

# Techniky soudní politiky a jejich načasování

Michal Šejvl\*

**Abstrakt:** Tento článek je pokusem o vytvoření jistého teoretického rámce soudní politiky vysokých soudů (apex courts). Soudní politikou (ve smyslu policy) rozumím takové rozhodování, kdy se vysoké soudy stávají i „pozitivními zákonodárci“, přičemž jejich rozhodování se řídí především strategickými důvody, nikoli čistě právními důvody. Článek proto popisuje různé techniky a strategie, které vysoké soudy mohou při tomto vytváření soudní politiky používat – např. technika „časované miny“, technika stanovování nových doktrín za současného stanovení výjimek z ní apod. Tyto techniky typické pro právní diskurs se pak dají kombinovat s technikami využitelnými vysokými soudy z důvodů institucionálního uspořádání vztahů mezi nimi a ostatními aktéry (především vysokými soudy a zákonodárcem), např. technikou konformní interpretace. Všechny tyto techniky však budou úspěšné pouze tehdy, když budou z dlouhodobého hlediska akceptovány ostatními aktéry, kdy především vztah vysokých soudů (zejména ústavních) se zákonodárcem vede k využívání dalších technik, pomocí nichž se vysoký soud snaží „minimalizovat“ své konflikty se zákonodárcem a zároveň podržet si své postavení „pozitivního zákonodávce“. Druhá část článku pojednává zejména o načasování použití těchto technik. Použití všech těchto technik pak vykazuje velké podobnosti s uplatňováním ctnosti zvané ve středověké filozofii prudentia, přičemž stejně jako prudentia nemůže např. pro Akvinského zajistit v oblasti praktické racionality stejnou jistotu jako v oblasti teoretického poznání, i použití těchto technik nemůže „automaticky“ zajistit jejich úspěšnost. Všechny techniky i načasování jsou demonstrovány na příkladech z praxe ústavních soudů (zejména německého, italského, španělského, francouzského a českého), nejvyšších soudů (zejména nizozemského), nejvyšších správních tribunálů (zejména francouzské státní rady) a Soudního dvora EU, aby to podpořilo zobecnitelnost teoretického rámce.

**Klíčová slova:** politika, evropské vysoké soudy (apex courts), epistemická autorita vysokých soudů, politická role ústavních soudů, strategická soudní právoroba, prudentia v soudním rozhodování, konformní interpretace, soud jako „pozitivní zákonodávce“, minimalizace konfliktů vysokých soudů se zákonodárcem, načasování soudního rozhodování

## Úvod

Následující text je esejem, tedy vlastně pokusem (v původním významu slova *essai*) o jistý teoretický rámec uchopující soudní politiku. Proto empirické poznatky o fungování vysokých soudů, z nichž budu vycházet, budou primárně pocházet z již existujících prací, a v tomto smyslu nepůjde o poznatky nové. Výjimkou mohou být některé poznatky získané rozhovory se soudci českého nejvyššího soudu či nejvyššího správního soudu, asistenty českého ústavního soudu a soudci nizozemských soudů. Tyto rozhovory se soudci či asistenty českých soudů jsem vedl v letech 2017 až 2019, rozhovory se soudci nizozemských soudů zase v roce 2002.<sup>1</sup> Tyto poznatky získané rozhovory však nemají systematický charakter (nejsou typicky výsledkem rigorózně provedeného kvalitativního výzkumu)

\* JUDr. Michal Šejvl, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: michal.sejvl@ilaw.cas.cz. Tento článek je jedním z výstupů grantového projektu Grantové agentury ČR *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* č. 17-08176S.

<sup>1</sup> Některé poznatky získané od nizozemských soudců, pokud se týkaly aplikace práva ES těmito soudy, byly publikovány v ŠEJVL, M. *The Application of EC Law by the Dutch Courts*. In: BAPULY, B. – PUNTSCHER RIEKMANN, S. – SLOMINSKI, P. (Hrsg.). *Europäisierung durch Recht: Zwischen Anspruch und Wirklichkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005, s. 135–150.

a v tomto textu slouží spíše k dokreslení poznatků získaných jinak. Vysokými soudy v tomto textu rozumím to, čemu se v literatuře někdy říká *apex courts*, tedy soudy, které mají „poslední slovo“ v rámci nějakého druhu soudnictví (obecného, správního či ústavního), a proto pro ně někdy platí známé *quod licet Iovi non licet bovi*.<sup>2</sup> Soudní politikou budu rozumět uplatňování moci (chápané široce) vysokých soudů k vytvoření nových právních doktrín, argumentů, principů apod., které se řídí strategickými ohledy, nikoli čistě právnickým uvažováním.<sup>3</sup> Právě proto budu níže hovořit o technikách či strategiích, které se dají k vytváření takovéhoto „novinek“ používat. Protože v případě vytváření „novinek“ jedná vysoký soud v podstatě jako „pozitivní zákonodárce“ a změny práva si většinou z dlouhodobého hlediska někdo „všimne“ (pokud zrovna nejde o společnost žijící v nějaké „verzi“ právního nihilismu, která nás nemusí zajímat), je jasné, že příklady pro uplatňování technik a strategií soudcovské politiky, které budu uvádět, budou většinou známá či slavná rozhodnutí vysokých soudů. Při uvádění příkladů se omezím pouze na evropské vysoké soudy, jejichž judikatura je v literatuře dobře zpracovaná, takže stranou zůstanou jak vysoké soudy asijské, africké či latinskoamerické,<sup>4</sup> tak nejvyšší soud USA.<sup>5</sup> Výběr toho, které evropské vysoké soudy v tomto textu budou sloužit jako příklady uplatňování soudní politiky, je dán, za prvé, tím, že reprezentují dnes již dlouhotrvající tradice (jako německý ústavní soud, francouzská ústavní rada nebo italský ústavní soud), takže stranou většinou zůstanou ústavní soudy vznikající typicky v devadesátých letech ve střední a východní Evropě, za druhé, tím, že o jejich fungování již dnes existuje dostatek literatury, a, za třetí, tím, že s fungováním některých z nich mám i osobní zkušenosti.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Za vysoké soudy budu považovat i ty orgány, které někdy za soudy považovány nebývají, jako jsou typicky nizozemská státní rada nebo francouzská ústavní rada. Důvodem, proč někdy nebývá nizozemská rada považována za soud, je, že se vedle své činnosti nejvyššího správního soudu podílí i na vytváření legislativy jako poradní orgán. Zde však budu brát v úvahu pouze její soudní funkci, nikoli legislativní. Jde-li o francouzskou ústavní radu, socioložka a bývalá členka této rady Dominique Schnapperová píše, že v současnosti je třeba radu považovat za skutečný ústavní soud (přestože jejími členy se mohou stát i neprávnicki), takže ti, kdo ji stále ještě považují za politický orgán („klub vysloužilých politiků“ nebo „spolek republikánských notáblů“) jsou spíše ti, kteří se snaží roli ústavní rady zlehčovat – viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*. Paris: Gallimard, 2010, s. 121 an.

<sup>3</sup> Dle mého názoru je možné vycházet z premisy, že právní uvažování je normativní, takže jakékoli strategické uvažování, které je vlastně o efektivitě, mu má být cizí. Toto vyloučení strategie či efektivity z právního diskursu sice ve svém důsledku vede až k *fiat iustitia pereat mundus*, ale je třeba ho mít dle mého názoru v teoretické rovině na paměti, abychom příliš snadno neskouzli k jakési „pojmové kaši“, v níž se právo, ekonomie, politika či morálka v podstatě „rozpliznou“.

<sup>4</sup> Např. současné ústavní soudy Latinské Ameriky bývají někdy popisovány jako značně „aktivističtější“ než jejich evropské protějšky, přestože jejich původní role spočívala spíše v udržování *statu quo* – viz např. BRINKS, D. M. – BLASS, A. *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance and Judicial Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

<sup>5</sup> Z institucionálního hlediska představuje americký nejvyšší soud příklad do jisté míry „extrémního“ uspořádání, když jde spíše o „devět malých právnických firem“ (jak to bylo výstižně vyjádřeno v O'BRIEN, D. M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 3. vydání. New York: W. W. Norton, 1993, s. 164 an.), všichni jeho soudci jsou silnými individualitami, disenty jsou běžné, o soudním aparátu (*law clerks*) si soudci rozhodují sami, skupinová interakce mezi soudci je omezená (společně vlastně „jen“ vybírají případy, kterým poskytnout *certiorari*, společně hlasují o rozsudku a většina pak společně vytváří rozhodnutí soudu, přičemž při psaní odůvodnění může ještě docházet k přeskupování hlasů a argumentů) a medializace kauz je vysoká. Oproti tomu druhý „extrém“ představují již výše zmiňované státní rady (vytvořené po vzoru té francouzské), jejichž členové ani nemusí být právníky, soud má relativně dostatečný a stabilní „expertní“ aparát, který soudcům zásadně pomáhá v práci, soud hovoří jednotným hlasem navenek bez možnosti disentu (někdy není známo ani jméno zpravodaje, který často zásadním způsobem ovlivňuje rozhodnutí) – což však nutně neznamená, že na rozhodnutí se opravdu podílejí všichni soudci – a role v mediálním světě je minimální, takže soud se prezentuje spíše jako „sluha státu“, který se drží v pozadí. V prostoru mezi těmito dvěma „extrémy“ (mezi soudem jako jistou „federací soudců“ a soudem jako „byrokratickým orgánem“) se pak pohybují ty vysoké soudy, kterým bude v tomto textu věnováno nejvíce místa.

## 1. „Nepolapitelná“ politika jako *politics* a soudní politika jako *polity*

Jestliže zde má jít o soudní politiku praktikovanou vysokými soudy, je nejspíše vhodné na počátku vyjasnit, co se může rozumět politikou. Jistou inspirací či východiskem by v tomto kontextu mohlo být to, co za politiku považovali sami soudci českých vysokých soudů v několika rozhovorech, které jsem s nimi vedl: 1) politika je vše, co zajímá veřejnost („jestli budou na Pankráci mrakodrapy, je politika“), 2) politika je oblast, v níž existuje libovůle či diskrece, 3) politika je technologie moci, 4) politika je kontrola zdrojů v nejširším smyslu. Tato vymezení (s výjimkou prvního, které je příliš široké, protože pak by politikou byl třeba i soukromý život mediálních „osobností“, které získaly tento status často jen díky tomu, že o nich média jako o osobnostech píší) ukazují jediné: Politika je spojena s mocí, což nás přivádí ke známému Weberovu vymezení politiky operujícímu s (fyzickým) násilím,<sup>7</sup> k němuž třeba Pierre Bourdieu dodává ještě to, že ono násilí nemusí být pouze fyzické, ale i symbolické – odtud jeho pojem symbolického kapitálu.<sup>8</sup> Operování s fyzickým násilím je však pro sociální vědy vždy ošidné, protože fyzické násilí „trhá“ sociální vztahy – viz typicky hobbesovský přirozený stav, který je pravděpodobně dlouhodobě neudržitelný. Pro soudní politiku je pojem fyzického násilí vyloženě nevhodný: Zákon sice „vždy odkazuje k sekýře“, jak říkal kdesi trefně Foucault, ale soudci nemají „ani pokladnu, ani meč, jenom svou soudnost,“ jak říkal neméně výstižně Alexander Hamilton. Soudci ale mohou disponovat symbolickým kapitálem závislým na uznávání či oceňování členy politického společenství,<sup>9</sup> čímž se však již dostáváme k normativnímu pojmu moci, kterou bychom mohli nazvat autoritou.<sup>10</sup> Pokud půjde o autoritu, její zkoumání se pravidelně redukuje na studium oprávněnosti autority, tedy na zkoumání legitimacy, což je opět normativní pojem, s nímž bude pracovat etika či právní věda. Studium politiky se tedy často redukuje na řešení etických otázek (problém dobré či spravedlivé vlády, jak ho známe již od Platóna či Aristotela) či na řešení právního problému (jak svázat moc právidly, o což se snaží minimálně od 19. století doktrína právního státu).

Přesto se domnívám, že na politice jakožto moci (ať již faktické, či normativní) je nejzajímavější nakonec to, že je naopak neredukovatelná na jakoukoli jinou expertní činnost,

<sup>6</sup> Typicky nizozemské vysoké soudy jsou v tomto článku zmiňovány proto, že jsem na nich v roce 2002 prováděl výzkum, jak aplikují právo ES. Nizozemí je zajímavé i tím, že nemá ústavní soud: Jestliže ukáží, že techniky soudní politiky se netýkají pouze ústavních soudů, ale i jiných vysokých soudů, může to posílit zobecnitelnost poznatků o fungování soudní politiky.

<sup>7</sup> WEBER, M. Politika jako povolání. In: WEBER, M. *Metodologie, sociologie a politika*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 246 an.: „Politikou budeme rozumět vedení nebo ovlivňování vedení politického svazu, tedy dnešního státu [...]. Moderní stát lze sociologicky nakonec definovat spíše ze specifického prostředku, který je mu – stejně jako každému politickému svazu – vlastní: a to je fyzické násilí [...] řekneme-li o nějaké otázce, že je to ‚politická‘ otázka, nebo o ministroví či úředníkovi, že je to ‚politický‘ úředník, o nějakém rozhodnutí, že je ‚politický‘ podmíněné, vždycky se tím míní, že pro odpověď na tuto otázku jsou směrodatné a že příslušné rozhodování anebo sféru činnosti tohoto úředníka podmiňují zájmy na rozdělení, udržování nebo přesunu moci. Kdo dělá politiku, usiluje o moc. O moc buď jako prostředek ve službě jiným (ideálním nebo egoistickým) cílům, nebo o moc ‚pro ni samotnou‘, aby prožíval pocit prestiže, který moc dodává.“

<sup>8</sup> Symbolický kapitál je „kterákoli vlastnost (kapitál kteréhokoliv druhu – fyzický, ekonomický, kulturní, sociální), pokud je nahlížena sociálními činiteli, jejichž kategorie vnímání jsou takové, že jí dokáží poznat (vidět) a uznat, ocenit.“ Viz BOURDIEU, P. *Teorie jednání*. Praha: Karolinum, 1998, s. 81.

<sup>9</sup> Uvědomme si, že ti, kdo rozumí symbolickému řádu, musí rozumět nejen jazyku, ale i kultuře a tím vytvářejí společenství, které může být i politickým společenstvím.

<sup>10</sup> Lze samozřejmě pracovat i s bohatší strukturou, než s dichotomií faktické násilí a normativní autorita, když se třeba opřeme o Arendtovou rozlišující mezi mocí (*power*), individuální silou (*strength*), silou (*force*), autoritou (*authority*) a násilím (*violence*) – viz ARENTOVÁ, H. *O násilí*. Praha: OIKOYMENH, 2004, s. 34 an. Ale bohatší rozlišování nemusí nic podstatného přidávat, protože síla je neosobní entitou (přírodní silou či silou okolností), kolektivní moc a individuální síla spolu s instrumentálním násilím patří do řádu faktického a do řádu normativního patří autorita.

ať již jde o etiku, právo, ekonomii či válčení.<sup>11</sup> Za prvé proto, že ať se totiž jakkoli snažíme politiku svázat pravidly (etickými či právními), či podřídít ji racionálním strategiím (ekonomie či válčení), vždy se opět odněkud „vynoří“ ve své neredukovatelnosti, za druhé proto, že jde (minimálně od doby, kdy se všeobecné hlasovací právo stalo pravidlem) o činnost laickou v tom smyslu, že jí „rozumí každý“. Politika je zkrátka jakýsi „nepolapitelný objekt“ (abych parafrázoval název jedné Žižkovy knihy), který se vzpírá jakékoli redukci, snad jen na to, že jde o objekt, který je veřejný (i když třeba pro mnohé feministické myslitelky politiku můžeme najít i uvnitř soukromé sféry, jíž je rodina).<sup>12</sup> Jinými slovy jde o něco, co se vzpírá tematizaci, co se ukrývá v „pojmové temnotě“, a právě proto jde o jakýsi základ či fundament. Když totiž objekt „zmizí“ našemu pohledu, tematizaci, reflexi a pak i analýze, můžeme ho používat nereflektovaně, tedy nakonec libovolně. Jak takovou „nepolapitelnost“ politiky ukázat? Myslím, že vhodný příklad by mohly představovat různé doktríny politických otázek, které vysoké soudy rozvinuly. Když se totiž zaměříme třeba na americkou *political question doctrine*, shledáme brzy, že zřetelná kritéria toho, co americké soudy považují za politickou otázku (a co tedy uniká jejich pravomoci) a co naopak je otázkou právní, jsou kazuistická v tom smyslu, že z dlouhodobého hlediska mohou soudy „přidávat“ nové případy politických otázek a jiné případy, které by podle stávající judikatury spadaly pod politické otázky, z těchto otázek zase „odebírat“.<sup>13</sup> Také doktrína aktů vládní či výkonné moci unikajících soudnímu přezkumu (*actes de gouvernement*) ve francouzském právu je podobně kazuistická<sup>14</sup> a zřejmě se můžeme s podobnou nejasností setkat i v dalších jurisdikcích.<sup>15</sup> Jestliže se tedy snaží vysoké soudy politickým otázkám

<sup>11</sup> O tom, že právo či ekonomie jsou expertní činnosti, asi nikdo nepochybuje. Válčení je expertní činností, protože málokterý stát se pouští do ozbrojeného konfliktu bez toho, aby jeho průběh řídili vojenští experti. Etikové jsou experti na morálku nikoli v tom smyslu, že by říkali ostatním, jak mají žít a jak typicky řešit svá morální dilemata, ale v tom smyslu, že usilují o vytvoření koherentního systému morálky, čímž „vykolikují hřiště“, na němž hrajeme své morální „hry“. Jejich úkolem je tedy prizmatem různých etik, které zastávají, říkat nám, jak naše morální volby ovlivňují celý systém našich morálek.

<sup>12</sup> Tyto úvahy o „nepolapitelnosti“ politiky mají mnoho společného se Schmittovým názorem, že „politika nemá žádnou substanci“ – viz např. KERVÉGAN, J.-F. *Co s Carlem Schmittem?* Praha: OIKOYMENH, 2015, s. 154. V této souvislosti je dobré poznamenat, že Schmittova známá redukce politična na rozlišování přítele a nepřítele je opět „pouze“ operací s mocí a Schmitt tímto způsobem vlastně redukuje politiku na válku, jejíž souvislost s politikou je jasně patrná nejen ve známém Clausewitzově výroku (že válka je pokračování politiky prováděné jinými prostředky), ale i v opačném výroku Foucaultově (že politika je pokračováním války prováděné jinými prostředky).

<sup>13</sup> Jistá kritéria obsahují typicky rozhodnutí amerického nejvyššího soudu ve věcech *Baker v. Carr* z roku 1962 nebo *Nixon v. Spojené státy* z roku 1993 (viz např. ROSSUM, R. A. – TARR, G. A. *American Constitutional Law. Volume I. The Structure of Government*. 4. vydání. New York: St. Martin's Press, 1995, s. 60 an.), ale viz např. tzv. *gerrymandering* (o němž nejvyšší soud řekl, že v zásadě politickou otázkou není právě v *Baker v. Carr*) a jedno z posledních rozhodnutí nejvyššího soudu o něm ve věci *Rucho v. Common cause* z roku 2019, kdy soud naopak řekl, že *gerrymandering* politickou otázkou je (ačkoli se snažil o odlišení současné kauzy od *Baker v. Carr*). Hlasování však bylo velmi těsné (pět ku čtyřem) a doprovázeno silným disentem soudkyně Kaganové (k němuž se připojili i ostatní disentující soudci). K vývoji a současné judikatuře rozhodování amerického nejvyššího soudu o politických otázkách v české literatuře viz MALÍŘ, J. *Klasická doktrína politické otázky v kontextu limitů soudního přezkumu v USA. Jurisprudence*. 2018, roč. 2018, č. 5, s. 15–29; MALÍŘ, J. *Moderní doktrína politické otázky v USA: příběh, v němž stále nepadlo poslední slovo. Jurisprudence*. 2019, roč. 2019, č. 1, s. 1–18. Ve druhém článku Malíř přímo označuje judikaturu amerických federálních soudů o politické otázce za nekonzistentní – viz *ibidem*, s. 15 an.

<sup>14</sup> MALÍŘ, J. *Actes de gouvernement v soudobém francouzském právu: kompromis mezi soudním přezkumem a politikou. Právník*. 2018, roč. 157, č. 2, s. 89–114.

<sup>15</sup> Např. britské právo zná kritéria toho, co je soudem přezkoumatelná otázka (*justiciable*) a co nikoli, z rozhodnutí Sněmovny lordů ve věci *GCHQ [viz Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (1984) UKHL 9]*, ale ta zřejmě nedávají odpověď pro každý případ – např. ukončení zasedání britského parlamentu (*prorogation*) provedené panovníkem na návrh předsedy vlády je pro anglický soud zřejmě politickou otázkou [viz rozhodnutí Vysokého soudu Anglie a Walesu ve věci *Miller II*, tedy rozhodnutí *The Queen on the application of Gina Miller v. Prime Minister and Others*, (2019) EWHC 2381 (QB)], zatímco pro skotský soud zřejmě nikoli [viz rozhodnutí Court of Sessions ve věci *Cherry*, tedy rozhodnutí *Joanna Cherry and Others v. The Advocate General*, (2019) CSIH 59]. Nedávné jednomyslné rozhodnutí britského nejvyššího soudu [ve věci *R (on the*

ve svém rozhodování vyhnout (aby nepůsobily více škody než užítku zcela jistě samy sobě a pravděpodobně i celé společnosti) a jestliže je politika onen „nepolapitelný objekt“, pak judikatura ani nemůže být jiná než kazuistická, případně dokonce nekonzistentní.

Odlišme proto tento „nepolapitelný objekt“ politiky od politiky, kterou vykonávají vysoké soudy. Tyto soudy se samozřejmě liší od ostatních politických aktérů v tom, že soudci nemají být politiky z povolání (ve výše zmíněném Weberově smyslu), takže jejich soudcovská politika nemá být či by neměla být touto „nepolapitelnou“ *politics*, ale spíše *policy* ve smyslu prosazování nějakých cílů strategickými prostředky. Úkolem soudů je přece nestranně provádět expertní činnost aplikace práva, nikoli dělat *politics*, a proto lze jejich autoritu označit za epistemickou. To je patrné třeba z toho, jak se soudci vysokých soudů brání tomu považovat svou činnost za související s *politics*,<sup>16</sup> i když mohou existovat výjimky, a to často tehdy, když je soud složen z bývalých profesionálních politiků, kteří třeba nemají mnoho zkušeností s právem, které má soud aplikovat.<sup>17</sup> Profesionální politici předstupují před voliče s nabídkou a jako každá nabídka i tato musí být atraktivní, přičemž jedním z hlavních komponentů atraktivity je novost – podobně jako je marketing „*uměním, jak futrovat sračky zpátky do bufetů tak, aby je lidé stále považovali za opravdové jídlo*“,<sup>18</sup> jde tedy o předstíranou novost, umí předstírat novost i profesionální politikové, a to pravidelně před každými volbami.<sup>19</sup> Soudní *policy* naproti tomu musí

---

*application of Miller*) v *Prime Minister a Cherry and Others v Advocate General for Scotland*, (2019) UKSC 41] v zásadě dalo za pravdu skotskému soudu, přičemž ale mj. poukázalo i na to, že podle názoru lorda Roskilla ve věci GCHQ je rozpuštění parlamentu (*dissolution*) soudem nepřezkoumatelnou otázkou – viz par. 35 rozhodnutí nejvyššího soudu.

- <sup>16</sup> Např. známý akademik a bývalý soudce italského ústavního soudu Sabino Cassese uvádí, že diskuse uvnitř soudu probíhají pomocí čistě právních argumentů a nikdy v nich přímo nezaznívají politické argumenty, přestože jsou si soudci sami vědomi politických dopadů svého rozhodnutí. Viz CASSESE, S. *Dentro la corte. Diario di un giudice costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2015, s. 24. V podstatě totéž říkali i někteří soudci českých vysokých soudů, s nimiž jsem měl možnost hovořit. Podobně třeba soudci španělského ústavního soudu přiznávají, že ohled na to, jak bude jejich rozhodnutí přijato ostatními politickými aktéry (mezi něž počítají i španělský nejvyšší soud), hraje roli při diskusích uvnitř soudu, aniž by však podle nich měly nějaký rozhodující vliv – viz RUFINO DO VALE, A. *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, s. 102 an.
- <sup>17</sup> Typickým příkladem může být francouzská ústavní rada v počátcích svého fungování, jak o tom informuje třeba Schnapperová: Když byla ústavní rada v roce 1958 zřízena podle ústavy páté republiky (která byla De Gaullovým ideovým výtvorem), jejími členy nebyl žádný specialista na ústavní právo, zato dva bývalí soudci, dva advokáti, diplomat (první předseda ústavní rady Léon Noël), dva ředitelé soukromých podniků, jeden čestný člen státní rady a lékař. Není proto divu, že podle Noëlových vzpomínek započal jeden ze členů rady svou argumentaci větou: „*Ano tomu, co říká de Gaulle!*“ Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 56 an. U jiných vysokých soudů, jejichž členy se mohou stát a pravidelně se stávají i neprávnicki, však k otevřeně politické argumentaci docházet nemusí, pokud mají soudci k dispozici právnícky personál, který jim připravuje podklady pro rozhodnutí – viz např. nizozemská státní rada (která někdy bývá popisována jako „přístav“ bývalých politiků a kde je politická afiliace potenciálního člena důležitým kritériem pro jeho jmenování – viz např. BRUINSMA, F. *Dutch Law in Action*. Nijmegen: Ars aequi libri, 2000, s. 25), na niž působí právnícky vzdělaní asistenti (v podstatě stálá funkce, za níž jsou tyto asistenti adekvátně odměňováni, takže většinou setrávají na soudě celá desetiletí) připravující soudcům podklady pro rozhodnutí a píšící pro ně často i odůvodnění. (Informace z rozhovoru s členem této rady v roce 2002.) V této souvislosti připomejme, že právnícky personál francouzské ústavní rady byl [alespoň před zavedením řízení o přednostní otázce ústavnosti (QPC) v roce 2008] poměrně skromný – tři právníci právní služby, tři právníci přidělení od obecných soudů, správních tribunálů a legislativních sborů a právnícky vzdělaný generální tajemník (jehož role na radě je nezanedbatelná), kterému pomáhají tři členové dokumentační služby a jeden *greffier* – viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 43 an.
- <sup>18</sup> COUPLAND, D. *Generation X. Tales for an Accelerated Culture*. New York: St. Martin's Press, 1991, s. 28, kde jedna z postav říká: „*Marketing is essentially about feeding the poop back to diners fast enough to make them think they're still getting real food. It's not creation, really, but theft, and no one ever feels good about stealing.*“
- <sup>19</sup> I konzervativní strany, které slibují stabilitu, nemohou většinou slibovat, že vše nechají při starém, protože stabilita společnosti v neklidných časech musí být zajištěna nějakými novými prostředky – viz např. kritika především britské konzervativní strany v tom, že se jí nedostává nových idejí v BECKETT, A. „*A zombie party: the deepening crisis of conservatism*“. *The Guardian*. 28. května 2019.



fungovat opačně: Snaží se slibovat právě to, že vše bude probíhat jako doposud, protože právo (podle něhož soudci rozhodují), má být přijato pravidelně před tím, než se problém, jenž mají řešit, vyskytl. Soudci se opírají o kontinuitu a stabilitu práva, a to i tehdy, kdyby právo produkované legislativou takové vůbec nebylo. Proto musí jakákoli změna v jejich *policy* působit tak, jako by o žádnou změnu vlastně nešlo. I kdyby zákonodárství překotně, nesystematicky, mnohomluvně a bezkonceptně plodilo neustále stohy předpisů, kterými chce reagovat na staré chyby, nedostatky či opomenutí (ať již jsou výsledkem neznalosti legislativní techniky, nebo záměrnými „podvody“), soudní *policy* musí vždy působit tak, že vše je již jen rozvinutím předchozích názorů soudu a že v tomto chaotickém světě představuje vysoký soud jakýsi „bezpečný přístav“ stability a předvídatelnosti. Proto i když se dělá něco nového, musí se vždycky říci, že je to již uvnitř toho starého a dobře známého, což připomíná Foucaultovo „bublání komentářů“, které má jen „říci nahlas“ to, co je již „tiše“ dávno řečeno.<sup>20</sup>

## 2. Techniky a strategie soudní politiky

Z výše řečeného je patrné, že první technika, o níž bude řeč, je technika, kterou mají vysoké soudy společnou se středověkými scholastiky, tedy neustálé obracení se do minulosti (ať již do minulosti vlastního soudu, nebo do minulosti jiných institucí), neustálá reinterpretace minulých textů, neustálé „pootáčení“ jejich významu (v tom smyslu, že text je vytržen ze svého kontextu a použit v novém kontextu).<sup>21</sup> Jakákoli zásadní změna judikatury či „novinka“ judikaturou zavedená tak musí působit jako pouhá aplikace toho, jak soud rozhodoval již v minulosti. Z hlediska soudní politiky použití této techniky znamená, že soud může kdykoli vůči ostatním politickým aktérům obhájit své rozhodnutí, které je pro ně překvapivé, či dokonce nelegitimní, tím, že takto rozhodoval již v minulosti – jenom si toho profesionální politici nevšimli, čímž opět poukazuje na svou expertní roli či (chcete-li) epistemickou autoritu. Příkladem může být postup francouzské ústavní rady, která svým rozhodnutím z roku 1971 ve věci *Liberté d'association*<sup>22</sup> způsobila to, co bylo později nazýváno „právní revolucí“. Jak známo, v této věci rada začala argumentovat základními principy uznanými zákony republiky (*principes fondamentales reconnue par les lois de la République*), k čemuž ji vedl i odkaz na preambuli ústavy páté republiky, která zmiňovala Deklaraci práv člověka a občana z roku 1789 a preambuli ústavy čtvrté repub-

<sup>20</sup> Soudcovské zacházení s předchozími texty se podobá technice komentáře tak, jak ji výstižně popisuje Foucault: „Na jedné straně dovoluje posun (mezi prvotním textem, tedy textem komentovaným, a druhotným textem, tedy textem komentáře – pozn. autora) tvořit, a to neomezeně nové diskursy [...]. Ale na druhé straně má komentář jen jednu roli, bez ohledu na techniku, které použijeme: chce totiž konečně vyslovit to, co bylo potichoučku vyjádřeno tam. Musí [...] vyslovit poprvé to, co už bylo nicméně řečeno, a neúnavně opakovat to, co přece ještě nikdy vyřčeno nebylo. Neomezené bublání komentářů je zevnitř zpracováváno snem maskovaného opakování: na jeho horizontu se možná nachází jen to, co bylo na jeho počátku, totiž jednoduché odříkávání. Komentář zažehňává nahodilost diskursu tím, že se na ní podílí, dovoluje sice říci jinou věc než samotný text, avšak za podmínky, že to bude právě tento text, který bude pronesen a jaksi završen. Otevřená mnohost, nahodilost jsou principem komentáře přeneseny od toho, co hrozilo, že bude řečeno, na počet, formu, masku, okolnost opakování. Nové nespočívá v tom, co je řečeno, nýbrž v události svého návratu.“ FOUCAULT, M. *Diskurs, autor, genealogie*. Praha: Svoboda, 1994, s. 15 an.

<sup>21</sup> Asi nejčastěji uváděným příkladem této techniky ze středověké scholastické praxe v kontextu politické filozofie je příklad zásady *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*, tedy „co se týká všech, má být všemi schváleno“ z původního kontextu justiniánského *Codexu* (*Cod. Iust.* 5.95.5), kde je zásadou týkající se poručnictví více poručníků z římského soukromého práva. Tato zásada byla přenesena do práva kanonického, kde se stala nejprve zásadou práva korporátního, pak i zásadou práva veřejného. Odtud se pak opět „navrátí“, tentokrát jako „ústavněprávní“ zásada do práva světského. Viz TIERNEY, B. *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150–1650*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, s. 24 an.

<sup>22</sup> DC 71-44, *Liberté d'association*.

liky z roku 1946, jež právě hovořila o těchto principech a dále o některých hospodářských a sociálních právech. Díky tomuto odkazu na preambuli ústavy si tak ústavní rada podstatně rozšířila možnosti právní argumentace do budoucna jak o argumentaci právními principy (kterou však používá v podstatě jen tehdy, nelze-li rozhodnutí opřít o zákonné či ústavní ustanovení<sup>23</sup>), tak o argumentaci základními právy (přestože tvůrci ústavy páté republiky zřetelně nehodlali přiznat třeba Deklaraci práv člověka a občana status aplikovatelného ústavního práva).<sup>24</sup> Odkaz na preambuli ústavy však obsahovalo již rozhodnutí Ústavní rady z roku 1970<sup>25</sup> (ale toto použití preambule proběhlo bez povšimnutí), rovněž argumentace právními principy se již „připravovala“ dříve, když byla rada ještě chápána v podstatě jako „prodloužená ruka“ gaullistické exekutivy mající především za úkol omezovat legislativu,<sup>26</sup> a také Deklarace práv člověka a občana byla již dříve aplikována státní radou<sup>27</sup> i obecnými soudy. Prizmatem tohoto vývoje se tak „právní revoluce“ jeví jako kontinuita s předchozí judikaturou. Jiný příklad může nabídnout nizozemský nejvyšší soud ve svém rozhodnutí ve věci *Lindenbaum v. Cohen* z roku 1919, které je v literatuře zmiňováno jako zásadní rozhodnutí nejen proto, že soud zde opustil doslovný výklad tehdejšího občanského zákoníku (a založil tím vlastně povinnost náhrady škody způsobené nekalosoutěžním jednáním), ale i proto, že tímto rozhodnutím počíná dlouhá řada rozhodnutí majících nesporný vliv na formování nizozemské společnosti a tedy i politický význam.<sup>28</sup> I tento inovativní interpretační přístup měl však v judikatuře tohoto soudu své předchůdce (pokud jde o opouštění doslovného výkladu)<sup>29</sup> a z hlediska obsahu (založení práva nekalé soutěže) byl zřetelně inspirován názory nizozemského právníka Molengraaffa publikovanými již v roce 1887 (jehož názor přebírá soud téměř slovo od slova).<sup>30</sup> Ostatně i slavné rozhodnutí českého ústavního soudu ve věci *Melčák*<sup>31</sup> chce ve své argumentaci působit tak, že jde vlastně jen o aplikaci předchozí judikatury soudu, případně tak, že jde o projev v podstatě středoevropského ústavního „trendu“.<sup>32</sup>

Je myslím zřejmé, že použití takovéto techniky je vlastně typické pro právníkové uvažování jako takové (protože právníci v podstatě vždy hledají argumentaci pro rozhodování současných případů v již existujícím „skladišti“ předchozích textů podobně jako středověcí scholastikové) a má mnoho společného s technikou precedentu, chápaného však

<sup>23</sup> Tzv. Vedelova doktrína zmiňovaná v SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 80 an.

<sup>24</sup> Podle vyjádření Raymonda Janota, poradce prezidenta de Gaulla pro ústavní otázky, citovaného např. v LECLERCQ, C. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7. vydání. Paris: Litec, 1990, s. 524.

<sup>25</sup> DC 70-39, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970*.

<sup>26</sup> K tomuto „připravování právní revoluce“ viz zejména FAVOREU, L. – GAIA, P. – GHEVONTIAN, R. – MESTRE, J.-L. – PFERSMANN, O. – ROUX, A. – SCAFFONI, G. *Droit constitutionnel*. 21. vydání. 2019, s. 332.

<sup>27</sup> Nejnámější případy, kdy státní rada aplikovala Deklaraci, jsou patrně rozhodnutí ve věcech *Barel* (CE, 28. května 1954, *Barel*, č. 28238, 28493, 28524, 30237, 30256) a *Condamine* (CE, 31. května 1957, *Condamine*, č. 26188, 26325). V prvním rozhodnutí tento správní tribunál aplikoval čl. 10 Deklarace o svobodě projevu tak, že *École normale d'administration* nesmí diskriminovat uchazeče o studium pro jejich politické názory, a to s odkazem na pátý odstavec preambule ústavy čtvrté republiky, který zakazoval diskriminaci – šlo tedy o nepřímou aplikaci Deklarace. K přímé aplikaci Deklarace (bez odkazu na jiným pramenům práva) došlo až v rozhodnutí ve věci *Condamine*.

<sup>28</sup> Viz typicky VAN KOPPEN, P. J. *The Dutch Supreme Court and Parliament: Political Decisionmaking versus Nonpolitical Appointments*. *Law and Society Review*. 1990, Vol. 24, No. 3, s. 745–780.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 746.

<sup>30</sup> DE VREY, R. W. *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, s. 83 an.

<sup>31</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 27/09 publikovaný pod č. 318/2009 Sb.

<sup>32</sup> K tomuto rozhodnutí v perspektivě podobných rozhodnutí jiných evropských ústavních soudů viz např. MADEJ, M. *Melčák nebo Melčáci? Ústavní soudy rušící ústavní zákony*. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 413–426.

nikoli ve svém úzkém technickém významu tak, jak se vyvinulo v anglickém právu,<sup>33</sup> ale ve významu co nejširším, kdy v podstatě každá věta použitá v předchozím soudním rozhodnutí má potenciál k opakování a reinterpetaci v budoucích rozhodnutích, nezávisle na rozlišování mezi *ratio decidendi* a *obiter dictum*.<sup>34</sup>

Použití této techniky reinterpetace, která má vzbudit minimálně zdání toho, že „novinka“ jakožto zásadní krok soudcovské politiky zde byla přítomna již v minulosti, může být přítom jak záměrné, tak ve své podstatě nahodilé. Příklad, kdy si vysoký soud záměrně „připravuje půdu“ pro své budoucí zásadní rozhodnutí již nyní, nazval jeden ze soudců českého nejvyššího správního soudu, s nímž jsem hovořil, „časovanou minou“, která napoprvé „nevybuchne“, takže ostatní političtí aktéři mají dojem, že se v judikatuře soudu nic zásadního neděje. Naopak o nahodilé použití jde tehdy, když se nějaké minulé rozhodnutí ukáže jako zásadní teprve při zpětném pohledu na judikaturu soudu – to, co soud v minulosti rozhodl, nebylo v čase takového rozhodnutí chápáno ani soudem samotným jako významné, ale jako zásadně důležité se to ukáže teprve při budoucím rozhodování. Známým příkladem je rozhodnutí francouzského *Tribunal des conflits* ve věci *Blanco* z roku 1873, které začalo být chápáno jako jistý „základní kámen“ francouzského správního práva (protože jednak stanovuje kritérium pro kompetenci správních tribunálů vůči obecným soudům,<sup>35</sup> jednak umožnilo do budoucna státní radě vytvořit celé právo regulující právní odpovědnost veřejné správy nezávisle na ustanoveních francouzského občanského zákoníku<sup>36</sup>) až tehdy, kdy ho na počátku 20. století „objevil“ vládní komisař státní rady Jean Romieu – do té doby toto rozhodnutí vlastně nebylo v judikatuře státní rady zmiňováno.<sup>37</sup> Podobně známým příkladem může být rozhodnutí britské sněmovny lordů ve věci *Donoghue v. Stevenson* z roku 1932, které je dnes považováno za zásadní krok pro založení doktríny *duty of care* v britském deliktním právu, přestože v době, kdy bylo vydáno, tak rozhodně nepůsobilo, dokud na něj nebylo navázáno později, především v rozhodnutích *Hedley Byrne v. Heller* v roce 1963 a *Home Office v. Dorset Yacht Co* v roce 1970.<sup>38</sup> Jestli je však nějaké rozhodnutí záměrnou „časovanou minou“, anebo zda jde „pouze“ o zpětnou reinterpetaci rozhodnutí ve světle pozdějších rozhodnutí, které na něj navazují, lze poznat jen velmi obtížně,<sup>39</sup> ale ve výsledku to vlastně ani není příliš důležité. Na první

<sup>33</sup> Viz typicky CROSS, R. – HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. vydání. Oxford: Clarendon Press, 1991.

<sup>34</sup> Takto svá předchozí rozhodnutí používají třeba Evropský soud pro lidská práva nebo Evropský soudní dvůr, když extenzivně citují ze svých předchozích případů, aniž by jejich rozhodnutí byly precedenty v technickém smyslu *common law*, jak o tom svědčí např. to, co o své (ne)vázanosti svými předchozími rozhodnutími sám strasbourský soud řekl typicky v rozhodnutí ve věci *Cossey* z roku 1990, které ale bylo změněno např. v rozhodnutí ve věci *Goodwinová* z roku 2002 (nejspíše proto, že soud „vyšel vstříc“ trendu společenské akceptace transsexuality). Od lucemburského soudu zase známe rozhodnutí ve věci *HAG II* (C-10/89 *CNL-Sucal v. HAG*) jako otevřenou změnu judikatury ustavené v rozhodnutí ve věci *HAG I*. (192/73 *Van Zuylen v. HAG*) (nejspíše v důsledku toho, že původní řešení bylo poněkud „drastické“).

<sup>35</sup> Viz např. ROUSSET, M. – ROUSSET, O. *Droit administratif II. Le contentieux administratif*. 2. vydání. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2004, s. 80 an.

<sup>36</sup> Viz např. ibidem, s. 141. V tomto ohledu navazuje rozhodnutí ve věci *Blanco* na již vydané rozhodnutí státní rady ve věci *Rotschild* z roku 1855 a potvrzuje, že v případě *service public* neexistuje obecná odpovědnost za škodu nezávislá na ustanovení zákona. Teprve rozhodnutí státní rady ve věci *Tomaso Grecco* z roku 1905 stanovilo tuto obecnou odpovědnost za škodu i pro *service public*.

<sup>37</sup> Viz např. ibidem, s. 80. Viz i článek BOSVIEUX-ONYEKWELU, Ch. Revenir sur une légende en sociologue: l'arrêt *Blanco* et le mythe de la «naissance» du droit administratif français. *Droit et Societé*. 2019, Vol. 101, No. 1, s. 159 an., dokládající dodnes probíhající diskusi o tom, zda je rozhodnutí ve věci *Blanco* opravdu „zakládacím aktem“ francouzského správního práva a pravomoci správních tribunálů, anebo zda jde pouze o mýtus, na jehož vytvoření se zásadně podílel vlivný vládní komisař Jean Romieu.

<sup>38</sup> Viz např. BUXTON, R. How the Common Law Gets Made: *Hedley Byrne* and Other Cautionary Tales. *Law Quarterly Review*. 2009, Vol. 125, No. 1, s. 60–78.



pohled v nahodilosti nemusíme vidět případ strategického chování vysokého soudu, ale musíme si také uvědomit, že „objevování“ staré judikatury již může rysy strategického jednání vykazovat – vybírat ze „skladiště“ textů ty, o něž soud opře své aktuální rozhodnutí, již může být strategickým počinem.

Kdyby vysoké soudy opravdu chtěly jednat vůči ostatním politickým aktérům strategicky a záměrně vytvářet „časované miny“, pak je pro ně nevhodnější používat tuto techniku reinterpretace tak, že nejdříve nashromáždí dostatek rozhodnutí, v nichž zavedou nové doktríny, principy či argumenty, ale nenechají je „plně rozvinout“ v tom smyslu, že v těchto rozhodnutích zároveň uvedou důvody, proč se tyto „novinky“ neuplatní, čímž minimalizují možnost „výbuchu časované miny“ hned při jejím vytvoření a tedy i možnost kritiky takové „novinky“ ze strany ostatních politických aktérů. Např. dnes slavné rozhodnutí německého ústavního soudu ve věci *Elfes* z roku 1957<sup>40</sup> podstatně rozšířilo pravomoc tohoto soudu díky inovativní interpretaci čl. 2 základního zákona, která z něj udělala záruku obecné svobody jednání (*allgemeine Handlungsfreiheit*). Protože však rozhodnutí nevyhovělo stěžovateli, tedy bývalému politikovi CDU Elfesovi a ten nezískal svůj cestovní pas (neboť nevydání pasu a tím i omezení jeho svobody pohybu bylo podle soudu opodstatněno tím, že jako představitel mírového hnutí podporovaného částečně z NDR představoval bezpečnostní hrozbu), nikdo z politických aktérů si v době vydání rozhodnutí neuvědomil (na rozdíl od německých konstitucionalistů), že inovativní interpretace čl. 2 základního zákona představuje zásadní krok jednak k rozšíření kompetence soudu rozhodovat i o právech, která nejsou výslovně zmiňována v katalogu základních práv základního zákona, jednak k tomu, že jakákoli omezení takovéto obecné svobody jednání budou muset mít zákonný podklad, což do budoucna omezí manévrovací prostor státu.<sup>41</sup> Další příklady můžeme najít v rozhodnutích Evropského soudního dvora, kdy *Van Gend en Loos*,<sup>42</sup> *ERTA*<sup>43</sup> či *Francovich*<sup>44</sup> jsou slavnými rozhodnutími nikoli proto, že okamžitě způsobily nějakou změnu, ale tím, že zavedly nové doktríny práva EU, které se však v těchto rozhodnutích z různých důvodů ještě neaplikovaly: Připomeňme si, že v rozhodnutí ve věci *Van Gend en Loos* je popřen přímý účinek ustanovení, o něž jde, ale doktrína přímého účinku je ustavena; v rozhodnutí ve věci *ERTA* se najde procesní překážka, která nedovolí uplatnit právě vytvořenou doktrínu o kompetencích ES k uzavírání mezinárodních smluv a o nevyčerpávajícím výčtu právních aktů ES; v rozhodnutí ve věci *Francovich* se vytýčí princip náhrady škody za porušení práva ES státem vůči osobě, ale nerozhodne se o výši odškodnění, která se později ukáže jako nulová. Vůbec netvrdím, že německý ústavní soud či Evropský soudní dvůr zcela jistě postupovaly při vytváření své judikatury strategicky vytvářením „časovaných min“, ale poukazují pouze na to, že takovýto postup by byl vhodný, pokud by soud strategicky postupovat chtěl.

<sup>39</sup> Jedinou možností, která mne napadá, je informace přímo od soudců, kteří ono zásadní rozhodnutí vydali (pokud můžeme věřit v jejich upřímnost) – např. v případě výše zmiňovaného rozhodnutí francouzské ústavní rady č. DC 70-39 existuje svědectví člena rady François Luchaira, že si již v případě tohoto rozhodnutí uvědomoval jeho „revoluční“ potenciál, který byl naplno zřejmý až z rozhodnutí č. DC 71-44. Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 292.

<sup>40</sup> BVerfGE 6 32.

<sup>41</sup> K rozhodnutí ve věci *Elfes* a jeho přijetí viz např. COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 49 an., nebo LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011, s. 50 an.

<sup>42</sup> Věc 26/62 N. V. *Algemene Transport-en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v Netherlands Fiscal Administration*.

<sup>43</sup> Věc 22/70 *Komise v Rada*.

<sup>44</sup> Spojené věci C-6 a 9/90 *Francovich a Bonifaci a spol. v Itálie*.

Ze strategického hlediska je také vhodné vytvářet „novinky“ při rozhodování případů, jejichž meritum věci je spíše nevýznamné. Každý, kdo trochu podrobněji studoval třeba judikaturu Evropského soudního dvora, ostatně ví, že ve slavné věci *Costa*<sup>45</sup> šlo o zaplacení účtu za elektřinu, jehož výše byla zanedbatelná, a ve věci *Stauder*<sup>46</sup> šlo o kupóny na levné máslo, a přesto jde o zásadní rozhodnutí ustavující „pilíře“ doktrín dnešního unijního práva.<sup>47</sup> Tato možnost je samozřejmě otevřena jen těm vysokým soudům, které mají za základ rozhodnutí v konkrétním případě (typicky u ústavních soudů rozhodujících o ústavních stížnostech), nikoli těm soudům, které řeší především abstraktní právní problémy nezávislé na konkrétním případě, typicky soulad přijatého návrhu zákona s ústavou, jak to dlouho dělala francouzská ústavní rada (před zavedením možnosti QPC v roce 2008).

Z výše řečeného je patrné, že k tomu, aby soud mohl používat techniku reinterpretační či „pootáčení“ judikatury, potřebuje mít „za sebou“ dostatečnou „masu“ již vytvořených rozhodnutí, dostatečně velké „skladiště“ textů, z něhož může vybírat argumenty a používat je v nových kontextech. Pokud tomu tak není, jednou z možností je předstírat, že takové texty již v minulosti soud vytvořil. Takovéto „falšování“ své vlastní minulosti nebude časté tehdy, když je minulá judikatura soudu veřejná a dobře dostupná. Pokud tomu tak ale někdy nebylo, typicky tehdy, když se soudní rozhodnutí zveřejňovala sporadicky formou soukromého sepsání práva, „falšování“ vlastní minulosti se vlastně meze nekladly. Dobrým příkladem může být slavné rozhodnutí ve věci doktora *Bonhama* z roku 1610,<sup>48</sup> které dodnes zejména američtí autoři považují za základ *judicial review* v angloamerickém právu.<sup>49</sup> V tomto rozhodnutí totiž slavný soudce Edward Coke dovedl, že soudy *common law* mohou kontrolovat parlamentní zákony a že je mohou prohlásit nicotnými („*the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes will adjudge them to be utterly void*“) a to v případě, že jsou proti „*common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed*“.<sup>50</sup> Zajímavé na tomto Cokeově rozhodnutí je to, že samotný rukopis rozhodnutí z roku 1610 tento argument neobsahuje, ale Coke jej tam doplnil až později, když vydával své *Reports* (mezi léty 1600 až 1615), nejspíše proto, že chtěl zdůraznit nikoli pouze to, že nikdo nemůže být soudcem ve vlastní věci (což se v Bonhamově případě stalo), ale i veřejnoprávní či ústavní „rozměr“ celé kauzy.<sup>51</sup> Díky tomu bylo toto rozhodnutí považováno za základ pro soudní přezkum parlamentních zákonů již Cokeo-

<sup>45</sup> Věc 6/64 *Costa v ENEL*.

<sup>46</sup> Věc 26/69 *Stauder v město Ulm*.

<sup>47</sup> Někdo by mohl říci, že před Evropským soudním dvorem nebylo „malých případů“, protože vzhledem k tomu, že jeho pravomoc byla do velké míry závislá na tom, zda soudy členských států podají předběžnou otázku či nikoli, tento soud „bral za vděk“ jakoukoli příležitost k tomu, aby ustavil základní doktríny práva ES a zajistil tak, že právo ES bude členskými státy dodržováno (typicky v době, kdy ještě neexistovalo řízení o porušení zakládajících smluv členským státem). Příznivý postoj soudu k „malým případům“ navíc mohl ukazovat, jak se soud „stará“ o práva „obyčejných lidí“ (důchodce Staudera nebo dělníka Francoviche), i když z dlouhodobého hlediska může být realita jiná: Jak na to upozorňoval třeba Stephen Weatherill, většina stran žádajících po státu odškodnění za porušení práva EU rozhodně nebyli „obyčejní lidé“, ale bohaté korporace – viz WEATHERILL, S. *Law and Values in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 190.

<sup>48</sup> Lékař dr. Bonham byl žalován *Royal College of Physicians* za to, že praktikuje medicínu, aniž požádal tento „cech“ o povolení. Samotná *college* pak dr. Bonhama odsoudila k zaplacení pokuty deseti liber, na což měla zákonnou pravomoc, přičemž polovina této pokuty měla být odvedena *college* samotné. Toto rozhodnutí pak dr. Bonham napadl o *Court of Common Pleas*.

<sup>49</sup> Viz např. Berger, který argumentuje rozhodnutími ve věcech *Bonham*, *Savadge* z roku 1614 a *Wood* z roku 1702, aby ukázal, že existuje linie anglických precedentů, která umožňuje *judicial review*, a to až do americké revoluce. BERGER, R. *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?* *University of Pennsylvania Law Review*. 1969, Vol. 117, No. 4, s. 521 an.

<sup>50</sup> *Dr. Bonham v. College of Physicians and Others*, 77 *Eng. Rep.* 1378–1865, s. 652.

<sup>51</sup> Viz GRAY, Ch. M. *Bonham's Case Reviewed. Proceedings of the American Philosophical Society*. 1972, Vol. 116, No. 1, s. 35–58.

vými soudci, jak o tom svědčí typicky dvě rozhodnutí Henryho Hobarta (Cokeova nástupce na *Court of Common Pleas*) ve věcech *Day v. Savadge* z roku 1614 a *Lord Sheffield v. Ratcliffe* z roku 1615,<sup>52</sup> než se celá myšlenka soudního přezkumu zákonů stala ve druhé polovině 17. století dosti nepopulární, mj. i proto, že byla využita roku 1686 v rozhodnutí *Privy Council* ve věci *Godden v. Hales* (podle něhož může král pozastavovat výkon zákonů, protože je to v souladu s jeho prerogativou), což byla jedna z mnoha příčin Slavné revoluce roku 1688. Kvůli tomu myšlenka *judicial review* z anglického práva postupně mizí<sup>53</sup> a místo ní se postupně prosazuje myšlenka suverenity parlamentu. Příkladem z dnešní doby může být třeba používání argumentů, které se sice v minulém rozhodnutí objevily, ale nikoli jako argument většiny soudců daného soudu, nýbrž jako argument přehlasované menšiny, jež je znám z publikovaného menšinového stanoviska. Zde samozřejmě o „falšování“ minulosti nejde, pokud soud otevřeně vysvětlí, proč se nyní přiklání k dříve menšinovému stanovisku, což však nebývá vždy zřejmé.<sup>54</sup>

Uvědomme si také, že technika reinterpretační či „pootáčení“ judikatury je nezávislá na tom, zda soud za základ své argumentace považuje nějaký text právního předpisu (byť velmi obecný jako je třeba ústava), anebo jsou základem argumentace právní principy, které pro daný případ vyvažuje pomocí proporcionality (tak, jak si to představuje typicky Alexy). O právních principech zde mluvím zvláště proto, že pro někoho může argumentace právními principy znamenat dokonce synonymum soudcovské politiky vůbec, protože zde soud „vykračuje mimo“ interpretaci textů právních předpisů, které vytvořil zákonodárce. Zde se nechci připojovat k těm, kteří dosti zjednodušeně chápou používání právních principů jako „otevřené dveře“ pro soudcovskou svévoli (byť se někdy může zdát, že právní principy se používají i tam, kde by bylo možné snadno aplikovat ustanovení právních předpisů). Ani se nechci pouštět (na rozdíl od předchozích odstavců) do rozborů případů, v nichž se právní principy používají. Chtěl bych místo toho upozornit pouze na dvě věci: Za prvé, za „otevřené dveře“ soudcovské svévoli naopak může být velmi dobře považována argumentace používající „klasické“ interpretační metody zákonného textu, protože když jednou soud interpretuje text pomocí *a contrario* a podruhé tentýž text pomocí analogie či *a fortiori*, aniž by odůvodnil, proč ve druhém případě postupoval jinak než v prvním, stává se svévolným.<sup>55</sup> Za druhé, v případě argumentace právními principy se soudcovské rozhodování přenáší v podstatě do morální roviny, protože skutečné právní

<sup>52</sup> Byť v prvním případě Hobart zmiňuje možnost soudu přezkoumávat zákony parlamentu pouze *obiter* a ve druhém případě (opět *obiter dictum*), upozorňuje na to, že zákony parlamentu musí být interpretovány v souladu s *right reason*, takže o nerespektování zákonů nehovoří. V obou případech přitom šlo o aplikaci zásady *nemo iudex in causa sua*, takže je patrné, že Hobart interpretoval Cokeův precedens striktně (jak bývá ostatně v *common law* zvykem).

<sup>53</sup> Jak přehledově ukazuje třeba Luc Heuschling, který zmiňuje na podporu svého tvrzení mnohá soudní rozhodnutí z 18. století. Viz HEUSCHLING, L. *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002, s. 202 an.

<sup>54</sup> Příkladem možná může být bod 64 nálezu českého ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 55/10, v němž soudkyně zpravodajka cituje své vlastní menšinové stanovisko k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/07.

<sup>55</sup> Příkladem by možná mohlo být rozhodování československého prvorepublikového nejvyššího správního soudu o otázce, zda stejná práva na užívání svého menšinového jazyka mají dle § 2 ústavního jazykového zákona č. 122/1920 Sb. z. a n. i cizinci: Zatímco ve svém rozhodnutí č. 966 Boh. A z roku 1921, v němž tento soud jazyková práva pro cizince uznal, argumentoval gramatickým výkladem § 2, úmyslem vlády (známým z neuveřejněného vládního návrhu jazykového zákona) a § 33 obecného občanského zákoníku (který stanovil, že cizinci mají stejná občanská práva a povinnosti jako tuzemci, není-li výslovně stanoveno jinak), v nálezu č. 12675 Boh. A z roku 1936 argumentoval soud ve prospěch opačného názoru tak, že gramatický výklad § 2 je nejistý (přestože soud třeba v nálezu č. 1968 Boh. A z roku 1923 tvrdil naopak, že jistý je), úmysl vlády je irelevantní (protože nebyl zveřejněn), jazykový zákon je vzhledem k § 33 občanského zákoníku *lex posterior* a systematický výklad naopak přikazuje brát v úvahu § 129 ústavní listiny z roku 1920 a znění tzv. St. Germánské menšinové smlouvy (vyhrazující práva na užívání menšinového jazyka státním občanům, z čehož soud *a contrario* dovodil, že pouze jim).

principy (jako princip rovnosti, právní jistoty, ochrany legitimních očekávání apod.) mají vždy nakonec morální rozměr (jak na to upozorňoval třeba již Dworkin).<sup>56</sup> Pokud má tedy právní princip morální základ<sup>57</sup> (a soud se tak jeho používáním stává představitelem hodnotové jurisprudence), vyvažování mezi konfliktními principy (pomocí proporcionality) v kombinaci s respektem k předchozím rozhodnutím soudu, které také vyvažovaly principy, by mělo v podstatě zajistit, že svévolie je nakonec v dlouhodobé perspektivě úplně vytlačena, protože s každým dalším použitím proporcionality se snižuje „rozhodovací prostor“ soudu do budoucna (pokud svá předchozí vyvažující rozhodnutí respektuje) a z principů se nakonec stanou pravidla.<sup>58</sup> Rozhodování podle morálně ukotvených právních principů má však jedno zásadní úskalí: Zdá se, že potom se právní uvažování redukuje na morální, což nemusí být nutně dobré, podobně jako redukce „nepolapitelné“ *politics* na jinou expertní činnost, jak o ní bylo pojednáno výše.<sup>59</sup>

Další technika, která umožňuje vysokému soudu vytvořit nějakou novou doktrínu či argument, se již nutně nesnaží o to, aby „novinka“ minimálně působila jako reinterpretace či „pootáčení“ stávající judikatury, anebo aby nebyla aktuálně použita. Naopak spočívá v tom, že nová doktrína je vytvořena otevřeně a je také aktuálně použita (čímž se vysoký soud stává otevřeně „pozitivním zákonodárcem“), ale současně se stanoví výjimky z této doktríny, které umožňují, aby se nepoužila – kreativní novost soudního rozhodnutí je tedy „vyvážena“ tím, že za určitých okolností může zůstat „vše při starém“. Navíc si vysoký soud při takovém vytváření práva zachovává flexibilitu, protože je to přece on, kdo bude do budoucna rozhodovat o tom, kdy se použije doktrína a kdy se naopak použije výjimka. Hezký příklad může představovat série rozhodnutí Evropského soudního dvora v případech týkajících se protiprávních omezení majících rovnocenný účinek jako kvóty v kontextu volného pohybu zboží (jakožto základního „pilíře“ vnitřního trhu).<sup>60</sup> Tak v rozhodnutí ve věci *Dassonville* z roku 1974<sup>61</sup> soud nejdříve interpretoval pojem takových zakázaných

<sup>56</sup> To samozřejmě neznamená, že cokoli vysoký soud nazve právním principem skutečně takovým morálně „založeným“ principem je – např. kdysi jsem analyzoval všechna rozhodnutí Evropského soudního dvora vydaná za rok 1998, v nichž se slovo „princip“ vyskytovalo v cca sedmdesáti procentech případů. Tyto výskyty slova „princip“ jsem roztřídil do třinácti kategorií, z nichž pouze jedna představovala právní principy v tom smyslu, v jakém je zde používám – viz ŠEJVL, M. Principy v rozhodování Evropského soudního dvora. *Právní obzor*. 2003, roč. 86, č. 4, s. 377–385.

<sup>57</sup> Někdo by s tímto předpokladem mohl nesouhlasit a argumentovat třeba morální indiferentností některých právních principů. Takový argument by byl však založen na tom, jaké pojetí morálky zvolíme (např. Kant chápe morální jednání jako jednání založené na povinnosti, křesťané se zase opírají o lásku k bližnímu, někdo jiný chápe za morální jakékoli jednání, které bere ohled na ostatní morální aktéry apod.) Na takovou argumentaci by se však dalo zareagovat otázkou, jaký jiný základ (ospravedlnění) by měly právní principy mít než morální, když nejsou produktem ani společenské praxe (jako právní obyčeje), ani institucionální praxe (jako právní předpisy, mezinárodní smlouvy či soudní precedenty)?

<sup>58</sup> Možná podobně, jako si představuje používání proporcionality Kai Möller: Na „počátku“ je vše dovoleno (třeba i vražda), aby postupně pomocí vyvažování v konfliktních situacích došlo k vytvoření pravidel, která jsou vlastně nezávisle na nějakém zákonodárci. Viz MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>59</sup> Nemusíme hned hovořit o schmittovské „tyranii hodnot“, aby bylo zřejmé, jak velkým praktickým problémem může být třeba vztah mezi morálkou a politikou v kontextu soudního rozhodování – máme třeba známé rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Sejdić a Finci v. Bosna a Hercegovina* z roku 2009 chápat jako vítězství principu rovnosti (a tedy i morální hodnoty), anebo jako necitlivost k ústavnímu uspořádání schválenému mezinárodním společenstvím prostřednictvím Daytonské dohody (které opravdu diskriminuje židy či Romy), když toto uspořádání je nejspíše maximem kompromisu, kterého bylo možné dosáhnout po poměrně krvavé občanské válce? Když zvolíme druhou možnost (třeba s myšlenkou na to, kolik nespravedlností či nemorálností stálo v dějinách vybudování národních států třeba typu Francie), nestane se pro nás morálka nakonec vlastně pouze konvenční záležitostí a produktem dějinného vývoje, což je přesně postoj, proti němuž etikové vždy vystupovali?

<sup>60</sup> Podrobně o celé sérii těchto případů viz např. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*. 5. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 637–668, nebo CHALMERS, D. – HADJIIEMMANUIL, Ch. – MONTI, G. – TOMKINS, A. *European Union Law. Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press 2006, s. 661–695.

<sup>61</sup> Věc 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville*.

omezení velmi široce (opatření, která přímo či nepřímo, aktuálně či potenciálně mohou ohrožovat volný pohyb zboží), ale zároveň připustil, že členské státy mohou nadále aplikovat „rozumná opatření“, která nebudou ve svém výsledku diskriminační. V rozhodnutí ve věci *Cassis de Dijon* z roku 1979<sup>62</sup> znovu rozšířil pojem takových protiprávních omezení o vnitrostátní pravidla, která nejsou diskriminační, ale zároveň stanovil první výjimku, že protiprávní taková pravidla nejsou, „pokud taková ustanovení jsou shledána jako nezbytná pro splnění oprávněných požadavků vyplývajících zejména z nutnosti efektivního fiskálního dohledu, ochrany veřejného zdraví, poctivých obchodních transakcí a ochrany spotřebitele,“ a také druhou výjimku, kterou představují tzv. kategorické požadavky (*mandatory requirements*), pokud jsou vhodné a proporcionální svému účelu, nediskriminují a nezasahují do oblastí, která již byla harmonizována na úrovni ES jako celku. Protože se pak v průběhu času ukázalo, že takto široce formulovaný zákaz (byť s výjimkami) je zřejmě široký až příliš, soud znovu ve věci *Keck*<sup>63</sup> reformuloval to, která omezení jsou zakázána tak, že rozlišil mezi omezeními spojenými s užíváním výrobku (která jsou nadále zakázána) a omezeními spojenými se způsoby prodeje výrobku (*selling arrangements*), které nadále podle rozhodnutí ve věci *Keck* zakázány nebudou. Tato „dělicí čára“ byla dostatečně jasná, i když z hlediska dopadu na obchod uvnitř vnitřního trhu není mezi těmito dvěma omezeními velký rozdíl.<sup>64</sup> Později však soud toto rozlišování sám zpochybnil a možná se vydal tím směrem, že zakázána budou omezení vstupu na trh (*market access*).<sup>65</sup> Pro naše účely není důležité zkoumat všechny detaily této značně „technické“ judikatury – zajímavé naopak je, že výsledkem takového „zastřelování na cíl“ či „metody pokus-omyl“ je v podstatě soudem otevřeně vytvořená právní úprava, které má relativně složitou strukturu, v níž se stanovení širokých zákazů kombinuje s různými výjimkami, či dokonce výjimkami z výjimek. Důležitost takovýchto kauz pro soudcovskou politiku spočívá v tom, že soud si na jedné straně zachovává flexibilitu ve svém rozhodování a na druhé straně vždy ostatním aktérům (v tomto případě členským státům) „nabízí cestu“, jak stále provádět nějakou „rozumnou“ regulaci problému (v tomto případě regulaci toho, které zboží nebude vpuštěno na trh členského státu). Nevýhodou takového přístupu je samozřejmě to, že (často podobně jako legislativa) může být taková soudcovská tvorba práva nejasná co do svých výsledků (v tomto případě se neví, zda způsoby prodeje spadají nadále do výjimky ze zakázaných omezení, nebo byly nahrazeny požadavky přístupu na trh) a otevřená budoucím (někdy nečekaným) změnám judikatury. Soud zkrátka někdy přestává být „bezpečným přístavem“ stability, když jím vytvořené právo není nutně lepší než to zákonodárcovo.

Při používání výše popsaných technik soudcovské politiky je na místě upozornit na možná zajímavou souvislost s pojmem *prudentia*, s nímž pracoval Aristotelés (*fronésis*)<sup>66</sup> a jeho pozdější středověcí interpreti jako Akvinský. Když se totiž podíváme do Akvinského

<sup>62</sup> Věc 120/78 *Rewe-Zentral v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

<sup>63</sup> Věci C-267 a C-268/91 *Trestní řízení proti B. Keck a D. Mithouard*.

<sup>64</sup> Viz např. CHALMERS, D. – HADJIEMMANUIL, Ch. – MONTI, G. – TOMKINS, A. *European Union Law. Text and Materials*, 685 an.

<sup>65</sup> Např. ve věcech C-189/95 *Trestní řízení proti Harry Franzénovi*, C-110/05 *Komise v Itálie* z roku 2009 a C-142/05 *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos*. K otázkám, jak se lucemburský soud staví k omezením vstupu na trh, viz např. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*, s. 665 an. nebo CHALMERS, D. – HADJIEMMANUIL, Ch. – MONTI, G. – TOMKINS, A. *European Union Law. Text and Materials*, s. 690 an.

<sup>66</sup> *Etika Níkomachova*, VI, 5, 1140a, 25 an.



*Teologické sumy*, vidíme, že užívání této ctnosti souvisí s pamětí, zkušeností,<sup>67</sup> výchovou,<sup>68</sup> ochotou nechat si poradit (*eubolia*),<sup>69</sup> uměním aplikovat obecná pravidla jednání, která byla vytvořena pro jedny situace, na situace podobné (*synesis*),<sup>70</sup> ale i s uměním neaplikovat je, a tedy z nich učinit výjimky (*gnome*), což prozrazuje určitou „bystrost“ úsudku (*perspicacitas iudicii*).<sup>71</sup> Zatímco pro Akvinského v kontextu jeho právního uvažování (které je zase specifickým případem praktické racionality) hraje *prudentia* zásadní roli při odvozování konkrétnějších pravidel ze čtyř nejobecnějších pravidel přirozeného zákona,<sup>72</sup> v kontextu uplatňování soudcovské politiky vidíme, že všechny prvky či složky této ctnosti jsou přítomny ve všech výše představených technikách – když soud odkazuje na svou předchozí judikaturu, pak aplikuje svou vlastní zkušenost a paměť; jeho pozice jakožto expertního „fóra“ je dána právníkovou výchovou soudců; reinterpretace či „pootáčení“ judikatury může být příkladem *synesis*; *eubolia* by mohla odpovídat soudcovské ochotě inspirovat se při tvoření práva názory jiných soudů (jak se to typicky ukazuje v používání komparatistických argumentů soudy<sup>73</sup>) či právní vědou; stanovování doktrín (ve formě obecných pravidel) a výjimek z nich je zase příkladem *gnome*. Možná by se tak dalo říci, že při používání zde popisovaných technik je *prudentia* tou zásadní ctností, kterou musí soudy mít.<sup>74</sup> Uvědomme si také, že *prudentia* v oblasti praktické racionality v Akvinského pojetí (na rozdíl třeba od Kanta) nemůže dosáhnout stejné jistoty v usuzování jako teoretická racionality, neboť se zabývá nahodilými věcmi, mezi něž patří i lidské skutky.<sup>75</sup> Aplikováno analogicky na techniky soudcovské politiky to znamená, že žádné jisté „recepty“ na „úspěšnou“ (tedy dlouhodobě akceptovatelnou ostatními aktéry) soudcovskou politiku neexistují.

Zatímco techniky popsané v předchozích odstavcích souvisí přímo s charakterem práva jako diskursu otevřeného neustále novým a novým interpretacím (a jiným změnám), další technika souvisí s institucionálním postavením vysokých soudů, které jsou pravidelně vybaveny vlastně „pouze“ kasačními pravomocemi,<sup>76</sup> respektive pokud posuzují soulad právních předpisů s nějakým standardem (především ústavní soudy posuzující

<sup>67</sup> *Summa Theologiae* (ST), II-II, q. 49, a. 1. co.

<sup>68</sup> ST, II-II, q. 49, a. 3. co.

<sup>69</sup> ST, II-II, q. 51, a. 1. co.

<sup>70</sup> ST, II-II, q. 51, a. 3. co.

<sup>71</sup> ST, II-II, q. 51, a. 4. co.

<sup>72</sup> ST, II-II, q. 94.

<sup>73</sup> Viz např. JAKAB, A. – DYEYRE, A. – ITZCOVICH, G. (eds). *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

<sup>74</sup> Možná je vhodné upozornit, že zde představený pojem soudcovské *prudentia* je odlišný od pojmu *judicial prudence* (který je znám především v americkém prostředí), protože soudcovská *prudentia* je zde zmiňována v kontextu technik umožňujících soudcovskou právtvorbu, zatímco *judicial prudence* naopak úzce souvisí se soudcovským sebeomezením (*judicial self-restraint*) a soudcovským respektem k ostatním mocem ve státě (*judicial deference*).

<sup>75</sup> *Etika Nikomachova*, VI, 5, 1140b, a ST, I-II, q. 94, a. 4. co.

<sup>76</sup> Mohlo by se zdát, že kasace, při níž vysoký soud může pouze rozhodnutí potvrdit nebo zrušit pro rozpor s právem, aniž by sám mohl rozhodnout, je určitým minimálním soudním přezkumem. Vývoj kasace ve francouzském právu starého režimu (odkud tento institut pochází) však naopak ukazuje to, že kasace (uplatňovaná královskou radou) byla přímým důsledkem královny legislativní pravomoci – protože pouze autor zákona (král) může rozhodovat o tom, zda byl zákon porušen či nikoli, zrušení rozhodnutí *parlements* (soudních dvorů) pro rozpor se zákonem (manifestované zlomením pečeti na rozhodnutí) bylo cca od 15. století vyhrazeno pouze králi, respektive jeho radě, která tak ale činila pouze velmi výjimečně. V tomto smyslu jsou mnohé vysoké soudy (především ty ústavní), které působí jako „negativní zákonodárci“, vlastně následovníky královské rady, respektive toho jejího složení, v němž rada rozhodovala kasačně (tedy od roku 1661 tzv. soukromé státní rady). K tomuto vývoji kasace viz např. GODIN, X. La procédure de cassation au XVIIIème siècle. *Histoire, économie & société*. 2010, Vol. 29, No. 3, s. 19–36.

soulad právního předpisu s ústavou, ale nejen ony<sup>77</sup>), mohou „pouze“ vyslovit soulad, či naopak nesoulad podle představy, že jsou pouze „negativními zákonodárci“. Mnohé ústavní soudy však rozšiřují svůj „rozhodovací prostor“ tím, že se snaží „uniknout“ této dichotomii („buď soulad, nebo nesoulad“) typicky pomocí techniky konformní interpretace, přičemž příklady nalezneme v doktrínách ústavně konformní interpretace německého,<sup>78</sup> českého,<sup>79</sup> španělského,<sup>80</sup> italského<sup>81</sup> nebo belgického ústavního soudu<sup>82</sup> či francouzské ústavní rady.<sup>83</sup> (Vskutku bychom asi nenalezli ústavní soud, který by nějakou variantu této techniky nepoužíval.) Na první pohled vypadá technika konformní interpretace jako postup, jímž lze „zachránit“ potenciálně protiústavní předpis, a tedy jako postup respektující demokratickou legitimitu zákonodárce. Tato technika ale také znamená (vedle *judicial deference*) i příležitost pro soud k rozvinutí jeho soudcovské politiky (tedy vlastně *judicial empowerment*) pomocí výše popsaných technik, takže (přijmeme-li fakt, že

<sup>77</sup> Dobrým příkladem by mohl být nizozemský nejvyšší soud. Čl. 120 nizozemské ústavy sice zakazuje soudům přezkoumávat, zda jsou zákony či mezinárodní smlouvy v souladu s ústavou, ale nejvyšší soud si tento svůj nedostatek kompetence „vynahrazuje“ právě přezkumem toho, zda jsou zákony v souladu s mezinárodními smlouvami, což dle čl. 93 a 94 ústavy činit může. Prominentní roli v tomto soudním přezkumu přitom hraje Evropská úmluva o lidských právech. K této nizozemské praxi viz např. UZMAN, J. – BARKHUYSEN, T. – VAN EMMERIJ, M. L. The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator? *Electronic Journal of Comparative Law*, 2010, Vol. 14, No. 3, s. 1–35. Bližší pohled zaměřený pouze na aplikaci Evropské úmluvy o lidských právech ukazuje, že soud se snaží spíše minimalizovat vliv judikatury strasbourského soudu tím, že interpretuje jeho rozhodnutí spíše úzce či „minimalisticky“ (podobně jako soudy belgické, německé či francouzské) – viz GERARDS, J. – FLEUREN, J. The Netherlands. In: GERARDS, J. – FLEUREN, J. (eds). *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-law*. Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia, 2014, zejména s. 242 an.

<sup>78</sup> Poprvé byla doktrína *Verfassungskonforme Auslegung* užitá tímto soudem již v roce 1953 v rozhodnutí č. BVerfGE 2 266.

<sup>79</sup> Poprvé byla doktrína ústavně konformní interpretace užitá v nálezu sp. zn. III. ÚS 189/95, pak poněkud zpochybněna v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/97 (když soud připustil, že když soudy odmítají interpretovat ustanovení ústavně konformně, není možné se na ně spoléhat, ale vhodnější je ustanovení zrušit, přestože existuje ústavně konformní interpretace – viz zejména odlišné stanovisko soudce Holländera kritizující tento postup), aby se k ní soud vrátil, obohatil ji o odkazy na čl. 90 a 95 české ústavy (z nichž prý podle soudu plyne požadavek ústavně konformní interpretace), rozšířil povinnost interpretovat ustanovení ústavně konformně i na jiné státní orgány než soudy (v nálezu sp. zn. IV. ÚS 202/99), aby se pak požadavek ústavně konformní interpretace naplno „zabydlel“ v judikatuře soudu a byl i obecnými soudy nakonec akceptován. Pro některé kritické poznámky k „rané“ judikatuře českého ústavního soudu o ústavně konformní interpretaci viz např. ŠEJVL, M. Několik poznámek k pojmu ústavně konformní interpretace v judikatuře Ústavního soudu. In: KLÍMA, K. (ed). *Závaznost rozhodování ústavních soudů*. Plzeň: ZČU v Plzni, 2004, s. 83–92.

<sup>80</sup> Viz např. zpráva španělského ústavního soudu pro dvanáctý kongres Konference evropských ústavních soudů v roce 2002 *Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, dostupná z: <<https://www.confueconstco.org/en/common/home.html>>, bod 41, s. 21.

<sup>81</sup> Italský ústavní soud rozvinul dva typy svých rozhodnutí o ústavně konformní interpretaci (*sentenze interpretative*). Soud vydává *sentenze interpretative di rigetto*, pokud pouze jedna z interpretací zákonného ustanovení je v souladu s ústavou (a ostatní musí být obecnými soudy odmítnuty), a *sentenze interpretative di accoglimento*, pokud pouze jedna z interpretací zákonného ustanovení je protiústavní (a na obecných soudech je ponecháno, aby ustanovení interpretovaly jinak). Protože italské obecné soudy (zejména kasační soud) považují za svou výhradní pravomoc interpretovat zákony (zatímco ústavnímu soudu je zase vyhrazena interpretace ústavy), pokud existuje konstantní judikatura obecných soudů (zejména kasačního) o interpretaci určitého zákonného ustanovení, kterou později ústavní soud shledá za rozpornou s ústavou, považuje ústavní soud takovou praxi obecných soudů za živé právo (*diritto vivante*), nevydává interpretační rozsudek (protože jím by zasáhl do pravomoci obecných soudů), ale zákonné ustanovení zruší jako protiústavní. K těmto interpretačním rozhodnutím viz např. PEDERZOLI, P. *La Corte costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2008, s. 80 an., BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 84 an.

<sup>82</sup> Asi nejznámějším příkladem praxe ústavně konformní interpretace belgického ústavního soudu je rozhodnutí č. 10/2001, *Vlaamse concentratie en anderen („Partijfinanciering“)* – viz DE VISSER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 294 an.

<sup>83</sup> Francouzská ústavní rada použila tzv. interpretační výhradu (*réserve d'interprétation*) hned ve svém prvním rozhodnutí o souladu s ústavou č. DC 59-2, kdy dotčené ustanovení nezrušila s výhradou, že bude interpretováno tak, jak stanovila. Praxe těchto výhrad začala být pravidelná od roku 1984 a na své předchozí výhrady rada sama odkazuje ve svých rozhodnutích od roku 2002 – viz např. SCHNAPPER, D. *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, s. 95 an., nebo FAVOREU, L. a kol. *Droit constitutionnel*. 21. vydání. Paris: Dalloz, 2019, s. 386 an.

rozdíl mezi interpretací práva a jeho tvořením je spíše plynulý) se vysoké soudy pomocí této techniky stávají i „pozitivním zákonodárcem“. Uvědomíme-li si tuto souvislost mezi technikou konformní interpretace a *judicial empowerment*, pak je zřejmé, že i jiné vysoké soudy než jen ty ústavní používají techniku konformní interpretace ke svému „posílení“, přičemž příkladem může být Evropský soudní dvůr, jenž stanovil povinnost vnitrostátních soudů interpretovat národní právo v souladu s právem EU,<sup>84</sup> nebo nizozemský nejvyšší soud požadující po nižších soudech, aby interpretovaly vnitrostátní právo konformně s mezinárodními smlouvami.<sup>85</sup>

Technika ústavně konformní interpretace však nepředstavuje jediný způsob, kterým se ústavní soudy snaží „unikat“ výše představené dichotomii, přičemž dobrým příkladem může být italský ústavní soud, který používá následující rozhodnutí „manipulující“ s textem ústavně nekonformního zákona (*sentenze manipolative*): Velmi časté jsou *sentenze additive*, jimiž soud dodává do textu zákona ustanovení, která v něm z ústavního hlediska chybí, aby „zachránil“ ústavnost zákona; zvláštní „podskupinu“ pak představují *sentenze additive di principio*, jimiž soud zruší zákon jako protiústavní, ale zaváže zákonodárce, aby se při tvorbě nového (již ústavně konformního) zákona řídil určitými principy, které stanoví. *Sentenza ablativa* je zase rozhodnutí, které odebírá z textu zákona ustanovení, aby byla „zachráněna“ ústavnost zákona, a *sentenza sostitutiva* je rozhodnutí, kterým soud „vymění“ určité ustanovení za jiné, opět proto, aby byla zachována ústavnost zákona.<sup>86</sup> Jde tedy opět o techniku, kdy se vysoký soud stává „pozitivním zákonodárcem“.

Všechny výše uvedené techniky však „fungují“ pouze tehdy, když jsou jejich výsledky (ať již ve formě nových doktrín, nebo konformních interpretací) respektovány ostatními aktéry, zejména jinými soudy nebo zákonodárcem – jinak by totiž šlo o pouhý projev faktické moci vysokých soudů, nikoli o projev jejich epistemické autority, která je v podstatě závislá na uznání. Na ostatních soudech (buď na nižších soudech, nebo na jiných vysokých soudech téhož státu) totiž záleží, zda skutečně přijmou novou doktrínu, nebo budou nějaké ustanovení interpretovat podle „instrukcí“ soudu, který je k ústavně konformní interpretaci vyzval. Typickým příkladem je v tomto případě vztah ústavního soudu s nejvyšším soudem, protože ten zde většinou existoval dříve než ústavní soud, a tak si dlouhodobě vyvinul vlastní tradice, metody práce či doktríny – někdy se oba vysoké soudy snaží o vzájemný respekt ústící v jistou „harmonizaci“ jejich rozhodování (jako v případě francouzské ústavní rady a státní rady<sup>87</sup>), jindy dojde k akceptaci rozhodnutí ústavního

<sup>84</sup> Nejdříve byla povinnost „eurokonformní“ interpretace stanovena v případě interpretace v souladu se směrnicí, která nemá přímý účinek – viz např. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*, s. 200 an. Později byla tato povinnost rozšířena i na interpretaci v souladu s ostatními akty EU (typicky akty bývalého tzv. „třetího pilíře“ EU v rozhodnutí ve věci č. C-105/03 *Trestní řízení proti Marii Pupino*), přičemž lucemburský soud je dosti „tvůrčí“ v tom, jak daleko taková konformní interpretace sahá – viz např. DE VISSER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, s. 305 an.

<sup>85</sup> Tento soud také začal používat tuto techniku ještě před tím, než se „odhodlal“ ke zrušení zákona pro soulad s mezinárodními smlouvami – viz např. VAN KOPPEN, P. J. *The Dutch Supreme Court and Parliament: Political Decisionmaking versus Nonpolitical Appointments*, s. 759.

<sup>86</sup> K těmto „manipulativním“ rozhodnutím viz např. PEDERZOLI, P. *La Corte costituzionale*, s. 85 an., BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 86 an.

<sup>87</sup> Např. Schnapperová informuje o tom, že ústavní rada většinou respektovala judikaturu státní rady nejen pro propracovanost doktrín tohoto správního soudu, ale i z toho důvodu, že mnoho členů ústavní rady přišlo na soud právě ze státní rady, mnoho bylo profesory veřejného práva, kteří znali velmi dobře judikaturu státní rady, a i generální sekretáři ústavní rady po celou dobu fungování tohoto soudu (s tříletou výjimkou) byli původně radové státní rady. Státní rada se naopak roku 1985 poprvé rozhodla změnit svou judikaturu (rozhodnutí CE, 20. prosince 1985, č. 31927), aby byla v souladu s názorem ústavní rady, a od konce roku 1989 cituje rozhodnutí ústavní rady ve svých rozhodnutích. Velkou výjimkou v jinak spíše „harmonickém soužití“ je roz-

soudu poměrně rychle a konflikty jsou zřídka (jako třeba v případě českého nejvyššího soudu<sup>88</sup> nebo německého nejvyššího soudu<sup>89</sup>), někdy je vztah dlouhodobě napjatý (jako třeba v případě italského kasačního soudu<sup>90</sup>) a jindy dojde ke skutečné „válce soudů“, kterou nepomůže „vyřešit“ ani zásah zákonodárce (jako třeba v případě španělského nejvyššího soudu<sup>91</sup>); podobné problémy s akceptací svých doktrín národními soudy ostatně řešil či řeší třeba i Evropský soudní dvůr,<sup>92</sup> zatímco třeba vůči Evropskému soudu pro lidská práva národní soudy sice „nerevolují“, ale mnohdy se snaží spíše o „minimalistickou“ interpretaci rozhodnutí štrasburského soudu, aby byla jejich domácí judikatura co nejlépe zachována.<sup>93</sup> Institucionální uspořádání vztahů mezi ústavním soudem a nejvyššími soudy přitom hraje svou důležitou roli: Lze např. poukázat na to, že absence institutu

---

dílňý názor obou soudů na spojování rodin, které jsou polygamní (kdy je státní rada uznala v rozhodnutí CE, 11. července 1980, *Mme Montcho*, č. 16596, zatímco ústavní rada odmítla v rozhodnutí č. DC 93-325). Formálně však nejsou oba soudy navzájem vázány judikaturou toho druhého. Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 330 an.

- <sup>88</sup> Připomeňme si třeba spory známé z počátku devadesátých let minulého století o výklad tzv. laustračního zákona (který byl dle názoru nejvyššího soudu retroaktivní), nebo spory o nabytí nemovitosti od nevlastníka na základě dobré víry v zápis do katastru nemovitosti (které skončily v roce 2016 tak, že nejvyšší soud nakonec uznal názor ústavního soudu). Viz ale i spor o náhradu škody státem za nemajetkovou újmu způsobenou nezákonným uvězněním, který se rozhořel po nálezů ústavního soudu sp. zn. I.ÚS 3438/11 a který byl částečně vyřešen nálezem sp. zn. Pl. ÚS-st. 39/14, kdy ústavní soud částečně uznal argumenty nejvyššího soudu.
- <sup>89</sup> Připomeňme si, že německý nejvyšší soud se v padesátých letech minulého století pokoušel „narušit monopol“ ústavního soudu na výklad ústavy, nejdříve v otázce ústavnosti zákona vydaného v roce 1951 k provedení čl. 131 základního zákona, který se týkal správních úředníků z dob třetí říše (tzv. Gesetz 131). Velký senát nejvyššího soudu ve svém rozhodnutí 6 BGHZ 208 z roku 1952 otevřeně zpochybnil ústavnost tohoto zákona (opíraje se o argument, že správa je apolitická a nemění se bez ohledu na to, zda je vládá nacistická či ne), zatímco ústavní soud ve svém rozhodnutí ve věci *Beamtenverhältnisse* č. 3 BVerfGE 58 z roku 1953 potvrdil jeho soulad s ústavou (užívaje mnoho historických příkladů toho, jak za nacismu byla správa zpolitizována). První senát nejvyššího soudu nadále trval na svých argumentech, přičemž ho podpořily i ostatní vysoké německé soudy (s tím, že úkolem všech soudů je zkoumat ústavnost zákona). Na to reagoval ústavní soud v roce 1957 svým nálezem ve věci *Gestapo* č. 6 BVerfGE 132, v němž argumenty nejvyššího soudu popřel. Viz COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 29 an. Oproti tomu nejvyšší soud ve stejné době podpořil názor ústavního soudu (vyslovený v nálezů č. 3 BVerfGE 225 z roku 1953), že čl. 3 odst. 2 základního zákona stanoví rovnost mezi muži a ženami je přímo aplikovatelným právem, a to poté, kdy po konci března 1953 přestala platit (podle čl. 117 odst. 1 základního zákona) ustanovení občanského zákoníku stanovící nerovnost v manželských vztazích (ve prospěch manželky). Viz ibidem, s. 51 an.
- <sup>90</sup> Pro napjatý vztah mezi italským ústavním soudem a kasačním soudem, který většinou nepřerůstá v otevřený konflikt díky tomu, že na jedné straně ústavní soud akceptuje, že jeho interpretační rozhodnutí nejsou závazná pro obecné soudy, ale působí silou přesvědčivosti, a nejvyšší soud zase akceptuje, že ústavní soud má monopol na výklad ústavy viz např. GARLICKI, L. *Constitutional Courts versus Supreme Courts. ICON. 2007, Vol. 5, No. 1, s. 54 an.* Vztah mezi italským ústavním soudem a obecnými soudy bývá ale charakterizován i jako „loajální kooperace“, která zásadněji konflikty vylučuje – viz BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 63 an.
- <sup>91</sup> Po počátečním klidném soužití obou vysokých soudů v osmdesátých letech minulého století (kdy si zejména ústavní tribunál teprve postupně budoval svou pozici mezi španělskými vysokými soudy), následovala konfrontace s nejvyšším soudem vyvolaná rozhodnutím ústavního soudu č. STC 7/1994 (které nejvyšší soud chápal jako zásah do své výhradní pravomoci interpretovat zákony), která pokračovala dalšími rozhodnutími, v nichž ústavní soud rušil rozhodnutí nejvyššího soudu v rámci rozhodování o ústavních stížnostech (*recurso de amparo*) (šlo především o rozhodnutí STC136/1999, STC 115/2000 a STC 186/2001), aby nakonec vyvrcholila rozhodnutím nejvyššího soudu z ledna 2004, které stanovilo občanskoprávní odpovědnost soudců ústavního soudu za jejich rozhodování. Krize vyvolala i změnu rozhodování o *amparo* v organickém zákoně o ústavním soudu č. 6/2007, přestože kontroverzi mezi oběma soudy nezažehala. Přehledově k tomuto vývoji viz RUFINO DO VALE, A. *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, s. 106 an., podrobně pak FERNANDÉZ SEGADO, F. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo III. La justicia constitucional en América Latina y en España*. Madrid: Dykinson, 2009, s. 805–889 (pro konfrontaci mezi oběma soudy) a s. 893–1052 (pro změny, které přinesl zákon č. 6/2007 a reakci ústavního soudu na ně).
- <sup>92</sup> Viz např. CRAIG, P. – DE BÜRCA, G. *EU Law. Text, Cases and Materials*, s. 268 an. pro obtížné přijímání doktríny o primátu práva EU národními soudy.
- <sup>93</sup> Viz např. GERARDS, J. – FLEUREN, J. Comparative analysis. In: GERARDS, J. – FLEUREN, J. (eds). *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-law*, zejména s. 358 an.

ústavní stížnosti nejspíše vedla k tomu, že vztah mezi italským ústavním soudem a kasačním soudem se vyhrtl jen zřídka (když je ústavní soud závislý na podnětech obecných soudů pro své rozhodování a když má kasační soud vlastně „poslední slovo“ při rozhodování konkrétního případu), podobně jako je „harmonické soužití“ francouzské státní rady a ústavní rady, když byla role té druhé po dlouhou dobu omezena na abstraktní přezkum ústavnosti (a i po zavedení QPC fungují kasační soud a státní rada jako „filtry“ toho, co se dostane k ústavní radě). Naproti tomu přítomnost institutu ústavní stížnosti (*recurso de amparo*) nejspíše vedla k tomu, že španělský nejvyšší soud ostře reagoval na rozhodnutí ústavního soudu rušící jeho rozsudky. Argumentovat svou epistemickou autoritou mohou nejvyšší soudy stejně tak dobře jako ústavní soudy, takže ve „spor o poslední slovo“ se institucionální uspořádání vždy „hodí,“ minimálně stejně dobře jako poukaz na expertní roli.<sup>94</sup>

Jde-li o vztahy se zákonodárcem, ty mohou být ještě „delikátnější“, vezmeme-li v úvahu, že zákonodárcova demokratická legitimita je jen obtížně zpochybnitelná (na rozdíl od epistemické autority, kterou se snaží disponovat vysoké soudy) a že zákonodárce může na rozhodnutí ústavního soudu, s nímž nesouhlasí, v zásadě reagovat změnou ústavy (kterou si pouze málokdy ústavní soud „dovolí“ nerespektovat), případně pomocí *court packing*, jak se to stalo třeba v Maďarsku,<sup>95</sup> nebo úplným „paralyzováním“ ústavního soudu, jak se to stalo třeba v současném Polsku nebo v prvorepublikovém Československu. Proto ty vysoké soudy, které přezkoumávají zákony, vyvinuly mnohé techniky, jak své konflikty se zákonodárcem minimalizovat: Typickým příkladem by mohlo být rozhodnutí o tom, že zákon je sice v souladu s ústavou, ale pouze dočasně, takže se zákonodárce vyzývá k vytvoření ústavně plně konformní úpravy (přičemž se mu někdy stanovují i lhůty, případně podrobnější „návody“, jak má vypadat ústavně konformní úprava), což bývá motivováno strategickými ohledy v tom smyslu, že kdyby byl zákon jako protiústavní zrušen, mělo by to horší důsledky (plynoucí z absence právní úpravy), než když zrušen není.<sup>96</sup> Stejnou roli může plnit i odložení vykonatelnosti nálezu českého ústavního soudu<sup>97</sup> nebo *sentenze di incostituzionalità differita* od italského ústavního soudu,<sup>98</sup> přičemž tam, kde předpisy výslovně stanovují, že odklad vykonatelnosti nelze provést (protože rozhodnutí

<sup>94</sup> Např. jeden soudce českého nejvyššího soudu při rozhovoru několikrát zdůraznil, že úkolem nejvyššího soudu je ochraňovat jednotu a systém práva, k čemuž jsou soudci vybaveni svými dlouhodobými specializacemi, zatímco soudci ústavního soudu někdy specializované agendě plně nerozumí, a tak mohou mít někdy tendenci k vykonání „individuální spravedlnosti za cenu nesystémových kroků“. Kdyby takto smýšlejících soudců na nejvyšším soudě bylo více, pak na ně rozhodování ústavního soudu vůbec nemusí působit jako opěnené o epistemickou autoritu a institucionální uspořádání (tedy možnost, že rozhodnutí nejvyššího soudu bude ústavním soudem změněno cestou rozhodování o ústavní stížnosti) je možná důležitějším faktorem ovlivňujícím vztah obou soudů. Oproti tomu lze poukázat na to, že v případě, že je rozhodnutí nejvyššího soudu zrušeno ústavním soudem, pak se nejvyšší soud nemusí beze zbytku „podřít“, ani zahajovat „válku soudů“ (jako ve Španělsku), ale snažit se o dialog s ústavním soudem, který může vést až ke změně v názoru ústavního soudu – viz judikatura obou soudů týkající náhrady nemajetkové újmy za nezákonné uvěznění zmiňovaná výše.

<sup>95</sup> Viz např. SZENTE, Z. – GÁRDOS-OROSZ, F. Judicial deference or political loyalty? The Hungarian Constitutional Court's role in tackling crisis situations. In: SZENTE, Z. – GÁRDOS-OROSZ, F. (eds). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*. London – New York: Routledge, 2018, s. 89–110.

<sup>96</sup> Tuto praxi známe od německého ústavního soudu, kdy byla poprvé použita roku 1955 při přezkumu tzv. saarského statutu v rozhodnutí č. BVerfGE 4, 157. Také italský ústavní soud používá tuto praxi, kdy jsou tato rozhodnutí známa jako *sentenze di costituzionalità provvisoria* – viz BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 87 an.

<sup>97</sup> Viz např. ŠIMÍČEK, V. Odklad vykonatelnosti nálezů Ústavního soudu v řízení o kontrole norem. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 7, s. 756–768, nebo KÜHN, Z. Intertemporální dopady zrušení právního předpisu Ústavním soudem. *Jurisprudence*. 2011, č. 4.

<sup>98</sup> Viz BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 87 an.



o neústavnosti je účinné ihned či v krátké lhůtě po publikaci rozhodnutí), se prostě s oficiální publikací rozhodnutí posečká, než zákonodárce vydá ústavně konformní úpravu.<sup>99</sup> Teprve když zákonodárce ústavně konformní zákonnou úpravu nevytvoří, přikročí se k vyslovení neústavnosti zákona a jeho zrušení s účinky *ex nunc* (jako např. v České republice, Polsku či Maďarsku) nebo s účinky *ex tunc* (jako např. v Německu, Belgii, Francii, Itálii či Španělsku). Podobnou techniku zná i francouzská ústavní rada: Doyen francouzských konstitucionalistů Georges Vedel mluvil o technice „malých kroků“, kterou má ústavní rada používat a jejíž *ratio* spočívá v tom, že parlament nemá být ústavní radou překvapován: Problematický parlamentem přijatý návrh zákona, jehož ústavnost rada posuzuje, má tedy být v prvním kroku prohlášen za neústavní především z procesních důvodů (nedostatky legislativního procesu mají být posuzovány velmi striktně), ale již v tomto rozhodnutí se má rada vyjádřit i k obsahu přijatého návrhu zákona, aby bylo parlamentu „signalizováno“, v čem by do budoucna mohl spočívat ústavní problém podobné úpravy, kterou by parlament v budoucnu přijal již korektním legislativním procesem. Teprve když parlament tuto „výstrahu“ ústavní rady neuposlechne, je na místě ve druhém kroku přikročit k přezkumu zákona z obsahových důvodů.<sup>100</sup> Někdy může ústavní soud dokonce přikročit k tomu, že konstatuje neústavnost zákona, aniž by ho rušil, jak je to známo z praxe třeba německého,<sup>101</sup> italského<sup>102</sup> či španělského ústavního soudu.<sup>103</sup> Použití takového postupu však nutně není pouze projevem *judicial deference* vůči zákonodárci, ale je spíše opět projevem toho, že by zrušení zákona přineslo více škody než užitku. Zejména ústavní soudy by zkrátka měly používat výše popsané techniky vůči zákonodárci velmi uvážlivě, což nás opět přivádí na začátek této části článku, kde byla popsána technika, pomocí níž musí jakékoli „novinky“ zavedené soudem minimálně působit jako pouhá aplikace již stávající judikatury.

Na závěr této části bych pouze připojil dvě poznámky týkající se role lidských práv v soudní politice, protože mnoho výše představených příkladů používání různých technik soudní politiky se týkalo právě lidských práv (s výjimkou rozhodnutí Evropského soudního dvora a nizozemského nejvyššího soudu). Proto si dovolím říci, že používání nových

<sup>99</sup> K této praxi, k níž se výjimečně uchyluje italský ústavní soud a v minulosti ji používal i španělský ústavní soud viz např. DE VIS-SER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, s. 320.

<sup>100</sup> Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, s. 94 an.

<sup>101</sup> Poprvé se tak stalo v roce 1970 v rozhodnutí č. BVerfGE 28, 227. Později byla možnost rozhodnout o neústavnosti zákona bez jeho zrušení zakotvena v novele zákona o ústavním soudu v sedmdesátých letech. Viz zpráva německého ústavního soudu pro patnáctý kongres Konference evropských ústavních soudů v roce 2011 *Constitutional Justice: Functions and Relationships with Other Public Bodies*, dostupná z: <<https://www.confueconstco.org/en/common/home.html>>, s. 13 an.

<sup>102</sup> Tento soud totiž zná i *sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, při nichž se opět ponechává čas zákonodárci k tomu, aby přijal ústavně konformní zákon. Zajímavé však je, že někdy ani v situaci, kdy je zákonodárce nečinný, následuje po takovém rozhodnutí druhý krok v podobě zrušení zákona. K této poněkud zvláštní praxi (kdy ústavní soud projevuje snad až přemíru respektu k zákonodárci) viz např. DE VISSER, M. *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, s. 322. Na druhou stranu někdy italský ústavní soud zareaguje na nečinnost zákonodárce dosti rázně či odvážně – např. v říjnu 2018 přerušil řízení o ústavnosti ustanovení trestního zákona trestajícího účast na sebevraždě a ve svém rozhodnutí stanovil podmínky, za nichž by napomáhání k sebevraždě nemuselo být trestné (mj. když osoba, která chce sebevraždu spáchat, je nevyléčitelně nemocná a velmi trpí), přičemž stanovil zákonodárci roční lhůtu k přijetí takové právní úpravy, která by tyto podmínky splňovala. Když byl zákonodárce nečinný, rozhodl v září 2019 italský ústavní soud, že i bez specifické zákonné úpravy není z podmínek zformulovaných v říjnu 2018 účast na sebevraždě trestná, protože jinak by úprava odporovala ústavě. Viz příspěvek FARAGUNA, P. „*Constitutional Paternalism*“ and the Inability to Legislate. *The Italian Constitutional Court's Decision on Assisted Suicide*. 26. září 2019. Dostupné z: <[verfassungsblog.de](http://verfassungsblog.de)>.

<sup>103</sup> Viz výše citovaná zpráva španělského ústavního soudu pro dvanáctý kongres Konference evropských ústavních soudů v roce 2002, bod. 19, s. 10 an.

doktrín vysokými soudy tehdy, když jde o zvětšování ochrany lidských práv, vede vlastně vždy k *judicial empowerment*, proti němuž se může politická reprezentace postavit jen velmi obtížně. Kdo by se ostatně stavěl proti lidským právům, která mnozí chápou jako práva přirozená? Je však také možné, že tato „poslední utopie“ (řeceno titulem známé Moynovy knihy) dnes postupně ztrácí své „kouzlo“: Zatímco ve výše uvedených příkladech šlo o lidská práva těch, na nichž politické reprezentaci záleželo (protože jsou voliči), dnes si, myslím, již nemůžeme být zcela jisti, zda stejný vstřícný postoj bude mít veřejnost či její politická reprezentace k lidským právům marginalizovaných osob, např. migrantů, cizinců nebo bezdomovců.<sup>104</sup> Lze si snad zaspekulovat, že na roli lidských práv v soudní politice možná v budoucnu naváže jiný standard, proti němuž v podstatě také nelze mnoho namítat, a sice ochrana životního prostředí.<sup>105</sup>

Druhá poznámka o lidských právech se týká faktu, že vysoké soudy jsou navrženy často jako „negativní zákonodárci“, což se dobře hodí právě k ochraně těch lidských práv, která považujeme za negativní práva – soud prostě nějaké zásahy do lidských práv znemožňuje. Naopak tehdy, když se vysoký soud pouští do judikování o hospodářských a sociálních právech (která většinou mají charakter pozitivních práv), může narážet na větší „odpor“ ostatních politických aktérů, protože v případě pozitivních práv má zákonodárce poměrně širokou možnost volby, jak tato práva zajistí. To vede např. k tomu, že v judikování o pozitivních právech jsou aplikovány vůči zákonodárci mírnější „testy“ (viz typicky tzv. „test“ racionality oproti striktnějšímu „testu“ proporcionality u českého ústavního soudu), čímž se vysoký soud opět snaží o minimalizaci možných konfliktů se zákonodárcem.

### 3. Načasování technik soudní politiky

O některých časových aspektech různých technik soudní politiky bylo již částečně pojednáno výše, když jsem psal o tom, že čas soudní *policy* je spíše dlouhý, zatímco čas *politics* krátký, o nutnosti vytvořit dostatečně velké množství rozhodnutí jako jisté „skladiště“ textů, pomocí něhož lze tvořit nové argumenty a doktríny, o poskytování času zákonodárci, aby přijal ústavně konformní právní úpravu apod. Jestliže bylo výše pojednáno také o *prudentialii*, je nyní vhodné upozornit, že její důležitou složkou je i předvídatost čili

<sup>104</sup> Možná, že tato „nechut“ vůči lidským právům „těch druhých“ se již začíná odrážet i v některých rozhodnutích vysokých soudů – viz např. nedávné rozhodnutí maďarského ústavního soudu, jež používá argumentaci lidskou důstojností k tomu, aby obhájilo ústavnost kriminalizace bezdomovectví (viz následující příspěvky dostupné z: <verfassungsblog.de>: CHRONOWSKI, N. – HALMAL, G. *Human Dignity for Good Hungarians Only*. 11. června 2019, a KAZAI, V. Z. „No one has the right to be homeless [...]“. 13. června 2019), anebo možná i rozhodnutí českého ústavního soudu, které argumentuje svobodou projevu podnikatele (politického projevu, který je v souladu s oficiální politikou české vlády), aby obhájil diskriminaci (na základě politického názoru) cizinců při poskytování ubytovacích služeb (nálež sp. zn. II. ÚS 3212/18).

<sup>105</sup> Tuto spekulaci lze podložit dvěma aktuálními (a již proslavenými) rozhodnutími vysokých soudů, konkrétně rozhodnutím nizozemského nejvyššího soudu ve věci *Urgenda* (věc č. 19/00135 *De Staat der Nederlanden v. Stichting Urgenda* z 20. prosince 2019) a rozhodnutím francouzské ústavní rady ve věci *Union des industries de la protection des plantes* (věc č. 2019-823 QPC ze dne 31. ledna 2020). V první věci využila nadace *Urgenda* nizozemské úpravy *actio popularis* ve věcech životního prostředí k tomu, aby nejvyšší soud (poté, co tak již učinily okresní soud a odvolací soud) rozhodl, že nizozemský stát porušuje čl. 2 a 3 Evropské úmluvy o lidských právech, pokud neredukuje emise skleníkových plynů o 25 % v roce 2020. Lidskoprávní úmluva tedy byla použita k prosazení cílů ochrany klimatu. Ve druhém rozhodnutí ústavní rada poprvé přiznala ochraně životního prostředí a ochraně zdraví přednost před svobodou podnikání tím, že potvrdila ústavnost zákona (tzv. zákon *Egalim* z roku 2018) zakazujícího nejen použití fytofarmaceutických výrobků (především hnojiv) zakázaných v EU (na tom by nebylo nic zvláštního), ale i výrobu těchto látek (které nebyly určeny pro použití v EU, ale vyvezeny do třetích zemí, především afrických). Ochrana životního prostředí a zdraví tedy byla použita k omezení základního práva na podnikání.

„citlivost“ k tomu, jaké důsledky budou mít naše činy v budoucnu.<sup>106</sup> V kontextu soudcovské politiky se důležitost předvídatosti ukazuje v tom, že použití výše popsanych či alespoň nastíněných technik je vhodné dobře načasovat.

Dle mého názoru v zásadě platí, že zásadní rozhodnutí by vysoký soud neměl provádět brzy po svém vzniku, ale až poté, co je jeho role dostatečně etablována uvnitř institucionálních vztahů s ostatními politickými aktéry. Instruktivní příklad neúspěchu příliš „unáhleného nástupu“ může představovat osud prvorepublikového československého ústavního soudu.<sup>107</sup> Za prvé bylo slabé jeho institucionální postavení, ať již jde o jeho složení (protože neměl stálé členy, kteří by se snadněji ztotožnili s novou institucí), pravomoci (chyběla typicky kompetence k projednávání ústavních stížností, která by mu umožnila rozvinout judikaturu o základních právech, a řízení o abstraktní kontrole ústavnosti bylo omezeno tříletou lhůtou od publikace přezkoumávaného zákona), či „incentivy“ k podávání návrhů k ústavnímu soudu (političtí aktéři nepodávali návrhy ústavnímu soudu vůbec, ostatní vysoké soudy vlastně tak učinily až v roce 1936 a 1937).<sup>108</sup> Jedinou pravomocí, kterou tak od svého počátku vlastně mohl vykonávat, byl přezkum opatření tzv. Stálého výboru Národního shromáždění, protože tento přezkum byl obligatorní a nezávisel na návrhu od jiného orgánu. Hned ve svém prvním nálezu z listopadu 1922 o opatření ve věci inkorporace Vitorazska a Valčicka<sup>109</sup> sice ústavní soud potvrdil ústavnost tohoto opatření (i když nejtěsnějším poměrem hlasů čtyři ku třem), ale vyslovil v něm právní názor naznačující, že zákonodárny sbor nemůže delegovat na vládu vydání nařízení ve věcech, k nimž by jinak bylo třeba vydání zákona.<sup>110</sup> To pochopitelně vládu zneklidnilo, protože ta zejména po vypuknutí hospodářské krize hojně využívala právě takové delegace.<sup>111</sup> Není proto divu, že když v listopadu 1931 uplynulo první funkční období soudců ústavního soudu, neměli se političtí aktéři (s vládou v čele) příliš k tomu, aby jmenovali nové členy ústavního soudu, takže po mnoha peripetiích zasedl „obnovený“ ústavní soud na své ustavující schůzi až v květnu 1938, aby svůj první a poslední nálezu rušící zákon pro rozpor s ústavní listinou vydal až v červnu 1939<sup>112</sup> za podstatně změněné

<sup>106</sup> Již Cicero spojoval *prudentialia* s *providentia*, nikoli však ve smyslu boží prozřetelnosti (neboť tento význam rozvinula až křesťanská teologie), ale právě ve smyslu předvídatosti (viz význam slovesa *providere*). Některé raně novověké francouzské práce o souzení také upozorňují na to, že *prudentialia*, jakožto zásadní soudcovská ctnost, znamená především vyvarovat se unáhlenosti úsudku – viz GARAPON, A. – PERDRIOLLE, S. – BERNABÉ, B. *La Prudence et l'Autorité. Juges et procureurs du XXIe siècle*. Paris: Odile Jacob, 2014, s. 279 an. Připomeňme si také, že zejména v raně novověké ikonografii je *prudentialia* často zobrazována jako postava hledící do zrcadla, v němž vidí tři své tváře (v dětství, dospělosti a ve stáří), což poukazuje k sebepoznání, které zohledňuje minulost, současnost a budoucnost – viz např. ROYT, J. *Slovník biblické ikonografie*. Praha: Karolinum, 2007, s. 60 an. Zatímco o zohledňování minulosti (spojené se zkušeností a pamětí) v technikách soudní politiky zde již byla řeč, když hovoříme o předvídatosti, jde v podstatě o jakési „zohledňování budoucnosti“.

<sup>107</sup> K fungování (či spíše nefunkčnosti) tohoto soudu v současné literatuře viz např. LANGÁŠEK, T. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, OSTERKAMP, J. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939)*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2009 nebo BENÁK, J. Historický vývoj ústavního soudnictví a přístupu jednotlivce k ústavnímu soudu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2018, roč. 26, č. 3, zejména s. 407 an.

<sup>108</sup> K této institucionální „slabosti“ ústavního soudu viz z dobové literatury asi nejpodrobněji KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*. Praha: Moderní stát, 1932, s. 65 an., pro kritiku zákona o ústavním soudě č. 162/1920 Sb. z. a n. srov. zejména s. 107 an.

<sup>109</sup> Nálezu publikován v Úředním listu č. 284 ze dne 17. prosince 1922 a v dodatku č. III. z r. 1922 Boh A.

<sup>110</sup> K tomuto právnímu názoru viz zejména názory Krejčího, který ho (mj. i jako tehdejší tajemník ústavního soudu) obhajoval, známé především z KREJČÍ, J. *Moc nařizovací a její meze*. Praha: Parlament, 1923, a názory Hoetzela, který ho kritizoval zejména v HOETZEL, J. *Meze nařizovací moci podle československé ústavní listiny*. *Právník*. 1923, roč. 62, č. 1, s. 23–35.

<sup>111</sup> Viz především zákon č. 95/1933 Sb. z. a n., o mimořádné moci nařizovací, podle něhož zákonodárství v mnoha hospodářských záležitostech *de facto* přešlo na vládu.

<sup>112</sup> Pouze výrok nálezu publikován v 187/1939 Sb.

politické situace (kdy měla většina lidí dosti jiné starosti než sledovat judikaturu ústavního soudu státu, který „paralyzoval“ vlastní ústavní soud). Jistě lze říci, že za „paralyzování“ ústavního soudu mohly především ty orgány, které k němu nepodávaly návrhy (v čele s nejvyšším soudem a nejvyšším správním soudem<sup>113</sup>), právní názor vyslovený hned v prvním nálezu ústavního soudu v roce 1922 však rozhodně nepřispěl k tomu, že by byla vláda ochotna konat po roce 1931 ve věci obsazení ústavního soudu.<sup>114</sup>

Oproti tomu existuje daleko známější výjimka, kdy soud zahájil svou činnost skutečně přelomovým rozhodnutím, a sice první rozhodnutí italského ústavního soudu z roku 1956,<sup>115</sup> jímž soud nejen založil svou pravomoc posuzovat ústavnost zákonů přijatých před vznikem ústavy italské republiky z roku 1948 (ve věci šlo o ustanovení zákona o veřejné bezpečnosti z roku 1931), ale i přímou aplikovatelnost katalogu práv z této ústavy (na rozdíl od názoru kasačního soudu, který v únoru 1948 ve věci *Marciano* rozhodl, že ustanovení ústavy garantující základní práva mají být považována pouze za programatická, a tedy nemohou být soudně vynutitelná bez příslušných prováděcích zákonů.)<sup>116</sup> Na rozdíl od prvního rozhodnutí meziválečného československého ústavního soudu můžeme spatřovat podstatné důvody toho, proč bylo toto rozhodnutí úspěšné (a dnes bývá někdy zmiňováno jako italská „verze“ *Marbury v. Madison*) v tom, že rozhodnutí se týkalo ústavnosti zákona přijatého v době fašismu (což politická reprezentace té doby vesměs přivítala), právní názor ústavního soudu podpořilo mnoho tehdejších významných právníků (jako Mortati, Crisafulli, Vassalli nebo Calamandrei) a předběžnou otázku zpochybňující platnost zákona podalo třicet trestních soudců z celé Itálie.<sup>117</sup> I přelomové rozhodnutí na začátku „kariéry“ soudu tak může být úspěchem, pokud je právní názor v něm vyslovený dostatečně „populární“ mezi odborníky (akademiky a soudci), opírá se o lidská práva (konkrétně čl. 21 italské ústavy garantující svobodu projevu) a politickým aktérům minimálně nevadí (což jsou podmínky, z nichž ani jedna nebyla splněna třeba v případě prvního nálezu prvorepublikového ústavního soudu).

Ostatní v tomto textu výše zmiňovaná rozhodnutí vysokých soudů však pravidelně následovala až poté, co vysoký soud již delší dobu existoval, a někdy pro ně existovaly i vhodné politické či sociální podmínky, což platí zejména pro ústavní soudy, ale nejen pro ně: Rozhodnutí ve věci *Lindenbaum v. Cohen* vydal nizozemský nejvyšší soud po více než osmdesáti letech od svého vzniku a názor v něm založený začal být později aplikován nižšími soudy, což se projevilo zejména ve třicátých letech, kdy v důsledku hospodářské krize rostla konkurence (protože Nizozemí nezačalo ve větším rozsahu řídit své hospodářství), takže potírání nekalosoutěžních praktik bylo více než žádoucí.<sup>118</sup> Své rozhodnutí ve věci *Blanco* vydal *Tribunal des conflits* dvacet pět let od svého založení a navíc krátce po vzniku francouzské třetí republiky v roce 1871, když se právě v této době obnovy republikánských institucí (byť dle ústavy psané monarchisty a původně zamýšlené jako

<sup>113</sup> K neaktivitě těchto soudů (které mj.ablokovaly pokusy o přezkum vládních nařízení s mocí zákona argumentací, že ústavní soud přezkoumává jen zákony, nikoli vládní nařízení s mocí zákona) viz např. LANGÁŠEK, T. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*, s. 131. an. a 183 an.

<sup>114</sup> Pro názor, že se vládní úředníci obávali ústavního soudu pro jeho názor o mezích delegace zákonodárství na vládu, viz ibidem, s. 138 an.

<sup>115</sup> Rozhodnutí č. 1/1956.

<sup>116</sup> Viz např. BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, s. 30 an.

<sup>117</sup> Viz *The Italian Constitutional Court*. Roma: Corte Costituzionale, 2002, s. 19 an.

<sup>118</sup> DE VREY, R. W. *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*, s. 87.

provizorní) naskýtala vhodná příležitost pro vyřešení zásadní otázky, jak ustavit kompetenci správních soudů, protože doktrína na to již byla připravena (neboť od šedesátých let 19. století se jednak rozšiřovala kompetence státní rady přezkoumávat správní akty pro překročení pravomoci, jednak systematika správního práva a správní vědy dostával své pevné a trvalé rysy).<sup>119</sup> Rozhodnutí francouzské ústavní rady ve věci *Liberté d'association* bylo vydáno nejen v době, kdy již pátou republiku neovládal de Gaulle (který zemřel v roce 1970), ale společnost byla po bouřlivých šedesátých letech příznivě nakloněna lidsko-právnímu diskursu (navíc, když šlo o věc, která se osobně týkala časopisu vedeného Sartrem a de Beauvoirovou, proti němuž byl posuzovaný zákon namířen)<sup>120</sup> a začala se již připravovat změna ústavy, podle níž může návrh k ústavní radě podávat i šedesát poslanců či šedesát senátorů.<sup>121</sup> Rozhodnutí německého ústavního soudu ve věci *Elfes* bylo sice vydáno poměrně brzy od vzniku tohoto soudu, ale v době, kdy soud si již vydobyl své místo vůči ostatním německým vysokým soudům,<sup>122</sup> uhájil svou nezávislost na politicích,<sup>123</sup> ale zároveň vlastně nijak výrazně nezpochybňoval klíčové aktivity Adenauerovy vlády,<sup>124</sup> i když soud zároveň nikdy nepopřel svou pravomoc (třeba pomocí stanovení nějaké „verze“ doktríny politické otázky) kontrolovat je.

To nás přivádí k tomu, že pro soud je výhodné na počátku jeho „kariéry“ spíše stabilní politické prostředí, než si vybuduje svou pozici a rozvine své judikaturní doktríny, takže pak může lépe čelit pozdějším útokům ze strany politických aktérů. Např. francouzská ústavní rada se může nerušeně rozvíjet ve státě, v němž vládne gaullistická strana až do roku 1981 (když si navíc v důsledku „právní revoluce“ rozšířila svůj rozhodovací prostor), ale je efektivně využívána i parlamentní opozicí (takže „neustrne“ ve své původní roli navržené de Gaullem). První otevřené konflikty s politickou mocí nastávají vlastně až v roce 1987 a 1993, tedy v dobách kohabitace, přičemž na ten druhý politická moc reaguje změnou ústavy, což se opakuje ještě roce 1999.<sup>125</sup> V té době jde však již o pevně etablova-

<sup>119</sup> Tak to tvrdí alespoň Hauriou v HAURIU, M. *Droit administratif*. In: LAFERRIÈRE, E. (dir.). *Répertoire du droit administratif. Tome quatorzième. Premier fascicule*. Paris: Paul Dupont, 1897, bod 78 an., s. 24 an. Doba třetí republiky do roku 1914 bývá také označována za „zlatý věk“ francouzského správního práva (přestože jde o dobu, kdy je exekutiva spíše upozaděna před takřka neomezeným parlamentarismem) – viz např. ROUSSELLIER, N. *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France XIX<sup>e</sup>–XX<sup>e</sup> siècle*. Paris: Gallimard, s. 173 an.

<sup>120</sup> Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 72 an. Bezprostřední motivy k vydání tohoto rozhodnutí však byly podle vyjádření některých pamětníků spíše nízké, protože podle nich se chtěl předseda ústavní rady Palewski „revolučním“ rozhodnutím „pomstít“ za to, že prezident republiky mu neudělil kříž Čestné legie, i když měl na něj podle svého názoru větší nárok než jeho bývalí političtí rivalové, kteří významení byli – viz ibidem, s. 290 an.

<sup>121</sup> Změna byla definitivně přijata v roce 1974, čímž dostala parlamentní opozice nástroj proti vládní většině, jejímž zájmem měla podle původního záměru ústavní rada „sloužit.“

<sup>122</sup> Viz poznámka pod čarou č. 89 výše.

<sup>123</sup> Když ústavní soud vznikl, vládnoucí CDU/CSU prosadila své kandidáty především do jeho druhého senátu (Zabývající se konflikty mezi ústavními orgány), protože se domnívala, že jeho rozhodování bude významnější, zatímco opoziční SPD do jeho prvního senátu (do jehož kompetence spadala kontrola ústavnosti předpisů). V politickém sporu mezi vládou a opozicí týkající se ratifikace smlouvy o založení Evropského obranného společenství v letech 1952 a 1953 oba senáty prokázaly především loajalitu k soudu a třikrát během devíti měsíců rozhodly (spolu s plénem) proti politickým očekáváním stran. Soud také ve stejné době uhájil svůj status a samostatný rozpočet v roce 1953 – viz COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 9 an., nebo LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 29 an.

<sup>124</sup> Soud v roce 1952 zrušil na návrh vlády neonacistickou Socialistickou říšskou stranu, v roce 1956 na návrh vlády komunistickou stranu, a v roce 1958 plebiscity o atomových zbraních a s politicky senzitivním rozhodnutím o Evropském obranném společenství „otálel“ tak dlouho, až byla smlouva roku 1954 neratifikována Francií, takže konečné rozhodnutí o ústavnosti v této věci vlastně nikdy nevydal. Soud zrušil první důležitou aktivitu Adenauerovy vlády (vytvoření soukromé, ale v podstatě provládní televize) až v roce 1961.

<sup>125</sup> Viz SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, s. 100 an.



nou instituci. Také německý ústavní soud si může vytvářet své doktríny, třeba na poli lidských práv,<sup>126</sup> nerušeně po dobu dlouhé vlády křesťanských demokratů, která přinesla i známý „hospodářský zázrak“, šedesátá léta se dají charakterizovat i jako období nižší aktivity soudu (což je způsobeno mj. i tím, že v dobách velké koalice od roku 1966 se na vládě podílejí obě velké strany, které tudíž nemají zájem na „aktivaci“ soudu), takže velké konflikty s politickou mocí se objevují až od počátku sedmdesátých let v dobách koalice socialistů s liberály.<sup>127</sup> I český ústavní soud se může rozvíjet bez větších intervencí politických aktérů až do počátku tohoto století, kdy se poprvé dostává do většího „napětí“ s politickými stranami v době opoziční smlouvy, když ruší jejich změnu volebního systému<sup>128</sup> – protože v devadesátých letech vlastně vládnou především pravicové strany, nepřekvapí např. posilování ochrany soukromého majetku cestou rozšiřování majetkových restitucí nebo naopak postupné rušení regulace nájemného. Nejspíše by bylo možné podobný „trend“ vysledovat i v případě italského ústavního soudu navzdory notoricky známé nestabilitě italských vlád: Počátky italského ústavního soudu se překrývají s dobou, kdy je dominantní politickou silou křesťanská demokracie (od šedesátých let v koalici se socialisty), a jeho již výše zmiňované první rozhodnutí do jisté míry předurčilo tento soud především k „očišťování“ právního řádu od starší legislativy přijaté ještě ve fašistické éře nebo i dříve. Protože zákonodárce byl (právě vlivem nestability vlád) v této „očistě“ spíše pomalý a liknavý, soud se dostal vůči zákonodárci do jakési „didaktické“ role, k jejímuž uplatňování začal rozvíjet právě svůj bohatý „repertoár“ interpretativních a „manipulativních“ rozhodnutí popsanych výše.<sup>129</sup> Protože soud se politickým kontroverzím vyhýbal a vyhýbá, třeba Bognetti v polovině sedmdesátých let hovořil o spíše „diskrétní přítomnosti“ soudu,<sup>130</sup> Simoncini zase tvrdí, že soud byl k této „diskrétnosti“ vlastně „dohnán“ tím, že postoj politických aktérů vůči němu byl zpočátku přezíravý a dokonce nepřátelský, stejně jako byl napjatý vztah s obecnými soudy již zmiňovaný výše – soud se prostě musel pokusit o „adaptaci“ v prostředí, které mu nebylo zcela „přátelsky“ nakloněno.<sup>131</sup> Zhruba od poloviny sedmdesátých let se však již soud pouští do kontroly tehdy aktuální legislativy, tudíž i jeho politický význam narůstá, aniž by však jeho činnost vedla k otevřenému konfliktu s politickou mocí – jde spíše o roli mediační.<sup>132</sup> To se v podstatě ukazuje dodnes, když model fungování tohoto ústavního soudu označují Barsotti a ostatní jako „relační“ v tom smyslu, že soud neustále navazuje, opravuje a vyvažuje svoje vztahy s ostatními politickými aktéry a ostatními soudy.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> Kromě rozhodnutí ve věci *Elfes* jde hlavně o rozhodnutí ve věci *Lüth* z roku 1958 č. BVerfGE 7, 98 a první použití metody proporcionality v tzv. lékárenském rozhodnutí z téhož roku č. 7 BVerfGE 377. Soud však v té době ještě není otevřeně aktivistický na poli lidských práv, takže např. v nálezu č. BVerfGE 6, 389 z roku 1957 neshledal na kriminalizaci homosexuality (dle ustanovení trestního zákoníku, které bylo přijato nacisty) nic protiústavního. Viz LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 54 an.

<sup>127</sup> Viz COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 109 an., LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 119 an.

<sup>128</sup> Nálež sp. zn. Pl. ÚS 42/2000.

<sup>129</sup> GROPPI, T. *The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review*. *Journal of Comparative Law*. 2008, Vol. 3, s. 110 an.

<sup>130</sup> BOGNETTI, G. *Political Role of the Italian Constitutional Court*, *Notre Dame Lawyer*. 1973, Vol. 49, s. 981 an.

<sup>131</sup> SIMONCINI, A. *The Success of a Constitutional Experiment: When History Matters: The Italian Constitutional Court in Global Context*. *Italian Journal of Public Law*. 2016, roč. 8, s. 79 an.

<sup>132</sup> GROPPI, T. *The Italian Constitutional Court: Towards a Multilevel System of Constitutional Review*, s. 111 an.

<sup>133</sup> BARSOTTI, V. – CAROZZA, P. G. – CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, zejména s. 234 an.

Věnujme se však již konečně vlastnímu načasování konkrétního rozhodnutí, tedy strategickému rozhodování soudu samotného o tom, kdy o věci sám rozhodne.<sup>134</sup> Použití této strategie je samozřejmě možné pouze tehdy, když soud nemá výslovně předepsané lhůty, do kdy má o návrhu rozhodnout, jako to má třeba francouzská ústavní rada, která v otázkách apriorní kontroly ústavnosti musí rozhodnout skutečně ve velmi krátké lhůtě jednoho měsíce. Naši pozornost tak mohou přitahovat ta zásadní rozhodnutí vysokých soudů, která byla vydána buď poměrně rychle, nebo naopak až s velmi dlouhým časovým odstupem, případně byla vydána v okamžiku, který se jako „vhodný“ jeví z jiného hlediska. Extrémním případem je pak situace, kdy soudu jeho rozhodování trvá tak dlouho, že k němu již vůbec nedojde, anebo jde o rozhodnutí bezpředmětné. Příklady (zcela výjimečně) pro poslední případ je již výše zmiňované rozhodování německého ústavního soudu o smlouvě o Evropském obranném společenství v padesátých letech, anebo případy známé z praxe italského či španělského ústavního soudu, kdy soud se svým rozhodnutím vyčkává tak dlouho, než se stane bezpředmětným, když zákonodárce mezi tím přijme již ústavně konformní úpravu.<sup>135</sup> Německý ústavní soud také vyčkával se svým zákazem komunistické strany, když o návrhu podaném již v roce 1951 krátce po vzniku soudu rozhodl až v roce 1956,<sup>136</sup> možná z toho důvodu, že očekával, že problém se časem „vyřeší sám“, jak se to stalo v případě smlouvy o Evropském obranném společenství,<sup>137</sup> možná z toho důvodu, že si na více než třísetstránkovém rozsudku (rozebírajícím podrobněji doktrínu marxismu-leninismu) chtěl dát záležet. Velmi dlouhý čas si vyžádalo i rozhodnutí ve věci *Lüth* (zásadní pro chápání ústavy jako objektivního systému hodnot a pro rozvinutí názoru o „prozařování“ ústavní ochrany základních práv do všech odvětví právního řádu včetně soukromého práva), kdy stěžovatel podal svou ústavní stížnost v prosinci 1951 (když tehdy ústavní soud existoval pouze tři měsíce) a rozhodnutí bylo vydáno až v lednu 1958, tedy v době, kdy soud již zásadně konsolidoval svou pozici vůči ostatním aktérům.<sup>138</sup> Příkladem praxe, kdy je rozhodnutí vydáno v politicky „vhodný“ okamžik, by mohlo být rozhodnutí Evropského soudního dvora o tom, že Británie může ještě vzít zpět svůj návrh na použití čl. 50 Smlouvy o EU, které bylo vydáno v prosinci 2018, den předtím, než o této otázce rozhodoval britský parlament.<sup>139</sup> Když budeme některá rozhodnutí vnímat prizmatem takového strategického rozhodování o „urychlování“ či naopak „otálení“, mohou se dostat do zvláštního světla – např. rozhodnutí českého ústavního soudu ve věci *Melčák* bylo vydáno 9. září 2009 na základě ústavní stížnosti podané 26. srpna téhož roku, zatímco rozhodnutí o zastavení řízení o velezradě prezidenta Klause z 27. března 2013 vedené na základě žaloby senátu podané 5. března téhož roku následovalo až po skončení Klausova funkčního období (když hlavním argumentem pro zastavení byl ten, že pokračování

<sup>134</sup> Viz např. zajímavý článek EPSTEIN, L. – LANDES, W. M. – POSNER, R. A. The Best for Last: The Timing of U.S. Supreme Court Decisions. *Duke Law Journal*. 2015, Vol. 64, No. 6, s. 991–1022, který ustavuje a empiricky testuje hypotézu, že tento soud vydává svá zásadní rozhodnutí ke konci června (kdy mu končí jeho *term*, který opět začne v říjnu), a to z toho důvodu, že soudci si zřejmě nechávají záležet na „vybroušení“ argumentace v takovém rozhodnutí a možná se také nechtějí zabývat odpovědní na mediální reakce během léta.

<sup>135</sup> Viz výše poznámka pod čarou č. 99.

<sup>136</sup> Rozhodnutí č. BVerfGE 5, 85. Oproti tomu o návrhu na zákaz Socialistické říšské strany podaném ve stejné době rozhodl již v roce 1952.

<sup>137</sup> To naznačuje Collings v COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*, s. 40 an.

<sup>138</sup> Viz ibidem, s. 54 an., LAMPRECHT, R. *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, s. 66 an.

<sup>139</sup> Rozhodnutí ve věci C-621/18 *Andy Wightman a další v. Secretary of State for Exiting the European Union*.

řízení o ústavní žalobě po skončení funkčního období je obecně vyloučeno).<sup>140</sup> Opět zdůrazňuji, že netvrdím, že by vysoké soudy ve výše prezentovaných případech jednaly vždy strategicky a cíleně „manipulovaly“ s časem, kdy vydají svá rozhodnutí, ale že takovou strategii použít mohou, pokud by strategicky jednat chtěly.

## Závěr

V sedmém díle notoricky známého britského seriálu *Jistě, pane premiére* řeší premiér Jim Hacker doporučení královně na jmenování kandidáta na uvolněné biskupské místo v anglikánské církvi. Jeho státní tajemník Humphrey Appleby začne premiéra poučovat, že anglikánská církev je především společenskou organizací, nikoli náboženskou. Svě manželce pak premiér vysvětluje, proč nedoporučí ani jednoho z navržených kandidátů, protože by šlo o politický zásah. Manželka se podiví: „Právě jsi mi vysvětlil, že církev je politická.“ Na to premiér opáčí: „Ale nesmí tak vypadat.“

Ačkoli můžeme shledávat mnohé podobnosti mezi „nakládáním“ s právem a s náboženstvím (protože obě činnosti se většinou opírají o neustálou reinterpretaci textů, které svůj zvláštní charakter získávají z toho důvodu, že náboženské texty vytvořila boží autorita, v jejíž dokonalost se věří, i když „páchá“ třeba zemětřesení, a právní texty zase normotvůrce, v jehož racionalitu také právníci musí věřit, i kdyby se skutečný zákonodárce příliš racionálně nechoval) a přestože srovnávání mezi církevní autoritou a soudní autoritou by mohlo být zajímavé (zejména v tom, že obě potřebují ke své existenci víru nebo alespoň konformitu *in foro externo*), ve vysokých soudech nemůžeme automaticky spatřovat pouze politické aktéry, jejichž mocenské zásahy se liší od ostatních politických aktérů především v tom, že probíhají skrytě zahalené do hávu jejich expertní role či epistemické autority a jakéhosi „právníčení“ (*lawyering*), které pro laiky vytváří jistou atmosféru „tajuplné neproniknutelnosti“. Je zřejmé, že rituál a s ním se pojící „posvátno“ je pro dobré fungování soudů důležitým prvkem<sup>141</sup> a právě rezignace na rituál či posvátno může být příznakem úpadku víry v právo. Oproti tomu je však možná dobré připomenout, že právo má být (minimálně ve své moderní podobě) především o omezení moci, takže ti „praví“ soudci se nejspíše poznají tak, že své mocenské ambice korigují a jsou ochotni rozhodnout i proti svému politickému přesvědčení, když je o tom přesvědčují právní argumenty.<sup>142</sup>

V tomto textu jsem se nejdříve pokusil odlišit soudní politiku ve smyslu *policy* od politiky ve smyslu *politics*, která je sice v zásadě obtížně definovatelná (a tedy i „nepolapitelná“), ale vysoké soudy by si od ní měly zachovávat odstup, jinak riskují nejen svou důvěryhodnost a ztrátu epistemické autority, ale někdy i svou vlastní existenci. Pak jsem se snažil popsat různé techniky a strategie soudní politiky chápané jako uplatňování soudní

<sup>140</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 17/13.

<sup>141</sup> Viz např. GARAPON, A. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Odile Jacob, 1997, s. 91: „Rituál umožňuje dvěma projevům, aby byly protichůdné a zároveň oba legitimní; dovoluje, aby uvnitř práva došlo k diferenciaci, přináší do něj napětí, ale tak, aby nebyla ohrožena jeho jednota. Když pak násilí konfliktu, vyjádřené dvěma proti sobě stojícími projevy, odeznívá, je ovládnuto celkem rituálu a dále již neohrožuje. Přítomnost soudního rituálu tak umožňuje právu, aby uskutečnilo to, co by rozum sám uskutečnit nemohl.“

<sup>142</sup> Samotný fakt, že soudci vysokých soudů rozhodují často odlišně od politických očekávání těch aktérů, kteří je na vysoký soud jmenovali či nominovali, samozřejmě ještě nijak nevyovídá o tom, že toto jsou ti „praví“ soudci, protože rozhodování proti jejich vlastnímu politickému přesvědčení nemusí být zapříčiněno jejich úctou k právu, ale strategickými důvody.

moci „říci, co je právo“ (*dicere, quod ius est*, tedy *ius dictio*) strategicky k dosahování dlouhodobějších změn v právu, tedy ke tvorbě práva. Techniky soudcovské politiky lze (pracovně) dělit na materiální a „procesní“.<sup>143</sup> Jde-li o ty první, pak pokud má tvorba práva vysokého soudu probíhat „skrytě“ (minimálně před zraky politických aktérů), pak je vhodné použít techniku reinterpretační minulých rozhodnutí soudu (aby se jakákoli změna práva jevila pouze jako rozvinutí předchozí judikatury soudu). Pokud se tak děje nahodile, pak strategické jednání soudu může být patrné z toho, jaká rozhodnutí si ze „skladiště“ předchozích rozhodnutí k reinterpretaci vybere. Pokud se tak děje záměrně, pak soud vytváří „časované miny“, které „vybuchnou“ nikoli ihned (tj. právní názor soudu není použit v tom rozhodnutí, v němž se objevil poprvé), ale až v následujících rozhodnutích, které jsou více „senzitivní“ pro politické aktéry. Při tomto záměrném vytváření „časovaných min“ je vhodné „zabránit výbuchu miny“ tím, že aktuálně vytvořený právní názor soudu se nepoužije díky tomu, že z právního názoru jsou stanoveny výjimky, mezi něž „spadne“ i aktuálně rozhodovaná věc. Pokud naopak může tvorba práva probíhat otevřeně, pak spolu s novým právním názorem soudu a vytvořením výjimek z něj (které se uplatní již v aktuálním rozhodnutí – na rozdíl od „časované miny“) soud současně i „nabízí cestu“ politickým aktérům, jak nadále provádět nějakou „rozumnou“ regulaci problému, kterého se nový právní názor soudu týká.

Z „procesního“ hlediska se tyto techniky kombinují s technikami, které zejména ústavním soudům umožňují „unikat“ z dichotomie „bud' soulad, nebo nesoulad“ prostřednictvím technik konformní interpretace, odkládání vykonatelnosti rozhodnutí, vyslovení neústavnosti právní úpravy bez jejího zrušení, vyslovení dočasné ústavnosti ustanovení nebo „manipulacemi“ s textem ústavně nekonformní úpravy. Použití těchto technik závisí na institucionálním uspořádání prostředí, v němž se vysoký soud pohybuje, a to jak vůči jiným vysokým soudům, tak vůči politickým aktérům, mezi něž lze počítat především zákonodárce. Tyto „procesní“ techniky pak na jedné straně vedou k *judicial empowerment* (protože umožňují soudu tvořit právo), na druhou stranu však vedou i k *judicial deference* (protože „zachraňují“ ústavnost právní úpravy a „vycházejí tak vstříc“ zákonodárci jakožto politickému aktéru).

Právo tvorba vysokého soudu, ať již je skrytá, či otevřená, však bude z dlouhodobého hlediska úspěšná pouze tehdy, když ostatní soudy (zejména ostatní vysoké soudy) a ostatní političtí aktéři (zejména zákonodárce), přijmou její výsledky, aby se expertní role vysokého soudu opravdu „přetavila“ v jeho epistemickou autoritu či symbolický kapitál (protože ty jsou závislé na uznání ostatními). To vyžaduje obezřetnost a opatrnost, která vede k použití dalších technik přicházejících ke slovu zejména tehdy, když vysoký soud chce, aby jeho právo tvorbu uznal i sám zákonodárce. Přestože použití všech těchto technik je vlastně nezávislé na tom, co je obsahem soudcovské právo tvorby, výše jsem prezentoval názor, že když se obsah „novinky“ týká ochrany lidských práv, pak je téměř vždy úspěšné (anebo ještě do nedávna úspěšné bylo). Použití všech technik jsem pak dal do souvislosti s Akvinského rozpracováním pojmu *prudencia*, abych jednak ukázal jejich příbuznost,

<sup>143</sup> Slovo „procesní“ zde používám v uvozovkách, protože jsem dobře vědom toho, že tyto techniky nespádají do toho, co se běžně považuje za procesní právo. Přesto mám tendenci nazývat je „procesními“, protože regulují postup, pomocí něhož vysoký soud může používat techniky tvorby práva, které jsem nazval materiálními. Kdybychom (třeba po vzoru předválečných normativistů) chápali procesní právo šířeji jako „předpisy o tom, jakým způsobem mohou vznikat, zanikat a měnit se normy“ (WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 133), pak bychom tyto techniky mohli nazvat procesními bez uvozovek.

jednak upozornil na to, že žádné „zaručené recepty“ na „úspěch“ těchto technik (tedy jejich dlouhodobá akceptovatelnost ostatními aktéry) zřejmě neexistují.

Ve druhé části článku jsem se pokusil ukázat, že pro použití výše popsaných technik je důležité správné načasování, kdy vysoký soud může (pokud mu to právní úprava dovoluje) např. „odkládat“ své rozhodnutí na dobu, kdy pro jeho přijetí budou vhodné politické či společenské podmínky (typicky na dobu, kdy bude jeho postavení vůči ostatním soudům či politickým aktérům dostatečně zajištěno), anebo naopak „urychlovat“, aby jeho rozhodnutí zapůsobilo tak, jak to považuje za nejvhodnější. Vyslovil jsem také domněnky, že zásadní či přelomová rozhodnutí by spíše neměla být vydávána soudem v době krátce po jeho vzniku a že pro rozvinutí judikatury soudu (které pro něj bude představovat dostatečné „skladiště“ textů, které může do budoucna používat) je vhodná na počátku jeho existence dostatečně stabilní politická situace.

Možná jsou všechny výše popsané techniky a strategie dostatečně známy a možná, že jejich popis zde závisí na jistém „optickém klamu“, který je způsoben tím, že text se zaměřuje v podstatě pouze na „slavné“ případy.<sup>144</sup> Ale snad je tento pokus o jistý teoretický rámec soudních technik a strategií přeci jen v něčem přínosný.

---

<sup>144</sup> Možná kdyby se naopak text soustředil pouze na spíše méně známá rozhodnutí (možná podobně jako Foucault rozvinul své teorie o různých technikách disciplinace či jiných způsobů „ovládání“ v moderní společnosti na základě studia spíše druhořadých autorů), byl by výsledek jiný.



# Co je právo a jak ho můžeme modelovat

Jakub Michálek\*

**Abstrakt:** Cílem této práce je načrtnout charakteristiku možného modelu právního systému, který by byl využitelný při modelování práva pomocí automatizovaných systémů. Za tímto účelem vymezují pojem právního systému, za který považují fundamentální normativní systém, který o sobě tvrdí, že je legitimní a vynutitelný. Na několika případech ukazují, že takové vymezení je realistické a praktické. Ukazují, jak tyto pojmové znaky vyplývají z obecného požadavku na zdůvodnění normy jako regulativu chování. Na základě vymezení právního systému představují základy modelu práva. K modelování kontinentálního práva doporučují volit inkluzivní pozitivismus s textuálním nebo instrumentálním aktualismem. Popisují, jak vymezený model práva zachycuje jevy jako kolize právních systémů, metanormy, právní pluralismus a soudcovské dotváření práva.

**Klíčová slova:** model práva, právní systém, právní pluralismus

## Úvod

Aspoň rámcové pochopení pojmu právního systému je nezbytnou podmínkou, aby bylo možné vytvořit prakticky použitelný model práva, který umožní systematicky zachytit, studovat, rozporovat a případně i částečně automatizovat programovatelnou část obsahu práva pomocí počítačových technologií. Právě to je součástí problematiky mého bádání.

Podle soudobých českých učebnic je právo neboli právní řád „*souhrn právních norem jako obecně závazných pravidel chování stanovených či uznaných státem (resp. mezinárodním společenstvím států), jejichž porušení stát (resp. státy vytvořené mezinárodní instituce) sankcionují*“. Za základní znaky právních norem se pokládají závaznost, formální určitost, obecnost a vynutitelnost.<sup>1</sup> Jde o právně filosofickou definici aktuálního pojetí státního práva, tedy práva vytvářeného státem, případně mezinárodní institucí, nebo na základě jejich rozhodnutí. Tato definice však postrádá interdisciplinární kontext sociálních věd a pro *obecnou* analýzu práva nestačí.

Abychom pochopili, proč ve společnosti vznikají právní normy, zamysleme se nad rozhodováním člověka v kontextu evolučního principu. Myšlení neslouží jen k mapování okolního světa, ale také k identifikaci našich složitějších potřeb a hledání nástrojů jejich uspokojení, tedy k hledání vhodných strategií úspěchu.<sup>2</sup> Úspěšné strategie jednání se evolučně vyvíjejí,<sup>3</sup> učíme se je a průběžně je testujeme v realitě. Z ustálených strategií,

\* Mgr. et Mgr. Jakub Michálek. Autor je doktorand na katedře teorie práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a působí také jako předseda poslaneckého klubu Pirátů, místopředseda ústavněprávního výboru a předseda jeho podvýboru pro e-Sbíрку a digitalizaci justice v Poslanecké sněmovně PČR. E-mail: jakub.michalek@pirati.cz.

<sup>1</sup> GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013.

<sup>2</sup> Jsem si vědom toho, že pojem strategie se obvykle vztahuje k dlouhodobým aktivitám. Zde jím mám na mysli obecně různé naučené postupy včetně taktik a jiných přístupů, které jedinec používá, aby dosáhl svých cílů. Tento pojem je převzat z teorie her, viz například RUBINSTEIN, Ariel Rubinstein. Comments on the interpretation of game theory. *Econometrica*. 1991, 59, s. 909–924.

<sup>3</sup> Viz např. AXELROD, Robert. An Evolutionary Approach to Norms. *American Political Science Review*. 1986, Vol. 80, No. 4, s. 1095–1111. Stručně též populární popis v BINMORE, Ken. *Teorie her... a jak může změnit váš život*. Praha: Nakladatelství Dokořán – Argo, 2014, s. 176, případně teoretická část knihy ELLICKSON, Robert C. *Order without law*. Harvard University Press, 1991, s. 149 an., která se kloní k antropologickému vysvětlení původu norem.

kde silnější strana (nebo strana chráněná společností) vyžaduje určité plnění, pak vznikají sociální pravidla či normy, které si lidé pamatují.<sup>4</sup> Jednou z lidských strategií je utvářet si mentální modely věcí a jevů – mezi to patří i mentální modely skutečnosti i práva. Dovolávat se výsledku vyjednávání či vůle společenské autority je pak další takovou strategií, na základě které se taková pravidla pro vznik subjektivních práv formalizují a stávají se z nich společenské instituce. Pouze některé z těchto sociálních norem, jak si dále ukážeme, mají povahu práva.

Strategie chování samozřejmě daleko přesahují právo a právní systém. Do reálného výběru strategií zasahují další vlivy, jako jsou emoce, morálka, mentalita, zkušenosti a řada dalších faktorů. Vzhledem k principům fungování mozku jako dosud technicky nepřekonaného orgánu patří rozhodování člověka mezi komplexní procesy a bez dalšího nelze jednoduchým způsobem spolehlivě předpovědět jeho výsledek.

V rámci systému společnosti se vyvinuly složité normativní subsystemy. Na základě úspěšných strategií či tlaku okolní společnosti (který je v podstatě formou kolektivní strategie jako projevu racionální spolupráce) se utváří představy slušného chování (např. povinnosti pozdravit ve společnosti, dát starým lidem přednost k sezení v tramvaji) či představy o právem požadovaném chování (právní vědomí). Právní vědomí vzniká v mysli jednotlivců na základě jejich vnímání působení práva ve společnosti, na základě komunikace o právu a interakce s okolím a ovšem vyvěrá i z osobní morálky a osobního vývoje a založení jednotlivce.

Speciálním případem právního vědomí je vědomí o obecné nutnosti (společností vynucovaném závazku) dodržovat právo. Aspoň na této nejabstraktnější úrovni musí být člověku zdůvodněno, *proč* má dané právo dodržovat a jaké jsou možnosti jeho *vynucení*. Tyto dva základní prvky jsou úzce svázány s vymezením pojmu právního systému, jak bude ukázáno dále, čímž utváří hlavní vazbu na společenskovední kontext právního systému.

Když člověk jedná po právu (realizuje svá práva), málokdy si uvědomuje právní rozměr svého jednání. Vyloučíme-li právníky jako specialisty, člověk právo vnímá, pokud má pro něj mít důsledky, tedy pokud má praktickou úlohu při zhodnocení kontextu a hledání vhodné strategie úspěchu:

- 1) Za prvé se o nějaký konkrétní důsledek sám snažím anebo ho pro mě někdo připravuje, ať už jde o důsledek příznivý (např. zdědím pozůstalost, chci získat rodičovský příspěvek) anebo nepříznivý (bráním se trestu nebo usiluji o jeho snížení).
- 2) Za druhé, pokud vím, že mé určité právní jednání anebo vzniklá situace budou mít důsledky (např. odpovídám za delikt), ale nevím přesně jaké, pochopitelně se na ně ptám. Ptám se na ně typicky proto, abych jim přizpůsobil svou strategii chování, takže jde v podstatě o podobný problém jako v prvním bodě.

Strategie se promítá do konkrétního právního argumentu. Právní argument se liší podle kultury a kontextu. Může mít rigidní podobu u soudů až po *ekvitu* v rozhodcím řízení nebo ekonomicky pojatý argument ve vyjednávání. V případě nativních kultur může být spojen s dramatickým představením či rituálem jako v raném legisačním procesu.

<sup>4</sup> Někteří sociologové vědění mluví v souvislosti se vznikem myšlenkových představ o procesu sedimentace, viz např. BERGER, Peter L. – LUCKMANN, Thomas. *Sociální konstrukce reality*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1999, s. 70.

Právní argument, který vychází z určitého právního názoru a postavení osoby, které se argument týká, si sice vytváří právník praktik (u jednodušších případů i laik) samostatně, ale jednotlivé dílčí složky tohoto argumentu, jakož i dovolenou strukturu argumentu přebírá od oficiálních autorit (typicky včetně interpretace zákonů vydaných k tomu pověřeným sborem) a odborných autorit v oblasti práva a konečně také od znalců daného prostředí, například ekonomů, kriminologů, psychiatrů apod.

Široké zapojení jiných oborů lidské činnosti je dáno tím, že právo má jako předmět regulace *společenské* vztahy v tom nejširším vymezení. Právní normy tedy vyžadují ke své správné aplikaci odbornost v řadě oborů. Hovoříme zde o tzv. *fundamentálním* normativním systému.<sup>5</sup> Tento fundamentální charakter práva je dalším znakem, který se promítne do vymezení pojmu právního systému. Mluvím-li o systému práva, mám tím na mysli právo jako subsystém společnosti<sup>6</sup> z hlediska systémové teorie vedle dalších, často s ním interagujících subsystémů, jako jsou třeba politický, mocenský nebo ekonomický subsystém společnosti.

Model práva je konečně typicky spojen s určitými společenskými institucemi a autoritami. Jednak společenské instituce využívají právo k prosazení své moci, jednak se formují v důsledku rozvoje práva jako praktické disciplíny a jednak vůči mocenským autoritám vzniká snaha omezit jejich moc právem, jak to známe z *Magny charty libertatum*. Také tyto strategie jednání zapadají do výše zmíněných dvou případů relevance práva pro lidské chování.

Proto se někdy uvádí, že funkcí práva ve společnosti je výkon institucionalizované sociální kontroly<sup>7</sup> včetně urovnávání sporů tak, aby zbytečně neeskalovaly a nevedly v důsledku tradovaných principů (jako je odvetný boj) k újmě celé společnosti.

## 1. Vymezení pojmu právního systému

### 1.1 Metodologická východiska

V tomto článku mi nejde o odvození univerzálního pojmu práva či jeho analytické vyvození z praxe, nýbrž o jeho *prakticky použitelné* vymezení pro modelování reálného působení širokého spektra právních systémů, zejména ve vztahu k reprezentaci a aplikaci obsahu práva. Tento článek si klade za cíl v první části utilitaristicky vymezit právo, aby takové vymezení bylo teoretickým základem pro praktické modelování práva. To vyžaduje, aby byl obsah pojmu chápán realisticky ve smyslu, v němž se pojem práva běžně historicky používal a reálně prakticky působil ve společnosti, nebo aspoň aby se vymezení realitě zjevně nepřičilo.

Pro základní práci s modelem práva je vhodné pojem právního systému vymezit pomocí pojmových znaků. Co je všem právním systémům společné, tedy co je společné pří-

<sup>5</sup> WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017, s. 37.

<sup>6</sup> LUHMAN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 72.

<sup>7</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law. A comparative theory*. New Haven: HRAF Press, 1974, s. 342, či stručnější český text POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva. Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: nakladatelství SETOUT, 1997, s. 21 an. K sociální kontrole v právu viz např. ELLICKSON, Robert C. *Order without law*, s. 123 an., a v historii antropologie MOORE, Sally Falk. *Law as process: an anthropological approach*. London: Routledge & K. Paul, 1978, s. 219 an. Obecně k sociální kontrole viz MURPHY, Robert F. *Úvod do kulturní a sociální antropologie*. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2004, s. 150 an.

padům, kdy nemáme pochybnosti, že jde o právo? Tak zní stále aktuální otázka, kterou právní antropologie řeší,<sup>8</sup> tedy jak mezi společenskými regulacemi charakterizovat právo, aniž by takové vymezení bylo etnocentrické, a to se všemi úskalími, která jsou s takovým vymezením spojena.<sup>9</sup> Chceme-li zmíněnou otázku řešit ve vztahu k modelování práva, nevystačíme si s definicemi uvnitř právních věd, proto mi přijde rozumné se obrátit k obecnějším sociálním vědám.

Předně základem diskuse o vymezení práva k výše uvedenému účelu nemůže být projektování vlastních představ o hodnotovém obsahu práva do jeho definice (například požadavky přirozenoprávních teoretiků na zákaz zjevného bezpráví). To vede pouze k přesunu argumentačního sporu *de lege ferenda* na jiné bojiště a z hlediska *antropologie* práva v tom nespátřuji užitek.<sup>10</sup> Specificky se snažím vyhnout etnocentrické povaze současného studia práva, která běžně hovoří o anglosaském či kontinentálním právu, jako kdyby šlo o privilegovaný právní systém.<sup>11</sup>

## 1.2 Oddělitelnost právního a morálního systému

Právní systém je zejména třeba odlišit od reálné vymahatelnosti, spravedlnosti či legitimity, což jsou jeho atributy, které mohou být sporné, a není vhodné, aby tyto spory zatěžovaly diskusi o nutných znacích právního systému.

Pokus o zakotvení požadavku spravedlnosti do právních definic je sice sympatický, ale považuji za vhodnější ho vyjádřit hodnotovým požadavkem na obsah práva (*de lege ferenda*), nikoliv poněkud deformovat zažitý pojem společenských věd.<sup>12</sup> V tomto ohledu zakládám pojem právního systému na přístupu, který se nazývá *inkluzivní pozitivismus*.<sup>13</sup> Nejde o to, že by uvedené vlastnosti s právem nesměly souviset, nýbrž pouze o to, že tyto vlastnosti nejsou *nutnou podmínkou* právního systému. Oddělitelnost práva a morálky je nezbytné právně filosofické východisko kvůli tomu, aby bylo možné modelovat libovolný právní řád, nikoliv pouze právní systémy podmiňující platnost morálkou (např. islámské právo nebo přirozenoprávní teorie).

Různé právní řády *mohou* mít své mechanismy pro odstranění hrubě nespravedlivých právních norem prostřednictvím derogace či nepoužitelnosti, viz například Radbruchova formule.<sup>14</sup> Jde však o otázku obsahu konkrétního právního řádu, nikoliv o znak společný

<sup>8</sup> PIRIE, Fernanda. *Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 11.

<sup>9</sup> ERIKSEN, Thomas Hylland. *Sociální a kulturní antropologie*. Praha: Portál, 2008, s. 15 an.

<sup>10</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 111.

<sup>11</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology: Outlines, Issues, and Suggestions*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Verlag C. H. Beck, 2009, s. 69 an., POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 35.

<sup>12</sup> Radbruchova formule, pokud je chápána podle Radbrucha, nikoliv podle výše uvedeného chápání blízkého Hartovi, může paradoxně v dobách vypořádání s totalitním systémem poskytnout menší ochranu než prosté a radikální odmítnutí předchozího totalitního právního systému a otevřeně deklarované převzetí nápravných opatření do nového právního systému včetně adekvátního potrestání utlačovatelů a přerozdělení majetku. Ostatně i jiná tvrzení Radbrucha je třeba pohlížet kriticky, například jeho tvrzení o tom, že příčinou zvržité v justici během nacismu byl pozitivismus, když naopak historická analýza svědčí o převládajícím přirozenoprávním pojetí v justici, které vycházelo z nacistické ideologie. Srovnej SOBEK, Tomáš. Radbruchův mýtus a Benthamova formule. *Právník*. 2011, roč. 150, č. 2, s. 128–165.

<sup>13</sup> SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 173.

<sup>14</sup> Srovnej též RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (orig. *Süddeutsche Juristenzeitung*. 1. 1946, Nr. 5, s. 105–108). In: KAUFMANN, A. (Hrsg.). *Gesamtausgabe Radbruch*. Band 3. Heidelberg, 1990, s. 83–93 (česky in: HANUŠ, Libor. Gustav Radbruch – o napětí mezi spravedlností a právní jistotou. *Právní rozhledy*. 2009, č. 16, s. 584).

pro všechny právní systémy, který by musel být nutně zakomponován do pojmu právního systému. Klíčovou výhodou pozitivismu pak je, že dokáže popsat i systémy založené na přirozeném právu, zatímco opačně tomu tak není,<sup>15</sup> tedy přístup postavený na inkluzivním pozitivismu je nutným důsledkem mého metodologického požadavku na to, aby bylo vymezení pojmu realistické. Atribut oddělitelnosti práva a morálky je ostatně základní tezí právního pozitivismu.<sup>16</sup>

Přístup, který nespravedlivé právo nepovažuje za právo, podle mého názoru odporuje historické zkušenosti, kde platilo právo dlouhá staletí rozvinuté, a přesto do značné míry nespravedlivé (a to i očima *tehdejší* morálky). Radbruchova formule, podle níž soudce dá přednost morálce před extrémně nespravedlivým právem, které případně ani právem není, je projevem důsledků ideje právního státu, který je etickým – z mého pohledu legitimním – konceptem přejatým do některých moderních právních řádů. Tento koncept se z právní teorie dostal jako nepsaná zásada do některých právních řádů působením právních autorit.

Radbruchova formule z pozitivistického hlediska není nic jiného než obsahová složka, kterou může ten který právní systém přijmout v důsledku zvyku či rozhodnutí autority,<sup>17</sup> přičemž spor o obsah právního systému se již odehrává v rovině právní vědy (modelování konkrétního právního systému). Podle Holländera se demokratické právní systémy vyznačují tím, že akceptují „morální minimum“ právního řádu, tedy aplikaci základních principů „demokratického právního státu“ na zločiny proti lidskosti i retroaktivně. Charakteristiku moderního demokratického právního státu však nelze přenášet do pojmových znaků právního systému. Tím bychom uměle popírali status práva u okupovaných států, kolonií, nedemokratických a jiných vnucených systémů, které občany jistě nemusely být vnímány jako legitimní, nicméně byly historicky ustálené a bezpochyby fungující. Pojmový znak legitimacy či morálky by vyžadoval v každém jednotlivém případě zkoumání nejen formálního a faktického působení práva, ale také sdílenou obecnou představu dané společnosti o spravedlnosti. Ve výsledku bychom akorát museli pro právní systém hledat jiné jméno, což už však dnes řešíme pojmem legitimacy.

Není pochyb o tom, že v rámci soudcovské argumentace a judikatury se do práva v rámci procesu dotváření práva může dostat nová norma,<sup>18</sup> přičemž nemusí tak být jen po převzetí morálně podpořeného principu jako u Radbruchovy formule,<sup>19</sup> nýbrž v důsledku libovolných zájmů právních autorit (včetně třeba i osobního zájmu či korupce). Ostatně již Pospíšil mapuje na případu Kapauků podplacená rozhodnutí pohlavára kmeny.<sup>20</sup> Jak již bylo řečeno, každého člověka, a tedy i soudce, ovlivňuje více normativních systémů<sup>21</sup> a dalších vlivů, čili nelze se divit tomu, že v některém případě rozhodne třeba i v rozporu s právním řádem. Je věcí právního řádu (včetně např. procesu odvolání, dovolání, stížností apod.), jaké důsledky takové rozhodnutí s mimoprávními pohnutkami bude mít. Historie se na pohnutku neptá, a tak se i takové výsledné rozhodnutí může promítnout do práva jako precedens.

<sup>15</sup> Viz podrobnou diskusi v SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, např. s. 366.

<sup>16</sup> SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*, s. 538.

<sup>17</sup> Srovnej k tomu HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk 2012, s. 25 an.

<sup>18</sup> Např. WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*, s. 208.

<sup>19</sup> HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*, s. 29.

<sup>20</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 50.

<sup>21</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology*, s. 135, nazývá takovou situaci konfliktem mezi fóry.



### 1.3 Nutné atributy právního systému

Nyní nastal čas právo vymezit vůči dalším normativním systémům s hodnotovým významem, jako jsou morálka, náboženství či jiné podobné společenské normativní systémy.<sup>22</sup>

Jedním ze základních autorů, ze kterých vycházím a kterého jsem si vybral, protože je nejbližší mému vlastnímu pojetí práva, je právní antropolog Leopold Pospíšil. Pospíšilovu práci jsem si vybral s ohledem na jeho praktické zkušenosti, které jsou obzvláště cenné pro realistické vymezení práva. Pospíšil ve své práci rekapituluje různé přístupy k definování pojmu práva,<sup>23</sup> včetně snah o vymezení práva z abstraktních principů (tento přístup je vyvrácen bohatou kazuistickou historií práva v mnohých kulturách), *živého práva* vyabstrahovaného ze skutečného chování adresátů<sup>24</sup> (Eugen Ehrlich) a konečně práva vyabstrahovaného z právních rozhodnutí (Oliver W. Holmes).

Pospíšil vychází z toho, že největší analytickou hodnotu má vymezení práva pomocí pojmových znaků, což také podle něho reálně koreluje s funkcí práva jako systému sociální kontroly.<sup>25</sup> Pospíšil vychází z vlastního antropologického zkoumání kultur v různém stupni vývoje a na základě toho dochází k vlastní pracovní definici, že právo jsou principy vyabstrahované z právních rozhodnutí. Právními rozhodnutími jsou podle něho taková rozhodnutí, která mají čtyři základní nutné atributy:<sup>26</sup> jsou vydána autoritami, jsou vydána s úmyslem obecné použitelnosti do budoucna na podobné případy, předvídají závazky stanovené autoritami za porušení práva za účelem nápravy situace mezi stranami sporu (na rozdíl od náboženských deliktů) a předvídají sankce.

Oproti tomu Fikentscher dva prvky Pospíšilova vymezení práva rozporuje, a to právní autority a závazky, a nabízí vlastní definici, podle které je právem z hlediska antropologie autorizující a sankcionující systém mětí, který se zakládá na systémovém uplatnění hodnot a metod v určitém čase.<sup>27</sup>

Tyto atributy a úvahy dalších teoretiků práva jsou mi inspirací k tomu, abych nabídl vlastní a mírně odlišné vymezení pojmu právního systému za účelem modelování práva, které bude prakticky použitelné, realistické, širěji aplikovatelné a neetnocentrické.

Mluvím-li v následující části o normativním systému, respektuji bohatou vnitřní strukturu takového systému, tedy jeho různé roviny zákonného práva, judikatury a praktické aplikace práva včetně důsledků, které se s nimi pojí. Je-li totiž účelem vymezení praktická použitelnost pro modelování a užitečnost pro adresáta norem, musí být všechny uvedené prvky v modelu práva zohledněny na úrovni komplexity adekvátní pro vytyčený účel.

<sup>22</sup> GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, s. 30.

<sup>23</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*. Srovnej také POSPÍŠIL, Leopold. *The Nature of Law. Section of Anthropology. Transactions of the New York Academy of Sciences*. 1956, Vol. 18, No. 8, Series II, s. 752.

<sup>24</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 28.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 19. Ovšem v analytickém vymezení pojmu práva není a z důvodu mnohosti účelů ani nemůže být mezi vědci jednota, proto je každé takové vymezení jen jedním z mnoha možných.

<sup>26</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 36–56, POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 37 an.

<sup>27</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology: Outlines, Issues, and Suggestions*, s. 67.

## 1.4 Vymezení pojmu právního systému pro účely modelování práva

*Právní systém* je normativní systém<sup>28</sup> určité společnosti,<sup>29</sup> který je fundamentální v tom smyslu, že po dobu svého trvání reguluje život dané společnosti v širokém rozsahu,<sup>30</sup> a dále splňuje dva pojmové znaky:

- 1) *tvrzení* legitimacy právního systému k sociální kontrole v této společnosti,<sup>31,32</sup>
- 2) *tvrzení* obecné vynutitelnosti předepsaným postupem, který právní systém předvídá.<sup>33</sup>

\* \* \*

Toto vymezení nabízím k možným úpravám a zpřesněním, pokud vyjde najevo, že některý typický právní systém nepokrývá, nebo pokud naopak pokrývá normativní systémy, které za právní v realitě nepovažujeme.

Zjednodušeně řečeno můžeme mluvit o právním systému tehdy, pokud v určité společnosti (např. státě, organizaci, společenství států, kmeni) existuje fundamentální normativní systém, který o sobě tvrdí, že má nástroje na vynucení svých příkazů a současně disponuje odpovědí na otázku adresáta norem, z čí moci se mu příkazy udělují či proč si nárokují legitimitu. V obou dvou případech jde současně o dva pádné faktické argumenty, proč má člověk právo vůbec dodržovat, jak bylo vyloženo v úvodní části tohoto článku.

<sup>28</sup> Mluvíme-li o normativním systému, zkoumá se v něm otázka, co má jak být. Nevyžaduje se nutně obsah práva vyjadřovat pomocí abstraktních pravidel, neboť taková definice by nepokryla ani kmenové kultury, ale ani dnešní způsob práce s kvaziprecedenty v judikatuře. Normativní systém chápou v určité historické kontinuitě. Normativní systém může zahrnovat například i právní principy, srov. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K roli právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 66. Srovnej také vymezení „právních pravidel“ jako principů vyabstrahovaných z rozhodnutí právních autorit v POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 342.

<sup>29</sup> Pojem společnosti zde pojímám intuitivně, jako instituci popisovanou společenskými vědami, neboť její přesné vymezení je nad rámec tohoto článku. V každém případě se však nejedná o malé skupiny, kde fungují osobní vazby (nejde tak typicky ani o obchodní společnost upravenou zákonem o obchodních korporacích). Společnosti je třeba rozumět i rozsáhlou skupinu lidí, kterou spojuje společný zájem a lidé k ní cítí sounáležitost. Pospíšil v *Etnologii práva*, s. 41, cituje La Vinea, který mluví o největší rozhodováním schopné jednotce. Existence aspoň jedné společnosti je podmínka nutná, není však vyloučeno, aby byl jeden právní systém převzat do jiné společnosti (např. recepce římského práva ve středověku). Společnost je vnitřně diferencovaná na různé podskupiny, například Češi a Němci, kteří se na území českých zemí řídili před první světovou válkou rakouským právem, ovšem před tím ve středověku se každá tato skupina společně žijící na daném území řídila dle principu personality vlastním právním systémem. Naše vymezení tedy nijak nezakazuje, aby v jedné společnosti působilo více konkurujících si právních systémů.

<sup>30</sup> S fundamentálností je spojen také požadavek na určitou míru komplexnosti právního systému, který typicky vyúsťuje v meta-normy či slovy Harta sekundární normy.

<sup>31</sup> RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 111, a také dále BERTEA, Stefano. *The Normative Claim of Law*. Bloomsbury Publishing, 2009; SPECTOR, Horacio. *A Pragmatic Reconstruction of Law's Claim to Authority: Law's Claim to Authority. Ratio Juris*. 2019, 32, s. 21–48, který považuje za původní zdroj této teze úvahy Maxe Webera o státě, a další tam citované zdroje.

<sup>32</sup> Tvrzení legitimacy vychází podle společenského uspořádání např. z vůle autority (např. císaře a jeho aparátu, okupující mocnosti anebo většinového rozhodnutí těch, kdo normy přijímají, např. demokratických shromáždění), přeneseně též ze společnosti samotné anebo z boží vůle, čímž se právo odlišuje od technických norem a herních pravidel. Legimita je často vyjádřena implicitně (např. použitím slov jako „zákon“).

<sup>33</sup> Tvrzením obecné vynutitelnosti se právo odlišuje od dobrých mravů, poctivého obchodního styku, slušného chování a jiných podobných morálních pravidel, jejichž normy však mohou být přetaveny do zvykového práva, pokud předvídají postup vynucování, např. u stařešiny v případě původních kmenů. Tím netvrdím, že právní řád nemůže obsahovat nevynutitelné normy (*leges imperfectae*), ale právní systém jako celek si vymahatelnost nárokuje.

Domnívám se, že při vymezení pojmu práva je nutné nejprve vyjít z pojmu právního systému, nikoliv naopak.<sup>34</sup> Právní systém má blízko ohnisku právního řádu, jak o něm mluví Kelsen.<sup>35</sup> Ohnisko není jen abstraktním konceptem, nýbrž i vhodně vystihuje skutečné fungování a setrvačnost právních systémů ve společnosti. Kelsen ohnisko právního systému nazývá *grundnormou*, v praxi jde o novou ústavu, recepční zákony zachovávající kontinuitu nebo akty, kterými si nový ústavadárce osobuje moc. Právní systém počíná tím, že v určité společnosti vzniká právo a začne se uplatňovat, zpravidla ku pomoci nové vlády. Podstatné je, že základní prvky tvrzení vynutitelnosti a legitimacy se vztahují nikoliv k jednotlivé normě nebo právnímu řádu, ale k právnímu systému jako celku.

Oproti dosavadním teoretickým pojednáním, která pojem práva pojí s požadavkem vynutitelnosti, případně ho podmiňují legitimitou, má podle mého názoru charakter práva už i normativní systém, který jen *tvrdí* dva výše zmíněné atributy. Pocit závazku nastává u člověka typicky tehdy, pokud se s mocenským systémem, jehož je právní systém součástí, aspoň částečně ztotožňuje. Z toho vyplývá, že jde o častý, avšak nikoliv pojmově nezbytný znak právního systému.<sup>36</sup>

Právní systém každopádně vzniká fakticky, např. tím, že ve společnosti začnou společenské autority *tvrdit*, že určité zvyky jsou právo, případně nařízením okupačního nebo revolučního řádu. Lze hovořit o vzniku právního systému zdola a shora, tedy ze zvyku či rozhodnutím autority.<sup>37</sup> Následně může vzniknout konflikt o faktické prosazení tohoto právního systému. Právní systém vzniká typicky současně s politickým či politicko-mocenským systémem. Základní parametry vznikajícího právního systému jsou tedy dány mimoprávně v důsledku situace ve společnosti.

Někdy také může být sporné, kdy vzniká nový právní systém a kdy jde pouze o změnu existujícího právního systému.<sup>38</sup> Od této otázky je třeba odlišit otázku diskontinuity v *ob-sahu práva*, která může být výrazná, čímž se právní systém vyvíjí, aniž by ovšem vznikal nový právní systém. Současně může být zachován právní systém za současné změny politického systému, např. v Československu v letech 1948 a 1989.

<sup>34</sup> Rád bych zdůraznil, že právním systémem zde nerozumíme právní kulturu, jak se často *promiscue* tento pojem používá. (Zařaditelnost určitého právního systému pod určitou právní kulturu a tzv. smíšené právní systémy zde vůbec nezkoumáme.) K vymezení pojmu právního systému srovnej také RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1970. Pojem „systém“ je třeba chápat poměrně volně, může být relativně jednoduchý jako v kmenových společnostech, anebo může být v menší či větší míře diferencován v jednotlivých segmentech společnosti, srovnej diskusi v GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *The Journal of legal pluralism and unofficial law*. 1986, Vol. 18, Iss. 24, s. 12. Úroveň právního systému a práva (zákonů) odlišuje na základě historického exkurzu i POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 128 an. Ovšem citované zdroje typicky uvažují spíše právo než právní systém jako historickou kontinuitu, přičemž mnou stanovený požadavek, že právní systém si nárokuje legitimitu, je volnější než vztáhnout totéž k právu nebo jeho jednotlivým normám. GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism*, s. 38, mluví v případě právního systému o samoregulaci semiautonomního sociálního pole; srovnej též MOORE, Sally Falk. The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law & Society Review*. 1973, Summer, Vol. 7, No. 4, s. 719–746.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Praha: Orbis, 1933.

<sup>36</sup> Srovnej shodně POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 18.

<sup>37</sup> FIKENTCHER, Wolfgang. *Law and Anthropology*, s. 133; POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law*, s. 193 an.

<sup>38</sup> Obecně lze vycházet z kritérií mocenských a faktických, neboť ta jsou pro vznik právního systému rozhodná. Nový právní systém vzniká, pokud je faktickými prostředky nahrazen právní systém předcházející, např. v revoluci 1918, kdy Československo popřelo rakousko-uherské ústavní zákony (platné typicky v Předlitavsku) a začalo se řídit recepční normou a dalšími zákony Národního výboru československého. Specifickou otázkou je vznik nových právních systémů totalitních, které sice měly fasádní demokratické ústavy, ale v praxi byly pramenem práva usnesení orgánů komunistické strany. Tuto situaci lze podle mého názoru nejlépe popsat jako kolizi právních systémů, formálního kontinuálního a neformálního převratového, které spolu soupeří a doplňují se, viz dále. Nejde o záležitost výlučně novověkou, určité paralelní či fasádní působení můžeme posuzovat již v římském období principátu s paralelními republikánskými institucemi.

Právo může pochopitelně existovat také do značné míry nezávisle na státu. Z ideologických a kulturních důvodů se často považují za právní normy pouze takové normy, které vynucuje stát, jsou to tedy normy *státního práva*.<sup>39</sup> Mohu se však také stát členem spolku, třeba i mezinárodního, který má vlastní donucovací mechanismy, v nichž typicky nespolehá na státní donucení (např. zednáři, mezinárodní politická hnutí, sportovní asociace, církve), a tedy má vlastní právo, pokud má spolek členstvo natolik četné a jeho aktivita je natolik rozličná, že členstvo tvoří vlastní společnost. Právní pluralismus se vymezuje proti zjednodušování právního systému pouze na státní právo, díky čemuž vystihuje širší okruh jevů obdobné podstaty. Díky vazbě na široký společenskovední pojem „společnosti“ je mnou podané vymezení právního systému slučitelné s právním pluralismem.

Jak bylo nastíněno v úvodu, analyticky výstižné vymezení pojmu právního systému by mělo vést k tomu, že pod právní systém zahrne takové případy, které se tradičně pod právní systém podřazují, a naopak.

Testovací případy:

1) *Rodina není právní systém*. Omezení na „společnost“ nám přirozeně vyloučí pravidla v rodině, vztahu a v jiné společenské skupině, která upřednostňuje úzké osobní vazby a není společností. Ačkoliv někteří autoři tvrdí opak,<sup>40</sup> vesměs kvůli zmatení normativního systému a práva, u nás doma a myslím v rodinách obecně žádný právní systém neexistuje a nikdo o systému rodinných vztahů jako o právním systému neuvažuje. Je právě přidanou hodnotou práva, že dokáže nahradit bezprostřední vztahy a pravidla, která platí ve skupinách, právem, které reguluje společnost jako mnohem širší skupinu.

2) *Starověké a kmenové kultury měly právní systém*. Mezi jeden z nejstarších právních systémů patří ten, který byl založen babylónským Chammurapiho zákoníkem, který ho přikázal dodržovat a předepsal systém sankcí. Starověká společnost egyptská, v jejímž čele stál faraon, měla právní systém odvozující svou legitimitu z titulu toho, že faraon byl bůh, přičemž dodržení práva se vynucovalo. Židovský národ, který byl vyveden z egyptského zajetí, měl svoje proroky a následně rabíny jako vykladače práva, přičemž za některá porušení božských příkazů sliboval i ukamenování ostatními příslušníky společnosti. Ve všech těchto případech šlo o právní systémy. Právo se rozvíjelo tak, jak se během historie rozvíjela společnost, aby řešilo její aktuální poměry, především s cílem minimalizovat ztráty ze sporů, zvyšovat jistotu a dobré vztahy a zachovat postavení vládnoucí skupině. Mezi základní otázky tehdejšího práva patřilo nástupnictví (ať už vládnoucí dynastie či posloupnost majetku) a rodinné otázky. Již jsem se také zmiňoval o pracích Leopolda Pospíšila, který podrobně mapoval některé právní systémy původních kultur, např. Kapauků.

<sup>39</sup> Státním právem máme na mysli právo produkované státem, tedy společností, která má své svrchované území a organizace. Viz dále např. RÖHL, Klaus F. – RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. München: Vahlen, 2008; GRIFFITHS, John, a další autoři píšící o právním pluralismu. Příklad popisu sociální kontroly s upozaděnou rolí práva viz ELLICKSON, Robert. *Order without law*, který se nicméně ibidem, s. 137, kloní ke klasickému rozlišení na právo jako produkt vlády na určitém území, na organizační pravidla jako produkt organizace a normy jako produkt působení sociálních sil.

<sup>40</sup> Srovnej odchylně Santosovo uvažování v článku TAMANHA, Brian Z. A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*. 2000, Vol. 27, No. 2, s. 302.

3) *Přirozené právo je právní systém.* Přirozené právo je právní systém, který obsahuje podle Harta „minimum“ vyžadované pro přežití společnosti.<sup>41</sup> Jde v podstatě o argument vycházející z evolučního argumentu, že systémy neobsahující Hartovo minimum by vymřely. Argumentace hrozbou vymřením (bez ohledu na její pravdivost) je bezpochyby dostatečným *tvrzením* legitimacy právního systému. Maxima přirozeného práva umožňující nositeli přirozeného práva ho vykonávat a po právu si ho bránit postačuje k naplnění tvrzení vynutitelnosti způsobem, který přirozené právo předvídá. Vymahatelnost přirozeného práva posiluje ochota společnosti porušení a nevyvádění norem trestat, typicky s vidinou posílení vlastní prestiže či jiné výhody.<sup>42</sup>

4) *Konkurující si právní systémy.* V další části práce se věnuji problému kolize právních systémů, kdy dva právní systémy soupeří o to, který se prosadí v určité společnosti, tedy v situaci nazývané právní pluralismus.<sup>43</sup> Také v tomto případě díky požadavku na *tvrzení* vynutitelnosti a legitimacy umožňuje výše uvedené vymezení vhodně zachytit sporné situace, např. souběžnou existenci právního systému původního a okupačního, aniž bychom zpochybňovali, že některý z nich vůbec není právním systémem.<sup>44</sup>

5) *Církevní právo* ve smyslu práva určité církve<sup>45</sup> tvoří právní systém, pokud upravuje širokou paletu jednání věřících v každodenním životě a předvídá mechanismy vynuocování. Ostatně by bylo zjevnou historickou chybou tvrdit, že existuje *pouze* právo dané státem, protože představa státu v současném pojetí se v plné míře uplatňuje až v novověku. Tím bychom popřeli požadavek realističnosti. Církevní právo, například kanonické právo katolické církve, se od ryzího náboženství odlišuje tím, že příslušné společenství tvrdí, že pravidla církevního práva jsou vynutitelná postupem, který církevní právo samo upravuje. Takže například církevní právo umožňuje zpochybnit manželství, v extrémních případech hrozí církev exkomunikací. Církevní právo nepochybně nahrazovalo státní právo v časech úpadku států, pokud šlo o společenství, která se značně překrývala se společenstvím církve.<sup>46</sup> Na příkladu kanonického práva vidíme, že může jít o svébytný právní systém a podobně bychom mohli argumentovat i u jiných společnostech. Atribut společnosti tak umožňuje podřadit pod právní systémy i vnitřní normativní systémy určitých mezinárodních organizací a církví.

6) *Hraničním případem je sicilská mafie.* Mafie v tomto klasickém slova smyslu vycházela z požadavku nezávislosti na státní moci – typicky spojené s okupující mocností (*omerta*).

<sup>41</sup> HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2. vydání. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 193 an.

<sup>42</sup> AXELROD, Robert. *An Evolutionary Approach to Norms*.

<sup>43</sup> GRIFFITHS, John. *What is legal pluralism*, s. 38.

<sup>44</sup> SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*, s. 366.

<sup>45</sup> Nikoliv tedy část státního práva upravující činnost církví (tzv. konfesní právo).

<sup>46</sup> Náboženské texty nesly označení „zákon“ a vedle náboženských rituálů obsahovaly i náboženské právní normy. Ostatně původní lidská společenství byla založena na theokracii, a tedy stát a náboženství šlo jen těžko oddělit. Náboženské právní normy (v Tóře/Bibli, Koránu či hinduistických textech) přikazovaly široké společnosti určitý způsob chování a hrozily sankcemi. Tak například v 5. knize Mojžíšově 22,20 se přikazuje potrestat ženu, která se vdá a není panna, stěžuje-li si její manžel: „Jestliže [...] u té dívky nebylo shledáno, že je panna, tedy vyvedou dívku ke vchodu do domu jejího otce, mužové jejího města ji ukamenují a zemře, neboť tím, že smilnila v domě svého otce, dopustila se v Izraeli hanebnosti.“ Proto je při posuzování určitého normativního systému potřeba brát jeho zamýšlené působení ve společnosti. Zatímco historicky mohlo takové ustanovení skutečně fungovat jako právo, postupně se jeho normativní síla oslabovala a v rámci systému se vytvořily jiné převládající normy. Z biblického textu se pak stalo spíše svědectví o historických společenských poměrech. Charakter a kontinuita právního systému se musí zkoumat individuálně.



Sicilská mafie byla (je) rozsáhlá organizace s organizační strukturou a sociálními institucemi pro řešení sporů. Zejména pro mafií platí významné pravidlo povinnosti mlčenlivosti a vynutitelnosti podle zákona odvety (*vendety*). Právě příslib vymahatelnosti ji odlišuje od pouhého společenského úzu. Mafiánské normy chování nelze z komparativního hlediska považovat za příliš rozvinuté; obsahují typicky pouze několik pravidel (např. desatero) a jsou v zásadě srovnatelné s vývojovou fází tradičních kmenových společností. Mafie navazovala na předchozí systémy, které vycházely ze zákona krevní msty jako aktu odvety mezi rodinami či klany, který byl až v průběhu věků postupně nahrazen peněžitou náhradou za život (*wergeldem*). Pospíšil odvetu ani nepovažuje za projev práva, nýbrž za jeho antitezi.<sup>47</sup> Stejně tak Raz uvádí, že instrukce osob vykonávajících pouhou moc nelze považovat za právo.<sup>48</sup> Limitujícím znakem v případě mafie bude patrně charakter fundamentálnosti práva, protože kromě několika citovaných zásad a základních pravidel je mafie postavena spíše na operativních mocenských příkazech než na normování společenského života.

7) *Decentralizovaná platforma pro smart kontrakty*. Novodobým příkladem smlouvy, která nemusí být zasazena do žádného klasického právního systému, je tzv. *smart contract*.<sup>49</sup> *Smart contract* je počítačový kód, který zachycuje podmínky smlouvy, je zaznamenán v *blockchainu* a strojově se neustále spouští v *cloudu*. Jistě není třeba pochybovat o tom, že jde podle povahy věci o smlouvu, kterou vzniká právní vztah ve výše uvedeném obecném smyslu. Právní nauka zkoumá, zda je tento právní vztah podřaditelný pod určitý právní systém (a v případě českého práva dospívá k odpovědi, že jde o platné právní jednání). Nicméně otázka není až tak podstatná, protože *smart contract* se prakticky jistě vykoná sám a není třeba jeho nuceného výkonu. O systému pro *smart kontrakty* můžeme říci, že jde o právní systém z pohledu naší definice,<sup>50</sup> neboť tvrdí vynutitelnost z povahy samotné konstrukce a tvrdí i legitimitu, neboť strany vstupují na tento systém dobrovolně a podřizují se jeho společným pravidlům. Společností, ve které tento právní systém funguje, je skupina uživatelů dané platformy, kteří spolu tímto způsobem obchodují.

Lze shrnout, že navrhované vymezení pojmu právního systému běžným příkladům vyhovuje.

Nyní bych doplnil několik poznámek k atributům, které si právo *nárokuje*.

## 1.5 Legitimita práva

Již jsem vyložil výše svou tezi, že právo vyžaduje aspoň *tvrzení* legitimacy. Právo je totiž soubor příkazů a příkaz musí být míněn jako *vážné vyjádření požadavku na legitimní sociální kontrolu*, například jako projev vůle jednotlivce (vladaře, který je z Boží milosti pověřen rozhodovat, diktátora, který si společnost podmanil), privilegované skupiny osob (většiny zákonodárského sboru, který je lidmi zvolen), které vydávají zákony, anebo ustálené právo vzniklé z obyčejů soustavnou aplikací, a to podle charakteru daného právního řádu.

<sup>47</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 20, nicméně opačně v *Anthropology of Law*, s. 344.

<sup>48</sup> RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*, s. 128.

<sup>49</sup> ZÁBRANSKÝ, Adam. *Právní aspekty smart kontraktů*. Studentská vědecká odborná činnost. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2017; KRUPÍČKOVÁ, Petra. *Smart contract – revoluce v smluvním právu 21. století? Revue pro právo a technologie* [online]. 2017, č. 15, s. 19–31 [cit. 2018-08-17]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/revue/article/view/6647>>.

<sup>50</sup> Jádrem tohoto právního systému není autoritativní právo, nýbrž pouze základní podmínky potřebné pro kontraktaci.

Realistický a prakticky užitečný pojem právního systému však nemůže podle mého názoru nutně vyžadovat uznání ani legitimitu, protože na tu má ve společnosti každý člověk vlastní názor, a to přesto, že výše uvedené vymezení pojmu právního systému s legitimitou v rovině tvrzení pracuje. Analyticky vhodná definice má umožňovat i analýzu nelegitimních právních systémů.<sup>51</sup> Podmiňovat právní systém legitimitou samotnou by však vyvolalo nekonečnou diskusi o legitimitě, jejíž jádro však leží úplně někde jinde než v existenci a důsledcích práva.<sup>52</sup> Navíc existuje několik různých rovin vymezení pojmu legitimity a jejich podrobný přehled přesahuje možnosti tohoto článku.

## 1.6 Vynutitelnost práva

Uvedené vymezení má praktické důsledky i pro tuzemské právo. Absence vynutitelnosti totiž sama o sobě neznamená, že právní systém zaniká. Tak například obsazení Československa jistě vedlo k tomu, že právo se stalo nevymahatelným, nicméně nebylo možné tvrdit, že by z tohoto důvodu přestalo jít o právní systém.<sup>53</sup> Tento právní systém nadále *tvrdil* svou vynutitelnost a toto tvrzení nabylo vážnosti zdůrazňováním ze strany exilové vlády a bylo také potvrzeno kontinuitou po osvobození republiky (ratihabicí ústavním zákonem č. 57/1946 Sb., kterým se schvalují a prohlašují za zákon dekrety presidenta republiky).

Tím, že se právní systém stane nevynutitelným, může přestat ve společnosti působit, ale nepřestane jít pojmově o právní systém. Jistě nelze pochybovat o tom, že antické římské právo si dnes již nečiní nároky na vynutitelnost, v dané době však šlo o vzorový příklad právního systému, a i dnes musí studenti na právnických fakultách analyzovat případy z hlediska římského práva. Římské právo řadíme mezi zaniklé právní systémy. Jeho působení se promítá do pozdějších právních systémů a jeho aplikace se modeluje zpětně.

## 1.7 Relace mezi právními systémy a právním vztahem

Podobně jako jsme viděli u problému morálky v právu, právní systémy bez dalšího nerespektují autonomii a svobodu člověka. To je obsahová maxima specifická pro západní civilizační okruh, která není samozřejmá, ale muselo se o ni stovky let bojovat. Už pouhá praktická nemožnost ekonomicky efektivní regulace celé společnosti však typicky vede k tomu, že právní systémy prostor pro autonomní jednání zohledňují a chrání. Pokud ne, tak se autonomní chování prosazuje fakticky, protože takové právo vykonává sociální kontrolu neefektivně.

Není pochybností o tom, že vedle veřejného práva, jehož prapůvodcem byla mimo jiné vůle vládnoucí skupiny osob a její snaha uchovat si moc, se autonomně vyvíjelo i soukromé právo, jehož prapůvodcem byla směna zboží a obchod. Z ekonomického hlediska soukromé právo přispívá k efektivitě směny a dělby práce.

Právní vztah se vyznačuje tím, že si strany vztahu osobují určení práv a povinností mezi sebou, a to vzhledem k určité záležitosti ve společnosti. Například si dohodnou povinnost odevzdávat díl obilí výměnou za svěření pozemku k obhospodařování.

<sup>51</sup> Srovnej shodně SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge (USA, MA) – London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, s. 16.

<sup>52</sup> Srovnej diskusi, která se táhne knihou SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení*.

<sup>53</sup> Srovnej podobný závěr POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 30.

Právní vztah mezi dvěma lidmi nezakládá sám o sobě nový autonomní právní systém, a to už proto, že nezahrnuje tvrzení legitimacy vzhledem k celé společnosti, nýbrž pouze vzhledem k těmto dvěma jednotlivcům. Tvrzení legitimacy se opírá o souhlas stran. Za porušení si aspoň implicitně hrozí sankcemi, např. uznávanou povinností nápravy práva, tedy uvedení v předchozí stav před porušením pravidel vyplývajících z právního vztahu nebo odčiněním vzniklého porušení. Jde o soukromoprávní vynutitelnost, jejíž základem je svépomoc. Na vymezení právního vztahu se lze tedy dívat tak, že se u něho lokálně replikují pojmové znaky vymezení právního systému.

To platí šířeji, například i pro otázku rodinných vztahů. Dohodne-li se matka se synem, že vynese odpadky, syn pak místo toho hraje na počítači a matka mu dá „zaracha“, nepůjde o právní vztah, byť jsou splněny znaky tvrzení legitimacy i vykonatelnosti, ale „jen“ o klasickou výchovu, která kvůli své bezprostřednosti postrádá povahu práva.

Relace mezi konkrétním právním systémem a konkrétním právním vztahem není v nejšířší obecnosti nijak předurčena. Typické právní vztahy jsou zasazeny do právního řádu určitého právního systému, například smlouva se výslovně dovolává určitého ustanovení zákona určité země (což ještě neznamená, že ji ten právní řád uzná za platnou). Ale právní vztahy také nemusí být zasazeny do žádného právního systému – pak mohou být v rovině přirozeného práva – nebo naopak mohou být uznávány více právními systémy, případně jejich kolizními normami.

Je zcela na daném právním systému, zda určitému právnímu vztahu poskytne ochranu (vynutitelnost) či nikoliv – podle toho se mluví o platnosti či neplatnosti právního jednání, a to vždy vzhledem k danému právnímu systému.<sup>54</sup> Pokud vznikne nejasnost ohledně vynutitelnosti či existence právního vztahu, zvyšuje podřazení pod určitý právní řád právní jistotu.

## 2. Model rozvinutého právního řádu

V předchozí části jsem pracovně vymezil *pojem právního systému* a právních vztahů. V této části pojem právního systému využiji k vymezení *pojmu práva*, modelování práva a konečně několika poznámkám k metanormám čili normám, které upravují právo samotné. Právě na jejich popisu lze testovat praktickou použitelnost vymezeného pojmu právního systému.

### 2.1 Vymezení práva a právního řádu

*Právem* (v objektivním a materiálním smyslu) v této práci nazývám normativní obsah právního systému v určitém okamžiku. Specifickým druhem práva je právní řád, který se vyznačuje tím, že je formulován pomocí abstraktních pravidel, tedy základem práva jsou interpretované právní předpisy nebo jiné soupisy či prameny práva.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Platnost má samozřejmě různé modalitky a podmínky, ale to zde pro vysvětlení relace mezi právním systémem a vztahem není podstatné.

<sup>55</sup> KÜHN, Zdeněk. *Judikatura a precedent v kontinentálním a angloamerickém právu*. In: ŠÁMAL, Pavel – RAIMONDI, Guido – LENAERTS, Koen. *Závaznost soudních rozhodnutí – vnitrostátní a mezinárodní pohled*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 30, cituje Evropský soud pro lidská práva, věc *Kruslin proti Francii*, č. 11801/85, rozsudek ze dne 24. 4. 1990, odst. 29, podle něhož „Ve sféře regulované psaným právem je [materiální] ‚právo‘ účinný právní předpis v podobě, jak jej soudy interpretovaly, a to popřípadě i ve světle společenského vývoje, pokud to bylo nezbytné,“ tedy i ESLP uznává roli judikatury a fakticity.

Ukázali jsme si, že právní antropologie zná i kazuistické právní systémy, tedy nutno právní řád z právních názorů právních autorit vyabstrahovat (např. dovést právní věty z judikatury, z rozhodnutí pohlavára), což je ovšem už proces umělý. V kazuistickém právu se totiž s normami nepracuje a právo se aplikuje čistě odvozením precedentů na nové kauzy. Zatímco právo bez právního řádu si tak představit lze, naopak to neplatí. Proto každý právní řád v rámci daného právního systému v praxi chtě nechtě doplňuje kazuistika. Individuální právní rozhodnutí podmiňují výkon práva. Zpětný faktický normotvorný účinek právních rozhodnutí nemůže vyspělý právní řád plně vyloučit, neboť se v něm manifestuje pojmový znak abstrakce právních pravidel. V tomto článku však pojmy práva a právního řádu často používám zaměnitelně, neboť u vyspělých právních řádů prakticky splývají a zmíněná drobná nuance většinou nemá podstatný význam.

Takto podané vymezení lze však v praxi zřídka přímo použít. Právo jakožto systém totiž vnímáme jako abstrakci či symbol, aniž by kdokoli z nás znal plný obsah platného práva. Při čtení zákonů pozorujeme jen kostru práva, aniž bychom dohlédli všechny důsledky jiných právních předpisů, judikatury a dalších prvků bohaté struktury právního systému. Je to jako při přemýšlení o realitě, kde v praxi také pracujeme pouze s vymezenou situací (mentálním modelem části reality), nikoliv s celým vesmírem. V konkrétním rozboru právního problému je nutné si vybrat pouze jednu ohraničenou část právního řádu (při respektování jeho obecných principů). Nutná selekce je jednou z mnoha příčin požadavku na diskurzivitu moderního práva,<sup>56</sup> chceme-li popsat i model práva zahrnující složité případy.<sup>57</sup>

## 2.2 Modelování práva

Při popisu jednoho právního řádu a srovnání více právních řádů nepracujeme s právním řádem samotným, ale s jeho modelem. Model je zjednodušená reprezentace skutečnosti v rozsahu potřebném pro praktické použití, ať už jde o model pro účely výuky studentů, pro rozhodnutí advokáta ve sporu, pro simulaci střetu argumentů či – v tomto případě – pro tvorbu nástrojů počítačové asistence při některých rozhodovacích procesech.

Modely práva se odlišují na různé úrovni abstrakce, ať už jde o různé právní filosofie či teorie,<sup>58</sup> nebo i zcela konkrétně na úrovni právního názoru. Měli bychom si vybrat jeden metodologický přístup k popisu obsahu práva tak, abychom mohli konzistentně zaznamenat změny ve zkoumaném obsahu v různých vrstvách, například sledovat změny právního řádu a právních metod či sjednocování různých názorů v judikatuře. Tím samozřejmě není vyloučeno, aby si jiný teoretik vybral odlišný metodologický přístup a vycházel z jiných právních názorů, nicméně podstata spočívá v tom, že se tak děje vědomě a přezkoumatelně. Výše jsem se v rámci metodologické preference přiklonil k inkluzivnímu pozitivismu.

Model práva v širokém slova smyslu by měl reprezentovat, jak v mezích použitelnosti modelu právo funguje, tedy zejména jak zjišťovat právo a jak na základě práva dospět

<sup>56</sup> Viz např. ALEXY, Robert. *A Theory of legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

<sup>57</sup> KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 41.

<sup>58</sup> Viz například DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*. 1967, Vol. 35, No. 1, s. 14–46.

k právním rozhodnutím. Realistický a prakticky použitelný *model moderního právního řádu* musí zahrnovat aspoň:

- zachycení zdrojů, ze kterých se zjišťují přímo právní normy (prameny práva) či související právní rozhodnutí,
- metanormy ovlivňující selekci použitelných normativních vět (platnostní, kolizní metanormy),
- interpretační metanormy použitelných normativních vět a jiných pramenů práva, čímž nevylučují jiné vlivy na právní rozhodování (viz výše),
- postupy pro zjišťování faktického stavu věcí, aplikaci práva obecně a řešení omylů.

Model moderního právního řádu musí zachycovat také model diskurzu, který v potřebné míře podstatných aspektů umožňuje prezentaci a zachycení různých právních názorů, které v dané věci vedou k (finálnímu) právnímu rozhodnutí, včetně opravných procesů.

### 2.3 Možnosti automatizace modelu práva

Vedle schematické a textuální reprezentace modelu práva lze uvažovat o jeho programovatelnosti, tedy schopnosti v definovaném rozsahu uchovávat znalosti o právu a automatizovaně vyvozovat odpovědi na právní otázky pomocí počítačového programu.

Někteří antropologové ostatně už dříve uvažovali o počítačovém modelování práva zejména z důvodu, že není kulturně předpojaté a není svázáno s pojmovým aparátem odvozeným z některého klasického právního systému. S jistou nadsázkou zmiňovali Fortran, tehdy oblíbený jazyk pro matematické výpočty, jehož nepraktičnost pro reprezentaci práva již dnes bereme s humorem jako očividnou.<sup>59</sup> Takový mechanicismus je nerealistický a úvahy o možnostech reprezentace práva plně programovatelných případů musí být daleko hlubší, abychom je mohli relevantně zvažovat. Dodávám, že i takový model části práva bude v konečném důsledku spočívat na znalostech a rozhodnutí tvůrce modelu a osoby aplikující právo, kteří nesou odpovědnost za to, že je model dostatečný a jsou splněny předpoklady jeho použití.

Pomocí pramenů práva a interpretace charakteristické pro daný právní systém lze vyvodit vzájemně provázaný soubor právních norem, kterými je určen obsah práva v plně *programovatelných případech*<sup>60</sup> a dále méně deterministickou, textuální reprezentací popsat metody, kterými lze dospět k výsledku v jednoduchých a případně složitých případech. Praktický význam programovatelných případů spočívá v tom, že je jich velký počet, a ačkoliv nejsou předmětem zájmu právníků, z velké části vytěžují osoby aplikující právo.<sup>61</sup> Navíc tento model kompenzuje skutečnost, že právo na řadě úřadů aplikují osoby bez právního vzdělání. Vedle toho kostra vzniklá reprezentací programovatelných případů (čistých stavů) může sloužit jako vizuální pomůcka pro aplikaci práva ve složitějších případech.

<sup>59</sup> BOHANNAN, Paul J. *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology*. In: NADER, Laura (ed.). *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine, 1969, s. 415, cit. dle POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 10.

<sup>60</sup> KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 42.

<sup>61</sup> Právě takové programovatelné případy pomáhají řešit podpůrné počítačové nástroje, jako je aplikace APSTR využívaná většinou českých soudů, která umožňuje generovat šablony argumentu např. v procesním právu s využitím údajů z informačních systémů soudnictví, čímž se významně zvyšuje efektivita justice.



Ačkoliv model práva umožňuje vystihnout obecně různé právní názory, při konstrukci programovatelného modelu konkrétní ohraničené části právního řádu musí právník-konstruktor rozhodnout o právním názoru, z něhož model práva vyjde anebo který v interpretaci převládne, pokud nejde o programovatelné případy. Programovatelný model práva je tak v podstatě *automatizovaný právní komentář*, ve kterém autor v určité oblasti zpracovává a samostatně interpretuje právo, judikaturu a literaturu za účelem automatizované aplikace právních norem.

Aplikace práva v neprogramovatelných případech je nutně spojena s vnitřním nastavením subjektu aplikujícího právo, který není předem určen. Obsah práva v takovém případě není určen jednoznačně, zejména z důvodu různorodých používaných interpretačních metod a v realitě také v důsledku různého kontextu a času aplikace práva. Tím vznikají různé soupeřící právní názory, které mohou eskalovat do právních sporů. Představy o použitelnosti počítačových nástrojů v oblasti interpretace práva považují za velmi naivní a při současné technologické úrovni zjevně nedosažitelné.

Z hlediska právní vědy i praxe však nejzajímavější a nejpodstatnější část obsahu práva tvoří případy, které nelze naprogramovat. Proto může automatizovaný právní komentář sloužit pouze jako pomocný nástroj, nikoliv jako náhrada práva.

## 2.4 Role právních rozhodnutí v pramenech práva

Není smyslem zde reprodukovat pojednání o pramenech práva z teorie práva; současně je určitý stručný náčrt role pramenů práva pro model práva zcela nezbytný. Různé právní systémy mají různý okruh pramenů práva, které jsou podkladem pro interpretaci práva a tvorbu právních názorů. Vymezení pramenů má nepochybně i hluboké ideologické a kulturní důvody, zejména ve vztahu k soudním rozhodnutím v kontinentálním a angloamerickém právu. Z hlediska modelu konkrétního právního systému je vhodné tuto kulturní odlišnost reflektovat a studovat roli právních rozhodnutí v daném systému práva, kterou podrobně popisuje již Pospíšil.

V moderních právních systémech právo tvoří a dotváří široká škála aktérů s různorodými zodpovědnostmi a zájmy (např. parlamenty, soudy<sup>62</sup> a správní úřady), a právo tak nutně nemá žádnou centrální autoritu, která by vydávala všechna právní rozhodnutí.<sup>63</sup> Realistický model práva tak musí zachytit tuto roli právních rozhodnutí při dotváření práva, a to v kontextu významu, který je v daném právním systému přikládán judikatuře. Zatímco v České republice soudy dotvářejí předpoklady právních norem včetně mezi správního uvážení, vyjasňují ontologii pojmů a realizují vlastní uvážení tam, kde to zákon předvídá, v právních systémech postavených na *common law* mohou být soudní rozhodnutí jako precedenty přímo pramenem práva. Z povahy práva jako informačně neúplného systému vyplývá, že právní rozhodnutí budou vždy právo dotvářet. Pokud si nárokují legitimitu z titulu konzistence a stát na nich setrvává a tvrdí, že je bude vynucovat, lze je podle výše podaného vymezení považovat za součást právního systému, i když jsou tvoře-

<sup>62</sup> Soudních rozhodnutí s fakticky precedenčními účinky a dotváření práva předvídají § 10 a 13 nového občanského zákoníku o legitimním očekávání a nalézání práva. Výslovné zmocnění v zákoně má pak spíš potvrzující charakter než konstitutivní.

<sup>63</sup> To ovšem způsobuje i problémy v odlišné interpretaci právního předpisu. Příkladem je spor o rozsah informací, které mají být poskytovány o příjemcích veřejných prostředků (§ 8b zák. č. 106/1999 Sb.), kde dochází k opakované prezentaci různých názorů Ministerstva vnitra, Úřadu pro ochranu osobních údajů (včetně jeho různých předsedů), Ústavního soudu (včetně jeho různých senátů) a Nejvyššího správního soudu na výklad zákona.

ny autonomně mimo politický systém. Sekundární pravidla k těmto normám jsou upravena zákonem a rovněž judikaturou. Účinek judikatury tak lze charakterizovat jako méně formální a vyznačující se oproti právním předpisům zvláštním druhem závaznosti, jejíž přesné chápání je pro daný lokální právní systém specifické.<sup>64</sup> Přitom má však judikatura nezpochybnitelnou informační hodnotu, a proto nutno proces dotváření práva v jeho modelu zohlednit.

## 2.5 Metanormy platnosti – vznik práva

Další charakteristikou právního řádu je určení způsobu, kterým vznikají právní normy v již existujícím právním systému. Společnost se vyvíjí, a tedy bez dynamiky by právní systém za vývojem společnosti zaostával, až by se stal překážkou dalšího vývoje. Přesto řada právních systémů postulovala svou formální nezměnitelnost (např. Chammurapiho zákoník, do jisté míry ve vztahu k právním rozhodnutím tento étos přebírají Justiniánova *Digesta*, částečně i civilní kodex po Velké francouzské revoluci). Proto z opatrnosti nezmiňují dynamiku mezi nutnými znaky práva v úvodní části.

Příkladem vzniku práva v rámci některého náboženského právního systému je objevení nového proroka, jehož proroctví se kodifikuje (např. historické odlišnosti mezi školami práva *šaría*). Jiný příklad z novodobého právního systému je výrok nejvyššího soudu země, který autoritativně řeší nejasnou otázku. Stejně jako právo vzniká ze společenského kontextu, i otázky autority k jeho změně (kompetenční kompetence, pokud taková autorita existuje) a výkladu mohou být založeny společenským kontextem, pokud s nimi právní řád původně nepočítá, např. osvojení si pravomoci některými orgány soudního typu k rušení zákonů, zavržení tzv. *fixace významu právní normy*, a naopak přizpůsobení významu společenské změně při zachování původního obsahu pramene práva.

V rámci právní praxe dochází k objasňování sekundárních pravidel včetně definování nutných znaků např. pro vznik obyčeje, které jsou ovšem v konečném důsledku dány tvrzením ze strany oficiálních autorit, že jde o právo v materiálním smyslu, a to v důsledku toho, že se s ním jako právem fakticky nakládá (dále mluvím jen o „fakticitě“). Samotným vznikem prvních obyčejů ve společnosti nevzniká pouze primární pravidlo obyčejové, ale následně také sekundární pravidlo (metanorma), které definuje možnost a podmínky vzniku nových obyčejů. Není vyloučeno, že tímto způsobem může vzniknout i celý nový právní systém, který se třeba později sloučí s paralelním systémem, kterým se organizuje vláda ve společnosti (srovnej historický vývoj práva v Anglii).

Kritéria vzniku (platnosti) právních norem jsou součástí právního systému jako sekundární pravidla<sup>65</sup> a mohou být v konečném důsledku rovněž dána fakticitou, nikoliv pouze normami právního řádu. Diskuse o obsahu sekundárních pravidel upravujících platnost norem je specifická pro konkrétní právní systém, a tedy ji v konkrétním případě zkoumá právní dogmatika, v obecnějším případě právní filosofie. Nepochybně velká část sekundárních norem upravujících vznik práva může být stejně jako u interpretace neformální, přičemž neformální jsou pochopitelně i neformální pravidla, podle nichž neformální pravidla vznikají (zejména *opinio communis doctorum*). Právo jako vrstevnatý systém nemusí

<sup>64</sup> Viz publikace ŠÁMAL, Pavel – RAIMONDI, Guido – LENAERTS, Koen. *Závaznost soudních rozhodnutí – vnitrostátní a mezinárodní pohled*, kde Zdeněk Kühn mluví o právu v materiálním smyslu (s. 29 an.) a Jan Wintpr odkazuje na výraz diskurzivní závaznosti judikatury (s. 90).

<sup>65</sup> HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, s. 94.

v rovině závazného právního textu připouštět změny (viz citované příklady), ale ve vrstvě aplikace práva si právní instituce musí chtít nechtít vypomáhat konstrukcemi, které právo minimálně dotváří.

Není bez zajímavosti, že u některých kmenů není právní autorita vynucující právo, ale pouze zprostředkovávající řešení sporů vyjednáváním, přičemž právní autorita pouze argumentuje svým právním názorem a vyvíjí sociální tlak na aktéry sporu.<sup>66</sup> Nicméně i taková praxe jistě může v určité společnosti vést k faktickému vzniku právního systému, neboť prvek vynutitelnosti spočívá např. v tom, že je v rámci takového právního systému akceptován výkon výsledku negociace svépomocí. A v takovém systému mohou při tomto svérázném způsobu aplikace práva vznikat precedenční účinky. Pokud chybí dostatečné vynucovací instituty, lze očekávat, že část rolí právního subsystému společnosti přebírá souběžný systém mocenský a morální.

Otázka fakticity je významná, protože právo je lidský výtvar, který ve společnosti vždy působí prostřednictvím lidí. Proto se lze v důsledku spokojit i s tím, že se určité právní rozhodnutí autority prosadí v praxi, i když neodpovídá dosavadnímu právu, a tak dojde k faktické změně práva. V budoucnu může být přijatý názor vyšší autoritou efektivně rozporován. Nikdy nelze zcela zaručit bezrozpornost právních rozhodnutí, byť z hlediska kvality jde o ideální stav. Pokud právo umožňuje různý výklad, a navíc deleguje pravomocí na lidi, kteří jsou omylní a někdy rozhodují v rozporu s právem, přičemž jejich rozhodnutím může vznikat precedenčním způsobem nové právo, zákonitě je nutné v popisu práva takový faktický vznik zachytit (např. dva konkurující si názory koexistují vedle sebe, institucionální konflikty) a nelze se spokojit s jeho popíráním.

Analytický popis speciálně vyžaduje, aby kvaziprecedenčně účinkující judikatura, která v právu fakticky plní funkci pramene práva, byla obdobně jako pramen práva dané společnosti zachycena a aby byl při interpretaci práva vyjasněn její vztah k jiným pramenům práva.

## 2.6 Metanormy kolizní – interakce právních systémů

Normy právního systému organizace určité zájmové společnosti mohou být v některých ohledech i v rozporu se státním právem, ovšem takový rozpor nemá bez dalšího žádné normativní důsledky v těchto dílčích právních systémech.

Obecně se jedná o *kolizi dvou právních systémů*, jak ji historicky známe např. ze sporů o investituru, kde vznikla mezi světským a církevním právem kolize ohledně toho, kdo je oprávněn jmenovat biskupy do úřadu, tedy vykonávat zásadní kreační pravomoc. Jiným příkladem kolize tří právních systémů je kolize na území Československa v roce 1941. Jednak platil původní právní řád československý, jednak nacistický řád založený výnosem o zřízení protektorátu Čechy a Morava vydaným pod č. 75/1939 Sb. a řád zavedený dekretem prezidenta Beneše v exilu. Ke sjednocení kolidujících právních systémů došlo teprve po válce a do výsledného právního systému byly recipovány části všech zmíněných systémů. Na to, který systém se v praxi uplatní, mohou mít vliv i ekonomické podmínky.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*, s. 35.

<sup>67</sup> Např. ELLICKSON, *Order without law*, s. 283, ukazuje, že farmáři v Shasta County si problémy týkající se dobytka vyřeší podle zvyklostního práva v komunitě s výjimkou případů, kdy jde o srážku vozu s dobytkem na dálnici. Srovnej také teoretický úvod a příklady společného působení právních systémů či úrovní, např. tyrolského farmářského práva a rakouského občanského zákoníku dle POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law. A comparative theory*, s. 101 an.

Pokud právní systémy kolidují a osoba realizuje práva vyplývající z jedné kolidující normy, může tím porušit povinnosti vyplývající z druhého kolidujícího systému (nemá-li tento druhý systém pro kolizi zvláštní normu). Právním důsledkem kolize je zkrátka jen to, že nastupují sankční důsledky porušené právní normy v druhém kolidujícím systému.

## 2.7 Metanormy výkladu – interpretace práva

Požadavek činit právní rozhodnutí podle práva zákonitě vede k požadavku jeho interpretace, neboť jinak nelze abstrakci (zhuštěný informační obsah typicky vystižením nezbytných znaků obecniny či stanovením postupu jejího určení nebo předchozí kazuistiku) převést do konkrétní nové situace.

Kdo používá právo, má za úkol zpracovat prameny práva a vyvodit z nich interpretaci právní názor odpovídající platnému právu (řešení otázek práva, tzv. *questiones iuris*).<sup>68</sup> Různé právní systémy mohou mít různé způsoby interpretace a i interpretační metody jsou předmětem různých právních názorů. Interpretace obecně může mít také podobu hledání blízkého precedentu či jeho adaptace, jak je to běžné v angloamerickém *common law* i u různých tradičních přírodních kmenů. Pramenem práva jsou zde přitom často autoritativní sbírky právních rozhodnutí.

Interpretaci právního předpisu (či obecně pramene práva) rozumíme postup, ve kterém se ze znění právního předpisu (sbírky právních rozhodnutí) a kontextu formuluje právní norma takovým způsobem, aby byla v řetězci vyplývání přímo použitelná pro konkrétní otázku práva.

Interpretace může sledovat různá hlediska, např. hledisko vůle autora (*intencionalismus*), cílů norem (*instrumentalismus*) anebo pohled příjemců norem (*textualismus*).<sup>69</sup> Podle mého názoru není žádný z těchto přístupů automaticky správný, nicméně převážné zásady výkladu jsou charakteristické metanormy pro daný právní řád v daném čase, přičemž tyto metanormy jsou zakotveny jak formálně, tak neformálně v doktríně.

V klasické diktatuře dává smysl, že právníci vykládají výnosy diktátora spíše s ohledem na jeho vůli, v demokracii naopak upřednostníme obecné chápání textu předpisů lidmi.<sup>70</sup> Často jen soud anebo jiná právní autorita rozhodne, který právní názor se prosadí, v různých odvětvích mohou být převládající interpretační postupy různé. Podstatné je to, že autoritativní právní rozhodnutí má vycházet z nalezení práva, při kterém je nová norma fakticky vzniklá činností soudu nebo jiné autority jednoduše zachytitelná, je vyjasněn její status vzhledem k právu a závaznosti judikatury (*ratio decidendi*, právní věta) a následně může být zohledněna při budoucí aplikaci práva za předpokladu, že z rozhodnutí dokážeme správně identifikovat hypotézu.<sup>71</sup>

V souvislosti se zjišťováním obsahu norem je v modelu právního řádu vhodné zvolit metodu časového výkladu právních předpisů. Z hlediska modelování práva považuji za nejvhodnější *aktualismus*, který právní předpis vykládá podle aktuálního nikoliv histo-

<sup>68</sup> GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, s. 187.

<sup>69</sup> SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*, s. 218.

<sup>70</sup> *Ibidem*, s. 223.

<sup>71</sup> Ovšem i právní věty mají svoje doktrinárně vymezené zásady tvorby a použitelnosti, srovnej např. KRÁLÍK, Lukáš. Tvorba a publikace judikatury. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 320–332. Zejména je třeba přihlídnout ke správnému vymezení hypotézy dle logiky argumentace v daném případě (která je však vyvratitelná relevantní námitkou) a k tomu, že nejde o autoritativní tvorbu práva, často ji dokonce tvoří autoři článků v časopisech či zaměstnanci právních informačních systémů.

rického kontextu. Je tomu tak proto, že výklad dotvářející právo má rovněž časovou působnost, kterou může soud v případě nutnosti v konkrétním případě přesněji vymezit. Trvání na fixaci významu právní normy by vedlo k tomu, že v důsledku řady novel by bylo akceptovatelné přikládat stejným pojmům v zákoně různý význam podle dobového vnímání, což by výrazně komplikovalo logickou strukturu práva, popřelo základní požadavek, že právo tvoří systém a prakticky by znemožňovalo adresátům ho pochopit. Proto podle mého názoru kvalitní právní řád upřednostňuje ve výkladu před fixací aktualismus. Tato otázka je ovšem pro každý právní systém specifická.

Myšlenkový proces interpretace práva je sám o sobě regulován metanormami výkladu. Např. čl. 9 odst. 3 Ústavy je pramenem formální výkladové metanormy: „*Výkladem právních norem nelze oprávnit odstranění nebo ohrožení základů demokratického státu.*“ Jiné režimy měly svoje vlastní interpretační maximy, například § 143 Ústavy 9. května stanovil jinou formální metanormu, že „*soudce má vykládat zákony v duchu lidově demokratického zřízení*“, anebo nacistický režim považoval za prameny práva vůli vůdce a program NSDAP, což logicky vyžadovalo řešit výkladem případné rozpory s právním řádem.

Neformálním pramenem metanorem výkladu jsou interpretační pravidla dobře zakotvená v právní teorii a praxi (která ovšem na rozdíl od citované praxe v totalitních státech nenesou prvky libovůle, ale naopak za sebou mají staletí stability). Jde například o pravidla derogace (zvláštní zákon má přednost – *lex specialis* apod.). V rámci výkladu lze jako inferenční pravidla použít i právnícké argumenty, které jsou rovněž dobře známy (např. *a fortiori*). Při výkladu je třeba respektovat i předpoklady použití argumentů právnícké logiky, které vedou k použitelnosti jejich dispozic (např. chybně se často používá argument *a contrario*). Je zřejmé, že tyto argumenty nejsou nutně logickými důsledky, nýbrž zažitými konvencemi úsporné a sdělné komunikace, kterou vyžaduje proces abstrakce. Lze je nicméně chápat jako závazné metanormy právního systému, jakými určitý pramen práva vykládat, abychom zbytečně nedovozovali ze sdělného vyjádření v zákoně nepatřičný obsah právní normy. Tato pravidla právní dogmatiky, jejichž systematizaci se věnuje právní doktrína,<sup>72</sup> jsou interpretační metanormy, které se staly součástí právního systému faktickou cestou.

Podstatné je, že kvalitní právní systém má nástroje a mechanismy, kterými sjednocovat různé právní názory a které tak vnášejí do systému práva větší konzistenci a předvídatelnost.

K autoritativnímu výběru jednoho právního názoru z více právních rozhodnutí dochází také při tzv. sjednocování judikatury, pro které bývají obsaženy mechanismy v procesním právu. Pochopitelně může ve státě nastat situace, ve které vrcholné instituce mají různé právní názory. Například v otázce poskytování informací o platech úředníků Úřad pro ochranu osobních údajů právní závěry Nejvyššího správního soudu plně nepřevzal a Ústavní soud k tomu vydal vlastní judikát.<sup>73</sup> Autoři právního komentáře mají zodpovědnost za seznámení osoby aplikující právo se všemi relevantními názory právních autorit, za racionální vypořádání vzniklého interpretačního sporu a doporučení dalšího postupu, a to platí i pro automatizovaný právní komentář.

Interpretace se také zabývá rozporem mezi právními normami uvnitř jednoho právního řádu, kdy např. právní řád jedné osobě něco přikazuje a zároveň jí to zakazuje. Napří-

<sup>72</sup> Pro současné české právo srovnej např. WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

<sup>73</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. IV. ÚS 1378/16.

klad přikazuje člověku dodržovat smlouvy se všemi lidmi, ačkoliv tato osoba uzavřela smlouvy s různými lidmi, které se navzájem vylučují. Jiný příklad je, když policie někomu pravomocně uloží ze země vycestovat, protože nemá povolení k pobytu, a zároveň stejnému člověku soudce uloží zákaz vycestování, protože je jeho přítomnost třeba pro trestní řízení.<sup>74</sup> Obecně je považován rozpor uvnitř právního řádu za nežádoucí, ale bez dalšího z něho patrně nelze dovozovat neplatnost některé normy, není-li zde kolizního pravidla nebo jiného zvláštního důvodu, proč by právní autorita ustoupila od některého kolidujícího pravidla. Platí totiž obdobně to, co zaznělo u kolize právních systémů, tj. že po porušení kolidující povinnosti nastupuje právní odpovědnost s ní spojená.

## Závěr

Pro účely modelování práva jsem navrhl vymezit pojem právního systému jako normativní systém určité společnosti, který je fundamentální v tom smyslu, že reguluje život dané společnosti v širokém rozsahu, a dále tvrdí, že je legitimní, aby zajistil sociální kontrolu této společnosti, a tvrdí, že je obecně vynutitelný postupem, který předvídá. Pro účely definice právního systému není podstatné, zda je tomu tak ve skutečnosti, ale zda to systém aspoň implicitně tvrdí. Na několika případech jsem ukázal, že takové vymezení je realistické a praktické a že pojmové znaky lze dovést z obecného požadavku na zdůvodnění normy jako regulativu chování. Vyjasnil jsem, že právní vztahy nemusí být nutně ukotveny v jednom právním systému, a poskytl jsem funkční model pro právní pluralismus a kolizi právních systémů např. v době nacistické okupace české země.

V návaznosti na takové vymezení právního systému jsem popsal základní schéma modelu práva. K modelování kontinentálního práva doporučuji volit inkluzivní pozitivismus s textuálním nebo instrumentálním aktualismem. Podstatné je, aby byl model realistický a praktický k danému účelu, z čehož vyplývá i požadavek na to, aby model transparentně zachycoval, co se v systému děje. Dále jsem se soustředil na zvláštnosti, které by měl model rozvinutého právního řádu vedle modelu právních norem obsahovat: je zejména nutné, aby model dokázal reprezentovat názory právních autorit a status těchto právních názorů v rámci systému včetně diskurzivního prostředí, metanormy platnosti a interpretace i metanormy kolizní. Specificky pokud jde o metanormy platnosti, měl by model vyjasnit konkrétní mechanismus dotváření právního řádu vydáváním právních rozhodnutí.

Pokud jde o použitelnost tohoto modelu k zamýšlenému cíli, konstatoval jsem, že automatizovatelnost práva přichází v úvahu zejména u tzv. programovatelných případů. V případě programovatelných a jednodušších případů připadá v úvahu tvorba nástroje právní asistence v podobě automatizovaného právního komentáře, jehož závěry jsou však již výsledkem interpretace, za kterou odpovídají autoři komentáře. Představy o použitelnosti počítačových nástrojů v oblasti interpretace práva, ať už u jednodušších, či složitých případů, považuji v dohledné době za velmi naivní a při současné technologické úrovni nedosažitelné.

<sup>74</sup> Jde o skutečný případ, se kterým jsem se setkal ve své praxi.



# Vliv judikatury Soudního dvora EU na unijní právo

Iva Fellerová Palkovská\*

**Abstrakt:** Soudní dvůr EU je soudním orgánem Evropské unie, který v sobě kombinuje roli ústavního, nejvyššího a správního soudu. Jeho vliv na podobu unijního práva a postavení Evropské unie vůbec je nezpochybnitelný. Článek se proto snaží najít odpověď na otázku, jak došlo k tomu, že tento soudní orgán, tedy nikoli primárně orgán normotvorný, si takové významné postavení získal. Zkoumá přitom faktory, které mu to umožnily – mimo jiné samotné znění Smluv, mnohojazyčnost Unie a samozřejmě také řízení o předběžné otázce, jež v mezinárodním právu unikátním způsobem propojuje soudy členských států a Soudní dvůr, tedy orgán mezinárodní organizace. V návaznosti na to se článek také snaží najít odpověď na otázku, zda svou rozhodovací činností nevybočuje ze svých kompetencí, které mu byly Smlouvami svěřeny. V tomto ohledu je potřeba se zamýšlet nejen nad tím, zda jeho činnost odpovídá kompetenčnímu zmocnění v ustanoveních Smluv přímo mu svěřující pravomoc, ale také zda nenarušuje institucionální rovnováhu v Unii, tedy období dělby moci ve státě, a nezasahuje tak do kompetencí jiných unijních orgánů. V příspěvku je také diskutována otázka legitimacy (normotvorné) činnosti Soudního dvora.

**Klíčová slova:** Soudní dvůr Evropské unie, judikatura, soudcovská tvorba práva, interpretace práva, soudní moc, precedenty

## Úvod

Význam judikatury Soudního dvora EU (dále jen „SDEU“) pro unijní právo lze jen těžko přecenit. Konkrétní rozhodnutí SDEU jsou součástí učebních textů, jsou rozebírána v monografiích a jsou jim věnovány odborné články. Některé oblasti unijního práva jsou na rozsudcích SDEU postaveny.

Výchozí premisou tohoto článku je, že vliv rozhodovací činnosti SDEU na unijní právo je značný, což budu ilustrovat na třech příkladech, kde Soudní dvůr (dále jen „SD“) významným způsobem unijní právo<sup>1</sup> dotvořil. Tato judikatura kromě toho měla významný vliv i na vnitrostátní právo, protože umožnila jednotlivcům se u vnitrostátních soudů domáhat svých práv, čímž zároveň stanovila vnitrostátnímu právu určité limity, zmenšila prostor členským státům určitou oblast regulovat.

Na tuto výchozí premisu bude navazovat otázka, na kterou se budu snažit odpovědět, jak je možné, že SDEU získal takový vliv – jak se stalo, že si vydobyl tak významné místo a jaké faktory mu to umožnily. Nakonec se ještě budu snažit najít odpověď na otázku, jestli je správné, že má SDEU takový vliv, přičemž správnost budu posuzovat z toho pohledu, zda tím nepřekračuje meze pravomocí, které mu byly svěřeny Smlouvami a které byly svěřeny Unii vůbec.

\* Mgr. Iva Fellerová Palkovská, interní doktorandka, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, katedra mezinárodního a evropského práva. E-mail: 370609@mail.muni.cz.

<sup>1</sup> Pro zjednodušení budu používat termín unijní právo i pro dřívější komunitární právo, termín Unie pro dřívější Společenství atp.

## 1. Tři příklady soudcovské normotvorby

### 1.1 Odpovědnost členského státu za škodu

Typickým příkladem, kdy Soudní dvůr dotvořil unijní právo, je systém odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou porušením unijního práva, který byl Soudním dvorem poprvé formulován v rozhodnutí *Francovich*.<sup>2</sup> Soudní dvůr tak rozšířil možnosti, jak zajistit dodržování unijního práva ze strany členských států a zaručit jednotlivcům práva, která jim z unijního práva plynou – mimo řízení o porušení povinnosti vedené Komisí proti členskému státu, jehož právní úprava je zachycena přímo ve Smlouvě o fungování EU, a přednosti, přímému a nepřímému účinku, které Soudní dvůr dovodil ze Smluv jako inherentní vlastnost unijního práva tvořících jeden ze základních ukazatelů nadstátnosti Unie, je od roku 1991 součástí unijního práva také institut odpovědnosti členského státu a z ní plynoucí povinnosti státu nahradit jednotlivcům škodu, jež vznikla kvůli pochybení členského státu. Rozhodnutí bylo vydáno v situaci, kdy v primárním právu nebylo nic (a není dodnes), co by nasvědčovalo, že by takový institut byl unijnímu právu vlastní.

Kromě samotného institutu odpovědnosti členského státu byly judikaturou, za všechny jmenujme rozhodnutí *Brasserie du Pêcheur*,<sup>3</sup> *Dillenkofer*,<sup>4</sup> *Bergaderm*<sup>5</sup> a *Köbler*,<sup>6</sup> stejně jako v případě mimosmluvní odpovědnosti Unie za škodu stanoveny a postupně upřesňovány i konkrétní podmínky, kdy odpovědnost vzniká – stát musel porušit normu unijního práva, která jednotlivci uděluje určité právo, jednotlivci musela vzniknout škoda, porušení musí být dostatečně závažné, přičemž se rozlišuje míra uvážení, kterou stát měl při své činnosti, kdy porušil unijní právo, a mezi porušením unijního práva a vznikem škody musí být příčinná souvislost. Byl to také Soudní dvůr, kdo nejprve vytvořil zvlášť a posléze sjednotil podmínky pro vznik odpovědnosti členského státu za škodu a mimosmluvní odpovědnosti Unie za škodu.<sup>7</sup>

Pozoruhodné je ovšem nejen to, že Soudní dvůr institut odpovědnosti členského státu kompletně vytvořil, ale také to, že dosud tato problematika není promítnuta do žádného právního předpisu, ač v jiných případech je běžné, že unijní judikatura je v podstatě do podoby unijního předpisu kodifikována.<sup>8</sup> Celý institut odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou porušením unijního práva tudíž existuje pouze v judikatuře,<sup>9</sup> přitom se jedná o jeden ze základních ústavních principů Unie. Jedná se o ukázkový případ *judge-made law* na ústavní úrovni.

<sup>2</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. listopadu 1991. *Andrea Francovich a Danila Bonifaci a další proti Italské republice*. Spojené věci C-6/90 a C-9/90.

<sup>3</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. března 1996. *Brasserie du Pêcheur SA proti Bundesrepublik Deutschland a The Queen proti Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd a další*. Spojené věci C-46/93 a C-48/93.

<sup>4</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 8. října 1996. *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula a Trosten Knor proti Bundesrepublik Deutschland*. Spojené věci C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 a C-190/94.

<sup>5</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. července 2000. *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA a Jean-Jacques Goupil proti Komisi Evropských společností*. Věc C-352/98 P.

<sup>6</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. září 2003. *Gerhard Köbler proti Republik Österreich*. Věc C-224/01.

<sup>7</sup> Tyto dvě linie judikatury byly sjednoceny rozhodnutím *Bergaderm*. K vývoji judikatury v oblasti odpovědnosti v Unii blíže viz publikaci AALTO, Pekka. *Public Liability in EU Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

<sup>8</sup> Například směrnice 2004/38/ES o právu občanů na volný pohyb, nebo směrnice 2011/24/EU o právech pacientů.

<sup>9</sup> Srov. AALTO, Pekka. *Public Liability in EU Law*, s. 26.

## 1.2 Institucionální rovnováha

Dotvoření primárního práva lze spatřovat i v rozhodnutích, která se týkají postavení Evropského parlamentu v institucionální struktuře Unie. V případě *Les Verts*<sup>10</sup> podala organizace *Les Verts* žalobu na neplatnost rozhodnutí předsednictva Parlamentu, kterým se upravovalo proplácení nákladů politických seskupení v souvislosti s volbami do Parlamentu v roce 1984. Podle tehdejšího znění zakládací smlouvy bylo možné podat žalobu na neplatnost pouze proti aktům Komise a Rady, Smlouva totiž tehdy nepředpokládala, že by Parlament mohl vydávat právně závazné akty dotýkající se třetích osob, nepředpokládala tedy ani, že by bylo potřeba upravit možnost napadnout daný akt. Soudní dvůr vyložil ustanovení Smlouvy tak, že výčet orgánů, proti jejichž rozhodnutím lze podat žalobu, není taxativní (ač by se tak z textu zdálo), a v podstatě v rozporu s doslovným zněním rozhodl, že i Evropský parlament může být pasivně legitimován. V případě *Černobyľ*<sup>11</sup> se Soudní dvůr zabýval opačnou otázkou, a sice aktivní legitimací Parlamentu podat žalobu na neplatnost nařízení z důvodu nevhodně zvoleného právního základu, což vedlo k použití legislativní procedury konzultační namísto procedury spolupráce.

V neposlední řadě Soudní dvůr do institucionální rovnováhy významně zasáhl rozhodnutím *Izoglukóza*,<sup>12</sup> v němž posuzoval, co se rozumí pojmem konzultace v legislativním procesu, když Smlouva stanovila obecný požadavek, že Rada může vydat nařízení po konzultaci Shromáždění (Parlamentu). Soudní dvůr pojem konzultace vyložil tak, že nezahrnuje jen povinnost Rady předložit Shromáždění návrh aktu, ale musí také vyčkat na výsledek konzultace, zároveň Soudní dvůr označil Shromáždění za legislativní (tedy nejen konzultační) orgán, čímž jeho postavení posílil.

V prvních dvou představených případech musel Soudní dvůr reagovat na situaci, kdy právní úprava ve Smlouvě oproti tehdejší realitě zastarala a vzniklý rozpor mezi psaným právem a realitou se stal neudržitelný. Všechna tři rozhodnutí pak mají společné, že Soudní dvůr jimi posílil postavení Parlamentu, přičemž se pohyboval mimo řešení, které jednoznačným způsobem nabízel jazykový výklad daných ustanovení, a obsah ustanovení vyložil na základě jejich účelu, kterým byla nutnost zabezpečit institucionální rovnováhu vychýlenou v důsledku vývoje evropské integrace.<sup>13</sup>

Mohlo by se zdát, že problémy kolem institucionální rovnováhy byly vyřešeny revizí Smluv a zakotvením širšího zapojení Parlamentu do chodu Unie, opak je však pravdou. Soudní dvůr posledně značně rozvířil vody svým rozsudkem ve věci *Sturgeon*<sup>14</sup> z roku 2009, kde svým extenzivním výkladem poněkud vykročil ze svého pole působnosti coby orgánu interpretujícího právo a vstoupil na pole orgánu vytvářejícího právo. Předmětné nařízení, kterým se stanoví společná pravidla náhrad a pomoci cestujícím v letecké dopravě<sup>15</sup>, totiž rozlišovalo dvě situace – nároky cestujících z důvodu zpoždění letu a z důvodu zrušení

<sup>10</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 23. dubna 1986. *Parti écologiste „Les Verts“ proti Evropskému parlamentu*. Věc 294/83.

<sup>11</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 22. května 1990. *Evropský parlament proti Radě Evropských společenství*, věc C-70/88.

<sup>12</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 29. října 1980. *SA Roquette Frères proti Radě Evropských společenství*, věc 138/79.

<sup>13</sup> SEHNÁLEK, David – TÝČ, Vladimír – CHARVÁT, Radim. *Soudní dvůr EU a výklad práva Evropské unie*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 81–88.

<sup>14</sup> Rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 19. listopadu 2009. *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon a Alana Sturgeon proti Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) a Stefan Böck a Cornelia Lepuschitz proti Air France SA (C-432/07)*. Spojené věci C-402/07 a C-432/07.

<sup>15</sup> Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 261/2004 ze dne 11. února 2004, kterým se stanoví společná pravidla náhrad a pomoci cestujícím v letecké dopravě v případě odepření nástupu na palubu, zrušení nebo významného zpoždění letů a kterým se zrušuje nařízení (EHS) č. 295/91.

letu. S druhou zmíněnou situací bylo spojeno výhodnější postavení cestujících, ač faktické dopady pro cestující mohou být v obou případech shodné (v případech delších zpoždění). Generální advokátka Sharpston Soudnímu dvoru radila, aby se nesnažil „opravit“ nedokonalost nařízení výkladem, a spíše se snažila argumentovat ve prospěch neplatnosti daných ustanovení nařízení z důvodu porušení zásady rovného zacházení; stanovení doby, jak dlouhé zpoždění letu je rovnocenné jeho zrušení, je totiž podle jejího názoru legislativní výsadou.<sup>16</sup> Soudní dvůr věc posoudil jinak a rozhodl, že cestující, jejichž let byl zpožděn o tři a více hodin, se mohou domáhat náhrady škody stejně jako cestující zrušených letů. Soudní dvůr tedy postavil na roveň dvě situace, které normotvůrce explicitně rozlišil.<sup>17</sup>

### 1.3 Ochrana lidských práv v EU

Třetím příkladem, kdy Soudní dvůr svou judikatorní činností výrazně pozměnil podobu unijního práva, je oblast ochrany lidských práv v Unii. Byť ochrana lidských práv nebyla v zakládacích smlouvách dlouhé roky vůbec obsažena, Soudní dvůr v rozhodnutí *Stauder*<sup>18</sup> prohlásil základní lidská práva za obecné zásady právní Unie, čímž je postavil na úroveň primárního práva a zavázal tak unijní orgány lidská práva respektovat. V rozhodnutí *Nold*<sup>19</sup> dále upřesnil, že zdrojem těchto zásad jsou ústavní zvyklosti společné členským státům. V rozhodnutí *Rutili*<sup>20</sup> poprvé zmínil Úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod, aby se později v rozhodnutí *Hauer*<sup>21</sup> ke standardu lidských práv zakotvených v Úmluvě přímo přihlásil. Od roku 2009 je součástí primárního práva Listina základních práv EU, která stanovuje povinnost Unii a orgánům členských států při provádění unijního práva dodržovat v ní uvedená lidská práva.

Některým lidským právům pak Soudní dvůr přiřkl horizontální přímý účinek. Nejprve se tomu tak stalo v rozhodnutí *Mangold*<sup>22</sup> ve vztahu k zákazu diskriminace z důvodu věku. Soudní dvůr zde překlenul nemožnost přímého účinku směrnice zakotvující zásadu rovného zacházení v horizontálních pracovněprávních vztazích tím, že ji prohlásil za pouhou konkretizaci zákazu diskriminace, která je obecnou zásadou práva Unie. Z argumentace Soudu se dalo dovodit, že se zásada nediskriminace vztahuje i na jiné důvody než věk a na všechny oblasti unijního práva, nejen oblast pracovněprávní.<sup>23</sup> Významným posunem v horizontálním působení lidských práv je dále rozhodnutí *Bauer a Broßonn*,<sup>24</sup>

<sup>16</sup> Stanovisko generální advokátky – Sharpston – 2. července 2009. *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon a Alana Sturgeon proti Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) a Stefan Böck a Cornelia Lepuschitz proti Air France SA (C-432/07)*. Spojené věci C-402/07 a C-432/07, zejména odstavce 93–97.

<sup>17</sup> Blíže k případu a ke kontroverzím, které vzbudil viz SMOLEK, Martin. Soudní dvůr EU jako součást politického systému Unie aneb o bytí mezi Skyllou a Charybdou. In: SMEKAL, Hubert – POSPÍŠIL, Ivo (eds). *Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, Mezinárodní politický ústav, 2013, s. 133–135; nebo také GARBEN, Sacha. *Sky-high Controversy and High-flying Claims? The Sturgeon Case Law in Light of Judicial Activism, Euroscepticism and Euro-legalism*. *Common Market Law Review*. 2013, Vol. 50, Iss. 1, s. 15–46.

<sup>18</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 12. listopadu 1969. *Erich Stauder proti Stadt Ulm – Sozialamt*. Věc 29-69.

<sup>19</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. května 1974. *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung proti Komisi Evropských společenství*. Věc 4-73.

<sup>20</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. října 1975. *Roland Rutili proti Ministre de l'intérieur*. Věc 36-75.

<sup>21</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1979. *Liselotte Hauer proti Land Rheinland-Pfalz*. Věc 44/79.

<sup>22</sup> Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 22. listopadu 2005. *Werner Mangold proti Rüdigeru Helmovi*. Věc C-144/04.

<sup>23</sup> Viz také MAZÁK, Ján – MOSER, Martin. *Adjudication by Reference to General Principles of EU Law: A Second Look at the Mangold Case Law*. In: ADAMS, Maurice – DE WAELE, Henri – MEEUSEN, Johan – STRAETMANS, Gert (eds). *Judging Europe's Judges*. Oxford: Hart Publishing, 2015, s. 83.

<sup>24</sup> Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 6. listopadu 2018. *Stadt Wuppertal v. Maria Elisabeth Bauer a Volker Willmeroth v. Martina Broßonn*. Spojené věci C-569/16 a C-570/16.

v němž Soudní dvůr přiznal horizontální přímý účinek právu na placenou dovolenou. Z rozsudku vyčteme, že tento účinek budou mít i ostatní ustanovení Listiny za předpokladu, že jednoznačným a dostatečně konkrétním způsobem zakotvují jednotlivci právo. Tím, že se lidská práva stala součástí primárního práva, se omezil prostor unijního zákonodárce, v jakém může přijímat předpisy, lidská práva představují jeden z limitů činnosti Unie a členských států. Zároveň díky horizontální přímé aplikovatelnosti mnohých ustanovení je přímo určován obsah vnitrostátního práva. To vše přičiněním Soudního dvora EU.

Dalším nedávným příkladem akcentu na lidská práva v rozhodovací činnosti Soudního dvora je případ *Coman*.<sup>25</sup> Soudní dvůr vyložil pojem manžel nebo manželka obsažený ve směrnici o právech občanů<sup>26</sup> tak, že zahrnuje také stejnopohlavní manželství, v důsledku čehož i členské státy, které neupravují možnost uzavřít či uznat stejnopohlavní manželství, musí pro účely práva pobytu rodinného příslušníka migrujícího občana Unie stejnopohlavní svazek uznat. Při výkladu pojmu manžel/manželka tedy nevycházel z nejmenšího společného jmenovatele pojmu manželství, kterým by bylo manželství muže a ženy,<sup>27</sup> ale zvolil k lidským právům (k právu na rodinný život) nejpřívětivější variantu výkladu.<sup>28</sup>

Na těchto třech příkladech jde vidět, že Soudní dvůr, uzná-li to za potřebné, je připraven primární právo dotvořit takovým způsobem, který jde jednoznačně nad rámec jazykové-  
ho výkladu, a v podstatě tak nahrazuje normotvůrce primárního práva (členské státy).

## 2. Faktory, které přispěly k dnešnímu postavení Soudního dvora EU

### 2.1 Obecnost základních smluv

Soudní dvůr EU má Smlouvami svěřenou pravomoc interpretovat unijní primární i sekundární právo, a to včetně těch ustanovení, která jemu svěřují pravomoc.<sup>29</sup> Základní smlouvy jsou povětšinou obecně formulované, některá ustanovení jsou vágní, obsahují celou řadu neurčitých ustanovení, jako například „opatření s rovnocenným účinkem jako množstevní omezení dovozu“. Následky nejasnosti pojmů plynoucí z obecnosti těchto formulací pak musí řešit Soudní dvůr, často také opakovaně. Například zmíněný pojem opatření s rovnocenným účinkem nejprve (poměrně široce) definoval v rozhodnutí *Dassonville*,<sup>30</sup> aby později jeho rozsah fakticky zúžil rozsudkem *Cassis de Dijon*<sup>31</sup> (stanovením kategorických požadavků z důvodu veřejného zájmu při zachování principu proporcionality), následně z něj stanovil výjimku rozsudkem *Keck a Mithouard*<sup>32</sup> (mezi opatření

<sup>25</sup> Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 5. června 2018. *Relu Adrian Coman a další v. Inspectoratul General pentru Imigrări a Ministerul Afacerilor Interne*. Věc C-673/16.

<sup>26</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004 o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států.

<sup>27</sup> STEHLÍK, Václav. The CJEU Crossing the Rubicon on the Same-Sex Marriages? Commentary on Coman Case. *International and Comparative Law Review*. 2018, Vol. 18, No. 2, s. 84–88.

<sup>28</sup> Na druhou stranu je nutno podotknout, že Soudní dvůr zde po členských státech požaduje, aby uznaly stejnopohlavní manželství čistě jen pro účely přiznání práva pobytu; pro účely práva sociálního zabezpečení, dědického práva atp. jejich manželství uznávat nemusí. Rozsudek přesto vyvolal kritické reakce namítající překročení kompetencí Soudním dvorem, viz např. STEHLÍK, Václav. *The CJEU Crossing the Rubicon on the Same-Sex Marriages? Commentary on Coman Case*, s. 88–90.

<sup>29</sup> SEHNÁLEK, David – TYČ, Vladimír – CHARVÁT, Radim. *Soudní dvůr EU a výklad práva Evropské unie*, s. 16.

<sup>30</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. července 1974. *Procureur du Roi proti Benoît a Gustave Dassonville*. Věc 8-74.

<sup>31</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 20. února 1979. *Rewe-Zentral AG proti Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*. Věc 120/78.

<sup>32</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 24. listopadu 1993. *Trestní řízení proti Bernardu Keckovi a Danielu Mithouardovi*. Spojené věci C-267/91 a C-268/91.

s rovnocenným účinkem nespádají prodejní praktiky),<sup>33</sup> kterou později zúžil rozsudkem *De Agostini*<sup>34</sup> (rozlišením prodejních praktik statických, které neovlivňují možnost nových výrobků vstoupit na trh, a dynamických, které přístup na trh ztěžují)<sup>35</sup>. Prostor pro dotváření práva má Soudní dvůr EU v podobných případech vskutku značný.

Velmi obecně je vymezena také samotná pravomoc Soudního dvora EU.<sup>36</sup> K některým významným otázkám Smlouvy zcela mlčí, jako příklad můžeme uvést poměr Smluv a práva EU vůbec k právu vnitrostátnímu a k právu mezinárodnímu. Důvodem této obecnosti Smluv a primárního práva vůbec je, že mají tvořit základ právního řádu a měly by bez nutnosti změn obstát dlouhodobě (i kvůli náročnějším procedurám pro přijetí změn), a proto jsou stejně jako například ústavy nebo běžné mezinárodní smlouvy záměrně založeny na obecných zásadách a principech, aby bylo možné jejich výklad přizpůsobit vývoji v právu a ve společnosti<sup>37</sup> – přizpůsobování výkladu měnícím se podmínkám ve společnosti (na unijním vnitřním trhu) můžeme ilustrovat na výše uvedené judikatuře k výkladu pojmu opatření s rovnocenným účinkem jako množstevní omezení dovozu. Tato obecnost Smluv pak přirozeně klade větší nároky na soudy a kvalitu jejich rozhodování. Pokud Soudní dvůr považuje za účel evropské integrace vytvoření stále užšího svazku mezi národy Evropy, je pochopitelné, že jeho způsob výkladu je prointegrační.<sup>38</sup>

Neplatí to jen ve vztahu k primárnímu právu, byť u něj se to z výše uvedeného důvodu projevuje nejvíce, platí to do značné míry i pro sekundární právo. Jedná se o důsledek svěřených pravomocí Unie, které jsou z povahy věci omezené, proto Unie některé otázky regulovat zkrátka nemůže, a složení Unie z mnoha národů, kvůli čemuž může být hledání politického konsenzu o podobě unijních právních předpisů ještě o stupeň složitější než v jednotlivých členských státech. Tato kombinace může vést k větší mezerovitosti právní úpravy, jež Soudnímu dvoru EU rozšiřuje pole působnosti a zároveň vyvolává potřebu, aby SDEU unijní právo výkladem dotvářel a zaplňoval tak jeho mezery. Jedná se o určité specifikum unijního práva obecně, které vystihnul Lord Denning v rozsudku *Bulmer v. Bollinger*, kde tuto zvláštnost podoby unijního práva charakteristickou obecností ustanovení Smluv, nařízení i směrnic a absencí interpretační klauzule označil jako „*It is the European way.*“<sup>39</sup>

<sup>33</sup> TÝČ, Vladimír. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 7. vydání. Praha: Leges, 2017, s. 173–180.

<sup>34</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 9. července 1997. *Konsumentombudsmannen (KO) proti De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) a TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 a C-36/95)*. Spojené věci C-34/95, C-35/95 a C-36/95.

<sup>35</sup> ONDREJOVÁ, Dana – SEHNÁLEK, David. *Vliv práva Evropské unie na českou regulaci nekalé soutěže a nekalých obchodních praktik*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 22–23.

<sup>36</sup> TÝČ, Vladimír – SEHNÁLEK, David – CHARVÁT, Radim. *Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 167.

<sup>37</sup> MADURO, Miguel Poiares. Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies*. 2008, Vol. 1, No. 2, s. 145.

Při výkladu mezinárodních smluv se sice obecně uplatňuje výklad statický, v případě mezinárodních smluv zřizujících mezinárodní organizaci se častěji používá výklad evolutivní zaměřený více na účel (předmět činnosti) mezinárodní organizace. DÖRR, Oliver. Komentář k čl. 31. In: DÖRR, Oliver – SCHMALENBACH, Kirsten (eds). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Berlin: Springer, 2012, s. 533 a 536–537.

<sup>38</sup> SCHMIDT, Susanne K. *The European Court of Justice & The Policy Process*. Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 89–90.

<sup>39</sup> „[The Treaty] lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty, there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by regulations and directives. It is the European way.“

*Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors [1974] EWCA Civ 14*, převzato z ARNULL, Anthony. Interpretation and Precedent in European Community Law. In: ANDENAS, Mads – JACOBS, Francis (eds). *European Community Law in the English Courts*. Oxford: Oxford University Press, 1998.



Unijní normotvůrce mnohdy přijme rámcovou právní úpravu, z důvodu nemožnosti konsenzu o konkrétnější podobě předpisu jen obecně formulovanou, tvořící nejmenšího společného jmenovatele. Určení obsahu jednotlivých norem zbyde pak na Soudní dvůr v rámci řízení o předběžné otázce a Soudní dvůr, na rozdíl od unijního normotvůrce, už se určení toho, co přesně je obsahem daných právních norem, nemůže vyhnout. Soudní dvůr, má-li rozhodnout konkrétní spor, nemůže odepřít rozhodnutí jen proto, že ze Smluv řešení onoho případu při použití běžných výkladových metod neplyne. Zaplnit mezery v právu proto leckdy musí kreativnějším výkladem. Malenovský označuje tyto mezery v právu zaplňující interpretaci unijního práva Soudním dvorem za určité napravování nečinnosti zákonodárce, které je v podstatě vynucené nedokonalou právní úpravou a nemožností soudu odmítnout rozhodnout spor pro absenci aplikovatelné právní normy a neposkytnout tak ochranu právním zájmům účastníků řízení.<sup>40</sup> Sehnálek dodává, že ve Smlouvách žádná pravidla pro jejich výklad zachycena nejsou, Soudní dvůr měl proto při vytváření interpretačních pravidel volnou ruku.<sup>41</sup> „Vinu“ za určení obsahu pravidel, která nejsou veřejností přijata všeobecně kladně, je navíc pro normotvůrce (politiky) jednoduché svalit na soud. To je v souladu s obecným trendem posilování vlivu soudní moci a přenechávání řešení politických konfliktů na soudy. Soudní dvůr se slovy Šeicha pak stává pro politiky účastníci se normotvorného procesu spojencem (v utváření právních norem, kterého sami politici v rámci normotvorného procesu nejsou do detailu schopni dosáhnout), ale také rukojmím (protože Soudní dvůr se rozhodnutí nemůže vyhnout), dochází tak k judicializaci politiky a politizaci justice (ač Šeich hovoří o vnitrostátní úrovni, jeho závěry se pro unijní úroveň politiky a justice uplatní stejně).<sup>42</sup>

## 2.2 Interpretace práva Soudním dvorem

Základní interpretační vodítko poskytl Soudní dvůr už ve věci *Van Gend en Loos*, kde odkazoval na „*spirit, general scheme and wording*“ Smluv, tedy na ducha (účel), systematiku a doslovné znění Smluv.<sup>43</sup>

Výklad jazykový má v prostředí unijního práva znatelně menší váhu než při výkladu práva vnitrostátního. Unijní právo je publikováno ve 24 jazykových verzích, přičemž všechny mají stejnou platnost. Právní terminologie se v jednotlivých jazycích liší. Pojmy používané v unijním právu mohou mít jiný význam než identické pojmy používané vnitrostátním právem toho kterého státu. V případě nejasností by se jednotlivé jazykové verze měly porovnávat, porovnat 24 jazykových verzí je však i pro Soudní dvůr s ohledem na časovou a personální náročnost nepraktické, pro adresáta právních norem je to prakticky nemožné.<sup>44</sup> To je důvod, proč se na jazykový výklad lze spoléhat jen omezeně – jazykový výklad je přirozeně základem, prvním krokem, protože prostřednictvím textu normy poznáváme její obsah. Pokud ale jazykový výklad různých jazykových verzí vede k nejednoznačnému výsledku, je třeba postupovat podle jiných kritérií.

<sup>40</sup> MALENOVSKÝ, Jiří. Triptych zobrazování Soudního dvora EU: Arbitr, „motor integrace“ anebo „velký manipulátor“? *Právník*. 2017, roč. 156, č. 10.

<sup>41</sup> SEHNÁLEK, David. *Specifika výkladu práva Evropské unie a jeho vnitrostátní důsledky*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 10.

<sup>42</sup> ŠEICH, David. Judicializace politiky nebo politizace justice? In: SMEKAL, Hubert – POSPÍŠIL, Ivo (eds). *Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, Mezinárodní politický ústav, 2013, s. 185.

<sup>43</sup> MADURO, Miguel Poiares. *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, s. 139.

<sup>44</sup> KŘEPELKA, Filip. *Mnohohozajčnost Evropské unie a její důsledky pro českou právní praxi*. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 77–85.

Nabízí se také srovnání výkladových metod používaných Soudním dvorem EU s výkladovými pravidly zachycenými ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu.<sup>45</sup> Výkladové pravidlo Vídeňské úmluvy, podle něhož by se mělo zohledňovat textové vyjádření pravidel ve smlouvě, předmět a účel smlouvy a celkový kontext, v zásadě odpovídá vyjádření základního interpretačního vodítka představeného Soudním dvorem ve věci *Van Gend en Loos*. Skutečná výkladová praxe Soudního dvora se od pravidel Vídeňské úmluvy liší. Členské státy svěřily pravomoc vykládat unijní právo Soudnímu dvoru a Soudní dvůr s tímto svým výkladovým monopolem naložil tak, že judikaturou unijní právo na právu mezinárodním zcela osamostatnil.<sup>46</sup> To mu umožnilo vytvořit si vlastní, autonomní systém výkladu a přizpůsobit ho pro potřeby efektivního uplatňování unijního práva,<sup>47</sup> tedy orientovat ho především k výkladu teleologickému v míře, která je významnější, než je v mezinárodním právu běžné.<sup>48</sup>

V prostředí unijního práva má tradičně významný prostor výklad teleologický. Teleologický výklad je někdy shledáván jako zdroj soudcovského aktivismu,<sup>49</sup> ve skutečnosti je jeho používání Soudním dvorem EU pouze logickým důsledkem mnohojazyčnosti a s ní spojeného omezeného významu výkladu jazykového a časté mezerovitosti unijního práva. Maduro uvádí, že teleologický výklad v právu EU neznamená pouze hledání účelu konkrétních právních norem, ale celkové systémové zohlednění unijního právního řádu a jeho specifických principů (přednost, přímý a nepřímý účinek, odpovědnost státu za škodu apod.), které prostupují všemi jeho normami.<sup>50</sup> Velkou roli v tomto směru zastávají obecné právní zásady společné právním řádům členských států, které jednak slouží jako vodítko pro výklad unijního práva tam, kde není možné se opřít o jiné prameny primárního práva, jednak do určité míry poskytují legitimitu unijnímu právnímu řádu a tím i rozhodování Soudního dvora EU, protože se odvozují od zásad, na nichž jsou postaveny právní řády členských států.<sup>51</sup>

### 2.3 Řízení o předběžných otázkách

Dalším faktorem, který významně přispěl k neobvykle významnému postavení Soudního dvora EU, je řízení o předběžné otázce. Specifický mechanismus řízení o předběžné otázce umožnil i vnitrostátním soudům první instance pokládat předběžné otázky a tím přispět k evoluci unijního práva.<sup>52</sup> A nižší soudy této možnosti nezdědky využívaly – za všechny jmenujme případ *Costa proti ENEL*, kdy se na Soudní dvůr obrátil italský *giudice conciliatore*, v případě *Francovich* to byl taktéž italský *Pretura*, v případě *Van Gend en Loos* nizozemská *Tariefcommissie*, nebo třeba v případě *Internationale Handelsgesellschaft* předběžnou otázku podával německý *Verwaltungsgericht*.

<sup>45</sup> Čl. 31 a 32 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Vyhláška ministra zahraničních věcí č. 15/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu. Vyjdeme-li z toho, že Smlouvy jsou mezinárodními smlouvami, na jejichž výklad by se Vídeňská úmluva standardně měla aplikovat.

<sup>46</sup> Posudek Soudního dvora (pléna) ze dne 18. prosince 2014. Věc 2/13, odst. 170.

<sup>47</sup> SEHNÁLEK, David. *Specifika výkladu práva Evropské unie a jeho vnitrostátní důsledky*, s. 17.

<sup>48</sup> SOREL, Jean-Marc – BORÉ EVENO, Valérie. Komentář k čl. 31 Úmluvy 1969. In: CORTEN, Oliver – KLEIN, Pierre (eds). *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary. Volume I*. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 822.

<sup>49</sup> Viz MADURO, Miguel Poaires. *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, s. 142.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Srov. SEHNÁLEK, David. *Specifika výkladu práva Evropské unie a jeho vnitrostátní důsledky*, s. 12.

Řízení o předběžné otázce představuje v rukou vnitrostátních soudů nižších instancí mocný nástroj, který mohou využít bez ohledu na to, jaký mají na věc názor vyšší soudy, a do určité míry jim umožňuje vyhnout se jak judikatuře vyšších soudů,<sup>53</sup> tak vnitrostátnímu zákonodárci, pokud mají pocit, že judikatura nebo zákony nejsou v souladu s unijním právem.<sup>54</sup>

Rozhodnutí v řízení o předběžné otázce je svou povahou mezitímní, Soudní dvůr v něm sdělí, jaký je správný výklad unijního práva, nicméně konečné rozhodnutí ve věci, v němž je Soudním dvorem podaný výklad aplikován v konkrétním případě, je na vnitrostátním soudu. Tak získává rozhodnutí Soudního dvora mnohem větší legitimitu. Ve chvíli, kdy je rozhodnutí Soudního dvora zhmotněno v rozsudku vnitrostátního soudu, stává se pro členský stát nemožné toto rozhodnutí ignorovat a zpochybňovat jeho autoritu, neboť jak píše Weiler „*stát, v našich západních demokraciích, nemůže neuposlechnout své vlastní soudy*“.<sup>55</sup> Tato z určitého pohledu slabost celého mechanismu řízení o předběžné otázce, kdy závisí na vnitrostátním soudu, zda se bude rozhodnutím Soudního dvora řídit a zda vůbec předběžnou otázku podá,<sup>56</sup> se promění v jeho nejsilnější stránku, pokud vnitrostátní soud skutečně předběžnou otázku položí a následně se odpovědí řídí.

Tyto dva zmíněné faktory jsou ještě zesíleny podporou justičního dialogu Soudním dvorem.<sup>57</sup> Soudní dvůr vždy vyzdvihoval význam justičního dialogu a podporoval vnitrostátní soudy v pokládání předběžných otázek. Nezanedbatelným faktorem je také užití řízení o předběžné otázce ke strategické litigaci – řízení může být využito jako prostředek prosazování unijního práva vůči členským státům nedodržujícím unijní pravidla i vůči Unii samotné. Nelze totiž přehlédnout vliv různých zájmových skupin, které se díky vhodné argumentaci snažily dostat případy s unijním prvkem před soud a následně k Soudnímu dvoru a Soudní dvůr přesvědčit k extenzivní interpretaci unijního práva.<sup>58</sup> Vzájemnou synergií těchto aktérů (soudy členských států, účastníci řízení podporovaní různými zájmovými skupinami, Soudní dvůr) došlo k zesílení významu tohoto typu řízení před Soudním dvorem, a tím k posílení vlivu samotného Soudního dvora EU.

Řízení o předběžné otázce zaujímá nezastupitelné místo v unijním právu, je jedním ze způsobů jeho prosazování a je způsobem velmi účinným. Prosazování unijního práva vůči členským státům prostřednictvím řízení o předběžných otázkách můžeme označit jako prosazování zdola, jelikož je vedené jednotlivci, kteří unijní právo použijí jako prostředek k dosažení svého cíle.<sup>59</sup> Oproti prosazování shora, tedy řízení o porušení povinnosti vedenému proti členským státům Komisí, je jeho výhodou to, že jednotlivci jej mají ve svých rukou a nemusí se spoléhat na Komisi, jež podléhá politickým tlakům.<sup>60</sup>

<sup>53</sup> Zde můžeme jako jeden příklad za všechny uvést ságu česko-slovenských důchodů, kdy se Nejvyšší správní soud obracel s předběžnou otázkou na Soudní dvůr ve snaze vyhnout se judikatuře Ústavního soudu.

<sup>54</sup> Srov. STONE SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000, s. 129–133 a 164; CONWAY, Gerard. Recovering a Separation of Powers in the European Union. *European Law Journal*. 2011, Vol. 17, No. 3, s. 318. K roli vnitrostátních soudů pro evropskou integraci viz MATTILI, Walter – SLAUGHTER, Anne. The role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints. In: SLAUGHTER, Anne – STONE SWEET, Alec – WEILER, Joseph (eds). *The European court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*. Oxford: Hart, 1998.

<sup>55</sup> WEILER, Joseph H. H. The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*. 1991, Vol. 100, No. 8, s. 2421.

<sup>56</sup> Srov. MANCINI, Federico – KEELING, David. From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court. *Yearbook of European Law*. 1991, s. 1–3.

<sup>57</sup> STONE SWEET. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, s. 165.

<sup>58</sup> SCHMIDT, Susanne K. *The European Court of Justice & The Policy Process*, s. 31, 62–63 a 237.

<sup>59</sup> Podrobně viz BROBERG, Morten. Preliminary References as a Means for Enforcing EU Law. In: JAKAB, András – KOCHENOV, Dmitry (eds). *The Enforcement of EU Law and Values*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Iniciativa jednotlivců spojená s iniciativou vnitrostátních soudů umožnila přísun případů Soudnímu dvoru, který pak mohl pracovat na formování unijního práva.

V počátcích evropské integrace mohlo k tomu, že si Soudní dvůr vydobyl takto významné postavení, přispět i to, že v době tzv. lucemburského kompromisu členské státy fakticky kontrolovaly legislativní proces tím, že měly možnost vetovat přijetí jakéhokoli předpisu. Tím, že tvorbu práva držely pevně v rukou, neměly důvod se obávat expanzivní interpretace unijního práva Soudním dvorem – Soudní dvůr interpretuje unijní právo, na kterém se všechny státy musely shodnout. Pokud nebylo právo, na kterém by se státy shodly, neměl Soudní dvůr příležitost ho interpretovat, nebyl tudíž důvod se expanzivní činností Soudního dvora tolik obávat. Postupem času se stalo omezit Soudní dvůr velmi obtížným.<sup>61</sup> Na postoj členských států k judikatorní činnosti Soudního dvora v počátečních dekádách evropské integrace lze mít i jiný názor, například Garret je toho názoru, že členské státy nebyly pasivní a nepřehlížely Soudní dvůr, aby se pak staly v podstatě obětí jeho aktivismu, naopak jej mlčky podporovaly tím, že mu ponechaly prostor zvýšit efektivnost nedokonale sepsaných zakládacích Smluv.<sup>62</sup>

### 3. Zhodnocení vlivu judikatury na unijní právní řád

#### 3.1 Pravomoc Soudního dvora EU

Předně je potřeba zopakovat, že činnost SDEU je vymezena a omezena Smlouvami. Základní vymezení kompetence SDEU přináší čl. 19 SEU, který Soudnímu dvoru EU uděluje moc zajišťovat dodržování práva při výkladu a provádění Smluv, úloha SDEU je tedy koncipovaná poměrně široce. Smlouva o fungování EU pak vymezuje pravomoc SDEU podrobněji, když vyjmenovává konkrétní okruhy otázek, o nichž je SDEU oprávněn rozhodovat. Ritleng uvádí, že díky tomuto širokému okruhu možných žalob neexistují v unijním právu otázky, k jejichž rozhodnutí by SDEU neměl pravomoc, což ze SDEU činí jediného autoritativního interpreta Smluv. Ritleng si dále všímá, že Soudní dvůr EU je postaven na roveň orgánům, jako jsou Komise, Rada a Parlament, které se podílí na tvorbě unijního práva. To mu v kombinaci s širokou paletou řízení, v nichž může dle Smluv rozhodovat, dodává funkční legitimitu.<sup>63</sup>

#### 3.2 Akceptace soudcovské normotvorby

Dnes už se navíc obecně uznává, že soudy tvoří právo, zejména na úrovni ústavních soudů; rozumíme-li tedy tvorbou práva situaci, kdy proces výkladu práva při použití interpretačních metod nevede k jednoznačnému konkrétnímu řešení daného případu, a nalezené řešení, je-li vyjádřeno v rozhodnutí vyššího soudu, má relevanci i v následujících případech.<sup>64</sup> Již je překonána myšlenka, že soudce má být pouze ústy zákona. Společenská realita je natolik komplexní, že není myslitelné mít pro všechny situace explicitní

<sup>60</sup> WEILER, Joseph. *The Transformation of Europe*, s. 2419–2422; KŘEPELKA, Filip. *Přenos, doprovod a zohlednění evropského práva českým právem*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 53–55.

<sup>61</sup> WEILER, Joseph. *The Transformation of Europe*, s. 2427–2429.

<sup>62</sup> GARRETT, Geoffrey – KELEMEN, Daniel – SCHULZ, Heiner. *The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union*. *International Organization*. 1998, Vol. 52, No. 1, s. 149–150.

<sup>63</sup> RITLENG, Dominique. *The Independence and Legitimacy of the European Court of Justice*. In: RITLENG, Dominique (ed.). *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 105.

<sup>64</sup> VEČEŘA, Miloš et. al. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 13–19.

řešení v zákonech. Význam judikatury se všeobecně zvyšuje, judikatura je vnímána jako relevantní pramen práva i v evropské kontinentální právní tradici, nejen v *common law*.<sup>65</sup> V tomto směru můžeme poukázat na Komárkovu studii, v níž srovnával, jak se s dřívějšími soudními rozhodnutími pracuje na kontinentu a na Britských ostrovech. Dochází k závěru, že přístup není ve výsledku tak propastně rozdílný, jak se tradičně uvádělo, vychází pouze z jiných předpokladů.<sup>66</sup> Také MacCormick a Summers se připojují k tomu, že mezi těmito dvěma právními kulturami „*ve skutečnosti není ostrá hranice, ale kontinuum*“.<sup>67</sup>

Fungování precedentu v právu v různých státech kontinentální i anglosaské právní tradice zmapoval kolektiv autorů pod vedením MacCormicka a Summerse v práci *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, jednotliví autoři v ní podrobně popisují, jak soudy pracují s dřívějšími rozhodnutími. Na základě jednotlivých národních studií lze shrnout, že přístupy soudů k judikatuře se samozřejmě v různých státech liší, je ale možné najít určité shodné prvky a konstatovat, že rozhodnutí soudů vyšších instancí nejsou jen pouhými akty aplikace práva, ale mají určitou míru závaznosti.

Taruffo potvrzuje obecný trend zvyšování významu judikatury. Je podle něj potřeba si uvědomit, že i v kontinentálním právu založeném na kodifikacích jsou tyto zákony interpretovány pomocí již existujících soudních rozhodnutí (precedentů), které dodávají obecným právním normám v nich obsažených konkrétnější podobu, a postupem času se použití odpovídající judikatury interpretaci zákonů stává nevyhnutelné. „*Myšlenka konfliktu mezi precedenty jako takovými a zákony jako takovými ztratila skutečný význam i v kontinentální právní kultuře*“.<sup>68</sup> I v našich českých podmínkách se tématu postavení judikatury coby pramene práva oprávněně věnuje stále větší pozornost.<sup>69</sup> Tento všeobecně pozorovatelný trend zvyšování významu judikatury svým způsobem nahrává i větší akceptaci rozsudků SDEU coby pramene práva.

### 3.3 Nezávislost a legitimita SDEU

Dle Týče je zdrojem legitimacy SDEU kombinace obecného vymezení jeho pravomoci ve Smlouvách a tvůrčí rozhodovací činnosti Soudního dvora samotného. SDEU je totiž dle Smluv nezávislý a nikomu neodpovědný, přičemž jeho pravomoc je vymezena velmi obecně, volně, proto ustanovení Smluv svěřující mu pravomoc interpretačně konkretizuje a postupně je tak dotváří. Soudní dvůr tedy svou legitimitu nezískal hned v okamžiku svého vzniku, ale postupně si ji sám budoval.<sup>70</sup>

Legitimitu Soudnímu dvoru EU zvyšuje také jeho nezávislost (institucionální legitimita). SDEU je nezávislý na ostatních orgánech a institucích Unie a je nezávislý také na

<sup>65</sup> VEČEŘA, Miloš et. al. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*, s. 36, v publikaci se na s. 219 objevuje také výrok „*Kritizovat nutnou soudcovskou normotvorbu je stejně jako kritizovat gravitaci. Nemůžeme se jí vyhnout.*“

<sup>66</sup> KOMÁREK, Jan. Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent. *The American Journal of Comparative Law*. 2013, Vol. 61, No. 1, s. 162–168.

<sup>67</sup> MACCORMICK, Neil – SUMMERS, Robert. Further General Reflections and Conclusions. In: MACCORMICK, Neil – SUMMERS, Robert (eds). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 532.

<sup>68</sup> TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, Neil – SUMMERS, Robert (eds). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 459.

<sup>69</sup> Můžeme jmenovat publikaci KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, nebo VEČEŘA, Miloš – HURDÍK, Jan – HAPLA, Martin a kolektiv. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, v neposlední řadě také konferenci Závaznost soudních rozhodnutí pořádané Nejvyšším soudem ČR v roce 2017, z níž vzešla publikace ŠÁMAL, Pavel – RAIMONDI, Guido – LENAERTS, Koen. *Závaznost soudních rozhodnutí – vnitrostátní a mezinárodní náhledy*. Praha: Wolters Kluwer, 2018.

<sup>70</sup> SEHNÁLEK, David – TÝČ, Vladimír – CHARVÁT, Radim. *Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu*, s. 169.

členských státech. Nezávislí jsou také jeho soudci a generální advokáti – každý členský stát sice navrhuje „svého“ soudce a závisí jen na něm, jaká kritéria pro výběr zvolí, k jejich vhodnosti pro tuto funkci ale dává stanovisko zvláštní výbor (nazývaný poněkud nepoeticky „výbor podle čl. 255 SFEU“), který zkoumá kromě odbornosti kandidáta také to, zda o jeho nezávislosti, nestrannosti, morální bezúhonnosti a integritě nejsou žádné pochybnosti.<sup>71</sup> Ač je finální výběr na členském státu a nikoli na výboru, dosud se nestalo, že by se kandidát, který obdržel od výboru negativní stanovisko, stal soudcem (či generálním advokátem) Soudního dvora EU.<sup>72</sup> Významným faktorem je také to, že každý členský stát má na Soudním dvoře právě jednoho soudce (v případě Tribunálu dva), SDEU jako celek je tudíž z tohoto pohledu vyvážený.

Samozřejmostí jsou také tajné soudní porady. Jako faktor zvyšující nezávislost soudců na „svých“ domovských státech je tradičně uváděna také nemožnost soudců publikovat nesouhlasná stanoviska (disenty) k rozhodnutím, díky čemuž není možné zjistit, pro jaké rozhodnutí daný soudce hlasoval, a umožňuje to SDEU vyhnout se tomu, že by soudci rozhodovali určitým způsobem z důvodu tlaku členského státu na daného soudce nebo třeba osobní motivace soudce zalíbit se představitelům členského státu s cílem dosáhnout opětovného jmenování na soud, nebo si je z důvodu obav nezneprátení.<sup>73</sup>

Legitimitu rozhodovací činnosti Soudního dvora dodává i skutečnost, že byť jsou jeho rozhodnutí někdy podrobena kritice (ať už ze strany politické reprezentace členských států, nebo i odborné veřejnosti), jsou přesto vnitrostátními soudy aplikována a členskými státy obecně akceptována. Nejsilnějším legitimizačním prvkem je pak to, že rozhodnutí interpretující Smlouvy se pak často promítnou do samotných Smluv při jejich revizi.<sup>74</sup> Jindy se stává, že je judikatura SDEU v podstatě převzata do předpisů sekundárního práva.<sup>75</sup>

Soudní dvůr bývá kritizován za svůj přílišný aktivismus, jedná se však o příliš zjednodušující pohled, který začasť závisí pouze na pohledu hodnotitele a jeho souhlasu či nesouhlasu s konkrétním rozhodnutím.<sup>76</sup> Důraz na interpretaci pomocí účelu právní

<sup>71</sup> Obecně jsou kritéria pro výběr funkcionářů u SDEU stanovena v čl. 253 a 254 SFEU (výslovně uvádí, že kandidát musí poskytovat veškeré záruky nezávislosti), dále jsou upřesněna ve zprávách o činnosti výboru podle čl. 255 SFEU. Například Fifth activity report of the panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union [publikován 28. 2. 2018]. Dostupné z: <curia.europa.eu>.

Členské státy si dále mohou stanovit vlastní systém a kritéria výběru kandidátů o tyto funkce. Česko taková pravidla má – pravidla pro výběr kandidáta na funkci soudce Soudního dvora Evropské unie. Příloha k usnesení vlády ze dne 13. července 2011 č. 525, ve znění pozměněném Přílohou usnesení vlády ze dne 24. července 2017 č. 562.

<sup>72</sup> DE WAELE, Henri. Not Quite the Bed that Procrustes Built: Dissecting the System for Selecting Judges at the Court of Justice of the European Union. In: BOBEK, Michal (ed). *Selecting Europe's Judges*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 49. Výběru soudců SDEU (a také ESLP) je věnována celá tato publikace editovaná M. Bobkem.

<sup>73</sup> Na druhou stranu Schmidt je toho názoru, že obavy, že by soudci kvůli své rozhodovací činnosti nebyli opětovně svými členskými státy jmenováni, nemusí být na místě, protože generální advokáti, kteří mnohdy bývají ve svých stanoviscích otevřeně kritičtí vůči členským státům, opětovně jmenovaní pravidelně bývají. SCHMIDT, Susanne K. *The European Court of Justice & The Policy Process*, s. 29.

<sup>74</sup> SEHNÁLEK, David. Specifika výkladu práva Evropské unie a jeho vnitrostátní důsledky, s. 11–12. Také RITLENG, Dominique. *The Independence and Legitimacy of the European Court of Justice*. Příkladem může být stanovení implicitních pravomocí Unie pro oblast vnější činnosti, které Soudní dvůr dovodil v rozsudku AETR, a následně se promítlo do čl. 216 SFEU. SEHNÁLEK, David – TÝČ, Vladimír – CHARVÁT, Radim. *Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu*, s. 33. Rozsudek Soudního dvora ze dne 31. března 1971. *Komise Evropských společenství proti Radě Evropských společenství*. Věc 22-70.

<sup>75</sup> Příkladem může být směrnice 2004/38/ES o právu občanů na volný pohyb, nebo směrnice 2011/24/EU o právech pacientů, která to v preambuli výslovně přiznává.

<sup>76</sup> Shodně TRIDIMAS, Takis. The Court of Justice and Judicial Activism, *European Law Review*. 1996, Vol. 21, s. 201; HORSLEY, Thomas. Reflections on the Role of the Court of Justice as the „Motor“ of European Integration: Legal Limits to Judicial Law-making. *Common Market Law Review*. 2013, Vol. 50, s. 939; a MALENOVSKÝ, Jiří. *Triptych zobrazování Soudního dvora EU: Arbitr, „motor integrace“ anebo „velký manipulátor“?*



úpravy a zdánlivé nerespektování jazykového vyjádření právní normy sice mohou pro právníka navyklého vnitrostátnímu právu působit nezvykle, to je ale právě kámen úrazu. Posuzovat jeho činnost optikou standardů činnosti vnitrostátních soudů je nesprávné, neboť takový pohled nebere do úvahy specifika unijního právního řádu a celkový kontext fungování Unie, mimo jiné například její mnohojazyčnost. Otázkou, kterou bychom si měli pokládat, není, „*jak správné (ústavní) soudy pracují, ale spíše jak by tento evropský ústavní soud měl pracovat*“.<sup>77</sup> Stejně nesprávné se jeví posuzování činnosti Soudního dvora optikou mezinárodních soudů v mezinárodním právu, to totiž nedostatečně zohledňuje hloubku hospodářské a politické integrace v Unii a její nadstátní povahu.

Nahlížet na Soudní dvůr jako na soud za všech okolností upřednostňující aktivistický a prointegrační výklad je nepřipadné, míra jeho aktivismu se proměňuje v čase s tím, jak se proměňuje unijní právo a Unie sama. Počáteční období fungování Společenství je charakteristické tím, že Soudní dvůr definoval základní strukturální principy unijního práva a snažil se díky rozšiřování a prohlubování evropské integrace vytvořit fungující vnitřní trh.<sup>78</sup> V pomaastrichtském období získala judikatura SDEU nový rozměr. Společný trh se úspěšně transformoval na vnitřní a s ohledem na rostoucí množství sekundárních právních předpisů se pozornost posunula od zkoumání slučitelnosti vnitrostátních předpisů s pravidly společného trhu k výkladu těchto předpisů, pro větší aktivismus Soudního dvora zde už nebyla potřeba a ani tolik prostoru. Maastrichtskou smlouvou bylo zavedeno do unijního práva také občanství Evropské unie, jehož obsah Soudní dvůr sebevědomě rozvíjel. Po počáteční směle linii judikatury, kdy Soudní dvůr na základě občanství přiznal práva, která byla rezervovaná pro migrující pracovníky (ekonomicky aktivní osoby), i osobám ekonomicky neaktivním, byl Soudní dvůr omezen částečně omezen směrnicí o právech občanů<sup>79</sup> z roku 2004 a zaujal proto střízlivější postoj.<sup>80</sup> Tato fáze útlumu práv migrujících ekonomicky neaktivních osob vyplývajících z občanství Unie pokračovala i dále,<sup>81</sup> kdy se Soudní dvůr pod tlakem obav členských států z dávkové turistiky navrátil k dřívějšímu restriktivnějšímu pojetí unijního občanství.<sup>82</sup> Na druhou stranu je možné v současnosti sledovat určitý aktivismus Soudního dvora v otázkách souvisejících s lidskými právy, jak je popsáno v části 1.3 tohoto článku.<sup>83</sup> Na tomto letním výčtu můžeme ilustrovat, že aktivismus Soudního dvora jako by se v různých fázích evropské integrace přeléval z jedné oblasti do druhé v závislosti na aktuálním vývoji unijního práva, při zohlednění společenské a politické situace. Pokud tedy Soudní dvůr přispěl svou rozhodovací činností k významnému posunu v určité oblasti práva, neznamená to, že se ve stejné linii judikatury udrží navždy – po období smělosti totiž zpravidla následuje určitý útlum.

<sup>77</sup> HORSLEY, Thomas. *Reflections on the Role of the Court of Justice as the „Motor“ of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, s. 941.

<sup>78</sup> HAMULÁK, Ondřej. *Integrující se Evropa a suverenita České republiky*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2013, s. 23–24.

<sup>79</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES ze dne 29. dubna 2004 o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států.

<sup>80</sup> Přístup k sociální pomoci občanů legálně pobývajících v jiném státě může být odepřen, nemá-li občan ke státu pobytu skutečné pouto (*genuine link*).

<sup>81</sup> Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 11. listopadu 2014. *Elisabeta Dano a Florin Dano v. Jobcenter Leipzig*. Věc C-333/13.

<sup>82</sup> JACQUESON, Catherine. EU social citizenship: between individual rights and national concerns. In: PENNING, Frans – SEEBLEIB-KAISER, Martin (eds). *EU Citizenship and Social Rights*. Cheltenham: Elgar Publishing, 2018.

<sup>83</sup> Příklon k větší ochraně lidských práv ze strany Soudního dvora vysvětluje Petrlík například tím, že mnoho soudců, kteří se stali soudci Soudního dvora kolem roku 2004, dříve profesně působili v institucích zaměřených na ochranu lidských práv (například u vnitrostátních ústavních soudů nebo u Evropského soudu pro lidská práva). PETRLÍK, David. *Vnitřní trh v judikatuře Evropského soudního dvora (2004–2015)*. Praha: Leges, 2016, s. 170–173 a 222–223.

### 3.4 Institucionální rovnováha v Unii s akcentem na roli soudní moci

Můžeme se také ptát, zda popsaná rozhodovací činnost SDEU neporušuje princip institucionální rovnováhy, zda z ní Soudní dvůr nevybočuje. Koncept institucionální rovnováhy vytvořil Soudní dvůr jako obdobu principu dělby moci ve státě, kdy jednotlivé orgány mají jasně vymezené kompetence mezi moc zákonodárnou, výkonnou a soudní, přičemž zároveň existuje také určitý systém vzájemné kontroly, brzd a protiváh.<sup>84</sup> Institucionální rovnováha v Unii oproti dělbě moci ve státě vykazuje řadu specifík.<sup>85</sup> V Unii není možné jednotlivé orgány Unie jednoznačně přidělit k jedné moci, zejména je obtížné rozdělit mezi výkonnou a legislativní mocí, výkonnou a soudní moc Unie navíc sdílí s členskými státy.<sup>86</sup> Podle Soudního dvora je institucionální rovnováha dána tím, že každá instituce má v institucionální struktuře Unie vlastní roli a je jí svěřeno dosahování cílů Unie. Zároveň každá instituce musí vykonávat svou pravomoc s ohledem na pravomoci dalších institucí. Pro případ, že by některá instituce svou pravomoc překročila, by mělo vždy být možné toto sankcionovat. Tím orgánem, který by na dodržování unijního práva měl i s ohledem na zachování institucionální rovnováhy dohlížet, je právě Soudní dvůr.<sup>87</sup>

Pro případ, že by Soudní dvůr EU ze svých pravomocí vykročil, není nemožné toto jeho vykročení korigovat. Především jsou to členské státy v pozici nejvyššího normotvůrce (pánů Smluv), které mohou změnou primárního práva změnit rámec, v němž se SDEU pohybuje, a případné extenzivní zásahy SDEU upravit. Stalo se tak ostatně v případě protokolu *Barber*,<sup>88</sup> kdy členské státy upravily časové účinky rozhodnutí Soudního dvora.<sup>89</sup> Pomyslné hřiště, na němž se SDEU pohybuje, může být také ovlivněno (zmenšeno) sekundárními právními předpisy (případ zmiňované směrnice o právu občanů). Nelze také ignorovat vliv právní nauky, která může rozhodnutí SDEU podrobit kritice. V neposlední řadě může být Soudní dvůr EU ve svých závěrech určitým způsobem korigován postojem vnitrostátních soudů k jeho judikatuře, a to zejména jedná-li se o soudy ústavní. Některé ústavní soudy členských států si nárokují pozici hlídače, který má poslední slovo v otázkách rozdělení pravomocí mezi členské státy a Unii (Soudní dvůr naopak za tohoto hlídače považuje sám sebe). V případě, že ústavní soud dojde k závěru, že Soudní dvůr (či Unie jako celek), jedná v rozporu se zásadou svěřených pravomocí, prohlásí jednání Unie za *ultra vires*. V tomto ohledu je nejvíce sledovaným aktérem německý Spolkový ústavní soud, který sebe (ústavní soudy členských států obecně) postavil do pozice toho, kdo má konečnou kompetenci posoudit rozsah Unii svěřených pravomocí a stanovil podmínky pro přezkum činnosti Unie z hlediska jednání *ultra vires*, a český Ústavní soud, který se svým německým protějškem inspiroval a v případě československých důchodů rozhodnutí SDEU dokonce za *ultra vires* prohlásil.<sup>90</sup>

<sup>84</sup> JACQUÉ, Jean-Paul. The Principle of Institutional Balance. *Common Market Law Review*. 2004, Vol. 41, s. 384.

<sup>85</sup> SEHNÁLEK, David – TÝČ, Vladimír – CHARVÁT, Radim. Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu, s. 171.

<sup>86</sup> LENAERTS, Koen. Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community. *Common Market Law Review*. 1991, Vol. 28, s. 13–14.

<sup>87</sup> Odst. 21–23 rozsudku Soudního dvora ze dne 22. května 1990. *Evropský parlament proti Radě Evropských společenství*. Věc C-70/88.

<sup>88</sup> Protokol č. 2 připojený k Maastrichtské smlouvě týkající se čl. 119 Smlouvy o Evropském společenství.

<sup>89</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. května 1990. *Douglas Harvey Barber proti Guardian Royal Exchange Assurance Group*. Věc C-262/88.

<sup>90</sup> Nález Ústavního soudu ČR ze dne 31. 1. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 5/12. Toto rozhodnutí vzbudilo a dodnes budí značný, nepřilíš pozitivní, ohlas napříč Evropou. K tomuto rozhodnutí blíže viz ZBÍRAL, Robert. Czech Constitutional Court, judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12. – A Legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclaimed *ultra vires*. *Common Market*

Řešení, podle něhož spory o rozsah kompetencí jednotlivých mocí řeší soudní moc, je obvyklé v moderních státech a funguje, jak vidno, i v Unii. Nad tím, zda je správné z hlediska dělby moci, aby bylo takové rozhodnutí svěřeno soudům, se zamýšlí Barak. Bdí-li nad dodržováním pravidel zákonodárnou a výkonnou mocí soudy, kdo bdí nad dodržováním pravidel soudy? Na tuto otázku neexistuje uspokojivá odpověď. Přesto se dle Baraka lze domnívat, že je správné, že tím hlídačem je zrovna soudní moc. Soudci jsou díky svému vzdělání, profesionalitě a úloze a vzhledem k procesním a reálným omezením jejich uvážení trénovaní zabývat se konflikty zájmů. Soudy při rozhodování nebojují o vlastní moc. Jejich odpovědnost je profesionální, nikoli politická, nemá proto vliv na jejich nezávislost. Tyto skutečnosti zaručí, že soudům je možné důvěřovat více než ostatním složkám moci v přiměřeném a objektivním rozhodování. Sice není možné soudům důvěřovat bezmezně, lepší řešení ale není.<sup>91</sup>

Z uvedeného se jeví, že Soudní dvůr meze svých Smlouvami vymezených kompetencí nevybočuje. Kompetence svěřené Soudnímu dvoru jsou totiž mimořádně široké. Vynikají především ve srovnání s tradičními soudními orgány podle mezinárodního práva, které jsou zpravidla pověřeny řešením mezinárodních sporů podle mezinárodního práva<sup>92</sup> – Soudní dvůr sice má pravomoc rozhodovat spory mezi členskými státy, ale je to pro něj činnost okrajová.<sup>93</sup> Nicméně jeho pravomoc ze Smluv, které vymezují jednotlivé druhy řízení před SDEU, je širší i než funkce ústavních soudů v rámci vnitrostátních právních řádů, Soudní dvůr v sobě totiž kombinuje funkci ústavního, nejvyššího a správního soudu. Coby ústavní soud posuzuje soulad právních předpisů s primárním právem, zabývá se kompetenčními konflikty mezi unijními institucemi, posuzuje soulad jednání členských států s unijním právem a rozhoduje spory o rozsah pravomocí mezi členskými státy a Uníí, coby nejvyšší soud usiluje o sjednocení výkladu a aplikace práva napříč Uníí a coby správní soud posuzuje zákonnost správních aktů vůči jednotlivcům.<sup>94</sup>

Zejména kombinace funkcí ústavního soudu s funkcí nejvyššího soudu působí to, že se u něj koncentruje větší množství moci. Je také třeba přisvědčit Jacquému, že členské státy jako páni smluv nepromítly do Smluv jasnou koncepci rozdělení moci a na postupný

*Law Review*. 2012, Vol. 49, Iss. 4; nebo KOMÁREK, Jan. Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires, Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII. *European Constitutional Law Review*. Aug. 2012, Vol. 8, Iss. 2, s. 323–337.

K „evropské“ judikatuře ústavních soudů obecně viz např. TRIDIMAS, Takis. The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability. In: ARNULL, Anthony – CHALMERS, Damian. *European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 417–429; nebo kapitulu 3.3 v publikaci TOMÁŠEK, Michal – TÝČ, Vladimír a kol. *Právo Evropské unie*. Praha: Leges, 2013, s. 87–99.

<sup>91</sup> BARAK, Aharon. *Sudca v demokracii*. Bratislava: Kalligram, 2016, s. 81–82. Také HENČEKOVÁ, Slavomíra. Význam dělby moci v současnosti s akcentem na sudcovský aktivizmus. In: ANTOŠ, Marek – Wintr, Jan (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2015, s. 54–65.

<sup>92</sup> SCHEU, Harald Christian. *Problematika judičiálních mechanismů v současném mezinárodním právu*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 104–105.

<sup>93</sup> Čl. 273 a 344 SFEU. Spor dle čl. 273 SFEU (spor mezi členskými státy vzniklý na základě rozhodčí smlouvy) byl do dnešního dne jeden – konkrétně mezi Rakouskem a Německem a týkal se smlouvy mezi těmito státy o zamezení dvojího zdanění (Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 12. září 2017. *Rakouská republika v. Spolková republika Německo*. Věc C-648/15). Pokud bychom mezi spory mezi státy zařadili i žaloby členského státu na jiný členský stát na porušení povinnosti dle čl. 259 SFEU, byl by jejich počet vyšší – do dnešního dne jich bylo pět, a v šesté věci byla podána žaloba a nebylo dosud rozhodnuto (Žaloba podaná dne 13. července 2018 – *Slovenská republika v. Chorvatská republika*, věc C-457/18). Je tedy zřejmé, že mezinárodních sporů je minimum. I v případě řízení o porušení povinnosti členské státy častěji upozorní Komisi na porušování unijního práva jiným státem a snaží se ji přesvědčit k zahájení řízení o porušení povinnosti, než aby žalobu podaly samy. Informace o počtu rozsudků vychází z informací v databázi <eur-lex.europa.eu>.

<sup>94</sup> LENAERTS, Koen. *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, s. 32–33.

vývoj v institucionální struktuře dostatečně nereagovaly.<sup>95</sup> Institucionální rovnováha navíc neznamená, že jednotlivé složky moci v Unii jsou vyvážené, ale že institucionální struktura Unie je založena na rozdělení pravomocí mezi jednotlivé instituce tak, jak je to zachyceno ve Smlouvách.<sup>96</sup>

Na druhou stranu na činnost Soudního dvora můžeme nahlížet i z jiných hledisek než z hlediska čistě právního. Z hlediska politologického je totiž možné říci, že v některých případech z mantinelů, které by mu měly náležet, vybočuje. Soudní dvůr si svou extenzivní rozhodovací činností přivlastňuje roli *polycymakera*, která by měla přináležet jiným unijním institucím. Tuto roli Soudního dvora dobře popisuje Horsley.<sup>97</sup> Soudní dvůr někdy pozvedává témata, jejichž regulace standardně náleží unijní legislativě, na úroveň Smluv, tedy na úroveň ústavní (např. tím, že ustanovením Smluv přiznává přímý účinek). Tím si zajistí vliv na konkrétní obsah daného ustanovení a odebere unijní legislativě možnost tento výklad legislativní cestou změnit a vyloučí tím danou oblast z politické soutěže. Unijní právo se tak stává *overconstitutionalized*.<sup>98</sup> Horsley uvádí, že tímto postupem Soudní dvůr dokáže určitou politiku iniciovat, dále může ovlivnit přístup k formulaci a také vynucování unijních norem.<sup>99</sup> Tímto svým přístupem k výkladu unijního práva se Soudní dvůr zjevně (možná poněkud slepě) řídí účelem Smluv, kterým je vytvoření stále těsnější integrace v Unii. V mnohých ohledech tak ale znemožňuje, aby ohledně této úrovně integrace v dílčích oblastech práva probíhala politická debata, a nahrazuje ji soudním rozhodnutím.

## Závěr

Závěrem je možné zdůraznit, že na rozhodovací činnost SDEU není možné nahlížet optikou standardů činnosti vnitrostátních soudů, ale je potřeba brát do úvahy specifický kontext unijního práva. Soudní dvůr je v podstatě ústavním soudem Unie, přičemž u ústavních soudů se dotváření práva obecně více uznává, neboť ústavy bývají také obecněji a nadčasově formulované a jsou mnohem více založené na principech a hodnotách než na přesné konkrétní regulaci. Unijní instituce i členské státy nadto judikaturu fakticky akceptují. Je tedy možné uzavřít, že na silné postavení Soudního dvora EU a jeho judikatury má vliv řada faktorů – obecně vzato je to povaha unijního práva v kombinaci se specifickým postavením Soudního dvora EU v rámci institucionální struktury Unie. Minimálně z pohledu práva se však nedá říci, že by Soudní dvůr EU meze svých pravomocí překračoval. Jediným způsobem, jak by bylo možné změnit institucionální rovnováhu v Unii tak, aby Soudní dvůr neměl možnost tak zásadním způsobem ovlivňovat unijní právo, je cestou změny primárního práva.

<sup>95</sup> JACQUÉ, Jean-Paul. *The Principle of Institutional Balance*, s. 387.

<sup>96</sup> *Ibidem*, s. 386.

<sup>97</sup> HORSLEY, Thomas. *The Court of Justice as an Institutional Actor: Judicial Lawmaking and its Limits*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

<sup>98</sup> Za použití anglikanismu se autorka čtenářům omlouvá, nicméně je obtížné najít odpovídající český výraz, který by nezněl ještě podivněji než užití anglikanismu v českém textu. Viz také SCHMIDT, Susanne K. *The European Court of Justice & The Policy Process*, s. 239.

<sup>99</sup> HORSLEY, Thomas. *The Court of Justice as an Institutional Actor: Judicial Lawmaking and its Limits*, s. 163.

# (Ne)výhody posílené spolupráce jako formy pro zřízení Úřadu evropského veřejného žalobce

Štěpán Kořínek\*

**Abstrakt:** Tento příspěvek se zabývá problematikou posílené spolupráce a její konsekvencí k Úřadu evropského veřejného žalobce. Posílená spolupráce jako jeden z nástrojů evropské politiky je dnes hojně využívána. Úřad evropského veřejného žalobce byl zaveden na základě nařízení 2017/1939 ze dne 12. října 2017, kterým se provádí posílená spolupráce za účelem zřízení Úřadu evropského veřejného žalobce. V souvislosti s tím je tak vhodné se zamyslet nad potenciálními výhodami či nevýhodami této formy spolupráce pro členské státy, zejména vůči využitelnosti pro Úřad evropského veřejného žalobce. Příspěvek je rozdělen do pěti částí, včetně úvodu a závěru. První část je věnována představení posílené spolupráce v obecné rovině. Druhá pasáž představuje nevýhody, které mohou být nežádoucím důsledkem formy posílené spolupráce. Třetí oddíl se naopak zaměřuje na výhody, které mohou vyplynout z posílené spolupráce. Na závěr neabsentuje celkové shrnutí možných východisek posílené spolupráce, zejména vůči potenciálu Úřadu evropského veřejného žalobce.

**Klíčová slova:** Evropský veřejný žalobce, posílená spolupráce, evropská prokuratura, evropské trestní právo, Evropská unie

## Úvod

Evropská unie představuje unikátní regionální útvar *sui generis*, který vznikl na myšlence jednotnosti rozdrobených evropských státností. Tím odstartoval zrod evropského integračního procesu, který pokládá základy stále užšího svazku mezi evropskými národy.<sup>1</sup> Evropská unie může být vnímána jako reprezentant integračních ambicí evropských zemí. Evoluce Evropské unie (dále jen „EU“) gradovala naplňováním předeslaných integračních cílů a prohlubováním politik při extenzivním rozšiřování působnosti a pravomocí EU. Dnešní politická scéna EU je taková, že se na ní střetává až do dvaceti osmi protichůdných názorových tendencí a rozdílných úhlů pohledu, které většinou vycházejí z odlišných politických a ekonomických preferencí jednotlivých členských států. Paradigma čisté komunitární jednoty však v dnešním heterogenním prostředí EU působí jako fata morgána. To platí i přes skutečnost, že se evropští normotvůrci od počátku snaží o prosazování evropského dogmatu jednoty.<sup>2</sup> Přímočaré integrační snahy jsou proto objektivně neudržitelné a suplují se flexibilnějšími formami přístupů. Z toho plyne, že rozhodovací unijní struktury nemohly nadále setrvat rigidní. Prvek flexibility je v tomto smyslu klíčový a představuje i základní kámen institutu posílené spolupráce samotné. Nicméně, flexibi-

\* JUDr. Bc. Štěpán Kořínek. Právnická fakulta Univerzity Karlovy a Filozofická fakulta Masarykovy univerzity, E-mail: sKorinek@seznam.cz.

<sup>1</sup> Preambule Římských smluv o založení EHS a EURATOM z roku 1957.

<sup>2</sup> Přesvědčivý argument jednoty byl vysloven v rozsudku Soudního dvora z 15. 7. 1964 ve věci 6/64 *Costa p. ENEL* vyslovujícího požadavek přednosti a jednoty práva EU, přesněji jednotné aplikace práva EU napříč jednotlivé členské státy EU. Originálně: „The executive force of Community law cannot vary from one state to another [...] without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty.“

lita provádí EU neustále, vždy tu více či méně byla přítomna, a to v podobě směrnic, mezinárodních spoluprací jako Schengenská dohoda nebo přechodná období při přijímání nových členů. Všechna tato počínání byla projevy principu flexibility.<sup>3</sup> Spojení flexibilní integrace potom reprezentuje všechny formy spolupráce, na kterých se podílí jen určitá výše subjektů nebo se neuplatňují totožná pravidla vůči všem subjektům společně.<sup>4</sup>

Posílená spolupráce<sup>5</sup> se vůbec poprvé objevila jako pouhé konceptuální východisko institucionalizace předešlých *ad hoc* experimentů s prvkem flexibility v rámci Maastrichtské smlouvy.<sup>6</sup> Některé zdroje pracují s označením tzv. Koperníkovy revoluce, tedy jako dilematu mezi rozšiřováním členské základny a zároveň prohlubováním integrace ve výhledu posilování EU.<sup>7</sup> Ještě dříve však ze Spolkové republiky Německo vzešla idea o nutnosti rozličných integračně-přístupových stupňů závislých na ekonomických dysbalancích tehdejších členů Společenství.<sup>8</sup> Posílená spolupráce a další formy flexibility umožňují přijímání politicky adekvátně diverzifikovaných počínů, vždy odpovídajících specificky integračním projektům, ve kterých se tak dosahuje asymetrického postupu. Asymetricky můžeme posílenou spolupráci také označit za balancování mezi regionalismem a multilateralismem, vždy ve výhledu únosnosti.<sup>9</sup> Flexibilita<sup>10</sup> známá z klasického mezinárodního či evropského práva znamená eventualitu nastolení užší spolupráce mezi určitou skupinou států v dané oblasti, a to přijetím právních aktů podle stávajícího právního rámce a za dodržení specifických podmínek a podle zvláštního postupu.<sup>11</sup> Jiná definice skýtá trochu odlišný přístup, kdy je flexibilita chápána jako prostředek usměrňující diverzitu v heterogenní skupině (Evropě) při zachování integrační dynamiky.<sup>12</sup> Jiné vymezení uvádí, že flexibilita je snaha skupiny členských států o prohloubení integrace v krocích založení nové instituce nebo dílčí politiky v nitru unijní struktury, aniž by došlo k ohrožení či narušení operativnosti celé EU.<sup>13</sup>

Naopak, výslovný institut posílené spolupráce se poprvé objevil v rámci evropské smluvní základny prostřednictvím Amsterdamské smlouvy v roce 1999, která jej strukturálně začlenila.<sup>14</sup> Niceská smlouva potom představovala rozšíření rozsahu působnosti posílené spolupráce o oblast společné zahraniční a bezpečnostní politiky.<sup>15</sup> Posílená spo-

<sup>3</sup> WARLEIGH, A. *Flexible Integration: Which model for the European Union?* London: Sheffield Academic Press, 2002, s. 14.

<sup>4</sup> KOHUTIČOVÁ, P. *Posílená spolupráce: Nová dimenze evropské integrace*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, FSS, 2011, s. 8.

<sup>5</sup> Posílená spolupráce (angl. *Enhanced Cooperation*) bývá zaměňována pojmy užší spolupráce či flexibilita.

<sup>6</sup> CREMONA, M. *Enhanced Cooperation and the Common Foreign and Security and Defence Policies of the EU*. Florence: EU Working Paper Law, 2009/21, s. 1.

<sup>7</sup> THYM, D. "United in Diversity" – The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order. *German Law Journal*. 2005, Vol. 6, No. 11, s. 1734.

<sup>8</sup> V roce 1974 vzešla tato idea z kanceláře Willyho Brandtona, zastupujícího SRN.

<sup>9</sup> CANTORE, C. M. We're one, but we're not the same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asymmetry in the EU. *Perspectives on federalism*. 2011, Vol. 3, No. 3, s. 14.

<sup>10</sup> Princip flexibility lze přitom z pohledu ryziho evropského práva vnímat jako možnost nerozhodovat jednomyslně, ale většinou; potom také jako možnost oboustranného přenosu pravomocí (oboustranná flexibilita); do třetice jako možnost přijetí nezbytných unijních opatření, která nejsou explicitně plynoucí z primárního práva EU (doložka flexibility).

<sup>11</sup> PIKNA, B. Posílená spolupráce v evropském právu. *Právní obzor*. 2004, č. 6, s. 534–541.

<sup>12</sup> WALLACE, H. – WALLACE, W. – WEBB, C. *Policy-Making in the European Community*. New York: John Wiley, 1983, s. 186.

<sup>13</sup> FIALA, V. Decisions Concerning the „Opt-Out“ as an Instrument for Protecting National Interests. *Contemporary European Studies*, 2006, Vol. 1.

<sup>14</sup> Amsterdamská smlouva však umožnila tento institut použít pouze v rámci tehdejšího prvního a třetího pilíře, kdy druhý pilíř týkající se zahraniční a bezpečnostní politiky byl z působnosti vyloučen.

<sup>15</sup> Niceská smlouva (2000) umožnila posílenou spolupráci vztáhnout na všechny tři tehdejší komunitární pilíře.



lupráce byla dokonce inkorporována do textu připravované Ústavní smlouvy pro Evropu,<sup>16</sup> která však nebyla nikdy ratifikována.<sup>17</sup> Přičemž finální podoby nabyl přijetím Lisabonské smlouvy v roce 2009, která pokračovala v extenzivním rozšíření působnosti o oblast společné bezpečnostní a obranné politiky. Lisabonská smlouva tak přispěla k vybalancování diferencovanosti integrace v rámci vybraných oblastí evropských politik. Zároveň však Lisabonská smlouva podpořila kritéria uchýlení se k formě posílené spolupráce, kdy musí platit, že se jedná o podporu cílů EU, chrání se tím její zájmy, posiluje se integrace v rámci EU a dodržuje se princip subsidiarity.<sup>18</sup>

## 1. Posílená spolupráce – základní charakteristika institutu

Posílená spolupráce je doktrinárně pojímána jako nástroj flexibility evropské integrace.<sup>19</sup> Generálním smyslem institutu posílené spolupráce tak zůstává podpora dosažení cílů EU.<sup>20</sup> Posílená spolupráce představuje jednu z možností, kdy skupině nejméně devíti členských států je dovoleno upravit si danou oblast zájmu mezi sebou v případě, že selže společné přijetí všemi státy. Posílenou spoluprací si lze proto představit jako derivativní způsob řešení nahodilých politických otázek s ohledem vůči diverzifikovanosti členských států. Flexibilita převlečená do kabátu posílené spolupráce tedy umožňuje obejít jednotný postup na cestě ke kvalitnější evropské integraci. Úmysl členských států při uchýlení se k formě posílené spolupráce je založen na tužbě po intenzivnější spolupráci a užší integraci v určitých oblastech.<sup>21</sup> Celý institut posílené spolupráce je navržen tak, aby předcházel paralyzování procesu přijetí návrhu upravujícího zvolenou oblast zájmů ze strany některých států, které nemají vůli se na takové úpravě podílet.<sup>22</sup> Posílená spolupráce vykazuje určitou dvojnáčnost. Zaprvé je možné ji chápat jako formu institucionalizované diferencované integrace vycházející vstříc touze některých členských států po zrychlení tempa spolupráce v dané oblasti nebo rozšíření integrace o zcela nové oblasti zájmu. Zadruhé je možné na ni nahlížet jako na snazší cestu k překonání diverzity při rozhodování o specifických oblastech zájmu, kde je žádoucí jednomyslný souhlas,<sup>23</sup> ale takového lze dosáhnout jen obtížně.<sup>24</sup> Nicméně, lze se shodnout na následujícím: členské státy ochotné navázat v rámci určité oblasti posílenou spoluprací by měly být posly nového vývojového směru.

Posílená spolupráce poskytuje řešení fundamentálního dilematu mezi menšími skupinami (státy, které navázaly posílenou spoluprací) a komunitární ortodoxií. Ortodoxnost nám představuje ustrnulé a jen těžko zvrtné přidržování se určitého myšlenkového

<sup>16</sup> Též Ústavě EU či evropské ústavě.

<sup>17</sup> NECKÁŘ, J. – ŠRAMKOVÁ, D. *Flexibilita a Lisabonská smlouva: posílená spolupráce v oblasti finančního práva?* Brno: Právnická fakulta MU, 2008, s. 5. Dostupné online z: <[https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/financ/Sramkova\\_Dana\\_Neckar\\_Jan.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/financ/Sramkova_Dana_Neckar_Jan.pdf)>.

<sup>18</sup> Posílená spolupráce se Radou povoluje jako poslední prostředek dosažení cílů EU, kdy takových není možné dosáhnout jinak.

<sup>19</sup> FABBRINI, F. *The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Europe. Research Paper.* Moncalieri: Centro studi sul federalismo, 2012, s. 4.

<sup>20</sup> FUNTA, R. – GOLOVKO, L. – JURIS, F. *Európa a evropské právo.* Bratislava: IRIS, 2016, s. 504.

<sup>21</sup> TICHÝ, L. a kol. *Evropské právo.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 72 an.

<sup>22</sup> European Commission. Scenario 3 of the White Paper on the Future of Europe: Those who want more do more. Zveřejněno 19. 3. 2019.

<sup>23</sup> TÝČ, V. Enhanced cooperation and international treaties between member states as the possible means for overcoming the increased heterogeneity of the European Union. In: ŠÍŠKOVÁ, N. (ed.). *The European Union – What is next?* Köln: Wolters Kluwer, 2018, s. 217.

<sup>24</sup> CREMONA, M. *Enhanced Cooperation and the Common Foreign and Security and Defence Policies of the EU.*

proudu či přesvědčení. Komunitární (unijní) ortodoxnost naléhá na následující hodnoty – politickou jednotu, právní homogenitu a institucionální koherenci. Konečná vize této ortodoxie lpí na požadavku stejných práv a stejných povinností všem členským státům. Kontra těmto myšlenkám nastupuje druhé řešení, které kalkuluje s flexibilizací a diferenciací za předpokladu, že není možné dosáhnout společného jednotného konsenzu. Toto druhé východisko se právě projevuje prostřednictvím posílené spolupráce.<sup>25</sup>

Posílená spolupráce se může ustanovit ve třech dílčích formách. První z forem je tzv. vícerychlostní Evropa,<sup>26</sup> kdy všechny členské státy souhlasí se zavedením integrace, ale nejsou způsobilé usnést se ve stejné době. Právní úprava je v tomto případě přijata, ale naopak právní řády některých států nejsou na tuto změnu připraveny. Podle určitých teorií je vícerychlostní Evropa diferenciací chronologickou, tedy dočasnou, protože po připojení všech států (až přizpůsobí své právní řády), se tato spolupráce stává společnou politikou.<sup>27</sup> Tato první forma je charakteristická dvěma proměnnými – časem a způsobilostí.<sup>28</sup> Druhá forma se označuje jako tzv. proměnná uspořádání,<sup>29</sup> kdy některé členské státy takovou integraci zcela nebo zčásti principiálně odmítají. A právě onen znak principiálnosti je zde klíčový, protože tuto formu odlišuje od předchozí. Principiálnost spočívá v tom, že integrace je odmítána z nějakého závažného důvodu pro daný stát. Tato forma proto toleruje heterogenost Evropy a také EU. A poslední třetí forma je příznačná diferenciací na základě volního uvážení, kdy komunitární úprava není přijata a je ponechána vlastní úprava daných otázek.<sup>30</sup> Jedná se o formu příznačnou svojí liberálností, neboť členským státům je nabídnuta celá paleta možností výběru vhodné formy spolupráce podle jejich vlastní úvahy.<sup>31</sup> Tento model bývá také zván jako tzv. *Europe à la carte*, pro nějž je zcela příznačný základní jednotící prvek a proměnnými jsou předmět a vůle. Někdy bývá označována za model tzv. jídelního lístku.<sup>32</sup> Nicméně tato klasifikace flexibilní integrace není v žádném případě obecně platná a vyčerpávající, protože jsme schopni nalézt rozličné množství pojednání o možnostech klasifikace.<sup>33</sup>

Posílená spolupráce jako právní institut evropského práva je právně kodifikována v rámci ustanovení čl. 20 Smlouvy o Evropské unii (dále jen „SEU“) a doplněna v ustanoveních čl. 326–334 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“). Členské státy mohou využít této alternativy a uzavřít mezi sebou užší spolupráci v dané oblasti v rámci nevylučných pravomocí EU. Posílená spolupráce přitom musí splňovat následující podmínky – být v souladu s právem EU, podporovat cíle EU, chránit zájmy a posilovat integraci EU.<sup>34</sup> SFEU však zakládá i další podmínky pro využití posílené spolupráce, ta musí být v souladu s legislativou EU (primárním i sekundárním právem), nesmí jít o narušení vnitřního trhu či hospodářské, sociální či územní soudržnosti a nesmí dojít

<sup>25</sup> WESSELS, W. – GERARDS, C. *The Implementation of Enhanced Cooperation in the European Union*. Brussels: Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Directorate General for Internal Policies of the Union, 2018, s. 8.

<sup>26</sup> Z francouzského „*Europe à plusieurs vitesses*“.

<sup>27</sup> WARLEIGH, A. *Democracy in the European Union*. London: SAGE, 2003, s. 70.

<sup>28</sup> KOHUTIČOVÁ, P. *Posílená spolupráce: Nová dimenze evropské integrace*, s. 23–24.

<sup>29</sup> Ze znění „*géometrie variable*“.

<sup>30</sup> Tato forma se označuje jako „*Europe à la carte*“ a je včleněna v čl. 95 odst. 4 SEU.

<sup>31</sup> JILG, P. *Princip flexibility*. Diplomová práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2010, s. 13–15.

<sup>32</sup> DAHRENDORF, R. *A third Europe?* Florence: Third Jean Monnet Lecture, 1979, s. 20.

<sup>33</sup> Více viz STUBB, A. *Negotiating Flexibility in the European Union, Amsterdam, Nice and beyond*. London: Palgrave, 2002; nebo GUILLARD, C. *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*. Lille: ANRT, 2004.

<sup>34</sup> Čl. 20 odst. 1 SEU.

k vytvoření překážek v oblasti obchodu, k narušení hospodářské soutěže nebo k jakékoli diskriminaci.<sup>35</sup>

Ve vztahu k Úřadu evropského veřejného žalobce (dále jen „ÚEVŽ“) byl významný právě zásah Lisabonskou smlouvou, která inkorporovala unikátní procesní pravidlo tzv. urychlovací doložky, a to v rámci politik bývalého třetího pilíře. Tato doložka poskytuje příležitost alespoň devíti členským státům pokračovat v započatém procesu integrace, kdyby některý ze států využil svého práva veta při přijímání nové předmětné legislativy. Významné je také to, že zde neprobíhá proces povolení prostřednictvím Rady, ale intence k navázání posílené spolupráce v započaté integraci mezi vybraným počtem států se pouze oznamuje evropským institucím.<sup>36</sup> Tato skutečnost byla směrodatná pro zřízení ÚEVŽ, jakož i pro další justiční spolupráci v trestních věcech v EU.

## 2. Nevýhody posílené spolupráce – obecná východiska a spojitost s ÚEVŽ

Za nejdominantnější negativní dopad posílené spolupráce můžeme spatřovat tzv. fragmentaci. Jedná se o faktický stav, ve kterém dochází k namísení harmonizovaných a neharmonizovaných právních pravidel, což vede k jejich diverzifikaci. To může mít za potenciální následek diskriminaci nezúčastněných subjektů, jakož i dotčených osob.<sup>37</sup> Fragmentace neboli rozdrobenost či roztržitost je negativním charakterem celé materie evropského práva, jakož i Evropské unie. Ve spojitosti fragmentace a posílené spolupráce může dojít k rozdrobení právních úprav a vzniku směsice národních a harmonizovaných pravidel. Nutno si však uvědomit, že jelikož je pro evropské právo obecně charakteristická fragmentace vzhledem k velkému počtu členských států a jejich odlišných právních řádů, i dílčí právní otázky jako postih různých forem kriminality či rozhodná práva jsou ze své podstaty maximálně fragmentovány vůči vzájemné integraci a harmonizaci EU.<sup>38</sup>

Tíživost fragmentace nespočívá v její existenci jako takové, nýbrž v jejím neodstranění. Ve vztahu k ÚEVŽ je proto problémem to, že EU má za stanovený cíl efektivnější ochranu svých finančních zájmů, čehož se snaží dosáhnout intenzivnější integrací v unijní jednotnost. Lze nalézt teze, že pro účinnější ochranu finančních zájmů EU a snazší potírání kriminality by EU měla být co nejvíce unitární.<sup>39</sup> V případě neodstranění rozdrobenosti právních pravidel lze mít za to, že by se takový stav mohl dotknout efektivnosti činnosti ÚEVŽ. Forma posílené spolupráce však činí z množiny národních úprav harmonizovanější jednotu, nebo se tomu alespoň snaží přiblížit za sledování svého cíle, kterým je hlubší integrace. Posílená spolupráce tak má překlenout diverzní přístup jednotlivých členských států při dosahování obecných či dílčích cílů a plnění úkolů.<sup>40</sup> Jak jsme již uvedli, posílená spolupráce je pro ostatní státy předvojem a zároveň ukazatelem toho, jakým směrem by se měly vydat, nebo k čemu se přiklonit. Taková je její základní podstata, která

<sup>35</sup> Čl. 326 SFEU.

<sup>36</sup> PIKNA, B. *Evropský prostor svobody, bezpečnosti a práva prizmatem Lisabonské smlouvy*. Praha: Linde, 2010, s. 150.

<sup>37</sup> DOSENRODE, S. *The European Union After Lisbon: Polity, Politics, Policy*. Burlington: Ashgate, 2012, s. 105 an.

<sup>38</sup> BOUDOVÁ, A. *Identifikace problémů posílené spolupráce a jejich dopad na Úřad evropského veřejného žalobce*. Bakalářská práce. Brno: FSS Masarykovy univerzity, 2018, s. 28.

<sup>39</sup> JOHNSON, A. *European Public Prosecutor's Office: A Breakthrough in the Fight against Corruption*. *Transparency International EU* [online]. Dostupné z: <<https://transparency.eu/eppo/>> [cit. 31. 8. 2019].

<sup>40</sup> TÝČ, V. *Enhanced cooperation and international treaties between member states as the possible means for overcoming the increased heterogeneity of the European Union*, s. 212.

by měla být naplněna, a posílená spolupráce se potom přirozeně transformuje na společnou politiku.

Na problém fragmentace navazuje další komplikace, kterou může představovat prolomení principu právní jistoty. Právní jistota je jeden ze základních právních principů téměř všech evropských státností. Právní jistota souvisí s dalšími principy jako *rule of law* či zákonností. Rozdrobení právních úprav, tedy důsledek fragmentace, má za následek úbytek právní jistoty, přesněji její oslabení. *A priori* platí to, že čím více právních úprav, tím méně právní jistoty. Kvintesence posílené spolupráce však tkví v tom, že se další a další státy mají k této spolupráci připojovat až do doby, než je tato spolupráce přeměněna na společnou politiku. Posílená spolupráce zavádí harmonizaci právních pravidel v dané oblasti, čímž vlastně přispívá k vyšší míře integrace. Logicky se proto domníváme, že tato obava je spíše irelevantní.

Další negativum, které souvisí i s fragmentací, lze označit za tzv. efekt aglomerace, který se projevuje izolováním některých vůdčích států tím, že tyto si navážou posílenou spolupráci mezi sebou, čímž sami vykáží vyšší míru integrace. Současně s tím však nastává i opositum, kdy se zvyšuje riziko odsunutí zbylých států s menší mírou integrace a slabším postavením.<sup>41</sup> Důsledkem efektu aglomerace by pak zákonitě byla vyšší fragmentace, a tím slabší integrace. Nicméně, posílená spolupráce je vystavěna na časově proměnné, přičemž při postupném připojení všech zbývajících členů k této posílené spolupráci by takové znevýhodnění nemělo nastat, respektive by se mělo překlenout.<sup>42</sup>

Další autoři naopak spatřují jako negativum i tzv. *first move advantage*, v překladu „výhodu prvního kroku“. Podstata spočívá v tom, že prvotní státy se při zvolení navázání posílené spolupráce mohou společně podílet na utváření všech budoucích pravidel, zatímco přistupující členové jsou nuceni, při rozhodnutí připojit se k takové spolupráci, k pouhé adhezi stávajících platných pravidel, jakož i třeba těch, se kterými nesouhlasí.<sup>43</sup> Postupným zapojováním se do posílené spolupráce udělují členské státy nevědomky souhlas s právními akty přijatými nebo připravovanými v rámci této spolupráce, aniž by znaly jejich obsah a mohly je ovlivnit. Paradox nastává v případě, kdy by nově přistoupený stát s danou úpravou nesouhlasil, ale i přesto by se jí musel podřídit.

Další z řady negativních důsledků posílené spolupráce je postavení neparticipujících členů. Ti mají buď odmítavé postavení vůči posílené spolupráci z vlastní vůle, nebo slabé postavení z povahy stavu věci. Některé státy se rozhodnou neúčastnit se na posílené spolupráci v dané oblasti na základě rozličných subjektivních důvodů. Mezi velmi časté důvody bývá zařazována skutečnost, že některé státy považují stávající stav před posílenou spoluprací za dostačující, nebo se v rámci posílené spolupráce nechtějí vzdát části svých pravomocí pro danou oblast právní úpravy. Toto typicky platí pro oblast ÚEVŽ, kde se přesně tyto námitky objevily. Některé státy se obávaly přílišného okleštění svých národních jurisdikcí.<sup>44</sup> Od prvopočátku zavedení ÚEVŽ na principu posílené spolupráce odmítalo Polsko či třeba Maďarsko. Státy, které se nechtějí podílet na posílené spolupráci,

<sup>41</sup> KUBIN, T. Enhanced Cooperation, Emu Reforms and their Implications for Differentiation in the European Union. *Baltic Journal of European Studies*. Vol. 7, No. 2 (23), s. 98 an.

<sup>42</sup> FABBRINI, F. *The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Europe*. Research Paper. Moncalieri: Centro studi sul federalismo, 2012, s. 13.

<sup>43</sup> KITTOVÁ, Z. *Enhanced Cooperation within the European Union: Experience and Expectations*. Sofia – Vienna: SGEM 3rd International Multidiscipline Scientific Conference on Social Sciences and Arts. 2016, Vol. 1, Book 2, April 06–09, s. 134.

<sup>44</sup> KORÍNEK, Š. Evropský veřejný žalobce. *Stát a právo*. 2019, roč. 6, č. 2–3, s. 185.

zastávají buď negativní postoj motivovaný rozličnými faktory (pasivní odmítání), nebo zastávají negativní reakce (aktivní odmítání). Nicméně tento stav není žádoucí, neboť ohrožuje soudržnost a brzdí navazování dalších integračních snah.

K tomu je vhodné se také zamyslet nad dalšími konsekvencemi, které mohou vyplývat ze vztahů mezi ÚEVŽ založeném na posílené spolupráci a nezúčastněnými státy či třetími stranami.<sup>45</sup> Efektivita ÚEVŽ může být již předem narušena v případě, i když jenom jeden stát bude postaven mimo podílení se na fungování ÚEVŽ. Posílená spolupráce tak značí jisté riziko v případě, kdy neparticipující stát nebude ochoten nebo schopen spolupracovat s Evropskou prokuraturou.<sup>46</sup> Neuspokojující integrace a pouze částečná harmonizace právních pravidel v rámci posílené spolupráce, tedy územní omezenost působnosti ÚEVŽ, může mít drastické důsledky na efektivitu boje s kriminalitou obecně. Nezúčastněné státy na posílené spolupráci k ÚEVŽ se pak mohou stát útočištěm pro pachatele finanční kriminality spadající do kompetencí Evropské prokuratury.<sup>47</sup> Účelný transfer pachatelů do neparticipujících států jim však zákonitě neumožní úplné vyhnutí se spravedlnosti, nýbrž se jim může nechtěně dostat mírnějšího dohledu a tím i postihu. Tím by zákonitě došlo k mezerám v trestní jurisdikci Evropské prokuratury.<sup>48</sup> Při ustanovování ÚEVŽ je nutné konkrétně a jasně vymezit pravidla mezi ÚEVŽ a nezúčastněnými státy, případně dalšími subjekty.<sup>49</sup> Čirá systematizace procesních pravidel pro zkombinování výkonu působnosti ÚEVŽ s jurisdikcemi neparticipujících států je zcela zásadní pro zajištění celkové účinnosti boje proti kriminalitě dopadající na finanční zájmy EU, jakož i jiné chráněné hodnoty.

Skeptické otázky vyvstávají i kolem vhodnosti oblastí, které mají spadat pod posílenou spolupráci. Primární právo EU stanovuje pouze obecný mustr toho, jak má být posílená spolupráce navázána a jak ji využít. Tato příliš všeobecná úprava se může projevit zneužitím tohoto institutu pro individuální zájmy některých států, které sledují jen vlastní profit. Takový stav by se pak zcela jednoznačně přičil zájmům EU a stanoveným integračním tendencím. Obecnost úpravy se dá také široce, ba i nevhodně interpretovat, což může mít obdobné následky jako v předešlém případě. Spolu s tím bychom mohli zařadit i další nevýhodu posílené spolupráce, kterou je otázka demokratické legitimacy posílené spolupráce ve vztahu k elementárnosti procedurálního postupu zavádění posílené spolupráce. Právě legitimita je na tomto místě napadána, protože se argumentuje slabostí a právě zneužitelností tohoto nástroje.<sup>50</sup> Posílená spolupráce bývá často spojována s problémem demokratického deficitu EU, který se projevuje jako snížení transparentnosti (komplikovanost a nesrozumitelnost evropského rámce)<sup>51</sup> a vážnosti unijních institucí, členěním států na (ne)privilegované a několikrát zmíněnou fragmentací.<sup>52</sup>

<sup>45</sup> GIUFFRIDA, F. *The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom? Research report*. Brussels: CEPS, 2017, No. 2017/03, s. 8.

<sup>46</sup> JELÍNEK, J. Evropský veřejný žalobce v evropském prostoru. *Kriminalistika*. 2018, roč. 51, č. 1, s. 70.

<sup>47</sup> CSÚRI, A. *The Proposed European Public Prosecutor's Office – From a Trojan Horse to a White Elephant?* Cambridge: Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2016, s. 150.

<sup>48</sup> DI FRANCESCO MAESA, C. Repercussions of the Establishment of the EPPO via Enhanced Cooperation. *EUCRIM – The European Criminal Law Associations Forum*. 2017, lss. 3, s. 157.

<sup>49</sup> Čl. 99–105 nařízení Rady (EU) 2017/1939 ze dne 12. 10. 2017, kterým se provádí posílená spolupráce za účelem zřízení Úřadu evropského veřejného žalobce. V těchto ustanoveních jsou upraveny vztahy mezi ÚEVŽ a Eurojustem, OLAFem, Europolem, mezinárodními organizacemi a jinými státy.

<sup>50</sup> DOSENRODE, S. *The European Union After Lisbon: Polity, Politics, Policy*. Burlington: Ashgate, 2012, s. 105.

<sup>51</sup> CABADA, L. et al. *Aktuální výzvy evropského integračního procesu*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 76–80.

<sup>52</sup> CINI, M. *European Union Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 398.

Nejasnosti vyvěrají také kolem vztahu aktů posílené spolupráce a unijního *acquis*. Právní úprava stanovuje požadavek, aby posílená spolupráce respektovala *acquis* při autorizaci a realizaci posílené spolupráce.<sup>53</sup> Dále je stanoveno, že opatření (tedy i akty) přijaté v rámci posílené spolupráce nejsou považována za *acquis*. Toto je poměrně zásadní problém, jelikož legislativní akty přijaté uvnitř posílené spolupráce představují budoucnost evropského práva a vzájemných budoucích vztahů.<sup>54</sup> Nicméně podle některých názorů, zůstávají akty přijaté v rámci posílené spolupráce v běžném režimu evropského práva, přičemž požívají i stejných účinků, ovšem trpí územní omezeností.<sup>55</sup> V souvislosti s tím se dostáváme k dalšímu zlomovému momentu, tedy postavení Soudního dvora EU. Otázkou zůstává, jak bude Soudní dvůr řešit konflikty mezi unijním *acquis* a těmito specifickými akty, obzvláště mezi akty přijatými v posílené spolupráci a nezúčastněnými státy.

Doposud nezodpovězenou otázkou zůstává také eventualita vyvázání se z posílené spolupráce. Právní úprava této eventuality abscentuje, respektive možnost vystoupení z posílené spolupráce není nikterak smluvně řešena. V případě, že by se jeden či více států rozhodlo od posílené spolupráce odstoupit, není jasné, jaké to bude mít důsledky na samotné pokračování již zavedené spolupráce, jaké dopady pro odstupující státy? Co když se po odstoupení, byť i jednoho státu, sníží počet participujících členů pod minimální hranici zavedení posílené spolupráce? Logicky nám z toho vyplývá, že by taková posílená spolupráce měla být zablokována či úplně ukončena. Co nadělat v případě, kdy posílená spolupráce byla přijata na základě autorizačního procesu, kdy Rada po asistenci s Evropskou komisí rozhodla o umožnění spolupráci navázat. V nastíněném případě by se zcela nepochybně jednalo o podstatnou změnu autorizované a přijaté spolupráce, což by opět podléhalo povolovacímu režimu.<sup>56</sup> Podle jistých domněnek by se odstupující státy měly zasadit o modifikaci původně schvalovacího rozhodnutí (toho, kterým byla posílená spolupráce přijata, nebo jakým byla založena). V případě, že by tak neučinily, lze mít za to, že by byla ohrožena garance jednoty unijního systému.<sup>57</sup> Vzhledem na absenci empirie by nebylo férové tyto okolnosti označit za nevýhody posílené spolupráce, avšak máme za to, že je možné je jednoznačně označit za nejasnosti.

### 3. Výhody posílené spolupráce – obecné báze a kontinuita k ÚEVŽ

Vedle demonstrativního výčtu nevýhod posílené spolupráce není možné nezapomenout i její výhody, kterých jsme také schopni dohledat několik. Jako vůbec nejmarkantnější výhodu lze považovat prohlubování integrace, byť částečné. Posílená spolupráce má temporální charakter a svým účelem má neustále směřovat k úplné integraci, byť v různém časovém horizontu. Posílená spolupráce je nastavena tak, že pro její vznik je požadován minimální počet vstupujících členů – devět. V rámci takto vyčleněné skupiny se proto navázáním posílené spolupráce integrace prohlubuje, čímž automaticky dochází k dodržování a prosazování odlišných pravidel než u zbylých subjektů. Jak patrně, posílená spolupráce vždy vede alespoň k částečnému zintenzivnění integrace, čímž plně koliduje s cíli EU.

<sup>53</sup> Čl. 20 odst. 2 SEU.

<sup>54</sup> KURPAS, S. et al. *The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations*. Bruxelles: CEPS – EGDMONT – EPC, 2007, s. 105.

<sup>55</sup> THYM, D. “*United in Diversity*” – *The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order*, s. 1735.

<sup>56</sup> KOHUTIČOVÁ, P. *Posílená spolupráce: Nová dimenze evropské integrace*, s. 70.

<sup>57</sup> CANTORE, C. M. We're one, but we're not the same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asymmetry in the EU. *Perspectives on federalism*. 2011, Vol. 3, No. 3, s. 17–18.



Další výhodu lze vidět v otevřenosti posílené spolupráce, která vykazuje rysy liberalismu a svobodné vůle. Žádný subjekt není nucen k tomu, aby se k posílené spolupráci zavázal. Fakt, zda se neparticipující státy chtějí nebo nechtějí připojit k navázané posílené spolupráci, je ponechán čistě na jejich diskreci. Absence povinnosti přistoupit k posílené spolupráci však může být i nežádoucí, a to v případě, kdy dotýčný stát úmyslně zdržuje nebo oddaluje integrační snahy. Navíc, otevřenost lze vnímat i jako jakousi bezpečnostní pojistku před vícekolejností EU vytvořením pevně semknutých skupin států.<sup>58</sup>

Z povahy posílené spolupráce lze vyvodit i další výhodu, kterou je možnost obcházení veta při přijímacím procesu legislativního aktu. Každý členský stát má prerogativ k vyřknutí svého práva veta, čímž zablokuje proces přijetí legislativního aktu. Posílená spolupráce je však apartní možností oslabení jinak neprolomitelného práva veta. Posílená spolupráce vlastně představuje jakýsi „bypass“ zamítavého veta, ovšem bez proliferace jiných odklonů (*opt-out* doložek). Institut posílené spolupráce se tak nachází v pozici logické náhrady za odmítnutí participace na integračních konstrukcích, které by umožnily rozšířit stávající politiky či iniciovat zcela nový směr vývoje.<sup>59</sup> Posílenou spoluprací se tak vytvořila neopominutelná překážka zahájení spolupráce i proti vůli některého členu.<sup>60</sup> Navíc, od Lisabonské smlouvy je s posílenou spoluprací spojena i výsada zjednodušené procedurální aplikace tohoto institutu v oblasti policejní a justiční spolupráce v trestních věcech. Posílená spolupráce se jen oznamuje, nepodléhá autorizačnímu režimu.

Z opačného pohledu může být výhodou i nekonkretizování oblastí posílené spolupráce, tedy obecnost posílené spolupráce. Posílená spolupráce je v primárním právu EU vymezena velmi obecně. Tato skutečnost připouští poměrně značnou flexibilitu využitelnosti tohoto nástroje. *A priori* je posílená spolupráce flexibilní instrument, ale i nástroj flexibility. Právě tato základní premisa dává posílené spolupráci nezastupitelné místo v evropském právu. Tento stav lze deklarovat oblastmi, ve kterých již byla posílená spolupráce navázána, respektive, kdy byla posílená spolupráce využita<sup>61</sup> – ve věcech rozhodného práva rozvodů a rozluk<sup>62</sup> (rodinné právo); ve věci jednotného evropského patentu (duševní vlastnictví); ve věcech majetkových poměrů manželů (opět rodinné právo); v oblasti daní z finančních transakcí (finanční právo); v oblasti vytvoření společného podniku v rámci *High Performance Computing* (obchodní právo) a nakonec k zavedení ÚEVŽ (trestní právo). Potenciál oblastí využití posílené spolupráce nám zrcadlí jednotlivá pole působnosti, ke kterým se lze posílenou spoluprací uchýlit. Nejdominantnější zónou využitelnosti je prostor svobody, bezpečnosti a práva, v rámci kterého lze typicky upravit oblast schengenské spolupráce, justiční a policejní spolupráce v trestních věcech (ÚEVŽ), azylové a vízové politice, imigrační politice či ochraně lidských práv. Ostatními oblastmi využitelnými pro posílenou spolupráci jsou daňová politika, sociální politika, životní prostředí, hospodářská a měnová unie, společná zemědělská politika a nejméně frekventovanou sférou zůstává společná zahraniční a bezpečnostní politika.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> KOHUTIČOVÁ, P. *Posílená spolupráce: Nová dimenze evropské integrace*, s. 55.

<sup>59</sup> WALLACE, H. – LA SERRE, F. *Flexibility and Enhanced Cooperation in the European Union: Placebo rather than Panacea?* Paris: Notre Europe, Research and Policy Unit, 1997, s. 12–13.

<sup>60</sup> *Ibidem*, s. 54.

<sup>61</sup> BOUDOVÁ, A. *Identifikace problémů posílené spolupráce a jejich dopad na Úřad evropského veřejného žalobce*, s. 17–23.

<sup>62</sup> Jedná se o první případ úspěšné implementace iniciativní posílené spolupráce, kterou tehdy navázalo sedmáct států. Bylo přijato předmětné nařízení, které dostalo přídomek „Řím III“.

<sup>63</sup> KOHUTIČOVÁ, P. *Posílená spolupráce: Nová dimenze evropské integrace*, s. 71 an.

Jsme schopni dovodit i dílčí obecnější benefity posílené spolupráce jako zastřešení spolupráce institucionálním rámcem EU. Dále vymezení jasných pravidel posílené spolupráce, aby byla co možná nejvíce limitována slepá místa či nedostatečná úprava. Tento bod však zůstává diskutabilní. Při stanovení těchto pevných pravidel posílené spolupráce se tato stává přijatelnou i pro neparticipující členy či jiné subjekty, a to na základě principu transparentnosti a předvídatelnosti (legitimního očekávání). Významnou roli sehrává i nezávislá kontrola, která je samozřejmě v obecné rovině svěřena Soudnímu dvoru EU. Hovoříme o soudním přezkumu podmínek posílené spolupráce, nikoliv o výkonu činnosti posílené spolupráce (i ÚEVŽ) jako takové. Část odpovědnosti za realizaci posílené spolupráce se přenáší na unijní orgány, respektive Evropskou komisi.

## Závěr

*Prima facie* se může zdát, že nevýhody posílené spolupráce značně převažují nad jejími výhodami. Je nutné si však uvědomit, že posílená spolupráce vznikla jako reflexe společensko-politických tendencí a potřeb. Ve své podstatě se jedná o společný pohled kolidujících zájmů v souladu s generováním sdíleného managementu společného politického směřování.<sup>64</sup> Samozřejmě se nejedná o zcela bezchybný excelentní nástroj na cestě k prohlubování evropské integrace a unifikaci politik, je však ideálním mezníkem na této cestě. Dopad uplatňování institutu posílené spolupráce na ÚEVŽ byl životodárný, neboť nebyť posílené spolupráce, nebylo by ani ÚEVŽ. Demonstrovali jsme několik nevýhod posílené spolupráce, které se promítají i do zavedení ÚEVŽ. Sumárně se jedná o následující nevýhody – fragmentace, potenciální narušení principu právní jistoty, efekt aglomerace, *first move advantage*, nejasnosti okolo vztahů s neparticipujícími členskými státy jakož i s dalšími subjekty, obecnost posílené spolupráce a rozsáhlost předmětných oblastí, nevyjasněnost aktů posílené spolupráce vůči *acquis* a nejasnosti ohledně rozvázání posílené spolupráce. Na druhou stranu byly prezentovány i výhody – prohlubování integrace, otevřenost, možnost obejítí veta, obecnost posílené spolupráce (z druhé strany vnímání) a případně další benefity (institucionální opora aj).

Přikloníme-li se k obecnému shrnutí a vyhodnocení zbylých výhod a nevýhod, bude nutné uvést toliko dodatků. Co se týče nevýhody vztahované ke vztahu mezi ÚEVŽ a neparticipujícími státy, přesněji obavy z možného nežádoucího přesunu pachatelů trestné činnosti ve výhledu mírnějšího postihu, domníváme se, že tato obava je neopodstatněná. Tento svůj názor stavíme na skutečnosti, že členské státy již v dnešní době mají možnost využít jiných efektivních nástrojů mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech (evropského zatýkacího rozkazu<sup>65</sup> či evropského vyšetřovacího příkazu<sup>66</sup>). Nevýhoda svázanosti k nucenému přijetí platných a uplatňovaných pravidel, které ne vždy musejí vyhovovat představám adresátů, je spíše teoretická a souvisí s otevřeností posílené spolupráce. Každý stát má možnost navázat posílenou spolupráci, přičemž není k takovému kroku nikterak nucen. Celé rozhodnutí záleží na jeho diskreci. Státům se tak dává dostatečný prostor k uvážení všech podmínek dané posílené spolupráce a zvážení si (ne)adekvát-

<sup>64</sup> WALLACE, H. – LA SERRE, F. *Flexibility and Enhanced Cooperation in the European Union: Placebo rather than Panacea?*, s. 14.

<sup>65</sup> Evropský zatýkací rozkaz je justiční rozhodnutí vydané jedním členským státem a určené jinému členskému státu k tomu, aby dotyčný stát zadržel a předal vyžadovanou osobu do požadujícího státu za účelem vedení trestního stíhání nebo výkonu trestu.

<sup>66</sup> Evropský vyšetřovací příkaz je justiční rozhodnutí vydané či potvrzené justičním orgánem jednoho členského státu k tomu, aby jiný členský stát provedl jeden či několik konkrétních vyšetřovacích úkonů pro zisk důkazů.

nosti právních pravidel a regulí. Obecnost konfigurace posílené spolupráce se nám také jeví jako vhodná a jakékoli skeptické obavy týkající se legitimacy jako neopodstatněné. Posílená spolupráce jako univerzální nástroj flexibility evropské integrace musí být opatřena obecnou využitelností na různé oblasti zájmu. Tato hypotéza pramení ze samotné reálie inkorporace institutu posílené spolupráce do právního rámce EU (primárního práva) a jeho dosavadní aplikační praxe. Otázky týkající se osvětlení skutečného statusu aktů přijatých v rámci posílené spolupráce a jejich návaznosti k unijnímu *acquis* bude nutné empiricky sledovat *pro futuro*. Rozvazování posílené spolupráce je za současného stavu také nepopsanou tabulí. Analogicky si lze představit, že může vyvolat podobné komplikace jako eventualita vystoupení členského státu z členství v EU. Proces vystoupení z členství EU však byl rámcově upraven v primárním právu EU. Nicméně, do dnešní doby jsme svědky rozsáhlých obstrukcí, které způsobuje tzv. brexit, tedy vystoupení Velké Británie z EU.<sup>67</sup>

Zavedení institutu posílené spolupráce bylo dlouho diskutovaným tématem řady politických setkání a jednání. Po dlouhou dobu nepanovala shoda v základních otázkách ohledně posílené spolupráce. Konsenzus se dostavil s odkazem na důvod toho, aby byl umožněn posun integrace ve zvolených politických oblastech, kde všeobecný zájem společenství (EU) převáží nad subjektivními zájmy členů (států). Posílená spolupráce byla pokládána za ideální řešení garance integrační dynamiky a účinné vůdčí struktury pro rozšíření EU.<sup>68</sup> Máme tedy za to, že posílená spolupráce vykazuje rysy efektivního nástroje evropské harmonizované integrace, což je deklarováno jejím využíváním.<sup>69</sup> Tento svůj názor opíráme i o skutečnosti, že posílená spolupráce nachází svoji etablovanost v institucionální a právní skladbě EU, disponuje rozsáhlým okruhem působnosti a využitelnosti v souladu s principem otevřenosti. Navíc, posílená spolupráce je cestou k hlubší a intenzivnější integraci. Účelem posílené spolupráce je v časovém horizontu dosáhnout rozšíření na celé území EU. Pokud by se nesešlo z této vytýčené cesty, posílená spolupráce by se plynule přeměnila na společnou politiku, čímž by došlo k maximalizaci integrace pro danou oblast zájmů. Integrace institutu posílené spolupráce do unijního právního pořádku tak umožnila na půdě EU modifikovat diverzitu při zachování přijímání evropského práva, ovšem s geografickou limitací, ale bez politického odmítnutí či větší roztržky.<sup>70</sup>

Posílená spolupráce však je a vždycky i byla zamýšlena jako komplementární alternativa k postupům, které jsou rozhodovány kvalifikovaně. Nikdy se nemělo jednat o primární nástroj evropských politik a evropského integračního procesu. Tomu odpovídá i její využití pro ÚEVŽ, kdy posílená spolupráce přišla na řadu až v momentu, kdy klasické přijímání bylo zablokováno nevlí některých členských států. Posílená spolupráce přitom promítá logická vyústění flexibilnějších stanovisek neustálého evropského integračního procesu. Rozšiřování členské základny EU s sebou přináší i rozšiřování unijních kompetencí a politik, čímž se EU stává více a více heterogenní.<sup>71</sup> Opět poukazujeme

<sup>67</sup> CHRISTIANSEN, T. *Brexit and democracy: the role of parliaments in the UK and the European Union*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019, s. 233 an.

<sup>68</sup> STUBB, A. *Negotiating Flexibility in the European Union, Amsterdam, Nice and beyond*. London: Palgrave, 2002, s. 113.

<sup>69</sup> ARMSTRONG, K. *Multi-speed Europe: Enhanced Cooperation or Increased Litigation?*. Dostupné z: <<https://europeanlawblog.eu/2013/04/25/multi-speed-europe-enhanced-cooperation-or-increased-litigation/>>.

<sup>70</sup> THYM, D. "United in Diversity" – *The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order*, s. 1746.

<sup>71</sup> TÝČ, V. *Enhanced cooperation and international treaties between member states as the possible means for overcoming the increased heterogeneity of the European Union*, s. 212.

na fakt, že čím více inkorporovaných států, tím více názorů a zájmů. Posílená spolupráce nám proto umožňuje řešit spletné otázky, pro které není reálné nalézt společný postup a souhlasné stanovisko. Má však EU vytvořenou představu finální podoby evropské integrace, nebo tato idea zcela schází a EU tápe v šeré uličce a ze strachu činí jen polovičaté krůčky? Lze se shodnout na následujícím tvrzení, že posílená spolupráce je principiálně jednosměrnou cestou k užší integraci, která umožňuje setrvat v unijním rámci.<sup>72</sup> Díky tomu není nutné hledat dodatečné postupy k opuštění a směřování spolupráce mimo unijní struktury.

*Par excellence* se může zdát diskutabilní, že ÚEVŽ byl založen právě formou posílené spolupráce a zůstává tak vyhrazen jen užší výšečí členských států EU.<sup>73</sup> Po dlouholetých snahách se nelze divit, že při krachu adopce nařízení o ÚEVŽ zvláštním legislativním postupem, ve kterém se požaduje jednomyslnost Rady po odsouhlasení Evropským parlamentem, byly nakonec členské státy nepřímou nuceny k využití institutu posílené spolupráce, který byl již do té doby několikrát využit.<sup>74</sup> Nicméně, hodnotit jakékoli aspekty ÚEVŽ (formu posílené spolupráce, strukturu, působnost, pravomoci) v současné době nemá sebemenší smysl, to lze učinit až po několika letech empirie. ÚEVŽ však vznikl pro zefektivnění nedostatečné ochrany finančních zájmů EU, která vykazuje dvě dimenze – horizontální (přeshraniční kriminalita v obecné rovině) a vertikální (kriminalita dotýkající se finančních zájmů EU, přeneseně zdrojů EU). Logicky vzato, každý bude profitovat z posílené ochrany finančních zájmů (zdrojů) EU, ať se bude jednat o stát participující na posílené spolupráci ÚEVŽ, nebo nezúčastněný.<sup>75</sup> Tato pozitivní externalita potom může být sama o sobě hybným motorem dalších integračních snah a tendencí.

<sup>72</sup> THYM, D. "United in Diversity" – *The Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order*, s. 1735.

<sup>73</sup> LABAYLE, H. "Mise en perspective". In: *Quelles perspectives pour un Ministère Public Européen. Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*. Paris: Dalloz, 2010, s. 59–60.

<sup>74</sup> DREW, S. How will the European Public Prosecutor's Office (EPPO) be born? In: ASP, P. (ed.). *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*. Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, s. 13 an.

<sup>75</sup> WESSELS, W. – GERARDS, C. *The Implementation of Enhanced Cooperation in the European Union*, 2018, s. 32.

## RECENZE

## Venclík Jan. Střety legitimit v Evropské unii. Nepřímá, parlamentní, technokratická a procedurální legitimita v teorii a ústavní praxi. Praha: Leges, 2019, 152 s.

Vysokoškolský zákon stanoví podmínku publikace alespoň části původního výzkumu či autorské analýzy u disertačních prací. Na širší veřejnosti prezentovanou originalitu diplomových prací nedbá, což je vzhledem k jejich počtu dokonale racionální. Neplatí nicméně, že by se neobjevovaly diplomové práce, jejichž kvality se neomezují na přiměřené zpracování souboru primárních a sekundárních pramenů, čímž je dostatečně prokázáno zvládnutí řemesla. Na pražské právnické fakultě, a jistě nejen tam, se objevují odborné články, jež jsou základem nebo shrnutím diplomové práce, čas od času se setkáme i s diplomovou prací v knižní podobě. A to je i případ knížky *Jana Venclíka* o střetech legitimit v Evropské unii.

Přestože by odkaz na Evropskou unii mohl vzbuzovat dojem, že byla diplomová práce obhájena v evropském právu, není tomu tak: je to pojednání, v němž se snoubí teorie práva s politickou teorií a empirickou politologií, patrně jsou přesahy k sociologii a, samozřejmě, i k evropskému právu. Vyjadřuje to zaměření a intelektuální zájmy autora, jenž byl ostatně po několik let pomocnou vědeckou silou katedry politologie a sociologie. Kdybychom přidali pěstování vážné hudby a aktivně a hluboce prožívanou kritiku současné společnosti z pozic nejspíše levicových, jež se stává na pražské právnické fakultě – nejspíše oproti očekávání – poměrně rozšířenou, bude autorův portrét úplnější.

Knížka to není rozsáhlá, je však hutná a informačně bohatá. Seznam literatury čítá téměř dvě stovky položek, k nimž je třeba přidat několik desítek citovaných politických dokumentů, legislativních aktů a soudních rozhodnutí. Přes bohatý záběr se však autor neomezuje jen na převyprávění toho či onoho díla, nýbrž zaujímá i vlastní stanoviska, z nichž je patrný upřímný zájem o osud evropské integrace. Hned v úvodu vymezuje svou pozici takto: „*Hlavní tezí této knihy je, že deficit legitimacy EU je především deficitem demokratické reprezentace, přičemž bez plnohodnotné reprezentace na evropské úrovni se nelze obejít. Etablování takové reprezentace je institucionální problém.*“

Text je rozčleněn na deset nestejně rozsáhlých a významných částí. Všechny se vyrovnávají s legitimitou, jež se dostává do středu normativních debat o Evropské unii v návaznosti na posuny veřejného mínění směrem k euro-skepticismu. Jde koneckonců i o nástroj, jímž si ve své „evropské“ judikatuře pomáhá např. Spolkový ústavní soud, který je autorem vícekrát zmiňován, ne vždy s obdivem. Kniha nicméně vědomě nepracuje s tím, jak se Unie jeví členským státům, zaměřuje se na to, co obnáší legitimita z evropské perspektivy.

Legitimita je tu nejdříve rozlišena v pojetí normativním a analytickém (někdy též sociologickým), přičemž to první míří k ospravedlnění společenského a politického uspořádání, to druhé spíše k rozboru toho, co je v daném místě a dané podobě předmětem víry v legitimitu (co lidi přesvědčuje o ospravedlnění). Klasikem analytického přístupu je *Max Weber*, s nímž však *J. Venclík* příliš nepracuje, protože se přidržuje novější a specializovanější literatury. Představuje tak „navrstvující pojetí legitimacy“: 1) moc je vykonávána podle pravidel, 2) pravidla odrážejí přesvědčení o náležitém zdroji autority a cílech vládnutí, 3) takový postup je oceňován podporou veřejnosti. Můžeme dodat, že příklad České republiky dokládá, že nemusí jít o model v praxi bezvýhradně naplňovaný, ledaže jsou u nás pravidla odtržena od očekávání a podpory veřejnosti, což by zakládalo jiný, nikoliv však menší problém. Autor k navrstvujícímu pojetí podotýká, že v liberálních demokraciích jsou klíčové zásady demokratické sebevlády a ochrany individuálních práv.

Při větším přiblížení se unijním reáliím vystupují do popředí jiná legitimizační schémata, zejména legitimita na vstupu (v zásadě sebevláda, vláda lidu) a na výstupu (efektivita, vláda pro lid). První z nich předpokládá identifikaci subjektu sebevlády, čímž se dostáváme k debatám o evropském lidu, respektive jeho absenci, druhá se vztahuje k nastavení a činnosti institucí. Posléze jsou (vedle *F. Scharpfa*) rozebíráni i další autoři (*V. Schmitdt*, *J. Weiler* aj.) a jejich koncepce.

Samostatná pozornost je věnována demokratickému deficitu, jenž spočívá především v relativní slabosti Evropského parlamentu, která se však netýká primárně jeho formálního postavení (to posiluje, avšak nestačí to), ale spíše provázání s unijními občany. Volby do Evropského parlamentu totiž nejsou autentickými volbami evropskými; na to jsou příliš svázány s členskými státy. Unie je poměrně vzdálená, takže neodráží preference svých občanů. *J. Venlík* pečlivě představuje argumenty autorů odmítajících samu myšlenku demokratického deficitu, případně ji považujících za přehnanou (Unie se nijak zvláště neodlišuje od situace států – zejména *A. Moravcsik*). Přidává rovněž poněkud odlišnou dimenzi deficitu spravedlnosti, jež má vést k diskursu ospravedlňování, tedy k jakési transnacionální deliberaci v duchu *Habermasově*.

Stěžejní část knihy je věnována výkladu čtyř typů legitimacy, vetknutých do podtitulu. Po vymezení celého konceptu je každé věnována stručná kapitola. Nepřímá legitimita je odvozena od členských států, projevuje se v mechanismech mezivládní spolupráce, legitimitu parlamentní generuje přímo volený Evropský parlament, nositeli technokratické legitimacy jsou experti a odborné orgány, procedurální legitimita obnáší náležité postupy při rozhodování. Samostatně neobstojí žádná z nich, nejednoznačné však je, jakou váhu jednotlivým složkám ve výsledné kombinaci přiznat. A v tom se opět projevuje legitimita na vstupu a na výstupu, jakož i individuální preference: má větší význam vůle identifikovatelného lidu, nebo náležitý proces, anebo nějak specificky nahlížené dobro pro všechny?

V souvislosti s výkladem nepřímé legitimacy se autor věnuje především ústavní identitě členských států a opatrné pozici Spolkového ústavního soudu. Hlavními tématy kapitoly o legitimitě parlamentní jsou jednak reprezentace a reprezentativnost, respektive její nedostatky, jednak transparentnost evropského legislativního procesu. Zde se také vyskytuje nadprůměrný podíl osobních hodnocení (např. k tzv. *Spitzenkandidaten*) a doporučení (posílení role národních parlamentů). Kapitola o technokratické legitimitě se nezaměřuje na Soudní dvůr, jak by se možná dalo čekat, nýbrž na koncept ekonomické *governance* jako alternativy demokratického vládnutí: Nač se ptát občanů, je-li postoj trhů jasný? Pojednání o procedurální legitimitě se týká významu vlády práva, včetně její aktualizace především vývojem v Polsku. V pro mne neobvyklé souvislosti se tu objevuje odkaz na *gubernaculum a jurisdictio*, což jsou pojmy nejspíše zavedené v anglickém středověku *Henrym Bractonem*, jež mají historicky řadu variací. Zjevně přibyla i variace unijní.

Nehodnotíme diplomovou práci, ale knihu. I tak je však možné ocenit čtivý a dobře srozumitelný jazyk, *Venlíkovu* schopnost vybrat z děl komentovaných autorů to podstatné, upozornit na slabiny jejich argumentace, vzájemně je konfrontovat, být v textu jako autor přítomen, nikoliv však jako středobod a účel psaní. Jistě, nejde o *Venlíkovu* první publikaci, přesto se nedá říci, že by to byl autor s „vypsanou rukou“. Po mém soudu to však není poznat. *Jan Venlík* představil publiku výsledek mnoha měsíců svého studia, přemýšlení, konzultací, opatrování zpětné vazby na různých seminářích a konečně i finálního psaní. Po mém soudu obstál. Ku prospěchu svému i svých čtenářů.

Jan Kysela\*

\* Prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy, E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz.



## Techniques of Judicial Policy and their Timing

Michal Šejvl

**Abstract:** This article tries to develop a theoretical framework for judicial policy of apex courts. First, judicial policy is distinguished from politics and understood as court's law-making (apex courts as "positive legislators") directed by strategic reasons, not only by purely legal reasons. Thus, various techniques apex courts might use to make law (e.g. technique of "time bombs", technique of creating new doctrines, arguments or principles on the one hand and exceptions to them on the other at the same time etc.) are demonstrated. These techniques, typical for legal discourse, can be combined with other techniques suitable for apex courts because of the institutional design (like e.g. technique of conform interpretation). All these techniques can be successful, if their results are in the long run accepted by other "players", especially by other apex courts and by legislator itself. Thus, especially towards legislator apex courts have developed another set of techniques used to minimize conflicts with legislator, but at the same time to keep the position of "positive legislator" for themselves. The second part of the article is about proper timing of these techniques to ensure that courts' "innovations" are accepted in the long run. To conclude, the use of all these techniques resembles strongly the use of virtue of prudentia as it was developed in the scholastic philosophy – in the similar way like prudentia (e.g. for Aquinas) cannot bring the same level of certainty in the sphere of practical reason (in comparison with the sphere of theoretical reason), the use of these techniques of judicial policy cannot in itself ensure the success of judicial policy. The use of all techniques is demonstrated using examples from case law of constitutional courts (typically German, Italian, Spanish, French or Czech), supreme courts (Dutch), supreme administrative tribunals (French Council of State) and Court of Justice of the EU to support the general character of the presented theoretical framework.

**Key words:** politics vs. policy, European apex courts, epistemic authority of apex courts, political role of constitutional courts, strategic judicial law-making, prudentia in judicial law-making vs. judicial prudence, conform interpretation, courts as "positive legislators", minimization of conflicts between apex courts and legislators, timing of judicial law-making

## What is Law and How Can We Make Legal Models

Jakub Michálek

**Abstract:** The aim of this article is to present the characteristics of a possible model of a legal system, which could be used for modeling of law by automatic systems. For such purpose I define the concept of a legal system, defined as fundamental normative system, which claims to be legitimate and enforceable. I describe several examples that such definition is both realistic and practical. I show how the attributes of such a concept follow from a general requirement for justification of a norm as a behavior regulation. Based on the definition of legal system, I introduce the basics of the model of law. I recommend inclusive positivism with textual or instrumental actualism for the modeling of continental law. I describe how the defined model of law represents phenomena such as collision of legal systems, metanorms, legal pluralism and the case law of judges.

**Key words:** model of law, legal system, legal pluralism

## The Influence of the EU Court of Justice Case-law on Union Law

Iva Fellerová Palkovská

**Abstract:** The EU Court of Justice is the judicial institution of the European Union and combines the role of a constitutional, supreme and administrative court. Its impact on the Union law and status of European Union is unquestionable. The article therefore aims to find an answer to the question, how it came about that this judicial institution, thus not primarily a legislative institution, gained such an important position. It examines the factors that enabled him to accomplish that – including the wording of the Treaties, multilingualism of the Union and of course the preliminary reference procedure, which connects in a unique way the courts

of member states and the Court of Justice, i.e. a body of an international organization. Subsequently, the article aims to answer the question, if, with its decision-making, the Court does not overstep the competences vested by the Treaties. In this respect, it is necessary to take into consideration not only whether its decision-making is in accordance with the respective provisions of the Treaties which directly give competence to the Court, but also whether it does not collide with the institutional balance of the Union, i.e. the analogue of the separation of powers in a state, and does not interfere with competences of other EU institutions. In the article the question of legitimacy of the (law-making) activity of the Court of Justice is discussed, too.

**Key words:** Court of Justice of the European Union, case-law, judicial law-making, interpretation of law, judiciary, precedents

## **(Dis)advantages of the Enhanced Cooperation as a Shape for Establishment of the European Public Prosecutor's Office**

Štěpán Kořínek

**Abstract:** The contribution deals with the problematics of enhanced cooperation and its consequences to the European Public Prosecutor's Office. Enhanced cooperation as one of the tools of European politics is being heavily used nowadays. The European Public Prosecutor's Office was established on the basis of the regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office. Relating to this facts, it's suitable to think about potential advantages or disadvantages of the form of enhanced cooperation for member states, especially towards usability on the European Public Prosecutor's Office. The contribution is divided into five parts, including introduction and conclusion. The second section is dedicated to introducing enhanced cooperation in general. The third part relates to disadvantages that could become undesirable consequences of enhanced cooperation. On the other hand, the fourth section focuses on advantages of enhanced cooperation. At the end, there is a summary of possible starting-points of enhanced cooperation, in particular towards the European Public Prosecutor's Office.

**Key words:** European public prosecutor, enhanced cooperation, european prosecution, european criminal law, European Union

### 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 pracovněprávních souvislostech. Rok vydání: 2015, 144 s.

Adamová, Karolína – 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](mailto:ilaw@ilaw.cas.cz), tel.: 221 990 711), nebo v distribuci Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. [www.alescenek.cz](http://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>**



# XXVIII. Konference Karlovarské právníké dny

Grandhotel Ambassador Národní dům,  
Karlovy Vary 22. 10.–24. 10. 2020

Pod záštitou Soudcovské unie ČR

Pořádají:

**Karlovarské právníké dny – Společnost českých,  
německých, slovenských a rakouských právníků, z.s.  
Česká advokátní komora, Slovenská advokátska komora  
DAV – Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht  
Ústav státu a práva SAV, EPRAVO.CZ, a.s., DTJV**

OD PRVNÍ KONFERENCE  
V ROCE 1991 USILUJEME  
O VZÁJEMNÉ POZNÁVÁNÍ  
A CHÁPÁNÍ PRÁVNÍCH  
SYSTÉMŮ SOUSEDÍCÍCH  
ZEMÍ A FORMOVÁNÍ SI  
PRÁVNÍHO NÁZORU  
KE Společným OTÁZKÁM  
PLYNOUCÍM Z PRÁVA EU.



Odborní mediální partneři

Nakladatelství C. H. Beck, s.r.o., Nakladatelství Leges, s.r.o., Nakladatelství Wolters Kluwer ČR, a.s.,  
Atlas consulting, spol. s r.o., Právní rádce, Právní prostor, Advokátní deník,  
IWRZ - Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

## Program

- Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., advokát, PF MU Brno – Násobná náhrada škody a netradiční formy odškodnění
- Doc. JUDr. Kristián Csach Ph.D., LL.M., advokát, PF TU Trnava – Ochrana práv spoločníkov v práve obchodných spoločností
- Prof. JUDr. Jozef Čentéš, Ph.D., PF UK Bratislava – Rozhodovanie o náhradě škody v adhéznom konaní
- Prof. JUDr. Jan Dědič, advokát Praha – Smluvní limitace odpovědnosti při porušení péče řádného hospodáře
- Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš, PF TU Trnava, ÚSP AV ČR – Vyšší moc v soukromoprávních poměrech
- Horst Fischer, advokát Německo – Náhrada za neoprávněnou vazbu a výkon trestu podle německého práva
- JUDr. Milan Hlušák, advokát Bratislava – Limity a další problémy náhrady škody
- Doc. JUDr. Milan Hulmák Ph.D., PF UP v Olomouci – Následky nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách
- Prof. Dr. Ernst Karner, Institut für Zivilrecht, Universität Wien – Psychický šok a smutek jako újma na zdraví k náhradě
- Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M., WU Wien – Současné problémy v (rakouském) právu náhrady škody
- Mgr. František Korbel, Ph.D., advokát Praha – Důsledky práva na digitální službu na el. právní jednání
- Dr. Rainer Kornfeld, advokát Vídeň – Náhrada škody podle CMR
- JUDr. Zdeněk Krčmář, NS ČR – Dobytnost pohledávek v insolvenčním řízení a po jeho skončení
- Doc. JUDr. Petr Lavický, Ph.D., PF MU – Jak na důkazní nouzi ve sporech o náhradu škody
- JUDr. Tomáš Lichovnick, ÚS ČR – Náhrada škody ve světle judikatury ÚS ČR
- Doc. JUDr. Filip Melzer, Ph.D., LL.M., PF UP Olomouc – Náhrada škody dle OZ
- JUDr. Robert Pelikán, Ph.D., advokát Praha – Odpovědnost státu za škodu a jeho regresní nároky
- Prof. JUDr. Irena Pelikánová, DrSc. – Unijní judikatura k náhradě škody jako zdroj koncepčních úvah
- Doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D., PF MU Brno – Protiprávní jednání on-line a škoda on-line
- JUDr. František Púry, Ph.D., NS ČR, PF UK Praha – Problematické aspekty zjišťování škody a její výše v trestním řízení
- Mag. Dr. Jürgen Rassi, OGH Wien – Náhrada škody a její dokazování v rakouském civilním procesu
- JUDr. Pavel Šimon, soudce NS ČR – Odpovědnost státu v judikatuře NS ČR k zákonu č 82/1998 Sb.
- JUDr. Ivan Syrový, Ph.D., advokát Bratislava – Zodpovednosť štátu za škodu spôsobenú sudcom disciplinárnym postihom
- Prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D., ÚS ČR, PF UK Praha – Rozhodování o náhradě škody a újmy v trestním řízení
- Doc. JUDr. Ivana Štenglová, VSCI Praha, JUDr. Petr Šuk, NS ČR – Důsledky porušení péče řádného hospodáře
- JUDr. Petr Šustek, Ph.D., PFUK – Zdravotní péče a náhrada škody
- JUDr. Petr Vojtek, NS ČR – Aktuální judikatura NS k náhradě nemajetkové újmy
- Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, prezident KJT, advokát, Kolín n. R. – Odpovědnost za škodu ve virtuálním světě
- Dr. Michael Wukoschitz, advokát, Vídeň – Náhrada škody za zpožděné či zrušené lety
- JUDr. Pavel Zeman, NSZ ČR – Zajištění majetku v trestním řízení

Názvy příspěvků jsou zkráceny na body k vlastní diskuzi na Konferenci, simultánně tlumočené ČJ/NJ.

Konferenci moderují JUDr. Vladimír Zoufalý a Mgr. Michal Vávra  
a dále JUDr. Petr Bříza, Doc. Jozef Vožár, JUDr. Ondřej Trubač a Mgr. Kamil Blažek  
Změna programu vyhrazena. Časové uspořádání programu na [www.kjt.cz](http://www.kjt.cz)

Účastnický poplatek je 9 800 Kč + DPH.  
Slavnostní recepci dne 23. 10. 2020 zahájí Mgr. Marie Benešová,  
ministryně spravedlnosti a budou předána ocenění společnosti  
(Prestížní cena, Autorská cena a Pocta judikátu).  
Anketní lístek lze vyplnit na [www.kjt.cz](http://www.kjt.cz).  
Podmínky účasti a přihlášení [www.kjt.cz](http://www.kjt.cz)

Partneři konference:



# KARLOVARSKÉ PRÁVNICKÉ DNY

## PRESTIŽNÍ CENA 2020

pro nejlepší právníký časopis v České a Slovenské republice

### Anketní lístek

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

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

Současně Vám lze navrhnout pravomocný rozsudek publikovaný v období od 1. 5. 2019 do 28. 2. 2020 na cenu Pocta judikátu:

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

Anketní lístek prosíme zaslat poštou nebo e-mailem nejpozději do 23.10.2020 14.00 hod. na adresu [casopis@kjt.cz](mailto:casopis@kjt.cz), případně vyplněním na [www.kjt.cz](http://www.kjt.cz), zde je zveřejněn i Statut této ceny. Obdržené anketní listy do 30. 9. 2020 budou slosovány o věcné ceny (právníckou literaturu, včetně i účasti na XXVIII. Konferenci či na vyhlášení ceny na slavnostní recepci v rámci konference).

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

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

Podpis.....

Při el. vyplnění (bez vlastního podpisu) zašlete ze svého vlastního e-mailu uvedeného ve Vašich veřejných kontaktech.