodnot.

Kelsen Bergbohmovu práci zkritizoval ve studii vydané v brněnské *Revue internationale* roku 1928, protože i v Bergbohmově práci identifikoval účelové přirozenoprávní argumenty.²⁷ Nicméně Bergbohmovy závěry nám pomohou pochopit, proč se Kelsen domníval, že přirozené právo představuje stále aktuální hrozbu. Shodně s Bergbohmem věřil, že je stále běžné uplatňovat v obecných teoriích domněle věčné právní normy, jež přitom nemají oporu v pozitivním právu. Přesto se však Kelsen ve svých polemických článcích z roku 1928 nevzdal myšlenky, že tyto nekalé argumentační techniky mají něco společ-

²⁰ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, s. 6–7.

²¹ KAUFMANN, Erich. Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1926, Heft 3. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1927, s. 1–23. Srov. RÜTHERS, Bernd. *Entartestes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1994, s. 33–34.

²² Zveřejněn v diskusním protokolu (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1927, Heft 3, s. 53–55). Srov. Příloha.

²³ KELSEN, Hans. Die Idee des Naturrechts. *Zeitschrift des öffentlichen Rechts*. 1927/1928, 7, s. 221–250; KELSEN, Hans. Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres wechselseitigen gegenseitigen Verhältnisses. *Revue internationale de théorie du droit*. 1927/1928, 2, s. 71–94; KELSEN, Hans. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Charlottenburg: Pan-Verlag, 1928.

²⁴ BERGBOHM, Carl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*. Bd. 1: *Das Naturrecht der Gegenwart*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1892. Srov. KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení o státu a právu se zvláštním zřetelem k Moravě a zvláště k Brnu. Díl 1*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 97–101.

²⁵ BERGBOHM, Carl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, s. 130.

²⁶ Metodu ideálních typů vytvořil Jellinek, rozšířil ji jeho heidelberský kolega Max Weber. Srov. JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, s. 34–42; WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen: J. C. Mohr, 1922. Srov. ANTER, Andreas. *Max Weber und die Staatsrechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, s. 24–47.

²⁷ KELSEN, Hans. Naturrecht und positives Recht. In: KLECATSKY, Hans – MARCIC, René – SCHAMBECK, Herbert (eds). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Stuttgart: Franz Steiner, 2010, s. 177–200, zvl. 195–196.

ného s raněnovověkým přirozeným právem a s antickou tradicí. Nadále setrval u představy, že se snaží očistit obecnou teorii právní od konkurenta, který je věčný a vyvíjel se od starověkého Řecka po osvícenství.

Kelsen si v těchto studiích z roku 1928 vykonstruoval vlastní pojetí ideálního typu²⁸ přirozenoprávního řádu, který formuloval úmyslně jako protiklad k obecným vlastnostem pozitivního právního řádu, jak je sám chápal. Za znaky přirozeného práva pak považoval zaprvé, že vychází z nadpřirozené garance (Boha, přírody, rozumu) a že takto vzniklým normám přisuzuje absolutní platnost. Jelikož Bůh je nejvyšším zdrojem, má dle něj každá nauka přirozeného práva tendenci k tomu, aby se odvolávala na Boha a změnila se v náboženskou nauku. Zadruhé přirozené právo vzniklo bez lidské vůle, což v kombinaci s vírou v absolutní platnost přirozenoprávních norem znamená, že přirozené právo podporuje absolutistické politické režimy, zatímco pozitivní právní řád, jenž uznává relativnost právních norem, vede k nastolení demokracie. Zatřetí věřil, že přirozené právo se vyjadřuje jen v obecných zákonech, které by však při své konkretizaci vyžadovaly vznik pozitivních lidmi vytvořených norem. Začtvrté věřil, že normy přirozeného práva nehrozí žádnými sankcemi (není to *Zwangsordnung*). Tato poslední vlastnost implikuje určité nerealistické pojetí člověka a jeho povahy.

Kelsen tedy převzal Bergbohmovo volnější pojetí moderního přirozeného práva jako „souhrn nepozitivních právních prvků“, které má být založeno na vyšších věčných hodnotách, jež nejsou dílem lidské vůle, nýbrž „jen tak jsou“. Ideálnětypický přirozenoprávní řád v jeho pojetí nehrozil sankcemi, jelikož jako dokonalý protiklad skutečného právního řádu, jej měli lidé dodržovat dobrovolně. V tomto ideálnětypickém případě měly normy přirozeného práva působit na lidi jednoduše v okamžiku, kdy je pochopí. Podle Kelsena splývalo přirozené právo s ideologií anarchismu, protože takto pojaté dobrovolné právo nepotřebovalo soudní aparát, ani donucovací instituce, ani stát.

Ve 30. letech 20. století se pak Kelsen věnoval rozboru přirozenoprávní nauky Platóna, avšak ne raněnovověkého přirozeného práva.²⁹ Platonova nauka jej zajímala, protože podle jeho přesvědčení bylo ideálnětypické přirozené právo založeno na normách odvozených z věčných idejí a za původce nauky o věčných idejích bývá považován Platón. Kelsen však ve svých studiích ze 30. let doložil, že Platónova nauka představuje spíše odchylku od nauky přirozeného práva, protože podle Platóna je svět skutečných idejí přístupný člověku jen ve stavu extáze (vytržení). Kelsenovy studie o Platónovi tedy neprohloubily poznání přirozenoprávní nauky, ale pomohly vyloučit Platóna z přirozenoprávní tradice.

2. Srovnání s raněnovověkým přirozeným právem

Kelsenovo „ideálnětypické“ přirozené právo se ovšem vůbec neshodovalo s tím, jak skutečně vypadalo sekulární přirozené právo ve „zlaté éře“ 17.–18. století. Sekulární přirozené právo Grotia a Pufendorfa je třeba chápat spíše jako historicky první pokus o popsání obecných vlastností práva, ne jako pokus o vytvoření konkurenta pozitivnímu právu. Vzhledem k fragmentární povaze tehdejšího platného práva jim ale nezbylo nic jiného,

²⁸ Zejména v KELSEN, Hans. *Die philosophischen Grundlagen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, s. 72–78.

²⁹ KELSEN, Hans. *Die platonische Gerechtigkeit. Kant-Studien*. 1933, 38, s. 91–117.

než svůj jednotný systém kombinovat z různých zdrojů a leccos i domýšlet. Byla to raná průkopnická fáze ve vývoji obecných teorií právních, která v průběhu 19. století průběžně přešla v obecné právní teorie.³⁰ Ačkoliv práce teoretiků sekulárního přirozeného práva 17.–18. století skutečně obsahovaly v preambulích i v textu pasáže, kde ujišťovali o tom, že za zdroj práva uznávají Boha, ve výkladu samotném nikdo z nich nepředstíral, že své právní interpretace čerpá z přímého kontaktu s Bohem,³¹ ani se nedovolával žádných nadpřirozených esoterických schopností. Omezovali se na to, co je přístupné lidskému rozumu a lidským smyslům.

Platí to zejména pro Samuela Pufendorfa, jehož lze považovat za skutečného zakladatele metody, zatímco Grotiovo slavné dílo *De jure belli ac pacis* sloužilo spíše za zdroj materiálu.³² Pufendorf vzdor prohlášením o božím zdroji práva zkoumal ve svém díle *De jure naturae et gentium libri octo* hranice práva jako nástroje vytvořeného člověkem. Přirozené právo vůbec „neodvozoval“ z lidské přirozenosti, jak předpokládal Kelsen, nýbrž zastával názor, že právo člověk objevuje sám, s pomocí svého rozumu. S Bohem souviselo toto nalézání práva jen tím, že člověk byl výtvozem Boha, který ho stvořil jako rozumnou bytost.³³ Pro takto objevené, člověkem poznané oblasti práva užíval název *entia moralia*.

Pufendorf při tom identifikoval řadu obecných vlastností práva, které se uznávají dodnes. Zavedl obecné označení *norma*.³⁴ Byl možná první, kdo stanovil, že v právu na rozdíl od morálky se nezavazuje člověk vůči sobě, ale vůči druhému člověku (*Sibi ipsi nemo obligatur*),³⁵ z čehož vyplývají zcela odlišné postupy práva a morálky při aplikaci normy (respektive subsumpci skutku pod normu). Jelikož člověku nepřisuzoval nadpřirozené vlastnosti, tvrdil podobně jako později Kelsen, že právní normy se aplikují na základě *imputatio/Zurechnung*, jež závisí na člověku.³⁶ Možná byl dokonce tvůrcem tohoto pojmu, který původně převzal z účetnictví. Tato snaha chápat právo jako výtvor člověka a oddělit jej od morálky neunikla pozornosti současníků, o čemž svědčí kritika ze strany luteránů Josuy Schwarze, Nicolase Beckmanna, Christiana Fossia a zejména Gottfrieda Wilhelma Leibnize, kterému vadilo, že Pufendorf chce omezit právo na to, co je smyslově zjištěitelné ze strany vnějšího pozorovatele.³⁷ Pufendorf šel v úsilí o odlišení práva a morál-

³⁰ SCHRÖDER, Jan – PIELEMEIER, Ines. *Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts*. In: KLIPPEL, Diethelm – DANN, Otto (eds). *Naturrecht, Spätaufklärung, Revolution*. Hamburg: Felix Meiner, 1995, s. 255–269.

³¹ Naproti tomu luteránský teolog Philipp Melancthon a anglikán Robert Sharrock tvrdili, že znalost přirozeného práva je vrozená. Katoličtí teologové Pierre Poirret a benediktn Anselm Desing tvrdili, že znalost/aplikace přirozeného práva závisí na Božím vnuknutí. Obojí odmítli i katolík Karl Anton Martini, jenž čerpal z bible jen historické příklady. Srov. LÄSSER, Gregor. *Martinis Rechtsphilosophie und das österreichische Privatrecht*. Wien: LIT, 2008, s. 47; MARTINI, Karl Anton. *De lege naturali exercitationes sex*. Wien: Joseph Kurzböck, 1776, § 106.

³² Srov. CERMAN, Ivo. Podněty přirozeného práva. In: CERMAN, Ivo (ed.). *Habsburské 1740–1918. Vznikání občanské společnosti*. Praha, 2016, s. 69–90. Grotius uznával za zdroje přirozeného práva mravy národů a názory autorit (Písmo svaté, názory starověkých právníků a básníků, historii, římské právo, kanonické právo a do určité míry scholastiku).

³³ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*. In: BÖHLING, Frank (ed.). Berlin: Akademie, 1998, I, s. 14 „*Entia moralia posse definire, quod sint modi quidam, rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus*“; s. 25 „*Caeterum entia moralia uti impositioni suam debent originem*“.

³⁴ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 6; THOMASII, Christian. *Fundamenta iuris naturae et gentium*. Halle: Christoph Salfeld, 1705, I, 7; HEINECCIUS, Johann Gottlieb. *Elementa juris naturae*. Halle: Reinberg, 1737, I, 3.

³⁵ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 6, § 7.

³⁶ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 5, § 14 a I, s. 9, § 1; THOMASII, Christian. *Fundamenta iuris naturae et gentium*, I, 7 § 24; BURLAMAQUI, Jean Jacques. *Principes du droit naturel*. Genève: Barrillot, 1748, Vol. I, 8, § 3, Vol. II, 10, § 1–12; MARTINI, Karl Anton. *Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts*. Wien: Sonnleithner, 1783, Bd. I, § 177.

³⁷ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Monita quaedam ad Samuelis Pufendorffii principia*. In: DUTENS, Louis (ed.). *Leibnizii Opera omnia*. Vol. IVC, pars III. Genève: Dutens, 1768, s. 275–283. K ostatním kritikům srov. KÖNIGSMANN, Nicolaus Ignaz. *Prolegomena juris*. Praha: Universitas Carlo-Ferdinandea, 1737, s. 170–174.

ky tak daleko, že popřel absolutnost rozdílu mezi dobrem a zlem a tvrdil, že skutek nelze posoudit před vznikem zákona. Teprve vznik zákona (právního řádu) umožní posoudit, zda je skutek dobrý či zlý.³⁸ Ani toto tvrzení neuniklo současníkům a vysloužilo si kritiku Christiana Wolffa.³⁹

Teoretikové sekulárního přirozeného práva také stanovili, že obecnou součástí zákona v pozitivním právu by mělo být stanovení sankce.⁴⁰ Měli sice vzor v komiciálních *leges perfectae* římského práva,⁴¹ ale oni nyní hovořili o zákonu obecně. Rozhodně nepředpokládali, že by norma přirozeného práva zapůsobila na člověka jednoduše tím, že ji pochopí. Počítali s nutností soudce i donucovacího státního aparátu, který zajistí aplikaci sankce v případech protiprávního jednání. S tím souvisí jejich pojetí člověka, které rozhodně nebylo tak utopistické, jak předpokládal Kelsen. Utopistické chápání lidské přirozenosti zastával však luteránský teolog Valentin Alberti a diskuse o jeho pojetí křesťanského přirozeného práva koncem 17. století pomohla vytlačit tuto utopistickou antropologii z právní vědy.⁴²

Pokus o vytvoření přirozenoprávního řádu na základě absolutně platných norem učinil až Pufendorfův kritik matematik Christian Wolff.⁴³ Ani on však nevycházel z božího vnuknutí, ani z písma svatého, ale z výrokové logiky. Domníval se, že přísně logickým odvozováním norem z nejvyššího imperativu zajistí, že výsledkem bude absolutně spravedlivý právní řád. Jeho směr však skutečně odpovídá Kelsenovu pojetí přirozenoprávního omylu, protože jím „objeované“ absolutní logické normy údajně nevznikly z lidské vůle, měly to být normy absolutní spravedlnosti. Ve svém mnohasvazkovém díle *Jus naturae* Wolff nicméně konkretizoval obecné přirozenoprávní zásady na základě odvozování, a tím se zase odchýlil od Kelsenova předpokladu, že přirozené právo formuluje jen obecné zásady. Uvažujeme-li o Wolffově pokusu, napadne nás, že ani jeho podrobný systém „vrozených“ a „získaných“ povinností a práv nedává spolehlivý klíč k určení, co by mělo být trestáno sankcemi.⁴⁴

Při konstatování těchto výtek však musíme mít na paměti, že Wolff představoval myslitele, který se vědomě snažil zvrátit vývoj, který zahájil Pufendorf. Přesto další teoretici sekulárního přirozeného práva pokračovali v rozvoji Pufendorfových myšlenek, které šly k odlišení práva jako specifického normativního systému, odlišného od morálky i náboženství. Pufendorfův směr nepředstavoval konkurenta k pozitivnímu právu, ale spíše ranou fází teoretického hledání hranic možností práva.

³⁸ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 2, § 6. „Lex vero sit jussum superioris; non adparet, quomodo honestas aut turpitudine intelligi possit ante legem, et citra superioris impositionem.“; s. 30 „actiones hominis, remota omni lege divina quam humana, sint indifferentes [...] hominis actionibus moralitas per legem est imposita, que a bruti actibus abest.“; s. 38 „juris naturali spraecepta [...] cum hominis natura rationali et sociali habeant conviventiam.“

³⁹ WOLFF, Christian. *Ausführliche Nachricht von seinen eigenen Schriften*. Hildesheim, 1973, s. 393; WOLFF, Christian. *Eigene Lebensbeschreibung*. In: WUTTKE, Heinrich (ed.). Leipzig: Weidmann, 1841, s. 132.

⁴⁰ GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac pacis libri tres*. WHEWELL, William (ed.). London: John Parker, 1853, prolegomena, § 20; HOBBS, Thomas. *Elementa philosophica pars tertia. De cive*. Amsterdam: Eiz, 1657, XIV, § 8; PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, s. 6, § 14; BURLAMAQUI, *Principes*. Vol. I, 13, § XI.

⁴¹ Srov. SENN, Felix. *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*. Paris: A. Rousseau, 1903.

⁴² SCHNEIDER, Hans-Peter. *Justitia universalis. Quellenstudie zur Geschichte des christlichen Naturrechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1967, s. 249; JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*, s. 224.

⁴³ WINIGER, Bénédicte. *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs*. Berlin, 1992; CERMÁN, Ivo. „Universal Human Rights“ and Social Compact in Christian Wolff. *Das Achtzehnte Jahrhundert und Österreich*. 2016, 31, s. 123–146.

⁴⁴ Srov. CERMÁN, Ivo. „Universal Human Rights“ and Social Compact in Christian Wolff, s. 146.

3. Kritérium spravedlivosti po roce 1945

Kelsenovy názory na přirozenoprávní omyl se však dočkaly výrazného doplnění po druhé světové válce, kdy se v Německu a v USA objevil názor, že zneužívání práva nacisty bylo umožněno právním pozitivismem a že nejlepším řešením je návrat k přirozenému právu. V této kritické reakci na nacismus byl dokonce za hlavního viníka několikrát označen sám Hans Kelsen a jeho ryzí nauka právní. Poprvé se tak stalo ve spisu švýcarského evangelického kazatele Emila Brunnera *Gerechtigkeit*, který vyšel ve Švýcarsku ještě během války,⁴⁵ podruhé v knize Leo Strausse *Natural Right*⁴⁶ a potřetí i v esejí Edgara Bodenheimera o poválečném vývoji německé právní vědy.⁴⁷ Polemicky proti němu ve jménu přirozeného práva vystoupil i Gustav E. Kafka.⁴⁸ Právní pozitivismus byl v poválečném Německu označen za překonaný přístup, k němuž by se právní věda již neměla vracet.⁴⁹

Ve skutečnosti se ale návratem k přirozenému právu nemyslel návrat k raněnovověkému sekulárnímu přirozenému právu, to našlo příznivé hodnocení asi jen ve spisech Franze Wieackera.⁵⁰ Nově se lepšího hodnocení dočkaly přirozenoprávní teze katolických teologů (Viktor Cathrein, Alfred Delp, Johann Messner, Heinrich Rommen) a také evangelických kazatelů (Brunner). Právníci ale nejvýše oceňovali přístupy, které nechápaly přirozené právo jako ucelené teorie, ale jako účelové uplatňování „přirozenoprávních norem“ v právní argumentaci. Šlo v podstatě o podobné postupy, které kdysi identifikoval Bergbohm, jenže nyní se nepovažovaly za neřest, ale za ctnost.⁵¹ Radbruchovo „názákonné právo“ se ostatně formulací příliš neliší od Bergbohmova „*souhrnu všech nepozitivních práv a právních prvků*“ a *Menschenwürde* byla do GG Art. 1 § 1 vsunuta úmyslně jako sekulární varianta „*věčné hodnoty*“,⁵² která pak byla v komentáři Günthera Düriga povýšena na nejvyšší normu, z níž se měla odvozovat další základní práva i právní řád.⁵³ Kelsen na obviňování vůči sobě a právnímu pozitivismu odpověděl články, v nichž se zaměřil zejména na otázku, zda smyšlené „přirozené“ právo může sloužit jako kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu.

Reagoval přitom zejména na Brunnerovu knihu, která se na otázku kritéria spravedlivosti soustředila a v roce 1945 byla vydána v překladu v USA.⁵⁴ Brunner v knize vylíčil

⁴⁵ BRUNNER, Emil. *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundsetzen der Gesellschaftsordnung*. Zürich: Zwingli Verlag, 1943, s. 7 a 313.

⁴⁶ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press, 1953, s. 48. Srov. LEFORT, Elisabeth. „Arriving at Justice by a Process of Elimination. Hans Kelsen and Leo Strauss“. In: TELMAN, Jeremy (ed.). *Kelsen in America*. Zürich: Springer, 2016, s. 115–135.

⁴⁷ BODENHEIMER, Edgar. Significant Developments in German Legal Philosophy since 1945. *The American Journal of Comparative Law*. 1954, 3, č. 3, s. 379–396, zvl. s. 392.

⁴⁸ KAFKA, Gustav E. *Gesetz ist Gesetz? Wort und Wahrheit*. 1953, 8, s. 311–314.

⁴⁹ WIEACKER, Franz. *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*. Köln – Opladen: Westdeutscher Verlag, 1965, s. 8.

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1952.

⁵¹ Srov. MERKL, Adolf. Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesetzten Rechts. *Juristische Blätter*. 1951, č. 3, s. 60–62; BODENHEIMER, Edgar. Significant Developments; TOPITSCH, Ernst. Zum Problem des Naturrechts. *Der Staat*. 1962, 1, s. 225–234; SCHELAUSKE, Hans-Dieter. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte 1945–1965*. Köln: J. P. Bachem, 1968; KAUHAUSEN, Ilka. *Nach der Stunde Null. Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2007; KÜNNECKE, Arndt. Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem historischen Kontext. *Annales*. 2013, 45, č. 62, s. 43–778.

⁵² Srov. KUNZE, Rolf-Ulrich. Reconsidered: der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da. Der parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes. *Der Staat*. 2001, 40, s. 383–404; MÖLLERS, Christoph. *Der vermisste Leviathan. Staatstheorien in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, s. 31. V edici dokumentů ke vzniku GG nebyl dosud vydán první svazek o genezi základních práv. (*Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, Bde 9–28, 1996–současnost).

⁵³ MAUNZ, Theodor – DÜRIG, Günter. *Grundgesetz: Kommentar*. München: C. H. Beck, 1958, Art. 1, § 1. Srov. BÖCKEFORDE, Ernst-Wolfgang. Die Würde des Menschen war unantastbar. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3. 9. 2003.

nacistické zneužívání práva jako výsledek postupného rozkladu „západní ideje spravedlnosti“, z níž vinil zejména osvícenství a právní pozitivismus. Po zavržení absolutních hodnot se dle něj myšlenka spravedlnosti vyprázdnila, zavládl relativismus a lidé ztratili ze zřetele celek. Brunner přitom nebral v potaz, že stejným žehráním na ztrátu absolutních hodnot a voláním po obnově celku zdůvodňovali nacističtí intelektuálové svou revoluci proti liberalismu, lidským právům a „sekulárnímu přirozenému právu“. ⁵⁵ I nacisté vytvořili svoje přirozené právo. ⁵⁶

Kelsen nejprve podrobně rozebral Brunnerovu argumentaci ve studii vydané ve Švýcarsku ⁵⁷ a pak své závěry začlenil do slavné eseje *Was ist Gerechtigkeit?* ⁵⁸ V rozboru Brunnerovy argumentace si Kelsen povšiml důležitého detailu, který pomohl upřesnit jeho pojetí přirozenoprávního omylu. Evangelický teolog totiž potřeboval vylíčit křesťanskou „nebeskou spravedlnost“ jako systém založený na lásce, ale v bibli pro tuto interpretaci našel jen málo argumentů. Jelikož bible poskytuje argumenty spíše pro „pozemskou spravedlnost“, která je dle Brunnera založena na myšlence odplaty, vypomohl si tím, že ve svém vývodu absolutní spravedlnosti neodvozoval své hodnoty z bible, ale z „řádu stvoření“ (*Schöpfungsordnung*), tedy z přírody. ⁵⁹ Jeho absolutní hodnoty byly tedy jen jeho subjektivními hodnotami, čímž poskytl asi nepřiléhavější ilustraci Kelsenova pojetí přirozenoprávního omylu, protože si při nedostatku vhodných argumentů jednoduše vypomohl smyšlenou „přirozenoprávní“ normou, z níž pak dedukoval, co potřeboval. ⁶⁰ Brunnerova absolutní spravedlnost tedy nemohla sloužit jako kritérium pro hodnocení spravedlivého řádu, protože byla ryze účelovým konstruktem. Podle Kelsena mátl Brunner čtenáře i tím, že nebeskou i pozemskou spravedlnost pokládal obě za absolutní a Bohem stvořené, ale nedal čtenáři do rukou kritérium pro to, aby mezi nimi rozlišil. Jelikož nebeská absolutní spravedlnost předpokládala člověka dobrého a pozemská zlého, byl to v reálném světě dost vážný nedostatek. Brunner tedy člověku v reálném světě nabídl také pouze relativní spravedlnost a žádné kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu. V eseji *Was ist Gerechtigkeit?* Kelsen znovu zopakoval svou tezi z 20. let o tom, že odvolávání se na absolutní hodnoty je metoda, která vede k totalitnímu státu, zatímco v demokracii, která nepřipouští zdůvodňování nadpřirozenými argumenty, je třeba uznávat všechny hodnoty za relativní, jelikož jsou lidským výtvozem. Brunnerovo radikální stanovisko, že spravedlnost existuje buď v absolutní podobě, nebo vůbec, označil za zničující.

V polemice s Brunnerem redukoval své ideálnětypické pojetí přirozenoprávního omylu na jeden rys. Je jím odvozování právních norem z norem, které nevznikly z lidské vůle.

⁵⁴ BRUNNER, Emil. *Gerechtigkeit*, v překladu *Justice and Social Order*. New York: Harper and Brothers, 1945.

⁵⁵ Např. FREYER, Hans. *Der Staat*. Leipzig: Fritz Rehfeld, 1925; FORSTHOFF, Ernst. *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933; KOELLREUTTER, Otto. *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus*. Berlin: Pan-Verlag, 1935; SCHMITT, Carl. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1939; HANCKE, Kurt. *Deutscher Aufstand gegen den Westen*. Berlin: Junker und Dünhaupt Verlag, 1940; HAERING, Theodor (ed.). *Das Deutsche in der deutschen Philosophie*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1941. Srov. KOLNAI, Aurel. *The War against the West*. London: Left Book Club, 1938; RUTGER-HAUSMANN, Frank. *Die Rolle der Geisteswissenschaften im Dritten Reich*. München: Oldenbourg, 2002.

⁵⁶ DIETZE, Hans-Helmut. *Naturrecht in der Gegenwart*. Bonn: Röhrscheid, 1936.

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners „Gerechtigkeit“*. *Studia philosophica* (Basel). 1953, 13, s. 157–200.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Franz Deuticke, 1953 (cituji dle vydání Stuttgart: Reclam, 2005).

⁵⁹ KELSEN, Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners „Gerechtigkeit“, s. 181.

⁶⁰ Brunner vydedukoval spravedlnost založenou na lásce, dále nerozlučitelnost manželství, zákaz otroctví a ochranu soukromého vlastnictví.

Nyní však tuto formulaci spojil s anglosaským pojetím *is/ought fallacy*, jelikož tvrdil, že tyto „přirozené“ normy jsou oněmi „skutečnostmi“ (*Tatsachen*), z nichž se v přirozeném právu mylně odvozují právní normy. „Normy, které předepisují lidské jednání, mohou vycházet jen z vůle“, uzavřel Kelsen.⁶¹ I když nyní v této formulaci užíval výrazu *Tatsachen* (skutečnosti), pořad měl na mysli odvozování právních norem z norem, jež nepocházejí z lidské vůle.

Nejdůležitější novinkou jeho úvahy *Was ist Gerechtigkeit?* je ale otázka, zda tradiční formulace vyšší spravedlnosti poskytovaly kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu. Právě ztráta takového vyššího kritéria byla dle Brunnera a dalších oponentů největším zločinem právního pozitivismu. Kelsen rozebral formulace od starověkého Řeka až po komunismus a doložil, že všechny by buď vedly k destrukci spravedlivého řádu, nebo by z nich při lepší formulaci byla jen prázdná pravidla, která ve skutečnosti nedávají člověku žádné kritérium spravedlivosti. Ve skutečnosti implikují, že otázka spravedlivosti je již vyřešená objektivním pravidlem existujícího sociálního řádu, jehož znění ovšem neuvádějí. Žádné z těchto pravidel také neukazuje, jakou sankcí má být stižen narušitel pravidla, čímž Kelsen opět poukázal na to, že by se obecná přirozenoprávní pravidla musela při aplikaci konkretizovat pozitivněprávní normou.

Podobnému tématu se věnoval v článku *Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science* z roku 1949.⁶² Tato studie je významná tím, že v ní pracoval s texty raněnovověkých teoretiků sekulárního přirozeného práva. Bohužel však ani po četbě jejich textů nikterak neslevil ze svého obrazu ideálnětypického přirozeného práva, i když to znamenalo, že k raněnovověkým myslitelům přiřadil i anarchistu Williama Godwina, Karla Marxe a Augusta Comta, aby na jejich tezích doložil, že přirozené právo tíhne k zavržení státu a donucovacího řádu. Tím usnadnil polemickou odpověď Edgara Bodenheimera.⁶³

Otázka kritéria pro posouzení spravedlivosti právního řádu jej neopustila ani v této esejí. Držel se však teze, že veškeré raněnovověké přirozené právo mělo za cíl jen ospravedlnit platné právo, z čehož by vyplývalo, že místo kritéria pro posuzování spravedlivosti předkládali tehdejší myslitelé jen účelovou obhajobu platného práva. To nebyla zcela pravda. Raně novověcí myslitelé se sice snažili nepodvracet svými myšlenkami sociální řád, ale jejich spisy nebyly míněny jako komentáře k platnému právu, protože s platným právem většinou vůbec nepracovali. Kelsen svou tezi doložil na příkladu Hobbesova *Leviathana*, kde se v kapitole 15 praví, že rozdíl mezi spravedlností a nespravedlností začíná až se vznikem státu, který vytváří zákony a má aparát na trestání protiprávního jednání.⁶⁴ Tento názor ovšem není u Hobbesa nijak překvapivý, protože v kapitole 26 *Leviathana* vysvětluje, že skutečnými zákony jsou až *leges civiles* vydávané státem, a ne oněch 19 přirozených zákonů, které dle něj objeví člověk vlastním rozumem.⁶⁵ Přirozené zákony byly dle něj jen mravní pravidla, která zavazovala jen ve vlastním svědomí, ale nebyla vynutitelná.⁶⁶ Jak jsme uvedli výše, podobnou tezi zastával Pufendorf, ale existoval také směr Leibnize a Wolffa, kteří této tezi oddělující platné právo od absolutní spravedlnosti oponovali.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?*, s. 47.

⁶² KELSEN, Hans. *Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science*. *The Western Political Quarterly*. 1949, roč. 2, č. 4, s. 481–513.

⁶³ BODENHEIMER, Edgar. *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen*. *The Western Political Quarterly*. 1950, roč. 3, č. 3, s. 335–363.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *The Natural Law Doctrine*, s. 491; HOBBS, Thomas. *Leviathan*. TUCK, Richard (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 101.

⁶⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, s. 185.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 110.

V podstatě tímto citátem Kelsen jen potvrdil, že směr Hobbese a Pufendorfa nepatří k ideálnětypickému přirozenému právu, jaké si vymyslel. Svůj názor na jejich teorii ale nezměnil a nadále trval na představě o odvčném přirozeném právu, které beze změny charakterizoval v duchu své ideálnětypické představy.

Konečně na sympoziu, které se konalo v Salzburgu 1.–5. srpna 1962, polemizoval Kelsen se stoupenci katolického přirozeného práva. Zde zkritizoval pojetí jezuitského teologa Viktora Cathreina a dokázal, že jeho normy, formulované jako přání Boha, nejsou normami, jelikož to nejsou příkazy vycházejí z vůle.⁶⁷ Ve zveřejněném protokolu z diskuse pak účastníci sympozia vyvrátili pojetí Ericha Voegelina, podle něhož by určujícím kritériem spravedlivosti mělo být mínění „reprezentativní části lidstva“. I zde ovšem chybělo kritérium, dle něhož by se určila jejich reprezentativnost.⁶⁸

4. Varianty „Humova zákona“

Z uvedeného je nicméně zřejmé, že další novinkou Kelsenovy poválečné tvorby bylo, že pod vlivem amerického prostředí začal uplatňovat anglosaské pojetí *fact-value gap*, neboli Humův zákon. Spojil jej ovšem se svým starším přístupem, takže v zásadě zůstával u teze, že přirozenoprávní omyl spočívá v odvozování právních norem od norem, jež nevznikají z lidské vůle.

Kelsenovo poválečné vydání *Reine Rechtslehre*⁶⁹ a posmrtná *Allgemeine Theorie der Normen*⁷⁰ ale ukazují, že ve skutečnosti nebyl během své kariéry slepý k pokusům jiných filozofů a právníků formulovat vlastní představu o chybném odvozování norem z faktů. U většiny z nich však dokázal, že se vzdor své snaze sami dopouštějí stírání rozdílů mezi skutečností a normou (*Sein/Sollen Trugschluss*).

V novém vydání *Reine Rechtslehre* z roku 1960 jsou doplněny odkazy na literaturu, které v prvním vydání nebyly, také zde přibýly celé pasáže o stírání rozdílů mezi normou a skutečností. Vyplývá z nich, že ve 30. letech sledoval Kelsen logický pozitivismus vídeňského kroužku, který k problému norem přistupovali na základě imperativních vět. Zejména šlo o Moritze Schlicka, který ve spise *Fragen der Ethik*⁷¹ zastával názor, že morální normy jsou jen popisy skutečnosti. Popisují se v nich ve zhuštěné formě podmínky, za nichž je možno výrok považovat za normu stanovují dobro. Kelsen oponoval, že Schlickem uváděné příklady nejsou normy, jsou to jen popisy skutečnosti. Pohled do poznámkového aparátu poválečného vydání také ukáže, že v meziválečné době sledoval mnoho dalších myslitelů,⁷² uvedme však, že se ztotožňoval jen s Christopphem Sigwartem.

V obou poválečných monografiích ukazuje Kelsen také širší znalost anglosaských autorů než dříve. V posmrtném díle *Allgemeine Theorie der Normen* poprvé jmenovitě odkazuje na Davida Huma a jeho verzi identifikace *is/ought fallacy* označuje za nejdůslednější.⁷³ Nicméně netvrdí, že by se s ním shodoval. Zná také Moorovo pojetí *naturalistic fallacy*,

⁶⁷ KELSEN, Hans. Die Grundlage der Naturrechtslehre. In: SCHMÖLZ, Franz-Martin (ed.). *Das Naturrecht in der politischen Theorie*. Wien: Springer Verlag, 1963, s. 1–37.

⁶⁸ Ibidem, s. 117–163.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Verlag Österreich, 1960.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. RINGHOFER, Kurt – WALTER, Robert (eds.). Wien: Manz, 1979.

⁷¹ SCHLICK, Moritz. *Fragen der Ethik*. In: IVEN, Matthias (ed.). *Gesamtausgabe. Abt. I. Bd. 3*. Hamburg: Springer, 2006, s. 368–370. Srov. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 17; KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 58–60.

⁷² Uvádí také Ernsta Mallyho, Karla Mengera, Fritze Mauthnera a další.

⁷³ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 68–69.

kteřá však neoznačovala totéž, co Humův zákon.⁷⁴ Kelsen rozpoznal, že Moore tím nemyslel odvozování norem od skutečností, nýbrž ztotožňování dobra s nějakou konkrétní vlastností (např. že dobro je to, co způsobuje rozkoš/*pleasure*). Znal ovšem také Arthura N. Priora, který zákon formuloval tak, že není možné z non-etických premis dedukovat etické závěry.⁷⁵

Z řady autorů, které Kelsen komentuje v *Allgemeine Theorie* se zastavíme jen u Jørgensena a Henriho Poincaré. V české polistopadové literatuře se Jørgensenovo dilema těší značné pozornosti.⁷⁶ Podle Kelsena⁷⁷ však Jørgensen řešil otázku, zda je možno hodnotit u imperativu jeho pravdivost. Pravdivost je však dle Kelsena hodnotitelná jen u popisu normy, či popisu aktu, ale norma udává smysl aktu, není to popis. Poincarého diktum také získalo nedávno pozornost českých komentátorů.⁷⁸ Ve své práci *La morale et la science* z roku 1913 přenesl Poincaré otázku do oblasti výrokové logiky a tvrdil, že z (popisných) indikativních vět nelze odvozovat imperativy.⁷⁹ Jelikož věda se vyjadřuje v popisných indikativních větách, nemůže se věda stát základem žádné „vědecké etiky“. Zároveň se ovšem domníval, že z imperativu lze odvozovat imperativ. Nicméně Kelsen ukazuje, že i Poincaré podlehl přirozenoprávnímu omylu, protože předpokládal, že vědci odvozují své zásady z příkazu nelhat, jenž ovšem není dán žádným pozitivním právním řádem, takže je to smyšlená „přirozenoprávní“ norma. Zároveň nesouhlasil s tezí, že z imperativu lze odvodit imperativ (normu). Byla by to jen další verze *Sollen/Sollen Fehlschlussu*.

Závěrem

Můžeme uzavřít, že v právní literatuře figuruje mnoho domnělých i skutečných variant „Humova zákona“ a Kelsen je během své kariéry sledoval. Jeho poválečné bibliografické přehledy ale dokazují, že své vlastní pojetí neztotožňoval s žádným z nich. „Kelsenův zákon“ by pak zněl, že nesmíme odvozovat právní normy od norem, jež nevznikly z lidské vůle („*Normen, die menschliches Verhalten vorschreiben, können nur von einem Willen ausgehen.*“⁸⁰ „*Keine Norm ohne normsetzende Autorität.*“⁸¹ „*Sie (= Natur) hat keinen Willen und kann daher keine Normen setzen.*“⁸²) V souladu se vžitým územ by se dalo shrnout, že Kelsen identifikoval *Sollen/Sollen Fehlschluss*, neboli *ought/ought fallacy*.

Neméně důležité je zjištění, že jeho námitky ve skutečnosti nevystihují skutečné postupy sekulárního přirozeného práva raného novověku. Kelsen je odvodil ze své ideálně-typické představy o přirozeném právu, která vlastně vznikla souhrnem nekalých argumentačních praktik pozitivistů jeho doby, kteří si v teoretických úvahách, či polemikách vypomáhali odkazy na účelově smyšlené „přirozenoprávní“ normy. Tyto účelové konstrukty moderních pozitivistů, na něž poprvé upozornil Carl Bergbohm, však neměly s metodami raněnovověkého přirozeného práva nic společného.

⁷⁴ MOORE, George E. *Principia ethica*. Cambridge: Cambridge University Press, 1903; KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 5, 11–12.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 5.

⁷⁶ JØRGENSEN, Jørg. Imperatives and Logic. *Erkenntnis*. 1937/1938, 7, s. 288–296. Srov. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie*, s. 41–48; SOBEK, Tomáš. *Právní rozum*, s. 63.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 296.

⁷⁸ SOBEK, Tomáš. *Právní rozum*, s. 63.

⁷⁹ POINCARÉ, Henri. *La morale et la science*. In: POINCARÉ, Henri. *Dernières pensées*. Paris: Flammarion, 1920; KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 69–71.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Gerechtigkeit*, s. 47.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, s. 6.

⁸² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, s. 227.

Kelsenova osobní představa o přirozenoprávním omylu se měnila. V raných dílech (1911–1925) se domníval, že hlavním omylem přirozeného práva je chápat právo prioritně z hlediska subjektu, což vede k rozporům s objektivním právním řádem, které přirozené právo řeší rozporuplnými fikcemi. Své originální pojetí formuloval v roce 1928. Teprve v polemikách po druhé světové válce zapojil do svých výkladů anglosaskou formulaci *is/ought fallacy* („Humův zákon“), ale svou osobní formulaci neopustil. Pod dojmem útoků proti právnímu pozitivismu se však v poválečné době soustředil na otázku, zda přirozené právo poskytuje kritérium pro posouzení spravedlivosti právního řádu.

Příloha

Kelsen v diskuzi k přednášce Ericha Kaufmanna o rovnosti před zákonem ve Spolku učitelů německého státního práva 29. 3. 1926. Publikováno v protokolu diskuse ve svazku *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1926, Heft 3. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1927, s. 43–62, zde s. 53–55.

[53] Kelsen – Wien: „Das wichtigste Problem, das Herr Kaufmann⁸³ in seinem Referat⁸⁴ berührt hat, scheint mir das Problem des Positivismus zu sein. Herr Kaufmann sagte, daß der Positivismus erledigt sei. Durch diese – etwas kühne – Behauptung fühle ich mich ebenso getroffen, wie Herr Anschütz.⁸⁵ Ich bin nämlich Positivist, noch immer und trotz allem Positivist. Der Positivismus ist nicht erledigt und wird nie erledigt sein, so wenig wie das Naturrecht erledigt ist, dieses erledigt sein wird. Dieser Gegensatz ist ein ewiger. Die Geistesgeschichte zeigt nur, daß bald der eine, bald der andere Standpunkt in den Vordergrund tritt. Mir scheint sogar, daß es sich nicht um den Gegensatz in der Geistesgeschichte, sondern um einen solchen handelt, der in jedes Denkers Brust lebendig wird. Naturrecht ist juristische Metaphysik. Und der Schrei nach Metaphysik tönt jetzt – nach einer Periode des Positivismus und Empirismus, – wieder allenthalben [54] und auf allen Erkenntnisgebieten. Wohin führt aber dieser Ruf nach Metaphysik und Naturrecht auf dem Gebiete der Jurisprudenz? Zunächst zu einem radikalen Subjektivismus.⁸⁶ Daß Kaufmann von einem Bekenntnis sprach, ist bezeichnend. Bekenntnis ist Ausdruck subjektiver Anschauung. Dieser Weg führt aber nicht zu der Metaphysik, sondern zu vielen, voneinander sehr verschiedenen Metaphysiken, und daher auch nicht zu dem Naturrecht, als einer objektiven, eindeutig bestimmten Ordnung, sondern zu vielen, voneinander sehr verschiedenen, einander entgegengesetzten Naturrechten. Sucht man aber aus diesem Chaos subjektiver Metaphysiken einen Ausweg, so gelangt man notwendigerweise auf den Boden einer positiven Religion. Ich möchte mit größtem Nachdruck betonen, daß es eine objektive Metaphysik und sohin auch ein objektives Naturrecht als ein System materialer Wertprinzipien nur auf dem Boden einer positiven Religion gibt. Eine „positive“

⁸³ Erich Kaufmann (1880–1972), der Hauptredner an der Sitzung des Vereins.

⁸⁴ Der Vortrag behandelte die Frage nach der Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 109 der Reichsverfassung. Kaufmann meinte, die Gleichheit sei das Erbe des rationalistischen Naturrechts und stamme einer „überpositiven Ordnung“ her.

⁸⁵ Hans Anschütz (1901–1980), seine Reaktion ist auch im Protokoll festgehalten (S. 47–50).

⁸⁶ Im Unterschied zu öffentlichen schriftlich erfassten Gesetzen können die subjektiven Vorstellungen eines Metaphysikers jedoch nicht von anderen geprüft, oder anderen mitgeteilt werden. Diese Art von Subjektivität wurde bereits von Immanuel Kant und Arthur Schopenhauer als Kennzeichen einer esoterischen Denkweise identifiziert. Vgl. CERMÁN, Ivo. *Aufklärung oder Illuminismus? Die Enzyklopädie des Grafen Franz Josef Thun*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, S. 20, 35.

Religion ist aber eine in historischen Tatsachen manifestierte, durch einen Propheten, Heiland usw. geoffenbarte Religion. Zwischen positiver, geoffenbarter Religion und positivem, d. h. gesetztem, in historischen Akten geoffenbartem Recht besteht weitgehende Analogie.⁸⁷ Und so bedeutet der Rekurs von dem positiven Recht an das Naturrecht keineswegs eine „Überwindung des Positivismus“, sondern nur die Ersetzung des einen Positivismus durch den andern. An Stelle des positiven Rechts wird die positive Religion als höchste Autorität anerkannt.

Damit gewinnt aber die Wendung zum Naturrecht und zur Metaphysik, die wir neuesten innerhalb der juristischen Theorie beobachten können, eine politische Bedeutung. Es zeigt sich die deutliche Tendenz, den Wert der Autorität des positiven Gesetzgebers herabzusetzen. Ob und inwieweit diese Abkehr gewisser juristischer Kreise von dem bisher bedingungslos anerkannten Positivismus soziologisch mit Änderung in der politischen Struktur des Gesetzgebungsorgans zu erklären ist, möchte ich hier dahingestellt lassen. Jedenfalls ist nicht zu verkennen, daß Juristen, die ehemals die strikteste Bindung des Richters an das Gesetz lehrten, heute den Richtern mit Berufung auf das Naturrecht weitgehende Freiheit gegenüber dem Gesetze zuerkennen möchten;⁸⁸ und daß der Richterstand von jenen Änderungen der politischen Struktur so ziemlich frei geblieben ist, die sich in der Zusammensetzung des Parlaments zeigt; so daß zwischen dem heutigen Richterstand und dem Juristenstand nicht jener politische[r] Gegensatz besteht wie zwischen Juristenstand oder doch gewissen Teilen derselben und Parlament.

Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, [55] der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“

Překlad:

[53] Kelsen – Vídeň: „Připadá mi, že nejdůležitější problém, kterého se ve svém referátu⁸⁹ dotkl pan Kaufmann⁹⁰, je problém pozitivismu. Pan Kaufmann řekl, že pozitivismus je vyřízený. Toto poněkud smělé tvrzení se mě dotklo stejně jako pana Anschütze.⁹¹ Jsem totiž pozitivista, stále a vzdor všemu pozitivista. Pozitivismus není vyřízen a nikdy nebude vyřízen, stejně jako přirozené právo není a nikdy nebude vyřízeno. Toto je věčný protiklad. Duchovní dějiny ukazují jen tolik, že občas se upřednostňuje jeden a občas zase druhý přístup. Mně se dokonce zdá, že se nejedná o protiklad v duchovních dějinách, ale že žije v srdci každého myslitele. Přirozené právo je právnícká metafyzika. A volání po metafyzice zní teď – po jisté epoše pozitivismu [54] a empirismu – znovu ze všech vědních oborů. K čemu ale vede toto volání po metafyzice a přirozeném právu v oblasti jurispru-

⁸⁷ Die Parallele zwischen der christlichen Religion und einem Rechtssystem wurde bereits von Francisco Suarez S.J. aufgestellt, von Immanuel Kant wurde allerdings ihre Geltung lediglich auf die hebräische Religion eingeschränkt. Vgl. SUAREZ, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*. Coimbra 1612; KANT, Immanuel. *Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*. In: WEISCHÉDEL, Wilhelm. Werkausgabe, sv. 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978, S. 649–883, zvl. 757–758.

⁸⁸ Damit ist die Freirechtsschule gemeint.

⁸⁹ Přednáška se zabývala otázkou rovnosti před zákonem podle č. 109 říšské ústavy. Kaufmann se domníval, že rovnost je dědicstvím racionalistického přirozeného práva a pochází z „nadpozitivního řádu“.

⁹⁰ Erich Kaufmann (1880–1972), hlavní řečník na zasedání Spolku.

⁹¹ Hans Anschütz (1901–1980), jeho reakce je rovněž zachycena v protokolu (s. 47–50).

dence? Především k radikálnímu subjektivismu.⁹² To, že Kaufmann mluvil o vyznání, je příznačné. Vyznání je výrazem subjektivního názoru. Tato cesta ale nevede k jedné metafyzice, ale k mnoha, navzájem odlišným metafyzikám, a tudíž také ne k přirozenému právu, jako k objektivnímu, jednoznačně určenému řádu, nýbrž k mnoha, navzájem velmi odlišným, rozporuplným přirozeným právům. Pokud ale budeme hledat východisko z tohoto chaosu subjektivních metafyzik, dorazíme nevyhnutelně na půdu pozitivního náboženství. Chtěl bych důrazně připomenout, že objektivní metafyzika a objektivní přirozené právo jako systém materiálních hodnotových principů existují jen na půdě pozitivního náboženství. „Pozitivní“ náboženství je ale zjevené náboženství, které známe prostřednictvím historických fakt, proroka, spasitele atd. Mezi pozitivním zjeveným náboženstvím a pozitivním, tj. vytvořeným právem, jež poznáváme z historických dokumentů, je však dalekosáhlá analogie.⁹³ Obrat od pozitivního práva k přirozenému právu tudíž nepředstavuje žádné „překonání pozitivismu“, ale nahrazení jednoho pozitivismu jiným. Na místo pozitivního práva se uzná pozitivní náboženství jako nejvyšší autorita.

Obrat k přirozenému právu a k metafyzice, který můžeme v poslední době pozorovat v právní teorii, tím ovšem získává politický význam. Ukazuje se zjevná snaha snižovat autoritu zákonodárce pozitivních zákonů. Ponechám teď stranou otázku, zda toto odvrácení jistých právnických kruhů od dosud všeobecně uznávaného pozitivismu lze sociologicky vysvětlit změnou v politické struktuře zákonodárského orgánu. Na každý pád nelze přehlédnout, že právníci, kteří dříve učili o přísné závaznosti zákona pro soudce, dnes přiznávají soudcům dalekosáhlou svobodu vůči zákonu a odvolávají se na přirozené právo.⁹⁴ A také, že soudcovský stav zůstal nedotčen těmito politickými změnami, které se projevují ve složení parlamentu. Mezi soudcovským stavem a právníky tudíž neexistuje onen politický protiklad, který je mezi právníky, nebo částí právníků, a parlamentem.

Otázka, kterou klademe přirozenému právu, je věčná otázka po tom, co stojí za pozitivním právem. Obávám se, že ten, kdo hledá tuto odpověď [55], nenajde absolutní pravdu metafyziky, ani absolutní spravedlnost přirozeného práva. Ten, kdo zvedne závoj a nezavěře přitom oči, spatří jen gorgonskou hlavu moci.“

⁹² Na rozdíl od písemně zachycených a zveřejněných zákonů jsou subjektivní představy metafyzika nepřístupné druhým k ověření, ani se nedají nikomu sdělit. Takto pojatou subjektivitu považovali za znak esoterického způsobu myšlení Immanuel Kant a Arthur Schopenhauer. Srov. CERMÁN, Ivo. *Aufklärung oder Illuminismus? Die Enzyklopädie des Grafen Franz Josef Thun*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, s. 20, 35.

⁹³ Již Francisco Suarez S.J. viděl křesťanské náboženství jako paralelu právního systému. Immanuel Kant omezil platnost této paralely na judaismus. Srov. SUAREZ, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*. Coimbra 1612; KANT, Immanuel. *Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*. In: WEISCHEDEL, Wilhelm. Werkausgabe, sv. 8. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978, s. 649–883, zvl. 757–758.

⁹⁴ Miněna je *Freirechtsschule* (škola svobodného práva).

Judikatura, nebo precedens?

Terezie Smejkalová*

Abstrakt: Cílem tohoto textu je ukázat, že příklon soudů k abstraktní normotvorbě a dekontextualizaci soudcovského dotváření práva, ke které dochází v českém právním systému (například v kontextu formulace právních vět), je možné považovat za překračující tuto hranici danou principem dělby moci a jako takovou v důsledku delegitimizující soudnictví. Tento text se nejprve zabývá problematikou precedentu a posléze vysvětlí, jak je na skutkovou podobnost nahlíženo v systémech anglosaského právního systému. Dále se zabývá českým konceptem judikatury a diskutuje, do jaké míry může dekontextualizace judikatury představovat riziko pro legitimitu soudnictví v České republice.

Klíčová slova: judikatura, precedens, skutkové okolnosti, legitimita, dělba moci, aplikovatelnost precedentu

Úvod

V současné době již téměř nikdo v českém právním prostředí nezpochybňuje, že judikatura má určitou normativní hodnotu. Soudy se k judikatuře nejen vyšších soudů uchylují ve své argumentaci, budoucí právníci a soudci jsou vedeni k tomu, že judikaturu Ústavního soudu a obou nejvyšších soudů není možné při soudním rozhodování ignorovat, i když není nezbytné se jí absolutně držet.¹

Na základní teoretické úrovni se rozlišuje mezi judikaturou a precedentem. Zatímco precedens bývá vysvětlován prostřednictvím definic a principů těch právních systémů, které uznávají doktrínu závazného precedentu, jako jedno rozhodnutí (respektive jeho nosné důvody jako zobecnitelné pravidlo), zpravidla to, které je tzv. „první ve věci“, judikatura bývá vymezována prostřednictvím opakovaného „ustáleného“ způsobu interpretace a aplikace norem.

Legitimita precedenční normotvorby je úzce spojená s dělbou moci: soudy nejsou oprávněny k abstraktní tvorbě norem, jsou oprávněny k aplikaci práva při rozhodování konkrétních případů. Je to právě ono rozhodování konkrétního případu, které stojí v jádru jakékoli interpretačně normotvorné činnosti soudu. Precedens není abstraktní pravidlo, které soud sám formuluje v rámci své prospektivní činnosti (ačkoli samozřejmě není možné vyloučit, že si soud v daném případě je vědom, že rozhoduje daný skutkový stav poprvé a že z něj budou vycházet soudy v budoucích případech). Ono případné zobecnitelné pravidlo je něco, co z precedentního rozhodnutí dovozují až další soudy, které se zabývají případem skutkově obdobným.² Je to právě rovina skutkové obdobnosti, kde se koncepčně precedens od judikatury *zřejmě* liší a kterou se bude tento text zabývat. Cílem tohoto textu je ukázat, že příklon soudů k abstraktní normotvorbě a dekontextualizaci soudcovského dotváření práva, ke které dochází v českém právním systému (například

* JUDr. Bc. Terezie Smejkalová, Ph.D., katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Terezie.Smejkalova@law.muni.cz. Tento text vznikl v rámci projektu financovaného Grantovou agenturou ČR *Exaktní hodnocení aplikační relevance judikatury* (GA17-20645S).

¹ Viz např. text jedné z českých učebnic teorie práva HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 250.

² Již klasická definice *stare decisis* jako jádra precedentu *Blackova právníckého slovníku*, o které bude řeč i dále, zní: „the rule of law on which a later court thinks that a previous court founded its decision“. Viz GARNER, B. A. (ed.) *Black's Law Dictionary*. 8th edition. Thomson West, 2008, s. 1290.

v kontextu formulace právních vět), je možné považovat za překračující tuto hranici danou principem dělby moci a jako takovou v důsledku delegitimizující soudnictví.

Tento text se bude nejprve zabývat problematikou precedentu a vysvětlí, jak je na skutkovou podobnost nahlíženo v systémech anglosaského právního systému. Poté se bude zabývat českým konceptem judikatury a bude diskutovat, do jaké míry může dekontextualizace judikatury představovat riziko pro legitimitu soudnictví v České republice.

1. Co je precedens a na čem je založena jeho aplikace

Precedens je založen na historické analogii, na hledání analogií mezi minulým případem a současným případem.³ Jen proto, že se něco stalo v minulosti nějakým konkrétním způsobem, ospravedlňuje, aby se vyžadovalo, aby se obdobná věc odehrála tím stejným způsobem i v budoucnosti.⁴ V tomto ohledu precedens není něco přímo konceptuálně vázaného k právu a k soudnímu rozhodování, ale objevuje se prakticky ve všech oblastech lidského života.⁵ Jádrem aplikovatelnosti precedentu spočívá v tom, že identifikujeme podobnosti mezi skutkovým stavem (fakty) tak, jak byl popsán v minulém rozhodnutí (precedentu), a skutkovým stavem řešeného případu.⁶

Doktrína závazného precedentu spočívá v tom, že minulý stav (rozhodnutí v konkrétním případě) je chápán jako autoritativní a nezáleží na tom, zda jej zpětně hodnotíme jako chybný, nebo ne. Argumentace precedentem v soudním rozhodování potom tedy stojí na tom, že soudy jsou formálně vázány aplikovat precedenty bez ohledu na to, zda s nimi souhlasí, nebo ne.⁷ Soudce tedy tzv. následuje precedens (*defers to precedent*) pouze tehdy, pokud takový precedens aplikuje bez ohledu na to, zda jej považuje za správný a přesvědčivý.

Za aplikaci precedentu v právu je tradičně považována pouze taková situace, kdy je v následujícím soudním rozhodování aplikováno to, co přímo vedlo k precedentnímu rozhodnutí, ony nosné důvody (*holding* nebo *ratio decidendi*). Jedno z vymezení si *ratio* představuje jako „*proposition of law which decides the case, in the light or in the context of the material facts*“.⁸

Učebnicové definice precedentu často spojují závaznost pouze s nosnými důvody jako s úvahami, které jsou pro dané rozhodnutí nezbytné.⁹ Objevují se nicméně i široké definice precedentu, které za precedens považují „soudní rozhodnutí“ a ponechávají rozlišení *ratia* a jiných částí rozhodnutí v zásadě stranou. Například Komárek si pro účely své studie definuje precedens jako „*dřívější soudní rozhodnutí, které má normativní dopady daleko za kontext konkrétního sporu, v němž bylo učiněno*“.¹⁰

Aplikace precedentu je však v zásadě použitím textu, a tedy podléhá interpretaci: soudce musí porozumět obsahu minulého rozhodnutí a odlišit skutečný efekt, který minulé rozhodnutí mělo v právním systému, a ono jádro, na kterém stojí, od okolních úvah je

³ Viz DUXBURY, N. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 2.

⁴ Srov. SCHAUER, F. *Precedent*. *Stanford Law Review*. 1987, Vol. 39, No. 3, s. 571–605, s. 571.

⁵ Viz ibidem, s. 572.

⁶ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*. *Michigan Law Review*. 2014. Vol. 113, Iss. 179–230, s. 188.

⁷ Viz SCHAUER, F. *Precedent*, s. 575.

⁸ Viz ZANDER, M. *The Law-Making Process*. Sixth edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 269.

⁹ KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 183.

¹⁰ KOMÁREK, J. *Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court*. *LSE Law, Society, Economy Working Papers*. 2011, No 4, s. 3.

problematické.¹¹ I definice *ratia* v Blackově právnickém slovníku je na budoucí interpretaci založena. Podle ní je *ratio* „právní pravidlo, o němž si soud rozhodující pozdější případ myslí, že na něm předchozí soud založil své rozhodnutí“.¹² Kozel v tomto kontextu podotýká, že soudní rozhodnutí (*judicial opinion*) nemá žádný *a priori* daný význam a hovoří s nadsázkou (ale dle mého názoru velice přesně) o určité „kvantové teorii precedentu“: to, co je v daném rozhodnutí závazné, bude určováno až budoucím interpretem – soudem – v budoucí konkrétní situaci; interpret/pozorovatel určuje, zda a co je precedent.¹³

Jakákoli hypotetická a abstraktní tvrzení, která nejsou navázána na fakta daného případu mohou být považována pouze za *obiter dictum*, a jako taková nemohou být závazná.¹⁴ V průběhu času se však stírá rozdíl mezi tím, co bylo oním „nosným důvodem“, protože – jako v případech jakéhokoli jiného textu – i interpretace textu minulého soudního rozhodnutí se bude v čase měnit a vyvíjet.¹⁵

V kontextu precedentu jako určité aplikace autoritativní minulosti je však nezbytné rozlišovat mezi argumentací precedentem (jako například v případě následování precedentu) a argumentací minulou zkušeností. Argumentace zkušeností má oproti argumentaci precedentem jedno specifikum: skutkový stav minulého případu nemá pro současné rozhodování jiný význam než ten, který nám pomůže osvětlit současnou situaci: pokud vyhodnotíme, že minulé rozhodnutí bylo učiněno nesprávně, nebo se nám z jakéhokoli důvodu nelíbí, můžeme zcela odmítnout hodnotu této minulé zkušenosti a rozhodnout jinak.¹⁶

Povinnost aplikovat *precedens* má tedy ještě jeden rozměr, podobně jako u právních norem tvořených zákonodárcem: nese s sebou určitou presumpci správnosti. To, na čem záleží, není správnost a platnost důvodů a argumentů, které vedly k minulému rozhodnutí, nebo vnímaná hodnota minulého rozhodnutí, ale pouhý fakt, že tyto důvody a argumenty vedly k rozhodnutí v minulosti. Minulost rozhodnutí ospravedlňuje autoritu a závaznost rozhodnutí.¹⁷

Zásadní otázkou, kterou je třeba zodpovědět, je to, jak identifikovat mezi nepřeberným množstvím minulých rozhodnutí to, které je pro naše současné rozhodování precedentem.

V tomto ohledu teorie i praxe pojmenovává celou řadu faktorů, které je v zásadě možné rozdělit do dvou rovin: tu první představuje tzv. rozsah precedentu, tu druhou pak síla precedentu.¹⁸ Rozsah precedentu odpovídá na otázku podobnosti skutkového základu

¹¹ SCHAUER, F. *Precedent*, s. 573.

¹² GARNER, B. A. (ed.) *Black's Law Dictionary*. 8th edition. Thomson West, 2008, s. 1290, heslo „*ratio decidendi*“: „*The rule of law on which a later court thinks that a previous court founded its decision.*“ Překlad dle SMEJKALOVÁ, T. Právní věta a *ratio decidendi*. *Jurisprudence*. 2012, č. 5, s. 3–8, s. 5.

¹³ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 183. Kozel v tomto ohledu vychází ze článku Laurence Tribea, který ukazuje, jak je možné k ústavněprávní argumentaci přistupovat v rámci kvantové teorie. Viz TRIBE, L. H. *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*. *Harvard Law Review*. 1989, Vol. 103, No. 19, s. 1–39.

¹⁴ Nejvyšší soud USA například v rozhodnutí *Kirtsaeng v. John Wiley and Sons*, 133 S. Ct. 1351, 1368 (2013) uvedl, že proto, že soud někdy něco napsal, neznamená, že tím bude muset být vázán navždy. Rozlišování mezi tím, co je a co není *obiter dictum* v rozhodnutí, ale může být problematické. I když soudy někdy své úvahy nad rámec konkrétního rozhodnutí opatrně jako *obiter dictum* označují, někdy bývají integrální součástí úvah, které mohou být částečně považovány i za ony nosné důvody rozhodnutí, a jejich vzájemné rozmotání může být skutečně problematické. A není výjimečné, že například nižší federální soudy běžně „následují“ úvahy Nejvyššího soudu vyslovené v *obiter dictum*. Více viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 182.

¹⁵ Viz SCHAUER, F. *Precedent*, s. 574.

¹⁶ Viz *ibidem*, s. 575.

¹⁷ Toto tvrzení je samozřejmě poněkud zjednodušující, protože je potom nutné se zabývat vlastní aplikovatelností precedentu. *Precedens* identifikovaný jako aplikovatelný má však charakter závaznosti proto, že byl vytvořen v minulosti.

¹⁸ V angličtině se používá pojem „*precedential scope*“ a „*precedential strength*“, viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 185.

posuzovaných případů, síla precedentu pak na některé spíše vnější, systémové faktory, jako je místo soudu, který rozhodnutí vydal, v hierarchii soudu, zda se jedná o rozhodnutí pléna soudu nebo jednotlivého senátu, zda se jedná o rozhodnutí soudu v té samé jurisdikci atd.¹⁹ Vázanost precedentem se tedy liší od vázanosti obecnou právní normou, jak upozorňuje Schauer.²⁰ Je dána touto silou precedentu na straně jedné a identifikací podobností mezi skutkovými okolnostmi případů na straně druhé.²¹

V tomto textu se však zaměříme především na rovinu rozsahu precedentu, tedy na rovinu podobnosti skutkových okolností posuzovaných případů.

2. Podobnost skutkových okolností posuzovaných případů

Jak podotýká Schauer, žádné dvě situace nejsou zcela stejné. Absolutní totožnost se však pro to, aby nějaké rozhodnutí mohlo být považováno za precedentní pro jinou situaci, nevyžaduje. Pokud by tomu tak bylo, pak by nikdy žádné rozhodnutí precedentní být nemohlo.²² Absolutní, ideální identita mezi případy tedy není to, co hledáme, a jádro tohoto rozměru aplikovatelnosti precedentu spočívá v určení relevantních podobností mezi srovnávanými případy.²³ Hledání podobností je tedy otázkou hledání pojmenovatelných kategorií a jejich úrovní abstrakce.

Ke kategorizaci skutkových okolností případu může docházet jak na úrovni původního rozhodnutí, tak na úrovni interpretace prováděné soudem při pozdější aplikaci tohoto precedentního rozhodnutí (nebo při rozhodování o tom, zda se o precedentní rozhodnutí bude jednat).²⁴ A je to právě rozhodování o tom, které okolnosti jsou relevantní, rozhodování o podobnosti skutkových okolností a volba abstrakce kategorií skutkových okolností, která je schopna aktivně odlišit jednu situaci od druhé a zdůvodnit *nepodobnost* případů. Taková situace, kdy soudce zdůvodní, proč daný precedent není možné v tomto smyslu aplikovat při soudním rozhodování, se nazývá odlišování a představuje relativně běžný způsob, jak se vyhnout aplikaci precedentu. Dalo by se tedy říci, že toto je situace, kdy soud žádným precedentem vázán není. Schauer²⁵ však nicméně uvádí, že i když se to na první pohled nezdá, soudce je vázán precedentem i tehdy, když žádný aplikovatelný precedent neexistuje, a to právě v relativně běžné situaci odlišování. V takovém případě totiž soudce musí brát ohledy na to, že je to on, kdo vytváří rozhodnutí, které bude precedentem pro jiné soudce v budoucnosti. A protože k takové situaci bude docházet proto, že skutkové okolnosti existujících precedentů nebudou dostatečně obdobné rozhodovanému případu,

¹⁹ Viz PECZENIK, A. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, N. – SUMMERS, R. S. (eds). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldershot, 1997, s. 461–479. Na těchto faktorech staví v českém kontextu KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006, s. 216, nebo SMEJKALOVÁ, T. *Teorie a praxe používání judikatury*. Diplomová práce. Právnická fakulta, Masarykova univerzita. 2008, s. 12–13 a 38–40.

²⁰ Viz SCHAUER, F. *Precedent*, s. 575.

²¹ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 186.

²² Viz SCHAUER, F. *Precedent*, s. 577.

²³ Viz ibidem, s. 577.

²⁴ Samozřejmě bychom se mohli začít ptát po charakteru těchto kategorií, a zda jsou zcela výsledkem vůle jejich tvůrců nebo interpretů, nebo zda jsou něčím objektivním. Tuto otázku si klade i Schauer: „*The question is not whether there are immutable categories of the world. It is whether the categories used in making a decision are totally within the control of a decisionmaker, or of decisional environment in which individual decisionmakers operate, or whether categories in some way resist molding by the decisionmakers who use them.*“ Viz SCHAUER, F. *Precedent*, s. 584.

²⁵ Viz SCHAUER, F. *Precedent*, s. 588–589.

soudce v rámci svých prospektivních úvah o případné budoucí aplikaci jeho rozhodnutí jako precedentu bude uvažovat o kategoriích, do kterých skutkové okolnosti jeho případu budou zapadat.²⁶

Je nezbytné si uvědomit, že pro aplikovatelnost precedentu je podobnost skutkových okolností případů (*adjudicated facts*) stěžejní, a to do té míry, že jakékoli úvahy, které s těmito okolnostmi nemají nic společného, bývají považovány za *obiter dictum*.²⁷ Efekt precedentu je přikládán pouze tomu cílenému pravidlu nebo principu, které byly nezbytné pro rozhodnutí konkrétního sporu jako konkrétní množiny skutkových okolností.²⁸ Precedens tedy není aplikovatelný, pokud relevantní skutkové okolnosti nejsou obdobné.

Aplikovatelnost precedentu v tomto smyslu je *conditio sine qua non* uvažování o tom, zda je daný precedens závazný, nebo zda je možné se od něj odchýlit, nebo jej pro jeho neaktuálnost nebo nesprávnost změnit. Kozel upozorňuje, že aplikovatelnost ve smyslu relevantní skutkové podobnosti je třeba považovat za práh jakýchkoli dalších úvah o tom, zda jsou splněny nějaké další podmínky, za kterých může k případné změně (*overruling*) precedentu vůbec docházet.²⁹

Z toho, co bylo řečeno výše, je zřejmé, že hledání podobností je poměrně ohýbatelná činnost a volba mezi úrovní abstraktnosti posuzovaných podobností má důsledky pro argumentovanou aplikovatelnost precedentu. To však nic nemění na tom, že zakotvenost daného, soudem vysloveného zobecnitelného pravidla nebo principu do kontextu konkrétních relevantních skutkových okolností (byť na určité zvolené úrovni abstrakce) je legitimačním základem precedentu jako něčeho, co má kapacitu vázat soudce v jejich soudním rozhodování. Jak bude blíže rozvedeno dále, právě toto je prvek, který je v kontextu analýzy normativní hodnoty judikatury v českém právním systému prakticky opomíjen. V čem je tedy možné hledat případné podobnosti mezi anglosaským pojetím precedentu a českým pojetím judikatury? Jednu z odpovědí na tuto otázku je možné hledat právě v tom, že koncept precedentu v sobě automaticky neobsahuje formální vázanost soudu precedentem. Závaznost (autorita) precedentu (tedy ona síla precedentu, o níž byla řeč výše) se bude lišit podle toho, zda se jedná o precedens soudu v rámci jedné jurisdikce,³⁰ či nikoli, zda se bude jednat o rozhodnutí soudu postaveného výše v hierarchii, nebo zda se bude jednat o rozhodnutí soudu stejné nebo nižší úrovně.

V tomto ohledu anglosaská právní doktrína rozlišuje mezi tzv. vertikálním a horizontálním precedentem. Vertikální precedens je takový precedens, kde je jeho závaznost odvozována nejen od toho, že se jedná o rozhodnutí minulé, ale především od toho, že je vydáno soudem, který je v dané hierarchii soudů postaven výše než ten, na kterém se rozhoduje a hledá aplikovatelný precedens. V tomto ohledu tedy hraje roli především důraz na jednotu v rámci jednoho systému soudů (jedné hierarchie), možnost určitého „vedení“ nižších soudů soudy vyššími, nebo i určitá systémová efektivita, protože *de facto* zjednodušuje odůvodňování soudních rozhodnutí.³¹

²⁶ Toto uvažování spadá do toho, čemu se i v české literatuře říká prospektivní rozměr soudního rozhodování. Blíže viz např. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 301–305.

²⁷ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 188. V tomto textu nám však primárně nejde o to, jak se určí, co se z textu minulého soudního rozhodnutí bude aplikovat při dalším soudním rozhodování, ale jak se určí, že se jedná o aplikovatelný precedent.

²⁸ Obdobně viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 188.

²⁹ Ibidem, s. 181.

³⁰ Hovoříme-li v tomto místě o „jurisdikci“, máme tím na mysli jednotlivé právní systémy. V kontextu USA tedy o právní systémy jednotlivých federálních států.

³¹ KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 204–205.

Například v systému amerických federálních soudů je vertikální precedens formálně závazný.³² Jediný soud, který v tomto má specifické postavení, je Nejvyšší soud USA, protože „nad“ ním v hierarchii se již žádný jiný federální soud nenachází. Z toho vyplývá, že aby nedocházelo k nesmyslné rigiditě systému, musí mít Nejvyšší soud pravomoc své precedenty měnit.³³

Otázka vázanosti Nejvyššího soudu USA svými vlastními precedenty je podobná otázce, zda i jiné soudy níže v hierarchii jsou vázány precedenty vyslovenými jimi samými nebo jinými soudy nacházejícími se na téže úrovni. V tomto případě hovoříme o tzv. horizontálním precedentu. Teorie považuje horizontální precedens za nezávazný, i když samozřejmě hraje v soudním rozhodování takových soudů (především pokud hovoříme o rozhodování samotného Nejvyššího soudu USA) nezanedbatelnou roli.³⁴ Oproti aplikaci vertikálního precedentu, který váže z autority vyššího soudu, který precedentní rozhodnutí učinil, v případě následování horizontálního precedentu hraje zásadní roli správnost a přesvědčivost rozhodnutí. Důraz na tuto správnost a přesvědčivost je dále podepřen důrazem na koherenci, jednotu a stabilitu systému – v tomto případě i koherenci s vlastním minulým rozhodováním.³⁵

Následování precedentu s sebou samozřejmě nese i nezanedbatelná rizika, především zakořeňování nesprávných interpretací, pravidel a principů. V zásadě totiž nic nebrání tomu, aby vyšší soud nevytvořil precedens nesprávný a nižší soud tuto nesprávnost neodhalil. V rovině vertikálního závazného precedentu je však nižší soud povinen následovat precedens i tehdy, kdy jej považuje za nesprávný (bez ohledu na to, zda se jedná o nesprávnost objektivní, či nikoli). V rovině precedentu horizontálního se následování nesprávného precedentu bude jen těžko jevit jako ospravedlnitelné – a v důsledku bude mít kapacitu takové rozhodnutí znehodnotit, protože i na jeho základě učiněné rozhodnutí bude obdobným způsobem nesprávné a nepřesvědčivé.

Pokud bychom se chtěli pokusit srovnat tuto „závaznost“ vertikálního precedentu se „závazností“ precedentu horizontálního, nabízí se nám jako nástroj škála tzv. normativních hodnot, kterou pro komparativní studii precedentu v 90. letech 20. století zformuloval Peczenik.³⁶ V rámci této škály se rozlišuje mezi formální závazností (která je podobná tomu, co v českém právním systému známe jako absolutní závaznost) a dalšími třemi stupni normativních hodnot od této závaznosti odlišných (které částečně odpovídají

³² Ibidem, s. 203. Kozel v tomto ohledu staví mj. na CAMINKER, E. H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*. 1994, No. 46, s. 817 an., s. 823–824.

³³ V tomto ohledu je nesmírně zajímavé zjištění, ke kterému na základě síťové analýzy citací precedentů v soudních rozhodnutích Nejvyššího soudu USA dospěli Fowler a Jeon (FOWLER, J. H. – JEON, S. The Authority of Supreme Court precedent. *Social Networks*. 2008, No. 30, s. 16–30), že na úrovni Nejvyššího soudu USA se přesvědčení o tom, že by tento soud měl primárně následovat své vlastní precedenty a měnit je pouze v určitých odůvodněných situacích (tedy doktrína *stare decisis*), plně vyvinulo až v průběhu 20. století.

³⁴ KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 204. Vztah Nejvyššího soudu UK je v tomto ohledu k následování vlastních precedentů podobný. Jeho předchůdce *House of Lords* sledoval vlastní pravidlo stanovené v jedné ze svých „Practice Statements“, podle kterého *House of Lords* zachází se svými precedenty jako se závaznými, ale v případě, že se to bude jevit jako správné, se od nich odchýlí. Viz *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966]. 1 W.L.R 1234 (Eng.), citováno podle The Supreme Court of the United Kingdom. Practice Direction 3 [online]. Dostupné z: <<https://www.supremecourt.uk/docs/practice-direction-03.pdf>> [cit. 20. 3. 2019]. Tento Practice Statement Nejvyšší soud UK nepřevzal.

³⁵ SMEJKALOVÁ, T. Matter of Coherence. In: ARASZKIEWICZ, M. – MYŠKA, M. – SMEJKALOVÁ, T. – ŠAVELKA, J. – ŠKOP, M. (eds). *Law and Literature. Argumentation 2012 Workshop Proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2012, s. 31–44, s. 36. Obdobně viz také KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 206.

³⁶ Viz PECZENIK, A. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, N. – SUMMERS, R. S. (eds). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldershot, 1997, s. 461–479.

tomu, co česká teorie popisuje jako „argumentační závaznost“³⁷ nebo jako „nezávaznost“). Soudu tedy nic nebrání v tom, aby hledal argumenty vhodné ke zdůvodnění jeho rozhodnutí, kde uzná za vhodné. Může se tedy inspirovat v odůvodněních rozhodnutí například soudů postavených na stejné úrovni (horizontální precedent) nebo níže v hierarchii soudnictví, nebo dokonce v argumentaci soudu jiného právního systému. V tomto ohledu však argumentace, kterou provádí, není postavena na tom, že by se soud dovolával autority takového rozhodnutí. Soud se dovolává přesvědčivosti argumentace tohoto rozhodnutí a v zásadě nezávisle využívá této argumentace, její přesvědčivosti a kvality, aby dostatečně zdůvodnil své vlastní rozhodnutí.³⁸ Pokud bychom měli hledat odpověď na otázku, zda argumentace těmito rozhodnutími může nabývat určité normativní hodnoty nad rámec jejich přesvědčivosti, pak můžeme sáhnout k výše zmíněnému důrazu na jednotu a koherenci systému nebo odkazování k minulé zkušenosti.

Podobně jako horizontální precedens funguje i odkazování k *obiter dictu*, které rovněž může mít argumentační hodnotu své přesvědčivosti, ale také i hodnotu minulé zkušenosti, jak bylo uvedeno výše.³⁹ V kontextu odkazování k *obiter dictu* předchozích rozhodnutí však někteří autoři upozorňují, že ne se všemi *obiter dicta* je zacházeno stejně a některé mají větší normativní hodnotu než jiné.⁴⁰ A právě v tomto bodě začínají vstupovat do hry vnější systémové faktory, které ovlivňují sílu precedentu a v situaci *obiter dicta* mají kapacitu ovlivnit jeho vnímanou autoritu (normativní hodnotu). Úvahy dlouhodobě opakované jako *obiter dictum* Nejvyššího soudu USA sice nenabudou hodnoty klasického precedentu, ale mohou pragmatickou silou nejvýše postaveného federálního soudu USA představovat určitou autoritativní linii uvažování.

V kontextu problematiky závaznosti judikatury se tedy otevírají dvě paralely s problematikou závaznosti precedentu, a sice otázka závaznosti *obiter dicta* a závaznosti horizontálního precedentu. Nejasnosti, které v prostředí anglosaských právních systémů panují kolem toho, zda je možné aplikovat úvahy vyslovené soudem jako *obiter dictum*, jsou podobné nejasnostem, které panují kolem toho, zda a jak jsou soudy v českém právním systému povinny aplikovat judikaturu (předchozí; vyšších soudů).

³⁷ V tomto místě považuji za vhodné dodat, že celý pojem argumentační závaznosti (a na něj navázaný koncept) je poměrně nešťastný způsob, jak se v české právní teorii vypořádat s tím, že některé zdroje právních informací mohou hrát nezanedbatelnou roli při odůvodňování soudních rozhodnutí, i když se nejedná o zákon nebo mezinárodní smlouvu (což jsou dle Ústavy ČR spolu s ústavním pořádkem jediné prameny práva, kterými je soudce při svém rozhodování vázán. Viz čl. 78 Ústavy ČR). Například HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*, s. 218–220 uvádí, že argumentační závaznost má v českém právním systému judikatura, ale také i právní principy nebo doktrinární publikace. Role, kterou může hrát při soudní argumentaci judikatura, případně doktrinární publikace, je zcela odlišná od role, kterou hrají právní principy. Všechny tyto neautonomní prameny práva sice skutečně hrají při argumentaci specifickou roli a tato jejich role je zásadně odlišná od role právních předpisů (respektive dalších autonomních pramenů práva), nicméně pokud tuto roli nazveme souhrnně „argumentační závazností“ uměle tak snižujeme granularitu takového popisu a bráníme skutečnému pochopení role judikatury, doktríny a právních principů v soudním rozhodování.

³⁸ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 185. Tázání se po tom, proč mají soudy tendenci odkazovat na soudní rozhodnutí i tehdy, kdy pro ně nepředstavují závazný precedent, je možné zodpovědět z úhlu pohledu pragmatiky. V situaci, kdy systém rozpoznává tzv. incidenční (kasační) závaznost se mohou soudy cítit být motivovány rozhodovat v souladu s judikaturou vyšších soudů, aby se vyhnuly možnému budoucímu zrušení jejich rozhodnutí (viz např. KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. *Judikatura a právní argumentace*, s. 43–44); vzhledem k tomu, že lidé mají ve svém jednání tendenci k tzv. optimální relevanci (v komunikaci, ve výběru zdrojů atd.) využívání argumentace, kterou zformuloval již někdo jiný, se může jevit jako něco, co soudu zároveň usnadní práci a zároveň pomůže zdůvodnit vlastní rozhodnutí [viz např. WILSON, D. – SPERBER, D. *Relevance Theory*. In: HORN, L. R. – WARD G. (eds). *The Handbook of Pragmatics*. London: Blackwell, 2004].

³⁹ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 191.

⁴⁰ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, 193. V kontextu angloamerického právního systému je však argumentům v *obiter dictu* rozhodnutí věnována poměrně široká pozornost. Doktrína vyvíjející se právě prostřednictvím těchto dekontextualizovaných úvah soudů je poměrně široce zkoumána. Viz například HARDING, M. – MALKIN, I. *The High Court of Australia's Obiter Dicta and Decision-Making in Lower Courts*. *Sydney Law Review*. 2012, Vol. 34, Iss. 2, s. 239–268.

3. „Aplikovatelnost precedentu“ v kontextu české judikatury

Na tom, co je a co není judikatura v českém právním systému i přes to, jak často je tento pojem používán teorií i praxí, není shoda. Odborné texty, které se tímto problémem zabývají, se většinou snaží pojem judikatura vysvětlovat skrze určité vnější charakteristiky, jako je například publikace v některé z oficiálních sbírek,⁴¹ nebo vnitřní charakteristiky („obsahuje obecný nebo zobecnitelný výklad určité normy nebo principu, nebo dokonce sám vytváří takový princip nebo normu“).⁴² Některé texty se v tomto směru dokonce snaží vymezit pojem judikát jako něco, co je odlišné od pojmu soudního rozhodnutí.⁴³

Nejtypičtěji však bývá judikatura definována především prostřednictvím opakování nějakého výkladu v čase.⁴⁴ Například podle Hanuše je judikatura to, co výrazně převažuje v rozhodovací praxi a co „vykazuje prvek opětovného a kontinuálního výskytu“.⁴⁵ Tomu by odpovídala i terminologie občanského zákoníku, která používá pojem „ustálená rozhodovací praxe“.⁴⁶

Důraz na ustálenost judikatury je možné považovat za projev principu právní jistoty. Právní jistota je jedním ze základních principů, na kterém by měly stát právní systémy.⁴⁷ Dobře fungující právní systém umí balancovat potřebu stability a předvídatelnosti systému s potřebou změny jako reakce na proměňující se společenské okolnosti.

Rovina ustálenosti a opakování není cizí ani analýzám precedentu v anglosaském právním systému. Mohli bychom se ptát, zda například horizontální precedens nebo úvahy vyslovené jako *obiter dictum* rozhodnutí by dlouhodobým opakováním nemohly nabýt vyšší normativní hodnoty. Zdá se, že minimálně americká praxe *obiter dictu* přisuzuje určitou váhu. Jako příklad je možné uvést například argumentaci soudce Scoutera, který když v jednom svém rozhodnutí odkazoval na *obiter dictum* minulého rozhodnutí uvedl, že se jednalo o „*vyargumentované dictum, které představovalo názor pěti soudců*“.⁴⁸ Odkazování k *obiter dictu* tedy není následováním precedentu, ale má pouze hodnotu vlastní přesvědčivosti. Striktně vzato se v tomto případě nejedná o argumentaci, ve které by měla roli autorita soudu, který dané *dictum* zformuloval, ale přesvědčivost argumentace

⁴¹ Viz KRÁLÍK, L. Tvorba a publikace judikatury. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 320–332. Podle Králíka soudní rozhodnutí, která nebyla publikována, vůbec není možné nazývat judikátem a všeobecná dostupnost je hlavním kritériem toho, zda je možné na taková soudní rozhodnutí odkazovat v argumentaci. Viz také HANUŠ, L. K míře závaznosti soudní judikatury. In: *Olomoucké debaty mladých právníků – Sborník příspěvků*. 2009. 2 (SUPPL.), s. 21–36, který publikaci veřejnosti dostupným způsobem považuje za pojmový znak judikatury. Publikaci je nicméně možné chápat jako podmínku pro to, aby mohl soudce odkazem na takovou judikaturu bez dalšího argumentovat. Viz např. KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, s. 118 an., nález Ústavního soudu Publikace judikatury a její adresáti. *Revue pro právo a technologie*. 2012, roč. 3, č. 6, s. 25–33, sp. zn. Pl ÚS 1/03, nebo SMEJKALOVÁ, T. Publikace judikatury a její adresáti. *Revue pro právo a technologie*. 2012, roč. 3, č. 6, s. 25–33.

⁴² KRÁLÍK, L. Tvorba a publikace judikatury. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 320–332.

⁴³ Ibidem nebo HANUŠ, L. K míře závaznosti soudní judikatury. In: *Olomoucké debaty mladých právníků – Sborník příspěvků*. 2009. 2 (SUPPL.), s. 21–36. Tento text do tohoto rozměru diskutovaného problému nechce zacházet, nicméně mám za to, že konstrukce judikátu, jako speciální kategorie soudního rozhodnutí je zbytečná, protože to by znamenalo, že nepublikovaná soudní rozhodnutí, která jsou v souladu s ustálenou rozhodovací praxí, by nebylo možné do této „judikatury“ zahrnout. Tomu, že toto pojmové oddělování nedává smysl, napovídá i běžný právní diskurs, který pojem judikatura používá jako obecný pojem zastřešující soudní rozhodnutí, respektive jako synonymum pro úsloví „ustálená rozhodovací praxe“.

⁴⁴ KRÁLÍK, L. Tvorba a publikace judikatury. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 320–332.

⁴⁵ HANUŠ, L. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu a právní etice*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 94 an.

⁴⁶ § 10 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁷ Viz RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, s. 147–150.

⁴⁸ Citováno podle KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, p. 193; tato Scouterova poznámka se objevuje v *Boumediene v. Bush*, 553, U.S. 723, 799 (2008) (Scouter, J., concurring).

těchto úvah. *Dictum* může být respektováno, ale tento respekt nemůže být vyžadován, a to ani v případě, že by bylo respektováno opakovaně a trvale.⁴⁹

Scalia naopak v jednom ze svých rozhodnutí tvrdí, že úvahy *obiter dicta* nemohou na být závaznosti ani tehdy, když budou konzistentně opakovány v řadě následujících rozhodnutí.⁵⁰ Toto je přesně situace, kdy i v anglosaském právním systému citace nějakého soudního rozhodnutí nemusí signalizovat následování precedentu. Kozel k tomu dodává, že pouhá citace precedentu neznamená, že by tento precedens byl závazný a soud jej následoval ve svém rozhodnutí. Takovou praxi soudů je však možné číst tak, že se soudy konzistentně hlásí k takto vyjádřeným principům nebo pravidlům.⁵¹

Podobným způsobem bychom mohli přistupovat k české judikatuře. Soudy konzistentně aplikující princip nebo pravidlo formulované soudem a reprodukované v právní větě, bez ohledu na podobnost skutkových okolností případů, se očividně hlásí ke stejnému principu. Takové hlášení se sice můžeme chápat jako projev vnitřní koherence daného právního systému, ale jen těžko jej můžeme považovat za aplikaci precedentu a/nebo judikatury.

Stojí za povšimnutí, že zatímco se i v českém kontextu setkáme s charakteristikou judikatury skrze její obsah, který třeba dokonce i vytváří (!) princip nebo normu, o návaznosti na podobnost relevantních skutkových okolností se hovoří poměrně zřídka. V tomto ohledu existuje v českém prostředí jen několik málo zdrojů, které s tímto problémem pracují. Například Hanuš hovoří i o „*skutkové a právní připodobnitelnosti*“, když vysvětluje pojem judikátu.⁵² Kromě kritiky opomínání podobnosti skutkového kontextu případů, na který upozorňuje analýza a kritika praxe používání právních vět v českém kontextu text *Právní věta a ratio decidendi*⁵³ se této problematice dotýká asi nejkomplexnější český zdroj, který se judikaturou a její rolí v právní argumentaci v českém prostředí zabývá.⁵⁴ Když Bobek et al. hovoří o „relevantní“ judikatuře, vymezují si ji jako „*ustálenou judikaturu vrcholných soudů, která věcně dopadá na předmět jeho činnosti a která byla řádně publikována přinejmenším online. Jde tedy o nálezy ÚS a rozhodnutí NS, případně NSS*“.⁵⁵ Toto vymezení je jedno z mála, které ve svém obsahu odkazuje i k „věcnému dopadu na předmět činnosti“ soudce jako k podmínce pro aplikovatelnost judikatury. Není nicméně zřejmé, co všechno je možné pod „věcný dopad na předmět činnosti“ soudce podřadit. Vzhledem k tomu, že Bobek et al. na jiném místě zmíněné publikace vysvětlují specifickou judikaturu prostřednictvím její dekontextualizace,⁵⁶ lze se domnívat, že touto frází neměli v úmyslu autoři chápat podobnost skutkového stavu tak, jak mu rozumí doktrína precedentu, ale pouze jakousi obecnější relevancí pro dané soudní rozhodování.

⁴⁹ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 187. V tomto ohledu je zajímavé rozhodnutí *Gonzales v. United States*, 553 U.S. 242, 256 (2008) (Scalia, J., concurring in the judgment), ze kterého Kozel vychází.

⁵⁰ *Gonzales v. United States*, 553, U.S. 242, 256 (2008) Scalia, J., concurring in the judgment, citováno podle KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 187.

⁵¹ *Ibidem*, s. 191.

⁵² Viz HANUŠ, L. *K míře závaznosti soudní judikatury*, s. 21–36.

⁵³ SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi. Jurisprudence*, 2012, roč. 2012, č. 5, s. 3–8.

⁵⁴ KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006, respektive druhé vydání této publikace BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 180.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 109.

3.1 Dekontextualizace judikatury jako problém

Jak bylo uvedeno výše, povinnost následovat precedens autoři většinou vysvětlují tak, že soudce je povinen následovat precedens, který vyhodnotí jako aplikovatelný, i když jej třeba osobně nepovažuje za přesvědčivý, nebo s ním nesouhlasí.⁵⁷ V tomto ohledu připomíná tato vázanost precedentem absolutní závaznost v českém slova smyslu. Nicméně povinnost následovat precedens není postavena na klasickém principu všechno-nebo-nic. Aplikovatelnost precedentu je sice do určité míry dána vnějšími faktory (precedens musí pocházet ze stejné jurisdikce – soustavy soudů, závazný je zpravidla pouze precedens vyššího soudu, tzv. vertikální precedens) na druhou stranu je to poněkud ohýbatelná vlastnost.

Pomineme-li ony vnější faktory, aplikovatelnost precedentu je dána, jak již bylo vysvětleno výše, především podobností skutkového stavu. V systémech, které uznávají doktrínu závazného precedentu, je aplikovatelnost precedentu hojně diskutované téma: studie ukazují, že soudci mají stále určitou míru volnosti v tom, jaké rozhodnutí z těch, které by mohly splňovat podmínky aplikovatelnosti, ve skutečnosti použijí.⁵⁸ Podobnost skutkových okolností případů je pak jedním z rozměrů, ve kterém mají soudci k dispozici určitý manévrovatelný prostor.

I v českém prostředí, když vysvětluje povahu precedentu, Bobek et al. uvádí, že „[n]ormativní závaznost precedentu je do budoucna navíc vždy omezena ‚podvozkem‘ skutkových okolností předchozího případu“.⁵⁹ Jenže českou judikaturu podle zmíněných autorů není možné považovat za precedens. Jak bylo uvedeno výše, její autorita je – zdá se – postavena především na důrazu na koherenci systému a na minulou zkušenost, nikoli na formálně stanovené povinnosti dřívější rozhodnutí a jejich obsah aplikovat i v budoucnosti. Proto by se mohlo zdát jako odůvodněné, že se zacházení s judikaturou liší.

Způsob zacházení s českou judikaturou nebyl dosud komplexně zmapován za použití kvantitativních a empirických metod a nepočtené studie, které se o to pokoušejí vždy pracují pouze s určitým omezeným, byť relativně rozsáhlým, vzorkem.⁶⁰ Podrobnosti výše citované studie rozhodovací praxe Nejvyššího soudu USA nebo síťové analýzy rozhodování Soudního dvora EU, kterou provedli Derlén a Lindholm, nedosahují.⁶¹ Ostatní dostupné studie a analýzy vychází pouze z jednotlivých rozhodnutí a případových studií.

Bobek et al. uvádí, že výsledkem judikatury je „soudem dotvořená, nebo dokonce vytvořená norma nebo princip, obvykle zcela dekontextualizovaná, která reálně v návaznosti na zákon funguje jako právo“⁶² a tvrdí, že „v těchto případech dekontextualizace, tedy oproštění soudem dotvořené normy od faktů, nepůsobí žádné problémy“.⁶³ Zkusme se však nad tímto tvrzením zamyslet v širších souvislostech dělby moci v demokratickém právním státě.

⁵⁷ Viz KOZEL, R. J. *The Scope of Precedent*, s. 186 nebo DUXBURY, N. *The nature and authority of precedent*, s. 12–13.

⁵⁸ Viz např. NIBLETT, A. – YOON, A. H. *Friendly Precedent. William & Mary Law Review*. 2016, Vol. 57, s. 1789–1823.

⁵⁹ Viz BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, s. 65.

⁶⁰ Viz např. MATZAK, M. – BENCZE, M. – KÜHN, Z. *Constitutions, EU law and judicial strategies in the Czech Republic, Hungary and Poland. Journal of Public Policy. Cambridge University Press*. 2010, Vol. 30, Special Issue 01, s. 81–99, nebo KÜHN, Z. *Formalistické a neformalistické strategie střeoevropské justice po roce 1989*. In: TICHÝ, L. – HOLLÄNDER, P. – BRUNS, A. (eds). *Odůvodnění soudního rozhodnutí*. Praha: PF UK, 2011. Případně také viz MLYNÁŘÍK, V. *Empirická analýza právní argumentace v rozhodnutích Nejvyššího správního soudu ČR v letech 2004–2011*. Diplomová práce. Právnická fakulta UK, 2016.

⁶¹ Viz například DERLÉN, M. – LINDHOLM, J. *Peek-a-Boo, It's a Case Law System! Comparing the European Court of Justice and the United States Supreme Court from a Network Perspective. German Law Journal*. 2017, Vol. 18, No. 3, s. 647–686.

⁶² Viz BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, s. 109.

⁶³ Viz ibidem, s. 109, poznámka pod čarou č. 32.

Požadavek na dělbu moci dle Ústavního soudu vyplývá z principu materiálně chápaného právního státu,⁶⁴ ač jej není možné chápat jako účel sám o sobě, ale jako nástroj směřující k nějakému cíli.⁶⁵ Různé koncepce dělby moci se však shodují v tom, že jejich cílem je zajistit nezávislost soudního rozhodování.⁶⁶ V rámci dělby moci tak, jak ji zná český právní systém, náleží obecná normotvorba pouze zákonodárcům. Soudy jsou povolány k aplikaci a interpretaci zákonodárcem vytvořeného práva prostřednictvím rozhodování konkrétních sporů. Možnost zasahovat do právního systému, kterou soudy mají, je dána právě skrze naplňování této jejich role.⁶⁷ Pro některé autory je soudcovská tvorba práva sama o sobě vnímána jako něco, co má kapacitu narušit klasickou trojčlennou dělbu moci.⁶⁸ Zde si však neklademe otázku, zdali soudci mohou právo tvořit (nebo dotvářet), ale zda a jaké limity jim systém pro tuto aktivitu stanovuje. V kontextu naplňování své role v rámci dělby moci je tedy soudce oprávněn interpretovat a aplikovat (případně i dotvářet) právo pouze v rámci rozhodování konkrétního sporu a pro účely rozhodování tohoto sporu a „[s]ám není oprávněn dopředu určovat, jaký má být normativní dopad jeho rozhodnutí“.⁶⁹ V tomto kontextu je tedy interpretace práva, které jakkoli vybočují z roviny rozhodování konkrétního sporu, možné chápat jako jdoucí za hranici toho, k čemu je soudnictví jako jedna ze složek státní moci povolána.

V českém právním prostředí se dekontextualizace judikatury diskutuje v zásadě pouze ve dvou případech: v případech jednotlivých stanovisek nejvyšších soudů⁷⁰ a v případech tzv. právních vět.⁷¹ Institut jednotlivých stanovisek i praktické používání právních vět představují situace, kdy soudy svou činností oprostují interpretace, které provedly řádně v kontextu rozhodovaného sporu, od jeho skutkových okolností: v případě jednotlivých stanovisek se volí jedna interpretace z mnoha v kontextu výkonu tzv. sjednocování judikatury, v případě právních vět se interpretace provedená v konkrétním rozhodnutí vytýká před text rozhodnutí, bez popisu konkrétních relevantních skutkových okolností a bývá formulačně zobecněna. V obou případech je předmětem diskusí, zda se jedná o překračování role soudnictví tím, že se z konkrétní aplikace právní normy *de facto* činí nové obecné pravidlo. V tomto ohledu náleží pravomoc tvořit obecné normy pouze moci zákonodárné. Ústavní soud ve velmi často citovaném nálezu sp. zn. Pl. ÚS 27/09 (tzv. kauza Melčák) uvedl, že „[s]myslem rozdělení státní moci na moc zákonodárnou, výkonnou a soudní je svěření všeobecné a prvotní mocenské regulace státu zákonodárství, odvozené všeobecné mocenské regulace a rozhodování o individuálních případech správě a výlučně jenom rozhodování o individuálních případech soudnictví“.⁷²

⁶⁴ Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 15. 2. 2007 sp. zn. Pl. ÚS 77/06, populární název *Legislativní přílepky (jezdci) a jejich ústavnost*.

⁶⁵ Viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 20/05.

⁶⁶ HAPLA, M. *Dělba moci a nezávislost justice*. Rigorózní práce. Právnická fakulta, Masarykova univerzita, 2017, s. 52 an.

⁶⁷ SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, s. 5. Viz také POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 229 an.

⁶⁸ HARVÁNEK, J. – ONDRÝSEK, R. *Justiciální tvorba práva*. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, sv. 22, č. 1, s. 7 an.

⁶⁹ SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, s. 5. Pro diskusi problematiky normativní povahy judikatury viz dále např. KÜHN, Z. *Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu*. *Právní rozhledy*. 2001, č. 6, s. 265–269.

⁷⁰ Pro bližší analýzu a kritiku jednotlivých stanovisek jako institutu, který je možné považovat za minimálně problematický v demokratickém právním státě, viz KÜHN, Z. *Stanoviska nejvyšších soudů: specifika středoevropské právní kultury nebo komunistické reziduum?* 9 March 2009. Dostupné z: <www.prf.cuni.cz/1948/texty/stanoviskans.doc>; případně SMEJKALOVÁ, T. *The Nature of Unifying Opinions of Czech Supreme Courts*. In: *The Role and Place of Law in a Society Based on Knowledge*. Targu-Jiu: Targu-Jiu, Romania, 2009.

⁷¹ Pro komplexní kritiku používání právních vět viz již zmiňovaný text SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*. *Jurisprudence*. 2012, roč. 2012, č. 5, s. 3–8.

⁷² Viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 27/09 (tzv. kauza Melčák).

I s ohledem na to, že při chápání teorií dělby moci je podle Rychetského třeba „*přihlížet i k jejímu celému obsahu, včetně obecně uznávaného rozměru vzájemné vyváženosti a kontroly jednotlivých mocí ve státě (check [sic] and balances)*“, ⁷³ však tento požadavek není možné vykládat tak, že by se soudy nemohly nebo nesměly podílet na dotváření práva. Legitimitu této jejich činnosti však není možné odvozovat jinak než z jejich primární role, kterou je ono „*rozhodování o individuálních případech*“. Precedens váže (je aplikovatelný) pouze pokud jsou skutkové okolnosti případů podobné. Tento princip bere v potaz zásadní vlastnost práva, respektive právních předpisů, které je třeba při jejich aplikaci interpretovat: kontext (a to nejen právní, ale i skutkový) může ovlivňovat význam práva. Pokud tedy interpretaci právního textu učiněnou v jednom případě vytrhneme z kontextu skutkového stavu tohoto případu, a použijeme ji i v situacích, které původní („precedentní“) situaci nejsou podobné, může dojít až k tomu, že budou „*podobně řešeny i případy, které by si zasloužily individuální zvážení*“. ⁷⁴

Problém se tedy nachází v tom, že zobecňováním závěrů soudů učiněných v konkrétních případech se činnost soudnictví přibližuje činnosti moci zákonodárné, protože obecnost je považována, podle již zmiňovaného názoru Ústavního soudu v tzv. kauze *Melčák*, za znak právní normy jako produktu moci zákonodárné.

Judikatura tak, jak má tendenci být používána v českém právním systému (tedy prostřednictvím *de facto* aplikace z kontextu rozhodnutí vydělených právních vět), vede k tomu, že jsou interpretace soudů používány mimo svůj původní skutkový kontext, v jehož rámci má smysl. ⁷⁵ Zvláště při faktickém používání právních vět jako judikatury upozorňuje Polčák na informační deficit, ⁷⁶ který posléze může vést k významovým posunům.

K dotváření práva (tedy k jakýmkoli úvahám normativní povahy) jsou soudy povolány pouze v při rozhodování konkrétních případů. Vytržení interpretace pravidla nebo formulace principu z jeho původního kontextu a jeho aplikace v situaci, která není skutkově obdobná tomuto původnímu kontextu, s sebou nese potenciál změn takového charakteru, že je možné je považovat za překročení pravomoci soudu ⁷⁷ a může vést až k nelegitimitě takto vysloveného pravidla. ⁷⁸

Výše bylo uvedeno, že jedním z pojmových specifíků judikatury je zřejmě její ustálenost. Je možné, aby tato charakteristika judikatury (tedy, judikatura není jedno rozhodnutí, ale interpretace/dotvoření opakovaně a ustáleně se objevující v řadě soudních rozhodnutí) ospravedlnit toto jiné, dekontextualizované zacházení? Jsem přesvědčena, že ne, a to především proto, že akceptujeme-li základní pragmatický poznatek o tom, že kontext ovlivňuje význam sdělení, ⁷⁹ pak i interpretace a dotvoření práva provedené soudcem v jednom kontextu nemusí být ospravedlnitelné v kontextu, který tomu původnímu není podobný. Nad vším však je možné se zamýšlet, zdali není možné, že kontinentální právní systémy, jako je například ten český, nejsou schopny inkorporovat a správně používat kauzuistické soudcovské právo. ⁸⁰

⁷³ Odlišné stanovisko Pavla Rychetského k nálezů Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2006 sp. zn. Pl. ÚS 18/06.

⁷⁴ Viz SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, s. 5.

⁷⁵ Viz ibidem, s. 5. Obdobně na tento problém naráží i KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*, s. 120.

⁷⁶ Viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*, s. 228.

⁷⁷ Viz ibidem, s. 229.

⁷⁸ SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, s. 7–8.

⁷⁹ Viz např. HUTTON, C. *Language, Meaning and the Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009, s. 65, nebo CAO, D. *Translating Law*. Clevedon: Multilingual Matters, 2007, s. 17.

⁸⁰ Smejkalová uvádí, že „kontinentální svět, který je zvyklý pracovat s obecnými právními normami nedokáže uchopit kazuistickou povahu soudcovského práva“. Viz SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, s. 7.

Dekontextualizace judikatury však již v poslední době nebývá kritizována. Nedostatek empirických dat, které by tuto skutečnost vysvětlovaly, vede k závěru, že české zacházení s judikaturou je tedy buď možné považovat za naprosto svébytný institut, nebo za zásadní nepochopení role soudnictví v tvorbě nebo dotváření práva.

Pokud by judikatura měla být ve skutečnosti precedens, pak by zacházení s ní muselo být vázáno ke skutkovým okolnostem minulých a současných případů.⁸¹ Pokud bychom tedy akceptovali první z těchto závěrů a pokud soudy s judikaturou skutečně pracují tímto dekontextualizovaným způsobem, pak je možné poněkud smutně poznamenat, že sjednocování judikatury nesystémovými způsoby, jako jsou v našem českém případě jednotlivé stanoviska, dává smysl.

S ohledem na výše řečené však mám za to, že v kontextu dělby moci a ústavou deklarované roli soudů v právním systému České republiky není možné automaticky akceptovat dekontextualizovanou judikaturu jako legitimní. Není důvod, aby se v tomto judikatura jakkoli konceptuálně odchylovala od precedentu. Věcná aplikovatelnost by měla být *conditio sine qua non* aplikovatelnosti judikatury. Proto používání dekontextualizované judikatury nebo na skutkových okolnostech nezávislých právních vět je druhem abstraktní normotvorby, ke které soudy nejsou v kontextu dělby moci v českém právním systému oprávněny.

Nevidím problém v tom, když soudy paralelně s vlastním rozhodováním budují a rozvíjejí doktrinální rámec. Legitimita této činnosti je však založena na konkrétním soudním rozhodování. V čem problém spatřuji, je to, aby soudy odkazem na judikaturu argumentovaly i takové případy, které nejsou skutkově obdobné případům řešeným v rozhodnutích, jež tvoří onu judikaturu, na kterou odkazují. Linie mezi těmito soudními doktrinálními hrami a aplikací judikatury (nebo spíše aplikací právní věty) je však tak, jak v současnosti soudy koncipují psané verze svých rozhodnutí, velmi tenká.

Závěr

V českém právním systému je pravomoc soudů zasahovat do právního systému a ovlivňovat jej dána pouze svěřenou pravomocí rozhodovat spory, což *de facto* znamená, že je i omezena skutkovými okolnostmi daného případu.⁸²

Pokud se na takto zásadní linii začne stírat rozdíl mezi rolí zákonodárství a soudnictví, pak se český právní systém nachází na podivném rozcestí, na kterém klasické koncepte dělby moci ztrácí svou platnost. Nechce-li se české soudnictví dostat do situace, kdy by nezvládalo čelit tomuto druhu kritiky, mělo by dojít k přehodnocení práce s judikaturou. Zobecňování a dekontextualizace při aplikaci dříve soudy formulovaných interpretací zákonodárcem vytvořených právních norem představuje riziko: pravomoc dekontextualizované formulace pravidel a norem náleží v demokratickém právním státě zákonodárci. Pokud se chce soudnictví v kontextu zcela zásadních principů právní jistoty a předvídatelnosti soudního rozhodování odkazovat na předchozí rozhodnutí, mělo by se držet v mantinelech daných podobností skutkových okolností, tak, jako je tomu v právních systémech, které uznávají doktrínu závazného precedentu.

⁸¹ Srov. BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, s. 110.

⁸² Viz SMEJKALOVÁ, T. Právní věta a ratio decidendi. *Jurisprudence*. 2012, roč. 2012, č. 5, s. 3–8. Srov. dále POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*, s. 228–229.

Odměna mediátora dle vyhlášky č. 277/2012 Sb. a ekonomická analýza práva

Marcela Fryštenská* – Marek Litzman**

Anotace: Autoři se zamýšlejí nad praxí a efektivností pravidla, kterým zákonodárce stanovil výši odměny zaplaného mediátora při setkání nařízeném soudem na 400 Kč za každou započatou hodinu. Autoři příspěvku provedli sondáž kvantitativní metodou, kdy byli osloveni všichni zapsaní mediátoři elektronickým dotazníkem s cílem získat data pro hledání odpovědi na otázky: Je pravidlo o výši odměny mediátora efektivní? Přináší užitek sporným stranám? Je motivační pro samotné mediátory? Jaké případné návrhy de lege ferenda by mohly zvýšit efektivnost pravidla o výši odměny mediátora? Na tyto a další otázky se pokouší v příspěvku odpovědět za použití metody ekonomické analýzy práva.

Klíčová slova: mediace, mediátor, ekonomická analýza práva, odměna, optimální odměna, užitek, racionální sporná strana, teorie nabídky, teorie poptávky, dotazníkové šetření

1. Ustanovení § 15 vyhlášky č. 277/2012 Sb. a praxe

Dle občanského soudního řádu má soud možnost účastníkům řízení nařídít první setkání s mediátorem v rozsahu tří hodin a řízení přerušit nejvýše na dobu tří měsíců, a to ve všech odvětvích práva soukromého, ve věcech, u nichž soudce usoudí, že mediace je v konkrétním případě vhodný nástroj řešení sporu.¹ Nutno dodat, že mediaci samotnou nelze nařídít, neboť ta je vždy dobrovolná a uzavření smlouvy o provedení mediace či nikoli vychází z autonomie vůle účastníků sporu. Odměnu mediátora za první setkání účastníkům nařízené mediace v rozsahu maximálně tří hodin upravuje vyhláška: „Výše odměny za první setkání s mediátorem nařízené soudem činí 400 Kč za každou započatou hodinu. Je-li zapsaný mediátor plátcem daně z přidané hodnoty podle jiného právního předpisu, náleží mu rovněž náhrada za daň z přidané hodnoty.“² V ostatních případech je odměna mediátora stanovena na základě tržních mechanismů.

Rozsah tří hodin byl zvolen po konzultacích s odborníky na mediaci, kteří se shodují v tom, že tři hodiny jsou minimální doba, ve které je možné provést mediaci a uzavřít mediační dohodu. Po uplynutí tří hodin, po které mediátorovi náleží odměna, jejíž výše bude stanovena vyhláškou, bude na rozhodnutí stran, zda budou v mediaci pokračovat za smluvních podmínek, nebo zda si přejí mediaci ukončit a pokračovat v soudním řízení. Po uplynutí tří měsíců bude soud v řízení pokračovat, pokud nebylo řízení přerušeno se souhlasem všech účastníků. Soud může nařídít setkání s mediátorem jak bez souhlasu stran, tak s jejich souhlasem, kdy v druhém případě půjde fakticky o klid řízení. Cílem této úpravy je, aby v obou případech mediátor poskytoval stranám své služby za sníženou odměnu.³

* JUDr. Marcela Fryštenská, Ph.D., brněnská advokátka a autorka knihy Ekonomická analýza civilního práva. E-mail: akfrystenska@seznam.cz.

** Ing. Marek Litzman, Ph.D., Provozní ekonomická fakulta, Mendelova univerzita v Brně. E-mail: marek.litzman@mendelu.cz.

¹ § 100, odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

² § 15 vyhlášky č. 277/2012 Sb., o zkouškách a odměně mediátora.

³ Vládní návrh na vydání zákona o mediaci (Sněmovní tisk 426 6. volebního období). In: Poslanecká sněmovna PČR [cit. 5. 7. 2018]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=72721&pdf=1>>, s. 50.

Z dotazníkového šetření vyplynulo, že praxe ohledně shora uvedeného pravidla o odměně zapsaného mediátora dospěla ke dvojímu výkladu: 1) Někteří mediátoři požadují 400 Kč za dobu, po kterou strany sporu seznamují s podstatou a principy mediace, což dle vyjádření oslovených mediátorů trvá cca 30–60 minut a následně po uzavření smlouvy o provedení mediace si účtují tržní cenu, tj. odměnu, která není vyhláškou stanovena. 2) Jiní mediátoři si účtují 400 Kč nejen za dobu, po kterou strany sporu seznamují s podstatou a principy mediace, ale i následně po uzavření smlouvy o provedení mediace do doby, kdy souhrn času pro seznámení sporných stran s mediací a času provádění mediace nepřesahuje tři hodiny.

První skupina mediátorů je při účtování odměny vedena úvahou, že dle komentáře k zákonu o mediaci je *nařízené setkání s mediátorem* v podstatě *informativní schůzka*. Vyvozují tedy, že vyhláškou stanovená odměna 400 Kč je stanovena pro čas, kdy mediátor sporné strany informuje o samotné mediaci, a ne na čas poté, kdy sporné strany již podepsaly smlouvu o provedení mediace. Tento závěr podporují i Bříza a Gatner.⁴

Mediátoři oslovení v rámci dotazníkového šetření autory příspěvku se shodují na tom, že *informativní část prvního setkání s mediátorem trvá od 30 do 60 minut*. Druhá skupina mediátorů aplikuje shora uvedené ustanovení vyhlášky tak, že při prvním setkání soudem nařízené mediace je odměna mediátora 400 Kč za každou započatou hodinu, přičemž soud může nařídit mediaci v rozsahu maximálně tří hodin. Pro tuto skupinu mediátorů tvořící menšinu mezi zapsanými mediátory je *klíčovým vodítkem pro výklad ustanovení o odměně čas ohraničený třemi hodinami*, a nikoliv fáze seznamování s mediací a fáze provádění mediace. Nutno na tomto místě doplnit, že i tito mediátoři, kteří si účtují 1200 Kč za tři hodiny prvního setkání s mediátorem, kdy setkání zahrnuje fázi jak seznámení se s mediací, tak fázi provádění mediace, vyjadřují přesvědčení, že takto stanovená odměna mediátora je neadekvátní a že jejich náklady na mediaci jsou vyšší než inkasované výnosy z mediace (tj. náklady na mediaci jsou vyšší než výnosy, což vede ke ztrátě). Rozumí tomu, že pokud je stranám sporu nařízeno první setkání s mediátorem (ať už z iniciativy všech stran sporu, některých stran sporu, či samotného soudu), nemohou být sporné strany nuceny hradit vysoké částky. Odmítají však tyto náklady nést ze svých zdrojů. Řešení tohoto problému dává prostor pro úvahy *de lege ferenda*.

Autoři příspěvku jsou přesvědčeni, že z platné právní úpravy nevyplývá, že zapsaný mediátor má v rámci prvního setkání pouze informovat sporné strany o podstatě mediace, o právech a povinnostech sporných stran v procesu mediace, o možnosti mediaci kdykoliv ukončit atd. Informace tohoto typu je možno předat sporným stranám během cca 30 minut, jak již bylo zmíněno výše v textu. Zákonodárce hovoří o odměně za první setkání s mediátorem, a nikoliv o odměně za poskytnutí základních informací o povaze mediace, právech a povinnostech sporných stran v procesu mediace. *Domníváme se, že doslovný výklad vyhlášky lze interpretovat jedině tak, že zákonodárce měl v úmyslu poskytnout odměnu za první tři hodiny setkání s mediátorem, které zahrnuje nejen předání základních informací o mediaci, ale i samotnou mediaci. Nedomníváme se, že z textu „první setkání s mediátorem“ lze dospět k výkladu „první informativní setkání s mediátorem“.* A pokud zákonodárce přitaká první skupině mediátorů, měl by text zákona být uveden do souladu s praxí.

Jelikož mediace je relativně nový alternativní způsob řešení civilněprávních sporů v České republice (zákon o mediaci nabyl účinnosti v září 2012), setkávají se sporné strany

⁴ BŘÍZA, P. – GANTNER, F. První setkání se zapsaným mediátorem z pohledu praxe. *Bulletin advokacie*. 2016, č. 4, s. 34–38.

v mnoha případech s mediací poprvé a lze tedy předpokládat, že nemají příliš vysoké povědomí o tom, co mohou od mediace očekávat. Pokud cílem zákonodárce při stanovení rozsahu soudem nařízené návštěvy mediátora v rozsahu tří hodin bylo: 1) vytvořit časový prostor k tomu, aby strany sporu mohly získat vstupní informace o mediaci a svých právech a povinnostech, povinnostech mediátora a jeho odměně (dále jen „vstupní informace k mediaci“), 2) projít zkušeností ze samotné mediace a 3) zároveň regulovat náklady sporných stran pro obě fáze, měl to dostatečně jasně artikulovat v právní úpravě. Především by se tak dvojí praxi, kterou laická veřejnost může vnímat negativně a v samotném důsledku toto může vytvořit překážku pro efektivní aplikaci samotné mediace.

Než přistoupíme v následující části příspěvku k hlubší úvaze o tom, zda regulace prvních tří hodin setkání s mediátorem, které by zahrnovaly vstupní informace k mediaci i mediaci samotnou je efektivní, či nikoliv, považujeme za vhodné na tomto místě a v této souvislosti poukázat na *doporučení odborníků na mediaci*. Ti doporučují, aby *mediační sezení trvalo jeden a půl až tři hodiny*. Přičemž jejich počet není stanoven, ale obvykle jsou zapotřebí dvě a více sezení. Záleží na povaze a složitosti problému a motivaci účastníků k pozitivní změně. Praxe ukazuje, že fáze informativní trvá cca 30–60 minut. Zbývajících 120 minut tedy odpovídá doporučené délce mediačního setkání. Autoři příspěvku však nemají podklad pro tvrzení, že tato doporučení odborníků posloužila zákonodárci jako vodítko pro uzákonění maximálně tří hodin prvního setkání s mediátorem, přestože logickým výkladem k tomuto závěru dospěli.

2. Odměna mediátora dle vyhlášky č. 277/2012 Sb. a užitek

Výše v textu bylo sděleno, že praxe většiny zapsaných mediátorů při nařízením setkání s mediátorem odpovídá sdělení vstupních informací k mediaci během maximálně jedné hodiny a následně po sepsání smlouvy o provedení mediace si účtují odměnu tržní, tj. neregulovanou právní úpravou, a tedy lišící se v závislosti na ceníku konkrétního mediátora. Menšina zapsaných mediátorů účtuje za tři hodiny prvního setkání s mediátorem maximálně 1200 Kč plus DPH, přičemž tuto praxi shledávají za demotivační. *Většina mediátorů si účtuje 400 Kč plus DPH za informativní část setkání s mediátorem trvající v rozmezí 30–60 minut a následně si účtují tržní cenu, jejíž výši autoři příspěvku zjišťovali dotazníkovým šetřením a bude podrobněji rozebrána níže v textu. V řadách zapsaných mediátorů převažuje názor, že částka 400 Kč by měla být odměnou pouze za první informativní setkání s mediátorem v délce maximálně jedné hodiny. Tento výstup pro nás nepředstavuje velké překvapení.*

Racionální strana chce dosáhnout svého cíle s co nejmenším plýtváním zdroji a mít z dosaženého cíle co největší užitek. Mediátor chce, aby z času, který věnuje sporným stranám při řešení jejich sporu, měl odpovídající odměnu. V případě mediátora, který je zároveň advokátem, je přirozené, že porovnává odměnu za právní služby poskytované v rámci advokacie s odměnou za služby poskytované v rámci mediace. Záměrem příspěvku není podrobně analyzovat způsoby odměny advokáta, jeví se však vhodné na tomto místě uvést, že advokát může s klientem sjednat odměnu podle vyhlášky Ministerstva spravedlnosti,⁵ nebo se s klientem může domluvit na smluvní odměně za poskytnutí

⁵ Vyhláška č. 177/1996 Sb. Ministerstva spravedlnosti o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif).

právních služeb v závislosti na časové náročnosti příslušné právní služby. Odměna může být stanovena jako časová, úkonová, paušální či podílová. Hodinová sazba se obecně pohybuje dle obtížnosti v rozmezí od 1000 Kč do 3000 Kč.

Pro naše komparativní účely hodinové sazby advokáta a mediátora stavíme v našich dalších úvahách na informaci, že hodinová sazba advokáta se obecně dle obtížnosti pohybuje v rozmezí od 1000 Kč do 3000 Kč. Má-li advokát-mediátor za právní službu až 3000 Kč za hodinu, zatímco za služby mediátora 400 Kč (předpokládejme, že by tato odměna zahrnovala jak informativní část, tak samotnou mediaci v rozsahu do tří hodin) za hodinu při první nařízené návštěvě mediátora, je pro zapsaného mediátora poskytování služeb za takto stanovenou odměnu neefektivní ve smyslu cena versus výkon, tj. i demotivační. Snad jen mediátor, jehož motivací pro poskytování služeb mediátora by nebyl zisk finanční, ale nefinanční, tj. svůj užitek by spatřoval v samotné pomoci lidem a rozdíl ve výši 600 Kč až 2600 Kč za hodinu (rozdíl mezi hodinovou odměnou advokáta tj. 1000 Kč až 3000 Kč a odměnou mediátora dle vyhlášky tj. 400 Kč) by pro něj nebyl podstatný. Tento druh advokáta-mediátora, pokud vůbec existuje, pak jistě jako vzácný exemplář, protože běžné je, že většina by se za poskytování svých služeb cítila podhodnocena.

Předpokládáme, že u mediátorů zastoupených z jiných profesí (mediátorem může být vysokoškolsky vzdělaný občan v magisterském programu), bude docházet rovněž ke komparaci podobné té, kterou jsme představili výše. Rozdíl bude spočívat v tom, že místo odměny advokáta bude srovnávat odměnu členů své profesní obce. Tak například mediátor psycholog bude srovnávat svoji odměnu s odměnou psychologa z psychologické poradny atd. Čím větší bude rozdíl v odměně, tím větší míra nespokojenosti mediátora bude a tím menší bude jeho motivace k poskytování služeb mediátora.

Dosud provedená analýza nás vede k závěru, že *hodinová odměna 400 Kč za první informativní setkání* (fáze 1) i *mediační setkání* (fáze 2) *v rozsahu maximálně tři hodiny* představuje pro zapsané mediátory situaci, kdy *náklady jsou vyšší než užitek*, tj. $C > B$. Pro zapsané mediátory je akceptovatelná hodinová odměna 400 Kč za informativní část prvního setkání s mediátorem, která trvá od 30 do 60 minut. Na druhou stranu vysoká odměna za služby mediátora může být sítím, přes které rozhodnutí sporných stran jít touto alternativní cestou řešení sporů neprojde, což by podkopávalo efektivnost mediace na samotném začátku.

Otevřeli jsme otázky, na které je třeba hledat v následující části odpověď a to: Má být text vyhlášky upraven tak, aby v praxi nedocházelo k dvojímu výkladu? Ke které ze dvou v textu uvedených aplikací pravidla o odměně mediátora se má zákonodárce přiklonit? K té, podle níž vyhláškou stanovená odměna 400 Kč je stanovena pro čas, kdy mediátor sporné strany informuje o samotné mediaci, a ne na čas poté, kdy sporné strany již podepsaly smlouvu o provedení mediace? Nebo k té, podle níž odměna zahrnuje fázi seznámování s mediací i fázi provádění mediace v rozsahu celkem tří hodin?

Z dosud uvedeného činí autoři tohoto příspěvku následující dílčí závěr. Pokud zákonodárce měl v úmyslu poskytnout odměnu za první tři hodiny setkání s mediátorem, které zahrnuje nejen předání základních informací o mediaci, ale i samotnou mediaci (autoři se k tomuto závěru přiklání, neboť v textu vyhlášky se uvádí „první setkání s mediátorem“ nikoliv „první informativní setkání s mediátorem“), pak odměna ve výši 400 Kč je pro většinu mediátorů demotivující, neboť náklady by byly vyšší než užitek. Vystává proto otázka, jaká odměna mediátora v rozsahu tří hodin nařízeného setkání s mediátorem by byla optimální?

Jelikož nelze zcela vyloučit, že zákonodárce zamýšlel pravidlem o odměně zapsaného mediátora ve výši 400 Kč za hodinu pouze informativní část schůzky, a tedy praxe většiny zapsaných mediátorů, kteří si následně účtují tržní cenu, vychází ze záměru zákonodárce, měla by úvaha být vedena i tímto směrem a mělo by být zvažováno, zda toto pravidlo by bylo do budoucna v zájmu efektivnosti mediace či nikoliv.

Rozprostřela se tak před námi otázka ohledně optimální hranice odměny zapsaného mediátora při prvním setkání nařízené návštěvy u mediátora, na kterou se pokusíme v následujících řádcích odpovědět.

3. Optimální hranice odměny zapsaného mediátora pro provádění mediace

Autoři příspěvku se domnívají, že vyhláška by měla regulovat odměnu mediátora pro fázi informativní i fázi provádění mediace v rozsahu tří hodin při prvním setkání soudem nařízené návštěvy mediátora. Praxe, kdy mediátoři po první informativní fázi v délce 30–60 minut s odměnou 400 Kč za hodinu přechází na odměnu tržní pro fázi provádění mediace (výše odměny viz sondáž níže v textu), neshledáváme optimální.

K tomuto pohledu nás vedou následující důvody:

- Mediace v civilněprávních sporech je v naší právní kultuře relativně *novým institutem*, a proto i nařízení návštěvy mediátora soudem lze vnímat jako *součást propagace tohoto způsobu řešení sporu, který má potenciál snižovat náklady sporným stranám i státu*, tj. je celospolečensky žádoucí.
- *Nízké právní vědomí účastníků nařízené mediace* o tomto způsobu řešení sporu. Samotná informativní fáze nemusí být dostatečná pro komplexní představu sporných stran o tom, co od mediace očekávat.
- *Neoptimálně zvolená výše odměny zapsaného mediátora* za fázi mediace při prvním setkání soudem nařízené mediace může sporné strany *motivovat k nesouhlasu s mediací*. *První setkání s mediátorem, které zůstane u fáze informativní, není v zájmu sporných stran, mediátora ani efektivnosti mediace.*

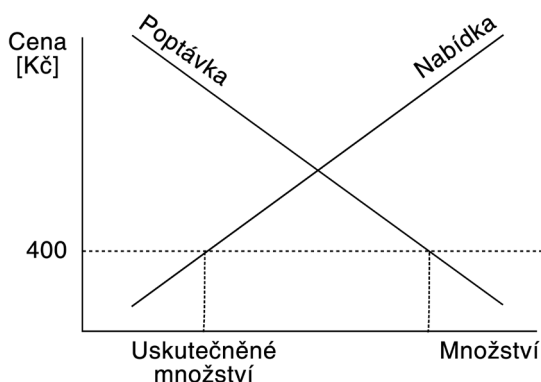
Dílčí závěr, že neoptimálně zvolená výše odměny zapsaného mediátora při prvním setkání soudem nařízené návštěvy mediátora může „zlomit vaz“ efektivnosti mediace otevírá prostor pro úvahu o optimální hranici této odměny.

Pravidlo odměny pro mediátory upravené vyhláškou by mělo zohledňovat nabídku mediátorů i poptávku potenciálních klientů mediace, totiž opřít se o mikroekonomické teorie nabídky a poptávky, z nichž čerpá ekonomická analýza práva.⁶ Jinými slovy, odměna by měla být stanovena optimálně tak, aby dostatečně motivovala mediátory k nabízení těchto služeb, jak již bylo sděleno výše. Již dnes některé soudy zdůvodňují nenařizování mediace nedostatkem mediátorů.⁷ Zároveň by měla být nastavena tak, aby strany sporu byly ochotny mediační služby poptávat.

Vysoká odměna za služby mediátora může být sítím, přes které rozhodnutí sporných stran jít touto cestou řešení sporu neprojde. Uvědomme si, že sporné strany mají za cíl

⁶ TOWFIGH, E. – PETERSEN, N. *Economic methods for lawyers*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 18–60.

⁷ FRYŠTENSKÁ, M. Mediace a ekonomická analýza práva. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 9, s. 799–811.



Ilustrace 1: Tržní situace na trhu mediací

vyřešit svůj spor s co nejnižšími náklady. Racionální sporná strana hodnotí náklady na spor se ziskem z vyřešení sporu. Domníváme se, že čím vyšší náklady na vyřešení sporu cestou mediace jsou, tím nižší je ochota sporných stran podstoupit tento zatím ne příliš známý způsob řešení sporu.

V této souvislosti je třeba mít na paměti, že 1) mediace je neznámý způsob řešení sporu, 2) značná část lidí neví, co od služeb mediátora očekávat na rozdíl od služeb advokáta a 3) rovněž není zanedbatelný fakt, že odměna mediátora dle předmětné vyhlášky se vztahuje na případy, kdy návštěvu mediátora nařídí soud. V mnoha případech při prvním kontaktu s mediátorem chybí princip dobrovolnosti. V tomto okamžiku ponechávám stranou hodnocení praxe soudů ve vazbě na vhodnost a nevhodnost kauz pro mediaci (náklady z nevhodně nařízených kauz by neměly být přenášeny na sporné strany).

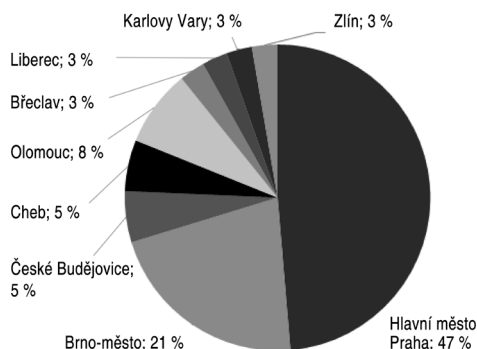
4. Empirický výzkum – výše odměny mediátora dle vyhlášky

V této části představíme výstup z empirického výzkumu provedený kvantitativní metodou, jehož smyslem bylo zjistit formou elektronického dotazníku, jaká je dle zapsaných mediátorů optimální výše odměny mediátora za soudem nařízené setkání s mediátorem v rozsahu maximálně tří hodin za každou započatou hodinu bez DPH. Účelem provedeného kvantitativního výzkumu je příprava základních předpokladů pro další výzkum.

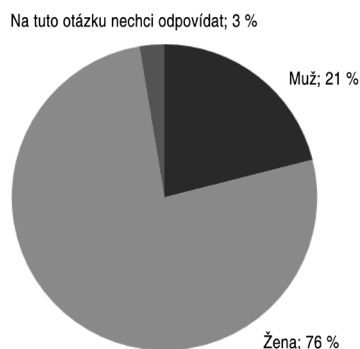
Celkem bylo osloveno 100 zapsaných mediátorů, z nichž součinnost poskytlo přesně 38. Polovina z respondentů má sídlo v Praze (přesněji 47 %), dále pětina mediátorů uvedla své sídlo v Brně, výrazněji jsou zastoupeni mediátoři z Olomouce, Chebu a Českých Budějovic a po jednom mají mediátorská sídla v Břeclavi, Karlových Varech, Liberci, Zlíně a Šumperku. Mediátoři z jiných měst dotazník nezodpověděli (ilustrace 2).

Není bez zajímavosti, že z celkem 38 zapsaných mediátorů, kteří vyplnili dotazník, výrazně převažují ženy se svými 76 %, což představuje 28 žen, proti 23 % mužů, tj. 9 mediátorů. Jeden dotázaný pohlaví neuvedl. Z celkového počtu 100 zapsaných mediátorů je 79 žen a 21 mužů (ilustrace 3). Co je příčinou většího zastoupení žen v profesi mediátora než mužů, je téma, které by si jistě zasloužilo do budoucna analýzu.

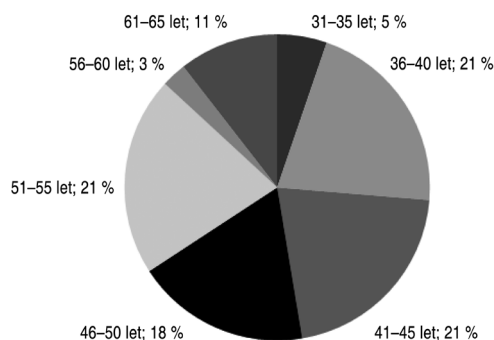
Další otázka demografického rázu měla zjistit věkovou strukturu respondentů. Z výsledků na ilustraci 4 je patrné, že dotazník vyplnili zejména mediátoři v produktivním věku 36–55 let, což znamená zastoupení nejvýraznějších skupin pracovníků. Zároveň je zastoupení těchto věkových skupin rozdělených po pěti letech poměrně homogenní.



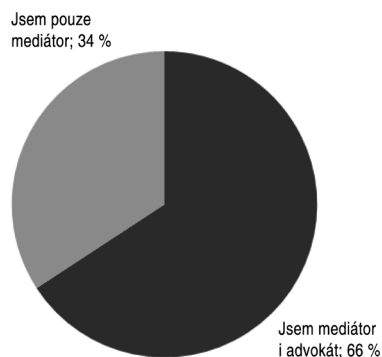
Ilustrace 2: V jakém okrese sídlí Vaše mediační kancelář?



Ilustrace 3: Jaké je Vaše pohlaví?



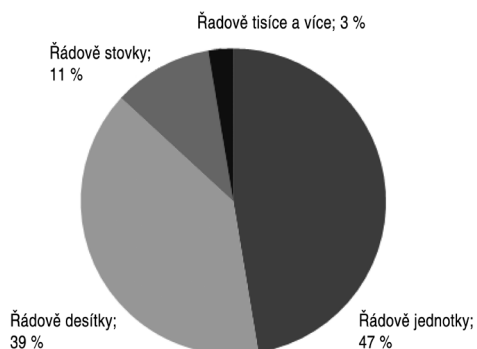
Ilustrace 4: Jaký je Váš věk?



Ilustrace 5: Jste zároveň i advokátem?

Další otázka na ilustraci 5 měla za cíl zjistit, kolik procent dotázaných mediátorů vykonává i praxi advokáta. Soud při nařízení první návštěvy mediátora dle § 100 odst. 2 občanského soudního řádu vybírá ze seznamu zapsaných mediátorů, mezi nimiž jsou mediátoři, kteří současně vykonávají praxi advokáta a mediátoři, kteří advokáty nejsou. Pokud je mediátor i advokátem, lze předpokládat, že jeho ekonomická analýza užitek versus náklady je ovlivněna odměnou, kterou si účtuje za služby advokáta. Dotazníkové šetření ukázalo, že 70 % z 30 mediátorů jsou i advokáty, kteří si běžně účtují za hodinu právních služeb od 1000 Kč za hodinu do 3000 Kč za hodinu. Lze tedy předpokládat, že tato skutečnost se projeví v otázce týkající se optimální výše odměny mediátora za hodinu.

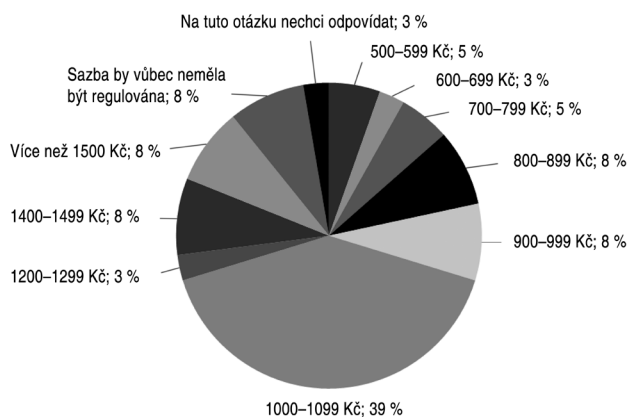
Dnes zcela chybí statistiky ohledně mediace, tedy i čísla o počtech soudem nařízených návštěv mediátora. Tato situace by se měla do budoucna změnit v zájmu efektivnosti mediace i efektivnosti soudnictví. Bez těchto dat není možné účelnost zákona o mediaci vyhodnocovat. Práce jednotlivce či jednotlivců nikdy nemůže suplovat kontinuální sběr dat soudy a zapsanými mediátory opírající se o rozhodnutí kompetentních orgánů. Nejen proto, že příslušné subjekty nejsou povinny poskytnout součinnost. Právě periodicitu sběru dat má, zejména u nového a ve společnosti teprve místo hledajícího právního institutu, jímž mediace v občanskoprávních věcech je, zcela zásadní úlohu. Následující dvě



Ilustrace 6: Kolik soudem nařízených setkání s mediátorem jste již vedla/vedl?



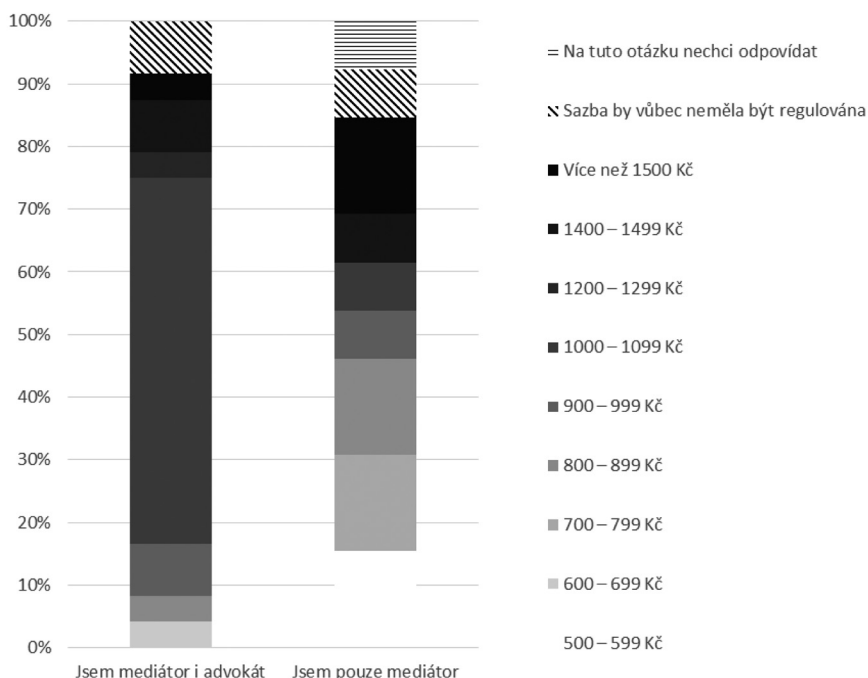
Ilustrace 7: Kolik nenařízených mediací jste již vedl/a?



Ilustrace 8: Výše regulované odměny mediátora za soudem nařízené setkání s mediátorem v rozsahu maximálně tří hodin za každou započatou hodinu by měla být?

otázky byly vedeny s cílem získat alespoň přibližná data v řádu jednotek, desítek, stovek a tisíc o počtu nařízených návštěv mediátora soudem dle § 100 odst. 2 o. s. ř. Zjistili jsme, že v řádu jednotek vedla nařízené setkání přibližně polovina mediátorů. V této souvislosti je třeba si uvědomit, že mediace v občanskoprávních věcech je nový prvek v české právní kultuře, který dostal legislativní rámec v roce 2012, tj. teprve před sedmi lety. Jelikož vycházíme z dat, která poskytlo pouze 38 z celkového počtu 100 zapsaných mediátorů, nelze z tohoto čísla vyvozovat žádné relevantní závěry. Zajímavá data přináší komparace počtu vedení soudem nařízeného setkání s mediátorem s počtem vedení nenařízené mediace. Zjistili jsme, že u nenařízené mediace je počet vedených sporů jen nepatrně vyšší, než u nařízené návštěvy mediátora soudem viz ilustrace č. 6 a č. 7.

Výrazná většina zapsaných mediátorů souhlasí s regulací soudem nařízené návštěvy mediátora v rozsahu tří hodin. Pouze 8 % zapsaných mediátorů uvedlo, že by sazba být neměla regulována vůbec. Dále 18 % mediátorů by považovalo za optimální hodinovou



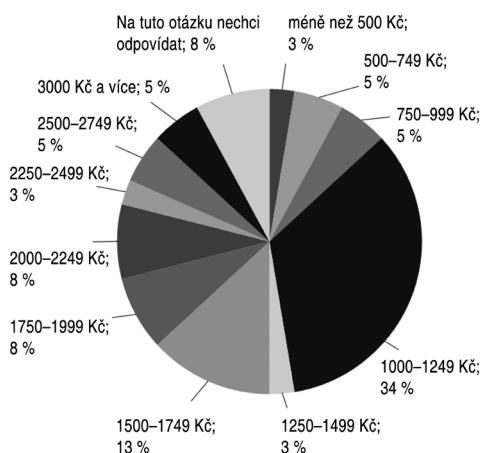
Ilustrace 9: Výše regulované odměny mediátora za soudem nařízené setkání s mediátorem v rozsahu maximálně 3 hodin dle skupin mediátorů.

sazbu vyšší než 1099 Kč a z toho 8 % zvolilo sazbu vyšší než 1500 Kč. Nejvíce dotázaných, 39 % uvedlo za optimální regulovanou sazbu 1000–1099 Kč, jak je patrné z ilustrace 8.

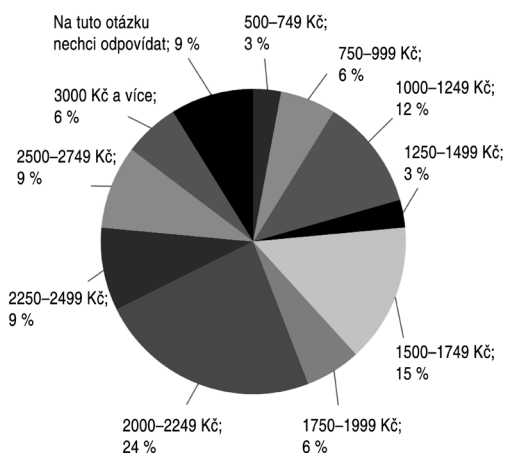
Nicméně je pozoruhodné, že nejčastější tisícikorunovou sazbu na hodinu setkání volili prakticky výhradně mediátoři-advokáti. Polovina z dotázaných advokátů zvolila právě tuto sazbu, přičemž ostatní hodnoty jsou oproti těmto značně upozaděny. Naopak odpovědi mediátorů-neadvokátů byly výrazně heterogennější. Výraznější podporu zde měly jak nižší sazby pod hranici tisícikoruny, tak i sazby vyšší, nad 1500 korun. Jakkoliv vzhledem k menšímu počtu respondentů nelze usuzovat na konkrétní preferovanou hodnotu, je patrné, že „většinová shoda“ na tisícikoruně zde nefiguruje, což ukazuje ilustrace 9.

Taktéž geografické rozvrstvení respondentů poukazuje na značnou nehomogenitu mezi požadavky na honorář. Zatímco pražští mediátoři se opět většinou shodli na tisícikorunové odměně a více požadoval jediný pražský respondent, překvapivě třetina mimo-pražských respondentů považuje za adekvátní částku vyšší než 1100 Kč.

Reakce zapsaných mediátorů na otázku: „*Jaká je Vaše nejnižší standardní sazba za každou další hodinu mediace po uplynutí prvních tří hodin soudem nařízeného setkání v občanskoprávních sporech a obchodněprávních sporech?*“ potvrdily znatelně vyšší tržní cenu setkání s mediátorem oproti prvním, cenově regulovaným hodinám sezení. Není překvapením, že z odpovědí vyplynulo, že tržní hodinová sazba v občanskoprávních sporech je nižší než ve sporech obchodněprávních. Většina respondentů uvedla za standardní hodinovou tržní sazbu v občanskoprávních sporech částku 1000–1249 Kč, kdy u obchodněprávních sporů tuto částku jako standardní uvedlo jen 13 %.



Ilustrace 10: Jaká je Vaše nejnižší standardní sazba za každou další hodinu mediace po uplynutí prvních tří hodin soudem nařízeného setkání? Uvažujte občanskoprávní spor.



Ilustrace 11: Jaká je Vaše nejnižší standardní sazba za každou další hodinu mediace po uplynutí prvních tří hodin soudem nařízeného setkání? Uvažujte obchodněprávní spor.

Taktéž zde je na ilustracích 10 a 11 patrný znatelný rozdíl mezi mediátory-advokáty a neadvokáty. Zatímco 85 % neadvokátů považuje za adekvátní částku za občanskoprávní mediaci do 1250 Kč, u advokátů si tutéž částku naučtuje pouze 34 % advokátů. Čtvrtina z nich si pak za občanskoprávní spor účtuje 2000 a více korun, což je částka, kterou si již neúčtuje žádný respondent – neadvokát. Obdobných výsledků pak docílíme při pohledu na obchodněprávní spory, pouze částky jsou posunuty výše, jak je patrné z celkového pohledu. Většina mediátorů-advokátů si účtuje částku od 2000 do 3000 Kč, zatímco u neadvokátů je nejčastější rozmezí nižší, od 1000 do 2250 Kč.

Zajímavé je, že oproti předchozí otázce na regulovanou částku se zde projevuje očekávaná vyšší cena za službu v Praze oproti ostatním městům. Zatímco téměř všichni mimopražští mediátoři požadují za své služby částky do 1750 Kč za občanskoprávní spor, v Praze za tutéž částku nabízí služby jen polovina oslovených mediátorů. Odměna za mediaci u obchodněprávních sporů je výrazně heterogennější a skýtá menší rozdíly mezi regiony.

Úctovaná částka ani v jednom případě nezávisí na věku mediátora. Korelace mezi těmito dvěma parametry je v našem vzorku prakticky nulová a lze tvrdit, že mezi věkem a úctovanou sazbou mediátora není žádná souvislost.

Závěr

Praxe odhalila, že existuje dvojí výklad pravidla o odměně zapsaného mediátora při setkání nařízeném soudem. Někteří mediátoři požadují 400 Kč za dobu, po kterou strany sporu seznamují s podstatou a principy mediace, což dle vyjádření oslovených mediátorů trvá cca 30–60 minut a následně po uzavření smlouvy o provedení mediace si účtují tržní cenu, tj. odměnu, která není vyhláškou stanovena. Jiní mediátoři si účtují 400 Kč nejen

za dobu, po kterou strany sporu seznamují s podstatou a principy mediace, ale i následně po uzavření smlouvy o provedení mediace do doby, kdy souhrn času pro seznámení sporných stran s mediací a času provádění mediace nepřesahuje tři hodiny.

VĚTŠINA MEDIÁTORŮ => INFORMATIVNÍ ČÁST (30 minut až 60 minut) = 400 Kč/hod.

MENŠINA MEDIÁTORŮ => INFORMATIVNÍ ČÁST (30 minut + 60 minut) + MEDIACE (3 hodiny – informativní část) = 400 Kč/hod.

Podle autorů příspěvku praxe menšiny mediátorů vede k situaci, kdy náklady jsou vyšší než výnosy, tj. $C > B$. Racionální mediátor proto nebude ochoten za takto nastavenou odměnu své služby nabízet. Dotazníkové šetření odhalilo, že *pro většinu mediátorů je akceptovatelná odměna 400 Kč/hod. za informativní část*. Rovněž se ukázalo, že *pro většinu dotázaných mediátorů se jeví optimální hodinová sazba za mediace v případě soudem nařízeného setkání 1000 Kč–1099 Kč*.

Autoři příspěvku se nedomnívají, že z textu „*první setkání s mediátorem*“ lze dospět k výkladu „*první informativní setkání s mediátorem*“. A pokud zákonodárce přitaká první skupině mediátorů, měl by text zákona být uveden do souladu s praxí. Dvojí praxi může laická veřejnost vnímat negativně a v samotném důsledku může vytvořit překážku pro efektivní aplikaci mediace.

Autoři příspěvku se přiklání k názoru, že *první soudem nařízené setkání s mediátorem v rozsahu tří hodin by mělo zahrnovat jak informativní část, tak i mediaci a odměna mediátora by měla být právně regulována v souladu s požadavky nabídky* (za jakou výši odměny jsou mediátoři ochotni svoje služby nabízet) a *požadavky poptávky* (za jakou výši odměny jsou potenciální klienti ochotni službu mediátora poptávat). Jako argumenty ve prospěch *optimální regulace odměny soudem nařízeného setkání s mediátorem* uvádíme: 1) mediace je neznámý způsob řešení sporu, 2) většina lidí nemá povědomí o tom, co od služeb mediátora očekávat na rozdíl od služeb advokáta a 3) rovněž není zanedbatelný fakt, že odměna mediátora dle předmětné vyhlášky se vztahuje na případy, kdy návštěvu mediátora nařídí soud. V mnoha případech při prvním kontaktu s mediátorem chybí princip dobrovolnosti. Nelze vyloučit ani nařízení návštěvy mediátora u kauz pro mediaci zcela nevhodných, kdy náklady z nevhodně nařízených kauz by neměly být přenášeny na sporné strany.

První setkání se zapsaným mediátorem na základě prostorové analýzy míry jeho využívání v České republice

Lenka Holá* – David Fiedor** – Martina Urbanová***

Abstrakt: Ve většině evropských zemí je v současné době řešena otázka modernizace justičních systémů, na jejímž základě právo hledá nové možnosti, které by byly alternativou ke standardním soudním postupům. K nim patří i mediace.

Původní teoreticko-empirická studie reaguje na naléhavou poptávku po relevantních a aktuálních informacích uplatňování mediace v členských státech Evropské unie. Autoři využívají mezioborového přístupu, ve kterém je uplatněn zejména sociologický a socio-geografický pohled. Specificky se zaměřují na aplikaci institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem. Na základě statistických dat získaných od Ministerstva spravedlnosti ČR byla provedena prostorová analýza využívání institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem v rámci civilního soudního řízení okresními soudy ČR. Byly vytvořeny mapy poskytující prostorový pohled na jeho distribuci. Pro komplexnější pojetí je autoři doplnili analýzou typů sporů, ve kterém bylo první setkání se zapsaným mediátorem okresními soudy nařízeno. Ukazuje se, že aplikace prvního setkání se zapsaným mediátorem je silně prostorově koncentrována. Současně byly identifikovány některé souvislosti a faktory, které tuto prostorovou diferenciaci podmiňují. V České republice ojedinělý mezioborový zájem o mediaci je výsledkem dlouhodobého výzkumného zaměření pracovníků olomoucké a brněnské právnické fakulty.

Klíčová slova: mediace, zákon o mediaci, první setkání se zapsaným mediátorem, prostorová analýza, okresní soudy

Úvod

Mediace jako metoda řešení konfliktů se začala dynamicky rozvíjet v posledních desetiletích 20. století. Toto období lze nejen v Evropě označit za období převratných politicko-ekonomických změn, ale současně, z hlediska práva, za období hledání nových forem spravedlnosti, které by nahradily nebo alespoň doplnily některé tradiční, nepružné a neefektivní postupy. Mediace v justici má svůj původ v zemích anglosaské právní kultury a jejím smyslem je dosáhnout dohody stran na řešení jejich konfliktu. Mediace přispívá ke zpružnění řízení při zachování vysokých nároků na věcnou správnost a spravedlnost rozhodnutí a současně přispívá k porozumění příčinám porušování právních norem a interpersonálních vztahů. To ve svém důsledku vytváří podmínky nejen pro řešení již vzniklých konfliktů, ale i pro předcházení konfliktům budoucím. Mediace má tak potenciál humanizovat justiční systém – umocnit jeho vnímání jako spravedlivého, vytvářet podmínky pro individuální posouzení každého případu a být perspektivou pro prevenci dalších konfliktů.

* Doc. PhDr. Lenka Holá, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, katedra politologie a společenských věd. E-mail: lenka.hola@upol.cz. Text vznikl v rámci řešení výzkumného projektu Grantové agentury ČR *Podmínky výkonu mediace v České republice dle zákona o mediaci*, GA18-01417S.

** Mgr. David Fiedor, Ph.D., Filozofická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, katedra sociologie, andragogiky a kulturní antropologie. E-mail: david.fiedor@upol.cz.

*** Doc. PhDr. Martina Urbanová, Ph.D., Právnická fakulta Masarykovy univerzity, katedra právní teorie. E-mail: urbanovam@law.muni.cz.

Jednou ze základních otázek koexistence mimosoudních způsobů řešení¹ sporů a soudního řízení je míra povinnosti těchto způsobů a jejich institucionálního začlenění do soudního řízení. Aby mohla mediace společensky i právně fungovat, musí být zodpovězeny dvě základní otázky. A to, jaký standard spravedlnosti je od mediace očekáván a jaké nástroje donucení k mediaci je stranám možné uložit.² Základem pro posouzení toho, za jakých okolností je možné strany podrobit mediaci, je vyřešení dilematu mezi společenskou hodnotou soudního rozhodnutí a rozhodnutí z mimosoudního způsobu řešení sporů.³ Podle Cohenové je soudní rozhodnutí založeno více na společenské odpovědnosti než na individuálnosti rozhodování, je vyjádřením společenského blahobytu a odráží a podporuje veřejné hodnoty více než soukromé. Proto se v diskusi nad kategorizací typů sporů řešitelných soudním rozhodnutím a mimosoudně objevuje i názor, že schopnost se dohodnout není podmíněna předmětem sporu, ale např. bohatstvím stran sporu, nároky na fungování vztahu mezi nimi i po vyřešení sporu či potřebou autoritativního výkladu práva k vyřešení právní otázky.⁴ Základním argumentem pro začleňování mediace do justičních systémů je, že právo a spravedlnost nejsou synonyma.⁵ Mediace nabízí víc – souhlas, dohodu, aktivní účast, kvalitní řešení, efektivitu, zodpovědnost i spravedlnost.⁶

V souvislosti s celosvětovou podporou širšího uplatňování mediace se také Evropská unie zaměřuje na výzkum samotné mediace a podmínek kvality jejího poskytování ve svých členských zemích. Jedním z prvních je výzkum Pala a Trevorové.⁷ Je odpovědí na naléhavou poptávku po relevantních a aktuálních informacích v této oblasti. Studie těchto autorů mimo jiné prokazuje značné rozdíly ve výkonu mediace a její stále velmi malé využívání. Zdůrazňuje potřebu jednotného evropského pojetí mediace, současně podporuje její přizpůsobování specifickým podmínkám každé země. Role EU byla členskými státy zhodnocena jako důležitá pro tvorbu efektivní evropské mediační politiky. Významným dokumentem k tomu byla Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES, o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech (dále také směrnice o mediaci). Jejím cílem je harmonizovat chápání mediace, její principy a stanovit minimální standardy kvality. Současně si neklade za cíl vytvářet jednotnou právní úpravu mediace v celé EU. Směrnice vytváří tlak na členské země, aby daly legislativní, profesní a kvalifikační podmínky k využívání mediace a zajištění její kvality. Implementační lhůta členskými státy uplynula 21. května 2011. V roce 2013 zadala Evropská komise studii ke zhodnocení dopadů směrnice o mediaci a provedení v jednotlivých členských státech EU. Také studie Evropské komise ukázala, že rozsah dopadu směrnice se v jednotlivých zemích značně liší, a to v závislosti na dosavadním vnitrostátním systému mediace.⁸ V patnácti členských zemích byl již před přijetím směrnice o mediaci zavedený ucelený systém výkonu mediace. V těchto zemích přinesla směrnice o mediaci jen omezené nebo žádné změny systému.

¹ V této souvislosti existuje terminologická nejednotnost, kdy konstruktivní způsoby řešení konfliktů jsou v literatuře označovány také jako „smírné“, „mimosoudní“, „alternativní“, „kooperativní“. Bliže k tomu HOLÁ, L. – HRNČÍŘKOVÁ, M. *Mimosoudní metody řešení sporů*. Praha: Leges, 2017, s. 14–15. V tomto textu budeme používat pojmy „mimosoudní“ a „alternativní“ jako synonyma.

² HRNČÍŘKOVÁ, M. – VALENTOVÁ, L. *Judiciální trendy v mimosoudním řešení přeshraničních sporů*. Praha: Leges, 2016, s. 97.

³ K tomu COHEN, A. J. *Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*. *Fordham Law Review*. 2009, Vol. 78, No. 3, s. 1151.

⁴ FISS, O. M. *Against Settlement*. *The Yale Law Journal*. 1984, 93, s. 1087.

⁵ SHAFER, T. L. – MCTHENIA, A. W. *For Reconciliation*. *Yale Law Journal*. 1984, 94, s. 1664.

⁶ MENKEL-MEADOW, C. *Whose dispute is it anyway? A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases)*. *Georgetown Law Journal*. 1995, 83, s. 2669.

⁷ Více DE PALO, G. – TREVOR, M. (eds). *EU Mediation Law and Practice*. New York: Oxford University Press, 2012.

⁸ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC.

V devíti členských zemích byla pravidla upravující mediaci buď nejednotná, nebo založena na samoregulaci v rukou soukromého sektoru. V těchto zemích vedlo provedení směrnice k přijetí podstatných změn stávajícího systému mediace. Čtyři členské státy přijaly mediační systémy v důsledku provedení směrnice poprvé. V těchto členských státech směrnice přinesla zřízení příslušných legislativních rámců upravujících mediaci.⁹

V rámci přípravy na revizi směrnice o mediaci identifikovala Evropská komise hlavní problémy současného stavu a v červnu 2015 vyzvala členské státy, aby zjistily, jak odborná veřejnost vnímá fungování směrnice a jaká by navrhovala řešení přetrvávajících potíží. Tak na studii Evropské komise částečně navázala studie Evropského parlamentu.¹⁰ Podkladem k ní bylo dotazníkové šetření, při němž bylo předloženo 562 odpovědí zainteresovaných odborníků – mediátorů, soudců, právních zástupců, jiných osob vykonávajících právní praxi, akademických pracovníků, organizací, veřejných orgánů a členských států celé EU.¹¹ Většina se shodla, že dosavadní nepřesvědčivé výsledky působení směrnice o mediaci jsou způsobeny její nedostatečnou transpozicí do národních právních řádů a absencí motivačních a propagačních nástrojů vedoucích k vyššímu využívání mediace. Také ona se vyjádřila kriticky k malému využívání smírných postupů při řešení sporů.¹² Příčiny tohoto stavu nebyly dosud výzkumně identifikovány.

1. Institut prvního setkání se zapsaným mediátorem a stanovení výzkumných otázek

Také v České republice má problematika mediace úzkou návaznost na vývoj uplatňování mediace v rámci Evropské unie a souvisí s diskusemi na téma modernizace a zefektivnění justičního systému. Tak byl po dlouhých peripetiích přijat zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci), ve znění pozdějších předpisů, který nabyl účinnosti 1. září 2012. Slovy důvodové zprávy si zákonodárce od české právní úpravy sliboval zpřístupnění „všem osobám alternativní řešení jejich konfliktů metodou rychlého a kultivovaného mimosoudního řešení“.¹³

V souvislosti s přijetím zákona o mediaci bylo do zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, vloženo ustanovení § 100 odst. 2 o. s. ř., podle nějž, je-li to vhodné a účelné, může předseda senátu účastníkům řízení usnesením nařídit první setkání se zapsaným mediátorem v rozsahu tří hodin a přerušit řízení na dobu nejdéle tří měsíců. Po uplynutí tří měsíců pak soud v řízení pokračuje. První setkání lze nařídit kdykoliv po zahájení řízení, a to i ve stadiu přípravného jednání,¹⁴ až do doby rozhodnutí v řízení o odvolání. Zapsaného mediátora si mají primárně zvolit účastníci řízení. Nedohodnou-li se bez zbytečného odkladu na jeho osobě, vybere jej ze seznamu vedeného Ministerstvem spravedlnosti ČR předseda senátu.

Smyslem prvního setkání se zapsaným mediátorem je osobou zapsaného mediátora (tj. fyzickou osobou, která splňuje stanovené podmínky pro výkon zákonem stanovené,

⁹ Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o provádění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech.

¹⁰ Viz studie Evropského parlamentu: *Rebooting' the mediation directive*.

¹¹ Dotazníkové šetření se uskutečnilo od 18. 9. 2015 do 18. 12. 2015 a mělo podobu veřejné online konzultace. Za ČR shromáždilo odpovědi ministerstvo spravedlnosti.

¹² Zpráva Evropského parlamentu o provádění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. 5. 2008.

¹³ Viz důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o mediaci, Obecná část, I. Důvod předložení.

¹⁴ § 114a odst. 1 písm. d) o. s. ř.

institucionalizované odborné činnosti) seznámit strany sporu s principy, průběhem, účelem a případně výhodami mediace a pomoci jim zvážit, zda by jim řešení sporu mediací přineslo uspokojivější výsledky, než soudní řízení a rozhodnutí.

Mediace je zahájena nikoli rozhodnutím soudu o nařízení prvního setkání s mediátorem, ale teprve uzavřením smlouvy o provedení mediace (§ 4 odst. 1 zákona o mediaci). O vlastní mediaci se tedy strany rozhodují dobrovolně.¹⁵

Autoři si zvolili zkoumání vybraného problému, a to míry využívání institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem jednotlivými okresními soudy v rámci civilního soudního řízení v České republice za rok 2017. Zvolenou metodou zkoumání je prostorová analýza.

Tato původní teoreticko-empirická práce reaguje na naléhavou poptávku po relevantních a aktuálních informacích v oblasti mediace. Je založena na mezioborovém přístupu, ve kterém je kombinován přístup právní se sociologickým a socio-geografickým (prostorovým) pohledem na výkon mediace v České republice. Jejím cílem je na podkladu dat poskytnutých Ministerstvem spravedlnosti ČR, i dalších veřejně dostupných dat za rok 2017, analyzovat prostorovou distribuci využívání mediace v rámci soudního řízení v ČR za rok 2017 prostřednictvím institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem, neboť zkušenosti zapsaných mediátorů sdělují, že jej jednotlivé okresní soudy využívají v různé míře, avšak výzkumně tato skutečnost doposud podložena nebyla. Lze se tedy domnívat, že je prostorově podmíněn, což může vést k nerovnému postavení jednotlivců či skupin v přístupu ke spravedlnosti a uplatňování osobní zodpovědnosti při řešení interpersonálních konfliktů.

K tomu si autoři stanovili dvě základní výzkumné otázky, a to:

1. *Je využívání institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem v České republice rovnoměrně rozšířeno?*
2. *Pokud není institut prvního setkání se zapsaným mediátorem v České republice rovnoměrně rozšířen, pak jakým způsobem je prostorově diferencován?*

Na základě získaných dat byly vytvořeny mapy poskytující prostorový pohled na tento sociálně-právní institut na úrovni okresních soudů v ČR, který byl doplněn analýzou zaměřenou na typy sporů řešených pomocí mediace.

2. Použitá data a metody

Ministerstvo spravedlnosti České republiky (dále také „ministerstvo“), jakožto ústřední orgán státní správy v justiční oblasti, shromažďuje informace o jednotlivých soudních sporech. Jednou ze sledovaných kategorií je od roku 2012, kdy vešel v platnost zákon o mediaci, rovněž údaj o prvním setkání se zapsaným mediátorem. Tato data jsou dosud získávána ze statistických listů, které soudy vyplňují ručně. Tím mohou vznikat nepřesnosti v datech. Dle informací ministerstva se způsob justiční evidence postupně digitalizuje a tím i zpřesňuje. Proto se autoři rozhodli provést prostorovou analýzu aplikace

¹⁵ Otázka dobrovolnosti je živě diskutovaná zejména v souvislosti s přípravou věcného záměru nového civilního řádu soudního, kdy je namítáno, že nařizováním prvního setkání se zapsaným mediátorem je popřen princip dobrovolnosti mediace. K tomu však vedení Ministerstva spravedlnosti ČR schválilo dne 21. 5. 2019 Pracovní skupinou pro mediaci vypracované výkladové Stanovisko k obsahu nařízeného prvního setkání se zapsaným mediátorem ve smyslu § 100 odst. 2 o. s. ř. V něm je v úvodu uvedeno, že nařízené první setkání se zapsaným mediátorem není mediací: jde o procesní nástroj soudu, nikoliv dobrovolnou mediaci, jejíž započetí je založeno vždy a pouze na vůli stran (Stanovisko k obsahu nařízeného prvního setkání se zapsaným mediátorem [online]. [cit. 2019-06-02]. Dostupné z: <<https://justice.cz/web/msp/vykladova-stanoviska-a-cinnost-pracovni-skupiny-k-mediaci?clanek=vykladove-stanovisko-k-obsahu-narizeneho-prvniho-setkani-se-zapsanym-mediatorem>>).

institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem jen za rok 2017, kdy lze data získaná od soudů prostřednictvím ministerstva hodnotit jako nejúplnější. Společně s počtem prvních setkání se zapsaným mediátorem za jednotlivé okresní a krajské soudy nám poskytlo ministerstvo také informace o typech řešených sporů, u nichž bylo nařízeno první setkání se zapsaným mediátorem. K tomu je nutné poznamenat, že se jedná o počty až pravomocně skončených občanskoprávních soudních sporů. Ty lze následně agregovat do 13 kategorií: ochrana osob (ochrana osobnostních práv); statusové věci právnických osob; jiné vztahy podnikatelů a právnických osob (včetně insolvenčních správců); rodinné právo, včetně registrovaného partnerství; věcná práva (vlastnické vztahy); věcná práva k cizím věcem; správa cizího majetku; dědické právo; závazkové právo; pracovní věci; ostatní věci upravené jinými předpisy; zmatečnost a obnova řízení; restituční zákony.

Kromě dat poskytnutých ministerstvem byl využit také veřejně dostupný soupis zapsaných mediátorů z webových stránek mediatori.justice.cz. O každém zapsaném mediátorovi lze z tohoto zdroje zjistit informace týkající se jeho osoby a údajů o jím poskytované mediační službě: adresu podnikání, kontaktní údaje, dosažené vzdělání, zaměření mediace, preferovaná lokalita působnosti a datum vzniku/zániku práva vykonávat činnost.

Úvahy, že pro prostorovou analýzu mediace by mohly být využity především informace o preferované lokalitě působnosti zapsaného mediátora, se ukázaly nenaplnitelné. Bránilo tomu rozdílné vymezení působnosti soudů a administrativních územních jednotek (okresů a krajů). U celkem 148 obcí ČR se liší administrativní centrum okresu od sídla okresního soudu. Každé okresní město je přitom sídlem okresního soudu. V případě územní působnosti krajských soudů je ČR rozdělena na osm územních celků, které jsou vytvořeny agregací území soudních okresů. Preferovaná lokalita působnosti zapsaného mediátora je však udávána dle krajů, jakožto administrativně samosprávných jednotek, a není tak možné převést preferovanou lokalitu na oblasti působnosti okresních či krajských soudů. Z tohoto důvodu byla v analýze využita nikoliv preferovaná lokalita jejich působnosti, nýbrž konkrétní sídlo (obec) kanceláře.

Prostorový aspekt nabízí zcela jiný pohled na data, který umožňuje zobrazit souvislosti na první pohled v datech skryté. V rámci samotné analýzy dat tak byla využita především kartografická vizualizace dat za pomoci kartogramu a kartodiagramu. Do nich vstupovaly proměnné, které byly vytvořeny z dat poskytnutých ministerstvem. Jednalo se především o vytiženost soudců. Tu autoři definovali jako počet sporů připadajících na jednoho soudce okresního soudu. Data týkající se prvních setkání se zapsaným mediátorem bylo nutné relativizovat. V analýzách se tak objevuje jak přepočtená na jednoho soudce, tak jejich podíl na celkovém počtu sporů.

V návaznosti na analýzu prostorové diferenciací míry využívání prvního setkání se zapsaným mediátorem byla zhodnocena míra prostorové koncentrace tohoto jevu, a to za pomoci Lorenzovy křivky a Giniho koeficientu. Při konstrukci byly využity počty prvních setkání se zapsaným mediátorem a počty soudců civilního úseku jednotlivých okresních soudů. Giniho koeficient lze spočítat jako poměr obsahu plochy ohraničené diagonálou (osou prvního kvadrantu kartézské soustavy souřadnic) a Lorenzovou křivkou k celkové ploše pod diagonálou. V praxi se však k výpočtu častěji používá tzv. Brownův vzorec:¹⁶

$$G = \left| 1 - \sum_{i=1}^n (x_i - x_{i-1}) \cdot (y_i + y_{i-1}) \right|, \text{ kde}$$

¹⁶ BROWN, M. C. Using Gini-style indices to evaluate the spatial patterns of health practitioners: Theoretical considerations and an application based on Alberta data. *Social science & medicine*. 1994, 38, č. 9, s. 1243–1256.

x_i a y_i jsou relativní kumulativní četnosti obou charakteristik, $x_0 = 0$ a $x_n = 1$. Nabývá hodnot od 0 do 1, přičemž hodnota Giniho koeficientu blíží se číslu 0 znamená rovnoměrnější rozložení jevu v prostoru a naopak.

Kromě již popsanych metod byly využity běžné metody popisné statistiky. Především se jedná o vizualizaci pomocí korelačního pole, na které se pojí výpočet Pearsonova korelačního koeficientu, respektive Spearmanova koeficientu pořadové korelace. S ohledem na to, že autoři mají k dispozici celý základní soubor, a to jak v případě soudních sporů, tak v případě zapsaných mediátorů, není na místě využívat metod inferenční statistiky.¹⁷

3. Výsledky

Počet pravomocně skončených věcí, u nichž bylo nařízeno první setkání se zapsaným mediátorem, dosáhl v roce 2017 počtu 894 v případě civilní agendy a 157 v případě opatrovnické agendy. V obou agendách došlo v posledních letech ke strmému nárůstu počtu prvních setkání se zapsaným mediátorem. Kdy v porovnání s rokem 2015 se jejich počet více než zdvojnásobil, a to v obou agendách. S ohledem na možné nepřesnosti v datech popsané v předchozí kapitole se autoři rozhodli analyzovat pouze spory z civilní agendy za rok 2017. S ohledem na fakt, že pouze 22 prvních setkání se zapsaným mediátorem z 894 proběhlo na úrovni krajských soudů, byly krajské soudy z analýzy vynechány. Celkový rozsah analyzovaného statistického souboru tak činil 872.

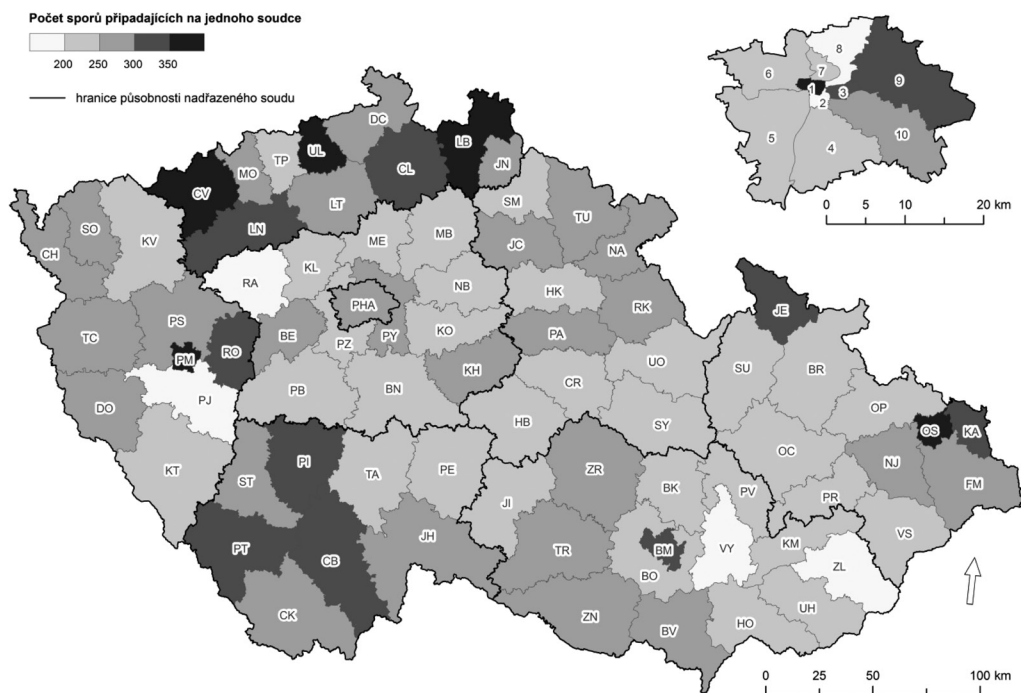
Před analýzou institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem je důležité představit vytíženost soudců okresních soudů České republiky. Lze totiž předpokládat, že různá míra jejich zatížení by mohla mít vliv na to, do jaké míry soudci k řešení sporů využívají institut prvního setkání se zapsaným mediátorem. Jak ukazuje kartogram na obr. č. 1, vytíženost soudců je výrazně prostorově diferencovaná. Mezi nejvytíženější patří především soudy v silně urbanizovaných regionech (Karvinsko a Ústecko) a soudních okresech tvořených populačně velkými městy (Praha 1, Ostrava či Plzeň). Na druhé straně mezi nejméně vytížené patří okresní soudy Plzeň-jih, Rakovník, Vyškov, Zlín a některé ze soudních okresů Prahy (Praha 2 a Praha 8).

Vztah mezi vytížeností soudců okresních soudů a podílem prvních setkání se zapsaným mediátorem na celkovém počtu řešených sporů zachycuje graf korelačního pole (obr. č. 2). S ohledem na jeho tvar není možné pro zachycení síly naznačeného vztahu mezi vytížeností soudců a frekvencí využívání mediace využít Pearsonův korelační koeficient (nesplněna podmínka dvourozměrné normality dat). Proto byl využit Spearmanův koeficient pořadové korelace, který nabývá v tomto případě hodnoty $-0,24$. Ačkoliv se jedná o poměrně slabou závislost, překvapivým poznatkem je záporná hodnota koeficientu. To znamená, že se do jisté míry ukazuje, že méně vytížení soudci využívají institut prvního setkání se zapsaným mediátorem častěji.

Institut prvních setkání se zapsaným mediátorem byl v roce 2017 využíván jednotlivými okresními soudy značně nerovnoměrně. Svědčí o tom i průběh Lorenzovy křivky (obr. č. 3) a hodnota Giniho koeficientu (0,68), kterými lze zachytit míru prostorové koncentrace daného jevu. Celkem 75 % všech prvních setkání je spojeno se soudy, které sdružují jen 20 % všech soudců civilní agendy. Zároveň téměř 20 % soudců působí na okresních soudech, které nenařídily ani jedno první setkání se zapsaným mediátorem.

¹⁷ SOUKUP, P. – RABUŠIC, L. Několik poznámek k jedné obsesi českých sociálních věd – statistické významnosti. *Sociologický časopis / Czech Sociological Review*. 2007, roč. 43, č. 2, s. 379–395.

Obrázek č. 1: Celková vytíženost soudců okresních soudů České republiky v oblasti občansko-právních sporů za rok 2017

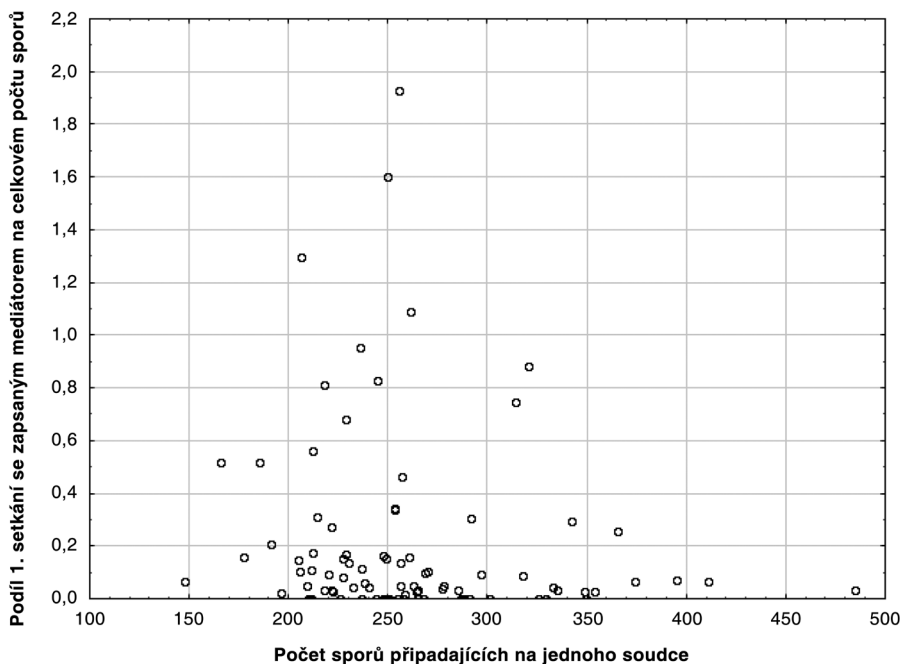


Zdroj: Databáze Ministerstva spravedlnosti České republiky (2018); ArcČR (2014); Zákon č. 202/2012 Sb.; vlastní zpracování

Jak je vidět již z grafu na obr. č. 2, největší podíl sporů, u kterých bylo nařízeno první setkání se zapsaným mediátorem, se váže na okresy, v nichž jsou soudci „průměrně“ vytížení. Konkrétně se jedná o okresy na jižní Moravě – Břeclav, Hodonín a Znojmo, dále Brno-město, Jihlava, Praha 4, Praha 6 a Praha 9 (viz obr. č. 4). Kromě již představené vytíženosti soudců jednotlivých okresních soudů by mohla mít na různou míru využívání mediace vliv také dostupnost zapsaných mediátorů. Prostorová distribuce sídel jejich kanceláří je zobrazena rovněž na obr. č. 4. Celkový počet zapsaných mediátorů přesáhl na konci roku 2017 hodnotu 200 (konkrétně 211). Z toho téměř polovina z nich měla sídlo své kanceláře v Praze. Celkově jich v územní působnosti Krajského a Městského soudu v Praze lze napočítat 116, což je 55 % všech zapsaných mediátorů v České republice. Vyšší počet sídel kanceláří zapsaných mediátorů lze ještě napočítat v populačně velkých městech České republiky, tj. v Brně, Ostravě, Plzni, Liberci a Olomouci. Jejich prostorové rozmístění je také velmi nerovnoměrné – zapsaný mediátor není přítomen na území více než poloviny soudních okresů. V oblasti jižní Moravy, se kterou je spojeno nadprůměrné využívání mediace k řešení soudních sporů, měl na konci roku 2017 sídlo jen jeden zapsaný mediátor.

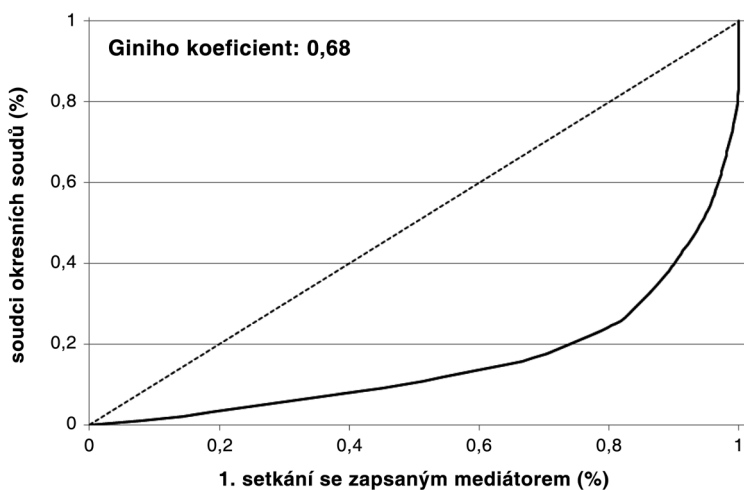
Jednou z příčin různé míry využívání prvního setkání se zapsaným mediátorem může být rozdílný přístup soudců k tomuto institutu.

Obrázek č. 2: Zobrazení souvislosti mezi vytížeností soudců a frekvencí využívání mediace k řešení sporů za okresní soudy České republiky v roce 2017



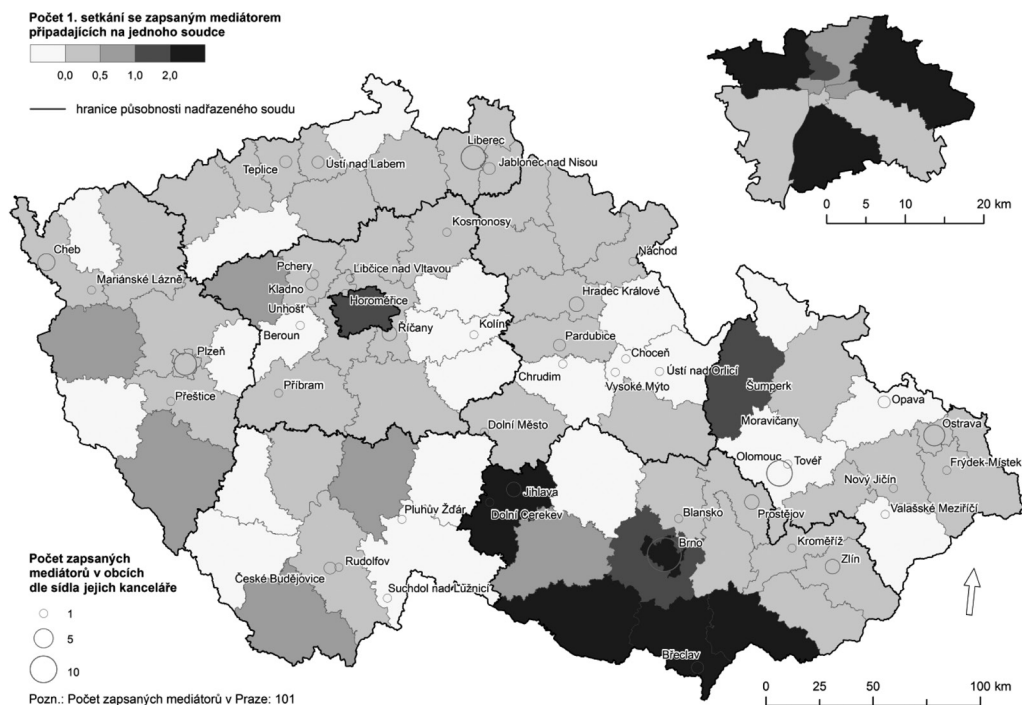
Zdroj: Databáze Ministerstva spravedlnosti České republiky (2018); Zákon č. 202/2012 Sb.; vlastní zpracování

Obrázek č. 3: Lorenzova křivka zobrazující prostorovou koncentraci využívání prvního setkání se zapsaným mediátorem jednotlivými okresními soudy v roce 2017



Zdroj: Databáze Ministerstva spravedlnosti České republiky (2018); vlastní zpracování

Obrázek č. 4: Počet prvních setkání se zapsaným mediátorem připadajících na jednoho soudce v roce 2017 a počet aktivních zapsaných mediátorů dle sídla jejich kanceláře¹⁸



Zdroj: Databáze Ministerstva spravedlnosti České republiky (2018); mediatori.justice.cz; ArcČR (2014); Zákon č. 202/2012 Sb.; vlastní zpracování

Ačkoliv nelze říci, které typy sporů se pro uplatnění řešení pomocí mediace hodí více a které méně, jednoznačně se ukazuje, že první setkání se zapsaným mediátorem se nařizuje především u závazkového práva (viz tab. č. 1). To se pojí s více než polovinou všech prvních setkání se zapsaným mediátorem (53,4 %). 10% hranici přesahují ještě kategorie sporů v oblasti rodinného práva (19,2 %) a vlastnických vztahů (12,5 %). Při pohledu na strukturu sporů okresních soudů, které využívaly první setkání se zapsaným mediátorem nejvíce (viz tab. č. 1), je patrné, že se mírně liší od celku. Zdá se, že soudci těchto okresních soudů využívají institut prvního setkání se zapsaným mediátorem v širší míře nejen početně, ale i u více kategorií sporů, než soudci soudů, které využívaly první setkání se zapsaným mediátorem nejméně (viz obr. č. 4).

V porovnání s celkem jsou u některých okresních soudů (Břeclav, Hodonín či Šumperk) více zastoupeny spory spadající do kategorie rodinného práva, u jiných (Praha 6, Praha 4) zase naopak jsou více zastoupeny spory z kategorie pracovněprávních věcí. S výjimkou okresního soudu v Šumperku však ve všech dominuje oblast závazkového práva.

¹⁸ Stav k 31. 12. 2017.

Tabulka č. 1: Struktura typů sporů deseti okresních soudů, které v roce 2017 využívaly nejvíce první setkání se zapsaným mediátorem

Pořadí	Počet sporů (abs.)	Kategorie sporů (%)												
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
1. Břeclav	69	0,0	0,0	0,0	27,5	20,3	0,0	0,0	0,0	52,2	0,0	0,0	0,0	0,0
2. Hodonín	56	0,0	0,0	0,0	30,4	14,3	1,8	1,8	1,8	41,1	8,9	0,0	0,0	0,0
3. Znojmo	37	0,0	0,0	0,0	18,9	18,9	0,0	0,0	0,0	59,5	2,7	0,0	0,0	0,0
4. Brno-město	181	1,1	0,6	0,0	12,2	10,5	0,6	0,6	0,0	68,5	5,0	1,1	0,0	0,0
5. Praha 6	51	2,0	0,0	0,0	3,9	11,8	0,0	0,0	0,0	52,9	19,6	9,8	0,0	0,0
6. Praha 9	54	0,0	1,9	0,0	25,9	13,0	1,9	1,9	1,9	48,1	5,6	0,0	0,0	0,0
7. Jihlava	27	0,0	0,0	0,0	14,8	11,1	7,4	0,0	0,0	48,1	11,1	7,4	0,0	0,0
8. Praha 4	83	0,0	0,0	0,0	15,7	9,6	0,0	0,0	1,2	50,6	21,7	1,2	0,0	0,0
9. Šumperk	23	8,7	0,0	0,0	39,1	8,7	4,3	0,0	0,0	30,4	0,0	8,7	0,0	0,0
10. Praha 7	14	0,0	0,0	0,0	7,1	7,1	0,0	0,0	0,0	71,4	7,1	7,1	0,0	0,0
Celkem ČR	872	0,8	0,5	0,0	19,2	12,5	1,1	0,6	0,3	53,4	7,9	3,6	0,0	0,1

Zdroj: Databáze Ministerstva spravedlnosti České republiky (2018); vlastní zpracování
Pozn.: Kategorie sporů: 1) ochrana osob (ochrana osobnostních práv); 2) statusové věci právnických osob; 3) jiné vztahy podnikatelů a právnických osob (včetně insolvenčních správců); 4) rodinné právo, včetně registrovaného partnerství; 5) věcná práva (vlastnické vztahy); 6) věcná práva k cizím věcem; 7) správa cizího majetku; 8) dědické právo; 9) závazkové právo; 10) pracovní věci; 11) ostatní věci upravené jinými předpisy; 12) zmatečnost a obnova řízení; 13) restituční zákony.

Diskuse a závěr

Předkládaná studie se zabývá prostorovou analýzou aplikace institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem v České republice za rok 2017. Přestože se nezaměřuje na zachycení vývoje využívání mediace jako metody smírného řešení konfliktů prostřednictvím institutu prvního setkání se zapsaným mediátorem, lze konstatovat, že v posledních třech letech dochází v ČR k růstu počtu případů, u kterých bylo první setkání se zapsaným mediátorem nařízeno. Na základě Ministerstvem spravedlnosti ČR provedeného šetření lze uvést, že v letech 2013 a 2014 byl tento institut využit celkem v 678 případech. V roce 2017 pak ministerstvo uvádí aplikaci prvního setkání se zapsaným mediátorem celkem v 1 051 případech v civilní a opatrovnické agendě. Lze tedy konstatovat výrazný nárůst využívání tohoto institutu soudy, kdy např. v porovnání s rokem 2015 se jeho počet více než zdvojnásobil.¹⁹ I když tyto vývojové aspekty mohou být částečně zkresleny zatím nedokonalou metodou shromažďování dat ze strany ministerstva, i tak lze konstatovat vzrůstající tendenci aplikace institutu a vyšší nakloněnost soudů pro využívání smírných postupů.

Spolu s růstem počtu prvních setkání se zapsaným mediátorem lze v datech vysledovat i tendenci poklesu celkového počtu pravomocných rozhodnutí vydaných jednotlivými okresními soudy. V roce 2013 došlo k pravomocnému rozhodnutí u 605 101 případů

¹⁹ Podrobněji NAVRÁTILOVÁ, V. – PEJCHOVÁ, P. Aktuální otázky související s aplikací zákona o mediaci v České republice ve vztahu k implementaci Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES. In: MALACKA, M. (eds). *Mediace dnes – realita a perspektivy*. Praha: Leges, 2016, s. 37–38 a s. 532–553.

spadajících do občanskoprávních věcí a 96 641 věcí opatrovnické agendy. Přitom v roce 2016 (data za rok 2017 dosud nebyla publikována v ročence Českého statistického úřadu) to bylo jen 402 831 občanskoprávních věcí a 130 043 věcí opatrovnické agendy.²⁰

Přestože dochází k růstu počtu prvních setkání se zapsaným mediátorem, samotné využívání tohoto institutu je poměrně výrazně prostorově podmíněno, o čemž svědčí především hodnota Giniho koeficientu a průběh Lorenzovy křivky. Zcela jednoznačně tak lze dát odpověď na první výzkumnou otázku a konstatovat, že využívání mediace dle zákona o mediaci je silně prostorově koncentrované.

Přesto míra využívání kooperativních postupů je stále velmi nízká. I přes prokázané výhody mediace je využívána napříč Evropou v méně než 1 % případů.²¹ V ČR se orientačním propočtem tato hodnota pohybuje kolem 0,5 % případů. Na jedné straně jsou tedy institucionalizované a evropským společenstvím i na národní úrovni podporované mimosoudní postupy k řešení sporů, na druhé straně jejich širšímu využívání stále brání překážky, které však dosud nebyly výzkumně identifikovány.

Mnohem složitější je pak druhá výzkumná otázka, která směřuje na hledání souvislostí a faktorů ovlivňujících prostorovou diferenciaci využívání institutu prvního setkání. Některé předpoklady se částečně potvrdily, některé však nikoliv. Neprokázala se například souvislost mezi vytížeností soudců okresních soudů a podílem sporů, u kterých bylo nařízeno první setkání se zapsaným mediátorem, na celkovém počtu řešených sporů. Předpoklad, že první setkání se zapsaným mediátorem budou více využívat více vytížení soudci jako možnost jistého odbřemenění, se nepotvrdil. Lze se tedy domnívat, že mediaci jako způsob řešení daného soudního sporu spíše zvažují soudci, kteří mají menší nápad, a tím více prostoru k analýze konfliktní situace ve sporu a zvážení jeho vhodnosti pro mediaci.

Do jisté míry se ukazuje, že okresní soudy, které uplatňují mediaci dle zákona nejvíce, mají rozdílnou strukturu typů sporů. Zdá se, že se více zaměřují i na jiné typy sporů než spory z oblasti závazkového práva. Dalším možným faktorem by mohla být odlišná dostupnost mediátorů samotných. Tady je však nutné konstatovat, že počet aktivních zapsaných mediátorů je poměrně nízký a takřka v polovině soudních okresů nemá kancelář ani jeden zapsaný mediátor. Vzhledem k územní působnosti mediátorů (nepůsobí jen ve „svém“ soudním okrese) a jejich celkem nízkému počtu, se tak nelze zabývat otázkou vlivu dostupnosti zapsaného mediátora na počet řešených případů. Ve třech okresech na jižní Moravě, kde se institut prvního setkání uplatňuje nejvíce, má sídlo pouze jeden zapsaný mediátor. Nutné to však neznamená, že by všechny spory řešil on, mohou být řešeny i mediátory z dalších soudních okresů.

Předložená analýza je zhodnocením prvního setkání se zapsaným mediátorem z hlediska prostorové distribuce a ukazuje, že rozdílná míra jeho uplatňování je velmi komplexní problém. Práce nám pak umožňuje vytipovat konkrétní okresní soudy, na kterých bude realizováno další hlubší zkoumání na základě empirického výzkumu za využití kvantitativních i kvalitativních metod, což je dalším plánem pracovníků olomoucké a brněnské právnické fakulty.

²⁰ Zdroj dat: Statistická ročenka České republiky – 2017.

²¹ Zdroj dostupný z: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/CS/1-2016-542-CS-F1-1.PDF>>.

JUBILEUM

Jubileum profesorky Černé

Pokud by se uskutečnila anketa hledající v českých zemích nejsympatičtější univerzitní profesorku humanitních věd, jistě by *prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.* získala jedno z předních míst osobními vlastnostmi, pracovitostí i odbornou erudicí. Jubilantka zakrátko oslaví významné životní jubileum. Patří do trojice nepřehlédnutelných žen narozených v roce 1949, z nichž dvěma dalším se *Právnick* věnoval v předchozích číslech, jež jsou spojeny s Právnickou fakultou Karlovy univerzity a léta přispívají k její pedagogické a vědecké profilaci, zvláště v soukromoprávních oborech.

Jubilantka, tehdy ještě *Hlavatá*, se narodila 13. září 1949 v Žatci. Středoškolské vzdělání však nabyла již v Praze, na střední ekonomické škole pro zahraniční obchod v Resslově ulici. Na této dobré škole se mimo jiné rozvíjelo její nadání pro cizí jazyky, hlavně francouzštinu a němčinu. Po maturitě v roce 1968 zahájila studia na pražské právnické fakultě. Studium ukončila v roce 1974. Téhož roku na fakultu také nastoupila do pracovního poměru a hned v roce 1975 složila rigorosum s obhajobou práce *Fyziokraté – teoretický přínos a historické místo jejich ekonomického učení*.

Název práce odrážel zájem *Stanislavy Černé* o politickou ekonomii a tak zahájila na příslušné katedře externí aspiranturu, již úspěšně ukončila v roce 1986 obhajobou disertační práce *Některé ekonomické a sociální souvislosti rozvoje automatizace ve vyspělých kapitalistických zemích*, kterou vypracovala pod vedením školitele *Josefa Makala*. Téhož roku přešla na katedru hospodářského práva, kde působila jako odborná asistentka. Katedra se začala od roku 1990 věnovat právu obchodnímu. *Černá* díky jazykové výbavě postupně absolvovala řadu studijních pobytů v Paříži, Toulouse, Pasově nebo Ženevě a na komercialistickém badatelském úsilí stavěla a staví svou pedagogickou a vědeckou kariéru. Jakkoli má přesah i do jiných oblastí, soustředila se především na problematiku akciového práva a koncernových uskupení. V disciplíně obchodního práva získala *Stanislava Černá* postupně další vědecko-pedagogické hodnosti. V roce 1999 se na Karlově univerzitě úspěšně habilitovala na základě spisu *Právo podnikatelských seskupení v německé, evropské a tuzemské právní úpravě*, vydaného téhož roku nakladatelstvím C. H. Beck pod názvem *Koncernové právo v Německu, Evropské unii a České republice*. Akademický růst završila v roce 2008, kdy byla jmenována profesorkou.

Jubilantka vede od roku 2005 na pražské právnické fakultě katedru obchodního práva, vystřídavši v této funkci výborného *Stanislava Plívu*, jemuž vyjádřila přátelství a úctu editací pocty k jeho 75. narozeninám (Praha: ASPI, 2008). Přestože je skupina vysokoškolských učitelů na každé katedře především souborem individualit, katedra pod vedením *Černé* reprezentuje dělné společenství s přátelskou atmosférou. Proto je *profesorce Černé* právem přiznávána velká zásluha na činorodosti a kolegiálnosti katedrálního kolektivu i na jeho vědeckých úspěších.

Stanislava Černá je autorkou většího počtu odborných prací. Z knih, jež napsala samostatně, jsou nejvýznamnější tituly *Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku* (Praha: Linde, 2002, 2004) a *Akciová společnost* (Praha: Wolters Kluwer, 2006). Jubilantka se také nejednou spoluautorsky podílela na vzniku kolektivních děl, z nichž zatím k posledním patří *Právo obchodních korporací* (Praha: Wolters Kluwer, 2015).

Obsáhlý je výčet jejích statí, článků a konferenčních referátů publikovaných ve sbornících a odborných časopisech, zejména v těch, kde *profesorka Černá* působila nebo působí v redakčních radách. Toliko *Právník* a jubilantka se dlouhá léta nějak míjejí, a tak se na stránkách našeho časopisu objevuje její jméno jen v několika zprávách o průběhu vědeckých konferencí.

Profesorka Černá je členkou vědeckých rad Univerzity Karlovy i její právnické fakulty, členkou redakčních rad časopisů *Acta universitatis Carolinae – Iuridica* a *Obchodněprávní revue*, zapojila se do legislativních prací i dalších veřejných aktivit.

Co je hodné pozornosti a ocenění, je neokázalá noblesa ve vystupování *profesorky Černé*. Akademické hodnosti i pracovní výsledky a úspěchy dovedly leckoho v univerzitním světě k sebestřednosti a dogmatismu. Něco takového je *Stanislavě Černé* nesmírně vzdáno. Ti, kdož jubilantku znají, oceňují její pracovitost, náročnost, energii, kritický realismus, smysl pro systém a pořádek i osobní angažovanost v záležitostech zásadních pro ni a její katedru, ale také respekt k oponentním názorům, korektní, ba diplomatické vystupování a smysl pro kolektiv i kolegiální. Rovněž pro tyto vlastnosti si *profesorka Černá* získala řadu přátel a úctu. Také proto se u příležitosti nadcházejících životních jubileí profesorek *Stanislavy Černé* a *Ireny Pelikánové* uskutečnila na jejich počest 6. června 2019 ve Vlasteneckém sále Karolina konference k rekodifikaci soukromého práva, na níž se sešli kolegové, přátelé a žáci obou dam.

Redakce *Právníka* se ráda připojuje s blahopřáním k nadcházejícímu významnému životnímu jubileu, které *profesorka Stanislava Černá* brzy oslaví. Všechno dobré do dalších let. *Joyeux anniversaire!*

RECENZE

Kischel Uwe. Rechtsvergleichung. München: C. H. Beck, 2015, 1010 s. / Kischel Uwe (autor) – Hammel Andrew (překladatel). Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2019, 960 s. (recenze ve čtyřiaadvaceti kapitolách)

1. Předmluva o recenzích

České právnické časopisy zveřejňují recenze na dvě tři strany, které shrnují obsah knihy. Vesměš čteme pochvalu, leckdy očekávanou, někdy domluvenou až vyžádanou. Opakem je drsná kritika. Pak jsme svědky války mezi autory. Pověst žánru však kazil požadavek psát recenze ukládaný doktorandům. Dokáže doktorand psát recenzi knihy svých pedagogů? Na redakční radě při debatě o recenzích zaznívala skepse.¹

Nemyslel jsem si tak, že recenzi brzy napíši. *Kischelova Rechtsvergleichung* to změnila. Pokud bych jedinkrát dostal příležitost recenzovat, tak v jejím případě. Zkouším si přitom, jak se píše *pořádný kus* recenze. Detailní recenze je svébytným žánrem. Nutné je dohledávání, abychom se ubezpečili, že autor tvrzené vskutku napsal. Recenzent totiž vyjadřuje, jaké poznatky text přináší, ale též jaké úvahy vyvolává. Ty však odrážejí jeho dosavadní postoje a pohledy. Ošidné je tvrdit, že něco chybí, autor to třeba zmínil jinde. Nutná je tak vícera četba. Mnohé další pak prostě neměl za důležité. Nikde přece nemůže být vše. Hlavním uměním recenze je však shrnutí. Desítky stran se vystihují odstavcem. Recenzovaná kniha není ve vzduchoprázdnu, takže se nakonec dohledává další literatura.

2. Vztah ke knize

Předsevzetí zorientovat se v problematice komparatistiky jsem si dával roky. *Kischelovu* knihu jsem tak objednal koncem roku 2016 při prosincovém „dočerpávání“. Po doručení jsem se zmohl na prolístování 1042 stran² vázaného svazku typicky německého vzhledu vydaného proslulým nakladatelstvím C. H. Beck. Následně jsem občas přečetl vždy několik stránek. Takto čteme odborné knihy, nejen nemáme-li čas, ale též tehdy, když máme konkrétní problém. Postupně jsem však poznal, že *Uwe Kischel* mi dává na vyslovené či tušené otázky zajímavé odpovědi. Jeho *Rechtsvergleichung* se tak stala četbou soustavnou.

Odborná kniha potěší, kdy rozvíjí naše poznání a názory. Naopak ruší, pokud naše dosavadní poznatky popírá a názory zpochybňuje. *Kischelova* monografie se pro mě řadí mezi ty první. Nalézání odpovědí na naznačené otázky je přitom nyní důležité.

¹ Redakční rada dne 25. 10. 2018.

² 1010 stran textu včetně rejstříku plus 32 stran obsahu číslovaných římskými číslicemi.

3. Začátek na Dálném východě

Loni jsem se zúčastnil 20. obecného kongresu³ Mezinárodní akademie srovnávacího práva (IACL), který hostila japonská Fukuoka. V létě jsem cestu přes půl světa mohl doplnit turistikou, navštívil jak Japonsko, tak Koreu (jižní).

Pro odlišnost jazyků tamní právo nesvedeme nahlédnout přímo. Hodí se tak průvodce po právní krajině. Před odletem je třicítka stran akorát. *Kischel* práva obou států vysvětluje společně (s. 788–815) jako práva dálnévýchodních demokracií, kdy třetí je Tchaj-wan. Zmiňuje staré tradice, recepci německého práva, ale též vliv Spojených států amerických. Západní chápání práv přitom vskutku narazilo na kolektivismus a restriktce (též s. 41).

Oba státy dávají cizincům najevo, že jim smí být vstup upřen. Před staletími se ostatně uzavíraly zcela. Zvláště Japonsko si spojujeme s pracovitostí, přesností, pořádkem a čistotou. Kázeň je však vlastní též Koreji (na místě víc rozumíme, co je bizarní na Severu). Právo tyto státy vytvářejí pečlivě. Se snahou po dokonalosti se tam vlastně dělá cokoli, mrakodrapy, rychlovlaky, zahrady i jídlo do krabičky. Justičně-advokátské zkoušky jsou peklo vybírající mandaríny, když autor znalý *Staatsexamenu* vyzdvihuje obrovskou neúspěšnost (s. 810).

Turisté si brzy všimnou rozdílů. Rozliší při srovnatelných příležitostech nošené kimono a hanbok. *Kischel* rozdílů též uvádí, třeba vyhýbání se soudním sporům v Japonsku, nikoli v Koreji (s. 802–805). Vnímání drobností je vůbec podstatou komparatistiky. To základní máme společné.

V obou zemích turista brzy vnímá vliv Číny. *Kischel* věnuje právu nejlidnatějšího státu světa⁴ patřičně dlouhou kapitolu (s. 732–788). Upřesňuje, že to, co těmto státům připisujeme, má původ ve škole tzv. legistů (s. 733). Konfucianismus však vytváří společenský základ. Popisuje však hlavně, jak vlastně vypadá právo státu, jenž stále vzývá komunismus, ale buduje etatistický kapitalismus, jímž se spektakulárně modernizoval.

4. Postsocialistické státy v zrcadle

Důležitější je kapitola o nás. Pro *Kischela* jsme *Osteuropa* (s. 571–594). Mezi řadou států však cítí rozdíly. Rozlišuje (s. 585 a násl.) nové členy Evropské unie, státy za dveřmi a post-sovětský prostor. Jen Rusko uvádí jmenovitě (s. 586 a násl.). To je správně, je velmocí.

Kischel vnímá potíže přeměny socialistického práva na právo demokratického státu se sociálně-tržním hospodářstvím otevřeného světa. Zmiňuje přetížení úřadů a soudů, nevymahatelnost práva, formalismus (s. 578), labilitu, zákony *šité horkou jehlou* (s. 575) či právní transplantáty v nejkřehčích státech typu Gruzie (ibidem). Možná by se dala ještě vyzdvihnout simplifikace (ba vulgarizace či primitivizace) právního myšlení za socialismu a její přetrvávání během změn v 90. letech 20. století.

Cituje *Holländera*,⁵ naznačuje *Kischel* přezkušování soudců (s. 577). Snad se v 90. letech zvažovalo, ale nezavedlo. To ukazuje, jak je obtížné nepřekroutit sdělení citovaných pramenů.

³ Prezentace kongresu <<http://www.congre.co.jp/iac12018/index.html>> již odkazuje na stránky, kde by měly být zpřístupněné zprávy, viz <<http://gc.iuscomparatuminfo/gc/>>. Informace jsou též na stránkách asociace <www.aicd-iac1.org>. Některé české zprávy zveřejnil *The Lawyer Quarterly*. 2018, Vol. 8, No. 4.

⁴ V tuzemsku se čínskému právu se znalostí čínštiny věnuje profesor Tomášek, z jeho textů viz TOMÁŠEK, Michal. *Právní systémy Dálného východu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2016.

⁵ HOLLÄNDER, Pavel. Hypertrophie der Gesetzgebung – Entmachtung der Richter. In: SCHWARZE, Jürgen (ed.). *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts. Teilband 1*. 2008, s. 91, pozn. pod čarou č. 100 a 82.

Kischel kriticky hodnotí vliv starých elit (s. 582–583). Sluší se dodat, že vesměs neškodily záměrně, jistě převažovalo neumětelství. Nadto je na čase aktualizovat. Od konce socialismu uplynula tři desetiletí. V půli kariéry jsou ti, co studovali v 90. letech. Ptejme se tedy, jaké jsou nové elity. Z domova nemají zrovna vynikající vzdělání (s. 581). Generační vyhraňování bylo to lepší. Nebudme si jisti, že jsou morálnější.

Přínejmenším v 90. letech vykazovaly postsocialistické státy cosi natolik zvláštního, že dokonce *Kischel* to zvažoval jen ohledně specialistů typu legislativců (s. 575), totiž nedostatek právníků. Komunistická ideologie předpokládala, že právo vymizí. Těž reálný socialismus, přestože se nakonec vyzdvihovala zákonnost, právníků moc nepotřeboval. Po změně režimu tak právníčil kdekdo. Postavení v advokacii, justici či akademii dosáhli též právníci, kteří by se jinde museli snažit více či by se neprosadili vůbec.

Otázkou však hlavně je, jak dlouho ještě smíme poměry svádět na socialismus. Měli bychom zvážit, zda prostě nejsme periferií Západu⁶ podobně jako latinská Amerika. Tamní rozpor vzletné teorie („ústavní lyrika“) a problematické praxe *Kischel* též vykreslil (s. 642–652). Již před nástupem socialismu byla naše východní Evropa zaostalejší a rozkolísanější. V případě Ruska *Kischel* zmiňuje vracející se autoritářství (s. 586), týká se však též dalších států.

Díky jazykové blízkosti a konferenčním cestám známe Polsko a Slovinsko. Leckdo vytušil, že oba státy nás jaksi „předběhly“. Totéž se dá vycítit v Pobaltí. Co mohlo být důvodem? Větší simplifikace práva za československého socialismu oproti poměrům polským či jugoslávským? Nebo (s. 592) snad radikální reformy v Estonsku odřezávající sovětské dědictví? Nynější premiér čelí obviněním. Bez ohledu na patrný skutkový stav si nejsme jisti. Chybějí robustní komentáře jednotlivých paragrafů, které by vysvětlily, co přesně je, nebo naopak není dotační podvod. Jakékoli verdikty se tak zpochybní. Některé budou kuriózní. Řekne se švejkovství a kafkárna. Že by naše obdoba *Kischelem* zmiňovaného ruského nihilismu (s. 583)? Soudy se každopádně potáhnou roky. Nedivme se, že veřejnost je lhostejná. Příčin je patrně vícero. Cítit lze přezíravý postoj vůči státu a jeho lidem, jako jsou úředníci, policisté či učitelé. Jakkoli si soudci své prosadili, to je totiž učinilo kastou. Při mezinárodním srovnání je patrné podfinancování vzdělání.⁷ To právnické se výjimce neteší.

5. Do jádra: Velká Británie, Spojené státy americké, Německo a Francie

Jádrem komparatistické literatury je představení dvou hlavních právních systémů. Jimi jsou angloamerické⁸ a kontinentální právo, anglicky *common law* a *civil law*. *Kischel* zaostřil na Velkou Británii a Spojené státy americké (s. 244–377), respektive Německo a Francii (s. 389–552). To bylo šťastné, umožnilo to jít do hloubky. Vzdělanec je svede zkoumat bezprostředně. Tyto čtyři státy se staly ohledně práva vzorem. Četba dvou kapitol, které však na sebe soustavně odkazují, pomůže pochopit rozdíly mezi oběma právními systémy.

⁶ ŠKOP, Martin – ŠTĚPÁNKOVÁ, Markéta – RAFAL, Manko. Carving out Central Europe as a Space of Legal Culture: A Way Out of Peripherality. *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics*. 2016, č. 2, s. 4–28.

⁷ Podle přehledů OECD, letos „Education at a Glance 2018. OECD Indicators“, dostupné z: <https://read.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance-2018_eag-2018-en#page8>, s. 258, 261, se Česko ocitá v samém konci tabulek členských států při souhrnných výdajích na vzdělání jako podílu HDP (průměr 5 %, Česko 3,8 %).

⁸ Přívlastek anglosaský odkazuje na středověkou Anglii, kdy se vskutku začaly pokládat základy anglického práva. S ohledem na dávnost této etapy a význam amerického práva jeho užívání není vhodné.

Dle *Kischela* je hlavní uvědomění si angloamerického pojetí, že *statutes* představují politický korektiv jakéhosi čistého práva (s. 360), které zhmotňují rozsudky. Nepřehlídí však rozdíly, třeba absenci formální ústavy ve Velké Británii a její klíčovou roli za Atlantikem (s. 366). Pramenem kontinentálního práva je, jakkoli různě pojímaný (s. 395), zákon. Jeho váhu dle *Kischela* prostě nelze přecenit (s. 392). Zde by si tedy ještě pozornost zasloužila příprava zákonů, vždyť parlamentní hlasování je až dovršení.

Zásadní je tak zároveň odlišné vnímání rozsudků. V angloamerickém právu se prostě mají, při vědomí hierarchie justice, za pramen práva, tedy *precedent* (s. 264). V americkém případě se pak nedivíme, že nominace soudce federálního nejvyššího soudu (s. 366, respektive s. 310) je významná stejně jako volby. Oproti tomu se v právu kontinentálním zdůrazňuje, že podávají změnitelný výklad zákona (s. 463), jakkoli kvůli očekávání stejného rozhodování a díky přesvědčivosti se vesměs následují, proto *judikatura*. *Kischel* přitom vysvětluje uspořádání a působení soudů, výběr a postavení soudců, zapojení laiků do porot, jež opravdu verdikt neodůvodní (s. 316), soudní proces a rozsudek jako jeho výsledek či podoby advokacie.

Kischel pochopitelně věnuje značný prostor též hmotnému právu. Za mnohé lze vybrat typické principy: německou *Menschenwürde* (s. 542), instituty: angloamerický trust (s. 338), koncepce: francouzská *cause* (s. 531) či historické fenomény jako je lenní základ pozemkového vlastnictví v Anglii (s. 330).

6. Práva dalších států jako přehlídka rozmanitosti

Zvláštní kapitolou – kde je též zmíněná *Osteuropa* – *Kischel* vyzdvihl rozmanitost kontinentálního práva. První subkapitolu mají Rakousko a Švýcarsko (s. 554–560), zde zdůrazňuje rozdíly od Německa, „pohodová“ Skandinávie (s. 594–628), Španělsko a již zmíněná latinská Amerika. Tady se však *Kischel* omezuje na to příznačné či svérázné. Nemá potřebu provádět nás všemi státy, některé důležité tak prostě chybějí. Srovnatelně, byť bez zvláštní kapitoly, se věnuje dalším „západním“ státům angloamerického práva (s. 378–388).

Zmíněná práva Číny, Japonska a Koreje, Indie (s. 815–839) či Indonésie (s. 839–855) přes recepci „západních“ práv naopak vyčlenil do kapitoly Asie. Uvědomuje si přitom důsledky bídy a nevzdělanosti (s. 826). Podobně odlišuje právo „černé“ Afriky (s. 679–728), kde vyzdvihuje ústní ráz (s. 694). Zřejmě mu nezápadní rysy připadají zásadní. Na mysl zde přicházejí civilizace, jak je vymezil Samuel Huntington.⁹ Právo je jistě významný projev každé civilizace. Tento termín však *Kischel* neužil. Zmíněné světadíly a dva euroamerické okruhy označuje za kontexty, což má za lepší než právní kultury (s. 238).

7. Transnacionální právní řády jako komparace sdíleného

Kischel uplatňuje komparatistickou perspektivu též na transnacionální práva. To je výborné, na ně se zapomíná. Jimi jsou mezinárodní právo (veřejné), německy jednoslovně *Völkerrecht* (s. 947–956), a *lex mercatoria* (s. 972–976). Pro mě je pochopitelně nejzajímavější subkapitola věnovanou evropskému právu (s. 956–972).

⁹ HUNTINGTON, Samuel. *Clash of Civilisations and the Remaking of World Order*, 1996. (Podle českého překladu *Střet civilizací: boj kultur a proměna světového řádu*. Praha: Rybka Publishers, 2001).

Kischel zmiňuje právo Rady Evropy jako jakési prodloužení (s. 970) práva Evropské unie. To je však jeho podcenění. Obě organizace se doplňují. Jeho zmínění v této subkapitole je však už proto šťastné. Formálně mezinárodní právo Rady Evropy má též nadnárodní prvky, do Štrasburku se jednotlivec přece dosoudí, do Lucemburku nikoli. *Kischel* vyzdvihuje význam judikatury Soudního dvora (s. 967) či komplexních speciálních legislativ typu zemědělské (s. 969). Trefný je postřeh, že evropské právo má romantiky, skeptiky a techniky (s. 963–965). Žádné jiné právo totiž nevyvolává takové vášně. Obě organizace se ocitly ve vážných krizích. K nim mohlo přispět právo. Jeho kritická reflexe tak nemůže být tabu. Vysvětlení stručnosti rozsudků soudci, pro něž je francouzština přes veškerou znalost jazykem cizím (s. 968), lze vystupňovat. Elity komunikují anglicky a francouzsky, probíhají však též debaty v dalších jazycích. Ta německá je nejrobustnější, přesto se dá pociťovat její hned dvojí odtržení.¹⁰ Jedinečná mnohojazyčnost je tak zásadní. Autor jazykově daný pluralismus unijního práva vnímá (s. 962).

Teoreticky Evropská unie lpí na dodržování každického pravidla, prakticky však členským státům leccos přehlíží. Vždyť na nich závisí při výkonu svého práva. Není státem, nesvede si dodržení vynutit. Vedle mezinárodního práva se tak nabízí srovnání se zde již zmíněnými skupinami států, kde se dle *Kischela* teorie a praxe rozcházejí: obecně východní Evropa (s. 580) a zvláště Rusko (s. 588) či Latinská Amerika (s. 646–648) a v jiné souvislosti jmenovitě Brazílie (s. 200).

Europeizaci práva postsocialistických států vnímá ve zmíněné kapitole *Kischel* optimisticky (s. 591 a násl.). Je však vhodné připustit též vedlejší účinky. Zvýšením complexity ještě narostla labilita. Europeizaci doprovázel zmíněný nástup nových elit. Nadšení bylo opravdové, ještě jej však nadopovaly stáže a granty. Jmenovitě Češi přitom patří mezi profláknuté euroskeptiky, řada je jich rovněž mezi právníky.

8. „Okruhologie“

Dosud zmíněné je právní geografie, samozřejmě na vynikající úrovni. Poslouží čtenáři, který chce nahlédnout právo určitého státu. Právní komparatistika má však též svou teorii. Cenné je tedy již vysvětlování, podle jakých hledisek se ony právní okruhy dají členit, stejně jako přínosy takového počínání (s. 217–242).

My pochopitelně můžeme zvažovat, zda existoval svébytný okruh socialistického práva. V socialistických státech měli jasno, byť lze váhat, kolik svobody ohledně tohoto hrstka právních vědců měla.¹¹ Světová komparatistika to patrně přijala hlavně ze zdvořilosti.¹² Otázkou je, zda to bylo důvodné. Zařazení států, kde revoluce převrátily politické, společenské a hospodářské poměry, se obecně nepřehodnocuje. Ptejme se tedy, zda socialismus znamenal tak hluboké změny, aby odůvodnily výjimku. Závěrem recenze se důvod nabídne. Zde *Kischel* však hlavně shrnuje názory komparatistů (s. 218–219). Příslušnost postsocialistických států má za jasnou, když se jejich právu věnuje při zmíněném nástupu různorodosti kontinentálního práva.

¹⁰ Kriticky jak k německým odborníkům, tak ještě více k vytrácejícímu se vstupu zahraničních do německé debaty THYM, Daniel. Die Einsamkeit des deutschsprachigen Europarechts. *VerfassungsBlog*. 29. 5. 2014, dostupné z: <<https://verfassungsblog.de/die-einsamkeit-des-deutschsprachigen-europarechts/>>.

¹¹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy*. Praha: Karlova univerzita, 1972.

¹² V dané době QUIGLEY, John. Socialist Law and the Civil Law Tradition. *The American Journal of Comparative Law*. 1989, sv. 4, s. 781–808.

9. Metodologie komparatistiky čili amatéři a profesionálové

Na českých právnických fakultách občas zaznívá, že komparatistika je vysoká věda. Řadoví akademici by ji vlastně neměli provozovat. Připomíná to obavu z chyb při učení se cizím jazykům. Komparatistika má přece smysl též bez teorie. Základních závěrů se lze dobrat vlastním promýšlením. Přinejhorším bude onou geografii na základní úrovni.

Jistě je však přínosné užít existující metodologie. Nejde až tak o vyvarování se závěrů zcela mylných, ale hlavně zvýšení výnosu komparace. Metodologie je obvyklou částí knih o právní komparatistice. Nemělo by nás tedy překvapit, že *Kischel* vysvětluje teoretická východiska a metody na stovce stran způsobem vyčerpávajícím nejen obrazně, nýbrž doslova (s. 92–216).

10. Právní historie a komparatistika

Nastínění práva různých států se neobešlo bez zmínek minulosti. *Kischel* shrnuje vývoj jak právních systémů, tak též právního myšlení, například *école d'exegese a libre recherche scientifique* ve Francii (s. 436–438) či *legal realism* za Atlantikem (s. 373–376).

Vždy tak však činí pro lepší porozumění současnosti. Překvapivě stručně tak připomíná (s. 478 a 484) římské právo. To přece představuje základ kontinentálního práva. Ve svých raných fázích však vykazuje též podobnosti s anglickým *common law*.¹³ Angloamerické právo se jeví být archetypem tradice. Charakterizuje je individualismus, spontaneita, decentralizace, ba chaos (s. 267). Naopak kontinentální právo je archetypem moderny, přičemž jako leccos jiné budované centrálně pro kolektiv občas selže, neboť plánovači něco přehlédli.¹⁴

Ve střední Evropě jsou obvyklým kursem studií práv dějiny státu a práva. Leckdo je zpochybňuje. Snad by se studentům jevíly smysluplnější, kdyby přecházely do komparatistiky. Národní dějiny státu a práva stejně poslouží hlavně uvědomění si kořenů vlastního práva. *Kischel* nicméně obě disciplíny odděluje snad až příliš (s. 11–14).

11. Důvody pro srovnávání

Konferenční turistika je oblíbená, tu vlastní zmiňuji. Je však škoda, že poměry hostitelského státu se leckdy pominou. Leccos působí poangličtění akademické komunikace při poklesu znalosti dalších jazyků. Právo neanglických států – je jich většina – pak poznáváme jen zprostředkovaně. Cestujme též „prstem po mapě“. Čtení může být přínosnější než cestování.

Komparatistika však poskytuje též další úhel pohledu na domácí právo (s. 56). Rychleji si uvědomíme problémy a možné reakce na ně. Národy vždy přejímaly a rozvíjely ideologie, kulturu a technologie. Většina národů převzala tak základní nástroj, jakým je písmo. Jak bude ještě připomenuto, právo je vším dohromady. Inspirace je tedy běžná. Je však

¹³ Podrobněji např. WATSON, Alan. Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development. *Loyola Law Review*. 1990, s. 247–268.

¹⁴ Vedle dalších textů naznačených v úvodě k širším studiím vlivu právních tradic potvrzujících propojení právní a politické teorie v americké právní vědě s optimisticky vůči *common law* LAW, David S. Constitutional Archetypes. *Texas Law Review*. 2016, s. 153–243, respektive kriticky ohledně jeho zneužití PHILLIPS, Emma. The War on Civil Law? The Common Law as a Proxy for the Global Ambition of Law and Economics. *Wisconsin International Law Journal*. 2012, s. 915–959.

ošemetná. Zbrklé přebírání institutů *Kischel* označuje za právní transplantáty (s. 63). Trefné. Transplantace orgánů jsou záchranou pacienta, hrozí však imunitní reakce. Úskalí má též unifikace a harmonizace, jež *Kischel* uvádí jak obecně (s. 68–73), tak ty evropské (s. 968).

Kischel uvádí příklady právního imperialismu (s. 51). Pod ním si lze představit nejen prosazování jistých řešení, ale též otrockou nápodobu, tedy *Selbstimperialismus* (s. 52). Němcům patrně chybí výrazivo pro podlézání.

Široce se ví, že řada států má smíšené právo. *Kischel* tento jev zvažuje jak obecně (s. 57, 233) tak v případě jednotlivých států. Rovněž shrnuje (s. 666–680) úvahy, že se angloamerické a kontinentální právo sbližují (konvergence). Nabízí se úvaha, zda takovou konvergenci nespátřovat v jakési amerikanizaci základních práv.

12. Ztraceno v překladech

Vždy mě přitahoval vztah práva a jazyka, nejen poměry Evropské unie, ale též jazyková práva a jazykové vyjádření práva. Zajímalo mě tak, co píše *Kischel* o roli jazyka. Vyzdvihuje problémy s překládáním termínů pro skutečné porozumění (s. 9–11). Připomíná pochopitelně (s. 10), že význam termínů se váže na konkrétní právní řád, jak vysvětluje pohledem lingvistky *Alenka Kocbek*.¹⁵ Dále se uvádí, že je to jazyková bariéra, jež nám znesnadňuje vhled do exotických států, nemluvě o státech s právem ústním, jako je třeba tradiční africké.

Při diplomatické, expertní, komerční i turistické mezinárodní komunikaci převládla angličtina. Je první globální *lingua franca*. Stalo se tak též při komunikaci právníků a právních pedagogů.

Zde však hraje roli, že angličtina je jazykem okruhu angloamerického práva, jenž je oproti kontinentálnímu vlastně jednojazyčný. Angličtina se užívá též ve státech s dalšími jazyky a vlivem, jeden se zmíní závěrem. Má tedy roli podobnou, jako ve středověké Evropě měla latina. Slouží též jako pracovní jazyk Evropské unie. Když *Kischel* uvádí, že pro kontinentální ráz jejího práva Brit nerozumí (s. 961), tak je to tak přes tuto skutečnost.

Kischel zpochybňuje mýty ohledně *common law*, které panují v kontinentální Evropě, ale patrně též jinde. Nabízí se propojit uvažování o právním imperialismu s myšlenkami na (anglický) jazykový imperialismus, jak je rozpracovává *Robert Phillipson*.¹⁶ Mohli bychom promýšlet, zda převaha angličtiny v mezinárodní komunikaci podporuje nejen recepci konkrétních organizačních standardů, jež reflektuje *Kischel* kriticky jako nápodobu (s. 52), leckdy bohužel povrchní a pokřivenou, nýbrž prvků *common law* vůbec.

Kischel uvádí, že evropské právo je kontinentální (s. 960). Má pro to silné důvody. Lze věřit, že Angličan se cítí nesvůj. Letos vskutku nemůžeme pominout Brexit, ať už dopadne jakkoli. Hypotéza konvergence je však na místě, jinde (s. 673) ji *Kischel* naznačuje. Eurojudikatura se vnímá jako ztělesnění práva, jakkoli *Kischel* její apodiktičnost vedle integračního étosu připisuje francouzskému vlivu (s. 968). Na této judikatuře se toto právo vyučuje. Jsou to především výklady Smlouvy o Evropské unii, Smlouvy o fungování

¹⁵ KOCBEK, Alenka. The Challenges of Intercultural Legal Communication. *International Journal of Euro-Mediterranean Studies*. 2008, sv. 1, č. 1, s. 53–70.

¹⁶ PHILLIPSON, Robert. *Linguistic Imperialism Continued*. New York: Routledge, 2009.

Evropské unie a Listiny základních práv, respektive Evropské úmluvy o lidských právech, tedy podvojně skoro federální jakoby ústavy. Jak americký Nejvyšší soud stvořil právo na interrupci¹⁷ či stejnopohlavní manželství,¹⁸ tak Soudní dvůr stvořil nárok příchodního uchazeče na vzdělání.¹⁹ Sám *Kischel* uvedl, že nekritické „pozitivistické“ rekapitulování eurojudikatury vyvolalo v německé právní komunitě nechuť (s. 964). V evropském měřítku tomuto snad napomáhá díky ještě nastíněným trendům silnému postavení se těšící britská akademie, aktivistická²⁰ snad podobně jako *Kischelem* zmíněná americká (s. 262–263).

13. Škola základ života

Pro pedagogy právnických fakult je pak cenné *Kischelovo* vysvětlování, jak vypadá právnické vzdělání a jak se vstupuje do právnických povolání ve čtyřech modelových státech: Německu (s. 506), Francii (s. 512), Velké Británii (s. 297) a ve Spojených státech (s. 300). V americkém případě překvapuje, že právě na elitních *law schools* se zaměřují na nejružnější souvislosti práva (s. 301), což se *Kischelovi* jeví jako vzdálené praxi. Amerika je přece praktická. Studenti platí vysoké školné. Snad orientace v těchto souvislostech zvyšuje argumentační schopnosti. Pragmatismus absolventů *Kischel* ostatně naznačuje (s. 266).

Kischel však zmiňuje formaci právníků též jinde, včetně postsocialistických států (s. 582). Zde si však nesvedl představit, jak moc si řada zdejších akademiků přivydělává. Mnozí tak činí, neboť je výuka neuživí, jiní využívají příležitosti. Vzniklé zředění studia však vyhovuje též studentům. Dříve mnozí ve vyšším věku dostudovávali. Ti nyní vlastně také pracují.

Zlepšování českého právnického vzdělávání zpomaluje chronické podfinancování, ale také problematická regulace terciárního vzdělávání a akademická samospráva dávající studentům výběr děkanů a rektorů. Komparace ukazuje její podivnost.²¹ Přitom si nebudme jisti, že studenti žádají náročnou výuku. Do výuky ještě vstupují rozdílná pojetí právní vědy.

Univerzitní výzkum je již mezinárodní, internacionalizace se prosazuje též ve výuce. Mobilita je heslem doby. Anglicizace ji doprovází, neboť ji usnadňuje.²² Právo se však vazbou na stát a jeho jazyk tomuto trendu vzpírá. Ve Fukuoce se vzniklé pnutí stalo hlavním tématem sekce *Bilingual legal education*.²³

Skutečná univerzalizace právnického vzdělání by si totiž žádala globální právo. To však podle *Kischela* neexistuje, když zdůrazňuje, že právník se vzdělává v národním právu. Do cizích pak bez celého studia, jež však obecně není myslitelné, nikdy nezíská srovnatelně hluboký vhled (s. 6). Transnacionální práva jsou pouze doplňkem (s. 962).

¹⁷ Rozsudek *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705; 35 L. Ed. 2d 147 ze dne 22. 1. 1973.

¹⁸ Rozsudek *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 135 S. Ct. 2584; 192 L. Ed. 609 ze dne 26. 6. 2015.

¹⁹ Rozsudky 152/82 S. *Forcheri a M. Marino proti Belgii* ze dne 13. 7. 1983 a 293/83 F. *Gravier proti Ville de Liege* ze dne 13. 2. 1985.

²⁰ Kvůli migrační krizi a jejím dopadům na EU a RE jsem začal sledovat problematiku regulace azylu a migrace. Cenné přehledy poskytuje <<http://eumigrationlawblog.eu/>>. Němečtí akademici D. Thym či K. Heilbronner jsou zřetelně rezervovanější než britští E. Tsourdi, E. Guild či V. Moreno-Lax.

²¹ KŘEPELKA, Filip. Zvláštnosti akademické samosprávy v Česku a jejich možné důsledky. *Správní právo*. 2018, č. 4, s. 288–298.

²² AMMON, Ulrich. *The Dominance of English as a Language of Science: Effects on Other Languages and Language Communities. Contributions to the Sociology of Language – Volume 84*. Berlin: de Gruyter, 2001.

²³ Iniciátor sekce profesor Nicolas Etcheverry Estrazulás, děkan právnické fakulty univerzity v Montevideu, kterému tímto děkuji za možnost připojit se dodatečně českou zprávou.

14. Knihy a časopisy, praktické a teoretické

Právnícká literatura souvisí s právníckým vzděláváním a výzkumem. Totéž to však není. Leckde existuje akademická literatura míjená praxí a praktická literatura pohrdaná akademii. *Kischel* nastiňuje její podoby ve čtyřech modelových státech: v Německu a Francii (s. 470–477), respektive ve Velké Británii a Spojených státech amerických (s. 261–264). V případě Skandinávie (jakkoli tam akademici spolupracují) uvádí, že zarazí její skromnost (s. 607). Významná je tedy lidnatost států, ji odrážející počet právníků a z něj vyplývající odbyt.

Jak pak vypadá odborná literatura v postsocialistických státech? *Kischel* naznačuje, že bývá održena od reality (s. 585). Můžeme dodat, že při labilní legislativě a chaotické či absentující judikatuře se detailní reflexe píše těžko. Malou lidnatost většiny států umocňuje nízká koupěschopnost praktiků, ale též jejich nezájem kupovat texty teoretické.

Ve většině akademických disciplín se již publikuje hlavně či výlučně anglicky v časopisech, jež mají impaktní faktor. Scientometrie se stala fetišem. Tento trend však *Kischel* přechází. Jeho akademie totiž byla a je excelentní, pročez zůstává inspirativní pro cizinu.²⁴ Díky lingvistickému nacionalismu patrně odolává též akademie francouzská.

V leckterých státech, kde je z naznačených důvodů právní akademie oslabená, je však tlak resortu a univerzit značný. Takže se píše anglicky leccos. Mnohdy jsou to přehledy vnitrostátního práva. Jimi pochopitelně začínají též zmíněné národní zprávy. Na podrobnější rozbory vnitrostátní úpravy dojde jen někdy. Anglicky se pak stěží podaří vyjádřit jemné rozdíly výkladu národního práva zachyceného národním jazykem.

Vztah národního práva a jazyka je *Kischelovi* zřejmý natolik, že ji ohledně literatury nezdůrazňuje. Dovolují si přesto (či snad právě proto) předpokládat, že by se pozastavil nad požadavkem Masarykovy univerzity psát habilitační práce anglicky.²⁵ Je tak dobře, že po dobrozdáních ze sousedních států pro většinu právních oborů připustila výjimky.²⁶

Kischel neuvádí národní zprávy jako žánr právnícké literatury. Při vnitrostátním vzdělávání roli nehrají, ohledně praxe nemluvě. Jsou však nástrojem konkrétní komparatistiky, již zmiňuje začátkem (s. 5). Vedoucí zvolí téma a naznačí otázky. Následně hledá národní zpravodaje. Pak je popohánějí a směřuje. Právní rámec a poměry v příslušném státě popisuje tento národní zpravodaj. Následně onen vedoucí sepsuje souhrnnou zprávu. Nyní se vše pochopitelně píše anglicky, proto *national reports*.

Dosud jsem napsal snad dvě desítky *national reports*. Účast na příslušných projektech mně otevřela cestu na konference a workshopy, příležitost publikovat včetně dalších pozvání, setkání s odborníky, další kontakty a inspiraci pro další bádání. Témata však určují akademici nejvyspělejších států. Doma leccos tématem (ještě) není. Takovou byla též sekce *Genetic discrimination in insurance and employment* ve Fukuoce.²⁷

²⁴ Viz Wissenschaftsrat. *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*. Hamburg, 2012, dostupné z: <<https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>>, zdůrazňuje (s. 73) vliv německého práva právě ve východní a jižní Evropě a ve východní Asii, přičemž rozmach anglických publikací se nepovažuje za jediný nástroj udržení tohoto vlivu.

²⁵ Čl. 1 odst. 3 Řádu habilitačního řízení a řízení o jmenování profesorem ve znění účinném od 1. 9. 2017, schváleného Akademickým senátem MU 27. 4. 2017, registrovaného MŠMT pod čj. MSMT-12642/2017.

²⁶ Zasedání Vědecké rady MU dne 5. 2. 2019.

²⁷ Iniciátorkou a organizátorkou byla profesorka Lara Khoury (University of Montreal). Téma je živé hlavně v USA, v Evropě méně. Diskriminace na pracovišti se totiž všeobecně zapovídá. Životní pojištění Češi sjednávají omezeně. Zdravotní pojištění je naopak univerzální. Účast však je podnětem ke zkoumání práva genetických testů vůbec. Reflexe právních aspektů této medicínské technologie v Česku zatím chybí.

15. Odlišné myšlení

Nejcennější poznatek, který *Kischel* českému čtenáři poskytne či připomene, rozpracován je již dále,²⁸ se týká rozdílu promýšlení práva v Německu a ve Spojených státech amerických.

Německé právní myšlení představuje vykládání práva nejen na základě existující judikatury, ale hlavně promýšlení všemožných myslitelných problémů. Všudypřítomná je abstrakce, generalizace a systematizace. Již při shrnutí tohoto přístupu *Kischel* užívá obraty českým právníkům cizí, třeba pojmové pyramidy (s. 416 a násl.). Dvě staletí se tříbí výkladové metody (s. 426 a násl.). Katastrofa nacismu si vyžádala důraz na ústavnost státu včetně základních práv (s. 546–553). Základem ale zůstává právní dogmatika (*Rechtsdogmatik*).

Hlavním proudem americké právní vědy 20. století byl ovšem *legal realism*, což *Kischel* vyzdvihuje citátem „*We are all realists now*“ (s. 374). Rozhodující jsou postoje soudců. Stejně se *statutes* chápou jako politický korektiv precedentů (s. 260–261). Minuciózní interpretace se neprovozuje, neboť se vlastně nemá za potřebnou. To však stejně jen rozvíjí nevělu, ba nechť *common law* právníků abstrahovat a generalizovat (s. 267).

Právě elitní školy se tak soustředí na *empirical legal studies*, tedy zkoumání politických, sociálních, ekonomických či psychologických souvislostí, jakož také na filosofické ospravedlnění či zpochybnění práva. Některé směry se přitom označují za hnutí, *law and economics* je nejznámější, zmínit lze však též *law and literature*. *Kischel* je typickým německým akademikem, když dává najevo odstup (s. 129 a násl.).

Lze zvažovat, zda při vyžadované anglicizaci akademických publikací v oboru právo *empirical legal studies* nevytlačují právní dogmatiku. Ta se totiž nutně váže na jazyk. Zmínky politických, společenských, ekonomických a kulturních souvislostí jsou přitom pochopitelnou součástí zmíněných národních zpráv, jimiž jsou fakticky též mnohé další takové publikace směřované do mezinárodních časopisů.

16. Tuzemské směry

V případě Japonska, Koreje a Tchaj-wanu, jež si přizpůsobily německé právo, avšak posléze zde vliv získaly Spojené státy americké a jako ekonomická, politická a kulturní supervelmoc jej drží, *Kischel* zmíní, že tamní právníci, myslí jistě ty elitní, určité akademiky, se dělí – předpokládejme, že vesměs dle postgraduální formace – na německé a americké (s. 800).

Tento postřeh si zaslouží pozornost. V tuzemsku je totiž taková diferenciací též patrná. Vedle fakult jsou prostředím, kde se projevuje, též vrcholné soudy a úřady, elitní advokátní kanceláře, právní oddělení velkých korporací a mezinárodní organizace. Recenzovanou monografií přitom *Kischel* pomáhá chápat důvody a projevy této diferenciací.

První směr tvoří právníci, jež svá studia doplnili ve Spojených státech amerických, která však lze pojímat globálně, třeba na *Central European University* v Budapešti. Příznačné je zaměření na ústavní právo, v případě americkém *Kischelem* označené za královskou disciplínu (s. 366–367). Není to však ani tak právo české, nýbrž hlavně „ústavní“ právo

²⁸ GRECHENIG, Kristoffel – GELTER, Martin. Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischen Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, s. 513–561.

Evropské unie a Rady Evropy, tedy propletenec právních řádů a celoevropská základní práva. Angloamerický je sklon vnímat rozsudky jako právo (s. 243, 265). Cení se odvážný výklad, vždyť je onou tvorbou práva. Jejich náklonnost zmíněným *empirical legal studies* vysvětlí skutečnost, že při snadném studiu práv se věnovali druhým studiím, zhusta politologii.²⁹ Blízkost aktivistům odpovídá *Kischelem* naznačeným americkým poměrům (s. 262–263). To osvětluje politický vír, ve kterém se americká škola v Budapešti ocitla.

Druhý směr tvoří absolventi studijních pobytů v Německu. Jejich polem je hlavně občanské právo. Potvrzující tak *Kischelovo* naznačení německých žánrů právnické literatury (s. 476), píší hlavně rozsáhlé komentáře zákonů, na jejichž rekodifikacích se někteří podíleli. Minuciózně reflektují judikaturu a literaturu a spekulují o všemožných situacích pomocí myšlenkových schémat *Kischelem* pochopitelně jen načrtnutých (s. 416–422). Vedle hrstky právních historiků jsou jediní, kteří čtou starší literaturu. Bývají konzervativnější. Literaturu sousedů – veřejnost včetně odborné by patrně překvapilo, že hojně též polskou – přitom vyloženě vytěžují. Míni totiž, že je to nejlepší, ba jediná metoda kultivace tuzemského právního myšlení.³⁰ Tyto texty dávají zapomínat na povzdech praktika „Komentář končí tam, kde začíná problém“. Poznání, že tato literatura naznačuje právní řešení skutečných situací v šíři a hloubce doma nevídané, svede být až radostným prozřením.³¹

17. English Version

Ve Fukuoce jsem dostal příležitost krátce promluvit s autorem. Zmínil, že kniha vyjde anglicky. Je to dobře. Angličtina je jazykem mezinárodní komunikace akademiků, jimž především tato výborná monografie poslouží. Amazon ohlašoval *Kischel U, Comparative Law* na duben 2019. Nyní se již prodává. Knihu vydalo prestižní nakladatelství *Oxford University Press*. Odlišná je grafika obálky.

Téma právní komparatistiky nepotřebuje po čtyřech letech zásadní aktualizace. Přemýšlel jsem nicméně, zda autor pro svět přece jen něco nenapiše jinak. Obsah se jevil totožný.³² Ohlášenou knihu nakladatelství neoznačovalo za překlad. Dalo se tedy uvažovat, zda se autor rozhodl pro svět psát něco jinak než doma. Po vydání však byl jako spoluautor-překladatel na internetové prezentaci přidán *Andrew Hammel*. Samotný autor mi potvrdil totožnost anglické verze. Nadpis recenze proto uvádí též ji.

Kolegové projevíli zájem obstatat anglickou verzi. Sám jsem však zvědav, jak vyzní „hlazení proti srsti“ amerického práva. Důležité jsou však vlastně desetitisíce vět celé monografie. Zamysleme se nad samotným názvem německého a anglického vydání. *Comparative law* je etablovaným ekvivalentem *Rechtsvergleichung*. Při doslovném překladu však cítíme rozdíl. První je „srovnávací právo“, druhé „srovnávání práva“ či latinizací „právní komparatistika“ (s. 27). Toť již zmíněné úskalí překladu. Leckdy však jazyk

²⁹ Viz monotematická *Jurisprudence*. 2016, č. 6. Autoři doktrínu či normativní vědu (slovo dogmatika neuvádí) nepopírají, ale nevěnují se jí a vesměs dávají najevo, že je ve srovnání se společenskovedními přístupy podřadná.

³⁰ MELZER, Filip – TÉGL, Petr. *Občanský zákoník, § 2894–3081. Velký komentář. Svazek IX*. Praha: Leges, 2018, s. xiii–xvi, Předmluva hlavních autorů k IX. svazku.

³¹ JANUŠ, Jan. První poministerský rozhovor Roberta Pelikána: Je to geniální systém, ve kterém zcela zmizela moc. *Info.cz*. 13. 11. 2018, dostupné z: <<https://www.info.cz/pravo/prvni-poministersky-rozhovor-roberta-pelikana-je-to-genialni-system-ve-kterem-zcela-zmizela-moc-37824.html>>.

³² Dostupné z: <<https://global.oup.com/academic/product/comparative-law-9780198791355?q=Kischel&lang=en&cc=us#>>.

prozrazuje způsob myšlení.³³ Anglické *case-law* a německé *Rechtsprechung* vskutku naznačují jiné chápání rozsudků.

18. Překlad do češtiny a tuzemská komparatistika

Kdyby stát zaplatil ročně překlad jediné knihy o právu a výběr svěřil anketě, tak bych hlasoval pro *Kischela*. Většina očekávatelných čtenářů umí anglicky, takže si bude moci číst oxfordskou verzi. České vydání by však našlo další čtenáře.

Za socialismu a krátce po něm se komparatistikou zabýval akademik *Viktor Knapp*.³⁴ Jako editor komparací konkrétních témat³⁵ a organizátor symposií zaslouží zmínit profesor *Luboš Tichý*, jenž řídí Centrum právní komparatistiky na pražské fakultě. Ve svých disciplínách komparují též pedagogové střední a mladé generace. Tisícistránkovou monografii od domácího autora však nemáme. V českém prostředí se na ni stěží najdou síly. Domácí traktování by přitom mělo smysl. Mohl by se očekávat přímý vhled do polského a ruského, respektive sovětského práva. Reflexi si zaslouží zvláštnosti postsocialistického práva. Jakkoli retrospektiva svede být pro starší generaci citlivá, zvláště když se ta mladší vymezuje.³⁶

19. Zakotvení komparatisty a jeho jazykové vybavení

Kischel je profesorem právnicko-státovědné fakulty v Greifswaldu. Studoval však též na Yale a má advokátskou licenci státu New York (s. III). Když „hládí proti srsti“ právní Ameriku či spíš její obdivovatele, tak tak činí poučeně. Podívejme se tak na srovnatelná – též rozsahem, nesrovnávejme knihu dvousetránkovou³⁷ a tisícistránkovou, ale ani celou edici přinášející vedle metodologie též odvětvovou komparaci³⁸ – díla sepsaná anglicky.³⁹

Komparatista nemůže neumět anglicky, německy a francouzsky. Dle poznámkového aparátu *Kischel* vedle anglicky psané literatury zpracoval též francouzskou a španělskou. Ví však dobře, že vždy omezená znalost cizích jazyků je překážka komparatistiky (s. 9–11, 50). Právo jak menších, tak vzdálených států tak vesměs poznáváme zprostředkovaně (s. 226). Hodil by se však bezprostřední vhled do práva hlavních zemí dalších právních okruhů. Komparatista-superman by tak ovládal rovněž (alespoň) ruštinu, čínštinu a arabštinu.

V případě recenzované publikace bychom neměli přehlédnout, že autor, který studoval ve Spojených státech amerických a profesně tam působí, pro sepsání anglické verze své monografie přibral spoluautora-překladatele.

³³ Nepřekvapivě se lingvistické teorie ohledně vztahu jazyka a myšlení rozcházejí. Úzký vztah a z něj vyplývající všeobecnou nepřeložitelnost postuluje tzv. Sapir-Whorfova hypotéza.

³⁴ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy: úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996.

³⁵ Například TICHÝ, Luboš. *Světský fond a trust – jejich fungování v mezinárodním srovnání*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy, 2016, či POTACS, Michael – TICHÝ, Luboš. *Abuse of Law*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy, 2017.

³⁶ BOBEK, Michal – MOLEK, Pavel – ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita Brno, Mezinárodní politologický ústav, 2009.

³⁷ Jako BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2013.

³⁸ Například ZWEIGERT, Konrad. *The International Encyclopedia of Comparative Law*, vydávaná od roku 1973 nakladatelstvími Mohr Siebeck, posléze Nijhoff v 17 svazcích, vícekrát aktualizovaná, postupně elektronizovaná, nyní dostupná za úhradu online prostřednictvím nakladatelství Brill.

³⁹ SIEMS, Mattias. *Comparative Law (Law in Context)*. 2nd edition. Cambridge University Press, 2014. Autor je internacionální akademik píšící anglicky, jádrové právníké vzdělání má však německé. Kolektivní publikace REIMANN, Mathias – ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2008 má řadu autorů. Editori jsou též němečtí akademici.

20. Okcidentalismus a modernismus

Kischel odmítá kritiku zaostření na Západ, když míní, že svébytná právní řešení se těší až zvědavosti (s. 226). Lze dodat, že to může být svéráz hned u sousedů. Čím větší kuriozita v tuzemském právu, tím větší byla ochota přijmout v cizině publikaci.⁴⁰ Zkoumání cizím komparatistou nicméně znesnadňuje jazyková bariéra a nedostatek pramenů (s. 33, 226).

Srovnávat lze však srovnatelné. Role „soudce“ v amazonském kmeni je spíš etnografie než právní komparatistika (s. 182), jakkoli o právní etnologii a antropologii jako mostu uvažuje *Kischel* (s. 18, 20). Následující jev při uvedení indiánských práv jako zvláštnosti práva latinské Ameriky (s. 652 a násl.) však nezmínil. Podle nedávné zprávy⁴¹ nekontaktované kmeny praktikují infanticidu. Respektování jejich izolace tak ignoruje právo na život, jež unisono postulují katalogy základních práv. Nenamlouvejme si tak, že základní práva jsou univerzální. Na problematičnost takových brýlí *Kischel* podrobně poukazuje (s. 41–46).

Naše perspektiva je západní oprávněně. Západní civilizace – dle zmíněného Huntingtona – je stále silná. Oba hlavní právní systémy jsou jejím produktem. Tomu odpovídá pozornost právní komparatistiky. Právě státy Sinosféry zmíněné začátkem se západním právem inspirovaly, podobně jako Rusko a Turecko, omezíme-li se na nekolonizované velmoci.

21. Zapomínání na náboženský zdroj práva

Kischel náboženským právům věnuje samostatnou kapitolu. Uznává však, že jejich uplatnění je odlišné. To naznačuje důrazem na islámské právo (s. 856–928), naopak jen jako exkurs traktuje judaistické (s. 928–938) a římskokatolické kanonické právo (s. 938–944).

Kanonické právo je nyní interní standard největší církve. Pozoruhodný je postřeh, že křesťanství nechybí mnohost škol, které popisuje u dalších náboženských práv, tvoří jej protestantské a pravoslavné církve (s. 943). Jak *Kischel* utlumil historii práva, tak snad až podcenil vliv na světské právo. Některé instituty – jmenovitě manželství, zmíněné jen letmo (s. 941) – platily obecně. Byl to režim překvapivě moderní. Manželství jednoho muže a jedné ženy stejné pro pány i kmány bylo nerozlučitelné, což chránilo ženu před zapuzením. Svátostný ráz představoval „ústavní ochranu“. Na mysl však přichází též čelní střet se světským právem ohledně interrupcí.

V Izraeli se smísilo otomanské, kontinentální a angloamerické právo (s. 936). *Halacha* je však hlavně dvoutisíciletou tradicí etnicko-religiózní komunity v diaspoře. *Kischel* nemohl její dialogický ráz vyzdvihnout lépe než douškou *die Kraft der Debatte* (s. 928). Při vědomí osudů středoevropských židů přichází na mysl, zda neposloužila jako soukromá propedeutika početných právníků vzešlých z této komunity.

22. Šokující exotika, nebo prostě barbarství?

Pakistánská křesťanka *Aasiya Noreen (Bibi)* byla odsouzená ke smrti za rouhání. Trest smrti nás Evropany děsí obecně, za pár vět pak evokuje totalitu 20. století. Nejvyšší soud

⁴⁰ Jako příklad lze uvést judikaturu Ústavního soudu ČR ohledně tzv. slovenských důchodů ocitnuvší se ve sporu s právem EU, masivně představovanou a debatovanou řadou českých autorů doma i v cizině.

⁴¹ Přehled shrnující též právní rámec a debatu v Brazílii viz DE OLIVEIRA, Cleuci. *The Right to Kill*. 9. 4. 2018, dostupné z: <<https://foreignpolicy.com/2018/04/09/the-right-to-kill-brazil-infanticide/>>.

rozsudky nižších soudů zrušil.⁴² Po vysvětlování, proč je za rouhání vůči Bohu a proroku Mohamedovi třeba popravovat, hodnotí výpovědi svědkyň jako protiřečící, takže *in dubio pro reo*. Studovat tuto etapu medializované kauzy⁴³ je snadné, neboť jazykem pakistánských soudů je angličtina. Forma je anglická, substance islámská. Pákistán má v právu koloniální dědictví (s. 910).

Kischel tento institut islámského práva *šaría* rozhodně nepřešel, když podrobně (s. 904–906) vysvětluje smrti trestané odpadlictví, pod něž se rouhání podřazuje. Vnímá jej jako nástroj kontroly společnosti autoritativními režimy. Zde část elit využívá fanatismus mas, zatímco jiní jej zadržují. Soudcům se vyhrožuje. Kauza stála životy prostých i význačných lidí. Soud se pak pochopitelně vyhýbá klíčové otázce, zda je rouháním výrok při hádce žen pracujících na poli „Za lidstvo zemřel Ježíš Kristus, co pro vás udělal Mohamed?“. Autoritám se totiž asi debatuje těžko. Již mínění, že jistý výrok rouháním není, za něj fanatici svedou považovat.

V některých evropských státech se rouhání postihuje dodnes.⁴⁴ Již elementární komparatistika nám však ukáže, že smyslem je soužití různých náboženství, nikoli výlučnost některého. Tresty jsou pořádkové. Ukládají se váhavě, neboť se vnímá pnutí se svobodou slova. Též v křesťanské Evropě se však po staletí jako kacířství krutě trestaly již nepravověrné představy. Lze tak váhat nad irelevancí starozákonního zákazu ve středověku a novověku (s. 940).

23. Závěrem o právu a světu

Výdobytkem je totiž odstup práva od náboženství a světonázorů. Ta první jsou základem náboženských práv, *Kischelem* zdůrazněné na kanonickém právu označeném kvůli nároku na myšlení člověka příkře jako totalitního (s. 941). Světonázorů nejsou prostá ani sekulární práva. Totalitní byla komunistická ideologie, vykazující (nejen) v Sovětském svazu skoro náboženské rysy.⁴⁵ To nejvíc odůvodňuje zmíněné vyčlenění práva socialistických států. Ideologií ovlivňující dnešní právo se leckomu jeví být liberální progresivismus. Se zjevnými pochybami jej *Kischel* vnímá jako častý přístup americké právní vědy (s. 263, 301). Jeho evropskou obdobou snad je *Kischelem* jinde uvedený euroromantismus.

Kischel nahlíží právo strážlivě. Nejen zaznamenáním si rozdílů mezi právem a skutečností, ale také zdrženlivostí vůči snahám právem proměňovat člověka. Je však dobré připustit, že právo není pouze technologií. Podporuje jej kultura ve smyslu sdílených společenských hodnot. Její sílu cítíme právě ve zmíněném Japonsku a Koreji. Taková kultura tvoří národ v civilním slova smyslu. Nezapomínejme přitom na jazyk. Ten je obvyklým pojítkem národa, jenž je následně předpokladem životaschopného státu. Je však rovněž nástrojem vytváření a uplatňování práva. Právo je totiž zároveň technologie a kultura. Pro uvědomění si těchto rysů práva v měřítku celé naší planety se *Kischelova Rechtsvergleichung* dá doporučit přímo nadšeně.

⁴² The Supreme Court of Pakistan (Appellate Division), Criminal Appeal No. 39 L of 2015, *Ms. Asia Bibi versus the State*, judgment 31. 10. 2018, dostupné z: <http://www.supremecourt.gov.pk/web/user_files/File/CrL.A._39_L_2015.pdf>.

⁴³ Přehled dění poskytuje heslo v anglické Wikipedii, dostupné z: <https://en.wikipedia.org/wiki/Asia_Bibi_blasphemy_case>.

⁴⁴ *Herabwürdigung religiöser Lehren* dle § 188 *Strafgesetzbuch*. Odsouzení k pokutě za označení Mohameda za pedofila připustil Evropský soud pro lidská práva rozsudkem 38450/12 ze dne 25. 10. 2018, *E. S. proti Rakousku*.

⁴⁵ PUTNA, Martin C. *Obrazy z kulturních dějin ruské religiozity*. Vyšehrad, 2015, s. 251–252.

24. Ale také o vesmíru a vůbec...

Každá recenze by měla autorovi vytknout, že něco chybí. Vesměs to, co jej vůbec nenapadlo zařadit. *Kischel* opomněl představivost. Právo je rovněž ve smyšlených světech. V některých jsme obýdli vesmír, všelijak zmutovali a potýkali se s mimozemšťany. Srovnání práva ve vesmírech seriálů *Star Trek* a *Star Wars* by bylo základem příslušné kapitoly. Promýšlejme též pojetí vody jako vlastnictví kmene na vyprahlé planetě Arrakis románové série *Duna*,⁴⁶ pociťujeme-li letos – nejen obecně, ale již též doma – jako hrozbu sucho.

Filip Křepelka*

Zámečnicková Marie. Vady zákonodárního procesu a zákonů v České republice, Německu a Rakousku. Praha: Leges, 2018, 184 s.

Soudce Nejvyššího soudu Spojeného království *Philip Sales* označuje kvalitní legislativeckou práci za předpoklad fungování zásady vlády práva,¹ a přestože český právní řád vychází z kontinentální právní tradice, je jistě přípustné toto tvrzení vztáhnout i na Česko. V české odborné veřejnosti panuje skepse a zklamání z nedostatečné pozornosti, která se legisprudenci věnuje,² takže nezbyvá než zajásat nad knižním debutem nadějně české právničky, kterou autorka této publikace zajisté je. Pozorný čtenář autorku a její texty věnující se tématu kvality zákonodárství i samotnému zákonodárnímu procesu již jistě zná jak ze stránek časopisu *Právník*, tak i z legislativní přílohy časopisu *Správní právo*, takže ví, že předkládaná kniha je podložena několika lety soustavného výzkumu a vlastních zkušeností. Tato recenze nijak nezastírá, že způsob i kvalitu zpracování tématu včetně komparace kvality legislativy mezi třemi jurisdikcemi provedenou *Marií Zámečnickovou* by jí mohl závidět ne jeden zkušený odborník.

Volbu geograficky i kulturně Česku příbuzných systémů Německa a Rakouska je potřeba hned v úvodu ocenit, přestože se nabízí i možná výhrada, že v knize není příliš zohledněna tvorba mimo německy píšící autory – zejména tvorby anglofonního prostředí, pro které témata *bill drafting* a *law reform* jsou původní. Vzhledem ke srovnávaným státům je toto logické, nicméně do budoucna je možné text rozšířit o teoretickou základnu zahrnující srovnání s autory z dalších oblastí. Autorka také nejčastěji volí metodu reflexe tématu legislativní tvorby skrze judikaturu ústavních soudů, což je dle mého soudu plně legitimní přístup, který umožňuje se na zvolené téma dívat realistickým způsobem, byť autoři vyznávající klasické pojetí tripartice mocí k němu mohou mít své výhrady. Čtenáři

⁴⁶ HERBERT, Frank. *Duna*. Praha: Svoboda, 1988.

* Doc. JUDr. Filip Křepelka, Ph.D., katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Filip.Krepelka@law.muni.cz.

¹ SALES, P. The Contribution of Legislative Drafting to the Rule of Law. *The Cambridge Law Journal*. 2018, Vol. 77, Iss. 3, s. 632. Dostupné z: <10.1017/S0008197318000624>.

² Viz KOKEŠ, M. Teorie zákonodárství aneb pokus čelit nezájmu právní teorie a politologie o legislativní tvorbu práva v ČR. *Správní právo*. 2016, roč. XLIX, č. 1, s. 28–56. NOVOTNÝ, O. Hypertrofie práva, její aspekty a jak jí čelit. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 7, s. 623.

se v každém případě dostává do rukou pečlivě vyzkoumaný a čtivý text věnovaný nepříliš frekventovanému tématu, které ale nepřímo ovlivňuje každodenní život každého z nás.

Kniha je rozčleněna do šesti kapitol, které začínají obecnými úvahami, jaké jsou znaky dobrých zákonů a jak se k takovým zákonům má zákonodárce dobrat. Zde asi nikoho nepřekvapí, že uváděné zásady jasného, srozumitelného, obecného, bezrozporného, racionálního práva jsou společné všem třem zkoumaným jurisdikcím. Na druhou stranu se abstraktní zásady mohou různými konkrétními způsoby projevovat a zmíněného stavu se lze dopracovat různými způsoby, což autorka rozvíjí v následujících kapitolách. Po zodpovězení otázky „co“ se proto autorka věnuje otázce „jak“, když rozebírá podmínky legislativního procesu. Nelze samozřejmě zcela přesně bez dalšího srovnávat systém unitární a dva systémy federální, ve kterých druhá komora plní jinou roli než český Senát, ale na řadě míst čtenáře napadne, jak je možné, že některé procesy fungují ve složitějším soukolí jednodušeji či lépe.

Čtvrtá kapitola postupně představuje jednotlivé aktéry legislativního procesu, jako je státní správa, vláda, prezident, a obě komory parlamentu, a vždy srovnává jejich postavení napříč zvolenými jurisdikcemi. Občas takové srovnání vyžaduje hlubší představení rozdílných institutů a jejich zapojení do legislativního procesu, které by se čtenáři jinak mohly na první pohled zdát obdobné, jako je na příklad ingerence prezidenta v závěru schvalovacího procesu. Tato srovnání jsou vždy podpořena kazuistikou opírající se o rozhodovací praxi soudů či odbornou literaturu. Díky tomuto zvolenému přístupu je možné vidět nejenom dobrou ale i špatnou praxi, kdy zejména ta druhá zmíněná je autorkou více zdůrazněna jako odstrašující příklad. Ocenit je potřeba zejména prostor věnovaný předparlamentní fázi legislativního procesu včetně role poradních orgánů vlád a parlamentů, jako je česká Legislativní rada vlády nebo německá Národní rada pro kontrolu norem (*Der Nationale Normenkontrollrat*), což přináší řadu podnětů pro zlepšení i českých institucionálních nástrojů kontroly kvality legislativy. Zvláštní prostor je věnován srovnáním menšinových práv opozice, což je zajímavé zejména v kontextu opakujících se volání na české scéně po omezení obstrukčních nástrojů opozice a racionalizaci parlamentních deliberací. V tuzemsku opomíjenou druhou stranou mince jsou totiž třeba opoziční dny parlamentu a jiné, často neformální, nástroje, jak opozice může nastolovat svou agendu. Ty v českých politických podmínkách ale nemívají valného zastání.

Tato čtvrtá kapitola je páteří knihy, neboť vedle institucí zahrnuje i procesní stránku tvorby legislativy. Již v jejím názvu je uvedeno, že se bude věnovat vadám zákonodárského procesu coby zrcadlo dříve předestřených zásad dobré legislativy. Zatímco nešvary jako vládní zákony předkládané z poslaneckých lavic nebo divoké a nesouvisející pozměňovací návrhy nikoho znalého situace nepřekvapí, problém federální dělby moci či otázky subsidiarity jsou pro Česko coby unitární stát problémem spíše hypotetický. Celoevropsky poplatný je nicméně problém legislativní inflace, respektive vnitřní dynamika legislativy, tedy praxe, kdy další změna zákona sotva dokončujícího legislativní proces je již v připomínkovém řízení. S množstvím předpisů a jejich změn samozřejmě roste množství možných pochybení, které je potřeba dalšími novelami odstranit. *Marie Zámečníková* (tradičně) vyzývá ke koncepčnější tvorbě a větší péči o právní jazyk, ale (méně tradičně) předkládá čtenáři i konkrétní nástroje, kterými lze překotnost změn eliminovat a předpisy tvořit srozumitelněji i pro neprávníckou veřejnost. Poukazuje zejména na absenci české celonárodní koncepce, kterou bychom mohli nazvat legislativní politikou, tedy soustředěnou činností státní moci vedoucí k jednoduššímu a srozumitelnějšímu právnímu řádu.

Určité vysvobození od chrlení zákonů spatřuje i v častější legislativní delegaci, která nicméně neřeší problém regulatorní zátěže a dynamiky právního řádu, ba spíše naopak.

Řada z popisovaných nešvarů a provinění se proti pravidlům dobrého zákonodárství je patologická a vlastní době, která je někdy nazývána *stoletím zákonů*. Doba je rychlejší a zákonodárství je nejrychlejším způsobem změny společenské reality,³ takže se nelze divit, že politici se jich ochotně chápou. Ve vládních deklaracích tak spíše, než jak se bude vládnout, nacházíme prohlášení, které zákony budou přijaty nebo měněny. S výsledkem se pak musíme nějakým způsobem poprat, ale vždy si s ním lépe poradíme, bude-li norma vyjádřená v předpisu jasná, srozumitelná, obecná, bezrozporná a racionální. Toho dosáhnout napomáhá i tato kniha, takže bych si rád vypůjčil autorčina slova ze závěru, že i cesta může být cíl. Budeme-li se tedy na uvedenou knihu dívat jako na analýzu démonů legislativního procesu prováděnou se zřetelem na existenci i jeho andělů, bude kniha přínosným a užitečným průvodcem pro svého čtenáře. Je to totiž vždy lepší, pokud aktéři legislativního procesu budou pomalou mravenčí prací odstraňovat načrtnuté nešvary, než pokud by je akceptovali jako kolorit českých reálií. Autorkou zmiňované problémy totiž nejsou zpravidla jakousi českou zvláštností, ale systémovým problémem vlastním většině světových právních řádů. K jejich odstranění je třeba si je na prvním místě uvědomit, analyzovat je odděleně od každodenního shonu a pochopit jejich původ, čemuž napomáhá svou knihou právě i *Marie Zámečnicková*.

Michal Říha*

³ MUSIL, M. Mýtus legislativní dokonalosti. In: GERLOCH, A. – KYSELA, J. (eds). *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie*. Praha: ASPI, 2007, s. 305.

* JUDr. Michal Říha působí na katedře evropského práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-9227-2158>>. E-mail: rihamich@prf.cuni.cz.

Hans Kelsen's Conception of Natural Law Fallacy

Ivo Cerman

Abstract: The article reconstructs Kelsen's understanding of a fallacious reasoning known as "natural law fallacy" (Naturrechtlicher Trugschluss). Kelsen's "natural law fallacy" pertains to a different kind of reasoning than the "is/ought fallacy". In Kelsen's view, this was a logical procedure, in which legal norms are derived from norms existing allegedly without human will (Sollen/Sollen Trugschluss, ought/ought fallacy). Our article shows, however, that this fallacy was not a part of an eternal "jusnaturalism", which would have waged eternal war with "positivism", nor is it a part of early modern natural law. It was a circumstantial reasoning applied ad hoc by 20th century lawyers without any relation to the earlier tradition.

Key words: natural law, legal positivism, is/ought fallacy, Hans Kelsen, Samuel Pufendorf, Emil Brunner, Carl Bergbohm, Moritz Schlick, Henri Poincaré

"Judikatura" [Settled Case-law], or Precedent?

Terezie Smejkalová

Abstract: The aim of this text is to show that decontextualization and disregarding the context set by the relevant (adjudicated) facts of the case in the context of Czech legal system may be considered overstepping boundaries set by separation of powers, and, in consequence, harming the legitimacy of the judiciary as a whole. This text first deals with the notion of precedent as understood in anglo-american legal systems and explains the notion of precedential scope and the importance of facts for the application of precedent. Further, it tackles the Czech concept of "judikatura" [settled case-law] and discusses to what extent may decontextualization of the use of this case-law be considered a risk for the legitimacy of the judiciary in the Czech Republic.

Key words: settled case-law, precedent, adjudicated facts, legitimacy, separation of powers, precedential scope

Mediator's Remuneration Pursuant to Decree No. 277/2012 and Economic Analysis of Law

Marcela Fryštenská – Marek Litzman

Anotace: The authors contemplate the practice and effectiveness of the rule by which the legislator set the amount of remuneration of a registered mediator at a court order at CZK 400 for each commenced hour. The authors of the paper have done a quantitative method where all enrolled mediators have been approached by an electronic questionnaire in order to obtain the data to find answers to questions: Is the rule of the mediator's remuneration effective? Does it benefit the parties concerned? Is it motivating for the mediators themselves? What possible de lege ferenda proposals could increase the effectiveness of the Mediator Remuneration Rule? The authors are looking for answers to these questions and other questions by using the Law of Economic Analysis method.

Key words: mediation, mediator, economic analysis of law, reward, optimal reward, benefit, rational party, theory of offer, theory of demand, questionnaire survey

The First Meeting with a Registered Mediator Based on Spatial Analysis of its Use in the Czech Republic

Lenka Holá – David Fiedor – Martina Urbanová

Abstract: The modernization of justice systems is currently being discussed in most European countries. Law seeks new possibilities that could serve as an alternative to standard judicial procedures. These include mediation. The original theoretical-empirical study responds to the urgent demand for relevant and up-to-date information on the application of mediation in the Member States of the European Union. The authors have used an interdisciplinary approach in which a sociological and socio-geographical point of view is applied. They mainly focused on applying the institute of the first meeting with a registered mediator. Based on statistical data obtained from the Ministry of Justice of the Czech Republic, a spatial analysis of the use of the institute of the first meeting with a registered mediator in civil court proceedings was conducted by district courts of the Czech Republic. Maps have been created to provide a spatial view of its distribution. For a more comprehensive approach, the authors supplemented them with an analysis of the types of disputes in which the first meeting with a registered mediator has been ordered by the district courts. It turns out that the application of the first meeting with a registered mediator is strongly spatially concentrated. At the same time, some relationships and factors that determine this spatial differentiation have been identified. A unique interdisciplinary interest on mediation in the Czech Republic is the result of the long-term research focus of the Faculty of Law in Olomouc as well as in Brno.

Key words: mediation, Mediation Act, first meeting with a registered mediator, spatial analysis, district courts

STÁLÁ KONFERENCE ČESKÉHO PRÁVA

Zveme vás na konferenci

Budoucnost civilního procesu

7. října 2019 od 9.30 do 13.00 hod.

Akademie věd České republiky
Národní 3, Praha 1

Konference je zařazena do projektu
Stálá konference českého práva 2019.

Záštitu nad projektem převzali

Jaroslav Kubera, předseda Senátu Parlamentu ČR
Mgr. Radek Vondráček, předseda Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR
JUDr. Pavel Rychetský, předseda Ústavního soudu ČR
prof. MUDr. Tomáš Zima, DrSc., rektor Univerzity Karlovy v Praze
MUDr. Zdeněk Hřib, primátor hl. m. Prahy

*K aktuálním stěžejním otázkám současné právní úpravy civilního soudního procesu
a k nejvýznamnějším odborným aspektům jeho budoucnosti se vyjadřují špičkoví představitelé právní teorie a praxe.*

Přednášejí:

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc., Právnická fakulta UK v Praze

Koncepce českého civilního procesu: pohled do budoucna

JUDr. Roman Fiala, Nejvyšší soud ČR

Budoucnost civilního řízení soudního

doc. JUDr. Petr Lavický, Ph.D., Právnická fakulta MU v Brně

Postavení strany ve věcném záměru civilního řádu soudního

JUDr. Jaromír Jirsa, Ústavní soud ČR

Soud a strany v civilním řízení sporném

JUDr. Bohumil Dvořák, Nejvyšší soud ČR

Dovolání ve věcném záměru civilního řádu soudního

JUDr. Petr Šuk, Nejvyšší soud ČR

Klíčové otázky dovolání – dnešek a budoucnost

Moderují:

prof. JUDr. Karel Eliáš, Dr., Ústav státu a práva AV ČR

JUDr. Karel Havlíček, zakladatel Stálé konference českého práva

Organizační informace

Časový harmonogram konference: 9.30–10.00 – prezence; 10.00–12.45 (13.00) – konferenční jednání (s přestávkami na kávu).

Přihlášky zasílejte na e-mailovou adresu: sekretariat@skcp.cz, fax: 257 223 010.