

STATI

Síla, moc a mezinárodní právo

Josef Mrázek*

Abstrakt: Tento článek se zaměřuje na vztah mezi mezinárodním právem, mocí a silou. Autor článku začíná své pojednání u „klasického právního myšlení“ a negativních reakcí „právního realismu“ vůči tomuto „klasicismu“. „Realisté“ obecně považují mezinárodní právo za výsledek zájmů mocných států. H. Morgenthau byl zřejmě první, kdo podnikl široký útok na klasické právní myšlení zdůrazněním rozhodujícího vztahu mezi mocí (silou), chováním státu a mezinárodním právem. „Realismus“ se stal klíčovým směrem mezi americkými teoretiky mezinárodního práva i v zahraniční politice USA. Prvek síly a hegemonisticky pojatý „národní zájem“ získaly za „studené války“ v zahraniční politice USA skutečně dominantní pozici. „Realisté“ všech škol a zaměření mnohokrát tvrdili, že mezinárodní právo nesmí omezovat „národní zájem“ a zahraniční politiku USA. Mezinárodní práva jistě nelze oddělovat od politiky. Na druhé straně však mezinárodní právo nelze nahrazovat politikou nebo pouhou morálkou. Mezinárodní právo je souborem právních norem, které řídí vztahy mezi státy a jinými subjekty mezinárodního práva. Nelze popírat právně závazný charakter mezinárodního práva, které omezuje volnost jednání státu a jeho ostatních subjektů. Existuje povinnost každého státu plnit v dobré víře své závazky na základě obecně uznaných principů a pravidel mezinárodního práva. Čl. 103 Charty OSN jasně stanoví, že v případě konfliktu mezi závazky členů OSN podle Charty a jejich závazky z jiných mezinárodních dohod mají závazky podle Charty přednost. Tvzení, že systém kolektivní bezpečnosti OSN selhal, nedává ještě žádné ospravedlnění pro závěr „realistů“, že použití síly již nepodléhá „mezinárodní vládě práva“ a vlastní „národní zájem“ má přednost. Autor se pokouší o stručnou analýzu vztahu mezi „legalitou“ a „legitimitou“ v mezinárodním právu. Jednostranné uchýlení se k použití síly pouze na základě důvodů „legitimity“ bez autorizace OSN je vysoce kontroverzní. Autor článku odmítá tvrzení, že každá humanitární intervence je legitimní výjimkou ze zákazu použití síly. Článek je i pokusem ukázat základní rozdíly mezi legalistickým a politicky orientovaným přístupem v mezinárodním právu. Autor se kriticky zabývá rovněž extenzivním výkladem pojmů legality a legitimacy při použití síly a krátce i politikou mezinárodního práva.

Klíčová slova: mezinárodní právo, moc, použití síly, klasické právní myšlení, právní realismus, legitimita, legalita, národní zájem, neformální regulace

Úvod

Vztah práva a moci patří k základním otázkám teorie práva, právního konstitucionalismu, sociologie práva i dalších příbuzných oborů. Právo nepochybně slouží k výkonu veřejné či státní moci. Moc na druhé straně slouží k tvorbě a výkonu práva. Státní moc má být vykonávána v souladu s právem. Bez možnosti donucení nelze hovořit o právu, a to platí i pro právo mezinárodní. Stát, který má moc, se může dopustit a také někdy dopouští porušování nebo i zneužití práva. Vedle právních norem existují i normy morální a náboženské, které rovněž determinují pravidla lidského chování. V některých společnostech mají náboženské normy dokonce povahu státního práva a autorita náboženských vůdců je vrcholnou autoritou státní moci (viz např. Írán). V současném světě však jde spíše o výjimky. Obecně platí, že bez veřejné moci by právo nebylo právem. Právo „*nutně implikuje*

* JUDr. Josef Mrázek, DrSc., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., a Fakulta právnická ZČU v Plzni. E-mail: josef.mrazek@ilaw.cas.cz. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

moc“ a „*není totožné s mocí*“.¹ Také obecně platí, že samotná existence a význam veřejné (státní) moci ještě neimplikují jednání v souladu s právem. Porušení morálních nebo náboženských norem má většinou za následek morální nebo náboženské odsouzení, a to na rozdíl od vymahatelnosti právní normy státní mocí. Vedle „veřejné moci“, která zahrnuje především stát, ale i „veřejnoprávní korporace“, lze podle různých kritérií rozlišovat i moc „soukromou“, „duchovní“, „politickou“, nebo i „ekonomickou“.² Nepochybně nelze pominout ani moc „vojenskou“, pro kterou se nejčastěji používá výraz „síla“ (*power, la force, la fuerza*). Pokud jde o moc státní, je dělba moci na moc zákonodárnou, výkonnou a soudní základním kritériem existence demokratického právního státu. Stěžejní význam z hlediska kontroly ústavnosti mají ústavní soudy. Za představitele „veřejné moci“ je někdy označováno i „*mezinárodní společenství států reprezentované mezinárodními organizacemi*“.³ Takto široké vymezení „veřejné moci“ zahrnující mezinárodní instituce a mezinárodní právo lze označit za „podmíněné“, neboť záleží na poměru práva mezinárodního a vnitrostátního. Většinou nejsou normy mezinárodního práva veřejného přímo aplikovatelné v právu vnitrostátním. Ne všechny mezinárodní organizace mají také povahu mezivládních mezinárodních organizací. V teorii práva i v praxi se běžně hovoří o „legitimní moci“ (*legitimate power*). Tento pojem pak odráží skutečnost, že moc byla nabyta legální cestou a je vykonávána v souladu s demokratickými právními zásadami a požadavky ústavnosti. Výkonu státní moci se úzce dotýká otázka vztahu mezi legalitou a legitimitou. Jedná se nejen o otázku právní, nýbrž jde i o problém politické filosofie a sociologie. Hovoří-li se o legalitě a legitimitě v právu, nelze pominout dílo německého právníka a politického teoretika Carla Schmitta (1888–1985).⁴

Dílo Schmitta představuje významný příspěvek pro rozvoj právního myšlení. Autor je však považován za kontroverzní postavu, vzhledem k jeho aktivnímu zapojení do vytváření „právního rámce“ nacionálního socialismu i nacistického státu. Vedle Schmitta se stal přívržencem nacistického režimu např. i významný představitel frankfurtské filosofické školy Martin Heidegger.⁵ Vztahem práva a legitimity se z pohledu sociologie práva zabýval také významný autor Max Weber v publikaci *Wirtschaft und Gesellschaft*.⁶ Z hlediska terminologického se většinou rozlišují pojmy „*power*“ a „*force*“, i když může jít v určitých případech o synonyma. Výraz „*power*“ znamená především „moc“, může však podle okolností obsahově znamenat „sílu“, „mocnost“, „právo“, „pravomoc“ nebo „oprávnění“. Anglický výraz „*force*“ lze překládat jako „sílu“, „ozbrojené síly“, „platnost“ nebo „účinnost“ zákona či smlouvy, ale také jako „násilí“, nebo dokonce i „význam“ a „smysl“. V mezinárodním právu se setkáváme nejčastěji s pojmy „*force*“ (*unlawful use of force*) a „*power*“ (*legitimate power, inherent powers, constitutional powers etc.*).⁷ Lze se setkat

1 KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 43. J. J. Rousseau napsal v *Du contrat social ou Principes du droit politique*, že „*nejsilnější není nikdy dost silný, nepřemění-li svou moc v právo*“. Podle jeho názoru „*netvoří-li moc právo, zůstávají smlouvy základem veškeré legitimní moci mezi lidmi*.“ V českém překladu viz ROUSSEAU, J. J. *O společenské smlouvě neboli O zásadách státního práva*. Aleš Čeněk, 2002, s. 16–17.

2 Viz k tomu GERLOCH, A. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 293.

3 Ibidem, s. 293.

4 Viz SCHMITT, C. *Politische Theologie*. München, 1992. SCHMITT, C. *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. München, 1923; SCHMITT, C. *Der Begriff des Politischen*. München, 1922; SCHMITT, C. *Die Verfassungslehre*. München, 1928; SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung*. München, 1932. Některé z těchto publikací byly v posledních letech přeloženy i do češtiny.

5 Viz blíže POSAVEC, Z. Carl Schmitt und Martin Heidegger. In: *Zur philosophischen Aktualität Martin Heideggers*. Frankfurt, 1990.

6 WEBER, H. *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen, 1921, s. 122–176.

7 Viz např. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing Co., 1990, s. 694 a 1169.

i s pojmem „*might*“ též ve významu „moc“ či „síla“. ⁸ Pokud jde o použití síly v mezinárodních vztazích, Charta OSN ovšem jednoznačně hovoří o „*zákazu hrozby nebo použití síly*“. ⁹ Tento článek je věnován otázkám použití síly a úloze moci v mezinárodním právu, respektive v celém systému mezinárodních vztahů. S tímto tématem pak bezprostředně souvisejí i otázky legality a legitimacy v mezinárodním právu, jakož i otázky demokracie a „mezinárodní vlády práva“. Otázky legality a legitimacy, demokracie a mezinárodní vlády práva patří ke „klasickým“ i „aktuálním“ problémům právní vědy. Příspěvek se zaměřuje zejména na některé teoretické koncepce, které se týkají použití ozbrojené síly v mezinárodních vztazích. Vztah práva a síly je ústředním tématem práva mezinárodní bezpečnosti. Uvedené téma je ovšem předmětem zkoumání i jiných právních oborů, především mezinárodních vztahů, politologie, sociologie i historie.

1. „Klasické právní myšlení“ a jeho kritika ze strany stoupců „právního realismu“

Je nepochybné, že na vývoj různých koncepcí a doktrín použití síly měla mimořádný vliv nauka mezinárodního práva v USA. Nejčastěji se hovoří o škole „klasického právního myšlení“ a „právním realismu“. U příležitosti stého výročí založení časopisu *American Journal of International Law* (AJIL) v roce 1906 byl v roce 2006 v témže časopise publikován článek na téma *Power and International Law*. Podle autorů článku bylo samotné založení časopisu provázeno vírou svých zakladatelů, že „*mezinárodní právo může zrušit (nebo alespoň podstatně omezit) úlohu síly ve světových záležitostech*“. ¹⁰ Prvním prezidentem *American Society of International Law* (ASIL) se stal dokonce ministr zahraničí USA Elihu Root. Podle názoru autorů zmíněného článku však uvedený entuziasmus postupně vyprchal. Zejména od roku 1949 se pak právníci i politici soustředili na analýzu vztahu síly a mezinárodního práva. Ke zkoumaným problémům pak následně patřila např. otázka, jak síla omezuje mezinárodní právo nebo ho dokonce odsuzuje k bezvýznamnosti, jak může mocný stát (USA) využít mezinárodní právo ke svým cílům nebo jak může mezinárodní právo samostatně rekonfigurovat sílu ve své vlastní právo. ¹¹ Sluší se ovšem říci, že představy o výjimečnosti použití síly nebyly v USA nikdy příliš idealistické. Svědčí o tom četné vojenské intervence USA v 18. a 19. století. Th. Franck ve svém článku v témže čísle tohoto časopisu napsal, že přístup „klasicistů“ k mezinárodnímu právu nikdy neodrážel názor dvoutřetinové většiny Senátu ani většiny amerických mezinárodních právníků. Zpochybnil realizovatelnost ideje „*světa mezinárodního práva jako přirozené a dokonce historicky nevyhnutelné extrapolace americké myšlenky obsažené v klasickém právním myšlení*“. ¹² Pojetí „klasicistů“ kritizoval např. i bývalý poradce Kongresu USA za vlády

⁸ Srov. publikaci STROMSETH, J. – WIPPMAN, D. – BROOKS, R. *Can Might Make Rights? Building the Rule of Law after Military Interventions*. New York: Cambridge University Press, 2007.

⁹ Srov.: „*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*“ (Art. 2, para 4).

¹⁰ Srov.: „*[...] that international law could abolish (or at least substantially diminish) the role of power in world affairs,*“ STEINBERG, R. H. – ZASLOFF, J. M. *Power and International Law*. *American Journal of International Law*. 2006, Vol. 100, No. 1, s. 64.

¹¹ Srov.: „*[...] how power constrains international law (or dooms it to irrelevance), how the powerful states can harness international law to their ends, and how international law may autonomously reconfigure power in its own right*“, *ibidem*, s. 64.

¹² FRANCK, T. M. *The Power of Legitimacy and Legitimacy of Power*. *American Journal of International Law*. 2006, Vol. 100, No. 1, s. 88.

prezidenta Obamy H. Koh jako „*utopismus mezinárodního práva*“, ke kterému se realisté nesnížili, nebo jím dokonce pohrdali.¹³ Klasickým příkladem kritiky „klasických“ ze strany „realistů“ se stala kniha, která mne kdysi velmi zaujala, nazvaná *World Peace Through World Law* autorů, jimiž jsou Greenville Clark a Louis Sohn.¹⁴ Podle Francka kniha krátce vzbudila zájem odborných kruhů, nicméně nezískala větší podporu v zahraniční politice.¹⁵ Koh označil tuto pozitivistickou vizi s existencí „světové policie“ (*World Police Force*) dokonce za „Potěmkinovu vesnici“.¹⁶ Ke kritikům „klasického“ právního myšlení patřil např. i autor koncepce „zatlačování komunismu“ George F. Kennan, se kterým jsem měl v minulosti možnost se setkat a krátce i některé otázky diskutovat. Kennan kritizoval „*legalisticko-moralistický přístup k mezinárodním problémům*“ a popíral možnost „*potlačit chaotické a nebezpečné aspirace vlád v mezinárodní oblasti na základě nějakého systému právních norem a omezení*“.¹⁷ Stoupenci tzv. klasicismu často používali analogie mezi právem vnitrostátním a mezinárodním. Klasické právní myšlení zdůrazňovalo, že v mezinárodní sféře musí USA založit důvěru své politiky nikoli na síle, nýbrž na vládě práva (*a reign of law*) a výkonu spravedlnosti s cílem zbavit svět sporů a konfliktů. Tuto myšlenku zdůraznil např. prezident USA Calvin Coolidge v projevu z 31. 5. 1926. O rok později týž den mj. prohlásil: „*Přejeme si zbavit se elementu síly v mezinárodních smlouvách a jednáních a spoléhat na rozum a právo*“.¹⁸ Z dnešního pohledu se taková prohlášení mohou vzhledem k mezinárodní realitě a aktuální praxi USA jevit jako nerealistická a možná i naivní. Koncepce či teorie „klasického právního myšlení“ v USA ztratila na významu nejpozději během třicátých let minulého století v důsledku světové hospodářské krize a vzniku fašismu. Lze konstatovat, že „klasické právní myšlení“ se v nauce mezinárodního práva ani zahraniční politice USA neprosadilo a rozhodující vliv získal tzv. právní realismus.

2. Nástup „právního realismu“ a jeho dominance v zahraniční politice USA

2.1 Hans Morgenthau a jeho vliv na zahraniční politiku USA

Mezinárodní právník Hans Morgenthau podrobil klasické právní myšlení kritice již ve svém článku *Positivism, Funktionalism and International Law* z roku 1940, a to z hlediska gnozeologického, metodického i normativního. Podle Morgenthaua „klasické právní myšlení“ ignorovalo vztahy mezi silou, mezinárodním právem a chováním státu.¹⁹ Morgenthau byl stoupencem behaviorálního přístupu v mezinárodním právu a zařadil se k nejvýznamnějším představitelům právního realismu v mezinárodním právu. Morgenthau

¹³ Srov.: „[...] the realists Cold War disdain for the utopianism of international law helped trigger the odd estrangement between the fields of international law and international relations [...]“ KOH, H. H. *Why Do Nations Obey International Law?* Yale Law School Legal Scholarship. 1997, Paper 2011.

¹⁴ CLARK, G. – SOHN, L. B. *World Peace Through World Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

¹⁵ FRANCK, Th. M. *The Power of Legitimacy and Legitimacy of Power*, s. 88.

¹⁶ KOH, H. H. *Why Do Nations Obey International Law?*, s. 2615.

¹⁷ KENNAN, G. F. *American Diplomacy 1900–1950*. Chicago – London: University of Chicago Press, 1984, s. 90.

¹⁸ Srov.: „We wish to discard the element of force and compulsion in international agreements and conduct and rely on reason and law.“ Tato slova amerického prezidenta byla publikována na 1. stránce New York Times 31. 5. 1927 v článku *Coolidge Declares Obsevanance of Law is Basis of Peace*. K projevu *Ways to Peace* z 31. 5. 1926 (Memorial Day Address) viz COOLIDGE, C. *Government and Business*. In: *Foundation of the Republic: Speeches and Addresses, 1926*, s. 429, citaci viz v *American Journal of International Law*. 2006, Vol. 100, No. 1, s. 69.

¹⁹ MORGENTHAU, H. *Positivism, Funktionalism and International Law*. *American Journal of International Law*. 1940, Vol. 34, No. 1, s. 260.

ve svých publikacích vždy zdůrazňoval úlohu síly a donucení v mezinárodních vztazích a varoval před nebezpečím vyplývajícím ze spoléhání se na mezinárodní právo, které „ignoruje existující mocenské reality“.²⁰ Právní realismus má v nauce mezinárodního práva více podob. Realisté při hodnocení mezinárodní politiky vycházejí z globální rovnováhy sil ve světě, stát považují za základního aktéra v mezinárodním právu a mezinárodní právo v jejich pojetí odráží zájmy mocných států. V literatuře se hovoří např. o tradičním nebo strukturálním realismu (*traditional or structural realism*). Dalším vývojovým směrem je „hybridní realisticko-institucionalistická škola“ (*The Realist Institutional Hybrid*). Ne všichni představitelé „realismu“ považují mezinárodní právo za „neracionální“.²¹ Představitelem „tradičního realismu“ v USA byl např. významný právník Josef L. Kunz, který v roce 1952 v článku *The United Nations and the Rule of Law* napsal: „Neexistuje žádná pochybnost o tom, že v současné době žijeme v klimatu tzv. realismu; síla, nikoli mezinárodní právo převažuje v myšlení lidí“.²² V americké zahraniční politice USA se setkáváme s různými projevy síly a projevy „realistického myšlení“. Za vlády G. W. Bushe se někteří představitelé americké administrativy sami označovali za „realisty“. Za „realismus“ lze nepochybně označit i politiku prezidenta D. Trumpa. Právní realisté obecně tvrdí, že mezinárodní právo nemůže omezovat realizaci národních zájmů USA. Vedle amerického právního realismu existují projevy právního realismu i v jiných zemích. Někdy se vedle pojmu „strukturální realismus“ setkáváme i s pojmy „klasický“, „moderní“ nebo „neoklasický“ realismus. Není cílem tohoto pojednání podrobně analyzovat jednotlivé koncepce právního realismu. Snahou je pouze ukázat, jakou roli může sehrávat „síla“ v zahraniční politice jednotlivých států a v interpretaci mezinárodního práva. Pro pochopení vlastní podstaty právního realismu je nejlépe se vrátit k práci H. Morgenthaua. Ve své monografii *Politics among Nations* např. napsal, že prosazení mezinárodního práva nezávisí na právních úvahách a nestranných (*disinterested*) právo vynucujících operacích různých mechanismů. Ochranu práv slabého státu či národa (*a weak nation*) před mocným státem spatřoval v „rovnováze sil“.²³ Mezinárodní právo podle Morgenthaua vděčí za svou existenci a působnost dvěma faktorům. Jedná se o identické nebo doplňkové (*complementary*) zájmy států a dělbu moci (*distribution of power*) mezi nimi. Pokud takový zájem společenství států ani rovnováha sil neexistují, nemůže existovat ani mezinárodní právo.²⁴ Stěžejí lze absolutně souhlasit s tezí, že bez „rovnováhy sil“ nemůže mezi státy existovat ani mezinárodní právo, neboť zájem mezinárodního společenství a dalších států existenci mezinárodního práva přímo vyžaduje. Lze ovšem souhlasit, že mocné státy vůči státům slabým ne vždy normy mezinárodního práva ve svém chování respektovaly. Výrazný „realistický“ přístup Morgenthaua se projevil v jeho publikaci z roku 1951 *In Defence of the National Interest*. Morgenthau zde mj. napsal, že „je železným zákonem mezinárodní politiky, aby právní závazky ustoupily národním zájmům“.²⁵ Morgenthau také formuloval šest dodnes platných principů politického realismu:

²⁰ Ibidem, s. 260.

²¹ Srov.: „Not all those who call themselves “realist” believe that law is inconsequential“, STEINBERG, R. H. – ZASLOFF, J. M. *Power and International Law*, s. 75.

²² KUNZ, J. L. *The United Nations and the Rule of Law. American Journal of International Law*. 1952, Vol. 46, s. 504.

²³ MORGENTHAU, H. *Politics among Nations, The Struggle for Power and Peace*. New York: A. A. Knopf, 1967, s. 282.

²⁴ Srov.: „Where there is neither community of interest nor balance of power, there is no international law“, ibidem, s. 273–274.

²⁵ Srov.: „[...] that it is iron law of international politics, that legal obligations must yield to the national interests“, MORGENTHAU, H. *In Defence of the National Interest*. New York: H. Knopf, 1951, s. 144.

- 1) Politika, stejně jako společnost, je řízena objektivními zákony, které mají své kořeny v lidské přirozenosti (*nature*);
- 2) Hlavním ukazatelem, který politickému realismu pomáhá nalézt cestu prostředím mezinárodní politiky, je koncepce národního zájmu definovaná v pojmech síly (*in terms of power*);
- 3) Realismus předpokládá, že klíčovým pojmem zájmu definovaného jako síla či moc (*power*) je objektivní kategorie, která je univerzálně platná, avšak to neznamena, že tento pojem je obdařen významem platným jednou provždy;
- 4) Politický realismus si je vědom morálního významu politické akce a je si rovněž vědom nevyhnutelného napětí mezi příkazy morálky a požadavky úspěšné politické akce;
- 5) Politický realismus odmítá identifikovat morální aspirace určitého národa s morálními zákony, které řídí svět (*Universe*);
- 6) Rozdíl mezi politickým realismem a jinými školami myšlení je tak reálný (*real*) a hluboký.²⁶

H. Morgenthau nepochybně patří k nejvýznamnějším představitelům právního realismu po 2. světové válce spolu s G. F. Kennanem a R. Niebuhrem. V roce 1937 emigroval do USA, kde působil mj. na univerzitách v Chicagu a New Yorku. Je zajímavé, že jeho první publikaci *The International Administration of Justice, Its Essence and Its Limits* recenzoval Carl Schmitt, který v té době působil na univerzitě v Berlíně. H. Kelsen byl konzultantem jeho habilitační práce publikované ve francouzštině *La Réalité des normes en particulier des normes du droit international: Fondaments d'une théorie des normes*. Z obou mužů se pak stali v USA spolupracovníci a kolegové. Morgentau byl výrazným podporovatelem prezidenta Roosevelta a Trumana a stal se v roce 1960 konzultantem administrativy prezidenta Kennedyho. Byl však také kritikem války ve Vietnamu a byl proto zbaven v roce 1965 místa v administrativě prezidenta Johnsona.²⁷ Je zřejmé, že škola, respektive školy právního realismu významně ovlivnily a dosud ovlivňují zahraniční politiku jednotlivých států a zejména pak USA. Morgenthau vycházel ze základního předpokladu, že mezinárodní politika představuje v zásadě boj o moc, neboť mír ve světě postrádajícím suverénní autoritu (moc), schopnou chránit jednotlivé státy, je často velmi slabý.

2.2 „Právní realismus“ a otázky „legitimity“ v mezinárodním právu

Významným představitelem soudobých „realistů“ je nedávno zesnulý americký profesor Thomas M. Franck, který zkoumal otázky „legality“ a „legitimity“, např. v již zmíněném článku *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power*. Vztah mezi „legalitou“ a „legitimitou“ je často předmětem různých kontroverzí. Franck např. upozorňuje, že v USA se v teorii mezinárodního práva i vládní praxi prosazuje názor, podle něhož je mezinárodní právo „*nástrojem sloužícím diplomacii*“ a systém jeho norem je „*pouze jedním z činitelů, které je nutno brát v úvahu při rozhodování vlády*“ o strategii u jednotlivých akcí podporujících „*národní zájem*“. Franck také upozornil na to, že někteří radikální autoři a praktici

²⁶ MORGENTHAU, H. *Politics among Nations, The Struggle for Power and Peace*, s. 4–15.

²⁷ FREI, Ch. *Hans J. Morgenthau: An Intellectual Biography*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001.

zastávají názor, podle něhož „*právo nemá větší nárok (claim) na uplatnění než jakákoli jiná metoda (policy) nebo hodnotová preference*“.²⁸ I když Franck uvádí, že tento názor „pravděpodobně“ nezastává většina mezinárodních právníků v USA, zároveň přiznává široké rozšíření tohoto názoru. Pro exekutivu USA se mezinárodní právo podle Francka zdá být přímo „intuicí“ (*intuition*), že mezinárodní právo je třeba vnímat jako „*anomálii, jako mýtus propagovaný slabými státy, aby zabránily silným státům maximalizovat výhodu jejich síly*“.²⁹ Franck dokonce klade otázku, zda je mezinárodní právo pouze chimérou a proč by se stát, který je jedinou světovou velmocí, měl vázat „normami a pravidly“, ne vždy vedoucími v jeho prospěch? Považuje za iluzorní očekávat od amerických stoupenců „racionální volby“ (*rational choice*) a „mocných suverénních států“, že budou respektovat omezení obsažená v mezinárodním právu, pokud to nebude sloužit jejich zájmu.³⁰ M. Koskenniemi v recenzi monografie Th. Francka *The Power of Legitimacy Among Nations* napsal, že „legitimitou“ se rozumí intermediární koncept, jehož určitá nepřesnost (*imprecision*) umožňuje vyhnout se útokům proti formální, avšak příliš abstraktní, ideji právní platnosti a substantivnímu, byť příliš kontroverznímu, pojmu spravedlivosti či oprávněnosti (*justness*). Knihu Francka označil za „elegantní doplnění“ mezinárodněprávní teorie v duchu „pozdního moderního liberalismu“. Legitimita podle Koskenniemi může posunout liberální teorii mimo kolaps v jejím neplodném formalismu nebo utopickém moralismu. Tento druh studií považuje Koskenniemi za „potřebný k překonání tvrdohlavého realismu“ (*hard-nosed realism*) těch, kdož se domnívají, že mezinárodní právo existuje z velké části jako sféra imaginace a idealismu aktérů, kteří podle známého aforismu L. Henkina chápou, „že většina států se řídí většinou pravidel většinu času“ (*most states follow most of the rules most of the time*).³¹ Koncepce „legitimity“ v mezinárodním právu jako „dočasná náhrada“ či doplnění legality však také umožňuje „obejít“ nebo jinak oslabit samotný pojem legality s odvoláním např. na zásady morální spravedlnosti, humanity a lidských práv. Nebezpečí zneužití koncepce „legitimity“ namísto „legality“ ji činí v mnoha případech kontroverzní. Zdůrazňovaná „legimita“ právního chování by jistě neměla odporovat kogentní právní normě. Často se např. uvádí, že akce v Kosovu byla podle mezinárodního práva „nelegální“, zároveň však „legitimní“. Invaze USA do Iráku v roce 2003 je široce označována „jak za nelegální, tak i nelegitimní“, i když jsou občas činěny pokusy tuto invazi „legitimizovat“, právě s využitím kosovského precedentu. Legality podle některých názorů není jediným kritériem pro určení akceptovatelného chování státu, neboť třeba brát v úvahu i kritéria humanitární, etická a politická.³² Ve stejném duchu se uvádí,

²⁸ Srov.: „Emerging is rather different approach that classifies international law as disposable tool of diplomacy, its system of rules merely one of many considerations to be taken into account by government when deciding, transaction by transaction, what strategy is most likely to advance national interest. Moreover, in the radically revisionist “rational choice” view of conflict adopted by some professors and practitioners, law has no greater claim than any other policy or value preference.“ – FRANCK, Th. M. *The Power of Legitimacy and Legitimacy of Power*, s. 89.

²⁹ Srov.: „As for the leaders of the executive branch it appears to be the common intuition that international law is to be seen as an anomaly, a myth propagated by weak states to prevent the strong from maximizing their power advantage“, *ibidem*, s. 89.

³⁰ Srov.: „It would be illusory to expect law’s strictures to be obeyed by powerful sovereign states when it does not serve their interest.“ *ibidem*, s. 89.

³¹ KOSKENNIEMI, M. recenze publikace Th. Francka *The Power of Legitimacy and Legitimacy of Power*, Oxford: Oxford University Press, 1990, 86 ASIL 1992, No. 1, s. 175.

³² Srov.: „Legality is not the only criteria for determining acceptable state behavior. Other criteria – humanitarian, ethical and political – play a significant role in modern international relations.“ POPOVSKI, V. – TURNER, N. *Legality and Legitimacy in International Order. Policy Brief*. 2008, No. 5, s. 1.

že legitimita napomáhá a když je to nezbytné, „koriguje“ legalitu.³³ Podle tohoto názoru legitimita může v mezinárodním právu zavést „konstruktivní pružnost“. Jako příklad se uvádí intervence v Kosovu v roce 1999. Naopak válka v Iráku z roku 2003 je označována za příklad nebezpečného zneužití této „pružnosti“. Požadavek „legitimity“ může být podle těchto názorů „korektivní silou“. Mimořádná situace (*emergencies*) mohou v tomto pojetí vyžadovat akci, kterou platné právo výslovně nedovoluje. Takové akce jsou pak označovány za legitimní, i když nejsou podle práva oprávněné. Např. intervence v Kosovu je tak označována sice za „nelegální“, avšak „legitimní“.³⁴ Je zřejmé, že mezi „legimitou“ a „legalitou“ konkrétní akce státu nebo států může existovat disproporce nebo i rozpor, což si uvědomují i autoři uvedeného společného výzkumného projektu University OSN a *University of California* v Santa Barbaře.³⁵

2.3 Kritika „legalistického systému OSN“ stoupenci „právního realismu“

Podle stoupenců amerického realismu selhal i systém založený na Chartě OSN. Ve jménu realismu se proto vyslovují pro jeho „rozšíření“ (*sweeping it aside*) ve prospěch nového amerického nebo Američany vedeného mezinárodního řádu.³⁶ M. J. Glennon hovoří o nezdaru „legalistického systému“, konkrétně pravidel o nepoužití síly a institucí, které na ně dozírají. Tento nedokonalý systém pak spatřuje v Chartě OSN.³⁷ V jeho pojetí základní principy „legalistického režimu“, které se týkají suverenity a tvorby obyčejového práva se široce vytrácejí ze zřetele politiků při rozhodování, zda má dojít k intervenci, či nikoli. Právní omezení považuje za iluzorní.³⁸ Uvedená publikace byla svého času hodnocena jako nejlepší kniha o mezinárodním právu a použití síly za posledních čtyřicet let. Glennon působil v letech 1977–1980 jako právní poradce v senátním výboru v USA pro zahraniční otázky a jeho akademická dráha je spojena především s *Fletcher School, Tufts University* a *Davis School of Law* na *University of California*. Lze ho samozřejmě zařadit do širší kategorie „realistů“. Podle jeho názoru např. neexistuje žádné pravidlo v Chartě OSN ani v obyčejovém mezinárodním právu, které by zakazovalo nebo dovolovalo humanitární intervenci a tvrdí, že v současnosti neexistuje žádné koherentní mezinárodní právo, týkající se intervence států. Rovněž uvádí, že Charta stanoví limity i pro donucující pravomoci RB OSN např. v tom, že RB nemá ve skutečnosti právo zasahovat do vnitřních věcí států, pokud zde neexistuje alespoň hrozba přeshraničního násilí (*violence*).³⁹ Pro dokreslení „pnutí“ mezi mezinárodním právem a použitím síly je vhodné např. ještě zmínit, že podle Glennona stát usilující o právní ospravedlnění své ozbrojené akce se nemá spoléhat

³³ Srov.: „*Legitimacy serves to support and, when necessary, to correct legality.*“ Ibidem, s. 1.

³⁴ „*Such actions can be seen as legitimate, even if unauthorized by law; [...] the intervention was illegal but legitimate.*“ Ibidem, s. 1–2.

³⁵ „*Rejecting legality in favor legitimacy has led to human suffering; the failing of legality may not always be replaced by legitimacy.*“ Ibidem, s. 6.

³⁶ Viz k tomu GLENNON, M. J. The new Interventionism: The Search for a Just International Law. *Foreign Affairs*. 1999, May–June, s. 2.

³⁷ Srov.: „*I attempt to explain the failure of the legalist system—specifically, its use-of-force rules and institutions that oversee them—principally and that system took shape in the UN Charter.*“ GLENNON, M. J. *Limits of Law, Prerogatives of Power, Interventionism after Kosovo*. Palgrave Macmillan US, 2001, Introduction, s. 1.

³⁸ Srov.: „*Basic principles of the legalist regime, such as those concerning sovereignty and customary international law formation, have largely faded from policy makers' screens when decisions are made to intervene or not to intervene [...]. With respect to interventionism by individual states, legal restraint is illusory [...].*“ Ibidem, s. 2.

³⁹ Ibidem, s. 102.

(*may rely not*) pouze „na smlouvu jako je Charta OSN, nýbrž též na aktuální praxi států“. ⁴⁰ Podle jeho názoru již není ani možné tvrdit, pokud to kdy bylo vůbec možné, že „použití síly mezi státy“ podléhá „vládě práva“. ⁴¹ Glennon je jedním z výrazných soudobých představitelů právního realismu. Podpořil např. bombardování Jugoslávie, i když přiznal porušení Charty OSN. Odůvodnění či ospravedlnění této akce spatřuje v tom, že státy použily sílu v minulosti tak často, že zákaz nedefenzivního použití síly je zpochybněn. ⁴² Napětí mezi právem a použitím síly, mezi aspiracemi a realitou, mezi slovy a skutky provázejí i další práce tohoto amerického právníka.

2.4 „Národní zájem“ a použití síly

Politici lídři v USA často zdůvodňují použití síly existencí národního zájmu, ať již legálního, či nikoli. ⁴³ Jack Goldsmith a Eric Posner např. napsali, že mezinárodní právo „nenuť státy k povolnosti“ (*compliance*) v rozporu s jejich zájmy. Možnosti, kterých lze pomocí mezinárodního práva dosáhnout, jsou v jejich pojetí limitovány „konfigurací zájmů státu a distribucí moci“. ⁴⁴ Autoři vycházejí z názoru, že mezinárodní právo vzniká jako výsledek racionálního jednání států s cílem maximalizovat své zájmy (*maximize their interests*) při vlastním vnímání zájmů jiných států a distribuce státní moci (*distribution of state power*). ⁴⁵ Jinými slovy mezinárodní právo v jejich pojetí vzniká a je omezováno zájmy státu. Mezinárodní právo popisují jako „zvláštní druh politiky, která spočívá na precedencích, tradicích, interpretacích, jiných zvyklostech (*practices*) a koncepcích (*concepts*), které jsou důvěrně známé z vnitrostátního práva“. ⁴⁶ Podle názoru těchto autorů je nemožné vyloučit ani závěr, že použití síly již není, pokud kdy vůbec bylo, podrobena omezením vyplývajícím z „vlády práva“ (*the rule of law*). ⁴⁷ Problém vztahu mezinárodního práva a síly se zabývají i mnohé další publikace. ⁴⁸

3. K extenzivnímu výkladu legality a legitimacy použití síly

K novým teoriím či koncepcím fakticky rozšiřujícím výjimky ze zákazu použití síly nad rámec Charty OSN patří např. tzv. neformální regulace (*the jus ad bellum informal regulation*) na rozdíl od „*jus ad bellum* podle generálních standardů“ (*the jus ad bellum through its general standards*). Podle této teorie je v rozhodnutích RB OSN již zakotvena přípustná právní forma použití síly, kterou RB toleruje (*condone*), aniž by k jejímu použití ve formě

⁴⁰ Ibidem, s. 37.

⁴¹ Srov.: „[...] that use of force among states simply is no longer subject – if it ever was, subject to the rule of law“, ibidem, s. 84.

⁴² Srov.: „[...] but nations have used armed force so often that the ban on non-defensive use of force has been cast into doubt“. Ibidem, s. 30.

⁴³ Srov.: „US political leaders derive impetus and justifications for their recurrent recourse to force in the national interest, whether legal or not“. FRANCK, Th. M. *The Power of Legitimacy and Legitimacy of Power*, s. 90.

⁴⁴ Srov.: „[...] international law does not pull states toward compliance contrary to their interests, and the possibilities for what international law can achieve are limited by the configurations of state interests and the distribution of state power“; GOLD-SMITH, J. L. – POSNER, E. A. *The Limits of International Law*. Oxford – New York: Oxford University Press, 2006, s. 90.

⁴⁵ Ibidem, s. 3.

⁴⁶ Ibidem, s. 202.

⁴⁷ Ibidem, s. 90.

⁴⁸ Viz např. BYERS, M. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge University Press, 1999.

zvláštních ozbrojených intervencí zmocňovala (*not formally authorize*).⁴⁹ Uznání této formy použití síly jako součásti práva a její odlišnosti od „generálních standardů“ by podle této teorie mělo změnit i naše nazírání na *jus ad bellum*.⁵⁰ Toto očekávání je nepochybně velmi ambiciózní a také kontroverzní. V podstatě se tato koncepce snaží prokázat, že určité humanitární intervence, které nejsou odsouhlaseny RB, jsou přípustné. Podle této koncepce se nelze omezovat na generální standardy v mezinárodním právu a je třeba brát ohled na proces schvalování a odsouhlasení (*approving*) zvláštních operací Radou bezpečnosti, které jdou nad rámec toho, co tyto standardy dovolují. Tzv. neformální regulace má formovat právo tak, jak je definováno nebo aplikováno v konkrétních situacích a má změnit nazírání mezinárodních právníků a politiků na *jus ad bellum*. Uvedená koncepce dokonce nastiňuje „nové možnosti pro právní reformu“, kdy souhlas RB s ozbrojenou akcí není jediným zdůvodněním její „legality“.⁵¹ Při použití síly státy na základě neformální regulace se úloha RB má stát podle této koncepce více okrajovou (*peripheral*), než je tomu při přímém respektování generálních standardů, vyžadujících autorizaci RB. Tyto standardy jsou podle uvedené koncepce pouze doplňkové k „neformální regulaci“.⁵² Tzv. neformální regulace se má odlišovat od „obecných standardů“ i v tom, že je více „partikulární“ (*particularistic*). Má napomáhat k vytvoření obsahu *jus ad bellum* jen pro konkrétní případ, aniž by nějakým způsobem odrážela nebo definovala obecněji aplikovatelný substantivní standard. Jinými slovy tento přístup zřejmě svým způsobem vylučuje předem i roli případných precedentů. Teorie „neformální regulace“ spočívající v tolerování ozbrojené operace (*that it condones*) Radou bezpečnosti, má napomoci „legitimizovat tuto operaci v právu“.⁵³ Článek věnovaný této nové teorii se podle vlastního textu zaměřuje na „právní legitimitu“ (*legal legitimacy*) většinou ze sociologického hlediska, kterou odlišuje od dvou jiných, nicméně souvisejících, druhů „právní legitimacy“, a sice:

- 1) „*jurisprudenční legitimacy*“ a
- 2) „*normativní legitimacy*“.

Jurisprudenční legitimita je přičítána chování, které uspokojuje jistá formální právní kritéria. Normativní legitimita pak řeší otázku, kdy a proč má být právo aplikováno. Teorie „neformální regulace“ nemá oporu v Chartě OSN. Cíl, který tato koncepce podle článku sleduje, je zastavit humanitární krize silou i bez autorizace RB. Intervence tak mohou být i nelegální, avšak zároveň legitimní, a proto omluvitelné. Základním pilířem, z něhož tato teorie vychází, jsou rezoluce RB OSN týkající se francouzské intervence v Mali v roce 2012⁵⁴ a regionální intervence v Jemenu v roce 2015. V Mali intervence následovala po svržení prezidenta země povstalci. V prosinci 2012 RB zmocnila (*authorized*) vojenské jednotky AFISMA (*African-led International Support Mission in Mali*), aby učinily všechna „nezbyt-

⁴⁹ Srov.: „This article argues that a form of legal regulation is embodied in decision at the UN Security Council that condone but do not formally authorize specific military operations“; HAKIMI, M. The Jus ad Bellum's Regulatory Form. *American Journal of International Law*. 2018, Vol. 112, s. 151.

⁵⁰ „Recognizing that this form of regulation is both part of the law and different in kind form regulation through the general standards should change how we think about the jus ad bellum.“ Ibidem, s. 151.

⁵¹ Srov.: „The article also identifies new possibilities for legal reform.“ Ibidem, s. 156.

⁵² Srov.: „that standards are supplemented by another form of regulation [...] to the informal regulation“. Ibidem, s. 159.

⁵³ Srov.: „[...] when the Council clearly communicates that it condones an operation it helps legitimize the operation in law“, ibidem, s. 166.

⁵⁴ Res. of the SC 2085, Dec. 20, 2012.

ná opatření“ (*all necessary measures*) v souladu s humanitárním právem a právem lidských práv při plném respektování suverenity, územní celistvosti a jednoty Mali ke stabilizaci vlády. Ještě před rozmístěním jednotek AFISMA skupiny džihádistů začaly ohrožovat vládu, načež Francie v Mali vojensky intervenovala. Jedním z francouzského odůvodnění intervence byla „žádost o pomoc“ prozatímního prezidenta Mali Dioncounda Traoré. RB podpořila pozici prozatímního prezidenta (rezoluce 2071 a různá prohlášení RB). Francie zahájila intervenci jednostranně, bez souhlasu RB, usilovala však o naléhavé zasedání RB a získala také její podporu (rezoluce 2100; Apr. 25, 2013), při vytvoření *Peacekeeping Force* pro Mali o síle 11 200 mužů plus 1 440 policistů (MINUSMA). Rezoluce RB 2100 z 25. 4. 2013 zmocnila MINUSMA přijmout „*veškerá opatření na podporu přechodné vlády Mali*“. Zároveň rezoluce dodatečně zmocnila francouzské jednotky učinit „*všechna nezbytná opatření*“ (*to use all necessary means*) na podporu MINUSMA v případě „*bezprostřední a vážné hrozby*“ (*imminent and serious threat*), a to „na žádost Generálního tajemníka“, s možností revize této úlohy na základě rozhodnutí Rady ve lhůtě šesti měsíců od jejího zahájení. V podobném duchu se vyvíjela intervence v Jemenu, kde byl v roce 2011 nucen vzdát se vlády dosavadní vládcce. Prezidentem byl zvolen Abdo Rabbo Mansour Hadi. Volba se okamžitě setkala s násilným odporem ze strany militantní skupiny Hútíů, kteří koncem roku 2014 kontrolovali hlavní město San'a a většinu severního Jemenu. Před úplným kolapsem zachránila vládu Hadi regionální intervence pěti ze šesti členských zemí Rady spolupráce zálivu (*Gulf Cooperation Council – GCC*) vedených Saúdskou Arábií. V řadě rezolucí a prohlášení RB podpořila prezidenta Hadi a proces zahájený GCC. Později RB v rezoluci 2216 ze 14. 4. 2015 uvedla, že intervence byla zahájena na žádost prezidenta Hadi a potvrdila svou podporu „*legitimitě*“ prezidenta Jemenu. Zejména z těchto dvou příkladů autorka statě vyvozuje následné ospravedlnění jednostranných intervencí, směřujících navíc do vnitrostátních konfliktů. Ospravedlnění vojenského zásahu je podle článku v obou případech vázáno na souhlas přechodných hlav států. Uvedené příklady mají potvrzovat, že státy mohou do vnitřních konfliktů intervenovat na základě „*pozvání*“ vlády, případně prezidenta. Jedná se zde ovšem také o legalitu, případně legitimitu takového „*pozvání*“, které je snadno zneužitelné. Výše zmiňovaná „*neformální regulace*“ předpokládá „*tolerování*“ unilaterálních ozbrojených akcí státu Radou bezpečnosti, což nemá konsenzuální právní základ. Dělení *jus ad bellum* na „*standardní*“ a „*neformální*“ nemá v platném mezinárodním právu podporu a je do značné míry umělé. Tato teorie může svým způsobem přispívat i k další erozi mezinárodního práva o použití síly.

4. Mezinárodní vláda práva

V mezinárodním právu se stále častěji setkáváme s pojmem „*mezinárodní vláda práva*“ (*the international rule of law*). Mezinárodní vláda práva by zřejmě nemohla existovat bez „*vlády práva*“ či „*vlády zákona*“ (právního státu) na národní úrovni. Vzájemné propojení a závislost pojmů „*právního státu*“ či „*vlády práva*“ na mezinárodní a vnitrostátní úrovni však neznamená, že všechny existující státy světa nutně splňují podmínky demokratického právního státu. V literatuře jsou analyzovány pojmy *Rechtsstaat*, *l'état de droit* nebo *the rule of law* i jejich obsahové rozdíly. Kontinentální systém vychází z koncepce „*právního státu*“ (*Rechtsstaat*), zatímco anglosaské koncepcí hovoří o „*vládě práva*“ (*the rule of law*). Mezi oběma pojmy existuje velká řada shodných znaků. Přes velikou snahu orgánů OSN, dalších institucí i jednotlivých autorů není snadné pojem „*mezinárodní vlády práva*“ či „*vlády mezinárodního práva*“ přesně definovat. Doktrinální názory na tento pojem

se někdy dosti liší. Na druhé straně je však nutné vzít v úvahu mezinárodní praxi, včetně činnosti OSN, EU a dalších mezinárodních organizací, které se dovolávají „vlády práva“ na mezinárodní i vnitrostátní úrovni. Ve své zprávě z roku 2004 Generální tajemník Kofi Annan označil „vládu práva“ za koncept, který leží v „jádro míse OSN“. *The rule of law* charakterizoval jako: „*princip vládnutí, podle něhož všechny osoby, instituce či entity veřejné i soukromé, včetně samotného státu, jsou podrobeny zákonům, které jsou veřejně vyhlášené, stejnou mírou vynutitelné a je podle nich rozhodováno nezávislými soudními orgány, a jsou v souladu s mezinárodními normami a standardy lidských práv*“.⁵⁵

Ve výsledném dokumentu Světového shromáždění v sídle OSN v New Yorku v roce 2005, kterého se zúčastnilo více než 170 hlav států a vlád, se uvádělo: „*Doporučujeme se vzájemně chránit a podporovat lidská práva, vládu práva a demokracie a uznáváme, že jsou vzájemně propojeny a vzájemně se posilující, že patří k univerzálnímu a nedělitelnému jádru (core) hodnot a zásad OSN k podpoře lidských práv a základních svobod v souladu s jejich mandáty*.“ Dokument také konstatuje, že „*demokracie představuje univerzální hodnotu důležitou pro naplnění vlády práva*“.⁵⁶ Vládou práva se výslovně zabývá Evropská komise pro demokracii prostřednictvím práva (tzv. Benátská komise) složená ze zástupců 61 zemí. Komise konstatovala, že přes rozdílné názory existuje konsenzus o klíčových elementech obsažených v pojmech *the rule of law*, *Rechtsstaat* a *l'état de droit*. Mezi těmito znaky práva uvádí:

- 1) *Legalitu, včetně transparentního, zodpovědného a demokratického procesu pro uzákonění práva;*
- 2) *Právní jistotu;*
- 3) *Zákaz arbitrárnosti rozhodování;*
- 4) *Přístup ke spravedlnosti před nezávislými a nestrannými soudy, včetně soudního přezkumu administrativních aktů;*
- 5) *Nediskriminaci a rovnost před zákonem.*⁵⁷

Zpráva mj. konstatovala, že kontextové prvky *the rule of law* nejsou omezeny pouze na právní faktory, aniž by však tyto „neprávní“ faktory „blíže specifikovala. Toto pojetí „vlády práva“ ovšem rozšiřuje a svým způsobem i znejistuje obsah „vlády práva“, zejména na mezinárodní úrovni.⁵⁸ Z hlediska mezinárodního práva stojí za zmínku, že již preambule Deklarace zásad mezinárodního práva z roku 1970 (rezoluce VS OSN 2625/XXV) ve svém čtvrtém odstavci zdůrazňuje „nejvyšší význam Charty OSN pro podporu vlády práva mezi státy“ (*in promoting the rule of law among nations*).

⁵⁵ Srov.: „*The rule of law is a concept at very heart of the Organization's mission. It refers to principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated and which are consistent with international human rights norms and standards.*“ Report Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Security Council, Doc. S/2004/616, s. 4.

⁵⁶ Doc. A/60/L.1, para 119 a 135.

⁵⁷ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, March 11–12, 2016, Study No 711/2013, CDL – AD (2016) 007, s. 5, 7. Zástupcem v Benátské komisi za ČR je doc. JUDr. V. Bílková, Ph.D.

⁵⁸ K „mezinárodní vládě práva“ viz blíže MRÁZEK, J. *Mezinárodní vláda práva, otázky demokracie, legality a legitimacy v mezinárodněprávním řádu*, referát na mezinárodní konferenci „Změny v chápání práva: pluralita systémů, prameňů, perspektiv...“, Piešťany 3–5 apríla 2019.

5. Politika mezinárodního práva

M. Koskenniemi v článku *Politika mezinárodního práva* zdůrazňuje souvislost mezi vládou zákona a „osvícenstvím“ (*Enlightenment*). Vládu zákona označuje za jeden ze tří liberálních principů „sociální organizace“, spolu s principy svobody a rovnosti.⁵⁹ Koskenniemi v tomto článku rozšiřuje kritiku liberální ideje právního státu (*Rechtstaat*) jako „samozřejmosti“ (*a commonplace*) v pozdní moderní západní společnosti na mezinárodní úroveň. Snaží se prokázat, že zděděný ideál „Světového řádu“ jen slabě skrývá skutečnost, že sociální konflikt musí být stále ještě řešen politickými prostředky. Dokonce, i když zde existuje společná právní rétorika mezi mezinárodními právníky, musí se tato rétorika z důvodů vlastních samotnému ideálu spoléhat na podstatné sporné politické principy pro ospravedlnění výsledků mezinárodních sporů. Koskenniemi se ztotožnil s koncepcí, že mezinárodní právo při budování společnosti je objektivní a nezávislé na politických idejích, názorech nebo preferencích, tedy na mezinárodní politice. S cílem zajistit konkrétnost (*concreteness*) práva se tato koncepce distancuje od teorií „přirozené spravedlnosti“ (*natural justice*). Požadavek konkrétnosti vyvozuje z liberálního principu subjektivity hodnot (*from the liberal principle of the subjectivity of value*). Na druhé straně však s cílem garantovat „normativitu práva“ vytváří rozdíl mezi ní a skutečným chováním státu, jeho vůlí nebo zájmem. Právo může být v tomto pojetí nezávislé na politice pouze v případě, že jsou současně splněny obě tyto podmínky. Podle Koskenniemi k zabránění politickému subjektivismu a nelegitimnímu omezení je nutné stavět mezinárodní právo na něčem konkrétním, a sice na skutečném a ověřitelném chování, vůli a zájmech členů společenství států. Za moderní pojetí pak označuje „sociální koncepci práva“.⁶⁰ Právo pro Koskenniemi není přirozeným, nýbrž umělým výtvozem reflexí sociálních okolností.⁶¹ Někteří autoři zdůrazňují dokonce i politický charakter „přirozeného práva“.⁶² Podle požadavku „normativity“ musí být právo aplikováno bez ohledu na politické preference právních subjektů. Pokud by obsah právních norem nebo jejich aplikace závisela na vůli těchto právních subjektů, pro které jsou závazné, nejednalo by se podle tohoto autora vůbec o právní pravidla, nýbrž o apologii politického zájmu těchto subjektů.⁶³ Koskenniemi se s odvoláním na takové autory, jakými jsou, respektive byli Nicolas Politis nebo Georges Scele, vyslovuje pro užší spojení mezinárodního práva se sociálními – dokonce biologickými – nezbytnostmi mezinárodního života.⁶⁴ Koskenniemi také rozlišuje v mezinárodním právu „politický přístup“ (*the policy approach*) a „normativní přístup“ (*a rule approach*). Podle „politického přístupu“ je mezinárodní právo relevantní pouze v případě, že se pevně opírá o „sociální kontext mezinárodní politiky“. „Normativní přístup“ je charakterizován

⁵⁹ Srov.: „[...] the connection between the Rule of law and the principles of the Enlightenment appear evident [...] From the simple deprivation of the existence of principles of natural justice [...] follow the three liberal principles of social organization: freedom, equality and the Rule of Law.“ KOSKENNIEMI, M. *The Politics of International Law. European Journal of International Law*. 1990, No. 4, s. 4–5.

⁶⁰ Srov.: „The modern view is a social conception of law“, *ibidem*, s. 7. Viz k tomu De Visscher: „C'est á une conception fonctionnelle de pouvoir, á une conception sociale du droit que s'attache notre enseignement“, DE VISSCHER. *Cours général de principes de droit international pu blic*. RCDI. 1954, 86, s. 451.

⁶¹ Srov.: „For it, law is not a natural but an artificial creation, a reflexion of social circumstances“, *ibidem*, s. 7.

⁶² Viz např. VERZIJL, J. H. W. *International Law in Historical Perspective*, Vol. 1. Leiden: A. W. Sijthoff, 1968, s. 391–393.

⁶³ KOSKENNIEMI, M. *The Politics of International Law*, s. 8. Koskenniemi zde navázal na práci LAUTERPACHT, H. *The Function of Law in International Community*. 1933, s. 189.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 10. Viz též POLITIS, N. *Les nouvelles tendances du droit international*. Paris: Hackette, 1927; SCELLE, G. *Précis de droit des gens. Principes et systématique I–II*. Paris: Recueil Sirey, 1932, 1936.

způsobností odporovat státní politice. Oba přístupy představují dva protikladné způsoby pokusů o potvrzení důležitosti mezinárodního práva, přičemž každý z nich je možné vystavit určité kritice. Normativní přístup ztrácí věrohodnost, jakmile postrádá konkrétnost. Tzv. politický přístup zase ztrácí ze zřetele „normativitu“ jako závaznou sílu práva. Překonat toto „dilema“ se pak snaží směr, který hledá kompromis mezi oběma přístupy. Představitelem tohoto směru je R. Falk, který navrhuje zaujmout „*mezitímní pozici, která udržuje charakteristický znak právního řádu při současném vnímání mimoprávního prostředí politiky, historie a morálky*“.⁶⁵ Koskenniemi závěrem své práce konstatuje, že není možné činit v právu podstatná rozhodnutí, která by nezahrnovala žádnou politickou volbu (*no political choice*). Podle jeho názoru „legitimizace“ nebo „kritika“ chování státu není záležitostí aplikace formálně neutrálních pravidel, nýbrž se jedná o to, co je považováno politicky za správné nebo spravedlivé. Klání se také k názoru, že každé právní pravidlo, princip nebo projekt světového řádu budou akceptovatelné pouze tehdy, budou-li formulovány abstraktně a formálním způsobem. Při své aplikaci však budou změněny (*overruled*) interpretací, určitým kolektivním očekáváním a stanou se obhajobou (*and appear apologist*). Koskenniemi také souhlasí se sociálními teoretiky, že v poslední době v národních společnostech dochází k odklonu od právního státu (*Rechtstaat*) ke společnosti, v níž se sociální konflikt zvýšenou mírou setkává s pružnými, obsahově určenými standardy a kompromisy. Tento obrat od obecných principů a formálních pravidel směrem k obsahově determinované ekvité pak může podle jeho názoru odrážet podobný obrat v rozvoji mezinárodněprávního myšlení a praxe.⁶⁶ Podle Koskenniemi i dalších autorů nelze spravedlnost v celkovém kontextu řešit na základě připravených principů nebo pravidel, neboť řešení vyžaduje odvahu vstoupit do takových oblastí jako jsou politika, sociální a ekonomická kazuistika, které byly formálně delimitovány za bod, u kterého by se předpokládalo, že právní argumenty zastaví, aby zůstaly ještě „legálními“.⁶⁷

Závěr

Je zřejmé, že různé právní doktríny a koncepce přispívají i k různému zdůvodňování a interpretaci mezinárodního práva týkajícího se použití síly. Samozřejmě se nejedná pouze o dichotomii takových pojmů v právu, jako jsou naturalismus/pozitivismus, klasicismus/realismus, liberalismus/behavioralismus, konstruktivismus a další doktríny, nýbrž se jedná i o různé apologetické, utopistické nebo ideologické koncepce mezinárodního práva. Zejména v posledních letech jsme svědky vzestupu různých, politicky orientovaných a sociologických koncepcí, které se významně promítají i do interpretace mezinárodního práva. Mezinárodní právo je často kritizováno z různých úhlů pohledu. Často se uvádí, že mezinárodní právo je příliš politické v tom smyslu, že příliš závisí na politické moci států a je fasádou pro *power politics*, nebo že spočívá na politických utopiích. Jiní kritici zdůrazňují „moralistický charakter“ mezinárodního práva a jeho odstup od reality *power politics*. Doktrinální názory na povahu mezinárodního práva procházejí

⁶⁵ Srov.: „[...] (a)n intermediate position, on that maintains the distinctiveness of the legal order while managing to be responsive to the extralegal settings of politics, history“; FALK, R. *The Future of the International Legal Order*, Vol. I. Princeton: Princeton University Press, 1969, s. 34–35, cit. in: KOSKENNIEMI, M. *The Politics of International Law*, s. 12.

⁶⁶ Srov.: „The turn away from similar turn in the development of international legal thought and practice“; *ibidem*, s. 31.

⁶⁷ „Their solution requires venturing into fields such as politics, social and economic casuistry which were formally delimited beyond the point at which legal argument was supposed to stop in order to remain legal“. *Ibidem*, s. 32.

také určitým historickým vývojem. Někteří autoři, např. K. Lauterpacht, H. Kelsen nebo A. Verdross vystavili kritice „předválečné doktríny“ předcházející I. světové válce.⁶⁸ Významnou úlohu v různých doktrínách a koncepcích hraje i pojetí suverenity státu a jejího měnícího se obsahu. Klíčový význam má ovšem implementace pravidel a norem mezinárodního práva do vnitrostátních právních systémů.

Mezinárodněprávní systém v zásadě neobsahuje centralizované donucení, které spočívá především na svépomoci jednotlivých států. Pravomoci Rady bezpečnosti a mezinárodních justičních orgánů jsou značně omezené. „Realisté“ v teorii i mezinárodní praxi význam mezinárodního práva podceňují, nebo dokonce zpochybňují. Ann-Marie Slaughter Burley poukázala např. na to, že podle realistů není mezinárodní právo schopné vyprodukovat jiné výsledky než ty, které by předvíдалa *a pure power theory*.⁶⁹ Stále častěji se objevují názory, podle nichž existují situace, za nichž se státy mohou uchýlit k ozbrojeným akcím bez souhlasu (autorizace) RB a kdykoli na pozvání teritoriálního státu.⁷⁰ Stále častěji se i v odborných kruzích USA objevuje kritika negativního přístupu administrativy prezidenta Trumpa k mezinárodnímu právu.⁷¹

Vztah legitimacy a legality patří v současnosti ke klíčovým teoretickým otázkám mezinárodního práva. Kromě toho lze hovořit o „právní legitimitě“ (*legal legitimacy*) označující skutečnost, že právo je „legitimní“, přičemž musí být splněna i kritéria „legality“. Demokratická legitimita (*democratic legitimacy*) mezinárodního práva závisí mimo jiné i na vlastním procesu tvorby mezinárodněprávních norem. Otázkami legality a legitimacy se zabývají i mnohé filozofické a sociologické analýzy, počínaje např. pracemi Maxe Webera a Carla Schmitta. Byl to právě Max Weber, kdo se zabýval i analýzou vztahu mezi právem a mocí.⁷² Sociální aktéři (*social actors*) podle tzv. teorie „interaktivního mezinárodního práva“ (*Interactional international law*) zahrnují v globálním měřítku nejen státy a mezivládní organizace, nýbrž i organizace občanské, společnosti, jiné kolektivní entity a jednotlivce. Tento vzájemně se ovlivňující rámec (*the interactional framework*) podle této teorie uznává a posiluje diverzitu mezinárodní společnosti a ukazuje, že právní moc (*legal power*) je více rozdělena, než se obecně předpokládá v racionalistickém výkladu práva.⁷³

Článek věnuje pozornost i aktuálním otázkám a do určité míry stále kontroverznímu tématu „mezinárodní vlády práva“, které úzce souvisí s kontinentálním pojetím „právního státu“ a *the rule of law* v anglosaské doktríně.⁷⁴ Lze zřejmě souhlasit s názorem, že soudobé mezinárodní právo prochází turbulentním obdobím a čelí i strukturálním změnám.⁷⁵

⁶⁸ Viz KOSKENNIEMI, M. *The Politics of International Law*, s. 9.

⁶⁹ SLAUGHTER BURLEY, A. M. *International Law and International Relations Theory: A Dual AGENDA*. *American Journal of International Law*. 1993, Vol. 87 No. 2, s. 241.

⁷⁰ KOH, H. H. *Why Do Nations Obey International Law?*, s. 143.

⁷¹ Srov.: „Koh and I are both critical of the Trump administration's approach to international law. We both think that this approach is harmful for the United States and the world“. HAKIMI, M. *Why Should We Care About International Law?* Rukopis referátu na konferenci v Berlíně *International Law as Process and Practice: A Transatlantic Conversation on Use of Force*, dne 3. 6. 2019, s. 20.

⁷² Viz k tomu např. COTTERRELL, R. *Legality and Legitimacy. The Sociology of Max Weber*. Oxford: Oxford University Press 2019.

⁷³ Srov.: „The interactional framework acknowledges and [...] enforces the diversity of international society, and shows that legal power is more distributed than commonly presumed in rationalist explanation of law“. BRUNNEE, J. – TOOPES, J. *Interactional international law: an introduction, International Theory*. Cambridge University Press, 2011, s. 304–318.

⁷⁴ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Rule of Law Checklist*, March 11–12, 2016, Study No 711/2013, CDL – AD (2016) 007.

⁷⁵ Viz k tomu např. ZIMMERMANN, A. *Times Are Changing – and What About the International Rule of Law Then?* *European Journal of International Law*. 2018, March. Dostupné z: <<http://www.kfg-intlaw.de/index.php?/b=1>>.

Článek věnuje zvláštní pozornost některým argumentům zdůvodňujícím unilaterální použití ozbrojené síly mocnými státy a vojenskými seskupeními, které jdou nad rámec Charty OSN a přispívají tak k posílení názoru, že čl. 2(4) Charty OSN skomírá, nebo je dokonce již mrtvý. Článek se nezabývá samotným rozbořem těchto názorů, upozorňuje pouze na různé tendence, které se dlouhodobě i v současnosti pokoušejí omezit zákaz použití síly většinou s odvoláním na paralyzování činnosti RB OSN právem veta velmocí. Status čl. 2(4) Charty OSN zpochybnil již v roce 1984 např. E. Rostow.⁷⁶

Z hlediska současných poměrů lze souhlasit s názorem, který vyjádřil soudce MSD B. Simma ve svém *votum separatum* v kauze *Oil Platform*, podle něhož existuje stále větší počet případů, kdy je právní zdůvodnění použití síly v rámci systému OSN odloženo (*discarded*) jako fíkový list, zatímco rostoucí počet autorů se připravuje přímo na „pohřeb“ mezinárodně právního omezení použití síly.⁷⁷ Avšak i Simma připouští, že mohou existovat výjimečně *hard cases*, které neponechávají jinou možnost volby než jednat „mimo právo“.⁷⁸ Francouzský autor A. Pellet uvádí, že může být a někdy je legitimní nebrat v úvahu právo.⁷⁹ V souvislosti s nelegálními intervencemi se vyskytl dokonce názor, že podle zásady *ex iniuria ius oritur* může dojít ke vzniku nového obyčejového práva, kdy autorizace ozbrojené akce Radou bezpečnosti již nebude nezbytná.⁸⁰ Jedná se ovšem o popření zásady římského práva *ex iniuria ius non oritur*. K zúžení mezinárodněprávního zákazu použití síly dochází často při zdůvodňování „preventivní“ i „preemptivní“ sebeobrany, na základě tzv. teorie akumulace případů (*the accumulation of events theory*) a podobných teorií. O zákazu hrozby silou [čl. 2(4)] Charty se snad již ani seriózně nehovoří. Je nepochybné, že mezi pojmy právo, moc nebo síla existuje v reálné mezinárodní praxi často značné napětí, které má následně vliv i na vytváření *opinio iuris*. Bylo by podle autora tohoto článku chybou legalizovat nebo i legitimizovat porušování norem a principů mezinárodního práva, na nichž je náš současný mezinárodněprávní systém založen. Je třeba učinit vše, aby se zabránilo jakékoli erozi všeobecného zákazu použití síly, což je v současných podmínkách nesmírně těžké...

Je jistě zajímavé, že „osvícenstvím“ v politice, o kterém se zmiňuje např. Koskenniemi,⁸¹ se zabývá ve svých 96 letech i H. Kissinger, který nepochybně patří k představitelům politického realismu. V červnu 2018 uveřejnil zajímavý článek nazvaný *Jak končí osvícenství*, v němž z filozofického hlediska porovnává osvícenství 18. století s naší dobou a jejími dominujícími technologiemi a zejména umělou inteligencí (*artificial intelligence – AI*), která dalece překračuje pouhý rámec automatizace. Zdůrazňuje, že „osvícenství začalo“ v podstatě filozofickým pochopením či porozuměním šířeným novou technologií. Naše doba se podle jeho názoru ubírá opačným směrem, neboť generovala potenciálně domi-

⁷⁶ ROSTOW, E. The Legality of the International Use of Force by and from States. *Yale Journal of International Law*. 1984, Vol. 10, Iss. 2, s. 286.

⁷⁷ Srov.: „[...] that more and more, legal justification of use of force within the system of the United Nations Charter is discarded even as a fig leaf, while an increasing number of writers appear to prepare for the outright funeral of international legal limitation on the use of force [...]“ ICJ Reports 2003, *Oil Platform Case*, SIMMA, B. Separate Opinion of Judge Simma, para 6, s. 171.

⁷⁸ Srov.: „that there might be very exceptionally hard cases, involving terrible dilemmas consideration leave no choice but to act outside the law“; SIMMA, B. NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects. *European Journal of International Law*. 1999, Vol. 10, No. 1, s. 11–22.

⁷⁹ Srov.: „It might be and sometimes is legitimate to disregard the law.“ PELLET, A. Brief Remarks on the Unilateral Use of Force. *European Journal of International Law*. 2000, Vol. 11, s. 385.

⁸⁰ CASSESE, A. *Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? *European Journal of International Law*. 1999, Vol. 10, No. 1, s. 28.

⁸¹ KOSKENNIEMI, M. *The Politics of International Law*, s. 4–5.

nující technologii při hledání „vedoucí filozofie“ (*guiding philosophy*).⁸² Je skutečností, že nauka mezinárodního práva se otázkami umělé inteligence a nových technologií, zejména v oblasti nových zbrojních systémů doposud nezabývala. Lze však důvodně předpokládat, že nové technologie v nepříliš vzdáleném budoucnu budou mít výrazný dopad i na formování a rozvoj mezinárodního práva, v neposlední řadě práva ozbrojených konfliktů.

M. Koskenniemi v jiném článku vcelku výstižně uvedl, že mezinárodní právo existuje „v kluzké zóně mezi abstraktní spekulací o závazných principech a realistickou úctou k síle“.⁸³ Pojem státní moci (*power*) velmi úzce souvisí s pojmem státní suverenity, která bývá nejčastěji definována jako nezávislost státní moci jak uvnitř státu, tak i navenek. I obsah státní suverenity prošel ovšem určitým vývojem, který původně téměř neomezenou moc jednotlivých států na základě jimi převzatých mezinárodněprávních závazků podstatně omezil. Pojmy „moc“ a „síla“ mají i v mezinárodním právu mnoho významů. Podle okolností může jít o synonymum, jakými jsou např. výrazy „vojenská síla“ (*military force*). Jindy se může jednat o pojmy významově odlišné. Jako příklad lze uvést pojmy „moc“ nebo „vláda práva“ (*the power of the law*) a „jednotka pro udržování míru“ (*peace keeping force*). Mimořádně inspirující pro analýzu role síly při uplatňování norem mezinárodního práva jsou dvě školy právního myšlení, které původně vznikly v USA. Jedná se o tzv. „klasické právní myšlení“ a zejména pak „právní realismus“.

Alespoň v závěru článku považuje autor za vhodné se zmínit o významu pojmu „rovnováha sil“ (*balance of power, principe d'équilibre*) v mezinárodním právu a mezinárodních vztazích. Zásada rovnováhy sil od vestfálského míru v roce 1648 hrála důležitou úlohu v dějinách Evropy. Významný německo-britský právník Lassa F. L. Oppenheim ve své učebnici z roku 1905 a později ve třetím vydání z roku 1920 (viz český překlad z roku 1924) poměrně kategoricky napsal, že „*mezinárodní právo může existovat jen tenkrát, když existuje rovnováha sil mezi členy rodiny národů*“.⁸⁴ V klasickém mezinárodním právu se dokonce v zájmu „rovnováhy sil“ připouštěla intervence v zájmu rovnováhy sil.⁸⁵ Po Vestfálském míru byl princip rovnováhy sil zakotven např. v Utrechtské mírové smlouvě z roku 1713, byl potvrzen na Vídeňském kongresu v roce 1878 a na dalších konferencích. Hovoří se o „evropské rovnováze sil“ do první světové války. Pro devatenácté století byla „rovnováha sil“ charakterizována tzv. „Koncertem Evropy“. Druhá světová válka skončila bipolární rovnováhou sil mezi USA a SSSR a jejich vojenskými bloky NATO a Varšavskou smlouvou, založenou na strachu ze vzájemného zničení. Po skončení „studené války“, kolapsu sovětského bloku a vytvoření světové mocenské „unipolarity“, představované USA a podporované vojenským seskupením NATO, došlo k zásadnímu oslabení významu koncepce rovnováhy sil v Evropě, i když jaderné odstrašení hraje stále významnou roli.

⁸² Srov.: „The Enlightenment started with essentially philosophical insights spread by a new technology our period is moving in the opposite direction. It has generated a potentially dominating technology in search of a guiding philosophy.“ KISSINGER, H. A. How the Enlightenment Ends. *The Atlantic*. 2018, June.

⁸³ Srov.: „International law exists in the slippery zone between abstract speculation on binding principles and realistic deference to power“, KOSKENNIEMI, M. Imagining the Rule of Law: Reading the Grotian „Tradition“. *European Journal of International Law*. 2019, Vol. 30, No. 1, s. 17.

⁸⁴ Srov. k tomu: „An equilibrium between the various powers which form the family of nations is essential to the existence of international law“, OPPENHEIM, L. *International Law: A Treaties*, Longmans. Green London, 1905; srov. dále v českém překladu: „[...] mezinárodní právo může existovat jen tenkrát, když jest rovnováha vyrovnání sil mezi členy rodiny národů. Nemohou-li se státy navzájem udržet v šachu, žádná právní norma nemůže působiti, protože příliš mocný stát přirozeně se bude pokoušeti jednati libovolně a nebude poslouchati práva“. OPPENHEIM, L. F. L. *Mezinárodní právo*. Praha: Orbis, 1924, s. 80.

⁸⁵ Srov.: „As regards intervention in the interest of the balance of power, it was [...] regarded as admissible.“ LAUTERPACHT, H. – OPPENHEIM, L. F. L. *Oppenheim's International Law, Vol. I. Peace*. London – New York: Longmans, Green, 1955, s. 311.

S ohledem na rostoucí vojenský, ekonomický a politický vliv Číny a předpokládané strategické partnerství s Ruskem získá v nedalekém budoucnu koncepce „rovnováhy sil“ zřejmě znovu na významu pro udržení mezinárodního míru a bezpečnosti v Evropě i ve světě. Článek věnuje velkou pozornost silným doktrinárním a politickým tendencím vedoucím k oslabení zákazu použití ozbrojené síly, zakotvenou v Chartě OSN i mezinárodním obyčejovém právu. Již v roce 1970 Th. Franck položil ve svém článku suggestivní otázku, „*kdo zabil čl. 2(4)*“,⁸⁶ kterou jsem dříve považoval za nepatřičnou a oslabující mezinárodněprávní zákaz použití síly. Na porušování zákazu použití síly a hrozby silou v současnosti poukázal např. významný francouzský profesor mezinárodního práva A. Pellet v souvislosti s „kosovskou krizí“ nebo invazí do Iráku, v obou případech bez souhlasu RB.⁸⁷ S iráckou krizí se podle Pelleta celý systém OSN dostal „z bláta do louže“, neboť byl zcela ignorován ve třetí válce v Zálivu.⁸⁸ Také vojenská akce NATO proti Jugoslávii byla v rozporu s mezinárodním právem.⁸⁹ Nelze ovšem pominout ani invazi SSSR v roce 1956 do Maďarska, v roce 1968 do Československa nebo nejnovější případy použití ozbrojené síly. Případů porušení kogentního zákazu ozbrojené síly bylo ovšem mnoho, a to i ze strany jiných mocností. Po století bylo mezinárodní právo předmětem různých útoků s cílem podpořit „hegemonii“ některé z velmocí. Tendence zpochybňující efektivitu mezinárodního práva jako „skutečného práva“ existují i v současnosti.⁹⁰ Setkáváme se s pojmy „*hegemonistické mezinárodní právo*“ nebo „*mezinárodní právo v dobách hegemonie*“.⁹¹ Mezinárodní právo se ve vztahu k mocným státům nacházelo vždy v poněkud nejisté pozici. Na jedné straně se velmocí často dovolávají mezinárodního práva jako pramene legitimacy svého jednání, na druhé straně však využívají svého mocenského postavení k prosazení svých zájmů, mnohdy i bez ohledu na mezinárodní právo. Rozporuplný vztah k úloze „síly“ v mezinárodním právu zaujímají často i mezinárodní právníci. Někteří považují nedovolené použití síly za element odporující mezinárodnímu právu, zejména zásadě svrchované rovnosti. Slabost mezinárodního práva je proto často připisována „*politice z pozice síly*“ (*power politics*).⁹² Použití síly má mnoho forem a musí být vždy „legitimizováno“ právem. Může se jednat o sílu vojenskou (ozbrojenou), politickou nebo ekonomickou. Projevy použití síly mohou být jak přímé, tak i nepřímé, otevřené nebo skryté. Mezinárodní právo pomáhá formovat spravedlivý světový řád. Vývoj aktuální mezinárodní situace nedává příliš optimismu pro důsledné naplnění zákazu použití ozbrojené síly. Státy jsou stále častěji ochotny uchýlit se k ozbrojeným intervencím bez souhlasu RB, což může být interpretováno i jako proces konstituování mezinárodního obyčejového práva. V červnu 2019 jsem se v Berlíně na pozvání zúčastnil konference na téma *Mezinárodní právo jako proces a praxe: Transatlantická konference o použití síly*.

⁸⁶ FRANCK, Th. Who killed Article 2(4)? or: The Changing Norms Governing the Use of Force by States. *American Journal of International Law*. 1970, Vol. 64, s. 809.

⁸⁷ PELLET, A. Book review, The Charter of the United Nations: A commentary of Bruno Simma's Commentary.

⁸⁸ Ibidem, s. 137.

⁸⁹ RANDELZHOFFER, A. Use of Force. In: SIMMA et al. (eds). *The United Nations: A Commentary*. 2nd edition. Oxford University Press, 2002, s. 131. PELLET, A. La guerre du Kosovo – Le fait rattrapé par le droit. *International Law Forum du droit international*. 1999, s. 160, 165.

⁹⁰ GOLDSMITH, J. L. – POSNER, E. A. *The Limits of International Law*, s. 44.

⁹¹ VAGHTS, D. T. Hegemonic International Law. *American Journal of International Law*. 2001, Vol. 95, s. 843; KRISCH, N. International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order. *European Journal of International Law*. 2005, Vol. 16, No. 3, s. 369; BYERS, M. – NOLTE, G. (eds). *Hegemony and the Foundation of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 135.

⁹² SCHACHTER, O. *The Role of Power in International Law*. 93 *Proceedings of the Annual Meeting ASIL*. 1999, s. 200.

Mimo jiné byla diskutována i kontroverzní otázka vztahu mezi „neformální regulací použití síly“ a klasickým *jus ad bellum*. Referát k tématu přednesla M. Hakimi z *University of Michigan Law School*, která spatřovala možnost použití síly státy i v jednání RB, které „toleruje“ (*condone*) určitou vojenskou operaci, aniž by ji formálně „autorizovala“.⁹³

Často se v odborných kruzích namítá, že Charta OSN není žádnou „fosilií“, nýbrž živoucím instrumentem, ovlivňovaným interpretací Charty a praxí států. To je ovšem již komplikovaná otázka vzniku normy mezinárodního obyčejového práva, zvláště jedná-li se o normu *jus cogens*. Jediným spolehlivým kritériem pro změny Charty OSN jsou její ustanovení obsažená v čl. 108 a 109. Právo veta bývá kritizováno jako překážka větší efektivity činnosti RB. Zrušení zásady jednomyslnosti velmocí je však v současném světě ne-reálné a znamenalo by s největší pravděpodobností i samotný zánik OSN jako systému kolektivní bezpečnosti, vytvořeného po druhé světové válce.

⁹³ K této koncepci viz blíže kapitola 4 tohoto článku. Zprávu o konferenci viz AW. *Papers International Law as Process an Practice: A Transatlantic Conversation on use of Force*.

Cizí právo v dovolacím řízení

Luboš Tichý*

Abstrakt: Článek se zabývá problémem přezkumu používání cizího práva v dovolacím řízení před nejvyšší soudní instancí. Srovnává praxi v Německu, Rakousku, Švýcarsku a počátky praktických zkušeností v tomto ohledu v České republice. Srovnáním tří výše uvedených cizích právních řádů zjišťuje, že v Rakousku a Švýcarsku je otázka používání cizího práva předmětem dovolání, zatímco německý nejvyšší soud přezkoumává dovoláním pouze určování cizí právní normy, zatímco se formálně zdržuje přezkumu ohledně výkladu a aplikace takto nalezeného předpisu, neboť údajně nehodlá dublovat rozhodování nejvyššího soudu v daném cizím státě. Tato praxe je nesprávná a nemůže být vzorem pro český Nejvyšší soud. Odpírá totiž občanům jeden důležitý druh přezkumného řízení a jedná proti zásadě rovnocennosti právních řádů, jestliže rozlišuje mezi domácím právem, které bez výjimky je podrobeno dovolacímu řízení, zatímco aplikace cizího práva je z tohoto řízení vyloučena. Dospívá proto k logickému závěru, že používání cizího práva by mělo podléhat stejnému režimu jako v případě revize používání práva tuzemského. Zjišťování práva a jeho aplikace jsou dvě fáze jednoho myšlenkového procesu, a proto je v praxi nelze oddělovat.

Klíčová slova: cizí právo, právní a skutková otázka, nejvyšší soudní instance, civilní řízení, důkazní břemeno, nalézání a aplikace cizího práva, rovnost právních řádů, srovnání, český, německý, rakouský a švýcarský přístup

Předmět a cíl

Mezinárodní právo soukromé a mezinárodní právo procesní byly u nás po desetiletí pouze teoretickými obory práva. V souvislosti s otevřením hranic, zásadními politicko-spoločenskými přeměnami a poté v důsledku vzniku členství České republiky v EU se české soudy začínají ve sporech obsahujících cizí prvek postupně zabývat nejen čistě technickými nebo procesně-formálními otázkami. I když se podle informací autora zatím Nejvyšší soud přímo nezabýval otázkami aplikace cizího práva, není jistě příliš vzdálena doba, kdy dovolací instance bude posuzovat přípustnost dovolání pro závažné vady v důsledku porušení cizího právního řádu. O tom možná svědčí i rozhodnutí Nejvyššího soudu z poslední doby, v nichž Nejvyšší soud sice připustil dovolání, avšak zatím nikoliv pro závažnou otázku spočívající v porušení práva.¹ Problematikou aplikace cizího práva se z hlediska přípustnosti dovolání zabývá tento příspěvek.

Na rozdíl od situace v České republice je otázka kontroly používání cizího práva nejvyšší soudní instancí v dovolacím řízení zejména v německé civilněprocesualistické nauce v podstatě evergreenem. V určitých opakujících se „vlnách“ se kromě ojedinělých příspěvků setkáváme především s kritikou posuzování tohoto problému německým Spolkovým soudním dvorem. Lze tedy vyslovit přesvědčení, že ani v současné době neztratila problematika kontroly aplikace cizího práva v dovolacím řízení na významu a aktuálnosti.

Podnětem k tomuto krátkému příspěvku je ovšem nejen bohatá akademická literatura a judikatura v Německu, nýbrž i řešení a posuzování dané problematiky ve srovnatelných právních řádech germánského právněkulturního okruhu, jež se při podobnosti, nebo dokonce shodnosti některých východiskových předpokladů přesto v určitých směrech

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

¹ Viz rozsudek 21 Cdo 4674/2014 nebo usnesení 33 Cdo 4334/2014.

odlišují. Německý model, zejména v rozhodovací praxi Spolkového soudního dvora (BGH), je v Rakousku následován jen do určité míry. V důsledku specifického vývoje právní úpravy představuje švýcarské právo relativně samostatnou koncepci. Pro české právo jde však stále o vstup na neznámou půdu. Na tomto pozadí budeme posuzovat pozici českého práva ve věci přezkumu použití cizího práva v dovolacím řízení.

Problematickou přezkumu používání cizího práva ve třetí instanci, tj. nejvyššími soudy, tematizujeme z hlediska některých základních právních předpokladů fungování soudního systému. Tradiční pohled perspektivou mnohdy jen civilního práva procesního se tak snažíme obohatit o aspekty ústavněprávní a zejména o perspektivu mezinárodního práva soukromého a mezinárodního práva procesního. Usilujeme tak o komplexnější posouzení způsobu a zejména míry přezkoumávání aplikace cizího právního řádu vůbec a českým Nejvyšším soudem zvláště.

Ve stručném výkladu postupujeme tak, že nejprve vymezujeme jak teoretická, tak „praktická“ východiska, tedy důvod a smysl používání cizího práva v situaci přezkumu aplikace cizího právního řádu v jednotlivých čtyřech jurisdikcích – německé, rakouské, švýcarské a české (1). Ve druhé části (2) formulujeme dva ústavněprávní a unijněprávní požadavky pro používání cizího práva a na jejich základě pak zkoumáme kontrolu nakládání s cizím právním řádem. Poté se zabýváme „technikou“ používání cizího práva na základě *lex fori* a ověřujeme nutnost oddělování procesu, zjišťování a vlastní aplikace cizího právního řádu, jak je traktováno zejména v německém právu (3). Relevantní je pak zjišťovat režim revize cizího práva z hlediska předpokladů pro dovolání u jednotlivých nejvyšších soudů (4). Konečně shrneme poznatky, k nimž jsme dospěli.

1. Východisko

1.1 Smysl a cíl rozhodování podle cizího práva

Všem čtyřem srovnávaným právním řádům je společný charakter kolizního práva, které je zpravidla právním základem použití cizího práva. Ve svém navázání obsahuje kolizní norma příkaz k jeho aplikaci. Kolizní normy tvořící základní náplň mezinárodního práva soukromého mají obligatorní povahu. Vynucují si svoje použití v případě existence cizího (zahraničního) prvku v relevantním právním vztahu, o němž soud rozhoduje. I když se zejména v německé nauce objevují názory² o tom, že tyto normy mají dispozitivní charakter umožňující soudu např. z pohodlnosti použít své „vlastní“ hmotné právo (*lex fori*), ačkoliv relevantní kolizní norma by příkazovala použití cizího právního řádu, je povinností soudce kolizní právo použít.³

² Např. FLESSNER, A. Fakultatives Kollisionsrecht. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1970, 34, s. 547–584.

³ Pro Německo platí, že soudce musí sám německé kolizní právo nejen určit, tj. zjistit rozhodnou kolizní normu, nýbrž ji z úřední povinnosti použít (viz rozhodnutí Spolkového soudního dvora – BGHZ 177, 237, 239 a např. SCHACK, H. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 7. vydání. München: C. H. Beck, 2017, marg. č. 699). To platí i pro Rakousko. Podle § 2 rakouského zákona o mezinárodním právu soukromém (IPRG, Spolkový zákon ze dne 15. 6. 1978, BGKB 1978, č. 308, s. 1729) je soud povinen zjišťovat skutkové a právní předpoklady použití kolizní normy z úřední povinnosti (viz rozsudek Rakouského nejvyššího soudu – OGH 4 Ob 68/03 h). Pro zjišťování a používání rozhodného práva platí úřední povinnost (VERSCHRAEGEN, B. *Internationales Privatrecht*. Wien: Manz, 2012, marg. č. 1088). Tato zásada je však prolomena v případech volby práva stranami (viz § 2 druhá věta IPRG). Jak konstatují v případě Švýcarska Keller a Girsberger, i když to zákon výslovně nestanoví, vychází švýcarské mezinárodní právo soukromé z toho, že švýcarské kolizní normy mají obligatorní charakter a je třeba je používat z úřední povinnosti („aplikační příkaz“, viz k tomu KELLER, M. – GIRSBERGER, D. In: GIRSBERGER, D. et al. *Zürcher Kommentar zum IPRG*. 2. vydání.

Ve všech zkoumaných právních řádech platí, že soudce není povinen znát cizí právo, jeho povinností je však obsah tohoto práva zjistit a řádně ve smyslu postupu zahraničního soudce je aplikovat.⁴ V tomto ohledu má soudce s určitými rozdíly v jednotlivých právních řádech v zásadě povinnost vyšetřovací, tj. zjistit a aplikovat relevantní cizí předpis z úřední povinnosti.

Cizí právo by tedy mělo být v tuzemsku používáno tak, jak je vykládají a aplikují soudy ve státě, kde toto právo platí. Jiný postup by totiž nerespektoval příkaz kolizní normy a vedl by tak nejen k nesprávnému zacházení se zahraničním právem, ale současně i k porušení tuzemského kolizního předpisu. Při aplikaci cizího právního řádu se použije všech jeho ustanovení,⁵ kterých by se v daném státě pro rozhodnutí ve věci použilo, a to bez ohledu na jejich systematické zařazení.⁶ Ve všech srovnávaných státech má ustanovení cizího právního řádu povahu právní normy, a znamená tedy právo, a nikoliv skutečnost.⁷ K použití cizího práva dochází zhruba v pěti typových případech: a) při zjištění mezinárodní příslušnosti, jestliže například tato otázka závisí na určení místa plnění či státní příslušnosti, b) v případě zpětného a dalšího odkazu, jestliže použití *lex fori* závisí na řešení *renvoi* cizího mezinárodního práva soukromého, c) k zjištění správné aplikace relevantní kolizní normy *lex fori*, d) při zjišťování relevantního pramene cizího práva, e) při zjišťování správného výkladu a aplikace zjištěné zahraniční právní normy.

Předmětem naší analýzy je problematika označená shora písmeny d) a e), tedy otázka používání zahraničního práva, čímž – jak výše uvedeno – rozumíme nalézání relevantního právního pramene.⁸

Ve všech čtyřech právních řádech existuje trojstupňový soudní systém, přičemž třetí instancí je nejvyšší soudní instance, jež přezkoumává rozhodnutí odvolacího soudu za zvlášť vymezených předpokladů. Na revizi rozhodnutí nejvyšší soudní instancí tedy neexistuje právní nárok.

Ve všech čtyřech srovnávaných právních řádech existuje kodifikovaná úprava mezinárodního práva soukromého. Jak však ještě uvidíme (viz 1.2), základy naší problematiky jsou ve zkoumaných kodexech upraveny pouze ve Švýcarsku a v České republice, a otázku důvodů dovolání jako opravného prostředku k přezkumu použití cizího práva nejvyšší soudní instancí upravuje pouze švýcarské právo, a to speciálním zákonem.⁹

Problematikou cizího práva v dovolacím řízení v civilních věcech se v Německu a Rakousku zabývají především představitelé nauky civilního procesu. Jen výjimečně se mezi příspěvky procesualistů objeví i názor akademika nebo soudce, jenž tuto problematiku zkoumá též z hlediska mezinárodního práva soukromého či procesního. Obdobná situace

Zürich: Schulthess, 2004, Komentář k čl. 16 IPRG, marg. č. 10, a rozsudek Švýcarského Spolkového soudu BGE 118 II 83 an.). Kolizní normy mají obligatorní charakter i v českém právu (viz PAUKNEROVÁ, M. Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a v rozhodčím řízení. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 12, s. 1265, 1277). Viz k tomu v širším kontextu ESPLUGUES, C. – IGLESIAS, J. L. – PALAO, G. (eds). *Application of Foreign Law, 2011, General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, s. 18, 19.

⁴ Viz např. § 23 odst. 1, první věta zákona 91/2012 o mezinárodním právu soukromém, dále ZMPS/2012.

⁵ Viz čl. 13 švýcarského IPRG (Spolkový zákon o mezinárodním právu soukromém ze dne 18. 12. 1987, BBl 1988 I.5).

⁶ Např. důvodová zpráva k § 23 ZMPS/2012.

⁷ Viz ESPLUGUES, C. – IGLESIAS, J. L. – PALAO, G. (eds). *Application of Foreign Law*. München: Sellier, 2011, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, s. 3 an., s. 10 an. K této otázce viz SPICKHOFF, A. Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage? *Zeitschrift für Zivilprozess*. 1999, 112, s. 265 an.

⁸ Viz též PRÜTTING, H. *Die Überprüfung des ausländischen Rechts in Revisionsinstanz*. FS Schütze. München: C. H. Beck, 2014, s. 449–455, 450, KEGEL, G. – SCHURIG, K. *Internationales Privatrecht*. 8. vydání. München: C. H. Beck, 2000, § 15 VI.

⁹ Spolkovým zákonem o Spolkovém soudu (*das Bundesgericht*, používá se i český překlad „Federální soud“) BGG.

je i v Rakousku. Naproti tomu ve Švýcarsku se otázkou aplikace cizího právního řádu a jejího přezkoumávání zabývají především znalci mezinárodního práva soukromého. To odpovídá i situaci u nás, kde převládají příspěvky představitelů mezinárodního práva soukromého, ať to jsou Ledrer, Donner, Másilko, Steiner, Kalenský a v poslední době Kučera a Pauknerová.¹⁰

1.2 Právní situace v jednotlivých státech

1.2.1 Německo

Charakteristická je úprava v německém civilním procesním řádu (ZPO), který v Knize 2 (*Buch 2*) regulující úpravu řízení v první instanci upravuje otázku zjišťování cizího práva, tedy práva platného v jiném státě (základy tohoto zjišťování). Naproti tomu v úpravě řízení o dovolání (revizi) neobsahuje speciální ustanovení ve vztahu k přezkoumávání, zjišťování a použití cizího práva. Podstatné však je, že relevantní ustanovení § 545 ZPO omezovalo působnost nejvyšší soudní instance na přezkum porušení původně říšského práva (*Reichsrecht*), posléze federálního práva (*Bundesrecht*). Od roku 2009 však toto omezení neplatí.¹¹

Relativně nesporná je praxe BGH při interpretaci § 293 ZPO, tedy při stanovení požadavků na zjišťování cizího práva. V případě existence cizího prvku musí soud z úřední povinnosti podle pravidel mezinárodního práva soukromého zkoumat, zda bude použito německé či cizí právo.¹² Ve svém odůvodnění je povinen uvést, že využil uvážení stran zvolit si i v těchto případech tuzemské právo.¹³ Je povinen k tomu použít komentáře, učebnice a jiné publikace, využít spolupráce stran a provést důkaz znaleckým posudkem.¹⁴

I na aplikaci cizího práva jsou kladeny relativně vysoké požadavky. Soudce nesmí vycházet pouze z doslovného výkladu příslušného předpisu nebo jej vykládat podle vlastního chápání, nýbrž musí použít cizí právní řád, a přitom přihlídnout k nauce a judikatuře cizího státu.¹⁵ Klíčovou úlohu má používání zahraniční judikatury.¹⁶ To odpovídá požadavku, že i německý soudce musí vycházet ze zahraniční právní praxe.

Jiná situace však je v případě přezkoumávání aplikace cizího právního řádu v řízení o dovolání před BGH. Do reformy zákona ve věcech nesporného řízení (FGG) a ustanovení § 545 ZPO v roce 2009 bylo v judikatuře BGH nesporné, že cizí právo nelze v dovolacím řízení

¹⁰ DONNER, B. Důkaz a použití cizího práva. *Studie z mezinárodního práva*. 1957, sv. 3, s. 107 an., LEDRER, E. Použití a důkaz cizího práva. *Právník*. 1945, s. 37 an., MÁŠILKO, V. Použití cizích předpisů v praxi čs. soudů a státní notářství. *Socialistická zákonnost*. 1973, s. 545 an., KALENSKÝ, P. Podstata a povaha aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva*. 1968, sv. 13, s. 41 an., PAUKNEROVÁ, M. Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a rozhodčím řízení, s. 1265 an., PAUKNEROVÁ, M. Treatment of foreign law in a comparative perspective. *Revue Hellénique de droit international*. 2011, č. 1, s. 5 an., KUČERA, Z. et al. *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. 2015, s. 184 an.

¹¹ Zřejmě správně se však domnívá Eichel (EICHEL, F. *Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung von § 545 Abs. 1 ZPO. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2009, s. 389, 391), že zákonodárce při návrhu této formulace nepomyslel na to, že v důsledku toho by byl možný přezkum použití cizího práva. Vzdor tomu, že dosavadní judikatura BGH nebyla uspokojivá, nelze z přípravných prací usuzovat na úmysl zákonodárce změnou formulace § 545 ZPO (vypuštění jediného slova) dosáhnout právní základ možné kontroly použitím cizího práva v dovolacím řízení.

¹² Rozhodnutí Spolkového soudního dvora BGH 118, 151, 162.

¹³ BGHZ 77, 32, 38.

¹⁴ Viz např. HUBER, M. In: MUSIELAK, H.-J. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. München: Verlag Franz Vahlen, 8. vydání. 2011, komentář k § 293 ZPO, marg. č. 7.

¹⁵ BGH NJW 2002, 1359.

¹⁶ BGH RIW 1982, 199, 435.

přezkoumávat.¹⁷ Spolkový soudní dvůr tak vycházel z výslovného znění § 545 odst. 1 ZPO (viz výše), stejně jako z ideje, že možnost profesionálně aplikovat cizí právní řád závisí na existenci vysokého stupně vědomostí soudu.¹⁸ Jestliže by se připustila možnost přezkoumání aplikace cizího práva prostřednictvím BGH, vzniklo by riziko nejednotné aplikace cizího práva s ohledem na rozdíly v rozsahu zkoumání v závislosti na náhodné znalosti konkrétního senátu BGH nebo konkrétního soudce tohoto soudu.¹⁹ To by pak nebylo v souladu s maximou tzv. transparentnosti opravných prostředků (*Rechtsmittelklarheit*) v dovolacím řízení.²⁰

Poté, co bylo odstraněno slůvko omezující působnost BGH na přezkum německého spolkového práva (viz výše), zesílily hlasy nauky, které i předtím plédovaly pro přezkoumání aplikace cizího práva nejvyšším soudem, neboť jediná formální překážka přestala existovat. Přesto se praxe BGH nezměnila. Používání cizího práva není ani nadále přezkoumatelné,²¹ jak to potvrdil svým rozhodnutím z roku 2013 samotný BGH. Změna zákona totiž nebyla provedena za účelem možného přezkumu použití cizího práva, neboť v legislativních materiálech tomu nic nenasvědčuje.²² Předmětem revize podle BGH tedy zůstává jen otázka zjišťování cizího práva, na kterou BGH klade vysoké požadavky. Lze tedy spolu s některými autory konstatovat,²³ že německá nejvyšší instance „obchází“ otázku přezkumu aplikace cizího práva prostřednictvím kontroly správnosti jeho zjišťování.

Proti strnulé praxi německého nejvyššího soudu lze argumentovat i tím (viz dále), že ve věcech rodinného a pracovního práva jsou jinými nejvyššími německými soudy otázky používání cizího právního řádu přezkoumávány.

1.2.2 Rakousko

Rakouský civilní procesní řád (ZPO) neobsahuje jedinou zmínku o cizím právu, tedy ani o jeho zjišťování, ani o jeho aplikaci. Z hlediska našeho výzkumu jsou relevantní dvě ustanovení týkající se dovolacího řízení, a to § 502 a § 503 ZPO. Jakkoliv je rakouská soudní praxe ovlivněna rozhodováním německého BGH, v otázce přezkumu použití cizího práva

¹⁷ Např. BGH NJW-RR 1996, 732.

¹⁸ PFEIFFER, Th. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2002, s. 3306, 3308.

¹⁹ *Ibidem*. To je ovšem velmi kuriózní argument. Je totiž obecně známo, že v čistě tuzemských věcech dochází mezi jednotlivými soudci, a dokonce senáty k rozdílným názorům na stejnou věc. Připustit však takovou praxi v širším měřítku by bylo v příkrém rozporu právě s jedním ze základních cílů nejvyšší soudní instance, tedy s jejím úkolem sjednocovat judikaturu. Viz k tomu dále 4.1.

²⁰ Proti připuštění přezkumu používání cizího práva je též namítáno, že nejvyšší soud by musel akceptovat z úřední povinnosti předpoklady pro revizi rozhodnutí dovolacího soudu, které jsou stanoveny cizím procesním právem, jež dovolací soud nemůže použít, neboť aplikuje pouze vlastní procesní právo (*lex fori*). Tento argument je nesprávný. Při přezkoumání cizího práva jde o zajištění jednoty aplikace práva a dosahování individuální spravedlnosti při používání cizího hmotného práva. V tomto ohledu jsou procesní předpoklady přezkumu podle cizího právního řádu irelevantní. I tehdy, kdyby v cizím právním řádu neexistovala žádná možnost přezkoumání soudních rozhodnutí, je povinností domácí nejvyšší soudní instance uvedených cílů dosahovat ať již respektováním konstantní judikatury, nebo převládajícího mínění v науce, respektive základních právních zásad cizího právního řádu (viz k tomu BGHZ 27, 47, 50 an. a BALL, W. In: MUSIELAK, H. J. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 8. vydání. München: Verlag Franz Vahlen, 2011).

²¹ Viz JACOBS, M. – FRIELING, T. Revisibilität in den deutschen Verfassungsgesetzen. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 2014, 127, s. 137, 150 an.

²² Srov. ALTHAMMER, Chr. Verfahren mit – Auslandsbezug nach dem neuen FamFG. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2009, Vol. 29, No. 5, s. 381, 389. Je zřejmá tendence německého BGH omezit nápad věcí. Nic nového pod sluncem. O tom svědčí novely o. s. ř. zužující důvod dovolání.

²³ Viz HAU, W. Ein Rückzugseffekt des BGH gegen die Revisibilität ausländischen Rechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2014, č. 5, s. 197 an.

se od německého modelu odlišuje. Vadná aplikace zahraničních právních norem je důvodem dovolání podle § 503, jestliže se týká právní otázky zásadního významu.²⁴ Naproti tomu právní otázkou zásadního významu (*Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung*) není podle převládajícího mínění taková aplikace cizího práva povolání kolizní normou, jestliže odvolací soud použil příslušnou hmotněprávní normu v souladu s konstantní judikaturou nejvyššího soudu dotčeného cizího státu, a při absenci takové judikatury v souladu s konstantní praxí jiných soudů, respektive při neexistenci takové praxe v souladu s převládajícím míněním v daném státě.²⁵ Chybí-li však i převládající mínění, je zapotřebí, aby rozhodnutí rakouského soudu bylo v souladu se zněním příslušné právní normy a se zásadami právního výkladu, respektive ve světle obecných právních zásad daného státu. Judikatura Nejvyššího soudního dvora (OGH) při používání cizího práva neznamena v žádném případě vedoucí úlohu při rozvoji judikatury ve státu původu používaného práva,²⁶ a tudíž nemá ani funkci zachování právní jednoty a právního rozvoje v tomto státě.²⁷

Nesprávnosti při zjišťování cizího práva soudem, jehož je tato činnost povinností (*ex officio*), hodnotí OGH jako procesní vady.²⁸ Takovými vadami jsou například i nepřesný překlad zákonných ustanovení či rozhodnutí nebo nesprávná interpretace zahraničních akademických děl, neboť i tyto vady mohou vést k právní nejistotě.²⁹

1.2.3 Švýcarsko

Justiční reforma z roku 2000 položila základ zásadní přeměny švýcarského justičního systému včetně nové úpravy přezkoumatelnosti používání cizího práva. V rámci této reformy byl vydán nový zákon o Federálním (spolkovém) soudu (BGG), jenž nahradil dosavadní úpravu obsaženou v zákoně o organizaci soudnictví z roku 1943. Dále změnil i švýcarský zákon o právu soukromém (IPRG). I dovolací řízení bylo tímto zákonem zjednodušeno (viz dále 4). Dnes platný zákon o Spolkovém soudu³⁰ obsahuje novou úpravu řízení o stížnostech proti rozhodnutím v civilních věcech (čl. 72 a násl.).

Předmětem tohoto zákona je i úprava podmínek přezkoumatelnosti používání cizího práva (čl. 96 a násl.).³¹ Stížností lze napadnout: a) jestliže cizí právo nebylo použito, jak to předepisuje švýcarské mezinárodní právo soukromé; b) jestliže cizí právo rozhodné podle švýcarského mezinárodního práva soukromého nebylo správně použito, pokud se rozhodnutí netýká majetkové věci.³²

²⁴ ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2005. Komentář k § 502 ZPO, marg. č. 48. Viz rozhodnutí Nejvyššího soudního dvora (OGH) 1 Ob 30/04 z, 1 Ob 155/0 a.

²⁵ ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2005, komentář k § 502 ZPO, marg. č. 48. Viz rozhodnutí Nejvyššího soudního dvora (OGH) 1 Ob 30/04 z, 1 Ob 155/00 a.

²⁶ Viz 1 Ob 62/02 b a 10 Ob 371/99 b.

²⁷ Viz 1 Ob 62/02 b 1 Ob 33/01.

²⁸ Tedy porušení právní normy a v důsledku toho nesprávné posouzení věci. 1 Ob 30/04, 1 Ob 203/03, 2 Ob 517/89 či 2 Ob 75/75.

²⁹ ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2015, komentář k § 502 ZPO, marg. č. 52.

³⁰ Bundesgesetz vom 17. 6. 2005 über das Bundesgericht (viz již v pozn. 10).

³¹ Viz MÄCHLER-ERNE, M. – WOLF-METTIER, S. In: HONSELL, H. – SCHNYDER, A. K. – VOGT, N. P. – BERTI, S. V. *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*. 3. vydání. 2013, Anhang: Revisibilität der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts durch das Bundesgericht, marg. č. 21 an.

³² Viz rozhodnutí švýcarského Spolkového soudu BGer 4a 498/2011, E.1.1, ale i rozhodnutí podle předchozí právní úpravy jako např. BGer 4c 302/2001, E.1c.

Podle čl. 96 písm. a) BGG může Spolkový soud (nejvyšší soud Švýcarska) přezkoumávat, zda neaplikací cizího práva byla porušena závazná pravidla mezinárodního práva soukromého (srov. čl. 13).³³ Tento přezkum, a to je velmi důležité, provádí Spolkový soud z úřední povinnosti, i když se předchozí instance aplikací cizího práva nezabývaly.

Podstatné omezení věcného rozsahu přezkumné činnosti Spolkového soudu spočívá ve vyloučení majetkových civilních věcí z přezkumu řádného použití cizího práva [čl. 96 písm. b) BGG]. V tomto ohledu se švýcarské právo reformou nezměnilo a pojem „nemajetkový civilní spor“ je třeba vykládat v souladu s dosavadní judikaturou. Avšak i v případě majetkových civilněprávních sporů, u nichž je dosaženo hodnoty sporu alespoň 30 000 švýcarských franků, lze napadnout rozhodnutí stížností podle čl. 95 písm. a) BGG, jestliže cizí právo bylo použito svévolným způsobem ve smyslu čl. 9 švýcarské ústavy.³⁴ Strany však mají možnost v těchto věcech subsidiárně použít ústavní stížnost podle čl. 116 BGG pro porušení ústavních práv. To je ovšem relativně neadekvátní náhražka chybějící právní ochrany.³⁵

Práva na přezkum nejvyšším soudem však byla zkrácena, neboť důvod dovolání spočívající v tom, že zjišťování cizího práva je nemožné, nebyl do nové úpravy převzat.

1.2.4 Česká republika

V českém právu došlo v nedávné době k určité výraznější změně. Zatímco zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním (zákon č. 97/1963 Sb., dále jako z. m. p. s./1963) upravoval pouze zjišťování cizího práva (viz § 53 odst. 1), nový zákon o mezinárodním právu soukromém z roku 2012 (zákon č. 91/2012 Sb., v účinnosti od 1. 1. 2014), upravuje nejen zjišťování, ale i používání cizího právního řádu.³⁶

I za platnosti předchozí právní úpravy (z. m. p. s./1963) se chápala činnost soudu při zjišťování cizího práva jako úřední povinnost, kterou soud splní jakýmkoliv dostupným spolehlivým způsobem, například tak, že si znalost opatří sám a z pramenů, které jsou dostatečně spolehlivé, avšak mohl požadovat i součinnost stran řízení.³⁷ Srovnáme-li text

³³ Srov. Komentář k tomuto ustanovení od HEINI, A. In: GINSBERGER, D. et al. *Zürcher Kommentar zum IPRG*. 2. vydání. Zürich: Schulthess, s. 166 an.

³⁴ Srov. k tomu BGer 23. 2. 2009 5A a 437/26 z 23. 2. 2009 5A.

³⁵ Viz GINSBERGER, D. In: MÜLLER-CHEN, M. – WIDMERLÜCHINGER, C. (eds). *Zürcher Kommentar zum IPRG*. 3. vydání. Zürich: Schulthess, komentář k čl. 13, marg. č. 54.

³⁶ § 53 odst. 1 ZMPS/1963

(1) K zjištění cizího práva učiní justiční orgán všechna potřebná opatření; pokud mu obsah cizího práva není znám, může si za tím účelem vyžádat také informaci od ministerstva spravedlnosti.

§ 23 ZMPS/2012

Zjišťování a používání zahraničního práva

(1) Pokud z jiných ustanovení tohoto zákona nevyplývá něco jiného, je třeba zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, používat i bez návrhu a tak, jak se ho používá na území, na němž toto právo platí. Použije se těch jeho ustanovení, kterých by se na území, na němž toto právo platí, pro rozhodnutí ve věci použilo, bez ohledu na jejich systematické zařazení nebo jejich veřejnoprávní povahu, pokud nejsou v rozporu s nutně použitelnými předpisy českého práva.

(2) Pokud dále není stanoveno něco jiného, obsah zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, se zjišťuje bez návrhu z úřední povinnosti. Soud nebo orgán veřejné moci, který rozhoduje ve věcech upravených tímto zákonem, učiní k jeho zjištění všechna potřebná opatření.

(3) Jestliže soudu nebo orgánu veřejné moci, který rozhoduje ve věcech upravených tímto zákonem, není obsah zahraničního práva znám, může si k jeho zjištění vyžádat také vyjádření Ministerstva spravedlnosti.

(4) Má-li se použít právního řádu státu, který má více právních oblastí nebo různé úpravy pro určité skupiny osob, rozhodují o použití příslušných právních předpisů právní předpisy tohoto státu.

(5) Jestliže se nepodaří v přiměřené době zahraniční právo zjistit nebo je-li to nemožné, použije se české právo.

³⁷ KUČERA, Z. – TICHÝ, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. 1989, s. 282.

obou relevantních ustanovení, můžeme zjistit, že nový zákon v podstatě nepřinesl nic nového, a to s jedinou výjimkou. Stanoví totiž, že se použije české právo (*lex fori*), nepodaří-li se v přiměřené době cizí právo zjistit, nebo je-li to nemožné (§ 23 odst. 5). Jak řečeno, novinku přináší nové právo v tom, že stanoví zásady aplikace cizího práva. Z ustanovení § 23 odst. 1 věta první totiž plyne, že soud je povinen cizí právo použít jako právo, a nikoliv jako skutečnost. Je jeho povinností toto právo aplikovat, jestliže to vyplývá z příslušné kolizní normy českého práva, a dále je povinen je používat tak, jak se používá na území jeho původu (platnosti). Bude proto třeba přihlížet k judikatuře v daném státě, zejména k soudní praxi nejvyšších soudů.³⁸ Podstatné je zjištění, že zatímní praxe, tedy judikatura Nejvyššího soudu České republiky, je nepočtená. Omezuje se pouze na vady spočívající v nesprávném či neúplném zjištění cizího práva. Tyto vady totiž seznal Nejvyšší soud³⁹ jako důvody dovolání.

2. Ústavněprávní a unijněprávní požadavky

2.1 Předvídatelnost soudního rozhodnutí a právní jistota

Princip právního státu obsahuje formální element, kterým je určitý stupeň právní jistoty.⁴⁰ Základem je totiž spolehlivost fungování právního systému. Psané právo (*Gesetzesrecht*) a soudcovské právo (*Richterrecht*, judikatura) musí vykazovat určitou minimální úroveň stálosti. To ovšem nestačí. Vyžaduje se totiž i jednota v rozhodování (viz dále). Teprve tehdy je možné dosáhnout relevantní úrovně předvídatelnosti.⁴¹ Právní systém musí tedy zaručovat, aby rozhodování soudů bylo v zásadě jednotné a stabilní.

Z tohoto hlediska je nutné, aby i ve věcech používání cizího právního řádu existovala stejná úprava a zejména stejná praxe výkonu justice, jako je tomu ve věcech aplikace tuzemského právního řádu.

Je v rozporu se zásadou právního státu, neboť je to proti očekávání stran, existuje-li nejednotnost rozhodování mezi jednotlivými soudy, anebo dokonce u jediného dovolacího soudu.

Nejvyšší soudní instance je totiž, pokud jde o používání cizího právního řádu, ve stejném postavení jako nižší soudy. Je proto žádoucí, aby za splnění podmínek mimořádného opravného prostředku dovolání svoji funkci vykonával stejně, jako je tomu v případech, kdy rozhoduje podle *lex fori*.

Za neopodstatněnou lze považovat námitku, že nejvyšší soudní instance při přezkoumávání používání cizího právního řádu bude „konkurovat“ nejvyššímu soudu státu původu cizího právního řádu, který je pověřen stejným úkolem v rámci své jurisdikce. Stejně jako nižší soudy je nejvyšší soudní instance povinna respektovat judikaturu státu původu cizího práva, zejména judikaturu tamního nejvyššího soudu, a to i když ji v daném případě ze svého subjektivního hlediska považuje za „nesprávnou“. Nejvyšší soudní instance je

³⁸ PAUKNEROVÁ, M. In: KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – RŮŽIČKA, K. (eds). *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 184–187, 186.

³⁹ Rozsudek ze dne 17. 8. 2015, 21 Cdo 4674/2014, rozsudek ze dne 17. 12. 2013, 23 Cdo 1308/2011 a usnesení ze dne 10. 12. 2015, 33 Cdo 4334/2014.

⁴⁰ RÜTHERS, B. *Rechtstheorie*. 2. vydání. 2005, s. 266.

⁴¹ FULLER, L. *The Morality of Law*. 3. vydání. 1967, s. 68, v českém překladu J. Přibáně jako FULLER, L. *Morálka práva*. Praha: OIKOYMENH, 1998, s. 77, 78.

při aplikaci cizího práva v tuzemsku jen „prodlouženou rukou“ tamního nejvyššího soudu. Za určitou výjimku z tohoto postupu lze považovat posuzování rozhodnutí, respektive aplikace cizího práva ve věcech dosud tamním nejvyšším soudem neřešených. I v těchto případech musí domácí nejvyšší soud rozhodnout při respektování kontextu cizího práva a dotvářet tak cizí právní řád. Je však naprostou samozřejmostí, že jeho rozhodnutí by mělo být v tuzemsku korigováno, jakmile se octne v rozporu s pozdějším rozhodnutím tamního soudu.

Úkolem nejvyšší soudní instance je především dosahovat ideálu spočívajícího v souladu či souladnosti rozhodování. Tento formální ideál mezinárodního práva soukromého⁴² v našem případě zahrnuje jak vnější soulad v rozhodování, tak i vnitřní soulad v rozhodování, který je označován jako materiální soulad. Jinak řečeno, měl by zajišťovat jednotu v rozhodování o cizím právním řádu tím, že respektuje rozhodovací praxi soudu státu původu cizího práva, a zároveň sjednocovat praxi tuzemských soudů při používání cizího právního řádu. Určitou nejistotu způsobuje takřikající dvojkolejnost při používání cizího práva a jeho přezkumu. Jak známo (viz např. celou řadu rozhodnutí a stanovisek nauky), BGH provádí při přezkumu zjišťování cizího práva i určité „odskoky“ do oblasti jeho používání,⁴³ když přezkoumává právě i aplikaci cizího právního řádu, kterou ale jinak zásadně odmítá provádět. Požadavek právního státu na měřitelnost a předvídatelnost jednání státních orgánů zde evidentně není v neprospěch občanů a procesních stran splněn.⁴⁴

2.2 Rovnost při nakládání s právními řády

Otázku míry přezkoumatelnosti rozhodnutí při aplikaci cizího právního řádu je třeba posuzovat i na základě jedné ze zásad mezinárodního práva soukromého, a to zásady formální rovnosti mezi relevantními právními řády. Znamená to přiznat rovnocennost právních řádů, včetně rovnosti mezi právem tuzemským (*lex fori*) a cizozemským v tom smyslu, že je používán jeden režim posuzování správnosti jejich aplikace. Jde o teorii rovného postavení právních řádů.⁴⁵ Rovnost (rovnocennost) právních řádů v tomto smyslu má význam i pro procesní strany. Ty se nacházejí v nerovném postavení, jestliže jsou při aplikaci cizího právního řádu zbaveny jedné přezkumné soudní instance. Porušení této zásady ve vztahu k cizímu právnímu řádu a jeho aplikaci znamená též porušení zásady rovného zacházení.

Rovnocennost právních řádů má svoji právní oporu v Prohlášení o rovnosti při nakládání s právním řádem státu soudu a s cizím právním řádem.⁴⁶ Tento akt byl přijat Institutem mezinárodního práva (*Institut de Droit International*) v roce 1989 na jeho zasedání v Santiagu de Compostela. Z něho vyplývá i aktivní role soudu při přezkoumávání cizího práva ve smyslu zajištění souladu s praxí ve státu původu tohoto cizího právního řádu. Tento princip byl převzat i do zásady čl. 22 odst. 1 Principů transnacionálního civilního procesu (ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure).

⁴² KROPHOLLER, J. *Internationales Privatrecht*. 4. vydání. 2001, s. 35.

⁴³ Srov. PFEIFFER, Th. *Neue juristische Wochenschrift*. 2002, s. 3306, 3307.

⁴⁴ LINKE, J. – HAU, W. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. Köln: Otto Schmidt, 5. vydání. 2015, marg. č. 9.22, 9.23, marg. č. 9.22, HAU, W. Ein Rückzugsgefecht des BGH gegen die Revisibilität ausländischen Rechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2014, s. 397, 399.

⁴⁵ Theorie der Gleichstellung, HESS, B. *Europäisches Zivilprozessrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, 6.182.

⁴⁶ Declaration on the „Equality“ of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law, dostupné z: <<http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989>>.

Tento přístup lze dovodit i z praxe SDEU, který zákaz diskriminace označuje jako princip ekvivalence nebo rovnocennosti.⁴⁷

V rozporu se zásadou rovnosti je i nejednota při posuzování obdobných případů aplikace cizího právního řádu s ohledem na jednotlivé druhy soudnictví. Lze dovodit, že této zásadě odporuje například situace v Německu, kde ve věcech pracovního práva Nejvyšší pracovní soud (*Bundesarbeitsgericht*) přezkoumává jako dovolací soud aplikaci cizího práva, zatímco BGH to tvrdošijně i po reformě z roku 2002 odmítá.⁴⁸

3. Kolizní norma a používání cizího práva

Pro zjednodušení a přesvědčivost výkladu budeme předpokládat skutkový stav obsahující cizí prvek, aniž bychom se zabývali otázkou zpětného odkazu, kvalifikace a případně použití výhrady veřejného pořádku. Jde nám totiž o to vysvětlit, že postup při používání cizího práva se z hlediska metodologie neliší od obdobného postupu aplikace *lex fori*.

Používání nejen cizího, ale i tuzemského práva tak zahrnuje jak zjišťování relevantních právních norem, tak jejich interpretaci. Soudce tedy postupuje tak, že po analýze skutkového stavu vyhledá rozhodné právní normy, provede subsumpci, a tak dospěje k právnímu následku aplikace.

V právním řádu *lex fori* však soudce nalézá a používá pouze relevantní kolizní normu. Jeho další rešeršní postup se pak přesouvá do relevantního cizího právního řádu. Jeho činnost není čistě deskriptivní povahy,⁴⁹ nýbrž v této fázi by se podle okolností případu měl oprostít od předporozumění ovlivněného myšlením v režimu „vlastního“ právního systému a používat srovnávací metodu, tj. metodu dogmatiky relevantního právního řádu. Avšak obdobně jako při používání vlastního práva (*lex fori*) jde i zde v zásadě o hledání na základě systému daného práva podle jednotlivých relevantních kategorií (veřejné právo, soukromé právo, trestní právo, zvykové právo, ekvity apod.), a tedy o postup s ohledem na strukturu daného právního řádu (právo smluvní, právo deliktů) až ke konkrétní právní normě zákonného či soudcovského práva. Soudce musí zkoumat, zda zjištěný skutkový základ naplňuje relevantní skutkovou podstatu příslušné právní normy. Obdobně jako při řešení skutkového základu (právního případu) bez cizího prvku nejsou shora uvedené jednotlivé fáze používání práva samostatně oddělené etapy. Hranice mezi nimi jsou propustné, a tak se jednotlivé etapy do značné míry překrývají. I při používání cizího práva jde o putování soudcovského myšlení sem a tam („*Hin und Herwandern des Blicks*“), podle Karla Engische⁵⁰ tedy putování mezi skutkovým stavem a právními normami. I v případech obsahujících cizí prvek jde o obecně příznačný znak používání práva. Rozdíl snad spočívá v tom, že součástí tohoto postupu je nalezení a výklad kolizní normy *lex fori*; na ni se plně aplikuje domácí metodologie (metodologie právního systému *lex fori*), a teprve poté následuje aplikace a výklad hmotného práva cizího právního řádu. Jak známo, i v čistě tuzemských případech zahrnuje používání práva srovnávací metodu a posuzování

⁴⁷ C-279/96, C-280/96 a C-281/96 *Ansald Energia et al.*, Úřední věstník, 1998 I-5025, odst. 27, 29 a C-88/99 *Roquette Frères*, Úřední věstník, 2000 I-10465, odst. 21.

⁴⁸ Viz k tomu JACOBS, M. – FRIELING, T. Revisibilität in den deutschen Verfassungsgesetzen. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 2014, 127, s. 137–168, 165, 167, HÜBNER, R. *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 375, 376.

⁴⁹ Viz JANSEN, N. – MICHAELS, R. Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 2003, 116, s. 3, 8.

⁵⁰ ENGISCH, K. *Studien zur Gesetzesanwendung*. 3. vydání. München 1963, s. 15.

životních vztahů měřítkem normativních kritérií.⁵¹ Již při prvním kroku, tj. při nutné aplikaci kogentního ustanovení kolizní normy, může dojít k pochybení tím, že si soud buď neuvědomí cizí prvek, a proto kolizní normu neaplikuje, anebo – přestože považuje skutkový stav za přeshraniční – přehlédne nutnost použití pravidel mezinárodního práva soukromého. Pochybení může nastat i při použití kolizní normy či v případě nesprávného výkladu jejího rozsahu či navázání. V důsledku toho soud použije jiné hmotněprávní ustanovení než to, na něž se kolizněprávní norma odvolává a jehož aplikaci přikazuje. Obdobný je případ, kdy soud aplikuje sice správný právní řád, k němuž odkazuje příslušná kolizní norma, avšak použije jiné ustanovení než to, které má pod/na daný skutkový stav subsumovat. Stejně jako při používání tuzemského právního řádu může soud dojít k tomu, že nenajde relevantní předpis a snaží se aplikovat obdobný předpis domácího právního řádu, anebo – přestože takový předpis existuje – překlenout tuto mezeru v zákoně (v právu) vlastním výkladem.

Ze shora uvedeného je zřejmé, že obdobně jako v ryze tuzemských konstelacích je i postup při používání cizího práva jediným myšlenkovým procesem, v němž od sebe nelze striktně oddělovat postup při hledání, zjišťování či určování relevantních právních norem cizího právního řádu na straně jedné a jejich výklad a aplikaci na straně druhé.

Z tohoto hlediska je možné rozlišovat dvě zásadně rozdílné koncepce. Jako modelový příklad pro první z nich lze mezi srovnávanými právními řády uvést oddělení postupu zjišťování a aplikace cizího právního řádu podle německé koncepce. Jeho základem je právní úprava v německém soudním řádu (ZPO). Příznačné je, že v Německu to nejsou právní normy mezinárodního práva soukromého či mezinárodního práva procesního, jež upravují používání cizího právního řádu. Jediné pravidlo, jež se vůbec týká cizího právního řádu, je ustanovení v § 293 ZPO, které se konkrétně týká jeho zjišťování. Vlastní procedura přezkoumávání řádného používání práva a důvody dovolání (revize) jsou z hlediska původu právního řádu neutrální. V současné době se nerozlišuje ani v Německu mezi federálním právem a právem spolkových zemí (§ 545 a násl. ZPO). Podstatná na tomto modelu je okolnost, že pozitivní právo rozlišuje proceduru zjišťování a proces aplikace cizího právního řádu, a to nepochybně na rozdíl od nakládání s tuzemským právním řádem (*lex fori*). Výsledkem německé právní úpravy je, že lze alespoň na první pohled jasně rozlišovat dva kroky nebo dva nezávislé postupy: proceduru určování cizího práva, respektive zjišťování jeho pramenů na straně jedné a postup při výkladu a použití těchto právních pramenů na straně druhé.

Od německé koncepce se odlišují přístupy tří zbylých právních řádů Rakouska, Švýcarska a České republiky. Jim je společné to, že mezi zjišťováním a aplikací cizího práva nerozlišují, i když z hlediska legislativní techniky se jejich koncepce odlišuje.

Nejpropracovanější je úprava švýcarská. Ve švýcarském právu jsou výslovně upraveny podmínky (důvody) přezkumu používání cizího práva nejvyšší soudní instancí. Příznačné je, že až na jediný, nikoliv však jednoznačně formulovaný důvod dovolání švýcarské právo nerozlišuje mezi vadami při zjišťování cizího práva a při jeho aplikaci jako různými dovolacími důvody. Švýcarské právo je též charakteristické tím, že tuto problematiku upravuje především v mezinárodním právu soukromém (čl. 16 IPRG), a přezkum ve speciálním ustanovení zákona o Nejvyšším soudu.⁵² České právo v § 23 z. m. p. s./2012 stanoví

⁵¹ RÜTHERS, B. *Rechtstheorie*. 2. vydání. München: C. H. Beck, 2005, s. 429.

⁵² Spolkový zákon ze 17. 6. 2005.

obecným způsobem zásady nalézání práva, a to jak ve formě zjišťování příslušných právních norem, tak jejich používání.

Do této skupiny právních řádů, které od sebe proceduru zjišťování a aplikace cizího práva neodlišují, lze zařadit i rakouský právní řád. I když jeho judikatura a nauka reflektují německou úpravu, nelze konstatovat rozlišování postupu zjišťování a aplikace cizího práva. K tomu především nejsou žádné pozitivněprávní důvody, neboť rakouské právo nestanoví ani tyto procedury, ani možnosti přezkoumání jejich porušení. Jinak řečeno, neobsahuje úpravu zjišťování a aplikace cizího práva v základním mezinárodním právu soukromém (IPRG) a občanský soudní řád (ZPO) obsahuje pouze neutrální otevřenou úpravu důvodů dovolání bez jakékoliv zmínky o cizím právu.

Můžeme tedy shrnout, že ve své podstatě se postup při používání cizího právního řádu neliší od obdobné procedury aplikace vlastního práva (*lex fori*). V obou případech je třeba vymezit relevantní právní normy a ty pak vykládat a aplikovat. V případě skutkového stavu s cizím prvkem jde jak o aplikaci tuzemského, vlastního právního řádu, když zjišťujeme a používáme jak kolizní právní normu, tak postup vyhledávání a aplikace hmotněprávních ustanovení cizího práva, k němuž kolizní norma odkazuje. Kolizněprávní krok se tak pojí s hmotněprávní fází a ústí do adekvátního hmotněprávního řešení otázek vyplývajících ze skutkového stavu obsahujícího cizí prvek. Jde o jeden myšlenkový proces a jednu procesněprávní proceduru. Je proto nesprávné souhlasit s přezkumem (revizí) aplikace kolizní normy jako součásti *lex fori* na straně jedné a odmítat kontrolu použití cizího práva na straně druhé.

4. Předpoklady revize nejvyšší soudní instancí a cizí právo

4.1 Hledisko jednoty právního řádu

Relevantní otázkou je, do jaké míry má mít vada při používání cizího právního řádu stejný režim jako pochybení při používání tuzemského práva, respektive do jaké míry má předpoklady se revize cizího práva od obecného režimu dovolání odlišovat, respektive podléhat zvláštnímu režimu. Rakouské právo nečiní v tomto směru žádné rozdíly. Podle německého práva sice nemá dovolání použití cizího práva v pozitivním právu žádný zvláštní režim, praxe BGH však na rozdíl od jiných nejvyšších německých soudů⁵³ v zásadě vylučuje z režimu revize civilněprávní věci s cizím prvkem. To je ovšem v rozporu s principem jednoty právního řádu. Švýcarsko omezuje v dovolacím řízení Nejvyšším spolkovým soudem majetkoprávní spory a ani ve Švýcarsku tedy neplatí zásada jednoty právního řádu beze zbytku.

Ve všech zkoumaných jurisdikcích má nejvyšší soudní instance ve své působnosti za úkol sjednocovat judikaturu. Kromě toho ovšem bere poslední instance v úvahu i hledisko individuální spravedlnosti. Z hlediska aplikace cizího práva má sjednocování judikatury specifický význam jak pro národní, tak pro mezinárodní rovnost v rozhodování.⁵⁴

⁵³ Předmětem dovolání u jiných tří německých nejvyšších soudů jsou věci trestního práva, práva pracovního a práva rodinného. Trestní senáty Spolkového soudního dvora rozhodují tak o použití cizího práva v trestních věcech podle § 337 odst. 1 trestního řádu (StPO, stejně tak přezkoumává použití cizího práva Spolkový pracovní soud (BAG) podle § 73 odst. 1 ArbGG a obdobně se postupuje v rodinných věcech podle § 72 odst. 1 FamFG).

⁵⁴ Nationale und internationale Entscheidungsgleichheit, viz KROPHOLLER, J. *Internationales Privatrecht*, s. 108, dále PRÜTTING, H. *Die Überprüfung des ausländischen Rechts in Revisionsinstanz*. FS Schütze. München: C. H. Beck, 2014, s. 449, 453 a FRANK, R. *Kritische Überlegungen zur Revisibilität ausländischen Rechts nach der deutschen Zivilprozessordnung*. FS zum 150jährigen Jubiläum des Areios Pagos, sv. I, 2007, s. 69 an., 84.

Ohledně rovnoprávného režimu tuzemských a cizozemských věcí stran důvodu dovolání je významná praxe rakouského OGH, který posuzuje míru závažnosti právní otázky při použití cizího práva prizmatem právě dotčeného zahraničního právního řádu.⁵⁵

4.2 Nejvyšší národní soudní instance a adekvátnost přezkoumání cizího právního řádu

Jak jsme již shora upozornili, existuje celá řada námitek a argumentů proti tomu, aby dovolací instance přezkoumávala, a tedy i vykládala cizí právo. Jednou z námitek je nízká frekvence případů aplikace cizího práva. Tento argument neobstojí proto, že se může vztahovat k určitému období, ale nepředstavuje žádný absolutní, pádný důvod pro vyloučení či omezení přezkumné činnosti nejvyššího soudu. Naopak působí stejně jako v případech čistě tuzemského charakteru a jeho nesprávnost je zřejmá tam, kde se případů aplikace konkrétních ustanovení cizího právního řádu vyskytuje více v tuzemsku než v zemi jeho původu.

Přezkumná činnost nejvyššího soudu je oprávněná i v těch případech, kdy judikatura nejvyššího soudu práva původu neexistuje. To význam přezkumné činnosti odvolací instance nikterak neoslabuje. Jak již řečeno, v případě, že po rozhodnutí tuzemské nejvyšší instance dojde k aplikaci dotčeného právního ustanovení cizího práva nejvyšším soudem jeho původu a obě řešení se odlišují, je povinností tuzemských soudů včetně soudu nejvyššího přistě svoji praxi změnit.

Nejvyšší soud nepředstavuje žádnou konkurenci nejvyšší státní instanci státu práva původu.⁵⁶ Neobstojí důvody spočívající v tom, že tuzemský nejvyšší soud nemá ve srovnání s nejvyšší soudní instancí státu původu cizího práva srovnatelnou zkušenost a že by tedy v případě mylného rozhodnutí byla jeho pověst snížena.⁵⁷

4.3 Pochybení při používání cizího práva jako důvod dovolání podle o. s. ř.

Přikazuje-li relevantní kolizní norma českého mezinárodního práva soukromého aplikovat cizí hmotné právo, mohou nastat tři druhy případů pochybení při jeho použití (zjišťování a aplikace). Soud přehlédne nutnost použití kolizní normy (protože např. neposoudí daný právní vztah jako právní poměr s cizím prvkem), v důsledku neaplikace kolizní normy nepoužije ani cizí právní řád. V druhém případě soud pochybí při zjišťování rozhodné právní úpravy, tedy právního předpisu cizího práva, a v třetím případě sice soudce zjistí příslušnou právní normu cizího práva, avšak vadně ji interpretuje nebo aplikuje. Ve všech třech případech jde o porušení práva, a to jak kolizní normy *lex fori*, tak hmotněprávního ustanovení cizího právního řádu. Ve všech třech případech lze spatřovat dovolací důvod spočívající v nesprávném posouzení věci podle § 241a odst. 1 první věta o. s. ř.

Je zřejmé, že i na pochybení při aplikaci kolizní normy a z jejího příkazu použití cizího právního řádu lze vztáhnout definici nesprávného právního posouzení, podle níž je právní

⁵⁵ ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2005, komentář k § 502 ZPO, marg. č. 48.

⁵⁶ Viz ZAJTAY, I. Die Lehre vom Tatsachencharakter und die Revisibilität ausländischen Rechts. In: MÜLLER, G. (ed.). *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht*. Berlin – Tübingen: De Gruyter – Mohr Siebeck, 1968, s. 193 an., s. 202.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 204.

posouzení věci nesprávné, posoudil-li odvolací soud věc podle právní normy, která na zjištěný skutkový stav nedopadá, nebo právní normu sice správně určenou nesprávně vyložil, případně ji na daný skutkový stav nesprávně aplikoval (viz NS 29 Cdo 1373/2000).

Široká abstraktní skutková podstata dovolacího důvodu v § 241a odst. 1 o. s. ř. činí zbytečnou starost o formulaci porušení kolizní normy a cizího právního řádu jako specifického dovolacího důvodu.

Závěr

- 1) Přezkoumání použití cizího práva by mělo podléhat stejnému obecnému režimu jako v případě revize používání tuzemského práva.
- 2) Zjišťování práva a jeho aplikace jsou fáze či kategorie jednoho myšlenkového procesu, proto je v praxi nelze oddělovat.
- 3) Nejvyšší soudní instance by měla za splnění důvodů dovolání přezkoumávat rozhodnutí nižších instancí bez ohledu na druh a povahu soukromoprávního vztahu a jeho zařazení do struktury soudu (justičního systému).
- 4) Pro takto navrhovaný postup mluví zásada rovnoprávnosti právních řádů a konců i rovnosti občanů jako procesních stran; je vynucován zásadou právní jistoty a předvídatelnosti. Jejich porušení představuje rozpor s ústavním právem a právem Evropské unie.
- 5) To platí nejen jako obecný závěr, ale mělo by mít přímý význam pro český právní kontext, zejména pro budoucí rozhodování českého Nejvyššího soudu. Formulace dovolacího důvodu v ustanovení § 241a odst. 1 o. s. ř. je dostačujícím právním základem pro přezkum nesprávného použití cizího práva.

Univerzalita lidských práv: metafyzika vs. mezinárodní konsenzus

Jana Holíková*

Abstrakt: Lidská práva vznikla v západní kultuře jako „potomek“ teologicky založených přirozených práv, a proto mají specifické kulturní charakteristiky. Mezi ně patří metafyzická univerzalita, stavící individuální práva nad pozitivní zákon a společenské normy. I když Západ není zcela konzistentní v respektu k lidskoprávním normám, není pochyb, že jim všichni členové společnosti rozumějí a že mají v naší kultuře uznávanou morální váhu. Povaha lidských práv, daná historickým pozadím, ale nemusí být kompatibilní s asijskými národy, protože stojí na odlišných hodnotách. Nicméně ať už jsou v regionech preferovány zájmy jedince, komunity, nebo rodiny, různé civilizace si stále mohou porozumět a dojít k jistým vzájemným dohodám. Od debaty o asijských hodnotách v 90. letech se jako výsledek mezinárodní komunikace zdůrazňuje kulturní diverzita v lidskoprávních listinách. Uznání variability naplňuje východní potřeby respektu k jejich způsobu života, přičemž univerzalitu nebo morálnost lidských práv nikdo oficiálně nezpochybňuje. Tím se překonává filozofická diskuse o kulturní nesouměřitelnosti a pozornost se přenáší na praktické politické problémy. Uplatňuje se překrývající se konsenzus Johna Rawlse, podle kterého nezáleží na filozofických, náboženských nebo ideologických stanoviscích společnosti ke světovému přijetí principů, ze kterých budou všichni profitovat.

Klíčová slova: univerzalita lidských práv, kulturní pluralismus, asijské hodnoty, překrývající se konsenzus, Západ vs. Východ

Úvod

O lidských právech se mluví jako o právech, kterými jsou nadány všechny lidské bytosti bez ohledu na svou příslušnost k určitému národu, rase nebo náboženství. Tak lze jednoduše charakterizovat univerzální povahu lidských práv. Pokud bychom nicméně měli tuto univerzalitu analyzovat, vidíme, že její výchozí pozice stojí na přesvědčení, že lidská práva jsou člověku inherentní čili že je každý získává v momentě svého narození. Jsou považována za nezávislá na lidském konání a vládě, tedy nemají být ani lidmi vytvořená, jsou platná na všech místech a ve všech časech. Takto určená lidská práva historicky vycházejí z práv přirozených, za jejichž tvůrce byl ve středověku a raném novověku považován Bůh či přirozený zákon.

Lidská práva mají svůj původ v křesťanském středověku, ačkoliv západní legislativa byla v mnohém inspirována římskou tradicí. Podle Andrewa Vincenta jsme zdědili od Římanů tři typy zákonů: *ius civile* jako zákony určitých komunit; *ius gentium*, zákon národů, jež lze s trochou nadsázky chápat jako první formu mezinárodního práva; a *ius naturale*, přirozený zákon, který se volně váže ke standardům spravedlnosti. Právě přirozený zákon spojoval křesťanské myšlení s římským zákonem a prvky řecké filozofie, zvláště aristotelismu a stoicismu.¹ Právní závazky k tomuto typu zákona byly nicméně jiné povahy ve středověku než v antice. Především nebyly podle Ernsta Levyho v antickém Římě právně

* Mgr. Jana Holíková, katedra filozofie, Univerzita Palackého v Olomouci. E-mail: jana.holikova01@upol.cz. Příspěvek vznikl za podpory MŠMT ČR grant IGA_FF_2018_003.

¹ VINCENT, A. *The Politics of Human Rights*. Oxford University Press, 2010, s. 46–47.

vynutitelné. Ačkoliv římští juristé teoreticky nezpochybňovali důležitost přirozeného zákona, který například mluvil proti otroctví, v realitě měla tato pravidla podřazené postavení oproti pozitivnímu zákonu.² Přirozený zákon ve středověku nejen že poskytoval platnost pozitivním zákonům³, ale také garantoval jistá práva, kterých se jedinec nemohl vzdát.⁴ Římští právníci jednoduše nevyvinuli takový právní řád, který by poskytl půdu pro individuální práva tak, jak je chápe moderní svět.⁵ Důkladné, mnohokrát citované studie Michela Villeyho ukazují, že v tradičním římském právu se neobjevuje pojem subjektivního práva.⁶ Interpretace římskoprávních konceptů sice ovlivnily vznik přirozených práv, ale jejich podobu jako skutečně nezcizitelných subjektivních práv lze stopovat někdy od 11. století.⁷ Primárně byla tato práva formována v rámci křesťansko-teologických debat, ale v průběhu osvícenství transcendentní systém přirozeného zákona, který by se vázal na boží věčné zákony, ustupuje do pozadí. Stává se tak díky sekularizaci a liberalizaci, které přenášejí pozornost k přirozenosti člověka. Nezcizitelná práva ztrácejí na člověku nezávislého garanta a zakládají se pouze na atributu *být člověkem*, ačkoliv se jich jedinec stále nemůže vzdát.

Může se zdát nepravděpodobné, že by se lidé z celého světa mohli shodnout na konceptu vzniklém v jednom regionu, protože globální společnost je rozdělena přírodními podmínkami, politickým režimem, ekonomickým systémem a kulturou. Cílem článku bude zjistit, jestli se západní kulturní *framework* promítá do celosvětové legitimacy lidských práv. Tímto *frameworkem* myslím evropsko-americké křesťanské prostředí, které představu nezcizitelných práv formovalo. Dílčím cílem pak bude vysvětlit, na čem stojí mezinárodně uznávaná univerzalita lidských práv, pokud jsou lidská práva podmíněna jistým konceptuálním rámcem. Kulturní rozdíly Západu budu porovnávat s některými východními zeměmi, protože Asie je náš nejvlivnější „konkurent“, co se kultury, ekonomiky i politiky týče. Konkrétně země jihovýchodní a východní Asie měly vůbec nejbližší ke zpochybnění kulturně specifických charakteristik lidských práv v 90. letech.

Článek bude rozdělen do dvou částí. V první části práce ukážu, jak jsou lidská práva vázána na západní tradici a jak se v důsledku toho může zdát, že právní myšlenky Západu a Východu jsou nesouměřitelné. Největší mezinárodní debatou o tomto tématu byla diskuse o asijských hodnotách. Výsledné uznání kulturních a společenských rozdílů ale nepodkopalo koncept lidských práv jako takových a spíše se otevřel prostor pro jejich širší mezinárodní uplatňování v praxi. Ve druhé části textu se tedy budu zabývat tím, že západní původ lidských práv nehraje nutně klíčovou roli pro jejich uznávání v celosvětovém měřítku. V poslední kapitole se budu věnovat tomu, že univerzalita nemusí být v konfliktu pouze s nezápadními společnostmi, ale často i s našimi praktikami. Západ ani Východ nejsou kulturně, politicky ani nábožensky jednotné, a proto i u nás najdeme kolektivistické názory a myšlenky neuznávající univerzalitu lidských práv.

² LEVY, E. *Gesammelte Schriften*. Kolín – Štýrský Hradec: Böhlau Verlag, 1963, s. 15.

³ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 28.

⁴ TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150–1625*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2001, s. 38.

⁵ *Ibidem*, s. 18.

⁶ VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paříž: Dalloz, 1962; VILLEY, M. – VILLET, M. L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains. *Revue historique de droit*. 1946, Vol. 4, No. 24–25, s. 201–228.

⁷ TUCK, R. *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. Cambridge University Press, 1981, s. 13.

1. Západní původ lidských práv vs. asijské kulturní hodnoty

Každá společnost si vždy nachází a řeší problémy své existence originálním způsobem. Lidé po celém světě mají odlišné metody, jak nejen úspěšně přežít a vypořádávat se se strádáním, ale také jak dosahovat prosperity, jakou zvolit politickou organizaci a jak se vyrovnávat s rozdílnostmi v rámci své populace.⁸ Západní společnost si v průběhu historie našla svůj specifický způsob, jak řešit své existenciální otázky. Tradice lidských práv má kořeny ve středověké západní Evropě, kde vzniká pojem nezcizitelného práva jako odpověď na otázku dobrovolné chudoby františkánů.⁹ Právo na *dominium*, které zaštiťovalo nejenom majetek, ale také svobodu a autonomii, získávalo s novými společenskými a politickými problémy větší rozsah a pole uplatnění. Jelikož bylo vázáno na všudypřítomnou křesťanskou nauku, toto subjektivní právo se projevovalo v aktuálně probíraných otázkách. Mezi ty patřila například otázka boží moci panovníka oproti nároku lidí na odpor proti tyranovi, problematika zdroje majetkového práva nebo rozpor přirozeného práva a pozitivního zákona. Nezcizitelné individuální právo přitom spočívalo v nutnosti sebezachování, které vycházelo z toho, že život člověka byl považován za dar od Boha.

Inherentní povaha práv se přenesla i do dnes nejznámějšího dokumentu o lidských právech, do Všeobecné deklarace lidských práv z roku 1948. V jejím prvním článku se píše: „Všichni lidé rodí se svobodní a sobě rovní co do důstojnosti a práv.“¹⁰ V listině se neprobírá původ těchto práv, jak tomu bylo například v Deklaraci nezávislosti, jednom z hlavních inspiračních zdrojů dnešního právního dokumentu.¹¹ Ačkoliv původ nezcizitelných práv dnes není jasný, jedná se o seznam morálních práv, která jsou separovaná od legislativně závazných mezinárodních úmluv, které teprve tato práva realizují. Zatímco právní normy obvykle formulují práva společně a zároveň určují nositele povinností, u tohoto dokumentu také není jednoznačné, kdo má mít povinnost lidská práva zajistit, závisejí pouze na atributu lidskosti.¹²

Mnoho společností samozřejmě chrání jisté imunity nebo svobody svých členů, ale nevyvinuly k tomu slovník nezcizitelných práv. Chápeme-li sebe sama jako autonomního agenta, přisuzujeme si identitu, která je získávána ve sdílených praktikách; toto sebepojetí člověk nezískává narozením.¹³ Subjektivní práva se na Západě stala součástí naší přirozenosti a formovala bázi privilegující jedincovu svobodu a právo konsenzu. V naší společnosti vnímáme svobodu a imunitu jako svůj majetek, máme nad nimi kontrolu. Není tedy ekvivalentní říci, že je špatné někoho zabít a že máme právo na život. Právo není pouze prvek zákona, který stojí nad námi a týká se rovně nás všech, ale jde o naši vlastní moc, kterou nám nikdo nemůže vzít.¹⁴ Takové svobody a imunity, které jsou pro nás charakterizovány jako neporušitelné, mají jinde odlišnou základnu,¹⁵ pokud vůbec existují.

⁸ DE ROOVER, J. *Europe, India and the Limits of Secularism*. Oxford University Press, 2015, s. 11.

⁹ Viz TUCK, R. *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, s. 20–24; TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150–1625*, s. 35–37, 93–96; VAN DUFFEL, S. From Objective Right to Subjective Rights: The Franciscans and the Interest and Will Conceptions of Rights. *Acta Philosophica Fennica*. 2010, Vol. 87, s. 63–91.

¹⁰ Všeobecná deklarace lidských práv, přijatá Valným shromážděním OSN dne 10. prosince 1948.

¹¹ IGNATIEFF, M. *Human Rights as Politics and as Idolatry: The Tanner Lectures on Human Values*. Princeton University Press, 2000, s. 337–338.

¹² MORSINK, J. *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009, s. 39–40.

¹³ TAYLOR, Ch. *Philosophical Papers: Volume 2. Philosophy and the Human Sciences*. Cambridge University Press, 1985, s. 205.

¹⁴ TAYLOR, Ch. Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights. In: BAUER, J. R. – BELL, D. A. *The East Asian Challenge for Human Rights*. Cambridge University Press, 1999, s. 127.

Jednoduše řečeno můžeme říci, že formulace lidských práv závisí na dvou hlavních faktorech, které jsou moderně západní. Prvním rysem je pojetí nezávislého autonomního jedince, který má podezření ohledně autority státu. Tato obezřetnost je pochopitelná vzhledem k západní historii, kde teorie ochraňující dobrého vládcu byla často zrazena a sloužila jako justifikace špatných vládců. Je sporné, jestli je podezření vůči státní autoritě nejlepším způsobem k ochraně dobré vlády,¹⁶ ale každopádně je to jeden ze západních rysů podmiňujících lidská práva.¹⁷ Přemýšlíme o sobě jako o oddělených jednotkách, které podepisují společenskou smlouvu, způsob uvažování zbytku světa však není s tím naším shodný. Východní Asiaté kupříkladu vesměs nevidí společnosti jako souhrny jedinců, ale jako molekuly nebo organismy. Odlišný koncept jedince má poté za následek i jiný způsob chování nebo morální kód. V důsledku to znamená, že u nich existuje malá nebo neexistuje žádná koncepce práv, která by byla inherentní jednotlivci. Sociální psycholog Richard Nisbett říká, že když už se východoasijsí studenti začnou cítit natolik pohodlně, aby promluvili v západní třídě, často vyjadřují úžas nad tím, kolik zmatků, zločinů, zobrazení násilí a sexuálně explicitních výjevů jsou lidé žijící na Západě ochotni tolerovat v médiích ve jménu svobody. Často tyto problémy vnímají právě jako porušování lidských práv, protože se pro ně vážou na kolektiv spíše než na jedince.¹⁸

Nejenže je samotný koncept lidských práv podmíněn jistými kulturními rysy, které nejsou globálně sdílené, ale přirozeně také samotná aplikace právních norem může být v jiných společnostech náročná. Druhým zakládajícím rysem lidských práv je tedy specifický legislativní systém pro ochranu hodnot a zájmů člověka. Podobné legislativní prvky mohou být nalezeny například také v islámském právu, ale formulace snahy o spirituální a materiální blaho v individualistických termínech za použití legislativních nástrojů je jedinečně západní.¹⁹ Podle Josepha Chana je pro mnohé asijské společnosti obtížné vůbec vyvíjet mechanismy ohledně lidských práv, jako jsou zákonné normy a určitá politická morálka, protože to vyžaduje fundamentální změny ve společnosti. Lidská práva a liberalismus se vyvíjely v západních společnostech na rozdíl od východních po dlouhou dobu a také způsoby ochrany těchto hodnot jsou zde obecně stabilnější a efektivnější. Některé z asijských vlád jsou autoritářské, nevyvinuly silné pojetí *rule of law* a pevnou legislativní tradici. Asie tak může mít potíží artikulovat koherentní moderní politický slovník a morálku, která by mohla zastupovat moderní západní hodnoty lidských práv a demokracie, pokud si nechce vypůjčovat celou politickou strukturu od Západu. Také strategie ochrany mohou být rozdílné tím, že vlády často lidská práva porušují. Nabízí se je kupříkladu chránit skrze kolektivní politické protesty spíše než skrze státní instituce, které tuto roli na Západě zastávají.²⁰

Čína je názorným příkladem toho, jak se filozofický koncept jedince, konkrétní právní struktura a politický systém odrážejí v respektu k lidským právům. Pro Číňany je jakákoliv koncepce práv založena spíše na jedinci jako součásti celku než na pojetí člověka, který

¹⁵ Ibidem, s. 128.

¹⁶ ONUMA, Y. *A Transcivilizational Perspective on International Law*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 395.

¹⁷ Ibidem, s. 395–396.

¹⁸ NISBETT, R. *The Geography of Thought: How Asians and Westerners Think Differently... and Why*. Nicholas Brealey Publishing, 2005, s. 198–199.

¹⁹ ONUMA, Y. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, s. 396.

²⁰ CHAN, J. Thick and Thin Accounts of Human Rights. In: JACOBSEN, M. – BRUUN, O. *Human Rights and Asian Values: Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*. London: Curzon, 2000, s. 68–69.

stojí v opozici vůči mnohým.²¹ Čínská lidskoprávní tradice nepracuje s právy jako s inherentními, ale jako s pozitivními právy vytvořenými státem, kde je státní zájem často spíše limitem práv než naopak.²² To je demonstrováno ve druhém paragrafu čínské Bílé knihy o lidských právech z roku 1991 (dále jen „Bílá kniha“), kde se poukazuje na jednotu mezi právy a povinnostmi jako na základní princip čínského legislativního systému. Při vykonávání svých svobod a práv občané nemohou narušit zájmy státu, společnosti nebo kolektivu a žádný jedinec nebo organizace nemá privilegium nad ústavou nebo zákonem.²³

Asijská debata, která proběhla v 90. letech a měla za úkol vytvořit kompromis o kulturních rozdílech, se ale ve výsledku netýkala ani tak hodnotových odlišností jako spíše praktičtějších pohnutek. Politicky motivovaní leaderi jihovýchodní a východní Asie se snažili obhajovat autoritářské zájmy skrze společenské rozdíly spíše než přispět do teoretické diskuse.²⁴ K tomuto účelu bylo často používáno právo na subsistenci, které bylo považováno za hlavní cíl a nejdůležitější lidské právo.²⁵ Především v Číně byla zdůrazňována národní suverenita a nutnost chránit ji před vnějšími zásahy, jak je vidět v prvním článku Bílé knihy.²⁶ Za právo na subsistenci se ale ve skutečnosti často schovávalo porušování lidských práv.²⁷ Čína i Singapur, který do určité míry dominoval celé debatě, prohlašovaly, že toto právo nelze zajistit bez sociálního a ekonomického vývoje, který je možný jen pod vedením silné vlády a účinného managementu. Pro jeho dosažení bylo podle obou zemí občas potřeba omezit občanská a politická práva, která byla v podstatě považována za luxus, jež si mohou dovolit pouze rozvinuté země s liberální demokracií.²⁸

Pojem *Asian values* se tak vžil jako výzva západního stylu občanské a politické svobody.²⁹ Mnozí viděli liberální demokracii po rozpadu komunistického režimu ve východní Evropě a Sovětském svazu jako vítěze globální války ideologií a jako jedinou ideologickou možnost pro moderní průmyslovou civilizaci.³⁰ Současně se ale projevovalo, jak složité je implementovat liberální praktiky mimo západní svět. Pochyby byly namířeny zejména proti západnímu individualismu oproti asijskému důrazu na rodinu a sociální harmonii.³¹ Především východní a jihovýchodní asijské státy začínaly s větší naléhavostí požadovat respekt ke svému hlasu, protože zažívaly ekonomický úspěch a zvyšování svého potenciálu. Nárůst jejich sebevědomí, i co se týče mezinárodní politiky, poté znamenal výzvu pro západní hegemonie v mezinárodních úmluvách.³²

21 NISBETT, R. *The Geography of Thought: How Asians and Westerners Think Differently... and Why*, s. 198.

22 DAVIS, M. C. – HOM, S. – D'AMATO, A. Chinese Perspectives on the Bangkok Declaration and the Development of Human Rights in Asia. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*. 1995, Vol. 89, April 5–8, s. 160–161.

23 Human Rights in China. In: *China Human Rights* [online]. 24. 7. 2014 [cit. 2019-07-26]. Dostupné z: <http://www.chinahumanrights.org/html/2014/WP_0724/36.html?pc_hash=n9xNsu>.

24 BELL, D. Communitarianism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Summer 2016 [cit. 2019-05-23]. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/communitarianism/>>.

25 TATSUO, I. Liberal Democracy and Asian Orientalism. In: BAUER, J. R. – BELL, D. A. *The East Asian Challenge for Human Rights*. Cambridge University Press, 1999, s. 34.

26 *Human Rights in China*. In: *China Human Rights* [online]. 24. 7. 2014 [cit. 2019-07-26]. Dostupné z: <http://www.chinahumanrights.org/html/2014/WP_0724/36.html?pc_hash=n9xNsu>.

27 TATSUO, I. *Liberal Democracy and Asian Orientalism*, s. 31.

28 LEE, K. Y. Jinken gaiko wa machigatteiru [Human Rights Diplomacy Is Wrong], s. 146. Citováno dle: TATSUO, I. *Liberal Democracy and Asian Orientalism*, s. 34.

29 BELL, D. Communitarianism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Summer 2016 [cit. 2019-05-23]. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/communitarianism/>>.

30 TATSUO, I. *Liberal Democracy and Asian Orientalism*, s. 27.

31 BELL, D. Communitarianism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Summer 2016 [cit. 2019-05-23]. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/communitarianism/>>.

32 TATSUO, I. *Liberal Democracy and Asian Orientalism*, s. 28.

Na přípravném setkání Vídeňské konference v Bangkoku se tak na jaře v roce 1993 množství asijských států shodlo, že lidská práva reflektují západní hodnoty a neodrážejí dostatečně ty asijské.³³ Proto se i v Bangkotské deklaraci o lidských právech píše o důležitosti kulturního kontextu: „*I když jsou lidská práva od přirozenosti univerzální, musí se o nich uvažovat v kontextu dynamického a vyvíjejícího se procesu mezinárodně nastavených norem a je třeba mít na paměti důležitost národních a regionálních zvláštností a rozdílná historická, kulturní a náboženská pozadí.*“ Z této pasáže ale vyplývá, že i přes reference na historické a kulturní odchylky byla univerzální povaha lidských práv potvrzena. Na vídeňské světové konferenci o lidských právech v červnu téhož roku se 171 států shodlo na tom, že univerzální povaha lidských práv a svobod je nepochybná. Článek 5 Vídeňské deklarace doložil, že povinnost států chránit tato práva a svobody platí bez ohledu na politický, ekonomický a kulturní systém, i když je třeba dbát na národní a regionální odlišnosti.³⁴ Dá se říci, že kulturní odchylky tady spíše doplnily univerzalitu, než že by se ji snažily podkopat.

2. Překonání kulturní podmíněnosti lidských práv

Východní státy by vzhledem k rozdílnému svět názoru mohly vyjadřovat svoje námítky proti povaze lidských práv mnohem hlasitěji, než jak tomu bylo v debatě v 90. letech. Lidská práva vycházejí ze západních kulturních hodnot a historických tradic, což otevírá otázku jejich nesouměřitelnosti s jinými civilizacemi. Nicméně pozice, že západní myšlenky mohou být nepřenositelné do jiných společností, je obtížně udržitelná vzhledem k jejich globálnímu rozšíření. Světové přijetí lidských práv napovídá, že koncept je všeobecně srozumitelný, ač nemusí být pro všechny žádoucí. Jak píše Isaiah Berlin, čerpající ze spisů dvou odpůrců absolutismu a monismu Giambattista Vica a Johanna Gottfrieda Herdera, členové jedné kultury mohou díky své imaginaci porozumět hodnotám, ideálům a formám života jiné kultury nebo společnosti. Ačkoliv s nimi nemusíme souhlasit a můžeme je shledávat nepřijatelnými, lze přijmout druhé jako plné lidské bytosti, se kterými je možné komunikovat. Naše názorové postoje nebrání tomu, abychom pochopili, že jiné hodnoty a cíle života mohou někoho naplňovat. Toto hledisko, jež můžeme označit jako kulturní pluralismus, je odlišné od kulturního nebo morálního relativismu, který by znamenal právě uzavřenost ve svém vlastním konceptuálním rámci bez možnosti kontaktu.³⁵

Metafyzická forma univerzality, stavící na západním zdůrazňování jedince a svrchovanosti práv nad pozitivními zákony, tedy neznamená nepřeložitelnost. Východní státy samozřejmě stále mohou mít potíže porozumět přílišnému individualismu, důrazu na určitá práva místo jiných nebo odlišným institucím a praktikám. I tak se ale minimálně na politické rovině národy napříč světem domlouvají ohledně praktických problémů lidských práv. Pokud tedy propagujeme respekt ke kulturním hodnotám, neznamená to, že by měla být lidská práva prohlášena za západní produkt a odvržena zbytkem světa. I když pochopení nemusí být kompletní, stále mohou státy dojít ke kompromisům na základě vzájemné komunikace.³⁶ Konceptuální rámec, na kterém lidská práva stojí, v těchto případech

³³ DAVIDSON, J. S. East versus West: Human Rights and Cultural Difference. In: *Canterbury Law Review* [online]. 2001 [cit. 2019-08-12]. Dostupné z: <<http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/2001/3.html>>.

³⁴ Vídeňská deklarace a akční plán Světové konference o lidských právech ze dne 25. června 1993 (A/CONF. 157/23).

³⁵ BERLIN, I. *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*. London: John Murray Publishers, 1990, s. 51–72.

³⁶ TAYLOR, CH. *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, s. 124–144.

nehraje roli. Podstatné je, že se teoretická lidská práva přenesla do mezinárodní legislativní roviny a získala světový respekt a důležitost i na poli globálního morálního myšlení.

Lidská práva by tak mohla být předmětem jakéhosi překrývajícího se konsenzu, o kterém hovoří John Rawls. Ten si také klade otázku, jak se mohou stabilní společnosti rozdělené nekompatibilními náboženskými a morálními doktrínami shodnout na politických ideálech. Závazným principem pro liberální i tzv. slušné (*decent*) společnosti je podle Rawlse právo národů, speciální koncepce práva a spravedlnosti náležící k principům a normám mezinárodního práva a praxi.³⁷ V rámci něho se státy zavazují dodržovat i lidská práva, ačkoliv Rawls neposkytuje zcela pregnantní teorii toho, jak jsou určena. Obsahově jde podle něho o speciální třídu nezbytných práv, jako je svoboda od otroctví a nevolnictví, svoboda svědomí a ochrana etnických skupin před masovým vražděním a genocidami. Jsou tedy jakýmsi minimálním rámcem, který je nutné přijmout, aby každý mohl žít řádný život. Pokud státy nedodržují právo národů, ostatní mají právo je netolerovat a zasáhnout, protože bezzákonné státy jsou nebezpečné pro všechny.³⁸

Jak se ale mohou státy shodovat na dodržování jednotných mezinárodních pravidel a zachovat si přitom svoje kulturní dědictví? Dobře uspořádané společnosti podle Rawlse mohou přijmout politickou koncepci každá ze svého úhlu, a přesto dosáhnout shody.³⁹ Takový překrývající se konsenzus nespočívá v uznání určité autority nebo institucionální dohody, ale je založen na souladu samostatných nebo skupinových zájmů. Ty jsou sdíleny napříč kulturami a spočívají v podstatě v přijetí principu spravedlnosti. Politická koncepce spravedlnosti je přitom indiferentní k problémům filozofie, morálky nebo náboženství, ačkoliv tato přesvědčení určují povahu souhlasu občanů.⁴⁰ Lidská práva také pro Rawlse nejsou závislá na žádné konkrétní srozumitelné náboženské nebo filozofické doktríně, na tom, že by lidé měli stejnou cenu před Bohem. Tyto argumenty by mohly slušné hierarchické společnosti odmítnout jako liberální a demokratické, západní a předpojaté.⁴¹ Všichni mají zájem lidská práva dodržovat a uplatňovat principy spravedlnosti, protože z toho sami těží, je to pro ně preferovaná možnost.

Rawlsův přístup čelí kritice ze strany komunitaristů, jelikož zachází s člověkem jako s nezatíženým a racionálním jedincem a opomíjí závazky k prostředí, které ho formuje.⁴² Pro Rawlse je primární originální pozice s diverzifikovanými osobami s odlišnými cíli. Jak již bylo zmíněno, v každé skupině přitom existují překrývající se prvky, určité zájmy, které mají jedinci společné, a to tvoří možnost vzájemné kooperace. Nicméně komunita má pro Rawlse podřízený status, je pro něho možným cílem dříve individualizovaných jedinců, ale ne složkou jejich identity, což je mu vytýkáno.⁴³ Komunitaristé proti Rawlsově individualismu staví argument závislosti politických a morálních přesvědčení na interpretativním rámci. Spravedlnost a lidská práva podle nich také vycházejí ze standardů lišících se kontext od kontextu.⁴⁴ Východiskem z tohoto dilematu ale může být právě možnost, že se společnosti shodují na konceptu, který sice nevychází z jejich společenského

³⁷ RAWLS, J. *The Law of Peoples*. Harvard University Press, 2000, s. 3.

³⁸ *Ibidem*, s. 78–81.

³⁹ RAWLS, J. *Political Liberalism*. Columbia University Press, 2005, s. 140.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 151–153.

⁴¹ RAWLS, J. *The Law of Peoples*, s. 68.

⁴² CIBÍK, M. Kant v současné etice a politické teorii. In: JIRSA, J. a kol. *Přístupy k etice III*. Praha: Filosofia, 2016, s. 163–166.

⁴³ SANDEL M. J. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge University Press, 1982, s. 51–64.

⁴⁴ BELL, D. Communitarianism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Summer 2016 [cit. 2019-05-23]. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/communitarianism/>>.

přesvědčení, ale jednoduše jim připadá užitečné a praktické je přijmout. Důvodem může být zachování harmonických mezinárodních vztahů, mocenské účely nebo uspokojení sociálních požadavků v zemi.

Důvody přijetí lidských práv dále rozvíjí Michael Ignatieff, který jejich podstatu omezuje na pouhý sdílený slovník potřebný pro boj proti útlaku.⁴⁵ Nezcizitelná práva tak již nejsou chápána jako hodnoty samotné, ale jako jeden z nejdůležitějších prostředků ochrany hodnot a zájmů humanity, jako je obrana autonomie.⁴⁶ Ignatieff správně poukazuje na to, že řada lidí může mít problém s myšlenkou o posvátnosti lidského života, protože nevěří v Boha, a tudíž nesdílejí přesvědčení, že by stvořil člověka ke svému obrazu. Snaží se dekonstruovat lidská práva jako druh morální idolatrie a vystavět je na mnohem lidovější představě. K uvědomění, že si ve společnosti nemůžeme dělat, co chceme, podle Ignatieffa nepotřebujeme Boha, ale vycházíme ze své zkušenosti s bolestí a ze schopnosti cítit se do ostatních. Bohatě nám stačí sekulární ochrana lidských práv, jež stojí na myšlence morální reciprocity, tedy na zvažování, zda bychom si sami přáli být příjemci svého jednání. Proto Ignatieff nevidí smysl v tom, že bychom se zabývali základem lidskoprávní víry, ale měli bychom se podle něj zaměřit na víru v lidskoprávní ochranu. Lidé se totiž podle něho mohou shodnout na tom, že lidská práva potřebují, ale už nikoli na tom, proč je vlastně mají.⁴⁷ Ignatieffův postoj vyjadřuje čistý legislativní přístup k lidským právům.

Nicméně i zastánci legislativního pojetí mohou ve svých koncepcích zachovat morální hodnotu lidských práv, jak to činí například Jack Donnelly. Podle něho základní práva na život, svobodu a ochranu proti útlaku vycházejí z naší přirozenosti a toto stanovisko vnímá jako kompatibilní se světem bohaté kulturní rozdílnosti.⁴⁸ Podobně jako Rawls vidí lidská práva jako základní standardy slušnosti spíše než jako jakýsi přepych Západu.⁴⁹ I když podle něho lidská práva vznikla v našem regionu, neznamená to, že by jím měla být nějak fundamentálně podmíněná. Místo toho se mají zakládat na lidské důstojnosti, kterou respektují kultury celého světa. Proto také nepovažuje za obhajitelné společnosti, které by základní práva v současné globální společnosti odmítaly.⁵⁰

Ačkoliv se může zdát, že Donnelly používá naprosté morální minimum společné celému lidstvu, ukotvení lidských práv v přirozené lidské důstojnosti nemusí být tak intuitivní, jak by se mohlo zdát. Námitky k tomuto stanovisku projevují jak komunitaristé, tak i samotní teoretici z Asie. Charles Taylor zmiňuje, že v případě buddhismu v Thajsku nalezneme jiné způsoby, jak dojít k normám ohledně lidských práv. Lidskoprávní vhlad se zakládá na tom, že každý jedinec musí přijmout vlastní zodpovědnost za své osvětlení přijetím doktríny nenásilí, spíše než na důstojnosti, jak je tomu na Západě.⁵¹ Yasuaki Onuma ani nepoužívá termín důstojnost, protože je to podle něho oblíbený termín západního filozofického proudu rozvíjejícího lidská práva. Místo toho mluví o následování spirituálního a materiálního blaha lidských práv.⁵² Oba autoři ale v podstatě souhlasí s tím, že lidská práva jsou kompatibilní s morálními hodnotami různých kultur světa. Pokud

⁴⁵ IGNATIEFF, M. *Human Rights as Politics and as Idolatry: The Tanner Lectures on Human Values*, s. 342.

⁴⁶ ONUMA, Y. A *Transcivilizational Perspective on International Law*, s. 375.

⁴⁷ IGNATIEFF, M. *Human Rights as Politics and as Idolatry: The Tanner Lectures on Human Values*, s. 321–345.

⁴⁸ DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Cornell University Press, 2013, s. 100–108.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 213.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 100–108.

⁵¹ BAUER, J. R. – BELL, D. A. *The East Asian Challenge for Human Rights*, s. 11.

⁵² ONUMA, Y. *Toward an Intercivilizational Approach to Human Rights*. In: BAUER, J. R. – BELL, D. A. *The East Asian Challenge for Human Rights*. Cambridge University Press, 1999.

se odstraní ryze západní biasy, tak se na lidských právech můžeme shodnout v rámci zachování zájmů všech lidí na zemi.

V poslední kapitole v tomto kontextu zdůrazním, že ideové rozdílnosti se objevují i v rámci jedné civilizace a že i v naší kultuře mohou vznikat problémy s myšlenkou lidských práv. Proto je také nemoudré hovořit o jasné hranici mezi západním individualismem a východním kolektivismem.

2.1 Univerzalita lidských práv od 20. století

Důraz na komunitu není v Asii všudypřítomný, jelikož tento region nikdy nebyl kulturně jednotný. Bývalý předseda vlády Singapuru a jeho zakladatel Lee Kuan Yew sám v roce 1994 v rozhovoru s Fareedem Zakariou řekl, že podle něho neexistuje jednotný asijský model, který by se ve výsledku promítl do politického nebo ekonomického vývoje. Singapur kupříkladu využívá rodinné vazby k ekonomickému progresu, snaží se zapojit ambice osoby a rodiny do plánování. Takovou preferencí může být například důraz na vzdělání. V krizových momentech se pak podle něho nejlépe ukazuje, že rodina je ve východních kulturách základem společnosti. V situacích, jako je zemětřesení nebo tajfun, vždy strukturované lidské vazby nabízejí větší jistotu než vláda, která má oproti nim více flexibilní formu.⁵³ Podle Marie Sereny Diokno se dokonce v jižní Asii vlivem přikládání priority vládnoucím rodinným dynastiím oslabuje komunitní solidarita. Kupříkladu na Filipínách jsou často na základě vládních modernizačních programů přemístěny komunity se svou vlastní kulturou, sociálními vztahy a etnolingvistickými specifiky a zřídka kdy je přítom aplikována kolektivistická rétorika práv. Je otázka, jestli lze v tomto případě hovořit o komunitním citění, když v zemi panuje silný nepotismus a rodinné dynastie řídí jak vládu, tak obchod.⁵⁴

Nicméně ani Západ není tak individualistický, jak se může na první pohled zdát. Soudní spory ohledně hodnot jedincovy svobody na jedné straně a komunit a tradic na straně druhé nejsou v Americe a v Evropě vůbec jednoznačné. V Americe probíhají živé debaty ohledně soudců Nejvyššího soudu USA, kteří většinou přísluší k jedné ze dvou soutěžících ideologických stran, konzervatismu nebo liberalismu. Podobný ideový rozpor řeší i Evropský soud pro lidská práva.⁵⁵ Konzervativní ideologie přítomná u soudu často zdůrazňuje důležitost rodiny, konvenční morálky a společenského řádu, zatímco liberálové si cení individuálních práv a rovnosti. Tato tenze mezi dvěma politickými přístupy je samozřejmě přítomna jak na Západě, tak v Asii.⁵⁶

Pod záminkou zachování národní suverenity a prosperity tak byla lidská práva některým skupinám upírána i v naší historii. Ještě na Versailleské konferenci 1919 byl odmítnut japonský návrh zahrnout klauzuli o rasové rovnosti do mírové smlouvy, kterou bylo vytvořeno Společenství národů. V té době se snažili prosadit univerzalitu Asiáté a Afričané, kterým byla upírána. Západní mocnosti cíleně popřely univerzalitu lidských práv odvoláním se na rozdíly v náboženství, kultuře nebo zvycích. Nebylo pro ně přípustné, aby byla

⁵³ ZAKARIA, F. – LEE, K. Y. Culture is Destiny: A Conversation with Lee Kuan Yew. *Foreign Affairs*. 1994, Vol. 73, No. 2, s. 113–115.

⁵⁴ DIOKNO, M. S. I. Once Again, The Asian Values Debate. In: JACOBSEN, M. – BRUUN, O. *Human Rights and Asian Values: Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*. London: Curzon, 2000, s. 77–78.

⁵⁵ CHAN, J. *Thick and Thin Accounts of Human Rights*, s. 66. Srov. MERRILLS, J. G. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester University Press, 1988.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 66–67.

práva připsána nebělochům a nekřesťanům. Koncept si tak ale s sebou nese svou pokryteckou minulost, ve které lidé museli splňovat určitá kritéria, aby měli nezczizitelná práva. Do roku 1945 se termín lidských práv vztahoval dokonce pouze na muže. Proti této námitce můžeme postavit tvrzení, že se v historii vždy vytvářely argumentační klíčky, které měly justifikovat vyloučení jistých skupin z právní ochrany. Otroci, černoši, ženy a děti nebyli považováni za plnohodnotné lidi a to se měnilo až postupem 20. století. Dnes jsou paradoxně antiuniverzalistické argumenty založené na kulturních nebo náboženských rozdílech zastávány politickými leadery Asie a Afriky a západní národy univerzalitu ve směřu naopak propagují.⁵⁷

Nicméně i v desetiletích po podepsání Všeobecné deklarace lidských práv v roce 1948 byla mezinárodní legislativní univerzalita umělá.⁵⁸ Až v 70. letech se vedla diskuse, jestli jsou lidská práva vůbec vhodná pro globální politiku,⁵⁹ což ani v tomto období nebylo jednoduché.⁶⁰ V roce 1966 vznikly Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech a Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, které vstoupily v platnost v roce 1976. Tyto listiny slouží jako nástroje, kterými se státy zavázaly k povinnostem chránit podstatu lidských práv lidí, kteří žijí pod jejich jurisdikcí. Ani dnes se lidská práva na Západě nesetkávají s takovou podporou, jak by se očekávalo. Spojené státy kupříkladu neakceptují globálně uznávaný pojem lidských práv. Prezident Jimmy Carter sice podepsal dvě mezinárodní úmluvy implementující Všeobecnou deklaraci lidských práv, ale předložil je následující rok Senátu. Senátní výbor pro vnější vztahy (*The Senate Foreign Relations Committee*) tyto úmluvy nepodpořil a to se nezměnilo do 90. let. V roce 1992 Senát odsouhlasil Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, ale nikdy ne pakt o právech hospodářských, sociálních a kulturních.⁶¹ V USA převládal pohled, že ekonomická, sociální a kulturní práva jsou spjata se socialistickou ideologií, nekonzistentní s filozofií svobodných a nezávislých jedinců. Tento pohled je protichůdný nejen s pohledem udržovaným v rozvojových a socialistických zemích, ale také rozvinuté kapitalistické země Evropy, Japonsko, Kanada, Austrálie a Nový Zéland ho nesdílejí. USA je jediný stát mezi rozvinutými zeměmi, který tento pakt neratifikoval.⁶²

Nicméně i když mají západní státy někdy problémy naplňovat ideály lidských práv, není pochyb, že se zde koncept vyvinul a je v něm obsažen důraz na jedince, jehož nároky mohou být nadřazené vládním zájmům. Historicky v našem regionu přirozená a později lidská práva sloužila jako nástroj v boji proti diskriminaci různých skupin obyvatel. Od 18. století bylo pod jménem subjektivních práv rušeno otroctví, vzpomeňme revoluci otroků na Haiti v 90. letech, kdy se revolucionáři odvolávali k hodnotám Prohlášení práv člověka a občana.⁶³ Americký abolitionismus probíhal také pod taktovkou Deklarace nezávislosti a hodnot spravedlnosti. Stačí nahlédnout do abolitionistických novin *The Liberator* nebo článků psaných samotnými otroky. Často se ze strany černošských komunit objevovaly argumenty poukazující na skutečnost, že otroctví se vysmívá dědictví

⁵⁷ ONUMA, Y. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, s. 377–378.

⁵⁸ DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 95.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 55.

⁶⁰ ONUMA, Y. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, s. 371.

⁶¹ SOOHOO, C. – ALBISA, C. – DAVIS, M. F. *Bringing Human Rights Home: Volume 1: A History of Human Rights in the United States*. Westport: Praeger Publisher, 2008, s. 122–124.

⁶² ONUMA, Y. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, s. 451–453.

⁶³ SZILVÁSI, M. Svoboda těch, kteří nejsou nic víc než lidé. In: NEJEZCHLEBA, T. *Pojetí svobody v dějinách a současnosti filosofie*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2013, s. 165.

americké revoluce, a jejich příslušníci se odvolávali na své vrozené právo patřící lidské rase.⁶⁴ Jakmile práva začala náležet lidem podle přirozenosti, bylo těžké je z dlouhodobého hlediska někomu odmítnout.⁶⁵ I když Západ nikdy nebyl konzistentní, co se týče naplňování právních ideálů, od novověku bylo možné koncept používat pro humanitární cíle a všichni rozuměli, co se lidskými právy myslí.

Závěr

Lidská práva jsou celosvětově uznávána, ačkoliv se svou povahou vážou na specifický historický kontext. Jsou považována za transcendentní a tato charakteristika je podmíněna křesťanskou teologií, která původně přirozená práva zakládala na božím rozhodnutí. Globální důležitost lidských práv zcela určitě spočívá v tom, že jsou považována za práva morální – kdo je porušuje, je považován za tyrana. I když je tato morální základna vázána na západní kulturu, pro mezinárodní uznání to nehraje roli ze dvou důvodů. Za prvé, i když nezczizitelná práva získávají svůj význam v konkrétním teoretickém rámci, který není shodný s rámcem platným v jiných kulturách, neznamená to, že by byl koncept práv nepřeložitelný. Příslušníci jiných národů jsou s největší pravděpodobností schopni porozumět, proč si jistých hodnot obyvatelé Západu váží více než jiných. Za druhé musíme oddělovat historický původ a teoretickou obhajobu práv od faktické realizace v současném světě. Ačkoliv by asijské národy mohly napadat samotnou podstatu lidských práv, která závisí na nábožensky specifickém ideálu a západním individualismu, právní univerzalita je přijímána státy po celém světě. Nejslibnější východisko z debaty o univerzalizmu a kulturním relativismu nabízejí pravděpodobně myšlenky Johna Rawlse o překrývajícím se konsenzu. Pro uznání lidských práv není nutné koncept propojit s filozofickými, náboženskými nebo ideologickými stanovisky. Jednoduše stačí, že základní práva patří ke konceptu spravedlnosti, který je užitečné respektovat v rámci zachování světové harmonie. Stále se nicméně může zdát, že jde o kulturní imperialismus, protože lidská práva vznikla v západním regionu a kulturní normy jsou v nich bytostně obsaženy. Proto komunitaristé tolik propagují mezikulturní komunikaci a prostor pro uznání společenských rozdílů. Hlavním dilematem, které tento kompromis produkuje, je ale to, že pod regionální odlišností se může schovat obhajoba autoritářských praktik.

⁶⁴ NEWMAN, R. S. *The Transformation of American Abolitionism: Fighting Slavery in the Early Republic*. University of North Carolina Press, 2002, s. 89.

⁶⁵ TAYLOR, Ch. *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights*, s. 139.

K ústavnímu požadavku oddělení politických stran od státu: kartelizační prvky českého stranického systému a přímé státní financování

Tereza Sylvestrová*

Abstrakt: Článek hodnotí prostřednictvím analýzy návrhů novelizačních zákonů, stenoprotokolů z projednávání těchto návrhů a hlasování o nich chování politických stran při přijímání velkých reforem při nastavování parametrů přímého státního financování politických stran, respektive příspěvku na činnost. Analýza legislativních změn a procesu jejich přijetí je rámována fenoménem kartelizace stranického systému tak, aby v souvislosti s přijímáním legislativních změn u přímého státního financování bylo možné chování politické strany a jejich představitelů označit za kartelizační, či nikoliv. Z provedené analýzy plyne, že politické strany se za každých okolností snaží o navýšení příjmové stránky svých rozpočtů a chovají se jako racionální aktéři, kterým jde o vlastní zisk. K možnosti regulace přímého státního financování tedy rozhodně nepřistupují z konstruktivistického hlediska a nesnaží se o největší možné naplnění ústavních imperativů stran oddělení politických stran od státu.

Klíčová slova: přímé státní financování, politická strana, kartelizace stranického systému, politická soutěž

Úvod

Politické strany jsou esenciální a neodmyslitelnou součástí demokratického politického systému. Ke svému fungování však potřebují finanční prostředky – na to, aby byly strany schopny zajistit průběh volební kampaně, aby byly schopny trvalého fungování. Financování politických stran je bezesporu společenským, politologickým a právním problémem. Sociální relevance tohoto tématu je nesmírná, a to zejména s ohledem na bujení korupce, která současně způsobila vysoký zájem laické i odborné veřejnosti o toto téma. Opomíjeným problémem v otázce regulace financování politických stran zůstává, že o změně právní regulace rozhodují parlamentní strany v rámci legislativního procesu. Parlamentní politické strany však při tomto procesu *de facto* porušují zásadu *nemo iudex in causa sua*, což může vést k projevům neochoty ke zpřísnění podmínek, nebo dokonce snaze o zákonnou aprobaci deformace politické soutěže ve prospěch parlamentních stran na úkor těch mimoparlamentních. Tento problém reflektuje i fenomén tzv. kartelizace stranického systému, který ve vztahu k přímému státnímu financování dovozuje, že nastavení celého systému přímého státního financování politických stran posiluje strany parlamentní oproti jejich mimoparlamentním konkurentům. Přímé státní financování je z pohledu této koncepce nazíráno jako nástroj prevence či limitace přístupu nových politických stran ke zdrojům státního financování, a tedy i k podílu na moci jako takovému. Na toto téma bylo zpracováno zejména v zahraničí mnoho prací, mnohé z nich pak

* Mgr. et Mgr. Tereza Sylvestrová, katedra ústavního práva a politologie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity a Ústavní soud. E-mail: tereza.sylvestrova@centrum.cz.

vycházely i z nejrůznějších empirických výzkumů. V českém právním a politickém prostředí však doposud nikdo optikou teorie kartelizace stranického systému nenazíral při přijímání jednotlivých novelizačních zákonů, které se promítly do změny nastavení podmínek či do změny nominální výše přímých státních subvencí, stejně jako mezi odbornou veřejností nebyl prizmatem kartelizace nazírán ani průběh celého tohoto legislativního procesu.

V nyní předkládaném textu nejde o potvrzení ve své podstatě velice zjednodušujícího závěru, že kdykoliv dojde k navýšení přímých státních subvencí určených politickým stranám, automaticky při přijímání této úpravy politické strany zastoupené v parlamentu jednaly kartelově. Nikoliv, cílem je se zabírat tím, jak se navýšení státních subvencí či změna podmíněnosti těchto příspěvků projeví na příjmové stránce rozpočtu stran mimoparlamentních, které se na uzákonění takové úpravy nepodílely. Rozevírají se pomyslné nůžky mezi stranami etablovanými a zastoupenými v parlamentu a stranami mimoparlamentními s každou přijatou novelizací dotýkající se přímého státního financování víc a víc, nebo tato disproporce postupně mizí?

1. Princip oddělení politických stran od státu

Právní regulace politických stran napříč státy Evropy naplno propukla až v poválečném období, kdy byly politické strany poprvé inkorporovány do ústav jednotlivých evropských demokracií. V zemích bývalého východního bloku však byla situace odlišná a zde byly politické strany do ústav postupně včleňovány až po revoluční vlně na konci 80. a na začátku 90. let minulého století.¹ V České republice, respektive v České a Slovenské Federativní Republice, tomu nebylo jinak a zákon č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a hnutích, byl jedním z prvních přijatých po sametové revoluci.² Důležitost regulace politických stran je spatřována v tom, že politické strany mají ojedinělou úlohu ve státě a nacházejí se v tzv. předpolí státu. Na jedné straně totiž politické strany dozorují státní moc, na druhé straně jsou v podstatě jejím vykonavatelem. Samotná Ústava vědoma si nezbytnosti existence politických stran v čl. 5 výslovně uznává a akcentuje mimořádný význam politických stran v parlamentní formě vlády. Dalším stěžejním ustanovením na ústavní úrovni upravujícím postavení politických stran je čl. 20 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“). V čl. 20 odst. 4 Listiny je zakotven princip oddělení politických stran od státu.³ Význam tohoto principu byl přesněji definován Ústavním soudem v jednom z jeho raných rozhodnutí, kde se vyjádřil tak, že politické strany se nachází v tzv. „předpolí státu“.⁴ Ústavní soud tím chtěl poukázat na tu skutečnost, že politické strany jsou odděleny od státu, nejsou státními orgány, přesto se z jejich řad v procesu voleb „rekrutují“ státní funkcionáři, potažmo celé státní orgány. Politické strany nejsou součástí státu, ale zákonodárny sbor, představitel ústřední státní moci atp. již orgány

1 BORZ, G. Justifying the constitutional regulation of political parties: A framework for analysis. *International Political Science Review*. 2017, roč. 2017, č. 38, s. 99–113.

2 Zákonu č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a hnutích, předcházela ještě zákon č. 15/1990 Sb., o politických stranách, který byl přijat krátce po revolučních událostech. Do vydání tohoto zákona nebyly politické strany na našem území prakticky nijak upraveny, výjimkou bylo zakotvení vedoucí úlohy komunistické strany za minulého režimu.

3 Blíže je toto ustanovení Listiny provedeno v ustanovení § 5 zákona č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a hnutích, kde je přímo stanoveno, že politické strany a hnutí nesmějí vykonávat funkce státních orgánů, ani tyto orgány nahrazovat.

4 Nález Ústavního soudu ze dne 18. 10. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 26/94. Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz>>.

veřejné moci jsou. Politické strany nejsou institucemi veřejné moci, jsou však partnery státu, přičemž tato jejich unikátní pozice ospravedlňuje jejich privilegované postavení oproti ostatním sdružovacím formám. Tuto privilegovanou pozici politických stran reflektuje právě úprava státního financování politických stran.

Hojně diskutovaným tématem je pak to, jak princip oddělení politických stran od státu dopadá na finanční nezávislost politických stran na státu. Na jedné straně je totiž nutné, aby stát existenci a činnost politických stran vzhledem k jejich státotvorné a kreační úloze podporoval, na druhou stranu se ze státního financování nesmí stát hlavní zdroj příjmu. Proto se neustále vedou debaty stran financování politických stran ze státního rozpočtu za současného dodržení normativu zakotveného v čl. 20 odst. 4 Listiny a hledá se taková míra státního financování politických stran a nastavení takových podmínek, aby politické strany zůstaly na státu převážně nezávislé a aby se nadále mohly pohybovat v onom „předpolí“ státu a aby byla volná a svobodná soutěž politických stran a rovnost jejich podmínek přímým státním financováním co nejméně deformována. Není to tedy tak, že by jakékoliv státní financování politických stran bylo *a priori* protiústavní a v rozporu s čl. 20 odst. 4 Listiny. Řešením nastíněného problému se tedy stává hledání takové míry státního financování, kterým nedochází k porušování ústavních principů.

Z podmíněnosti přímých státních subvencí nejčastěji volebním ziskem je ovšem patrné, že ve volbách úspěšnější politické strany jsou finančně výrazně zvýhodněny oproti politickým stranám ve volbách méně úspěšným, což logicky může vést ke konzervaci stávajícího stranického systému a k faktickému znemožnění účasti na volbách pro nově vznikající strany. Apriorně tedy již jen samotným představením výše zmíněných státních subvencí do právního řádu dochází k odlišnému zacházení mezi stranami úspěšnějšími a stranami méně úspěšnými. Vhodnou zákonnou regulací lze však dosáhnout toho, že tato disproporce bude ze strany zákonodárce mírněna. Okruh recipientů státních subvencí lze vhodně rozšířit, lze např. omezit samotnou výši příspěvků, případně je možné vhodně kombinovat obojí uvedené. Stejně jako lze okruh recipientů státních subvencí rozšiřovat, lze jej však také zužovat, a to umnou formulací pravidel a podmínek, jež je nutné pro zisk nároku na příspěvek splnit. Přitom však zákonodárce vždy balancuje na hraně ústavněprávní snesitelnosti. Jak moc přímé státní financování ovlivňuje chování stran, případně i mění podobu stranického systému, je otázkou k širší diskusi. S nastíněnou problematikou přímého státního financování politických stran úzce souvisí fenomén poslední doby, který bývá označován za kartelizaci stranického systému a který je spojován s vývojovým typem politické strany – tzv. politickou stranou kartelu, jež má odlišné vzorce chování.

2. Několik poznámek ke kartelizaci stranického systému

Poprvé o novém typu politických stran hovoří na počátku 90. let minulého století politologové Richard S. Katz a Peter Mair.⁵ Ti jako první na počátku devadesátých let minulého století popsali v západních a etablovaných demokraciích pozorovaný jev, v němž se politické strany začínají chovat obdobně jako obchodní kartely, tedy kdy určité politické strany (k tomu viz níže) mezi sebou vzájemně uzavírají, byť nejčastěji nevyřčené, dohody,

⁵ KATZ, R. S. – MAIR, P. Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the Emergence of the Cartel Party. *Party Politics*. 1995, roč. 1, č. 1, s. 5–28.

kteřé narušují volnou soutěž politických stran, přičemž se tak děje v zásadě bez porušení zákonných limitů. Zatímco tedy obchodní kartely jsou ve většině vyspělých zemích zakázány a jejich vznik je sankcionován dokonce i trestními předpisy, proti politickému kartelu neexistuje v současné době řešení. Výše popsaný model chování politických stran rovněž produkuje nový typ politické strany – stranu kartelu. Definičním znakem kartelové politické strany je finanční závislost na státu, specifická organizační struktura, která se nově neodvíjí od silné členské základny, a ideologický posun těchto politických stran, kdy se v převážné míře jedná o středové strany na pravolevém politickém spektru. Politické strany kartelu mají blíže ke státu než k občanské společnosti, čímž se dost možná narušuje i samotný koncept onoho předpolí státu, o němž hovoří od svých prvopočátků český Ústavní soud (viz výše). Se vznikem nového typu politické strany nastal střet se základním principem existence a činnosti politických stran v moderních demokraciích, který hovoří o oddělení politických stran od státu. Autoři dokonce tvrdí, že politické strany se nově chovají jako agenti státu. Zatímco dříve, v rámci trichotomie „strana – stát – občanská společnost“ politické strany plnily funkci prostředníka mezi společnostmi a státem, kartelové politické strany se soustředí na dynamiku vztahu mezi stranou a státem. Mezi politickými stranami a státem je čím dál užší vazba, posílení tohoto vztahu vedlo k oslabení vztahu mezi společnostmi a stranami.

S nástupem moderních technologií vznikala potřeba vést čím dál větší (a tedy i nákladnější) volební kampaň. Tyto náklady už členské příspěvky (zvláště v období výrazného poklesu členství) ani dary sympatizantů pokrýt nedokázaly, strany se musely začít poohlížet po nových zdrojích financování. Pokud tedy na jedné straně politickým stranám ubývají vlastní zdroje ze členských příspěvků či darů straníků a podporovatelů, a na druhé straně rostou finanční požadavky strany, je zřejmé, že státní financování politických stran nabývá na důležitosti a politické strany se začaly se svými finančními nároky obracet na stát. Ve svém dvojím postavení to jsou však právě ve volbách nejuspěšnější politické strany, které *de facto* představují stát, jejich zastupitelé obsadili zákonodárné sbory a nyní mohou přímo ovlivnit podobu svého financování. Ve stejném čase tyto úspěšné strany odepřely státní financování svým menším politickým rivalům. Státní financování představuje základní nástroj, jak mohly politické strany zůstat u moci za současného potírání méně významných politických soupeřů.⁶ Politické strany tak stále více spoléhají na financování ze státních zdrojů a opomíjejí jiné možnosti vlastního financování. Lapidárně řečeno, politické strany využily svého vlivu na státní aparát – respektive vlivu na utváření zákonů, aby mohly regulovat své vlastní financování ze státních zdrojů.

Vzniklá situace přímého státního financování donutila politické strany spolu vzájemně spolupracovat. Politické strany sice rozhodují o státních subvencích, avšak v těchto otázkách musí mezi stranami účastníci se legislativního procesu, tedy i stranami opozičními, panovat shoda, aby bylo zajištěno, že příští vládní garnitura systém přímého státního financování rovněž podpoří. Ze státních subvencí se stal jediný zdroj příjmu politických stran, který si strany mohou samy garantovat a se kterým mohou počítat. Veškerý legislativní proces je navíc zastřešen argumentem, že přímé státní financování politických stran uchrání politickou soutěž od korupčních vlivů. To, že strany jsou nyní financovány především ze státních zdrojů, má však za následek i to, že strany se čím dál méně odpovídají voličům či svým členům, protože na nich jejich financování jednoduše

⁶ Ibidem.

není závislé.⁷ A přestože podmínky vzniku nároku na státní subvence se napříč státy liší, prakticky všude tam, kde bylo státní financování politických stran představeno, dnes přímé státní subvence představují hlavní zdroj příjmů politických stran. Politické strany nesou odpovědnost jednak za regulaci podmíněnosti státního financování, ale jednak i za výši jednotlivých státních příspěvků. Nárok na státní příspěvky byl nejčastěji odvozen od volebního úspěchu či obsazení křesel v parlamentu, což umožňovalo finančně zajistit existující strany, které se podílely na vzniku této regulace, a současně omezit přístup dalším politickým stranám. Stát, který je „napaden“ politickými stranami, a pravidla, která jsou vytvořena těmito stranami, se staly hlavním zdrojem příjmů, ze kterých politické strany nejen zajišťují své vlastní přežití, ale díky kterým jsou schopny se v politické soutěži ubránit i nově vznikajícím subjektům (vlivem finanční převahy). V tomto případě je to prostřednictvím politických stran stát, kdo podporuje *insidery* za současného vyloučení *outsiderů*. V popsaném novém modelu pak není rozhodující, kdo vyhraje demokratické volby, stěžejní je, zda politická strana zůstane oním *insiderem*. Přitom platí, že žádná z velkých a etablovaných stran není v kartelizovaném stranickém systému nikdy *out* a rozdíly mezi vládními stranami a parlamentními opozičními stranami se stírají.⁸

V prvotní tezi Katze a Maira z roku 1995 o stranách kartelu sice nebyla podmínka státního financování přímo spojena s kartelovou stranou – státní financování nebylo jedinou nutnou podmínkou k tomu, abychom mohli hovořit o straně kartelu – nicméně státní financování politických stran bylo jedním z faktorů, které kartel upevňovaly. Pro kartelové politické strany je příznačné, že usilují o svoji vlastní favorizaci při nastavování pravidel pro státní financování a o uzavření systému novým politickým stranám odepřením či výrazným omezením státních subvencí.

Nárok na státní subvence mají jen ve volbách neúspěšnější politické strany. A samozřejmě největší díl ze státních subvencí získají ty politické strany, které jsou momentálně u moci. To ostatně vyplývá již ze samotných státních příspěvků, které jsou mnohdy podmíněny nejen volebním ziskem,⁹ ale právě i ziskem mandátu.¹⁰ Tyto politické strany do jisté míry kontrolují stát, jsou beneficentem státních příspěvků pro politické strany a také mohou v průběhu legislativního procesu ovlivnit to, komu státní příspěvky náležejí. Tímto tyto silné politické strany kontrolují, koho připustí do svého kartelu a mohou jednoduše odstranit své slabší politické rivaly. Přitom takové chování politických stran je stále možné označit za politicky akceptovatelné. Současně však toto chování politických stran v kartelu způsobuje jakési zamrznutí stranického systému. Je to však právě toto chování politických stran jednajících ve shodě, které snižuje úroveň demokracie a legitimitu celého systému, když zabraňuje přístupu menších politických stran k moci.

Proti kartelizaci stranického systému, a tedy sblížení politických stran se státem, v obecné rovině podle mnohých hovoří jednak proporcionalita daného volebního systému s poměrně nízkou uzavírací klauzulí a jednak silný ústavní soud v roli negativního zákonodárce, který může zrušit přijatou právní úpravu, která je výrazně neproporcionální

⁷ BLYTH, M. – KATZ, R. S. From Catch-all Politics to Cartelisation: The Political Economy of the Cartel Party. *West European Politics*. 2005, roč. 28, č. 1, s. 33–60.

⁸ KATZ, R. S. – MAIR, P. *Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the Emergence of the Cartel Party*, s. 15–16, s. 22.

⁹ Platí u tzv. stálého příspěvku (viz § 20 odst. 3 zákona č. 424/1991 Sb.) i u příspěvků na úhradu volebních nákladů (viz § 85 zákona č. 247/1995 Sb. a § 65 zákona č. 62/2003 Sb.).

¹⁰ Příspěvek na mandát (viz § 20 odst. 4 zákona č. 424/1991 Sb.).

a v neprospěch politicky slabších politických stran. Vliv politických stran na přijímání pravidel pro své vlastní financování tedy nemusí být tak neomezený, jak jej původně prezentovali Katz a Mair, neboť je nutné zohlednit i další institucionální faktory, a to zejména silný ústavní soud, nezávislá média a aktivní občanskou společnost, které politickým stranám značně komplikují jejich jednání zacílené na maximalizaci jejich finančního zisku ze státních subvencí.¹¹

Nelze opomenout ani následující. Teorie strany kartelu vznikala na pozadí dění a stavu demokracií a stranických systémů států západní Evropy s dlouhou demokratickou tradicí. V zemích střední a východní Evropy po pádu železné opony byla situace přeci jen odlišná. České porevoluční zákonodárství v sobě od počátku obsahovalo ustanovení o přímé finanční podpoře státu ve vztahu k nově vznikajícím politickým stranám. Státní subvence zde tak na rozdíl od západoevropského modelu byly uzákoněny v době, kdy se demokratické politické strany teprve formovaly a usazovaly v politickém a stranickém systému. V tomto sledu událostí politické strany zpravidla postrádaly jiné možnosti zdrojů svých příjmů – v nových demokraciích vznikající politické strany nikdy nestavěly na široké členské základně a stejně tak strany nemohly spoléhat na jiné soukromé zdroje financování. V nových demokraciích tak byla role státu při financování politických stran od počátku kruciólní. V porovnání se západními demokraciemi se tak ukazuje, že v zemích střední a východní Evropy jsou politické strany na státních finančních zdrojích mnohem více závislé.¹² V tomto ohledu je proto možné tvrdit, že podmínky pro kartelizaci stranického systému zde byly od počátku příznivější.¹³

Obecně lze tedy uzavřít, že kartelizace stranického systému z pohledu funkčnosti demokratického systému a jeho legitimacy nepřináší nic dobrého. Voličská základna jednoduše nemá potřebu či chuť se osobně angažovat. Výsledkem této neaktivity a do jisté míry rezignace jsou uměle vytvářené politické elity, jejichž vazby na občanskou společnost oslabují (viz slabé členské základny mainstreamových politických stran)¹⁴ a naopak posilují vazby na hlavního chlebedárce, kterým je stát, což je v příkrém rozporu s ústavním imperativem oddělení politických stran od státu. Jakkoliv se ukázalo, že státní financování samo o sobě není dostatečným ukazatelem na kartelizaci stranického systému, je jedním z hlavních rysů kartelizace stranického systému.

Je tedy třeba si položit otázku, zda se politické strany vždy budou snažit o zvýšení svých příjmů bez ohledu na jejich vlastní ekonomickou situaci (tzn. i v dobách dostatku). Takový závěr by jen potvrzoval teorii kartelu, kdy i ekonomicky zdravé politické strany jsou pro navýšení státních příspěvků.¹⁵ Naopak v praxi bylo možné vypořádat, že na státní subvence často dosáhnou i strany, které očividně nemohou být považovány za strany kartelu, tj. menší politické strany bez účasti v parlamentu. Terminologií Katze a Maira

¹¹ ASHTON, M. B. *An Exploration and Critique of Katz and Mair's Cartel Party Theory* [online]. Disertační práce [cit. 17. 9. 2019]. Nottingham: Nottingham Trent University, Faculty of Philosophy, 2009, s. 13–14.

¹² BIEZEN, I. Political Parties as Public Utilities. *Party Politics*. 2004, roč. 10, č. 6, s. 710–712.

¹³ Tato skutečnost předkládanou práci nijak nelimituje. Opětovně je nutné zdůraznit, že cílem práce není dospět k závěru, že se v českém stranickém systému (ne)nacházejí strany kartelu. Cílem je zanalyzovat chování politických stran při nastavování pravidel pro své vlastní financování.

¹⁴ Provázanost s poklesem členů politických stran se pokusil vyvrátit Ashton (ASHTON, M. B. *An Exploration and Critique of Katz and Mair's Cartel Party Theory*, s. 13–14), který dovedl, že za vznikem kartelové strany nestojí výlučně jen pokles členství v politických stranách, ale faktorů je více, přičemž pokles stranictví je jen jedním z nich.

¹⁵ SCARROW, S. E. Explaining Political Finance Reforms: Competition and Context. *Party Politics*. 2004, roč. 10, č. 6, s. 656.

bychom řekli, že státní příspěvky jsou alokovány i mezi *outsidery*, byť samozřejmě v nižší míře, než je tomu u *insiderů*. Převážně se jedná o důsledek zásahu národních ústavních soudů. Je však možné rozšíření dostupnosti státních subvencí vnímat jako antikartelové chování parlamentních politických stran? Nebo stále platí, že i navzdory rozšíření nárokovatelnosti státních subvencí pro *outsidery* jsou stále pravidla nastavena disproportčně tak, že ze státních příspěvků neúměrně více profitují etablované politické strany, tj. strany kartelu?¹⁶

3. Příspěvek na činnost a reflexe vývoje právní úpravy

Státní příspěvky, respektive příspěvky na činnost jsou upraveny v ustanovení § 20 zákona č. 424/1991 Sb. Příspěvek na činnost, sestávající ze stálého příspěvku a příspěvku na mandát, je, co se týče jeho výše a nominální hodnoty, hlavním zdrojem příjmů politických stran pocházejícím od státu, proto mu je záhodno věnovat zvýšenou pozornost. Podle aktuálně účinné právní úpravy náleží stálý příspěvek politické straně, která získala ve volbách do Poslanecké sněmovny nejméně 3 % hlasů. Výše příspěvku činí 6 mil. Kč ročně právě při zisku 3 % hlasů a dále se s každým započatým 0,1 % odevzdaných platných hlasů zvyšuje o dalších 200 000 Kč. Obdrží-li politická strana ve volbách 5 % hlasů, příspěvek se již dále nezvyšuje, což znamená, že maximální možná výše příspěvku činí 10 mil. Kč ročně. Příspěvek na mandát v nominální výši 900 000 Kč ročně náleží politické straně, na jejíž kandidátní listině byl poslanec či senátor zvolen, v nominální výši 250 000 Kč ročně pak příspěvek náleží opět výhradně politické straně, za kterou byl zvolen člen zastupitelstva kraje nebo člen zastupitelstva hlavního města Prahy.

Celkově byl § 20 zákona č. 424/1991 Sb.¹⁷ upravující příspěvky na činnost, novelizován k dnešnímu dni celkem deseti novelizačními předpisy. Do výše částek odpovídajících stálému příspěvku a příspěvku na mandát však podstatně zasáhly čtyři novelizační zákony (novela č. 117/1994 Sb. znamenající zrod příspěvků na mandát, novela č. 340/2000 Sb. představující dvojnásobné navýšení příspěvku na mandát poslance a senátora a zavedení příspěvku na mandát člena krajského zastupitelstva, novela č. 170/2001 Sb., která zdvojnásobila stálý příspěvek pro politické strany a po zásahu Ústavního soudu znovu obnovila příspěvky na mandát poslance a senátora, a novela č. 345/2010 Sb., kterou došlo k 5% snížení příspěvku na mandát) a jeden náleží Ústavního soudu.

Podle kartelizační teorie platí, že oblast regulace financování politických stran představuje významný indikátor vzdalování se politických stran od společnosti a jejich závislosti na státu. Cílem zkoumání je tedy sledovat, jak byla jednotlivými legislativními úpravami a změnami zvýhodňována pozice velkých parlamentních politických stran (a zda vůbec) a do jaké míry byly naopak znevýhodněny malé mimoparlamentní politické strany. V této souvislosti bude pozornost věnována jednak tomu, kdo takový návrh vznesl – zda vláda a v jakém složení, či zda skupina poslanců či jednotlivý poslanec/senátor v rámci navrhovaných pozměňovacích návrhů a jakou měli jednotliví navrhovatelé stranickou příslušnost.

¹⁶ BOWLER, S. – CARTER, E. – FARRELL, D. *Studying Electoral Institutions and their Consequences: Electoral Systems and Electoral Laws*. Irvine: University of California, Center for the Study of Democracy, paper 01–05. Dostupné z: <<https://escholarship.org/uc/item/7dc5b9dg>>.

¹⁷ Pozn. provedenými novelizacemi nedošlo k posunutí/přečíslování paragrafů.

3.1 Projednávání zákona č. 424/1991 Sb. a zrod stálého příspěvku

Úvodem je vhodné se podívat na samotný proces přijímání zákona č. 424/1991 Sb., který dal vzniknout stálému příspěvku. První návrh k přijetí zákona č. 424/1991 Sb. navrhla skupina poslanců za tehdy opoziční KDU-ČSL. Výše přímého státního financování se odvozovala od částky poskytnuté na úhradu volebních nákladů. Státní příspěvek mohly nárokovat strany s volebním ziskem alespoň 2 % hlasů ve volbách do Federálního shromáždění nebo národní rady, podle toho, co je pro stranu výhodnější s tím omezením, že pokud se strana ve dvou po sobě jdoucích volebních obdobích nedostane do Federálního shromáždění/národní rady, nárok na příspěvek ztrácí. V prvním návrhu zákona 424/1991 Sb. se pak vedle příspěvku na úhradu nákladů (nikoliv těch volebních – ty byly upraveny jiným právním předpisem) navrhovalo „odměnit“ parlamentní politické strany i státním příspěvkem na chod poslaneckého klubu.¹⁸ Tato navrhovaná úprava, která nakonec nebyla uzákoněna, byla velice oportunistická a byť se zdánlivě skrývala za logický argument, že parlamentní politické strany nesou zodpovědnost za chod státu a měly by být za to oproti jiným politickým stranám finančně odměněny, je to přesně takový návrh, který by výrazně ohrozil rovnost politické soutěže a nepřiměřeně zvýhodnil úspěšné parlamentní politické strany. To, že tento návrh nakonec nebyl schválen,¹⁹ je možné označit za anti-kartelové chování většiny parlamentních politických stran, ovšem jen zdánlivě. Úprava příspěvku pro poslanecké kluby se totiž krátce na to objevila v § 78 zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny.

Současně z projednávání zákona, který vznikl „na zelené louce“ v rámci českého, nebo ještě lépe československého právního prostředí, nemůžeme činit žádné velké závěry. Přijetí nového zákona upravujícího sdružování v politických stranách bylo nutné. To, že přijetí zákona iniciovali poslanci za opoziční KDU-ČSL, nelze přeceňovat. Bylo spíše jen otázkou času, kdo takový zákon navrhne a dalo se očekávat, že v zákoně se objeví jakási forma přímého státního financování, a to již s ohledem na to, že takový způsob financování politických stran je tradiční pro většinu států západní Evropy, u kterých jsme tehdy hledali inspiraci. Současně je však zavedení přímé státní finanční podpory podepřeno tvrzením o snaze zamezit vlivu různých nátlakových skupin. To je argument, se kterým se při debatách o státním financování politických stran setkáváme i dnes, tj. téměř 30 let od uzákoněné přímé státní finanční podpory politických stran.²⁰ Jestliže představitelé všech vládních stran byli proti přijetí návrhu celého zákona zejména s ohledem na úpravu financování politických stran, lze tento postoj vykládat jako vyjádření touhy po posílení soutěžního prostředí mezi jednotlivými politickými subjekty. Pokud vládní strany odmítaly jakoukoliv finanční participaci státu na hospodaření politických stran, znamenalo to, že politické strany budou odkázány výlučně na soukromé finanční zdroje. Těmito soukromými zdroji, jak se ukázalo v dalších parlamentních debatách, pak měla být hospodář-

¹⁸ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Federální shromáždění ČSFR 1990–1992. Návrh zákona, tisk č. 503/1* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t0503_01.htm>.

¹⁹ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Federální shromáždění ČSFR 1990–1992. Stenoprotokol ze 17. schůze* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/eknih/1990fs/slsn/stenprot/017schuz/s017042.htm>>.

²⁰ Kokeš v této souvislosti hovoří o mystifikačním potenciálu prevence proti korupci (viz KOKEŠ, M. *Neřešené otázky reformy právní regulace financování politických stran v ČR* [online]. Rigorózní práce [cit. 15. 11. 2019]. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2013, s. 133–140).

ská činnost politických stran, která měla být v tomto ohledu co nejméně ze strany státu omezena. Vláda (a zejména pak nově vzniklá ODS) byla proti zavedení přímých státních subvencí. ODS byla v té době pravděpodobně nejsilnější politickou silou, a navíc měla perspektivu, že v dalších volbách, kde bude kandidovat poprvé sama za sebe (předtím v rámci OF), bude ještě úspěšnější. V porevoluční době měla dostatečně širokou členskou základnu, věřila proto, že příjmy z členských příspěvků a z vlastního podnikání budou pro chod strany i poslaneckého klubu dostačující. Odepřením státního financování všem politickým stranám by *de facto* eliminovala konkurenci politických stran, které na rozdíl od ODS neupoutaly sponzory, přičemž svoji vlastní existenci by tím pravděpodobně neohrozila. Navíc se ODS hodně zasazovala o co nejširší možnosti podnikání politických stran, což koresponduje s ideologií ODS jako pravicové strany (tato ideologie se postupně z politiky obecně vytrácela). Je tedy trochu s podivem, že o prosazení přímých státních subvencí se v roce 1991 zasadily sice parlamentní strany, ale strany převážně opoziční (byť stanovisko jednotlivých vládních stran nebylo vždy odmítavé a ani vládní koalice nebyla ve svém postoji jednotná).

3.2 První významná novela a uzákonění příspěvku na mandát

S přijetím novely č. 117/1994 Sb. a se zavedením příspěvku na mandát byly politické strany zase o něco bohatší. Zavedení příspěvků sice tzv. 1. Klausova vláda ve složení ODS, ODA, KDS a KDU-ČSL jako navrhovatel v původním návrhu vůbec nezmiňovala,²¹ avšak ve společné zprávě výborů se již příspěvky i jejich výše objevily.²² Vláda se k takto širokému financování politických stran ze státních zdrojů stavěla rezervovaně, nikoliv však odmítavě. Vládní představitelé neustále zdůrazňovali potřebu dobře fungujících politických stran pro udržení demokracie, a to i za cenu vyšších výdajů ze státního rozpočtu. Do jisté míry pozoruhodný je návrh poslance Nováka za vládní ODS, který jednoznačně naznačuje kartelové chování této politické strany, když navrhoval zpřísnit podmínky pro nárokovatelnost stálého příspěvku tak, aby na příspěvek dosáhly skutečně jen politické strany, které překročily uzavírací klauzuli ve volbách do Poslanecké sněmovny. Tím by tedy rozčlenil politické strany na ty, které mohou čerpat stálý příspěvek (strany parlamentní) a na ty, které na něj nedosáhnou (všechny mimoparlamentní strany bez dalšího rozčlenění podle volebního úspěchu). Ani opoziční ČSSD tehdy nebyla proti přímému státnímu financování politických stran, nicméně akcentovala zvýšenou míru kontroly a transparentnosti takového financování a současně kladla důraz na to, že státní subvence nemají být hlavním zdrojem příjmů politických stran. Otázkou je, nakolik však toto nebyla prázdňá politická prohlášení, neboť současně např. představitelé ČSSD nenavrhovali žádné nominální snížení navržených státních subvencí. Co však bylo možná ještě mnohem zajímavější pro odhalení kartelového či antikartelového chování politických stran při rozhodování o výši státní finanční podpory byla prozatímní úprava, která měla politickým stranám garantovat státní finanční příspěvky ještě v daném rozběhlém volebním

²¹ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Poslanecká sněmovna 1993–1996. Návrh zákona, tisk č. 766* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/eknih/1993ps/tisky/t076600.htm>>.

²² Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Poslanecká sněmovna 1993–1996. Společná zpráva výborů k návrhu zákona, tisk č. 832* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/eknih/1993ps/tisky/t083200.htm>>.

období.²³ Už jen samotný fakt, že parlamentní strany přistoupily na tuto přechodnou úpravu, značí, jak usilovaly o státní finanční podporu. Navíc z přijetí této přechodné úpravy je patrné, že z mimoparlamentních politických stran na stálý příspěvek dosáhly pouze čtyři politické strany či hnutí. Při aplikaci nově schválených pravidel na výsledky voleb v roce 1992 by přitom byl počet těchto mimoparlamentních subjektů, které dosáhnou na stálý příspěvek, mnohem vyšší. Ačkoliv se tedy jednalo o přijetí normy na přechodné období, kdy tato norma byla s dalšími volbami obsahově i účelově vyčerpána, jednalo se o poměrně zásadní zásah do stranické soutěže. Strany, které v daný moment o přijetí právní úpravy rozhodovaly, v podstatě ze stranické soutěže mimoparlamentní subjekty vyloučily (vyjma oněch čtyř politických subjektů, kterým bylo přiznáno právo na stálý příspěvek). Lze se oprávněně domnívat, že pro mimoparlamentní strany, které státní subvence neobdržely, bylo toto další materiální překážkou pro účast v dalších volbách, v nichž se kromě politického zisku mělo usilovat i o finanční zisk podle nových pravidel.

3.3 Zpřísnění podmínek pro nárokovatelnost stálého příspěvku

Novelu č. 340/2000 Sb. předkládala tehdy jednobarevná menšinová vláda ČSSD v čele s premiérem Zemanem, v období tzv. opoziční smlouvy. Ve vládním návrhu se objevilo zpřísnění podmínek, za jakých mohly politické strany dosáhnout na stálý příspěvek, kdy nárok na státní příspěvek už nebyl podmíněn jen určitým volebním ziskem pod uzavírací klauzulí, ale nově bylo nutné, aby v dalších volbách politická strana pro obhájení nároku na stálý příspěvek překročila uzavírací klauzuli. Pokud se tak nestalo (daná politická strana podruhé za sebou sice překročila hranici nutnou pro zisk stálého příspěvku, ale ani na podruhé se neprobojovala do Poslanecké sněmovny), nárok na stálý příspěvek nezískala.²⁴ Takový návrh, který byl legislativci schválen, je možné označit za kartelové chování politických stran u moci, přičemž za strany u moci můžeme označit ty strany, které z takového návrhu a z omezení konkurence budou mít jednoznačný prospěch, což jak se i při hlasování o návrhu ukázalo, nebyla jen vládní ČSSD, ale i ostatní parlamentní strany s koaličním potenciálem, což přesně odpovídá redefinované teorii kartelu původních autorů Katze a Maira.²⁵ Podle Tomáše Jarmara jsou to právě období menšinových vlád, kdy parlamentní politické strany tendují více ke kartelovému chování.²⁶ A to se nyní potvrdilo.

Další sumu státních peněz si pak velké a etablované politické strany rozdělily se vznikem příspěvků na mandát krajských zastupitelů. Podíváme-li se na výsledky prvních voleb do krajských zastupitelstev v roce 2000,²⁷ zjistíme, že nejvíce úspěšná napříč kraji byla ODS, od jejíhož poslance Bendy také pramenil návrh na navýšení původně navrhované výše příspěvků na mandát, druhou nejúspěšnější stranou byla tzv. Čtyřkoalice, což byla

²³ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Poslanecká sněmovna 1993–1996. Stenoprotokol z 18. schůze* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/eknih/1993ps/stenprot/018schuz/s018021.htm#r10>>.

²⁴ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Poslanecká sněmovna 1998–2002. Návrh zákona, tisk č. 513* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=3&ct=513&ct1=0>>.

²⁵ KATZ, R. S. – MAIR, P. The Cartel Party Thesis: A Restatement. *Perspectives on Politics*. 2009, roč. 7, č. 4, s. 757.

²⁶ JARMARA, T. Evoluční přístup ke studiu politických strana: strana kartelu. *Slovak Journal of Political Sciences*. 2011, roč. 11, č. 2, s. 148.

²⁷ Český statistický úřad. *Volby do zastupitelstev krajů 2000–2008* [online]. Český statistický úřad [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<https://www.czso.cz/csu/czso/volby-do-zastupitelstev-kraju-v-letech-2000-az-2008-n-fg214phjxk>>.

koalice KDU-ČSL, Unie Svobody, ODA a Demokratické unie – tedy až na jedinou výjimku koalice složená ze stran zastoupených v Parlamentu, třetí byla ČSSD a čtvrtí komunisté. Volební zisky ostatních stran a nezávislých kandidátů v historicky prvních volbách do krajských zastupitelstev byly naprosto minimální. Je tak zřejmé, že z příspěvku na mandát pro členy krajských zastupitelstev profitovaly především strany úspěšné v celonárodním měřítku, které měly své zastoupení v Parlamentu.²⁸

3.4 Zásah Ústavního soudu a reakce zákonodárců

Z pohledu kartelového chování politických stran regulujících své vlastní financování nejsou zásahy Ústavního soudu v roli negativního zákonodárce podstatné, neboť v tomto případě nejsou regulujícími aktéry politické strany. Ty se dostávají ke slovu až následně, když jsou nuceny na zrušující náleze pléna Ústavního soudu ze dne 27. 2. 2000, sp. zn. Pl. ÚS 53/2000, reagovat přijetím nové pozitivněprávní úpravy. Přijatá právní úprava, která byla nakonec výše citovaným náleze Ústavního soudu zrušena, byla očividně v neprospěch menších mimoparlamentních politických stran. To ve svém návrhu na zrušení právní úpravy ostatně prezident republiky neopomněl zdůraznit. Menší mimoparlamentní politické strany však neměly možnost, jak se domoci přezkoumání této právní úpravy, neboť v řízení před Ústavním soudem by nebyly aktivně legitimovány.²⁹ Jejich roli tedy musel převzít v tomto konkrétním případě prezident. Jeho jednání ale spočívalo na jeho vlastním uvážení. Pronikání kartelizačního chování parlamentních politických stran v návaznosti na jejich financování tedy brání jednak silný Ústavní soud v roli negativního zákonodárce, ale v duchu zásady *nemo iudex sine actore* i silný nadstranický prezident.

Onou novou pozitivněprávní úpravou byla novela č. 170/2001 Sb. Ta představuje výrazný zásah do regulace státního financování politických stran, avšak závažnosti této novely absolutně neodpovídá parlamentní debata, která se k přijetí novely měla vést. Novela č. 170/2001 Sb. je ve vztahu k přijetí nové regulace státního financování politických stran výsledkem tzv. přílepku. Tímto nekoncepčním přílepkiem, neboli pozměňovacím návrhem k naprosto nesouvisejícímu zákonu, došlo ke zdvojnásobení sumy stálého příspěvku. Navrhovatelem tohoto pozměňovacího návrhu byl poslanec Benda za ODS.³⁰ Tím, že zvolil formu přílepku, nevedla se o tomto pozměňovacím návrhu v Poslanecké sněmovně debata, pouze se o pozměňovacím návrhu hlasovalo a nutno říci, že se tento pozměňovací návrh těšil všeobecné podpoře, a to i poslanců z řad opozičních stran vyjma komunistů.

3.5 Snížení nominální výše příspěvků na činnost

Novelizační zákon č. 345/2010 Sb. byl první a jedinou novelou, která nominální výši obou příspěvků na činnost snížila. Již z tohoto pohledu můžeme hodnotit chování politických

²⁸ Naopak Šimral v této souvislosti uvádí, že tím, že zákonodárce některé státní subvence odvozuje i od regionálních voleb, je částečně zabráněno prohlubování nerovnosti mezi parlamentními politickými stranami a stranami mimoparlamentními účastnicemi se regionálních voleb (viz ŠIMRAL, V. *Financování politických stran v Československu a České republice 1990–2015* [online]. Disertační práce. [cit. 15. 11. 2019]. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2015, s. 137).

²⁹ Viz § 64 odst. 1 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

³⁰ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Poslanecká sněmovna 1998–2002. Pozměňovací návrhy k tisku 674/0, tisk č. 674/4* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=3&ct=674&ct1=4>>.

stran, které se na přijetí této novely podílely, za antikartelové alespoň v tom smyslu, že nedošlo k posílení finanční dominance stran parlamentních nad stranami mimoparlamentními. Současně však přijetím této novely určitě nedošlo k rozšíření státní finanční podpory na širší okruh mimoparlamentních politických stran – nedošlo ke zmírnění kritérií potřebných pro získání stálého příspěvku. Finanční propast mezi parlamentními stranami a mimoparlamentními stranami zůstala nadále obrovská. V tomto ohledu je tedy přijetí této novely možné vnímat spíše jako gesto, které mělo na mezistranickou politickou soutěž pramalý vliv. Nelze totiž opomenout, že zaštiťujícím argumentem pro snížení státních příspěvků byla i probíhající ekonomická krize. Zákodníci jednoduše řečeno chtěli demonstrovat, že neberou jen jiným, ale že státní úspory se dotknou i jich. Jednalo se o návrh z dílny tehdejší vlády ve složení ODS, TOP 09 a Věcí veřejných, kdy bylo patrné, že tato iniciativa vzešla především od vládních představitelů a poslanců Věcí veřejných, což ostatně při projednávání návrhu v Poslanecké sněmovně několikrát zaznělo.³¹ Při rozpravě v Senátu pak bylo evidentní, že přestože se jednalo o snížení nominální výše stálého příspěvku i příspěvku na mandát o 5 %, senátoři za tehdy opoziční ČSSD byli ostře proti. Vládní snahu se pokoušeli (neúspěšně) zvrátit argumentem, že snížením výše státních příspěvků se dává prostor korupčnímu jednání a šedému financování politických stran.³²

3.6 Aktuální stav

Samozřejmě nelze opomenout ani poslední novelizaci zákona č. 424/1991 Sb. provedenou zákonem č. 302/2016 Sb. Mezi státní příspěvky s účinností této novely nově řadíme i příspěvek na činnost politického institutu. Současně byla výše příspěvků na mandát poslance/senátora a mandát člena zastupitelstva kraje a zastupitelstva hlavního města Prahy navracena do stavu před přijetím novely č. 345/2010 Sb. Návrh pocházel z pera vlády Bohuslava Sobotky (vláda ČSSD, ANO 2011, KDU-ČSL). Tato novelizace je však zásadní především s ohledem na vznik nového Úřadu pro dohled nad hospodařením politických stran a politických hnutí. Jednalo se o významný krok, kterým se politické strany vzdaly kontroly samy nad sebou a předaly ji do rukou novému ústřednímu orgánu státní správy. Na tuto skutečnost je možné nazírat ze dvou úhlů pohledu. V tom prvním můžeme konstatovat, že zřízení nového tělesa, na které se převádí část pravomocí, jejichž výkon do teď náležel politickým stranám (respektive Kontrolnímu výboru Poslanecké sněmovny) a který mohl vířit politickou debatu napříč parlamentními stranami, odpovídá tvrzení Katze a Maira o tom, že politické strany se snaží mezistranickou soutěž tematicky vyprázdnit, aby mezi nimi navzájem zůstávalo co nejméně sporných otázek.³³ Jednoduše se tedy vzdávají části svých pravomocí a odpovědnosti ve prospěch nově zřízených apolitických orgánů, z politických otázek (kontrola financování politických stran) vytváří otázky expertní, které nepatří do politické debaty a ani politické soutěže. Nebo se na vznik nového úřadu můžeme dívat jako na důsledek externího tlaku, kterému politické strany, ač nerady, podlehly (viz hodnotící zprávy GRECO).

³¹ Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna. *Poslanecká sněmovna 2010–2013. Stenoprotokol z 8. schůze* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/eknih/2010ps/stenprot/008schuz/s008022.htm>>.

³² Dokumenty a legislativa. *Senát: Sedmé funkční období 2008–2010. Stenozáznam z 1. dne 25. schůze* [online]. Senát Parlamentu České republiky [cit. 17. 9. 2019]. Dostupné z: <<https://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasovani?action=steno&O=7&IS=4437&D=12.11.2010#b10820>>.

³³ KATZ, R. S. – MAIR, P. *The Cartel Party Thesis: A Restatements*, s. 758.

Závěrem – Kartelizační prvky při přijímání zákonné úpravy přímého státního financování?

Jak bylo výše řečeno, koncept kartelizace mezi nejhodnější podmínky pro existenci stran kartelu řadí rozvinuté státní financování politických stran a hnutí. Pro účely provedené analýzy však není stěžejní (ani dosažitelné) zjištění, zda některé politické strany na české politické scéně vykazují charakteristiky kartelových politických stran, případně zda můžeme hovořit o kartelovém stranickém systému. V předkládané práci netestujeme koncept kartelizace, ten pouze slouží jako měřítko hodnocení zdokumentovaného chování politických stran při přijímání velkých reforem při nastavování parametrů příspěvků na činnost politických stran. Analýza legislativních změn a proces jejich přijetí je rámována právě teorií kartelu tak, aby bylo možné chování politické strany a jejich představitelů označit za kartelizační či nikoliv bez činění závěrů stran toho, zda skutečně ona politická strana vykazuje ve své komplexnosti znaky strany kartelu a zda vlivem přímých státních subvencí prošel změnou celý stranický systém. Nelze totiž brát ze zřetele, že existence přímého státního financování sama o sobě určitě neindikuje existenci stran kartelu. Stejně tak by nebyl udržitelný ani závěr, že existence přímého státního financování slouží vždy a za všech okolností k vyřazení politické konkurence.³⁴ Dále je třeba výše řečené vnímat i v kontextu toho, že rozhodně nelze každé navýšení státních subvencí označit za projevy kartelizace stranického systému. Za projevy kartelizace lze však vnímat takovou změnu regulace, která zvětšuje rozdíly mezi stranami parlamentními, které se podílejí na rozhodování, a stranami mimoparlamentními. Problematické tedy samo o sobě není navyšování nominální hodnoty jednotlivých příspěvků, problematické je až hodnocení dopadů na stranickou soutěž, kdy se ukazuje, že zákonnou regulací byla disproporce mezi stranami parlamentními a stranami mimoparlamentními stále více prohlubována, namísto toho, aby se politické strany snažily v co největší míře o narovnání stranicko-politické soutěže.

Předestřený text vychází z premisy, že u nás existuje pluralitní stranický systém, v rámci něhož můžeme vyčlenit ve volbách úspěšnější a již etablované politické strany, které obsadily zákonodárné sbory, a ty méně úspěšné nebo nově vznikající politické strany, které o své mocenské pozice teprve usilují. S vědomím toho, že všechny státní příspěvky politickým stranám jsou určeny jen těm ve volbách úspěšnějším politickým stranám (nikoliv vždy s nutností obsadit křesla v zákonodárných sborech), je nutné se zaměřit na to, zda se zákonodárci při projednávání legislativních změn snaží tuto apriorní disproporci odstranit, zachovat či posílit, s jakými argumenty tak činí a čím jsou limitováni. Cílem nebylo se dobrat banální odpovědi, že kdykoliv, kdy politické strany v rámci zákonodárského procesu navyšují státní příspěvky určené politickým stranám, jednají kartelově. Cílem bylo se zaměřit na to, zda jsou státní příspěvky navyšovány paušálně pro všechny politické strany (a tedy i ty mimoparlamentní), čehož lze dosáhnout změnou zákonných podmínek pro získání nároku na jednotlivé státní příspěvky, nebo naopak zda zákonodárci navyšují státní subvence (nikoliv jen zákonnou dikcí nominální hodnoty příspěvku) jen

³⁴ Srov. BOWLER, S. Changing Party Access to Elections. In: CAIN, B. E. et al. *Democracy Transformed? Expanding Political Opportunities in Advanced Industrial Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, s. 81–111; nebo PIERRE, J. – SVASAND, L. – WIDFELDT, A. State subsidies to political parties: Confronting rhetoric with reality. *West European Politics*. 2000, roč. 23, č. 3, s. 1–24; nebo také SCARROW, S. E. Party Subsidies and the Freezing of Party Competition: Do Cartel Mechanisms Work? *West European Politics*. 2006, roč. 29, č. 4, s. 619–639.

sami sobě, tzn. jen parlamentním stranám, zatímco pro strany mimoparlamentní zvyšují práh nárokovatelnosti jednotlivých příspěvků.

Z výše uvedeného je však patrné, že až na ojedinělý počín zákonodárců v době ekonomické krize, kterým byla plošně snížena nominální výše stálého příspěvku i příspěvku na mandát, je zde jasná tendence směrem k navyšování přímých státních subvencí a k zavádění dalších příspěvků (viz naposledy uzákonění příspěvků pro politické instituty). Zdá se tedy, že politické strany se za všech okolností snaží o navýšení příjmové stránky svých rozpočtů a chovají se jako racionální aktéři, kterým jde o vlastní finanční, ale i politický zisk. Nejen, že dochází k navýšení státních subvencí, ale současně je pro mimoparlamentní strany stále obtížnější na některý ze státních příspěvků dosáhnout. Lapidárně řečeno, práh pro zisk nároku na příspěvek na činnost, respektive především pro zisk nároku na stálý příspěvek, nikterak neklesl a pro uzákonění této změny neexistuje politická vůle. Nic na tom nezměnil ani Ústavní soud, který se sice nezdráhal přijatou zákonnou úpravu zrušit, avšak nově vyvolaný legislativní proces jeho zásah dokázal bez jakýchkoliv obtíží zvrátit. Současně z provedené analýzy návrhů novelizačních zákonů, stenoprotokolů z projednávání těchto novel a hlasování o nich můžeme dovodit, že mezi parlamentními stranami ohledně zvolené regulace panuje takřka absolutní shoda a pro přijímání této regulace ztrácí na významu, zda pocházejí předkladatelé navrhované změny zákona z vládních či opozičních politických stran, či zda je předkladatelem novely přímo vláda. Pozornosti pak nemůže uniknout, že Senát jako druhá komora Parlamentu ČR byl při projednávání těchto legislativních změn neaktivní a mnohdy se návrhem zákona vůbec ani nezabýval.

Provedená analýza rovněž vyvrací úvahy Ústavního soudu, který ve výše citovaném nálezu Pl. ÚS 26/94 zdůraznil, že z finanční podpory politických stran se nesmí stát prostředek státního vlivu na jejich činnost nebo dokonce nástroj k jejich manipulaci. Naopak vycházejí z teorie strany kartelu a úvah této teorie stran přímého státního financování, se ukazuje, že jsou to naopak politické strany, kdo se stává ve vztahu mezi politickými stranami a státem manipulátorem.

Interpretace a soudcovská tvorba práva

Recenzní esej na knihu Jana Wintra *Metody a zásady interpretace práva*

Martin Madej*

Abstrakt: Příspěvek je recenzní esejí na druhé vydání knihy *Metody a zásady interpretace práva* od Jana Wintra, přičemž témata obsažená v recenzované knize jsou rozvíjena esejistickou formou. Poté, co autor shrne základní parametry současných kontinentálních teorií interpretace práva, hodnotí recenzovanou knihu jako vynikající shrnutí tohoto paradigmatu. Pozastavuje se však nad tendencí Jana Wintra považovat za interpretaci zákona i situace, kdy mezi konkrétními skutkovými okolnostmi a zákonem (respektive duchem zákona) žádný typ sylogismu neexistuje (ba někdy ani existovat nemůže). Navrhuje alternativu, podle níž kde chybí sylogismus mezi duchem zákona a konkrétním případem, je úkolem soudu vytvořit normu pro tento typ případu. V závěru recenzní eseje se autor v krátkosti zamýšlí nad předpoklady pro výkon soudní moci jako druhého a podpůrného článku právní normotvorby.

Klíčová slova: interpretace práva, právní výklad, dotváření práva, soudcovská tvorba práva, právní norma, hermeneutika

Úvod

Vzpomínám na den, kdy jsem se s dobrým kamarádem procházel po londýnském Hyde Parku. Už nevím, jaké tehdy bylo počasí nebo kolika běžčům jsme se tehdy museli vyhnout, ale pamatuji si, že jsme se angažovaně přeli o povahu vztahu mezi hudebníkem a posluchačem. On tvrdil, že hudba je médium, skrze něž dochází ke komunikaci emocí směrem od hudebníka k posluchači, a že ideálním výsledkem poslechu je tedy pocit porozumění. Já jsem byl proti, protože posluchač přece v hudbě často nalézá věci, které existují mimo hudebníka: vzpomínky, inspiraci, odhodlání apod. Funkcí vztahu hudebníka a posluchače, argumentoval jsem, je stimulování smyslů posluchače za účelem jeho potěšení nebo osobního rozvoje. Dnes už sice na naši debatu pohlížím jako na bezpředmětnou, i díky ní jsem si však časem uvědomil, že hudba je tak osobní záležitost, že povaha vztahu mezi hudebníkem a posluchačem se nakonec odvíjí především od subjektivity hudebníka a subjektivity posluchače. Hudba – stejně jako bezesporu ostatní formy umění – je zřídkakdy konsenzuální.¹

Právo funguje jinak. Předpokládá se porozumění mezi tvůrcem normy a adresátem normy.² Není-li tvůrce normy znám – třeba v případě právního obyčeje – předpokládá se alespoň srozumění adresáta s tím, že primárním smyslem obyčeje není adresáta inspirovat nebo pobavit, nýbrž sdělit mu následky spojené podle práva s určitým chováním. Orgány nadané autoritou právo aplikovat musí být s normotvůrcem alespoň v zásadním konsenzu o situacích, které normotvůrce zamýšlel obecně normativně upravit nebo které přenechal k individuálnímu rozhodnutí orgánu aplikace práva.

* JUDr. Martin Madej, MJur, je doktorandem na katedře teorie práva a právní vědy PF UK. E-mail: martin.madej@amo.cz. Za podnětné připomínky děkuje Pavlu Ondřejkovi, Karlu Eliášovi, Janu Wintrovi, Jaromíru Francovi, dvěma anonymním recenzentům a dále všem účastníkům Vědeckého semináře z ústavního práva a teorie práva na PF UK. Tento text byl publikován s podporou programu Progres Q04 s názvem *Právo v měnícím se světě*.

1 CROSS, I. Music and Communication in Music Psychology. *Psychology of Music*. 2014, Vol. 42, No. 6, s. 809–819.

2 KÁČER, M. *Na okraji krajnej núdze: O prepisovaní zákonov počas ich aplikácie*. Praha: Leges, 2015, s. 40.

Že je jazyk ve své podstatě nedokonalým prostředkem lidské komunikace, není třeba zvláště vyzdvihovat. Právní filozofové a někteří filozofové jazyka však vedou spory o to, do jaké míry lze vůbec ztotožňovat běžné formy lidské komunikace s komunikací mezi tvůrcem normy a obecnou skupinou adresátů normy o obecné skupině případů.³ Nejde jen o nepřírozenost právního jazyka. Nejde ani o neosobnost právní regulace, tu ona sdílí do určité míry s jinými typy komunikování, třeba s masmédií. Komunikace prostřednictvím právního textu je specifická tím, že zatímco u jiných typů komunikace zjišťujeme úmysl řečníka z řečového aktu, v právu zcela běžně přepisujeme řečovému aktu úmysl řečníka.⁴ Měl však normotvůrce vůbec nějaký úmysl ve vztahu ke konkrétnímu (byť třeba jen hypotezovanému) právnímu případu, a jestli ano, jsme schopni ho rekonstruovat?

To se netýká jen komunikace standardu prostřednictvím textu právního předpisu. V *common law* systému je základním pramenem práva precedent, tj. komunikace standardu prostřednictvím příkladů. Vskutku i tento typ komunikace (např. „Učiň tak, jak učiním já.“) za sebou zanechává obdobnou oblast neurčitosti jako komunikace obecného standardu chování („Každý muž si musí při vstupu do kostela sundat klobouk.“).⁵ H. L. A. Hart a další však ukázali, že normování předem prostřednictvím u nás dominujících obecných standardů je spjata nejen s nedokonalostmi jazyka, ale i s naší neznalostí světa a neschopností jej předvídat. Jednoduše nejsme schopni upravit všechno dopředu; jsme jen lidé, ne bohové.⁶ Právníci podle Harta usilují o „ráj pojmů“ (*heaven of concepts*), pojmy natolik vyjasněné, že jejich interpretace nebude třeba.⁷ Právo každopádně neposkytuje vždy jasné řešení případu a soudci někdy nezbyvá než postupovat podle vlastního uvážení.⁸

Na rozdíl od historické pojmové jurisprudence,⁹ současné kontinentální interpretační teorie v zásadě sdílí Hartův antiformalismus, tj. názor, že normativní úprava neposkytuje vždy přesnou právní normu, pod kterou postačí skutkové okolnosti subsumovat.¹⁰

³ „Obecný případ zahrnuje podle ideologie vázaného soudcovského rozhodování nekonečné množství představitelných individuálních případů popsaných v rámci obecného případu obecnými znaky. Zákodárce tedy může vyřešit nekonečné množství individuálních případů konečným množstvím obecných norem upravujících obecné případy.“ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 16.

⁴ Jak psal O. Weinberger (WEINBERGER, O. *Norma a instituce: Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova Univerzita, 1995, s. 165), „jelikož právní norma s klasickou strukturou (na rozdíl od teleologické právní normy) neobsahuje explicitně vyjádření svého smyslu a účelu, nelze tyto stanovit bez rekurzu na předvedění interpreta“ (cit. ve stanovisku pléna ÚS Pl. ÚS-st. 1/96, týkajícího se povinného zastoupení advokáta dalším advokátem). Předveděním interpreta se zde myslí to, co interpret ví o okolnostech přijetí normy.

⁵ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 125.

⁶ *Ibidem*, s. 128.

⁷ Na problém prázdnoty pojmů u nás nedávno upozornil Václav Janeček v JANEČEK, V. *Kritika právní odpovědnosti*. Praha: Wolters Kluwer, 2018. Mezi kontinentálními teoretiky není shoda na tom, jestli takto „vyjasněná“ ustanovení mohou existovat. Alespoň v Česku je to tak, že vlivná interpretační směrnice v § 2 občanského zákoníku zásadu *clara non sunt interpretanda* implicitně odmítá, protože předmětem výkladu je každé ustanovení zákona. Viz LAVICKÝ, P. et al. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 99. Z toho plyne, že o žádném právním pojmu (odpovědnost, péče řádného hospodáře apod.) nebylo napsáno tolik svazků, aby soud pojem nemohl opět otevřít a jeho význam „upřesnit“ podle řešeného případu. Proč ale ty svazky píšeme? O ráj pojmů alespoň usilujeme. Možná ale doktrína připsuje pojmům větší roli než soudy samotné, které v případě mezery v právu nemají usilovat o upřesnění významu pojmů, ale o „vytvoření práva, které by bylo možno považovat za zákon v materiálním smyslu“ (ÚS I. ÚS 318/06).

⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, kap. 7.

⁹ Zejména pojmové jurisprudence prosazované Rudolfem von Jheringem v letech 1851–1863. Viz HOFMANN, H. From Jhering to Radbruch: on the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism. In: PATTARO, E. et al. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Springer, 2009, s. 303.

¹⁰ GADAMER, H.-G. *Pravda a metoda I*. Praha: Triáda, 2010, s. 288. Srov. Dig. 1, 3, 10; „Ani zákony či usnesení senátu nemohou být napsány tak, aby zohledňovaly všechny případy, které někdy mohou nastat; postačí, když zahrnují to, co se často přihodí.“ (cit in: MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 10).

Znamená to, že Hartova kritika se na kontinentální teorii nevztahuje?

Kontinentální teoretici hlásají, že před subsumpcí je třeba právní normě správně porozumět. V souladu s poznatky moderní hermeneutiky lze volbou správných myšlenkových nástrojů (metodologická hermeneutika) či správným vztahem interpreta k normativnímu textu (fenomenologická hermeneutika) nalézt správné řešení právního případu,¹¹ a to přestože je na počátku procesu interpretace Hartův na první pohled nedokonalý obecný standard chování. Výsledkem tzv. objektivistického či racionálně pozitivistického¹² přístupu k právní interpretaci je myšlenka, že výklad má vést k nalezení rozumného smyslu práva v konkrétním případě, nikoliv k nalezení skutečné či předpokládané vůle historického zákonodávce; zákon totiž musí být rozumnější než jeho tvůrce.¹³

Z toho plyne, že se připouštějí možné mezery v zákonech, méně však v *právu obecně*.¹⁴ Jak píše Filip Melzer, mezery v zákonech mohou být buď vědomé, nebo nevědomé, a to podle toho, jestli o nich zákonodávce v době přijetí věděl, nebo nevěděl. Úkolem interpreta je nevědomé mezery vyplnit konzistentně s existujícími hodnotami a strukturou právního řádu.¹⁵ Vědomé mezery by měl interpret respektovat, alespoň nevznikají-li pochyby o protiústavnosti úpravy, kterou by musel řešit Ústavní soud, to ale jen zrušením předpisu, nikoli jeho dotvořením.¹⁶ I s ohledem na zásadu zákazu odepření spravedlnosti a udržování důvěry v právo soudy většinou užívají analogie, teleologické redukce nebo jiných nástrojů, jak se mezeře v právu vyhnout.

Brian Leiter hovoří v tomto kontextu o právním formalismu jako o normativním ideálu kompletnosti právního systému.¹⁷ Kde nemůžeme pro právní případ nalézt konkrétní právní normu, musíme ji „slepit“ ze zbytku právního systému. Pokud se ale na kontinentu bráníme, že bychom si přece nikdy nemysleli, že dedukce dokáže vyřešit každý právní problém, pak jsme podle dalšího amerického realisty, Duncana Kennedyho, „*nepochopili [Hartovu] pointu, mající co do činění s naším vztahem k abstrakci spíše než s teorií pojmu práva*“.¹⁸

1. Požadavky na kontinentální teorii interpretace

Základní vlastností kontinentální teorie interpretace je její důraz na vědeckou metodu. Kýžená vědeckost teorie interpretace odráží vědeckost, kterou si nárokuje doktrína – v našem prostředí samozvaná právní věda. Ovšem nejde o to, jestli ona vědecká je, nebo není, ale o to, že si vědeckost nárokuje. Správného interpretačního závěru podle tohoto para-

¹¹ K metodologické a fenomenologické hermeneutice viz shrnutí v HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, s. 64–69. Podrobněji k hermeneutice viz aktuální ŽÁK KRZYŽÁNKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2009.

¹² Úkolem právní interpretace není pouze zjistit skutečnou empirickou vůli zákonodávce, ale jeho rozumnou vůli. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. ergänzte Auflage. Berlin – Heidelberg – New York: Springer Verlag, 1979, s. 31 (cit. in: HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*, s. 22).

¹³ RADBRUCH, G. [DREIER, R. – PAULSON, S. (Hrsg.)]. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. 2. Auflage. Heidelberg, 2003, s. 107.

¹⁴ KELSEN, H. *The Pure Theory of Law* (z něm. originálu přeložil Max Knight). Clark: The Lawbook Exchange Ltd., 2005, s. 87 („*There are no gaps in law*“); KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995 (soudce nesmí odepřít spravedlnost, vždy se musí pokusit rozhodnout podle práva, a pokud tak učiní, nemohlo se jednat o mezeru v právu). Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu č. j. 5 As 25/2003-83 („[Z] hlediska de lege lata je nemyslitelný konkrétní případ, který by na základě předpokládaného normového souboru nemohl být rozhodnut.“).

¹⁵ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 221.

¹⁶ *Ibidem*, s. 234.

¹⁷ LEITER, B. *Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?* Public Law & Legal Theory Working Paper No. 320. University of Chicago, 2010, s. 30.

¹⁸ KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication. Fin de Siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, s. 107.

digmatu dosáhneme jen metodologicky korektním postupem.¹⁹ Úkolem právní vědy je precizovat *vědecké metody poznání práva*,²⁰ úkolem interpreta je držet krok. Rozvojem metodologie právní věda přispívá k posilování právní jistoty a důvěry v právo.²¹ Podle Carla Schmitta je právní norma chápána jako zdroj bezpečí, jistoty a objektivitu, zakládá (legitimní) očekávání a důvěru.²² Naproti tomu projevy relativismu a skepse při hledání otázky *quid iuris* prý mají „zkázanosné účinky“ a důvěru lidí v právo jen destruuji.²³

Jaké požadavky bychom tedy měli klást na teorii interpretace zapadající do nastíněného paradigmatu? V *prvé řadě* je to víra v metodu a preciznost jejího zpracování. Víra v metodu předpokládá, že se nejedná jen o jeden postup z mnoha, nýbrž postup správný, použitelný univerzálně na libovolnou normu právního řádu.²⁴ Postup by měl mít jen tolik uspořádaných kroků, kolik je potřeba ke správnému výkladovému závěru. Měl by být vyčerpávající v tom smyslu, že po použití jednoho nebo vícera výkladových aspektů²⁵ žádné další výkladové aspekty, které by si nárokovaly správnost jako samostatné metody, už nezůstávají. Metoda by dále měla obsahovat řešení kolidujících závěrů jednotlivých výkladových aspektů.

Za druhé, respekt k demokratickému principu vyžaduje, aby základním výkladovým aspektem byl aspekt jazykový. Vzhledem k nedokonalosti jazyka však očekáváme, že jazykový výklad není finální a že existují kritéria pro jeho ustoupení alternativním aspektům výkladu. Metoda by měla odmítnout volnou ideologii soudcovského rozhodování, která umožňuje zákon „přeskočit“ ve prospěch soudcovského uvážení. Odchýlení se od jazykového výrazu právní normy musí být založeno na „objektivních hlediscích, které mají pokud možno původ v právu samotném“.²⁶

Třetí požadavek se zakládá na dědictví ryzí nauky právní a říká, že normativita normy spočívá v tom, že její charakteristiky nejsou ovlivnitelné fakticitou, tj. tím, co je nebo co se stalo. Norma stanoví, co býti má, a úkolem interpreta je zjistit obsah normy²⁷ a teprve ten aplikovat na konkrétní případ. Interpreta si můžeme představit jako archeologa, který svým štětečkem postupně odkrývá skutečnou podobu normy neboli „odstraňuje sémantické nejasnosti“.²⁸

2. Metody a zásady interpretace práva

Knihy Jana Wintra s názvem *Metody a zásady interpretace práva* (Auditorium, 2019, 296 s. – dále také jen jako *Metody*) všechny tyto požadavky splňuje. Jako taková je jedním z nej-

¹⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 15.

²⁰ KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983.

²¹ Takto si třeba kolektivní monografie s názvem GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota* kladla otázku „*kerak zajistit nebo alespoň posílit právní jistotu*“ (z předmluvy) a tak byl nazvaný i za ní stojící vědecký grant.

²² KYSELA, J. Jaká jistota v nejistém světě? In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

²³ MARŠÁLEK, P. Wintr J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, 229 s. (recenze). *Právník*. 2014, roč. 153, č. 1, s. 70–74.

²⁴ Teorie může diferencovat zásady výkladu v jednotlivých právních odvětvích, samotný výkladový proces (charakter subjektů výkladu, povinnosti subjektů výkladu, struktura výkladu apod.) je jedinečný.

²⁵ Pojem, jak ho používá HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*.

²⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 116 an.

²⁷ NEUBAUER, Z. Weyrova teorie práva. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1937, roč. XX, č. II.

²⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 116 an.

lepších vyjádření popisovaného paradigmatu, které si čtenář v českém prostředí může přečíst. Jde již o druhé vydání, které je oproti prvnímu z roku 2013 doplněné o recentní judikaturu, přepracovaný výčet interpretačních zásad a odkazy na nejnovější publikace k tématu. Základní východiska, strukturu a názory autor nezměnil.

Nejprve pár formálních poznámek. Práce se nachází na pomezí monografie a učebnice. Na učební pomůcku, jak se zdá být chápána autorem,²⁹ je ale zbytečně vědecká, odvracející studentovu pozornost četnými poznámkami pod čarou a příliš dlouhými úryvky z judikatury.³⁰ Její podrobnost jí nicméně neubírá na srozumitelnosti.

Metody a zásady interpretace práva působí jako dílo analytické, když s pomocí odborné literatury zasazuje praktické příklady interpretace práva do teoretického rámce. Svými slovy chce být „popisující, zobecňující a systematizující reálnou praxi českých soudů“³¹ a snaží se o „reflexi interpretační praxe českých soudů a o představení používaných zásad jazykového, systematického, historického a teleologického výkladu v uspořádaném celku“.³² Zároveň však zcela souhlasí s názorem Filipa Melzera, že „právní metodologie má normativní charakter, zabývá se totiž tím, co má být, jak soudci (interpreti) mají při své rozhodovací činnosti postupovat. To ovšem neznamená, že si právní věda nemá všimnout toho, jak interpreti skutečně postupují [...]“.³³ S Wintrovým dovětkem lze souhlasit. Úspěšné analytické dílo se nespokojí jen s popisem praxe, jak se jeví, ale snaží se o odhalení hlubších strukturálních prvků a souvislostí, zatímco neúspěšné analytické dílo se sice také nespokojí jen s popisem praxe, jak se jeví, jeho závěry jsou ale buď neintuitivní anebo neobstojí před silnějšími argumenty. Problém je, že *Metody* nelze hodnotit jako dílo analytické za situace, kdy analyzovaná judikatura buď explicitně, nebo implicitně (coby sestavená homogenní skupinou soudců odučených na kontinuální před- a porevoluční teorii práva) navazuje na existující právní doktrínu, k níž v roce 2019 patří i první vydání recenzovaného díla. Doktrína zase používá judikaturu jako dobré příklady navržené metodologie. Jinými slovy, mezi judikaturou a doktrínou je pěstován jakýsi *groupthink*, soustavná reafirmace použitých metod. To nevylučuje, aby autor tu a tam upozornil, že soud přehlédl některý výkladový aspekt, případně z jiného důvodu dospěl k nesprávnému závěru. Obecně ale dochází k pozorovatelskému efektu, kdy je pozorovaná praxe natolik ovlivněná teorií, že výsledky pozorování nemohou být neutrální. Knihu je proto podle mě třeba vnímat jako dílo především deskriptivní.

3. Wintrova metodologie

Jan Wintř se k výše nastíněnému paradigmatu hlásí hned v úvodu:

„*Metody a zásady interpretace práva jsou založeny na optimistickém předpokladu, že klasické prvky výkladu práva, zejména jazykový, systematický, historický a teleologický, mají i dnes svůj význam a mohou účinně přispět k přesvědčivé interpretaci práva, a tudíž i k rozumné aplikaci obecných právních norem na jednotlivé rozhodované případy.*“³⁴

²⁹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2019, s. 10.

³⁰ Nepoměrná část judikatury navíc pochází toliko z oblasti ústavního práva, což je neodůvodněně zejména ve třetí kapitole věnované jazykovému výkladu. V situaci, kdy neexistuje veřejný elektronický přístup k judikatuře nižších soudů, to však lze autorovi těžko klást za vinu.

³¹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 10.

³² *Ibidem*, s. 9.

³³ *Ibidem*, s. 30.

³⁴ *Ibidem*, s. 9.

Později dodává, že „*snaha uvést výsledky jazykového, systematického, historického a teleologického výkladu do rozumného souladu je klíčovou cestou ke správné interpretaci zákona*“.³⁵ Práce tedy do paradigmatu zapadá přesvědčením, že správná metoda vede ke správnému výkladovému závěru.³⁶

O jednotlivých aspektech výkladu pojednávají kapitoly 3 až 6, rozdělené vždy na obecnou část a zvláštní část, v níž jsou jednotlivé zásady vyjmenovány. Oproti prvnímu vydání došlo v jejich výčtu jen k nepatrným změnám.³⁷ Klasifikace argumentů v citovaných soudních rozhodnutích do zásad spadajících do čtyř základních rubrik zapadá do docela aristotelské snahy popisovaného paradigmatu uchopit a racionalizovat svět okolo nás. Možná někde existují teoretici, kteří užitečnost systemizování výkladových aspektů zpochybňují, já mezi ně ovšem nepatřím. Pokud bychom o nich nečetli, museli bychom si je nutně domyslet. Toliko připouštím, že dosud nejsem zcela přesvědčený o opodstatněnosti tzv. důsledkové metody výkladu. Autor ji chápe jako součást teleologické interpretace, „*neboť zvážení možných následků právní úpravy lze považovat za součást posouzení účelu právní normy v aktuálních sociálních a ekonomických podmínkách; výklad směřující pravděpodobně k nežádoucím důsledkům bude patrně shledán neúčelným, odporujícím rozumnému teleologickému výkladu*“.³⁸ Podstata důsledkové metody je vlastně hermeneutická, protože usiluje o porozumění právní normě interpretem na pozadí konkrétního případu. Výsledkem má být nikoli zavržení neúčelné normy původní, nýbrž adaptace původní normy novým sociálním a ekonomickým podmínkám.

Wintrova práce je vůbec založená na poznacích filozofické hermeneutiky. Ta považuje interpretaci práva za neoddělitelnou od jeho aplikace. Autorovi je cizí představa, že „*orgány aplikující právo interpretací zjišťují obsah právní normy an sich a pak subsumují pod právní normu skutková zjištění*“.³⁹ „*Úkolem výkladu je vyložit zákon tak, aby byl konkrétní případ spravedlivě rozhodnut v právním smyslu slova*“.⁴⁰ Hovoříme-li však o důsledkové metodě, máme se smířit s tím, že údělem soudů je neustálá reinterpretace původních právních pramenů, aby vedly ke spravedlivému řešení v konkrétních případech při nových sociálních a ekonomických podmínkách, s imperativem *prima facie* přednosti⁴¹ textu normy? Vráťím se k tomu níže.

Nejvíce pozornosti věnuje Jan Wintr teleologické interpretaci. Na rozdíl od Lukáše Hloucha ji ale nepovažuje za „*základní aspekt výkladu, od něhož se odvíjí teprve aspekty ostatní*“.⁴² Přesto se zdá, že teleologický prvek je do určité míry přítomen ve všech „*metodách výkladu*“. Nejbliže k teleologickému výkladu má pro Jana Wintra výklad systematický, protože je založen na předpokladu hodnotové koherence. Dělení systematického a teleologického výkladu má odrazit „*poněkud odlišný myšlenkový postup interpreta*“.⁴³

³⁵ Ibidem, s. 277.

³⁶ Správný výsledek je takový, který byl dosažen metodologicky korektním postupem. Jen tak je možná vědecká kritika soudních rozhodnutí, viz MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*, s. 15–16.

³⁷ Jmenovitě, zásadu dějin působení (H7) autor nahradil zásadami diskursivní závaznosti judikatury (T7) a zohlednění *communis opinio doctorum* (T8). Dále autor vypustil zásadu *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* (dříve T15) a doplnil zásadu jednotnosti právního řádu jako celku (S22).

³⁸ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 29 a 194.

³⁹ Ibidem, s. 11.

⁴⁰ GADAMER, H.-G. *Pravda a metoda I*. Praha: Triáda, 2010, s. 287, cit. in: WINTR, J. *Vstupní úvahy o interpretaci práva. Všeohr*. 2010, s. 35.

⁴¹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 279.

⁴² HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*, s. 180.

⁴³ Ibidem, s. 76.

Přednostní postavení teleologického výkladu předjímá už historický exkurs v druhé kapitole s názvem *Litera zabíjí, duch ožívuje*. Vzdělaný v historii Jan Wintr představuje dějiny interpretace práva jako historický konflikt litery a ducha zákona, spojený s dočasným vítězstvím litery nad duchem v časech absolutních monarchií, jen aby se duch během 19. století opět prosadil a promítl do současné kontinentální metodologie. Přestože Carl Savigny teleologii do výčtu „metod“ nezařadil, je to právě on, kdo započal metodologickou linii, na niž chce autor v současnosti navázat.⁴⁴ Význam ducha zákona je patrný i v judikatuře Ústavního soudu citované v první části sedmé kapitoly.

Cestou, jak vázat soudcovské rozhodování, jsou pravidla přednosti. Ty mají soudce nasměrovat v případě střetu interpretačních výsledků jednotlivých „výkladových metod“. Podle toho, jestli kdo upřednostňuje jazykově systematický výklad, historický výklad, teleologický výklad, nebo kombinaci vícera z nich, rozlišuje Jan Wintr textualismus, intencionalismus, funkcionalismus a metodologický pluralismus jako základní (meta)interpretativní pozice. Po odmítnutí prvních třech pozic se autor nakonec přiklání k pluralismu. Společně s Frankem Crossem tvrdí, že soudci nemusí nezbytně zastávat jednotlou interpretační teorii. Jan Wintr se tím odchyluje od výše nastíněného paradigmatu,⁴⁵ počítajícího s univerzálně aplikovatelnou metodou, a usuzuje, že cesta ke správné interpretaci zákona musí být syntetická.⁴⁶ Kniha uzavírá, že ani akceptovaná pravidla přednosti neřeší všechny výkladové problémy a měla by být kriticky používána a na základě zkušeností vylepšována.⁴⁷

Příklonem k interpretativnímu pluralismu Jan Wintr potvrzuje vědecké ambice svého díla. Cítíme-li v různých případech gravitační sílu různých výkladových aspektů, je nerozumné některé z nich předem vyloučit. Pravidla přednosti proto existují nikoli na meta-teoretické, ale na teoretické rovině interpretativního pluralismu. Wintrově metodologii velí opět optimistický předpoklad, že se pro určitý aspekt výkladu můžeme racionálně rozhodnout až v interpretační praxi na základě objektivních pravidel přednosti, kterých navrhuje 10 obecných a dále několik dílčích.⁴⁸ Jeho úvahy se opírají především o judikaturu Ústavního soudu, který potvrdil za jeden z cílů právní metodologie „*stanovit podmínky pro prioritu výkladu e ratione legis před výkladem jazykovým*“.⁴⁹ Podobně se Wintrova kniha pokouší nestranně identifikovat pravidla pro přednost teleologického výkladu před systematickým, výkladu z ustálené judikatury před teleologickým apod.

Přiznám se, že jsem k pravidlům přednosti skeptický. Společně s výkladovými aspekty sice tvoří kostru a úpony interpretační praxe, hybné svalstvo a krev však vycházejí ze subjektů interpretace. Skutečnost, jestli pro odchýlení se od jazykového výkladu existují „*velmi silné a nesporné teleologické argumenty*“,⁵⁰ bývá otázkou hodnotového poměrování a každý z nás poměřuje jinak a s jinými výsledky. *Metody* se ale osobě interpreta nevěnují. Podobně skeptický jsem i k rozlišování různých oblastí pojmu. Překoná-li interpret tzv. hranici nejširšího možného jazykového významu, jedná se podle Wintra o *analogii*. Překročí-li interpret tzv. hranici neurčité části pojmu směrem do jádra pojmu, ale neapli-

⁴⁴ Ibidem, s. 20.

⁴⁵ Řadí se tak mezi jím citované Lecha Wroblewského a Libora Hanuše.

⁴⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 277.

⁴⁷ Ibidem, s. 289.

⁴⁸ Ibidem, s. 279 an.

⁴⁹ Stanovisko pléna ÚS Pl. ÚS-st. 1/96.

⁵⁰ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 280.

kuje-li interpretované pravidlo, máme hovořit o *teleologické redukci*.⁵¹ Ono to zní v obecnosti hezky, ale může soudce na takový model odkázat, aniž by potenciálně vyvolal víc otázek než odpovědí? Jestli kočárek ještě spadá pod pojem vozidlo, nebo ne, je přece věc názoru, často hodnotové volby.⁵²

4. Mezery v právu

Ponechme ale stranou nejasnosti podmínek pro použití analogie a teleologické redukce; sám Jan Wintr uznává, že s tím problémy existují.⁵³ Myslím, že jsem ochotný připustit, že soudci vnímající zákon v jeho systematicko-teleologických souvislostech by měli mít pod podmínkou důkladného odůvodnění vždy možnost favorizovat třeba duch zákona před jeho literou, přestože ne vždy umíme zdůvodnit, proč.

Problém je, že také interpretativní pluralismus s jeho pravidly přednosti vychází z existence Hartova *ráže pojmů*. Vládne mu přesvědčení, že se správnou metodou vyextrahujeme správné řešení daného právního případu *de lege lata*. Někdy postačí litera zákona, jindy ona musí za určitých podmínek ustoupit jeho účelu a smyslu. Z *Metod a zásad interpretace práva* plyne, že *podmínky pro prioritu výkladu e ratione legis se použijí i tehdy, neexistuje-li žádný nutný vztah mezi duchem zákona⁵⁴ a konkrétním případem*. Nutným vztahem míním sylogismus čili provázanost konkrétního případu a ideje stojící za jednou nebo více právními normami.

Problém má spojitost s diskusí o živé ústavě (*living constitution*) probíhající v ústavním a mezinárodním právu. Recenzovaná kniha, pojednávající o interpretaci práva obecně, staví analogicky na myšlence živého ducha zákona. „*Žádný zákon*“, dozvídáme se z Wintrém citovaného rozhodnutí Spolkového soudního dvora, „*nesnese tuhé omezení své použitelnosti jen na případy, které odpovídají výchozí situaci předvídané zákonem, neboť není mrtvou literou, nýbrž živě se vyvíjejícím duchem, který se chce rozvíjet spolu s životními podmínkami a jim smysluplně přizpůsoben dále působit, pokud neroztrhne normu, do níž je nalit.*“⁵⁵

Ideu zákona jako „živě se vyvíjejícího ducha“ je podle mého názoru třeba odmítnout, protože pod pojem interpretace zahrnuje i případy, které do ní z podstaty věci spadat nemohou. Jde podle mě přinejmenším o dva typy mezer označitelné s pomocí Melzerovy typologie jako *následné mezery nevědomé* a *delegační mezery*.⁵⁶

⁵¹ Ibidem, s. 54. Teleologická redukce je přípustná, jsou-li pro ni mimořádně silné důvody, podobně i analogie v soukromém právu.

⁵² Dalším příkladem je „maximální opatrnost“, s níž máme podle autora používat zásadu vyvození opaku. Bylo by podle něj chybou vyvozovat z textu čl. 4 Ústavy („*Základní práva a svobody jsou pod ochranou soudní moci.*“) závěr, že orgány zákonodárné a výkonné moci nejsou povinny ochraňovat základní práva a svobody (WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 114). Tady to jistě platí, ale co právní normy, které nejsou slovně ani hodnotově provázány s jinými částmi právního řádu a které by proto mohly znamenat *a i non-a*?

⁵³ Ibidem, s. 187–189, 271–273.

⁵⁴ Není bez zajímavosti, že Jan Wintr hovoří v *Metodách* o „duchu zákona“ prakticky jen ve druhé (historiografické) kapitole. Ve zbytku používá „účel a smysl zákona“, které jsou, jak mi vysvětlil, pro něj synonymem. Ono to rozlišení ale dává smysl, protože zatímco obvykle hovoříme o účelu a smyslu toho či onoho zákona, z užití v druhé kapitole je patrné, že „duch zákona“ je abstraktnějším, hegelianským pojmem, jedinečnou entitou stojící v souladu s níže citovaným rozhodnutím Spolkového soudního dvora, za každým zákonem. Vyvrcholením celého konstruktů je, že „duch zákona“ objímá všechny zákony ve všem jeho účely, tzn. že interpret hovořící za ducha nebo rozum zákona chce vlastně říci, že vnímá účely všech vyvíjejících se zákonů a jaké by mezi nimi měly být vztahy, aby bylo právo racionální a v harmonii. Vnímá třeba to, že zákon na ochranu zaměstnanců příliš zasahuje do zákona na ochranu podnikatelů a že duch zákona si vyžaduje vyložit první zákon dostatečně restriktivně.

⁵⁵ Ibidem, s. 266; citovaný BGH, Urteil vom 29. 1. 1957 – 1 StR 333/56 – BGHSt 10, 157, 159.

⁵⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 221 an.

a) *Následné nevědomé mezery* jsou takové, které v době přijetí zákona neexistovaly a které jsou nejčastěji spojovány s moderními technologiemi. Klasickým příkladem je počítání lhůt při doručování podle správního řádu. Obecně platí tzv. víkendové pravidlo, tedy spadá-li konec lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty až nejbližší následující pracovní den. Když teprve po nabytí účinnosti správního řádu vstoupily do života datové schránky, správní soudy víkendové pravidlo vyložily tak, že pro datové schránky neplatí, protože se do nich lze přihlásit kdykoli a kdekoli. Pokud by naopak přihlašování bylo vázáno na pracovní dny, pro rozlišení by důvod nebyl.

Vyvstane-li před soudem takový případ, na který se při normotvorbě evidentně nemyslelo, je podle mě jediným správným interpretačním závěrem ten, že se obecné pravidlo na nové datové schránky nevztahuje (k implikacím pro rozhodnutí viz níže). Tady nejde o to, že zákonodárce měl na mysli obecnou skupinu případů, nenaformuloval ale normu tak, aby se s jistotou aplikovala i na datové schránky. Dokonce ani o to, že zákonodárce pokládal doručování do datových schránek za upravené jiným předpisem nebo nepsanými principy práva. Zákonodárce v době přijetí předpisu nemohl mít datové schránky vůbec na mysli, což není interpretace jeho projevu, ale odmítnutí fingování, že k nějakému projevu mohlo dojít buď tehdy, nebo dříve. Nemusím být zastáncem ani textualismu, ani intencionalismu, abych odmítl „nafouknutí“ obecného pravidla o významy, které zjevně nemůže mít, abych odmítl přizpůsobení „*východí situace předvídané zákonem [životním podmínkám]*“ (z citovaného rozsudku německého soudu). Jak totiž upozorňuje Pavel Mates, soudci nic nebrání přizpůsobit původní normu takovým způsobem, který by zákonodárce vůbec nemusel akceptovat – v tomto případě způsobem spojeným s nerovností účastníků ve správním řízení.⁵⁷

Filip Melzer uvádí jako další příklad § 12 odst. 3 občanského zákoníku z roku 1964, který povoluje použití podobizen i bez souhlasu „*pro tiskové, filmové, rozhlasové a televizní zpravodajství*“. Pokud v roce 1964 neexistovalo internetové zpravodajství, nemůže to být tak, že účel ustanovení dopadá na internetové zpravodajství stejně jako na ostatní druhy zpravodajství (to říká Melzer), jelikož v době přijetí zákona jeho účel nemohl působit na předměty, které neexistovaly.

Můj názor si vyžaduje podrobnější odůvodnění. Zaprvé, pokud se stavím proti recentnímu objektivně teleologickému výkladu, nedělám to kvůli kritice zasahování soudů do politiky, jak to autoři píší o soudcovské tvorbě práva často dělají, ale naopak kvůli přiznání (normativně) takové role soudům, jakou ony ve fungujícím právním systému nutně musí mít. Zadruhé, nestavím se výlučně za subjektivně historický výklad a problém mám skutečně jen se spojením „*recentně objektivní teleologický výklad*“, nikoli s teleologickým výkladem samotným.⁵⁸ Zatřetí, nevědomou mezerou nemám na mysli Bydlinského „*protiplánovou neúplnost*“ (v alternativním překladu „*neplánovanou neúplnost*“) právního předpisu, způsobenou nedůsledností zákonodárce.⁵⁹ Začtvrté, nepopírám,

⁵⁷ MATES, P. Role soudů při dotváření správního práva. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 338.

⁵⁸ Příklad viz v WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 59. Třeba rozhodnutí Nejvyššího soudu 33 Cdo 3228/2009 je podle mě dobrým příkladem vhodně dimenzovaného teleologického výkladu. Šlo o reklamaci, kterou obchodník považoval za „vyřízenou“, ačkoliv o jejím výsledku spotřebitele neinformoval. Ačkoliv lze slovu „vyřídit“ rozumět snad také jako „dokončit“, soud podle mě správně uvedl, že účelem předmětného ustanovení je (byla a pravděpodobně i bude) ochrana spotřebitele jako slabší strany, proto se v pochybnostech vykládá teleologicky v jeho prospěch.

⁵⁹ BYDLINSKY, F. *Základy právní metodologie* (z něm. přeložila Jindřiška Munková). *Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht*, 95a. Vienna: WU Vienna University of Economics and Business, 2003, s. 50. Dostupné z: <<http://epub.wu.ac.at/3324/>>. Autorem pojmu je ve skutečnosti C.-W. Canaris. Děkuji recenzentovi za upozornění.

že možná existuje rozdíl mezi kvalitativně zcela novým předmětem regulace a toliko vývojem nebo změnou předmětu nového (např. datový schránka je kvalitativně jen jinou poštovní schránkou a internetové zpravodajství je prostě jen nový druh zpravodajství). Tvrdím však to, že jejich dělící linii nedokážeme dobře popsat.

b) Delegační mezery jsou typem *počátečních mezer vědomých*, tedy takových, které zákonodárce vytvořil vědomě. Výslovné uvedení takové mezery v zákoně je asi spíše nestandardní. V průběhu legislativního procesu se ale často stává, že z původního návrhu předkladatele jsou některá slova, slovní spojení, věty nebo celé odstavce skrze pozměňovací návrhy odebírány, tak aby si alespoň část zákona zajistila potřebnou politickou podporu. Potom se podle Bydlinského, Melzera nebo Wintra uplatní zákaz dotváření práva, jinak by soud vlastně přidával svůj hlas do legislativního procesu.

K *delegační mezeře* dojde tehdy, když zákonodárce určitou otázku vědomě neřeší, ale odkazuje na soudcovskou úvahu nebo užívá vysoce neurčitý pojem. Filip Melzer si myslí, že jde spíše o mezeru *intra legem* a já jeho pozici rozumím;⁶⁰ soudce zde substantivní direktivou sice vázán není, všechny ostatní požadavky na výkon jeho funkce však zůstávají. Na druhou stranu, podržíme-li se ryze interpretační roviny, musí interpret i v případě delegační mezery uznat, že mezi duchem zákona a konkrétním případem žádný nutný vztah neexistuje. Ani tady totiž soudce nemůže dovést víc než to, že ho zákonodárce pověřil nalézt spravedlivé řešení pro určitou výšeč konkrétních případů a že má postupovat podle základních pravidel pro výkon soudcovské funkce (např. zohlednění prejudikatury, přesvědčivost odůvodnění, etika apod.). Hovořit o pouhém *objasnění* práva ze strany soudu na základě předtím existujících významů se mi zdá zavádějící.⁶¹ Pokud se podle Kramera jedná spíše o „*komplementární legislativu prostřednictvím soudcovského práva*“, myslím, že se tím lépe vystihuje určitá dynamičnost procesu tvorby významu.⁶²

Výše jsem uznal, že očekávat od metodologie interpretace práva stanovení podmínek pro prioritu ducha před literou zákona ve všech případech by bylo zbytečné. Na rozdíl od názoru současné (nejen Wintrovy, ale převážné části kontinentální) právní metodologie si ale myslím, že existují určité případy, které nelze postihnout tvořivou interpretací práva a u kterých musíme naopak uznat, že právem normované nejsou. Nejsou normované buď proto, že od jejich regulace zákonodárce vědomě odstoupil, anebo proto, že je *nemohl* předvídat. Tedy ne *nepředvídal*, přestože *mohl*. Nejde mi o docela překvapivé způsoby užití právních institutů, o „neplánované“ mezery.⁶³ Týká se to jen předmětů právní normy,

⁶⁰ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 231. Pohledem obecné právní filozofie jde podle mě o příklad inkluzivního neboli soft positivismu. Soft pozitivisté po vzoru Hartova postscriptu tvrdí, že „vrcholná kritéria platnosti práva mohou kromě původu (pedigree) inkorporovat také principy spravedlnosti nebo substantivní hodnoty morálky, a tyto mohou tvořit obsah ústavněprávních limitů.“ (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 247). Pokud tedy zákon předepisuje, aby se určitý případ vyřešil podle pravidel slušnosti anebo „podle principů spravedlnosti“ (§ 10 odst. 2 o. z.), inkorporuje tím vlastně tyto externí normy do substrátu, na jehož základě má soudce *intra legem* rozhodnout. Obecnou právní filozofii sem zatahovat nebudu, vůči Melzerově názoru se ale vyhraňuji z podobných důvodů jako vůči soft positivismu: tvrdit, že soudce s diskrecí rozhoduje podle práva a že právo toliko vykládá pro konkrétní případ, je podle mě švindl. On rozhoduje o právu, s právními následky a podle měnících se společenských očekávání od výkonu soudcovské funkce, nikoli podle práva. Podobně viz SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, s. 311.

⁶¹ K objasňující a doplňující funkci interpretace práva viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 24.

⁶² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 113.

⁶³ Jan Wintr zmiňuje rozhodnutí Nejvyššího soudu (31 Cdo 4545/2008), v němž šlo o povinného v exekučním řízení, který po pravomocném nařízení exekuce uzavřel v kanceláři soudního exekutora kupní smlouvu (jako prodávající) s oprávněným (jako kupujícím). Současně s uzavřením kupní smlouvy bylo dohodnuto započtení kupní ceny na stejnou část exekučně vymáhané pohledávky povinného. Právní jednání povinného bylo později Vrchním soudem v Olomouci vyhodnoceno jako absolutně

o jejichž existenci zákonodárce vědět vůbec nemohl, jako byl internet nebo datové schránky. To je idea v samém epicentru Hartovy skepse: nejsme schopní upravit všechno dopředu; jsme jen lidé, ne bohové.

5. Dynamická tvorba práva

Shrnutím a komentářem recenzovaného díla je úkol recenzenta obvykle splněn. *Metody a zásady interpretace práva* však nejsou dílem novým a polemika s ním by měla proniknout do větší hloubky. Můj základní protiargument popsán ve 4. části se týkal okolností, které si zákonodárce s běžnou fantazií vůbec nemohl představit. Ve zbytku eseje chci naznačit podle mě analyticky přesnější model mezer v právu a navrhnout alternativu, jak jejich výskyt řešit.

Začnu příkladem. Major Haluška vydá následující rozkaz: „Všichni vojáci budou zítra v pět na cvičišti!“ Protože u toho vojín Jasánek nebyl, tak ho o rozkazu uvědomím. Pokud Jasánkovi řeknu: „Jasánku, z rozkazu majora máš být zítra v 17.00 na cvičišti,“ ačkoliv měl major na mysli 5.00, pak jsem si majorův rozkaz špatně vyložil. Co když ale major neví o vojínově těžkém úrazu, který mu brání na cvičišti dorazit? Znamená to, že můžu do majorova rozkazu včíst podmínku, že pokud je vojín Jasánek po těžkém úrazu a uposlechnutí rozkazu by ho ohrozilo na zdraví, rozkaz se na něj nevztahuje? Že účelem jeho rozkazu je dostat na cvičišti jen zdravé vojáky?

Domnívám se, že účelem a smyslem rozkazu bylo dostat na cvičišti *všechny* vojáky. Tolik plyne z rozkazu jako řečového aktu. Z rozkazu naopak neplyne povědomí majora Halušky o zdravotním stavu vojáků. Není vyloučeno, že major Haluška o špatné tělesné kondici některých vojáků tušil, nepřikládal jim však váhu. Pak můžeme dovodit jeho úmysl vztáhnout rozkaz i na vojína Jasánka.⁶⁴ Takovou domněnku bychom však museli doložit; třeba odkazem na majorovy rozkazy předešlé, kde zdravotní stav vojáků nezohlednil.

Major Haluška možná neví o Jasánkově úrazu, k úrazům vojáků ale dochází často a není důvod, proč by pro tento případ vyšší důstojníci nemohli vydávat rozkazy. O následnou nevědomou mezeru (část 4.) se tedy nejedná. Pokud major nerozhodl opačně, můžeme z různých střípků reality poskládat jeho hypotetický (*sic!*) rozkaz. Možná policisté v obdobné situaci nemusí rozkaz uposlechnout, možná existuje etický kodex pro výkon vojenské služby, kde figuruje princip ochrany života a zdraví českých vojáků při výkonu služby. Možná tady takové skutečnosti nejsou, naopak víme o majorově proslulé averzi vůči hypochondrii. Nicméně i tady se můžeme legitimně ptát, jestli lze absenci povědomí o majorově úmyslu vůči zraněným vojákům vyplnit plombou našich znalostí praxe ozbrojených složek nebo majorovy povahy. Kdo si odpoví, že ano, dopouští se podle mě chyby v sylogismu. Žádný interpret bez telepatických schopností totiž nemůže s jistotou vědět, jak by major Haluška poručil, kdyby o Jasánkově úrazu věděl. Možná by jednal v souladu s principem ochrany zdraví vojáka, možná s principem jiným. Pohledem nezú-

neplatné, protože se na jeho majetek vztahovalo generální inhibitorium. Žalobce (oprávněný v exekucním řízení a kupující strana smlouvy) se proti rozsudku dovolal. Nejvyšší soud podle mě správně uzavřel, že generální inhibitorium se na takové případy *e ratione legis* nevztahuje, protože zde šlo o uspokojení věřitelovy pohledávky mimo exekuci, které mělo vést k jejímu zastavení. Přestože si zákonodárce takové skutkové okolnosti nemusel představit, nebyl důvod, proč by nemohl, a proto je podle mě teleologická redukce přípustná.

⁶⁴ Připomeňme Weinbergeova slova, že účel a smysl normy se většinou nelze dosáti „bez rekurzu k předvedění interpreta“ (citace výše).

částečného interpreta prostě neexistuje logický vztah mezi rozkazem ke všem vojákům a zraněným vojínem Jasánkem.⁶⁵ Naproti tomu metoda recentního teleologického výkladu, kterou rozvíjí i Wintrova kniha, se absencí úmyslu normotvůrce nenechává limitovat. Postačí znalost významu, jaký by s normou spojoval její adresát znalý právního řádu, společnosti a světa okolo ní.⁶⁶

Pokud úmysl majora není znám, vojínu Jasánkovi nezbyvá než rozkaz buď uposlechnout, nebo neuposlechnout. Právní řád ale není řádem vojenským. Znamená to snad, že soudce má odepřít spravedlnost tam, kde právní úprava pro konkrétní případ jednoduše chybí? Takový závěr by byl samozřejmě nesmyslný už jen u delegačních mezer, kde je cílem spravedlnost poskytnout, nikoli odepřít. Přestože tady nemám prostor obhájit možnou alternativu v celé její šíři, chci ji alespoň krátce představit. Alternativa zní: *kde chybí nutný vztah mezi duchem zákona a konkrétním případem, je úkolem soudu vytvořit normu pro tento typ případu.*

Pro ilustraci alternativy poslouží nedávno rozhodnutá věc žadatelky o mezinárodní ochranu, které byl na pražském letišti odmítnut vstup na území České republiky, protože nespĺňovala zákonné podmínky.⁶⁷ Po umístění v přijímacím středisku se u žadatelky vyvinuly potíže s dýcháním způsobené silným astmatem a panickými stavy. Ve své žalobě k Městskému soudu v Praze argumentovala, že je zranitelnou osobou, a proto jí vstup měl být povolen. Soud však žalobu zamítl s tím, že musel posuzovat pouze zákonnost rozhodnutí, kterým žalobkyni nebyl na území povolen vstup, což vyplývalo z § 75 odst. 1 s. ř. s., podle nějž „[p]ři přezkoumání rozhodnutí vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu“.

V době, kdy se věc dostala k Nejvyššímu správnímu soudu, byl zdravotní stav žadatelky ještě horší. Nejvyšší správní soud nakonec potvrdil zákonnost postupu a rozhodnutí správního orgánu, který o zranitelnosti žadatelky neměl informace. Zároveň však došel k závěru, že zabraňuje-li zákon přihlédnout ke změnám, k nimž došlo po vydání napadeného správního rozhodnutí, nenapĺňuje tím požadavek účinného přezkumu v rozumných intervalech ve shodě s čl. 5 odst. 4 Úmluvy.⁶⁸ Dovolací soud rozsudek Městského soudu zrušil a s odkazem na judikaturu Ústavního soudu rozhodl o nutnosti ústavně konformního výkladu § 75 odst. 1 s. ř. s.

⁶⁵ Podobný názor zastává *Komentář k československému občanskému zákoníku* (1935) citovaný v Melzerově monografii na s. 153: „Případ, kdy jazykovým výkladem z právního předpisu nelze dovést konkrétní pravidlo chování pro normativní teorii znamená, že obsah normy není do té míry stanoven, abychom bez další normotvorné operace mohli zjistiti konkrétní povinnost, tj. co se v daném případě státi má. Interpretace, zabývající se pouze zjištěním obsahu norem, ať abstraktním, ať konkrétním, nemůže obsah takovéto vyšší normy doplňovat, třeba by to bylo sebe účelnější, neboť by tím překročila úkol svůj, tj. zjistiti a tím poznati obsah té které normy.“ (zvýrazněno autorem). Problémem takových teorií podle Melzera je, že nenabízí žádnou přijatelnou alternativu. Jedinou alternativou prý má být volná úvaha soudce. Třeba smluvní právo systému *common law* fungovalo až do 19. století prakticky bez právních předpisů; znamená to, že *common law* soudci nebyli ničím vázání? A pokud neznamená, proč je podle Melzera tato alternativa nepřijatelná? Protože u nás není tradiční? Sekce *Teorie popírající legitimitu objektivně teleologického výkladu* bohužel nedosahuje akademických kvalit zbytku Melzerovy knihy.

⁶⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 167.

⁶⁷ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze 4. září 2019, č. j. 9 Azs 193/2019-48.

⁶⁸ Čl. 5 odst. 4 Úmluvy zní: „Každý, kdo byl zbaven svobody zatčením nebo jiným způsobem, má právo podat návrh na řízení, ve kterém by soud urychleně rozhodl o zákonnosti jeho zbavení svobody a nařídil propuštění, je-li zbavení svobody nezákonné.“ NSS jinde uvedl: „Záruka zakotvená v citovaném článku zahrnuje právo na pravidelný soudní přezkum důvodů pro trvání zbavení osobní svobody. Ten může být prováděn soudy automaticky, postačuje však umožnění cizinci iniciovat takový přezkum v rozumných intervalech (viz např. rozsudky ESLP ze dne 25. 10. 1989 ve věci *Bezicheri proti Itálii*) [...] V dané souvislosti je nutno vzít v úvahu, že cizinec je podle zákona o pobytu cizinců zajištěn z typově podstatně méně závažných důvodů než vazebně stíhaný obviněný v trestním řízení, takže je nezbytné, aby standard soudní ochrany jeho osobní svobody byl přinejmenším takový, jaký je ve vazebních věcech [...]“ (z rozsudku ze dne 4. 9. 2012, č. j. 7 As 97/2012-26).

Jak má Městský soud v novém rozhodnutí, které v době přípravy tohoto textu ještě nevydal, žalovanému zdůvodnit, proč byl jeho postup nesprávný? Je pravdou, že stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se podle Ústavy mezinárodní smlouva. Jenže Úmluva neříká „rozhodnutí správního orgánu je nezákonné, pokud se pokračování zajištění stalo nezákonným“. Úmluva apeluje na smluvní strany, aby do svých právních řádů zakomponovaly procesní záruku účinného přezkumu. Protože ta však v českém právním řádu není, postupoval nižší soud podle jasného zákonného požadavku rozhodování *ex tunc*.

S Úmluvou je neoddělitelně spojena problematika zvláštního typu interpretace, interpretace lidskoprávních norem, kterou *Metody* řeší jen okrajově. Polemizováním s autoritou štrasburského soudu konstatovat porušení Úmluvy, tam kde stát podle mezinárodního soudu nedodržel abstraktně formulovaný standard, bych se tudíž dostal mimo rámec recenzované knihy. Taková polemika však není třeba, protože věc byla řešena soudy obecnými, které by se neměly pouštět do spekulativních interpretací žádných norem, ani českých, ani mezinárodních (např. atributy „přezkumu v rozumných intervalech“). Úmluva apeluje na smluvní strany, aby do svých právních řádů zakomponovaly procesní záruku účinného přezkumu. Jestli ta v českém právním řádu pro případy zajištění existuje, nebo ne, je věcí názoru, ale s relativní jistotou můžeme říci, že český zákonodárce k tomu žádný postoj nezaujal, když si výše uvedené skutkové okolnosti nedokázal představit. Nešvarem současné metodologie právní interpretace je totiž právě to hledání (společně s pojmovou jurisprudencí) toho, čeho v zákoně není, místo aby se spokojila s jeho nedokonalostí. Je zavádějící tvrdit, že *informovaný* a *správný* výklad § 75 odst. 1 s. ř. s. – a už vůbec vůle zákonodárce při jeho přijetí – byl v době rozhodování správních soudů „nafouknutý“ o vybraný požadavek Úmluvy. Ustanovení § 75 odst. 1 s. ř. s. upravuje obecnou procesní zásadu, která zajišťuje mj. to, že se soudy nestaví do role nadřazených správních orgánů. Není v něm imanentně nic, z čeho bychom mohli – ať už na abstraktní rovině, nebo v procesu konkretizace – extrahovat tento právní následek, podobně jako ho nejsme schopni extrahovat z noční oblohy nebo plátku syra.

Pokud přesto souhlasíme se závěrem NSS, je to proto, že rozumíme jeho potřebě oprosit se od obecné normy v § 75 odst. 1 s. ř. s.⁶⁹ Někdy jsou hypotéza a dispozice právní normy docela jasné, jindy se musí vyložit s ohledem na její smysl, pozici v systému práva apod. Některé případy jsou ale pro právo tak atypické, že se právu jeví jako *terra incognita*. Význam charakteristik nesubsumovatelných faktů tady zcela převáží význam charakteristik aplikovatelných norem.⁷⁰ Řízené soudcovské uvážení unikátní kombinace faktů má nikoli jen dominantní, ale zcela výlučný vliv na výsledek rozhodnutí.⁷¹

⁶⁹ Jinými slovy, souhlasíme, že morální nárok svědčící člověku za určitých okolností nemůže být zneplatněn obecnou zákonnou normou, která tyto okolnosti nevedla v patnosti. V britském kontextu jsem k tomu našel následující *dictum* Lord Hoffmana: „princip legality znamená, že [...] základní práva nemohou být převážena [pouhými] obecnými slovy zákona, protože existuje příliš velké riziko, že plné důsledky jejich [základních práv] významu mohou legislativním procesem projít bez povšimnutí.“ (R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 AC 115, 131). Uvážíme-li, že v *common law* vznikají základní práva i na základě precedentu, chápeme, že jde o potvrzení autority soudní moci chránit základní práva před Parlamentem, nechápajícím faktické důsledky jeho obecných norem.

⁷⁰ O charakteristikách norem a faktů hovoří Robert Alexy při popisu hermeneutického kruhu. ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1995, s. 77 (cit. in: WINTNER, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 11).

⁷¹ Uvažme tento úryvek z jiného rozhodnutí NSS (č. j. 2 As 361/2017-43) k subsumpci pod pojem „veřejná produkce“: „Při posouzení, zda je určitá hudební produkce ve vnitřních prostorách budov pořádána veřejně, lze jen obtížně vytýčit abstraktní a za všech okolností platný katalog rysů či vlastností, které taková činnost musí mít, aby byla činností takto vyhláškou obce charakterizovanou. Vždy je nutno konkrétní případ posuzovat spolu s kontextem, v němž se odehrává, a zohlednit všechny pro něj

V případě nemocné žadatelky o mezinárodní ochranu tedy souhlasíme s doplněním českého právního řádu o relativně konkrétní právní pravidlo, že vstup na naše území bude žadateli povolen bez ohledu na předchozí správní rozhodnutí, prokáže-li, že je zranitelnou osobou. Souhlasíme s ním ne snad z toho důvodu, že jde o správný výklad právních předpisů, ba dokonce ani proto, že jde o jeden z více výkladů opodstatněný poměrně nejsilnějšími normativními argumenty.⁷² Souhlasíme s ním z toho důvodu, že v situaci absence výslovného konkrétního pozitivně právního pravidla proti⁷³ existují silné normativní argumenty pro úsudek, že takové právní pravidlo *by být mělo*. Soudce se tedy musí postavit do role normotvůrce.⁷⁴ Povahu použitelných normativních argumentů neurčuje metodologie interpretace práva, ale teorie soudního rozhodování.

Myslím, že moje úvaha vykazuje určité průniky s teorií interpretace podle Hanse Kelsena. Také Kelsen tvrdil, že soudcovské rozhodnutí je pokračování, nikoliv začátkem, právotvorného procesu. Platnost obecné normy proto není statický stav, nýbrž dynamický proces.⁷⁵ Nalézání práva chápe jako veskrze konstitutivní proces, proces tvorby práva ve vlastním smyslu. Připodobňuje ho k tvorbě zákonů na základě ústavy: pokud ústava nepředepisuje vytvoření jen těch správných zákonů, proč od soudců očekávat dedukci jediného správného rozhodnutí ze zákona?⁷⁶ Rozdíl mezi oběma procesy je tedy spíše kvantitativní, kvalitativně je soudcovské uvažování naroveň tomu zákonodárnému. Výsledkem interpretace může být podle Kelsena pouze určení rámce. Skutečnost, že soudcovské rozhodnutí je založeno na zákoně, ve skutečnosti znamená pouze to, že se drží v rámci daném zákonem.⁷⁷

Kelsenova teorie je v opravdu mnoha ohledech slabá. Většina autorů dnes na rozdíl od něj přece jen uznává dichotomii tvorby a výkladu práva. Myšlenka normy jako dynamického procesu však nabízí určitou inspiraci. Kelsen by neměl pochopení pro hermeneutický kruh, v němž dochází k jakési dvousměrné komunikaci mezi normou a faktickým stavem. To ale neznamená, že má každá norma svůj jedinečný moment stvoření a vše ostatní je jen otázkou dedukce. Mezi zákonodárcem a soudcem existuje partnerský vztah, kdy každý ze své vlastní pozice v právotvorném procesu vytváří pravidla chování. První „tah“ provede zákonodárce a soud už dál právo tvořit nemusí (pokud je norma použitelná) anebo musí (pakliže je norma nekompletní).

Aby bylo jasno, i kontinentální metodologie usiluje o určitý partnerský vztah mezi zákonodárcem a soudem, kdy soud vychází z textu zákona a zároveň se od něj může ve výjimečných případech odchýlit. Ještě častěji ale soud připisuje textu zákona relativně překvapivě významy, aby se od něj odchýlit nemusel. Dokáže-li (zásadně vyšší) soud odů-

podstatné a nezřídka velmi specifické rysy či jejich vzájemnou kombinaci.“ Podobné *caveat* ukazují, jak omezený význam může mít takový právní pojem pro soudní rozhodnutí. Působí jako maják, ke kterému za bouřlivé noci námořníci nejprve musí doplout, aby ho uvedli do provozu. Můžeme sice trvat na tom, že nebýt majáku, neměli by námořníci k čemu doplout, to je však jen sebeklam zastírající realitu politováníhodného selhání majáku.

⁷² Nejde o „normativní větu vyjádřenou normotvůrcem“ ani o „v prostoru a čase se měnící význam textu právního předpisu“, jak si myslí GUASTINI, R. *Fragments of a Theory of Legal Sources. Ratio Juris*. 1996, Vol. 9, 366 an. (cit. in: KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 29).

⁷³ Konkrétní pravidlo, podle něhož vstup na naše území nebude žadateli povolen bez ohledu na jeho zdravotní stav, existuje-li správní rozhodnutí o nepovolení vstupu.

⁷⁴ Jak to předpokládá často citovaný čl. 1 švýcarského občanského zákoníku z roku 1907, který, pokud text ani výklad zákoníku neposkytuje řešení právní otázky, po soudci požaduje, aby rozhodl podle pravidla, které by vytvořil na místě zákonodárce.

⁷⁵ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 63.

⁷⁶ KELSEN, H. *The Pure Theory of Law*, § 34–35.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 80.

vodnit, proč charakteristiky případu spadají nebo naopak nespádají pod určitou právní normu, ačkoliv to významná část teorie nebo praxe dosud vnímala jinak, právní norma se o tento význam obohatí; hovoříme o jejím lepším poznání. Proces se může mnohonásobně opakovat. Krok zpátky je sice možný, musí však pro něj být z důvodu kvaziprecedenční závaznosti judikatury závažné důvody. To vše podle naší právní vědy pomáhá právní jistotě.

Právní stav, ke kterému to vede, můžeme ilustrovat na příkladu obecné normy N_1 s textem „Každý muž si musí při vstupu do kostela sundat klobouk,“ která má po několika zvláštních případech znít:

„Každý muž (který má na hlavě klobouk; který je starší 4 let; který má ruce; který netrpí nemocí, pro kterou se akt sundání stal nesnesitelným; který se neidentifikuje jako žena; kterému v tom ze závažných důvodů nebrání svědomí, přičemž závažným důvodem není silný pocit ze slušivosti klobouku)

si musí (neučiní-li duchovní pro tento případ výjimku)

při vstupu do kostela (včetně katedrály a kapličky; ne však administrativní církevní budovy; není-li v něm teplota pod bodem mrazu)

sundat (za sundání se nepovažuje toliko naklonění klobouku na stranu)

klobouk (ve skutečnosti jakoukoli pokrývku hlavy, ale ne bezpečnostní helmy či jiné pokrývky, dostal-li by se jejím sejmutím do ohrožení života nebo zdraví).“

Rozdíl má být v porozumění, kdy zatímco první výraz je jen „prvotním přiblížením“, druhý výraz normu identifikoval přesně. Někdy se hovoří o kompletnosti normy. To samozřejmě až do chvíle, než zjistíme, že soud vyhověl stížnosti na muže, který si při vstupu do kostela klobouk sice sundal, jiný klobouk mu ale na hlavě zůstal, protože nosil klobouky dva. Metodolog pak může tvrdit, že všechny tyto významy můžeme vyčíst z obecné normy N_1 , uvážíme-li její účel a smysl. Avšak z toho, že účelem a smyslem normy N_1 je třeba vynucení projevu úcty ke křesťanskému svatostánku (v momentu přijetí i v momentu výkladu), nemůžeme dovodit, jak by se zákonodárce postavil k nepředvídatelné situaci, kdy v kostele náhle vypne topení a lidem je zima na hlavu. Je to samozřejmě absurdní příklad, ale postačí ke zdůraznění převládajícího názoru, podle kterého je přípustnější pokusit se právní normu kreativně vyložit tak, aby se na případ nakonec vztahovala, než uznat, že mezi ní a případem zkrátka a dobře žádný nutný vztah není.

Pokud bychom si to připustili, mohli bychom naši energii raději věnovat otázkám soudního rozhodování, tj. kdo by soudci měli být⁷⁸ a zejména jak by měli rozhodovat. Mohli bychom ve výše uvedeném případě uznat, že zákonodárce skutečně nepřijal nic víc a nic méně než obecnou normu N_1 a že aby nedošlo k odepření spravedlnosti, jsou soudci povinni vytvořit za skutkových okolností $S_2, S_3 \dots S_n$ právní normy $N_2, N_3 \dots N_n$, které budou do budoucna aplikovatelné pro tento typ případu. Bylo by to řešení nepochybně procesně ekonomičtější, protože by soud i strany řízení ve svých podáních místo 1) marginálních

⁷⁸ „Dokud budou právní předpisy mnohočetné, velmi rychle se měnící, často málo srozumitelné, a to i díky rezervám v technických transpozice, jež jsou nejednou nahrazovány pouhými překlady směrnic, a případně zatížené rozpory, bude větší díl práce na komponování právního řádu do smysluplného celku náležet soudcům. Měli bychom se proto více zajímat, kdo vlastně čeští soudci jsou.“ KYSELA, J. Jaká jistota v nejistém světě? In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

teleologických aspektů „kompletní N_1 “, 2) zapadlé třetí věty dvě stě padesáté osmé poznámky pod čarou důvodové zprávy, 3) rýsování genealogických vztahů mezi rakousko-uherskými předobrazy a normou N_1 , 4) balancování protichůdných argumentů systematického výkladu, 5) komparaci se zahraničními úpravami apod. rovnou odkázali třeba na normu N_4 ,⁷⁹ případně došli k závěru, že pro dané skutkové okolnosti žádný standard není a je potřeba ho vytvořit *pro futuro*.⁸⁰

6. Předpoklady soudcovské tvorby práva

Kombinace nekompletních právních norem a zákazu odepření spravedlnosti – jako nevyhnutelných daností každé normativně organizované a spravedlivé společnosti – vede k poptávce po soudcovské tvorbě práva. Na výkon soudcovské funkce jsou už dnes klade-ny důležité požadavky přesahující pouhou vázanost zákonem (čl. 95 Ústavy), některé psané, jiné nepsané. Kniha *Metody a zásady interpretace práva* je vynikajícím shrnutím standardů plynoucích z metodologie právní interpretace. Knihu však charakterizuje lpění na dodržování metod interpretace i tam, kde je právo třeba dotvořit. Úkolem navazující právní teorie je a) identifikovat okolnosti, za kterých už soudce nečelí jen nejasnému, víceznačnému nebo zbytku právního řádu odporujícímu textu právní normy, nýbrž právní mezeře, kterou z určitých důvodů není možné interpretačně vyplnit, a b) sestavit soubor substantivních a procedurálních standardů pro tvorbu nových právních norem neodvozených *de lege lata*. Jinými slovy, úkolem právní teorie je *stanovit předpoklady a podmínky pro výkon soudní moci jako druhého a podpůrného článku právní normotvorby*.⁸¹

Nyní se v krátkosti vyjádřím k předpokladům soudcovské tvorby práva, zatímco podmínky ponechám pro jinou příležitost. Výše jsem navrhl tzv. počáteční vědomé mezery a delegační mezery coby základ, od něhož se teorie může odrazit. Realističtější model by však měl pracovat s něčím víc než jen s poznatkem, že v komplikovaných a dynamických organizovaných společenstvích lidí zákonodárce nemůže předvídat výskyt některých bezprecedentních, kvalitativně nových předmětů právní regulace. Měl by reflektovat poznatek, že empirický zákonodárce některé věci, jak se říká, „ponechá praxi“. ⁸² Zásada *de minimis non curat praetor* by měla být chápána nejen pro minimálně společensky škodlivá jednání, ale i pro natolik marginální, anebo sice nikoli marginální, leč neobvyklé, aspekty předmětu regulace, že by stály za zmínku jen nepřijatelně kazuistickému předpisu.

Aby v těchto oblastech bez zákona neexistovalo bezpráví, ubírají se moderní společnosti k něčemu, co Scott Shapiro nazývá ekonomikou důvěry (*economy of trust*).⁸³ Ekono-

⁷⁹ Formulovanou ve starším rozsudku XY, který se týkal pokrývek v hlavy v mešitách. Norma N_1 se sice na mešity nevztahuje (má svou vlastní normu, N_2), pro rozhodnutí dnešního případu však budou smérodátné důvody pro rozhodnutí v rozsudku XY, protože existuje analogie nikoli mezi N_1 a N_2 , ale mezi skutkovými okolnostmi dnešního případu a rozsudku XY. Omlouvám se čtenáři za kódování.

⁸⁰ K diskusi zákazu retroaktivity a principu právní jistoty už zde nemám prostor. Ve stručnosti se ale ztotožňuji se střízlivým názorem vyjádřeným in: DWORKIN, R. Hard Cases. *Harvard Law Review*. 1975, Vol. 88, No. 6, s. 1062: Pokud se u soudu střeťnou dva na první pohled stejně přesvědčivé výklady právního předpisu, není žádný důvod pro tvrzení, že jestliže soud jednu stranu překvapí, je to důsledek právě toho originálního výkladu (zde výkladového závěru, že se norma N_1 vůbec neaplikuje).

⁸¹ Významným krokem vpřed je určitě brněnská kolektivní monografie VEČEŘA, M. – HURDÍK, J. – HAPLA, M. a kol. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, zejména kap. 5.

⁸² Srov. s podivně sebejistým tvrzením Pavla Matese, že „[j]istě není zákonodárce, respektive normotvůrce, který by takovou mezeru tvořil záměrně a spoléhal na to, že bude zaplněna v rámci aplikace.“ MATES, P. Role soudů při dotváření správního práva. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 335.

⁸³ SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, s. 337 an.

miku důvěry lze chápat jako systém, v němž se dichotomie kogentní: dispozitivní rozpadá na škále definované důvěrou. Že regulujeme podnikání na kapitálovém trhu zákonem, který může svou délkou konkurovat našim největším kodifikacím, navíc doplněným o množství vyhlášek a sdělení, je bezpochyby důsledek zákonodárcovy snahy nenechat v tak riskantním odvětví nic náhodě. Naopak u většiny soukromoprávních smluv se máme spokojit s několika obecnými ustanoveními občanského zákoníku, přičemž konkrétní úprava právních vztahů se ponechává na fantazii smluvních stran. Obdobný kontrast nalezneme třeba u podmínek výkonu různých typů živnosti. Podobné regulační jevy můžeme uchopit prizmatem důvěry.

V kontextu práva hovoříme nejčastěji o důvěře v právní systém, důvěře Poslanecké sněmovny vládě, případně důvěře a nedůvěře mezi lidmi, kteří podle toho vstupují do smluvních vztahů. Shapiro poukazuje na důvěru jinou, a sice na důvěru mezi tvůrcem a interpretem normy. V každém společenství jsou lidé, kterým v jejich chování stát nemůže důvěřovat, nebo kterým důvěřovat sice může, ale kteří bez pomoci svůj potenciál nedokáží realizovat, anebo kteří si navzájem nedůvěřují natolik k účasti na různých společenských vztazích.⁸⁴ Základní funkcí práva je tuto nedůvěru odčinit.⁸⁵

Pro Scotta Shapira je důvěra mezi tvůrcem a interpretem normy obdobná jako důvěra mezi tvůrcem a interpretem plánu, např. plánu investičního, který finanční poradce připraví pro svého klienta. Protože jeho Plánovací teorie práva (*The Planning Theory of Law*) není v českém prostředí příliš známá, poslouží delší úryvek pasáže týkající se důvěry:

„Představme si finančního poradce, který pro svého klienta připraví investiční plán. Vymyslí ten nejlepší možný postup, poradce plán sepiše do dokumentu, který pak předá klientovi. Pokud poradce odvede dobrou práci, zřídka vyvstanou o správném výkladu dokumentu pochyby. Předemlaný postup bude evidentní. Přesto si můžeme o tomto plánu položit metainterpretativní otázku: která metodologie interpretace dokumentu je správná? Tak třeba, měl by se klient držet textu doslova, anebo, alternativně, konstruovat jeho význam, tak aby ho vždy vedl k tomu správnému finančnímu rozhodnutí? Je lákavé odpovědět si následovně: protože smyslem plánování je dospět k nějakým cílům, texty obsahující plány by měly být vždy interpretovány ve světle těchto cílů. Interpret by v opačném případě jednal kontraproduktivně a nerozumně. A tedy, jestliže by doslovný text plánu vedl klienta k provedení něčeho finančně nevýhodného, klient si musí plán vyložit tak, že takový krok nepředepisuje. Vada takové odpovědi je nabíledni. Ponechat někomu, aby si vykládal investiční plán toliko v souladu s účelem peněžního výdělku, by zmařilo pointu celého plánu. Klient vyhledal poradcovu pomoc právě proto, že nerozumí prostředkům, které ho nejlépe dovedou k jeho cíli. Smyslem plánu je kompenzovat klientovu nevědomost. Musí-li klient plán interpretovat, tak aby ho vždy vedl k tomu správnému finančnímu rozhodnutí, je mu plán v podstatě k ničemu.“⁸⁶ „Plány plní svou roli v řízení důvěry jen tehdy, když metodologie interpretace respektuje jejich ekonomiku důvěry.“⁸⁷

Investiční plán, který detailně vyjmenovává, které akcie, kdy a za kolik by měl klient koupit, patrně nekládá do klientova úsudku příliš velkou důvěru. Téměř vše je rozhodnuto už na úrovni plánu a prostor pro diskreci klienta je tak minimální. Pokud klient businessu nerozumí, plán jeho neznalost *kompenzuje*. Pokud ale klient businessu rozumí,

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem, s. 338.

⁸⁶ Ibidem, s. 332–333.

⁸⁷ Ibidem, s. 335.

může poradce v plánu udělit mnohem větší volnost. Může třeba doporučit nákup určité komodity v určitém roce, aniž by specifikoval, kdy přesně a za kolik. Naopak, pokud by plán klienta příliš svazoval, poradce by tím zbytečně promrhal příležitost využít klientových znalostí a schopností, třeba jeho exkluzivních informací o očekávaném zhodnocení cenného papíru, který se aktuálně obchoduje levně. Plán tak může *kapitalizovat* klientovy schopnosti.⁸⁸

Ani zkušený finanční poradce totiž nedokáže vždy vývoj trhu předvídat. Tím se vracíme k Hartově skepsi a k právu. Hart upozornil, že lidská neschopnost předvídat budoucnost se projevuje různou měrou v různých oblastech chování a že právní systémy na tuto neschopnost reagují patřičně různorodou skupinou nástrojů.⁸⁹ V některých otázkách bude mít právní řád tak vyhraněnou pozici, že deviace na základě konkrétních okolností případu prakticky nepřipustí. Tak tomu bude i tam, kde je určitost právní normy důležitější než její obsah (tzv. koordinační problémy).⁹⁰ Zatímco tam, kde je apriorní regulace příliš obtížná, se využívá obecných právních norem naskytujících podstatnou míru diskrece.⁹¹

Shapiro je s Hartem zajedno, když říká, že právo koriguje důvěru skrze sociální plánování (*the law manages trust through social planning*).⁹² „Zákonodárce by měl identifikovat ty důvěryhodné a svěřit jim úkony, které budou těžit z jejich důvěryhodnosti; stejně tak by měl identifikovat ty méně spolehlivé, naplánovat jejich chování do větších podrobností a upřít jim možnost zneužít nebo kořistit z jejich moci.“⁹³ Co se může zdát jako apel na zákonodárce je ve skutečnosti interpretační směrnicí: Hart a Shapiro nabízejí metodu interpretace, která vede interpreta k reflexi nad jeho místem v procesu tvorby práva.

Slovník důvěryhodnosti a spolehlivosti možná není v liberálním právním státě příliš vhodným, nepopisuje ale přece nic jiného, než k čemu ve skutečnosti dochází. Udělení licence pojišťovně bude upraveno výrazně detailněji a rigidněji než udělení práva nezbytné cesty, protože to druhé bude přece jen více záležet na okolnostech případu a zralém úsudku soudu (§ 1029 odst. 2 o. z.) než to, které instituci by měly být svěřeny miliardy korun z kapes pojištěnců.⁹⁴ Slovy Scotta Shapira uděluje právní řád soudci v případě nezbytné cesty více důvěry než ČNB v případě pojišťovnictví. Možná by ale bylo přesnější říci, že z hlediska práva žádný subjekt ani orgán není natolik spolehlivý, aby právo ponechalo prostor jeho libovůli, jsou však oblasti, kde je prostor pro úvahu úmyslně regulován na minimum, a to ne nutně závisle na kvalitách rozhodujícího.⁹⁵

⁸⁸ Ibidem, s. 333–334 a 336.

⁸⁹ Ibidem, s. 130–131.

⁹⁰ Jestli jezdit na silnici vlevo nebo vpravo, je ve výsledku docela jedno. Všichni ale musí jezdit na stejné straně.

⁹¹ Ibidem, s. 133.

⁹² Ibidem, s. 338.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Úmyslně si vybírám příklad z občanského zákoníku, pro který sice existují prováděcí předpisy, ale který je založen především na důvěře ve strany soukromoprávních vztahů (např. § 4 odst. 1 o. z.) a v obecné soudu při řešení soukromoprávních problémů (§ 10 o. z.). Pokud tedy soudy v minulosti pravidelně doplňovaly občanský zákoník z roku 1964 (např. výše zmiňované ustanovení týkající se podobizen pro „tiskové, filmové, rozhlasové a televizní zpravodajství“ doplněné o internetové zpravodajství), ba dříve i ABGB, můžeme usoudit, že těžily z důvěry zákonodárce, který považoval tuto úroveň normotvorby za vhodnější.

⁹⁵ Typickým příkladem jsou taxativní výčty. Zmíňme příklad vykonavatele soudního exekutora (WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 187 an.), který je podle Nejvyššího soudu úřední osobou, protože se soudu podařilo tuto funkci vyčíst z kombinace § 127 odst. 1 písm. f) a písm. d) trestního zákoníku, kde písm. d) obsahuje demonstrativní výčet funkcí v paragrafu, který je jinak celý výčet taxativním. Pokud by soud respektoval skutečnost, že mu zákonodárce [alespoň v kontextu písm. f)] nesvěřil charakteristiku úřední osoby, protože použil taxativní výčet, nedošel by ke svému kontroverznímu závěru. Soud svým způsobem porušil vloženou důvěru, respektive nedůvěru. Protože však použil teleologickou metodu jinak přípustným způsobem, má klasická metodologie právní interpretace problém vytyčít, v čem je argumentace věcně nesprávná.

Způsob, jakým zákonodárce jednotlivé oblasti reguluje, tedy podle Shapira odráží důvěru, jakou on má ve vztahu jednak k adresátům právních norem, jednak k orgánům jejich aplikace (ty nás zajímají především⁹⁶), v souvislosti s konkrétním typem chování.⁹⁷ Výklad právních norem proto musí být konzistentní s ekonomikou důvěry právního systému.⁹⁸ Wintrový *Metody*, které s veličinou důvěry nepracují, vystupují v tomto světle výrazně dworkinovsky. Orgány aplikace práva se neliší rozličnou mírou důvěry, jež jim v té které oblasti regulace přísluší.⁹⁹ Liší se pravomocí a působností, to ano, ale svědčí-li jim pravomoc a příslušnost, je jejich povinností rozhodnout po právu, po spravedlivém zvážení celku.¹⁰⁰ Limitovat orgán aplikace práva společenskými fakty, jako je důvěra zákonodárce, zde není přípustné.¹⁰¹ Bohužel to vede k problému popisovanému výše: místo aby současná metodologie interpretace radila, jak postupovat jen při nejasném řešení právem řešeného případu, nárokuje si svou roli i tam, kde právo případ neřeší (např. delegační mezery nebo následné nevědomé mezery), čímž interprety staví do nelehké pozice: musí racionalizovat, proč právní normy vykládají, když je ve skutečnosti vědomě či nevědomě vytváří, protože právní systém bez nich jako podpůrných článků právní normotvorby nemůže fungovat.

⁹⁶ Domnívám se, že útoky odpůrců tzv. soudcovského aktivismu u nás jsou nešťastným důsledkem neochoty především pražské metodologie právní interpretace vyklidit část teoretického pole pro účely diskurzu o dotváření práva.

⁹⁷ Třeba Pavel Mates uvádí, že si můžeme o dotváření práva a *hard cases* myslet, co chceme, ale všichni se shodneme na tom, že to mohou dělat jen soudci, nikoli úředníci. Ne snad pro jejich větší odbornou vybavenost, ale pro jejich nezávislost. MATES, P. Role soudů při dotváření správního práva. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 333. Ona to je teoreticky pravda, ale stojí za zmínku, že každý den dojde nepochybně k tisícům případů aplikace práva správními orgány (skrze policistu, lesního strážce nebo tu paní za přepážkou Czech POINTu), kdy si správní orgány vykládají neurčité normy s cílem vykonat jejich pravomoc podle nich optimálním způsobem a nikdo s tím nic nedělá. A není to vždy špatně. Ať tak či onak, soudce i správní orgán sice mohou mít prostor pro normotvorbu, mohou ale jednat příliš aktivisticky, respektive *ultra vires*, což je jenom jiný výraz pro porušení důvěry, která jim byla ekonomikou důvěry alokována.

⁹⁸ SHAPIRO, S. *Legality*, s. 339.

⁹⁹ Narazili jsme na to výše u syntetického přístupu k interpretaci. Kde jazykový výklad nestačí nebo je nejednoznačný, musí interpret zohlednit co nejvíce výkladových aspektů a poměřit jejich význam pravidly přednosti. Kdo ale říká, že předmětná právní norma musí být vůbec aplikovatelná?

¹⁰⁰ WINTROV, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 10.

¹⁰¹ Můžeme si však představit i podmínky soudcovské tvorby práva techničtějšího charakteru, např. podmínky pracující s obecností normy. Třeba pokud podle Grégoire Webbera platí, že čím abstraktnější nebo obecnější lidskoprávní ústavní norma, tím větší prostor pro zákonodárce legislativně vymezit (a nikoli omezit) rozsah základního práva, lze navrhnout, že čím abstraktnější nebo obecnější zákonná norma, tím větší prostor pro soudce odmítnout její aplikovatelnost na konkrétní příklad a vytvořit pro něj *pro futuro* normu novou. WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

RECENZE

Novotná Krtoušová Lucie. *Odpovědnost členů statutárních orgánů právnických osob*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, 160 s.

Mezi knihami vydanými v průběhu loňského roku z okruhu právnické literatury může zájemce zaslouženě zaujmout monografie nazvaná *Odpovědnost členů statutárních orgánů právnických osob*. Její autorka působící na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Karlovy univerzity se věnuje otázkám spojeným s pojednaným tématem přes půl desetiletí. Již v roce 2014 získala ocenění Randovy nadace za diplomovou práci věnovanou problematice péče řádného hospodáře. Zainteresovaná veřejnost zná její texty uveřejňované v *Právních rozhledech* či v *Obchodněprávní revui* nebo zahrnuté do kolektivních děl, z nichž se hodí uvést publikaci *Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekodifikaci českého soukromého práva* vydanou v roce 2018. Dílo, jež je předmětem této recenze, vychází z autorčiny disertační práce úspěšně obhájené na Karlově univerzitě.

Pomineme-li standardní doplňkové texty v knize (úvod, obsah, seznam zkratk a literatury, cizojazyčné résumé apod.), zahrnuje vlastní rozpravná část díla 140 tištěných stran. Text je opatřen rozsáhlým poznámkovým aparátem (607 poznámek pod čarou), odkazujícím na značný počet literárních titulů a judikátů české i zahraniční provenience. Odborné literatury zaměřené na problematiku pojednanou v recenzované publikaci je nesmírné množství, a tak je pochopitelné, že necelé dvě stovky titulů uveřejněných knižně i časopi-secky nepředstavují víc než dílčí výběr z materiálů, jež jsou dispozici, limitovaný studijní kapacitou, časem a jazykovými dispozicemi autorky.

Recenzent, který sám o právnických osobách a jejich statutárních orgánech leccos napsal, dobře ví, jak je těžká volba autora při rozhodování, co je ještě dobré prostudovat a kdy další studium ukončit. Zvlášť to platí o české literatuře vydané po přijetí občanského zákoníku a zákona o obchodních korporacích; nejednou zjišťujeme, že co autor, to názor, přičemž tu a tam jde o názory i docela výstřední. *Lucie Novotná Krtoušová* usiluje ve svém díle o vyhodnocení dosavadních názorů na pojednanou problematiku, včetně rozboru závěrů právní nauky a soudní praxe utvářených za účinnosti dřívější zákonné úpravy a analýzy použitelnosti těchto výsledků za účinnosti právní úpravy současné. Pokud jde o výsledky dosažené na podkladě právních úprav, logicky se nabízí srovnávání s paralelně se rozvíjející slovenskou naukou a judikaturou. Autorka tento aspekt nepřehlédla, alespoň pokud jde o literární zdroje, byť její výběr ze slovenské literatury je dosti sporý. Jako jeden z hlavních cílů recenzované práce se na straně 4 vyhlašuje srovnání s britskou právní úpravou ohledně povinností členů statutárních orgánů a s německou právní úpravou ve vztahu k otázkám spojeným s náhradou škody, a proto se dílo opírá o britské a německé literární a judikatorní zázemí v dosti obsáhlém rozsahu.

Své téma autorka rozdělila do pěti kapitol vnitřně dále členěných. V některých z nich jsou dílčí subkapitoly vyčleněny právě uceleným pojednáním o britské nebo německé právní úpravě (s. 37 a násl., s. 47 a násl., 59 a násl., 102 a násl.). To je záležitost metody, kterou si autorka pro tvorbu díla zvolila. Přístup je to respektabilní, jakkoli recenzent přiznává, že tyto výkladové celky o cizím právu na něho účinkují trochu rušivě a uvítal by, pokud by byly rozpuštěny do celkového výkladu o českém právu metodou průběžného

výkladu a setrvalé paralelní komparace. Myslím, že pak by text působil na čtenáře jako plynulejší a přístupnější rozvíjející podané myšlenky. Co se však hodí ocenit, je instruktivní shrnutí hlavních zjištění a závěrů na konci každé kapitoly.

První kapitola se věnuje pojmu péče řádného hospodáře a povinnosti k této péči. Autorka, jakkoli bere v úvahu zahraniční právní řády, směřuje svůj výklad dominantně k české právní úpravě a k její interpretaci. Vzhledem ke klíčovému zákonnému ustanovení, jímž je v daném směru § 159 odst. 1 o. z., nemohla při jeho korektním rozboru dospět k jinému závěru, než že zdejší právo pojmá pojem péče řádného hospodáře jako ucelenou kategorii zahrnující jak kompetentnost, popřípadě odbornou způsobilost k výkonu funkce, tak i loajalitu při výkonu funkce. Naše právo tedy používá péči řádného hospodáře jako souhrnnou kategorii, pod níž spadají různé fiduciární povinnosti, jakkoli porušení každé z nich má rozličné právní následky. To jistě není chyba, podobných případů najdeme v soukromém právu víc.

Autorka správně poznamenává, že tento přístup „není jediný možný“ (s. 25) a poukazuje na jiné pojetí dané problematiky v britském právu. Ocenit lze, že autorka na tomto místě, ale i jinde, zachovává střízlivý tón. Na rozdíl od některých kritiků občanského zákoníku nepodléhá hysterii při zjištění, že se přístup českého práva k určité problematice liší od některého ze zahraničních právních řádů. Sama na citovaném místě uvádí, že jde o koncept shodující se s převládající částí zdejší doktríny i judikatury. Autorka, jak naznačeno, dospěla k uvedenému závěru analýzou pramenů spojených s obchodním zákoníkem a z doby celkem nedávné. Uvedený přístup má ve zdejším právním prostředí ovšem dlouhou tradici budovanou od počátku XIX. stol. na základě § 1297 všeobecného zákoníku občanského,¹ a jakkoli zde není o řádném hospodáři ani slovo,² dovodil se z jeho znění všeobecný příkaz „*šetření poctivosti a důvěry, jenž předpokládá, že se v cizích věcech vynaloží péče řádného hospodáře (§ 1297 obč. zák.)*“.³ Citát ze starého judikátu rovněž ukazuje souvislost, na niž autorka poukazuje na straně 8: péče řádného hospodáře je jedním z výronů zásady poctivosti. Dodejme, že se hledisko péče řádného hospodáře udrželo v našem právním řádu jako trvajících kategorie přes nejrůznější politické změny.

Podstatné ovšem není pouhé určení, jaké dílčí povinnosti pod obecný výměr péče řádného hospodáře spadají, leč také zjištění, co je jejich konkrétním obsahem. Této otázce se autorka věnuje na straně 14 a násl.

Poté, co si autorka vytvořila v úvodní kapitole základ pro další úvahy, zabývá se v následující kapitole povinností loajality. Mne v tomto výkladu zvláště zaujaly obecné výklady (s. 27 a násl.), jakkoli chápu, že praxe ocení zejména rozbor problematiky zájmového konfliktu, pro nějž se vžil označení „konflikt zájmů“ vzhledem k otrockému překladu z angličtiny (*conflict of interests*). Autorka se zde mj. zabývá otázkou, nakolik lze § 437 odst. 1 o. z. subsidiárně použít na poměry obchodních společností. Všimá si *Havlova* názoru, podle něhož občanské právo stojí na předpokladu, že zájmový konflikt být nemá, zatímco zákon o obchodních korporacích staví na úvaze, že tento konflikt je při správě obchodní korporace imanentní (s. 36). Nemyslím, že tato úvaha ob stojí. Řekl bych, že riziko zájmové kolize je zřetelné v případech jakékoli správy cizího jmění. Vždyť i konstrukt § 437 odst. 1 staví

¹ K tomu např. KRČMÁŘ, Jan. *Právo občanské. III. Právo obligační*. Praha: Všeherd, 1929, s. 293, zejména ale SEDLÁČEK, Jaromír. In: ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír et al. *Komentář k československému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první (§ 1–284)*. Praha: V. Linhart, 1935, s. 758 an.

² Srov. však § 228 nebo 513 všeobecného zákoníku občanského.

³ Rozhodnutí sp. zn. R I 895/27 ze 17. 1. 1928 (Váž. 7699).

in fine na myšlence, že zájmový konflikt v případě zastoupení nevádí, měl-li o něm zastoupený vědomost. Stálo by za podrobnější statistické zjištění, nakolik se negativní projevy zájmového střetu správce se zájmy vlastníka spravovaného jmění v případě kapitálových obchodních společností četností převyšují jiné případy. Domnívám se, že zvláštní pozornost věnovaná zájmovým konfliktům komercialistickou naukou i zákonodárstvím v souvislosti s kapitálovými společnostmi způsobují ekonomické důsledky jednotlivých případů, zejména těch vyvolávajících zájem i mimo právní svět. Jsem nakloněn nahlížet na danou problematiku spíše tak, že zvýšenou zákonodárcovu pozornost věnovanou riziku negativních důsledků zájmového konfliktu justifikují případy, kdy skutečný vlastník nemá dobrou možnost zájmový střet zjistit nebo se proti jeho negativním důsledkům účinně bránit. Tak tomu je u běžných akcionářů, ale třeba také v případech správy jmění nezletilých nebo zdravotně postižených, pokud nejsou plně svéprávní. V těchto a jim podobných případech zákonodárce přistupuje – nebo má přistoupit – k zvláštním ochranným opatřením. V korporátním právu se tak stalo především v § 54 až § 58 z. o. k. Autorka ostatně dospěla k závěru, že se § 437 odst. 1 o. z. v právu obchodních společností podpůrně uplatní. Sdílím s ní toto mínění. Rozdílně od ní bych však z porušení právního pravidla obsaženého v § 437 odst. 1 o. z. rozhodně nedovodil pro sféru občanského práva zdánlivost (s. 37); instrukce § 437 odst. 2 o. z. je, myslím, jasná.

Jiná otázka je, jaké právní následky má v právu obchodních korporací porušení právních pravidel o zájmovém střetu. V knize se rozebírají různé názory na tuto problematiku spojující se do tří hlavních proudů. Autorka zastává názor, který označuje jako liberální pojetí (s. 36 an., 43). Dovojuje, že „konflikt zájmů je vnitřní problém právnické osoby, který nemá dopad na existenci smluv, které byly uzavřeny za právnickou osobu členem statutárního orgánu v konfliktu zájmů“ (s. 43). Sluší se dodat v kontextu předcházející pasáže, že musí jít o práva třetích osob nabytá dobrověrně (s. 37). I to je stanovisko, v němž se s autorkou shodují.

Ve třetí kapitole se autorka zabývá podnikatelským uvážením. První část výkladu se věnuje úpravě v § 51 odst. 1 z. o. k. *Novotná Krtoušová* má za to, že právní pravidlo o podnikatelském úsudku „lze analyticky chápat jako výjimku, respektive změkčení pravidla péče řádného hospodáře“; alternativně jako „zřesnění kritéria pečlivosti a potřebných znalostí“ (s. 45). Následně autorka rozebírá analogickou německou (s. 47 an.) a britskou (s. 59 an.) úpravu. Instruktivní je rozbor jednotlivých kritérií, na nichž právní pravidlo § 51 odst. 1 z. o. k. staví.

Osobně mám za to, že § 51 odst. 1 z. o. k. právní pravidlo v § 159 odst. 1 o. z. ani nezměkčuje ani neupřesňuje, ale že jde o multiplikaci toho, co občanský zákoník v § 159 odst. 1 sám stanoví. Kritéria, jež § 51 odst. 1 z. o. k. zvláště výslovně uvádí, jsou podle mého mínění v občanskoprávní úpravě rovněž obsažena. Požadavek informovaného jednání je implicitně obsažen v kritériu výkonu funkce s potřebnými znalostmi, důraz na obhajitelný zájem obchodní korporace je průmětem znalostí, pečlivosti i nezbytné loajality a dobrá víra je klíčová pro celé soukromé právo (§ 7 o. z.). Nepochybně i člen statutárního orgánu spolku, nadace, ústavu nebo společenství vlastníka musí jednat v dobré víře, informovaně a v obhajitelném zájmu právnické osoby. Tím jistě není řečeno, že obsah těchto povinností je např. totožný u předsedy společenství vlastníků a předsedy představenstva akciové společnosti. K odstínění nároků na řádný výkon těchto rozličných funkcí by ovšem stačil § 5 odst. 1 o. z. Totéž ustanovení lze rovněž využít pro závěr, ve kterých případech může osoba v konkrétní funkci rozumně předpokládat vlastní informované jednání v obhajitelném zájmu právnické osoby.

Autorka recenzované publikace se ale nevydala cestou hereze, jakou zvolil recenzent v předešlé úvaze; jeho mínění je ostatně vcelku ojedinělé, byť podobný názor lze číst u *Jarmily Pokorné* citované autorkou na straně 65. Hlavní proud komentátorů přijal Hobbesovu thesi *veritas in dicto, non in re consistit*, a tak když právní pravidlo § 51 odst. 1 z. o. k. v platném právu máme, vychází se z toho, že má nějaký smysl. Mínění na jeho význam a dosah se v literatuře různí. Základní rozdíl úpravy v občanském zákoníku a v zákoně o obchodních korporacích je ovšem v tom, že první je plošná, zatímco druhá je výslovně vztažena jen na podnikatelská rozhodnutí. Autorka tedy přistupuje k § 51 odst. 1 z. o. k. jako k ustanovení speciálnímu vůči § 159 odst. 1 o. z. a řeší, hojně čerpajíc z německé judikatury, která rozhodnutí jsou podnikatelská a která nikoli (s. 50 a násl.). Logicky se tudíž zabývá otázkou, nakolik lze pravidlo podnikatelského úsudku aplikovat na neobchodní entity, když např. nadace mohou provozovat obchodní závod a také spolky mohou vykonávat tzv. vedlejší hospodářskou činnost, nehledě na právnické osoby upravené mimo občanský zákoník. Autorka navazuje na některé názory vyjádřené *Havlem, Lasákem* nebo *Pokornou* již dříve a příklání se k závěru, že pravidlo § 51 odst. 1 z. o. k. dopadá rovněž na podnikatelská rozhodnutí právnických osob ocitajících se mimo kruh obchodních korporací. To pokládám za názor správný, avšak protože v právu je i cesta cíl, mám pochybnosti, zda tou správnou cestou je analogie legis (s. 66 a násl., s. 70). K dalším aspektům vztahu obou kategorií se autorka vrací ještě v páté kapitole (s. 124 a násl.).

Tématem čtvrté kapitoly je teoretická koncepce odpovědnosti za jednání s péčí řádného hospodáře. Autorka se zabývá právnickým pojetím odpovědnosti a disparátními názory na tuto problematiku, jichž je skutečně mnoho, a dospívá k názoru, že smyslem péče řádného hospodáře je úkol chovat se při výkonu funkce člena statutárního orgánu řádně, v souladu s požadavky, které jsou na něho kladeny v návaznosti na výkon jeho funkce, a že jde tedy o odpovědnost prospektivní (s. 76). Vzpomínám na obdobný výrok *Viktora Knappa*, který při jedné přednášce na konci 80. let zdůrazňoval, že odpovědný vedoucí v obchodě především odpovídá za to, že se v obchodě nekrade. Jinou skupinou otázek, které autorka řeší je teorie právnických osob, jejich různé koncepce a význam úpravy v občanském zákoníku (s. 77 a násl.). Ve své podstatě jde o exkurs k tématu, jež má s hlavním zaměřením díla úzkou souvislost. Přes nesmiřitelnost zástupců různých názorových proudů lze mít za to, že ve výsledku zvítězí pragmatika, jíž se autorka věnuje na straně 82 a násl.

Další závažná otázka, jíž se *Lucie Novotná Krtoušová* věnuje, je povaha zastoupení právnické osoby členem statutárního orgánu. I na ni se v odborné literatuře objevují různé názory: někteří autoři uzavírají, že jde o zákonné zastoupení, jiní dovozují, že se jedná o smluvní zastoupení, další argumentují ve prospěch zastoupení svého druhu na pomezí dvou předchozích. *Novotná Krtoušová* podává jejich přehled (s. 90 a násl.), poté kritiku s formulací vlastního konceptu (s. 93 a násl.). Předně musím ocenit autorčinu důkladnou argumentaci podanou směrem k odmítnutí pojetí tohoto zastoupení jako reprezentace *sui generis*, jakkoli se tato koncepce masivně prosazuje i v rozhodovací praxi. Není to ostatně jediný případ, kdy se teorie nebo praxe uchylují k obdobnému řešení. Neortodoxní duch pražské právnické fakulty *Vojtěch Cepl* se v mé přítomnosti jednou nechal slyšet, že útěk ke konstrukci *sui generis* je projevem vědecké impotence. *Novotná Krtoušová* ovšem argumentuje věcně (s. 94 a násl.). Podrobně vyvrací názory opírající se o německou doktrínu a poukazuje, že *sedes materiae* jsou v obou právních kulturách zjevně odlišné. Její zjištění a výklad pokládám za cenné a metodologicky přínosné tím spíš, že jsou v akademické komunitě autoři usilující vykládat zdejší právo v závislosti na vlastních jazykových

schopnostech prizmatem německé, francouzské či jiné zahraniční doktríny, respektive české právo jejich závěrům přizpůsobovat bez zřetele k tomu, co české zákony stanoví. Zbývá-li volba mezi zákonným a smluvním zastoupením, autorka se rozhodla formulovat vlastní stanovisko ve prospěch zastoupení zákonného. V tom směru se opírá o nesporný fakt, že právnická osoba statutární orgán být musí. Uvádí, že „*právnické osobě není dána autonomie rozhodnutí, zda statutární orgán bude či nebude zřízen*“ (s. 94). Přitom uvazuje tak, že smluvní zastoupení předpokládá smlouvu, zatímco to zákonné nastupuje, když zastoupený nemá právně relevantní vůli. Odtud dovozuje, že „*právnická osoba není svéprávná, čemuž odpovídá i [...] konstrukce v občanském zákoníku. Není-li právnická osoba svéprávná, musí mít zákonného zástupce [...]. Orgán, který tvoří vůli právnické osoby a projevuje ji navenek, je statutární orgán, resp. jeho členové. Z toho dovozují, že člen statutárního orgánu je zákonným zástupcem právnické osoby*“ (s. 94). Osobně její názor nesdílím. Pomiňme, že kategorie svéprávnosti a nespovéprávnosti mají své opodstatnění jen v souvislosti s fyzickými osobami.⁴ Pro úvahu o povaze zastoupení právnické osoby statutárním orgánem (jejím členem) mají, myslím, v daném kontextu relevanci dvě okolnosti. Řekl bych, že zákonný příkaz vůči právnické osobě, že musí mít statutární orgán, a tedy vyloučení její autonomie rozhodnout, že jej mít zřízen nebude, sám o sobě nevylučuje existenci zástupčí smlouvy a smluvní obligace. Je to podobné jako když zákon řadě osob, fyzických i právnických, činných v určitých oblastech přikazuje, že musí být pojištěny – i z jejich rozhodovací autonomie se vylučuje, zda se pojistí či nepojistí, a přesto o pojištění uzavírají smlouvu. Obdobná situace nastává, pokud zákon nařizuje skupině osob zajistit si společného zástupce, jak se stalo např. v případě spoluvlastnictví jednotky k výkonu práv vůči osobě odpovědné za správu domu (§ 1185 o. z.) – také v tomto případě spoluvlastníci zástupce mít musí, ale zákonná povinnost zřídit si jej nepopírá uzavření zástupčí smlouvy a smluvního zastoupení. Klíčový význam má otázka, z jaké právní skutečnosti členství v statutárním orgánu vzniká. První členy statutárního orgánu určuje zakladatelské právní jednání (§ 123 odst. 1 o. z.) a v této souvislosti je vyloučeno, aby se někdo stal členem statutárního orgánu nekonsenzuálně. A také za existence právnické osoby pravidelně obsazuje statutární orgán právnické osoby nějaký její jiný orgán – valná hromada, členská schůze, správní rada atd. Avšak i členové těchto jiných orgánů za právnickou osobu rozhodují a nahrazují její vůli (§ 151 odst. 1 o. z.) a ani v těchto případech nejsou s to zvolit nebo jmenovat člena statutárního orgánu bez jeho souhlasu. V obou těchto situacích se vyžaduje projev vůle (právní jednání) dvou stran, z něhož vzniká smluvní obligace, jejímž jedním důsledkem je oprávnění zastupovat právnickou osobu ve všech záležitostech.⁵ Takové subjektivní právo sice stanoví zákon (§ 164 odst. 1 o. z.), ale to neznamená, že z konsenzuálně vzniklé obligace vzniká zákonné zastoupení. I v případě jiných obligací zákon stanoví, jaké důsledky má uzavření smlouvy – a přestože např. § 2079 odst. 1 a 2118 o. z. stanoví pro případ závazku z kupní smlouvy povinnost kupujícího zaplatit kupní cenu, sotva nás napadne, že by šlo o povinnost zákonnou a nikoli smluvní. Ale i když autorka v daném ohledu recenzenta svými argumenty nepřesvědčila, možná přesvědčí jiné.

⁴ Aniž pokládám za nutné pouštět se v tom směru do rozsáhlejších rozborů, poukazují na trefné vystižení podstaty této problematiky *Vlastimilem Piherou* na konferenci konané 24. 5. 2019 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. Viz CHMEL, Jan. Zpráva z konference Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekonstrukci českého soukromého práva. *Právník*. 2019, roč. CLVIII, č. 8, s. 826.

⁵ Jistěže jsou také mimořádné případy, kdy členství ve statutárním orgánu vznikne jinak než projevem soukromé vůle. Jejich význam však nelze zveličovat a tyto případy lze řešit analogicky.

Čtvrtá kapitola ostatně poskytuje i další zajímavé podněty, např. ve vztahu k pojetí odpovědnosti členů statutárního orgánu za porušení povinnosti péče řádného hospodáře. Protože se autorčiny úvahy nesou tím směrem, že jde o porušení zákonné povinnosti zákonného zástupce právnické osoby, je nasnadě, k jakým závěrům dospěla nesena inspirací z německého právního prostředí (s. 95 a násl.).

Otázky s tím spojené jsou rozvedeny v páté kapitole díla. Nazvána je *Subjektivní odpovědnost za jednání s péčí řádného hospodáře*. Tím je vlastně řečeno, čím vším se autorka v této části knihy zabývá. Pojednává zejména o předpokladech vzniku povinnosti k náhradě škody, o protiprávnosti a jejím vztahu k zavinění v případech porušení péče řádného hospodáře, pozornost věnuje objektivizovanému standardu péče řádného hospodáře a jeho porušení, jakož i zavinění, a zvláště otázkám nedbalostního zavinění.

Knihu *Lucie Novotné Krtoušové* již pochvalně recenzoval její školitel *Karel Beran*.⁶ Souhlasím s jeho hodnocením, že autorka věnovala zpracování díla značné úsilí a energii. Patrné to je z obsahu knihy, poznámkového aparátu i přehledu použitých literárních zdrojů a dalších pramenů. Ocenit je třeba odvahu i akribii, s nimiž se pustila do rozplétání změní již publikovaných disparátních názorů na řadu základních i dílčích otázek a jejich kritického rozboru. Na tomto základě přistoupila k formulaci vlastních stanovisek, která podpořila řadou argumentů. Jak již napsal *Beran*, s některými jejími závěry je jistě možné nesouhlasit. Sám jsem to výše v některých směrech naznačil. To ale neznamená, že nestojí za to se s obsahem recenzované knihy seznámit. Autorka vstoupila do diskuse k závažným otázkám poctivě připraveným příspěvkem, který si zaslouží pozornost. Která její stanoviska široký doktrinální proud právní nauky akceptuje a která nikoli, ukáže čas; to autorka ovlivní jen málo a recenzent ještě méně.

Karel Eliáš*

⁶ BERAN, Karel. Lucie Novotná Krtoušová: Odpovědnost členů statutárních orgánů právnických osob. *Advokátní online deník*. 21. 11. 2019. Dostupné z: <<https://advokatnidenik.cz/2019/11/21/lucie-novotna-krtousova-odpovednost-clenu-statutarnich-organu-pravnickych-osob/>> [7. 1. 2020].

* Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš, Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

Force, Power and International Law

Josef Mrázek

Abstract: This essay has been focused on the relationship between international law and power. The author starts with doctrine of “classical legal thought” and negative reaction of the followers of “legal realism” to this “classicism”. The “realists” generally view international law as a result of the interests of powerful states. H. Morgenthau was maybe the first who launched a broad attack on classical legal thought, stressing the decisive relationship between power, state behavior and international law. “Realism” became the leading position among U.S. scholars in international law and the US foreign policy officials. The element of power and a hegemon’s national interest have got nevertheless very soon increasingly dominant position in the US foreign policy. The “realists” of all “schools” have many times argued, that international law should not constrain pursuit of the U.S. national interest and foreign policy. International law cannot be detached from politics but on the other side international law cannot be replaced by politics or morality. International law is the body of legal norms which governs the relations of states and other subjects of international law. It is not possible to deny the legally binding character of international law which constrains the freedom of actions of states and other subject. There is the duty of every state to fulfil in good faith its obligations under the generally recognized principles and rules of international law. Art. 103 of the UN Charter stipulates that in the event of a conflict between the obligations of members of the UN at least and their obligations under any other international agreements, their obligations under the Charter shall prevail. Claiming that the UN Charter collective security system has failed gives no justification to the “realist” conclusion that the use of force is no more subject to the rule of law and that “national self-interest” prevails. The author is trying to analyse the relationship between the “legality” and “legitimacy” in international law. Recourse to unilateral use force on the basis of legitimacy reason without the UNSC authorization has been in fact the claim that any humanitarian intervention is a legitimate exception to the prohibition of the use of force. This article constitutes also an attempt to reveal the basic difference between the rule and the policy approaches in international law. Author deals also with the extensive interpretation of legality and legitimacy of the use of force and in brief with the politics of international law.

Key words: international law, power, use of force, classical legal thought, legal realism, legitimacy, legality, national interest, informal regulation

Cassation Review of Foreign Law

Luboš Tichý

Abstract: The article investigates application of foreign law in a proceeding before the supreme judicial instances in four legal orders. It compares the regimes in Germany, Austria, Switzerland and the beginnings of the court practice in this field in the Czech Republic. It comes to the conclusion, that in Austria and Switzerland the application of foreign law underlies proceedings of review by the Supreme Court, whilst in Germany one distinguishes between ascertainment out of foreign law and application foreign law. The cases in the first category are reviewed by supreme courts, but the Supreme court of Germany is unwilling to do with regard to application of foreign law based on the argument that this would interfere with the exclusive competence of the foreign supreme judicial instance. This is not a model for the Czech Supreme court, since it outlaws one of the appeals and doesn’t meet one principle of the private international law, namely the equality of the legal orders. The logical conclusion is that application of foreign law should be in the same regime of review as the local law. The ascertainment of the foreign law and its application are only two faces of one process and in the praxis this faces cannot be separated.

Key words: foreign law, question of fact, question of law, Supreme Court instance, civil proceedings, burden of proof, finding out and application of foreign law, equality of foreign laws, Czech, German, Austrian and Swiss attitude

Universality of Human Rights: Metaphysics vs. International Consensus

Jana Holíková

Abstract: Human rights originated in Western culture as a descendent of theologically based natural rights; thus, they contain specific cultural characteristics. Metaphysical universality posing individual rights above positive law and social norms is one of them. Even though Western civilization is not entirely consistent in respecting human rights norms, there is no doubt that all members of Western society comprehend their meaning, and that the concept has great moral significance in our society. The nature of human rights, given its historical background, however, might not be compatible with subjective rights in Asian countries, because it stands on different values. Nevertheless, civilizations can still come to mutual understanding and agreement regardless of regional preferences in individual, communal, or family interests. Since the Asian values debate in the 90's, human rights treaties have been emphasizing cultural diversity as a result of such international communication. Eastern world is satisfied with the acceptance of cultural pluralism and does not officially question the universality and morality of human rights. Philosophical discussion about cultural incommensurability is thus outdated, and concern about practical political problems has taken the lead. Apparently, John Rawls' overlapping consensus has been implemented in practice, because philosophical, religious, and ideological propositions are of no substantial importance to reach globally accepted principles beneficiary to everyone.

Key words: universality of human rights, cultural pluralism, Asian values debate, overlapping consensus, East vs. West

Constitutional Requirement of Separation of Political Parties from the State: Cartelization Elements of the Czech Party System and Direct State Funding

Tereza Sylvestrová

Abstract: The text evaluates the behavior of political parties in adopting major reforms in setting the parameters of direct state subvention to political parties through the analysis of draft amending acts, steno-protocols from their discussion and voting on them. The analysis of legislative changes and the process of their adoption is framed by the phenomenon of cartelization of the party system so that in connection with the adoption of legislative changes the behavior of a political party and its representatives can be described as cartel-based or not. The analysis shows that political parties always strive to increase the revenue side of their budgets and act as rational actors for their own profit. Consequently, they do not approach the possibility of regulating direct state funding from a constructivist point of view and do not seek the greatest possible fulfillment of the constitutional imperatives of separation political parties from the state.

Key words: direct state funding, political party, cartelization of party system, political parties and the state, political competition

Interpretation and Judicial Law Creation

Review Essay on the Jan Wintr's Book *The Methods and Principles of Legal Interpretation*

Martin Madej

Abstract: The paper is a review essay on the second edition of "The Methods and Principles of Legal Interpretation" by Jan Wintr, where the topics contained in the reviewed book are developed in an essay form. After summarizing the basic parameters of contemporary continental theories of legal interpretation, the author evaluates the reviewed book as an excellent summary of this paradigm. However, he pauses over Jan Wintr's tendency to count as legal interpretation also a situation where there is no (or where cannot even exist) a logical relationship between concrete facts and the law (or spirit of the law). It proposes an alternative, which postulates that where the necessary relationship between the spirit of the law and a particular case is lacking, it is for the court to establish a standard for this type of case. At the end of the review essay, the author briefly reflects on the conditions for the exercise of judicial power as an act of legal norm-making.

Key words: legal interpretation, legal hermeneutics, judicial law-making, legal norm, Czech legal theory

Z TIŠTĚNÉ ŘADY:

Müllerová, Hana. Právo na příznivé životní prostředí: Teoretické základy, interpretace, zahraniční zkušenosti a jejich využití pro ČR. Rok vydání: 2018. Triptych knih o právu na příznivé životní prostředí v papírovém boxu

Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. Kausalita v civilním právu se zaměřením na medicínsko-právní spory. Rok vydání: 2016, 262 s.

Sobek, Tomáš. Právní rozum a morální cit: hodnotové základy právního myšlení. Rok vydání: 2016, 339 s.

Lojek, Antonín – Kober, Jan a kol. Karel IV.: paměť – právo – reprezentace. Rok vydání: 2016, 200 s.

Becker, Ulrich – Štefko, Martin a kol. Právo na práci občanů třetích států z pohledu ČR a SRN. Aktuální otázky. Rok vydání: 2015, 203 s.

Šlapák, Tim Čeněk – Štefko, Martin. Praktický personální marketink. Řízení lidských zdrojů v pracovních souvislostech. Rok vydání: 2015, 144 s.

Adamová, Karolina – Lojek, Antonín. Právníci doby osvícenské. Rok vydání: 2014, 108 s.

Tituly vydané v tištěné řadě lze zakoupit buď přímo v Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. (Národní 18, 116 00 Praha 1, e-mail: ilaw@ilaw.cas.cz, tel.: 221 990 711), nebo v distribuci Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. www.alescenek.cz

Z ELEKTRONICKÉ ŘADY eKNIHY:

Müllerová, Hana a kol. Zodpovědné plánování: Území a sesuvy. Rok vydání: 2018, 64 s.

Müllerová, Hana. Právo na příznivé životní prostředí. Zkušenosti vybraných evropských zemí a návrhy pro budoucí uplatňování v ČR. Rok vydání: 2018, 236 s.

Šejvl, Michal. Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty. Rok vydání: 2017, 166 s.

Müllerová, Hana a kol. Právo na příznivé životní prostředí: Nové interpretační přístupy. Rok vydání: 2016, 288 s.

Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. Kausalita v civilním právu se zaměřením na medicínsko-právní spory. Rok vydání: 2016, 262 s.

Müllerová, Hana. Právo na životní prostředí: Teoretické aspekty. Rok vydání: 2016, 125 s.

Žáčková, Zdena. Viktor Knapp v Československé akademii věd. Kariéra českého právního vědce. Rok vydání: 2015, 78 s.

Müllerová, Hana – Humlíčková, Petra. Nové přístupy k implementaci Aarhuské úmluvy v ČR. Rok vydání: 2014, 100 s.

Doležal Adam – Doležal Tomáš. Praktické dopady nového občanského zákoníku na provozování lékařské praxe. Rok vydání: 2014, 59 s.

Kučera, Bohumil. Základní problémy mezinárodního soudního procesu. Úvodním slovem opatřil Jan Malíř. Rok vydání: 2014, 336 s.

Eknihy jsou ke stažení zdarma na webových stránkách Ústavu státu a práva AV ČR v záložce Časopisy a knihy <http://www.ilaw.cas.cz>



Právnická
fakulta

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci
zve širokou odbornou veřejnost na

XIV. ročník mezinárodní vědecké konference

OLOMOUCKÉ PRÁVNICKÉ DNY 2020

pořádanou pod záštitou děkana PF UP doc. JUDr. Václava Stehlíka, LL.M. Ph.D. ve dnech

21. - 22. května 2020

Konference se bude již tradičně odvíjet ve dvou částech – po úvodních přednáškách, kde vystoupí významní odborníci se svými příspěvky, budou následovat tematicky zaměřené sekce.

Více informací ke konferenci, časovému harmonogramu,
jednotlivým sekcím i elektronickou přihlášku naleznete na
<https://www.pf.upol.cz/opd/>.