

K otázce mimoprávnosti mimořádného vládnutí

Jakub Dienstbier*

Abstrakt: Článek se věnuje otázce, zda mimořádné vládnutí probíhá ve sféře práva, anebo jde o fenomén ze své podstaty čistě mimoprávní. Této otázce se článek věnuje ve třech částech. První část shrnuje spor o podstatu práva v teorii mimořádného vládnutí, přičemž jednotlivé přístupy teoretiků mimořádného vládnutí odvisí od příslušných závěrů jednotlivých právněteoretických a právněfilosofických směrů. Z tohoto důvodu článek volí jako své teoretické východisko normativní institucionalismus Oty Weinbergera a Neila MacCormicka, obohacený o postřehy plánovací teorie právní Scotta Shapiro. Druhá část článku proto zhodnotí pojem mimoprávnosti z pozic těchto teorií, přičemž dojde k závěru, že pojem mimoprávnosti má ve skutečnosti dvojí charakter – mimoprávnost v prostém smyslu a mimoprávnost v kvalifikovaném smyslu (mimozákonnost). Třetí část článku je následně věnována prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí, a to konkrétně jednak kritice tzv. excepcionalistického decisionismu v interpretacích děl Carla Schmitta a Giorgio Agambena, jednak tzv. excepcionalistického republikanismu. Pozornost je věnována i problematice tzv. právních černých děr. U všech těchto přístupů dochází článek k tomu, že nejsou schopny plnohodnotně obhájit esenciální prostou mimoprávnost mimořádného vládnutí. Následně článek přináší dodatečné argumenty proti chápání mimořádného vládnutí jako zcela mimoprávního. Nejprve ukazuje, jaký je obecný vliv praktických informací na lidská jednání, tedy i na mimořádné vládnutí. Posléze dovozuje, že mimoprávnost mimořádného vládnutí není přijatelná pro systémový přístup k právu. Nakonec článek odmítá mimoprávnost mimořádného vládnutí poukázáním na institucionální skutečnost práva, zejména s ohledem na naše historické zkušenosti s mimořádným vládnutím a aktuální institucionální realitu.

Klíčová slova: mimořádné vládnutí, mimořádné stavy, právo, právnost, mimoprávnost, normativní institucionalismus, Carl Schmitt, ústavní republikanismus

Úvod

Pokud sledujeme vývoj právní vědy, lze říci, že se v čase střídá zájem o jednotlivá její témata. Hlavní pozornost nauky se pak upíná především k těm právním otázkám a jevům, které jsou aktuální vzhledem ke společenskému kontextu, v němž právo působí. Současná celosvětová pandemie nemoci covid-19 tak dala vzniknout nové vlně zájmu o jedno z tradičních témat právní a ústavní teorie, jímž je mimořádné vládnutí. Opět se nám vrací diskuse o základních myšlenkách a přístupech teorie mimořádného vládnutí, navazující na dvě předešlé nejvýznamnější vlny zájmu o tento obor – dobu po první světové válce a dobu po 11. září 2001.

* JUDr. Jakub Dienstbier. Katedra ústavního práva, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: dienstbierj@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>. Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy (projekt č. 376320, *Mimořádné vládnutí v českém ústavněprávním kontextu*). Za cenné připomínky by rád autor poděkoval Janu Kyselovi, Filipu Horákovi a Filipu Jelínkovi.

Jedním ze základních témat teorie mimořádného vládnutí, které ani zdaleka neztratilo na svém významu a naléhavosti, je otázka, zda mimořádné vládnutí probíhá ve sféře práva, anebo je fenoménem mimoprávním, extralegálním. Problém mimoprávnosti mimořádného vládnutí je nicméně třeba zkoumat prostřednictvím odpovědí na dvě otázky, které jsou od sebe oddělené, avšak na sebe navázané. První otázkou je, zda se mimořádné vládnutí pohybuje mimo právo ze samotné své podstaty, pojmově, tedy i nutně. V takovém případě jde o mimoprávnost esenciální.¹ Pokud tomu tak není, nabízí se druhá, navazující otázka: není-li mimoprávnost mimořádného vládnutí jeho esenciálním znakem, nemá být přesto preferována? Jinými slovy, není, z nejrůznějších důvodů, lepší, aby mimořádné vládnutí probíhalo mimo právo? Zde již půjde o mimoprávnost preferenční.²

Předmětem této práce je řešení první otázky, tj. esenciální mimoprávnosti mimořádného vládnutí, konkrétně pak prokázání, že představa, že mimořádné vládnutí probíhá z podstaty zcela, úplně a vždy mimo jakékoliv právo (plně extralegálně), je mylná. Přestože by se, zejména právnícké komunitě, mohlo zdát, že řešení této otázky je zbytečné a jde pouze o boj s jakýmsi slaměným panákem, opak je pravdou. V zahraniční teoretické debatě je totiž poměr mimořádného vládnutí k právu dlouhodobě předmětem intenzivních kontroverzí.³ Názory a koncepce různých teoretiků mimořádného vládnutí byly totiž interpretovány právě jako esenciálně mimoprávní, přičemž s nimi tak bylo v odborném diskurzu i zacházeno, i pokud byl jejich původní, originální smysl odlišný (viz dále). Za esenciálně mimoprávní pak mimořádné vládnutí považují i jiné společenskovední obory;⁴ je tudíž velmi žádoucí přinést i právnícký pohled na věc.

Za účelem řešení otázky esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí se článek rozděluje do tří hlavních částí. První část shrnuje spor o podstatu práva, avšak nikoliv všeobecně, nýbrž pouze v rámci teorie mimořádného vládnutí. Jak však bude ukázáno, odvisí jednotlivé přístupy teoretiků mimořádného vládnutí od příslušných závěrů jednotlivých právněteoretických směrů.⁵ Proto, aby bylo vůbec možné naše téma uchopit i jinak než srovnáním jednotlivých názorů, je třeba zvolit jednoznačný teoretický základ. Tím pro nás bude právněpozitivistická teorie normativního institucionalismu Oty Weinbergera a Neila MacCormicka, obohacená o postřehy plánovací nauky právní (*Planning Theory of Law*) Scotta Shapira. Druhá část článku proto zhodnotí pojem mimoprávnosti z pozic těchto teorií, přičemž dojde k poznání, že mimoprávnost má ve skutečnosti dvojí charakter – mimoprávnost v prostém smyslu a mimoprávnost v kvalifiko-

1 Srov. CORBETT, R. J. Suspension of Law during Crisis. *Political Science Quarterly*. 2012, Vol. 127, No. 4, s. 628.

2 Ibidem.

3 Srov. SCHEPPELE, K. L. Legal and Extralegal Emergencies. In: WHITTINGTON, K. E. – KELEMEN, D. R. – CALDEIRA, G. A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 165–166. RAMRAJ, V. V. No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 4 an. SARAT, A. Introduction: Toward New Conceptions of the Relationship of Law and Sovereignty under Conditions of Emergency. In: SARAT, A. (ed.). *Sovereignty, Emergency, Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 3 an. RAMRAJ, V. V. – GURUSWAMY, M. Emergency powers. In: TUSHNET, M. – FLEINER, T. – SAUNDERS, Ch. *Routledge Handbook of Constitutional Law*. Abingdon: Routledge, 2012, s. 85.

4 Srov. např. tzv. realistickou teorii mezinárodních vztahů, jež kupříkladu jednání americké administrativy za kubánské raketové krize v roce 1962 chápala jako esenciálně mimoprávní. Srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 110 an.

5 Shodně RAMRAJ, V. V. Emergency Powers and Constitutional Theory. *Hong Kong Law Journal*. 2011, Vol. 41, No. 2, s. 484.

vaném smyslu. Třetí část článku je následně věnována rozboru prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí, a to konkrétně kritice tzv. excecionalistického decisionismu a tzv. excecionalistického republikanismu. Dále článek přinese dodatečné argumenty proti chápání mimořádného vládnutí jako zcela mimoprávního. Nejprve posoudí, jaký je obecný vliv praktických informací na lidská jednání, tedy i na mimořádné vládnutí. Posléze dovodí, že mimoprávnost mimořádného vládnutí je méně přijatelná pro systémový přístup k právu. Nakonec odmítne mimoprávnost mimořádného vládnutí poukázáním na institucionální skutečnost práva, zejména s ohledem na naše historické zkušenosti s mimořádným vládnutím a aktuální institucionální realitu.

Argumentace obsažená v tomto článku směřuje k jedinému závěru: představa prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí v jeho esenciální podobě není správná. Z institucionální perspektivy totiž vždy bude existovat právní norma (právní normy), které budou komunikovat alespoň nějakou praktickou informaci pro mimořádné vládnutí, a tedy že představa právního vakua, v němž se má mimořádné vládnutí ze své podstaty pohybovat, není udržitelná. To ovšem v žádném případě neznamená, že mimořádné vládnutí bude probíhat vždy v souladu s právním řádem. Naopak. Odmítnutím představy o esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí, tj. že mimořádné vládnutí je z podstaty věci fenoménem existujícím mimo jakékoliv právo, ke kterému právo nemůžeme jakýmkoliv způsobem vztáhnout, vůbec umožňujeme hodnocení mimořádného vládnutí v konkrétním případě jako souladného s právním řádem, anebo jako protiprávního. Závěrem je třeba podotknout, že rozsah našeho poznání bude s ohledem na přínosnost pro českou právní vědu zúžen na ústavní republiky, tedy demokratické právní státy s republikánskou státní formou.

1. Mimoprávnost v teorii mimořádného vládnutí

Není pravděpodobně spornějšího tématu v jurispudenci než zkoumání samotného pojmu a podstaty společenského jevu zvaného právo.⁶ Úvahy na toto téma zaměstnaly generace právních vědců, daly vzniknout bezpočtu nejrůznějších teorií a tím či oním způsobem ovlivnily nejen právní praxi, nýbrž společnost samotnou. Lze proto konstatovat, že v obecné teorii práva, tuzemské⁷ i zahraniční,⁸ neexistuje jediné a jednotné chápání toho, co považovat za právo a za jeho jednotlivé prvky. Nejinak tomu je i v teorii mimořádného vládnutí. Zde lze identifikovat přinejmenším tři nejvýraznější přístupy k chápání práva a jeho skladebních prvků ve vztahu k mimořádnému vládnutí, které v podstatě navazují na příslušné závěry právní teorie a filosofie. Tyto přístupy označme za přístup přirozenoprávní, legalistický a justiční.⁹

⁶ Srov. HART, H. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010, s. 17, a SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, s. 3 an.

⁷ Srov. např. KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 40–50, či GERLOCH, A. *Teorie práva*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021, s. 23 an.

⁸ Srov. např. rozsáhlý přehled různých chápání práva v TAMANAHA, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁹ Za zcela specifický, čtvrtý přístup k mimořádnému vládnutí lze označit teorii Martina Loughlina, který jej chápe jako součást *droit politique*, což je podle něj systém odlišný od práva pozitivního, zachyceného v legislativě (legalistický přístup), podle kterého rozhodují soudy (justiční přístup). Ve svých pozdějších pracích však konstatuje, že v současnosti mimořádné vládnutí již mimoprávně neprobíhá, což ale souvisí s přechodem převládající koncepce práva od tradiční

1.1 Přístup přirozenoprávní

První přístup je založen na teoriích přirozeného práva a lze jej rozčlenit do dvou navzájem protikladných podskupin. V prvé řadě jde o přístup nadřazující stát nad právo. Právo je zde pouhou odvozeninou od státu, přičemž stát má metaprávní, přirozené oprávnění na existenci. Mimořádné vládnutí, jakožto vládnutí, jímž se realizuje a brání toto přirozené (morální, rozumové nebo jiné) právo na existenci, se tak pohybuje mimo sféru (pozitivního) práva, přičemž není v moci práva je být jen částečně regulovat.¹⁰ Z tohoto důvodu mluví Ralph Trümpler o systémově transcendentní teorii mimořádného vládnutí.¹¹ Ve druhé řadě jde o klasické jusnaturalistické teorie, vázající platnost práva na požadavky konkrétního systému morálních norem. V teorii mimořádného vládnutí se mu pak velmi blíží zastánci běžného fungování právního řádu i za mimořádné situace, tzv. modelu *Business as Usual*.¹² Za zastávce spojení práva a morálky lze poté zvláště označit Davida Dyzenhausa.¹³ Ten si totiž ve svém díle *The Constitution of Law* vytkl za cíl prokázat, že některé principy (hodnoty), mající morální charakter, jsou inherentní samotné podstatě jakéhokoliv práva,¹⁴ přihlásil se k morálnímu zdroji právních norem,¹⁵ označil právní pozitivismus (respektive tzv. tezi oddělitelnosti)¹⁶ za svého soupeře¹⁷ a navázal na myšlenky Lona L. Fullera a Ronalda Dworkina.¹⁸ Nicméně některé jeho teze lze ale interpretovat i pozitivisticky.^{19, 20}

law (soudcovské praktiky odlišující právo a politično) přes moderní *legality* (právo jako zákonodárství) k dnešní *super-legality* (právo jako soubor fundamentálních norem majících především povahu principů). Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 6, 165–166.

- ¹⁰ Srov. JAKAB, A. German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. *German Law Journal*. 2005, Vol. 7, No. 5, s. 467–469. Jakab mezi zastávce této na stát orientované přirozenoprávní teorie ve své klasické verzi řadí Klause Sterna, Herberta Krügera, Hanse Nawiaskeho, Carla Schmitta, Paula Kirchhofa a Ulricha Scheunera. Přinejmenším u Schmitta je však situace složitější, jak je vidět z následujících řádků.
- ¹¹ Srov. TRÜMPLER, R. *Notrecht. Eine Taxonomie der Manifestation und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda*. Zürich: Schulthess, 2012, s. 37. Trümpler uvádí i jiné zdroje mimořádného vládnutí kromě přirozeného práva; jde ovšem stále o zdroje založené na kognitivistickém postoji k právu (rozum, legitimita jednání, právní citění národa atp.).
- ¹² K modelu srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 87 an.
- ¹³ Jistě nejen jeho. Kupříkladu Terry Nardin v podstatě zastává kognitivistický (nonpozitivistický) postoj k právu, když váže platnost práva na morálku, jež je odvoditelná přímo z rozumu. Srov. NARDIN, T. *Emergency Logic: prudence, morality and the rule of law*. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*, s. 99–104.
- ¹⁴ Srov. DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 7.
- ¹⁵ DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, s. 60 an. (zvláště s. 63).
- ¹⁶ K tezi oddělitelnosti viz SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, s. 260.
- ¹⁷ Srov. DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, s. 10, 61.
- ¹⁸ Srov. ibidem, s. 10, 61–62.
- ¹⁹ Uvádí totiž, že jeho koncepce vlády práva je spíše specifickým *common law* systémem. V jeho práci se navíc objevují formulace umožňující zacházet odděleně s právem jako normativním systémem na straně jedné a vládou práva jako specifickým morálním projektem nebo koncepcí na straně druhé. Za účel vlády práva následně označuje vládu dobrého práva, přičemž se k němu společnost sama rozhodla volbou liberálnědemokratického uspořádání své existence (srov. DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, s. 4, 13, 19, 42, 220). Sám Dyzenhaus kritizuje především „ústavní pozitivismus“; má však na mysli legalistický přístup k pojetí práva (viz dále) v kombinaci s formalismem v právním (soudcovském) rozhodování. (srov. ibidem, s. 68).
- ²⁰ Byl proto podroben kritice, protože tím mj. míchá stanoviska přístupů *Business as Usual* a *Model of Accommodation*. Srov. SAGOS, N. C. *Democracy, Emergency, and Arbitrary Coercion. A Liberal Republican View*. Leiden – Boston: Brill, 2014, s. 82.

1.2 Přístup legalistický

Druhý přístup ztotožňuje právo se systémem právních norem, které jsou výlučně obecné, nikoliv *ad hoc* a zcela neurčitě,²¹ a zároveň se nacházejí v zákonech a v navazujících právních předpisech (tzv. teze identity),²² v případě angloamerického systému pak i v soudních precedentech. Jde o velmi vlivnou koncepci, především v oblasti kontinentální právní kultury.²³ Hlavní teze tohoto přístupu v teorii mimořádného vládnutí spočívá na tvrzeném protikladu normy, mající charakter práva, a aktu mimořádného vládnutí (opatření, mimořádného nařizování), kterému se takový charakter upírá.²⁴ Akt mimořádného vládnutí proto nemá kvalitu práva, neboť není výlučně obecný a zároveň nejde o součást právního předpisu. Současně nejde o běžný akt veřejné správy, neboť chybí jeho relativně striktní návaznost na zákonnou právní úpravu. Důsledkem tohoto přístupu tak je vykázání mimořádného vládnutí do sféry mimo právo.

Je zřejmé, že toto legalistické chápání práva není univerzálním, neboť vychází z konkrétních historických zdrojů z 19. století.²⁵ Jednak ze snahy odstranit právní pluralismus po Velké francouzské revoluci prostřednictvím obecné zákonné regulace,²⁶ jednak ze specifické ústavní situace v německých zemích, kdy se pomocí koncepce obecného zákona jako ústředního prvku právního státu snažilo měšťanstvo prosadit svůj podíl na výkonu veřejné moci.²⁷ Není tedy správné, pokud se koncepce práva, která stojí na specifické situaci moderních států 19. a 20. století, začne chápat jako koncepce výlučná.²⁸ Neumožní nám totiž, jak poznamenali Scott Shapiro a Oona Hathaway, označit za „právo“ mnohé normativní systémy včetně jejich jednotlivých prvků, které jako právo byly vždy chápány (např. současné mezinárodní právo veřejné nebo právní systémy v období starověku, středověku a raného novověku).^{29, 30}

²¹ K problematičnosti takového postoje srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 116.

²² K této tezi srov. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 261.

²³ Takto chápe právo jako soustavu obecných právních norem např. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 51, 149, ovšem s konstatováním, že obecnost právní normy není v literatuře všeobecně zastávána. Aleš Gerloch sice též definuje normu prostřednictvím znaku obecnosti, ale vedle toho uznává za významnou součást práva i právní principy; srov. GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 34–38.

²⁴ Srov. SCHMITT, C. *Politická theologie*. Praha: Oikymen, 2012, s. 14–15; SCHMITT, C. The Dictatorship of the President of the Reich According to the Article 48 of the Weimar Constitution. In: SCHMITT, C. *Dictatorship*. Cambridge – Malden: Polity Press, 2014, s. 214–216; BÖCKENFÖRDE, E. – W. The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances. In: BÖCKENFÖRDE, E.-W. – KÜNKLER, M. – STEIN, T. – DUNLAP, T. *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 127.

²⁵ Ke konkrétní historické podmíněnosti legalistického chápání práva viz GÁBRIŠ, T. *Preskriptivna teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť*. Bratislava: VEDA, 2020, s. 19–20.

²⁶ THORNHILL, C. L. *A Sociology of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 207.

²⁷ KLOKOČKA, V. *Ústavní systémy evropských států*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006, s. 63–64.

²⁸ Sám Carl Schmitt, z jehož některých děl legalistické chápání práva v teorii mimořádného vládnutí vychází (viz SCHEUERMAN, W. E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy*. 2006, Vol. 14, No. 1, s. 65), později naznačil, že jde jen o jedno z mnoha chápání práva, které je historicky vázáno právě na koncepci buržoazního (liberálního) právního státu 2. poloviny 19. století. Srov. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Durham – London: Duke University Press, 2008, s. 181–194; SCHMITT, C. *Legality and Legitimacy*. Durham – London: Duke University Press, 2004, s. 3 an.; SCHMITT, C. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport: Praeger, 2004, s. 43 an.

²⁹ HATHAWAY, O. – SHAPIRO, S. Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law. *The Yale Law Journal*. 2011, Vol. 121, No. 2, s. 257 an. K tomu podobně srov. TAMANAHA, B. A *General Jurisprudence of Law and Society*, s. 204.

³⁰ O vadné identifikaci práva se zákonem, znemožňující považovat za součást práva např. i soudní rozsudky, psal již

Pokud jde navíc o nezbytnost obecnosti právní normy, pak je třeba mít na paměti, že norma nemusí být nutně obecnou (na rozdíl od pravidla);³¹ chápeme-li právo převážně jako soubor plánů pro lidské jednání, pak si lze představit normativní systém složený podstatně z individuálních plánů.^{32, 33} Je ale jisté, že k institucionalizaci jsou dominantně způsobilé normy obecné.³⁴ Ze zkušenosti s mimořádným vládnutím ovšem víme, že akty mimořádného vládnutí jsou velmi často obecné;³⁵ legalistickému chápání práva tak vadí spíše zvláštní právní forma těchto aktů, případně též jejich větší míra konkrétnosti³⁶ či omezená opakovatelnost jejich užití.

1.3 Přístup justiční

Konečně třetí přístup přiznává právní charakter pouze takovým normám, které jsou vynutitelné soudní cestou, respektive podle kterých rozhodují soudy. Neřídí-li se soudy takovými normami, nejde o právo, ale o záležitosti mimoprávní (typicky politické). Tato představa práva je velmi rozšířená především v zemích právní kultury *common law*³⁷ a neomezuje se pouze na obecnou charakteristiku práva.³⁸ Kořeny tohoto justičního přístupu k právu lze vystopovat hluboko do právní minulosti; ať už jde o raně středověkou doktrínu nezávanosti papeže a římské církve světským právem, tudíž ani světskými soudy (*plenitudo potestatis*),³⁹ rozlišování *jurisdictia* a *gubernacula* Henryho de Bractona či obecněji práva a prerogativy v anglickém právním myšlení⁴⁰ nebo doktrínu *actes du gouvernement* ve francouzském právu po Velké francouzské revoluci.⁴¹

Předně je třeba uvést, že kritérium soudního užívání pro rozlišování právního a mimoprávního vyvolává dojem nahodilosti a účelovosti. Historicky vzato totiž velká část práv-

Kelsen. Srov. Kelsen, H. *Ryzí nauka právní*. Brno – Praha: Orbis, 1933, s. 36. Velmi výstižně píše i Merkl, že pokud by se ztotožnilo „zákonodárství s právotvorbou, tu byla by právní nauka vyčerpána naukou o zákonech“. Viz Merkl, A. *Obecné právo správní. Díl první*. Brno: Orbis, 1931, s. 8.

³¹ Srov. Shapiro, S. *Legality*, s. 41. K tomu shodně Kelsen, H. *Všeobecná teorie norem*. Vídeň – Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 22.

³² Srov. Shapiro, S. *Legality*, s. 159.

³³ Stranou ponechme asi nejširší chápání práva, a to v socioprávním pozitivismu Briana Tamanahy, pro kterého je právo cokoliv, co daná společnost za právo označuje. I zde je tak možné si představit, že daná komunita bude za právo považovat i soubor individuálních mětí. Srov. Tamanaha, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 151 an.

³⁴ Srov. Holländer, P. *Základy všeobecné státovědy*. 3. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 107.

³⁵ Böckenförde, E.-W. *The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances*, s. 127.

³⁶ Otázka abstraktnosti a konkrétnosti je však otázkou míry, na rozdíl od obecnosti a individuálnosti. Srov. Jakab, A. Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen's Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2007, Vol. 20, No. 1, s. 46.

³⁷ Dominantně pak v USA, srov. Sobek, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2011, s. 387, a Vermeule, A. *Law's Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, s. 7–10.

³⁸ Na tom, co dělají nebo nedělají soudy, respektive podle čeho se soudy řídí, nebo neřídí, je z podstatné části založeno stanovisko tzv. právního konstitucionalismu (*legal constitutionalism*), jakožto protikladu vůči konstitucionalismu politickému, nebo zdůvodnění odlišování otázek právních a otázek politických, majících povahu samostatné doktríny (*political question doctrine*).

³⁹ Srov. Thornhill, C. L. *A Sociology of Constitutions*, s. 26.

⁴⁰ Srov. Loughlin, M. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 134–135; Loughlin, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 379 an.; Kysele, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 185 an.

⁴¹ Viz Malíř, J. Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě: případ *actes de gouvernement* ve francouzském právu. *Jurisprudence*. 2017, č. 6.

ních norem, typicky z oblasti dnešního správního práva, nebyla určena soudům,⁴² a až do relativně nedávné doby existovaly rozsáhlé výluky ze soudního přezkumu; soudy se proto některými normami ani řídit nemohly. Přesto šlo o normy právní, neboť se jimi řídily a podle nich rozhodovaly jiné instituce (typicky správní úřady). Z právněsociologických výzkumů Briana Tamanahy navíc vyplývá, že existují i v současnosti právní systémy, které soudy jako specializované orgány nemají; jako hlavní kritérium pro rozlišování právnosti a mimoprávnosti tak sledování toho, co dělají soudy, není vhodné.⁴³ I v britském ústavním právu, ze kterého tento přístup významně čerpá, již takové kritérium neplatí. Jak uvádí Nick Barber, britské soudy na jednu stranu užívají praktické informace, které byly tradičně považovány za mimoprávní (ústavní konvence), na stranu druhou nevymáhají všechna pravidla obsažená v právních předpisech.⁴⁴ Navíc i to, co se považuje za doménu prerogativy britské Koruny, francouzských vládních aktů nebo americké politické otázky se v čase podstatně mění;⁴⁵ nemůže tak, pro posouzení toho, co je právo, jít o kritérium kvalitativní, nýbrž nanejvýše kvantitativní. Tento druhý přístup však lze velmi dobře vysvětlit z právněrozhodovací perspektivy.⁴⁶ Jde totiž o právněpolitický nástroj,⁴⁷ který soudci využívali a využívají, pokud z pragmatických důvodů o některých věcech nechtěli a nechtějí judikovat.⁴⁸ Ostatně byly to právě ohledy na mocensko-politickou situaci, které daly vzniknout jak francouzským aktům vládnutí,⁴⁹ tak i přejímání doktríny politické otázky v asijských zemích.⁵⁰

Závěrem je třeba k posledním dvěma přístupům dodat, že jak stavění právní normy na požadavku obecnosti, tak i její navázání na soudní rozhodování nemá oporu v logice normativních vět;⁵¹ nejde tak o definiční znak normy, nýbrž o zvláštní právněpolitickou koncepci plynoucí z již zmíněného konkrétního axiologicko-teleologického pozadí nebo podoby institucionálního ukotvení daného právního řádu (zejména koncepce právního státu, respektive *rule of law*). Z normologické perspektivy je totiž norma výrazem mětí bez ohledu na její obecnost či individuálnost, abstraktnost či konkrétnost, určitost či neurčitost, nebo aplikovatelnost v řízení před soudy.

⁴² Viz např. KOPECKÝ, M. Ústavní zakotvení rakouského modelu soudní kontroly správy a jeho následování. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 12, s. 1074 an., nebo výklad o policii a policejním právu v LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. Praha: Academia, 1971, s. 12 an.

⁴³ Srov. TAMANAHA, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 145–146. Je ale třeba podotknout, že souhlasíme s klíčovým podílem orgánů aplikace práva na existenci práva ve společnosti (srov. KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutí. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, s. 20 an., 44); těmito orgány ale nemusí být pouze soudy jako zvláštní orgány, nýbrž i instituce jiné, které se za soudy spíše neoznačovaly a neoznačují.

⁴⁴ Srov. BARBER, N. *The Constitutional State*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 90–96.

⁴⁵ K právnosti britské prerogativy srov. JELÍNEK, F. *Prerogativa a brexit*. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2021, s. 28 an. Dostupné z: <<http://hdl.handle.net/20.500.11956/125244>>. Malíř pak pro oboru francouzských *actes de gouvernement* uvádí, že jde o doktrínu spíše praktickou, empirickou než dogmatickou, a to právě s ohledem na vývoj toho, co soudy (ne)připouštějí k přezkumu. Srov. MALÍŘ, J. *Actes de gouvernement* v soudobém francouzském právu: kompromis mezi soudním přezkumem a politikou. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 2, s. 91.

⁴⁶ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus: nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Kalligram, 2010, s. 205.

⁴⁷ MALÍŘ, J. Moderní doktrína politické otázky v USA: příběh, v němž stále nepadlo poslední slovo. *Jurisprudence*. 2019, č. 1, s. 15.

⁴⁸ O jasných politických tendencích nauky o vládních aktech psal v naší literatuře již Weyr. Srov. WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 53.

⁴⁹ MALÍŘ, J. *Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě: případ actes de gouvernement ve francouzském právu*, s. 8.

⁵⁰ Viz TOMÁŠEK, M. Politická otázka při přezkumu ústavnosti na Dálném východě. *Jurisprudence*. 2017, č. 1, s. 28–30.

⁵¹ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 61–62; KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*. 3. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2000, s. 124 an.

2. Mimoprávnost v normativním institucionalismu

2.1 Pojem práva v normativním institucionalismu a plánovací nauce právní

Normativní institucionalismus chápe právo jako systém právních norem (pravidel a principů) včetně jejich axiologicko-teleologického pozadí, jemuž přináležejí institucionální bytí.⁵² Základním stavebním kamenem státního práva je tak právní norma, jakožto jednotka institucionalizovaného mětí, v případě státního práva mětí veřejnomocenského. Právní normu pak lze chápat a zkoumat ve dvou smyslech – jako ideální entitu, zkoumanou normologickou perspektivou, a jako sociální skutečnost, zkoumanou perspektivou institucionální.⁵³ Právo pak, viděno z obou těchto perspektiv, aspiruje na to stát se systémem, tj. vzájemně provázaným, racionálním a vnitřně bezrozporným řádem.⁵⁴ I přesto však právní řád zůstává systémem otevřeným,⁵⁵ což se týká i jedné z jeho součástí – práva ústavního. Otevřenost práva obecně a ústavního práva zvláště se posléze projevuje přinejmenším ve třech oblastech. Předně (ústavní) právo přejímá informace z jiných systémů praktických informací,⁵⁶ dále ne všechny (ústavně)právní normy jsou vyjádřeny výslovně,⁵⁷ a konečně proto, že nelze předem určit všechny potenciální skutečnosti, na které by se mohly tyto normy vztahovat v budoucnu.⁵⁸

Plánovací nauka právní se pak věnuje především vysvětlení povahy právních aktů a dynamiky záměrné právotvorby. Tu chápe jako společenské plánování; fundamentální části práva tudíž mají charakter plánů pro lidská jednání.⁵⁹

2.2 Právo a prostor

Pokud v argumentaci učiníme závěr o tom, že určité jevy (např. akty mimořádného vládnutí) lze hodnotit z hlediska práva, a jiné se nacházejí mimo právo, vycházíme ze dvou hlavních premis: za prvé z námi chápaného pojmu práva (viz výše), za druhé z prostoru, ve kterém se toto právo nachází. Samotný pojem mimoprávnosti totiž evokuje představu prostoru práva prostého.⁶⁰ Koncepce prostoru je proto klíčovým prvkem pro zkoumání práva jako samostatného společenského systému.

⁵² WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 9, 29–30, 78–81, 86; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha: Filosofia, 1997, s. 207; WEINBERGER, O. *Institucionalizmus: nová teória konania, práva a demokracie*, s. 76–77; MACCORMICK, N. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 11 an.

⁵³ WEINBERGER, O. Norm as thought and as reality. In: MACCORMICK, N. – WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer, 1986, s. 33 an. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 36–37.

⁵⁴ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 30–34.

⁵⁵ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 203.

⁵⁶ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 200; WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 1991, s. 120. Tento přístup uznává i panující česká nauka, srov. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 33, 37–38. Z ústavní teorie pak srov. KLOKOČKA, V. *Ústavní systémy evropských států*, s. 11.

⁵⁷ WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 191. Z ústavní teorie pak srov. HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace*. Praha: Linde, 2003, s. 9, a DRGONEC, J. *Ústavné právo hmotné*. Bratislava: C. H. Beck, 2018, s. 36, 61.

⁵⁸ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 203, pokud jde o dodatečně se vynořující okolnosti. Srov. též TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2010, s. 55–60. Z ústavní teorie pak srov. DRGONEC, J. *Ústavné právo hmotné*, s. 40 (o možnosti změny obsahu a rozsahu ústavní normy) nebo LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 4 (o nekonečné souhře mezi ústavním textem, principem a skutkovým precedentem).

⁵⁹ Srov. SHAPIRO, S. *Legality*, s. 119, 171 an.

⁶⁰ KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 65.

Od státu a jeho vztahu k právnímu řádu odvisí tradiční pojetí prostoru, jímž je pojetí geografické. V tomto pojetí zkoumáme prostor ve smyslu územního rozsahu platnosti právního řádu,⁶¹ případně jako územní sféru rozsahu kompetencí státních orgánů stanovených právem.⁶² Za jev nacházející se mimo právo tak v rámci geografického pojetí prostoru lze označit tu část trojrozměrné reality světa (část povrchu vesmírného tělesa, prostor nad ním, prostor pod ním a prostor mezi vesmírnými tělesy), na kterou se vzhledem ke své působnosti nevztahují žádné právní normy, žádný právní řád.

Z hlediska normativního institucionalismu i plánovací nauky je ovšem zřejmé, že toto pojetí prostoru je pojetím odvozeným, neboť přestože spočívá na objektivně daných prvcích přírody (zachycených v souboru popisných informací), odvozuje svůj smysl a účel od člověka a jeho života v rámci těchto prvků. Až svým životem připisuje člověk zvláštní charakteristiky jednotlivým částem objektivní reality, včetně stanovení, že na určitém území platí norma N, ale na jiném již ne, případně, že na tomto území státní orgán O disponuje právem stanovenou kompetencí K, ale jinde už ne.

Vzhledem k antropologickým poznatkům o podstatě života člověka a společnosti, jež jsou v základu normativního institucionalismu i plánovací nauky právní, je tak třeba jako východisko našich úvah o prostoru ve vztahu k právu zvolit perspektivu člověka jako bytosti jednající, tj. bytosti, jejíž chování je určováno popisnými a praktickými informacemi.⁶³ Dostáváme se tak ke druhému, primárnímu pojetí prostoru, jímž je pojetí praktické.⁶⁴ V tomto praktickém pojetí prostoru zkoumáme, zda, a pokud ano, pak jaké právní normy mají jako praktické informace vliv na zvažování a výběr variant (alternativ) lidského jednání.⁶⁵ Časové a teritoriální hledisko, jakož i hledisko zvláštního postavení dotčeného člověka či lidské instituce, jsou až prvky odvozenými.

Za jev nacházející se mimo právo tak v rámci praktického pojetí prostoru lze označit tu alternativu lidského jednání jakožto chování řízeného informacemi, ke kterému právní normy jako praktické informace nemají co říci.

2.3 Dvojitý charakter mimoprávnosti

Závěry normativního institucionalismu a plánovací nauky právní nás vedou k uznání širšího pojmu práva, zahrnujícího nejen právní pravidla, nýbrž i právní principy a další prvky, které mohou být obsaženy v různých druzích právních pramenů;⁶⁶ klíčové je pouze, zda jde o normy institucionalizované v rámci struktury veřejné moci. Při bližším zkoumání právního systému ovšem zjistíme, že jednotlivé právní normy se od sebe navzájem

⁶¹ Srov. NEUBAUER, Z. *Pojem státního území*. Praha – Brno: Orbis, 1933, s. 73 an.; NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*. Praha: SLON, 2006, s. 59 an.; WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 121–122, 220 (ve smyslu hlediska statického); KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 91; HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*, s. 95; odvozeně též BOGU-SZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 27, 93; GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 78; HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 20, 204, 207.

⁶² Srov. KLÍMA, K. Stát. In: KLÍMA, K. a kol. *Státověda*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 76; WEYR, F. *Teorie práva*, s. 121–122, 220 (ve smyslu hlediska dynamického).

⁶³ WEINBERGER, O. *Institucionalismus*, s. 38; WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 12 an.

⁶⁴ O. Weinberger používal pojem „prostor pro jednání“ ve smyslu rozvětveného systému „alternativních způsobů chování, jež mohou být v budoucnu uskutečněny“. Viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 15.

⁶⁵ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalismus*, s. 46–47, 98 an. Odvozeně též KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 65, 136.

⁶⁶ K tomu shodně MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 18.

odlišují, ať už jde o druh právního pramene, v němž jsou zachyceny, stupeň abstraktnosti, nebo právní sílu odpovídající postavení normy v hierarchickém uspořádání právního řádu. Je dále zřejmé, že nejvyšší stupeň institucionalizace v soudobých státech vykazují právní normy (zvláště pak právní pravidla) zachycené v právních aktech, zejména v právních předpisech.

Z institucionálního hlediska je tudíž vhodné rozlišovat obecný soulad s právními normami, vyjádřenými jakýmkoliv způsobem v jakýchkoliv pramenech práva (tj. všeobecný soulad s celým právním řádem), a soulad s právními normami v právních předpisech (tj. soulad se zákonnou částí právního řádu). Tyto „dva stupně právnosti“ identifikoval ve své práci Jaroslav Krejčí a označil je za *právnost prostou* (opírání se o jakoukoliv právní normu) a *právnost kvalifikovanou* (opírání se o zákonnou právní normu).⁶⁷ Pokud totiž odmítneme výše zmíněnou tezi identity a vyjdeme z širšího chápání práva, pak zákonný text nebude jediným a výlučným zdrojem právních norem, respektive práva. Pouze bude zdrojem privilegovaným.⁶⁸ Obdobně pak můžeme hovořit i o prosté a kvalifikované protiprávnosti (celkový rozpor s právním řádem nebo jen s jeho zákonnou částí).

Nás však zajímá jiný fenomén než soulad, anebo rozpor s právním řádem. Mimoprávnost jevu, v našem případě mimořádného vládnutí, jsme si charakterizovali jako alternativu lidského jednání, k němuž nemá právo jako soubor praktických informací co říci. Z tohoto důvodu by tak, v případě označení mimořádného vládnutí jako mimoprávního fenoménu, nebylo možné stanovit vztah mimořádného vládnutí s právem, a tak ani zhodnotit, zda konkrétní akty mimořádného vládnutí proběhly v souladu, anebo v rozporu s právním řádem. Tomuto hodnocení (Luhmannovou terminologií kódování)⁶⁹ by se totiž mimořádné vládnutí, vykázané do sféry mimo říši práva, vzpíralo.

Pro naše účely je tedy rozčlenění dvou stupňů potenciální mimoprávnosti mimořádně důležité, neboť umožňuje samostatně posoudit, zda mimořádné vládnutí probíhá (může probíhat) mimo prostor *extra legem intra ius*⁷⁰ (tj. mimo prostor prosté právnosti, úplně mimoprávně), nebo pouze mimo prostor *secundum et intra legem* (tj. mimo prostor kvalifikované právnosti, mimozákonně). Prostá mimoprávnost mimořádného vládnutí by tedy znamenala, že mimořádné vládnutí probíhá v prostoru úplné absence právních norem, které by měly být jen teoretický (potenciální) vliv na lidské jednání; šlo by tak o právněnormativní vakuum. Kvalifikovaná mimoprávnost následně znamená, že mimořádné vládnutí nemá oporu v explicitně zachyceném normativním textu přijatém ústavodárným nebo zákonodárným orgánem.

Důležitost tohoto rozlišování je třeba spatřovat i v nedůslednosti, v jaké dominující anglickojazyčný diskurz v rámci teorie mimořádného vládnutí zachází s termíny *law* nebo *legal*, aniž by přesně odlišil situaci, kdy má na mysli souvislost s právem a kdy souvislost s právními předpisy. Toto směšování totiž zásadním způsobem přispívá ke znepráhlednění odborné diskuse, kterou nevedou výlučně akademici ze země *common law*, a zatemnění problému právnosti, respektive mimoprávnosti mimořádného vládnutí. I v britském a americkém právu totiž v posledních desetiletích zásadně vzrostl význam zákonodárství;

⁶⁷ KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*. Praha: Moderní stát, 1931, s. 15–16.

⁶⁸ Toto rozlišování by mohlo připomínat Loughlinovo rozlišování *droit politique* a pozitivního práva (srov. LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*, s. 402). Nicméně se podstatným způsobem odlišuje; prostá i kvalifikovaná právnost je stále součástí jednoho normativního systému, který je produktem společenské institucionalizace.

⁶⁹ Srov. ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 68–69.

⁷⁰ K tomuto pojmu prostoru viz BARÁNY, E. *Pojmy dobrého práva*. Žilina: Poradca dobrého podnikatele, 2007, s. 70.

právě v systémech *common law* je tak velmi účelné rozlišovat souvislost se zákonnými normami na straně jedné a souvislost s normami pocházejícími z jiných zdrojů na straně druhé.

3. Nemožnost prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí

Za využití závěrů normativního institucionalismu nyní přejdeme k rozboru možnosti esenciální prosté mimoprávnosti, a to metodologicky ve dvou oddělených perspektivách – normologické a institucionální.

3.1 Normologická perspektiva

V prvé řadě je třeba zjistit, zda je mimoprávnost lidského jednání možná normologicky, tedy zhodnotit možnost právněnormativní indifference. Problém normativní indifference spočívá v otázce, zda je jakékoliv lidské jednání možné kvalifikovat jako právně dovolené, nebo nedovolené, anebo zda existuje prostor nevýlučnosti dovolenosti či zakázanosti lidského jednání. K tomu se přidává otázka podoby normy, tj. zda musí jít o zákaz či dovolení explicitní, či zda postačí implicitní.⁷¹

Lze konstatovat, že v obecné deontické logice, respektive v logice normativních vět je normativní indifference pro lidská jednání možná.⁷² Otázkou ovšem zůstává, zda je možná též pro mimořádné vládnutí jakožto specifické jednání, jímž se určuje jednání univerzální veřejnomocenské instituce – státu – za mimořádné situace.⁷³ Tuto možnost totiž striktně vylučovala ryzí nauka právní, respektive normativní teorie. Jestliže totiž zastánci této teorie došli k závěru o ztotožnění státu a právního řádu jako normového souboru, pak pro ně nebylo z normativněstatického pohledu myslitelné, aby bylo státu přiřitatelné jednání bez opory v právní normě.⁷⁴ Pro zachování „ryzosti“ bylo navíc většinou zastánců normativní teorie vyžadováno pro jednání státu dovolení výslovné.⁷⁵ Normativní institucionalismus však nestaví svou teorii na totožnosti státu a právního řádu; dle Weinbergera v otevřených systémech, jakými je i (ústavní) právo, je to, co není výslovně dovoleno či zakázáno, nejisté a spočívá na normativním rozhodnutí daného systému.⁷⁶ Systém praktických informací, v našem případě právo, navíc nemusí existovat explicitně formulován.⁷⁷ Tímto se normologické řešení problému právnosti mimořádného vládnutí v pod-

⁷¹ KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 110; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 139 an.

⁷² KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 110–112; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 139 an.

⁷³ K této koncepci vládnutí srov. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 123.

⁷⁴ Srov. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 89–92, 308; KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 15, 20–28; Kelsen, H. *Ryzí nauka právní*, s. 49 an.; BULÍN, H. Konstrukce pojmu „právních pramenů“ vůbec a pramenů římského práva zvláště s hlediska ryzí nauky právní. In: WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. – KOSEK, J. *Brněnská škola právní teorie: (normativní teorie)*. Praha: Karolinum, 2003, s. 171; MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl první*, s. 78–79; NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*, s. 24, 28.

⁷⁵ Přímou pro mimořádné vládnutí srov. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 307–308, a MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl první*, s. 54. S tím, zdá se, nesouhlasil Krejčí, který umožnil i opírání se o normy implicitní. Srov. KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 16, 20.

⁷⁶ Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 148. I Knapp s Gerlochem píší, že vzhledem k neobyčejné složitosti právního systému může být sporné, zda je v konkrétním případě věc opravdu právem neupravená, tedy nacházející se v prostoru právněnormativní indifference. Srov. KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 123.

⁷⁷ WEINBERGER, O. *Institucionalismus*, s. 71.

statě shoduje s jedním z přístupů Tracy McNulty založeného na intuicionistické logice:⁷⁸ existuje prostor lidského jednání, a tedy i vládnutí, o němž nemůžeme říci, zda je právní, nebo protiprávní. Je tak z normologického hlediska mimoprávní.

Nicméně tímto naše zkoumání nekončí, neboť problém mimoprávnosti mimořádného vládnutí nelze vyřešit pouze v rovině normologické. Je totiž třeba dodatečného určení charakteru právního řádu, což lze bez vztažení se ke konkrétnímu právnímu řádu řešit pouze v rovině institucionální. Tomu v podstatě odpovídá i názor tradiční právní teorie, která problém normativní indifferenc v právu řeší axiomem majícím právněpolitický charakter.⁷⁹ Tím je zásada legální licence pro osoby fyzické a právnické a zásada legality pro veřejnou moc, jakožto součást koncepce právního státu.⁸⁰ Řešení problému mimoprávnosti mimořádného vládnutí tak spočívá v rovině institucionální.

3.2 Institucionální perspektiva

Teoretický proud obhajující prostou esenciální mimoprávnost mimořádného vládnutí výstižně označuje Nomi Claire Lazar za excecionalismus, přičemž jej rozděluje do dvou skupin – na excecionalistický decisionismus a excecionalistický republikanismus.⁸¹ Rozboru obou skupin se nyní budeme postupně věnovat.

3.2.1 Problémy decisionistické interpretace Carla Schmitta

Názna excecionalistického decisionismu lze sice objevit u Thomase Hobbese,⁸² za jeho nejvýraznějšího zastávce je ovšem považován Carl Schmitt, a to především pro svou práci *Politická theologie*.⁸³ V ní totiž představil svou koncepci výjimečného stavu (*Ausnahmenzustand*) jako neomezeného oprávnění suveréna k „suspendování veškerého existujícího řádu“.⁸⁴ Na základě suverénního rozhodnutí tak právo „ustupuje do pozadí“ a zůstává pouze stát, nadřazený nad platností právních norem.⁸⁵ V tomto pojetí sice může právo regulovat různé instituty mimořádného vládnutí,⁸⁶ mimoprávnímu výjimečnému stavu se však nelze vyhnout.⁸⁷ Obecně se tyto Schmittovy názory v teorii mimořádného vládnutí interpretují tak, že v podstatě vylučují možnost vázanosti mimořádného vládnutí právem, neboť výjimka je neslučitelná s právní normou;⁸⁸ mimořádné vládnutí tak probíhá v právní anomii a spočívá pouze na *ex nihilo* decisi suverénní autority.⁸⁹

⁷⁸ Viz MCNULTY, T. The Gap in the Law and the Border-Breaching Function of the Exception. *Konturen*. 2008, Vol. 1, s. 5–6.

⁷⁹ Srov. KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 112.

⁸⁰ Srov. PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. 2. vydání. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 71–73.

⁸¹ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 12 an.

⁸² Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 12, 71; SORREL, T. *Emergencies and Politics. A Sober Hobbesian Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 93; HOBBS, T. *Leviathan, aneb Látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenth, 2009, s. 117–120, 124–125, 145, 222–225.

⁸³ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 12. Ke klasifikaci Schmittova přístupu jako esenciálně mimoprávního viz též FELDMAN, L. C. Schmitt, Locke and the Limits of Liberalism. *Konturen*. 2008, Vol. 1, s. 2.

⁸⁴ SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 14.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Schmitt zmiňuje nouzová nařízení a stavy obležení. Viz SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 9.

⁸⁷ SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 14.

⁸⁸ Tradiční chápání schmittovské výjimky mluví o tom, že norma nemůže být bez výjimky, neboť „výjimka ohraničuje (definuje) pravidlo“ (KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 155). Nicméně kupříkladu Oren Gross se snažil poukázat na důsledky takové argumentace: pokud je to výjimka, která zároveň určuje (definuje), co je obecnou normou,

Takto chápané Schmittovy myšlenky zaznamenaly nebývalý ohlas; nejen, že vyvolaly bouřlivou reakci ve 20. a 30. letech 20. století, ale v podstatě ovládly debatu o mimořádném vládnutí až do současnosti.^{90, 91} Nejvýraznějším příkladem budiž americká diskuse v období po teroristických útocích na Světové obchodní centrum v roce 2001, kdy se činy administrativy prezidenta George W. Bushe vysvětlovaly právě s ohledem na Schmittova suveréna suspendujícího (ústavní) právo a jednajícího v prostoru bez norem, a to až už konceptuálně nebo prakticky.⁹²

Dosud jsme hovořili pouze o tom, že jde o interpretaci jedné ze Schmittových knih, nikoliv o postoj samotného Schmitta. Proč taková opatrnost? Za hlavním problémem znesnadňujícím řádnou reflexi myšlení tohoto německého teoretika jsou totiž považovány vzájemné rozpory v jeho pracích a závěrech.⁹³ Proto uspořádat opravdové názory Carla Schmitta do koherentního celku je nanejvýš obtížné.⁹⁴ V našem případě jde především o protiklad koncepce komisařské diktatury, kterou Schmitt představil roku 1921 v práci *Die Diktatur* a částečně rozvinul o tři roky později v článku týkajícím se výkladu mimořádných pravomocí říšského prezidenta dle čl. 48 výmarské Ústavy Německé říše⁹⁵ a koncepce suverenity a suverénní diktatury.

Komisařskou diktaturu charakterizoval Schmitt v podstatě jako institut mimořádného vládnutí, ve kterém se na základě imanentního ústavního zmocnění lze odchýlit od ústavních ustanovení za účelem zachování ústavy jako takové.⁹⁶ Pohybuje se tak v rámci moci ustavené (*pouvoir constitué*) a je účelově vázáno obnovením *statusu quo ante*. Suverénní diktatura je oproti tomu nástrojem moci ustavující (*pouvoir constituant*) bořícím

a zároveň ji vytyčuje meze, pak se sama stává obecnou normou. Je tedy zároveň beznormemnou i nevýjimečnou? Srov. GROSS, O. The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dichotomy. *Cardozo Law Review*. 2000, Vol. 21, No. 5–6, s. 1841.

⁸⁹ Srov. např. CRISTI, R. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. In: DYZENHAUS, D. (ed.). *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham – London: Duke University Press, 1998, s. 179; ZUCKERMAN, I. One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception. *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*. 2006, Vol. 13, No. 4, s. 525, a ZUCKERMAN, I. *The Politics of Emergencies: War, Security and the Boundaries of the Exception in Modern Emergency Powers*. PhD. Thesis. Columbia University, 2012, s. 23. Dostupné z: <<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8F76KN9/download>>, a SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 90–91.

⁹⁰ Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 22; ZUCKERMAN, I. *The Politics of Emergencies: War, Security and the Boundaries of the Exception in Modern Emergency Powers*, s. 20; SCHEUERMAN, W. E. States of Emergency. In: MEIERHENRICH, J. – SIMONS, O. (eds). *Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 547–548.

⁹¹ Taktéž v české literatuře se o tomto chápání Carla Schmitta v kontextu mimořádného vládnutí či boje proti terorismu několikrát diskutovalo. Srov. např. GÉRYK, J. Teorie výjimečného stavu: norma, decise a jejich prolnutí. In: ANTOŠ, M. – WINTR, J. (eds.) *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015, nebo KYSELA, J. Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: BÍLKOVÁ, V. – KYSELA, J. – ŠTURMA, P. (eds). *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016; BELLING, V. Výjimečný stav a hranice právního státu. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 3; KOLLERT, L. Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, roč. 29, č. 2.

⁹² Srov. TUSHNET, M. Meditations on Carl Schmitt. *Georgia Law Review*. 2006, Vol. 40, No. 3, s. 881–882.

⁹³ KENNEDY, E. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham: Duke University Press, 2004, s. 5.

⁹⁴ Solidním pokusem z poslední doby je např. práce SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, nebo MEIERHENRICH, J. – SIMONS, O. A „Fanatic of Order in an Epoch of Confusing Turmoil.“ The Political, Legal, and Cultural Thought of Carl Schmitt. In: MEIERHENRICH, J. – SIMONS, O. (eds). *Oxford Handbook of Carl Schmitt*.

⁹⁵ Obě práce jsou dostupné v SCHMITT, C. *Dictatorship*.

⁹⁶ Srov. SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 1 an., 29, 117–119.

stávající ústavní řád a tvořícím nový.⁹⁷ V *Politické theologii* se však již o komisařské diktatuře Schmitt nezmiňuje a jako by přenechal řešení mimořádných situací suverénovi.⁹⁸ John P. McCormick vysvětluje tento posun jednak vlivem teorie charismatického panství Maxe Webera,^{99,100} jednak pozdějším názorem Schmitta o nemožnosti zbavit se při řešení mimořádných situací souvislosti se suverenitou.¹⁰¹ Obojí pak demonstruje na Schmittově práci *Der Hüter der Verfassung*,¹⁰² kde podle něj dochází ke smísení dvou fenoménů: mimořádného vládnutí a charismatické instituce držící suverénní moc.¹⁰³

Výklad a chápání Schmittova díla v tom smyslu, že mimořádné vládnutí se nachází v prostoru bez norem a jde tudíž o ničím nevázanou vůli suveréna, není správný. Opomíjí totiž podstatu Schmittovy teorie, kterou on sám nejvíce ozřejmil v díle *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*,¹⁰⁴ vysledovat jej ale lze i v jeho výmarských pracích.¹⁰⁵ Schmittova teorie je totiž v podstatě teorií institucionální,¹⁰⁶ pracující s koncepcí tzv. konkrétně řádového myšlení (*konkretes Ordnungsdenken*). Ani politická, ani suverénní autorita, tedy ani mimořádné vládnutí neprobíhá v normativním vakuu, neboť je vázána pořadacími (řád dávajícími) idejemi (v našem smyslu praktickými informacemi), které vznikly v politické komunitě postupnou institucionalizací.¹⁰⁷ Mimořádné vládnutí, ať je chápeme jako projev suveréna, anebo ne, bude vždy probíhat v rámci konkrétního řádu. Bude o konkrétní řád opřeno, bude z něj vycházet. Proto pro Schmitta, i když se odchýlíme od detailů právního textu zachyceného ve formálních právních pramenech (viz výše o legalistickém chápání práva), zůstává i za výjimečného stavu řád v právním smyslu.¹⁰⁸ Navíc, jak si všiml Benjamin A. Schupmann, decise chápána tak, že se pohybuje v prostoru absolutní diskrece,¹⁰⁹ by nevysvětlovala, jak se jí má čelit hlavnímu problému Výmarského Německa, které Schmitt identifikoval – nedostatku přátelství v rámci politické komunity. Jednostranné rozhodnutí nevázané na konkrétní řád by jej pouze reprodukovalo.¹¹⁰

⁹⁷ SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 119.

⁹⁸ Srov. MCCORMICK, J. P. The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. In: DYZENHAUS, D. (ed.). *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham – London: Duke University Press, 1998, s. 217–218.

⁹⁹ Srov. MCCORMICK, J. P. *The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*, s. 225.

¹⁰⁰ Charismatické panství spočívá v autoritě dané nevšedními osobnostními kvalitami konkrétního člověka (proroka, demagoga, vůdce, válečníka atp.). Viz WEBER, M. *Politika jako povolání*. Praha: Orbis, 1929, s. 23–24.

¹⁰¹ Srov. MCCORMICK, J. P. From Constitutional Technique to Caesarist Ploy: Carl Schmitt on Dictatorship, Liberalism, and Emergency Powers. In: BAEHR, P. – RICHTER, M. (eds). *Dictatorship in History and Theory. Bonapartism, Caesarism, and Totalitarianism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 204.

¹⁰² SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung*. 5. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. Části knihy byly přeloženy do anglického jazyka v VINX, L. *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

¹⁰³ MCCORMICK, J. P. *The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*, s. 232–234. Shodně FELDMAN, L. C. *Schmitt, Locke and the Limits of Liberalism*, s. 8.

¹⁰⁴ Srov. SCHMITT, C. *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 43, 60 an.

¹⁰⁵ Srov. SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, s. 28.

¹⁰⁶ Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 136. Nejde však o normativní institucionalismus!

¹⁰⁷ SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, s. 91.

¹⁰⁸ Srov. DYZENHAUS, D. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 44.

¹⁰⁹ Takto chápe Schmittovu suverénní decisi jako volnou adaptaci na podmínky v kontextu řešení mimořádných situací např. i SORREL, T. *Emergencies and Politics. A Sober Hobbesian Approach*, s. 96.

¹¹⁰ SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, s. 91.

Nicméně nutno dodat, že za tuto nesprávnou interpretaci může do značné míry sám Schmitt, ať už ztotožňováním liberalismu s legalismem¹¹¹ nebo jeho vnitřně rozporným popisováním toho, co znamená suspendace ústavy. Nejprve totiž pod suspendací rozuměl učinění konkrétní výjimky z právní normy, nikoliv pozastavení platnosti právní normy.¹¹² Později měl za to, že suspendace znamená ustoupení veškerého práva do pozadí.¹¹³ A nakonec, že suspendací není pouhé učinění výjimky z jiné normy (což je v právu zcela běžný postup, nejvýrazněji při použití pravidla *lex specialis derogat legi generali*¹¹⁴), ani odpadnutí práva, nýbrž odstranění explicitních právních limitací pro veřejnou moc, především s ohledem na možnost zasahovat do základních práv.¹¹⁵ Je navíc zřejmé, že i tato teorie suspendace má zcela konkrétní historický základ; jde totiž v podstatě o zabsolutizování legislativní techniky ústav 19. a začátku 20. století do podoby obecné teorie.¹¹⁶ Ty totiž, pokud jde o mimořádné vládnutí, hovořily o suspendování (zbavení platnosti nebo účinnosti) ústavních článků, především o základních právech a svobodách. Vše navíc umocnila zkratkovitost Schmittových hlavních prací, jakož i jeho romantický existencialismus, který, pln patosu, estetizuje výjimečné případy jakéhokoliv druhu.¹¹⁷

3.2.2 Problémy decisionistické interpretace Giorgio Agambena

Druhým nejvýraznějším autorem, který své teorie zakládá na prosté esenciální mimoprávnosti mimořádného vládnutí, je současný italský filosof Giorgio Agamben. Ten totiž, v návaznosti na některé Schmittovy teze, popisuje v kontextu tzv. války proti terorismu po 11. září 2001 mimořádné vládnutí (jeho terminologií výjimečný stav) jako čistý *de facto* výkon moci, přičemž suspendaci veškerého právního řádu považuje za hlavní charakteristiku mimořádného vládnutí (výjimečného stavu).¹¹⁸ Tento svůj názor však zároveň koriguje prohlášením, že suspendace normy neznámá její zrušení, a že výjimečný stav není externí vůči (právnímu) systému, nýbrž se s ním různě prolíná, je k němu

¹¹¹ Srov. DYZENHAUS, D. The Politics of the Question of Constituent Power. In: LOUGHLIN, M. – WALKER, N. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 132; THOMAS, G. The Limits of Constitutional Government: Alexander Hamilton on Extraordinary Power and Executive Discretion. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 101; FATOVIC, C. *Outside the law: emergency and executive power*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009, s. 4.

¹¹² Srov. SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 118.

¹¹³ Srov. SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 14.

¹¹⁴ Shodně KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 35.

¹¹⁵ Srov. SCHMITT, C. The Dictatorship of the President of the Reich According to the Article 48 of the Weimar Constitution. In: SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 192.

¹¹⁶ KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60.

¹¹⁷ Viz ibidem, s. 20–22. Anna-Bettina Kaiser v tom spatřuje i vliv romantismu druhé poloviny 19. století s jeho estetizací zla a ošklivosti (viz např. hnutí prokletých básníků). O Carlu Schmittovi jako o antiliberálním romantikovi a nositeli temných apokalyptických vizí (*Weltangst, Weltschmerz*) píše i Günter Frankenberg (viz FRANKENBERG, G. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, s. 76, 102–103, 111), za melodramatika pak Schmitta označil Bruce Ackerman (viz ACKERMAN, B. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven: Yale University Press, 2006, s. 56). S těmito postřehy by jistě souhlasil Thomas Poole, který celou výmarskou debatu o mimořádném vládnutí označil za hystericky grandiózní, sice věrnou tradici literárního hnutí *Sturm und Drang*, ale pro akademickou analýzu v podstatě neplodnou. Srov. POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 5.

¹¹⁸ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*. Chicago – London: University of Chicago Press, 2005, s. 3–4, 50.

stále topologicky vztažen.¹¹⁹ Proč tedy považovat Agambena za představitele proudu prosté esenciální mimoprávnosti? Kromě toho, že na minimálně dvou místech používá k charakteristice výjimečného stavu pojem „zóna anomie“¹²⁰ a že je tak převážně v literatuře interpretován,¹²¹ je tím hlavním důvodem jeho přirovnávání výjimečného stavu k institutu římského *iustitia*. *Iustitium* v Agambenově chápání znamená suspendaci práva jako takového za účelem vypořádání se s existencí *tumultus*, tj. mimořádné (faktické) situace.¹²² Nejde jen o pozastavení řádného výkonu spravedlnosti či o změnu běžných právních postupů, nýbrž o zmizení všech právních oprávnění a povinností (římských) občanů.¹²³

Užívání příkladů z římskoprávní republikánské minulosti vyvolává samo o sobě mnoho problémů; mnohé zdroje z tehdejší doby jsou totiž samy o sobě retrospektivními, vznikly v historické etapě, kdy dotčené instituty buď vyšly z užívání, nebo změnily svou podstatu, a pocházejícími od autorů sledujících vlastní politické cíle.¹²⁴ U Agambenova chápání institutu *iustitia* se pak projevila tento problém zcela otevřeně. Sám Agamben totiž spoléhá při popisu podstaty a fungování *iustitia* pouze na jediného, německého autora z roku 1877.¹²⁵ Tuto skutečnost následně podrobily kritickému zkoumání Kim Lane Scheppele a Anna-Bettina Kaiser a obě shodně konstatovaly, že neexistují důkazy, zejména ne důkazy historické, o bezprávnosti *iustitia*.¹²⁶

Nicméně přijmeme-li hypotézu, že *iustitium* existovalo, pak nás to nemusí vést ke stejnému závěru jako Agambena. Pokud se totiž zamyslíme nad jinou poznámkou týkající se *iustitia*, a to, že došlo k pozastavení výkonu spravedlnosti,¹²⁷ respektive k odstranění zákalu okamžitého trestu smrti pro římského občana,¹²⁸ zavede nás to k jedné z koncepcí Scotta Shapiro a Oony Hathaway, a sice ke koncepci vypuzení (*outcasting*).¹²⁹ Tito dva právní vědci totiž zkoumali způsoby, jak právní systémy bez rozsáhlého donucovacího aparátu (správních orgánů, policie, vězeňského systému a jiných *law enforcement agencies*)¹³⁰ zajišťovaly a zajišťují svoje prosazení (vynucení). Došli k závěru, že v případech nejtěžších deliktů se tak dělo (a děje) externalizací vynucování právních norem, tzn. ke spolehnutí se na vnější, neinstitucionální aktéry, že buď vůči pachateli užijí fyzické síly, nebo mu

¹¹⁹ Srov. ibidem, s. 23.

¹²⁰ Viz ibidem, s. 23, 50. Stav anomie pak lze definovat jako „dočasný pád normativních regulativů“. Viz MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018, s. 29.

¹²¹ Srov. např. BROPHY, S. Lawless Sovereignty. *Social and Legal Studies*. 2009, vol. 18, no. 2, s. 199 an.; KARAVOKYRYS, G. Constitution and Necessity in Times of Crisis: An Alternative Way of Understanding the Complicated Relation between Law and Politics. *European Politeia*. 2015, No. 2, s. 354 an.; ENGLER, A.-M. Shifting the Question to Law Itself: Agamben's Permanent State of Exception and German Refugee Camps in Empirical Research. *Zeitschrift für Politikwissenschaft*. 2018, No. 28, s. 487, 489 an.; FRANKENBERG, G. *Comparative Constitutional Studies*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, s. 278; KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60 an.

¹²² AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 41, 65–66.

¹²³ Ibidem, s. 41, 45.

¹²⁴ GREEN, A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2018, s. 3–4; LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 119.

¹²⁵ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 45. Jde o práci Adolpha Nissena *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*.

¹²⁶ SCHEPPELE, K. L. *Legal and Extralegal Emergencies*, s. 167; KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60.

¹²⁷ Srov. KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60.

¹²⁸ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 41, 45.

¹²⁹ HATHAWAY, O. – SHAPIRO, S. *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, s. 282.

¹³⁰ Mezi příklady, na kterých svou teorii demonstrovali, patří středověké islandské a kanonické právo, jakož i současné mezinárodní právo veřejné.

odeprou výhody plynoucí z příslušnosti k dotčené právní komunitě.¹³¹ Dochází tak k vyloučení pachatele z právního společenství, tj. „mimo právo“ (*outlawry*). Tito odpadlíci (psanci, vyvrhelové, vyhnanci) nemohou vstupovat do právních vztahů, je jim odepřena právní ochrana, mnohdy též přímo ztrácejí právní osobnost; jejich jmění tak přechází na dědice a lze je beztrestně (jako non-subjekty) usmrtit.^{132, 133} Je však zřejmé, že nejde o institut mimoprávní, v němž by právo přestávalo platit. Naopak jde o právní institut sloužící k prosazení, vynucení práva a k trestání osob právo porušivších v situaci, kdy nemáme k dispozici velký vnitřní, institucionalizovaný, exekutivní aparát, jako tomu bylo i ve starověkém Římě, respektive ve všech právních systémech až do vzniku moderních států. Ostatně sám Agamben pro takové chápání *iustitia* poskytuje argumenty, když onu „suspendaci práva“ za *iustitia* vztahuje ke středověkému institutu *Friedlosigkeit* v německých zemích a *wargus* v Anglii, tedy opět pouze k vyloučení delikventa z právního společenství prostřednictvím uvržení do klatby (*Acht*).¹³⁴

To, čeho tedy spíše chce Agamben svými tezemi o mimoprávnosti výjimečného stavu a *iustitia* dosáhnout, je v kontextu jeho teorie *homo sacer*¹³⁵ poukázat na neutěšenou situaci, v níž se ocitli vězni na Guantánamu a jinde v rámci boje proti terorismu. Jejich status se totiž podstatně vymykal běžnému právnímu postavení a spolu s případy mučení a jiného nelidského a ponižujícího zacházení vytvářel dojem, že se opravdu pohybují „mimo právo“ a jejich bytí je omezeno na „holý život“.¹³⁶ Z ryze juristického hlediska však jeho obecné závěry o mimoprávní charakteristice mimořádného vládnutí nejsou správné.

3.2.3 Problémy teorie legal black holes

Odkaz na pochmurný status vězňů na Guantánamu, v Abu Ghraibu a na jiných místech nás přivádí k poslední variantě schmittovsko-agambenovské interpretace, spatřující mimořádné vládnutí jako mimoprávní v jeho prosté esenciální podobě. Tuto interpretaci lze souhrnně označit za koncepci *legal black hole*, právní černé díry. Tento pojem totiž vešel ve známost jako označení výše zmíněných míst za prostory bez právních norem, za prostory, kde právo neplatí, po vzoru vesmírných černých děr nenávratně pohlcujících všechny objekty včetně světla.¹³⁷ Jednoduše tak jde o neuznání místní působnosti právních norem na určitý geografický prostor.¹³⁸

¹³¹ HATHAWAY, O. – SHAPIRO, S. *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, s. 282.

¹³² Ibidem, s. 287–288.

¹³³ V případě mezinárodního práva veřejného tak jde např. o zbavení hlasovacích či jiných členských práv v mezinárodní organizaci nebo instituci (viz např. čl. 7 Smlouvy o Evropské unii) nebo pověření jiného aktéra k vynucení (viz např. mandát udělený Radou bezpečnosti Organizace spojených národů některému státu nebo skupině států dle čl. 48 Charty OSN).

¹³⁴ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 71–72.

¹³⁵ Viz AGAMBEN, G. *Homo sacer*. Praha: Oikoymenth, 2012.

¹³⁶ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 3–4.

¹³⁷ Viz STEYN, J. Guantanamo Bay: The Legal Black Hole. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2004, Vol. 53, No. 1; DYZENHAUS, D. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency inside or outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*. 2006, Vol. 27, No. 5, s. 2018; ARADAU, C. Law transformed: Guantánamo and the ‚other‘ exception. *Third world quarterly*. 2007, Vol. 28, No. 3; TUSHNET, M. The constitutional politics of emergency powers: some conceptual issues. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*, s. 152–155; LAZAR, N. C. What is the State of Exception? In: GERSTLE, G. – ISAAC, J. *States of exception in American history*. Chicago: The University of Chicago Press, 2020, s. 28–29.

¹³⁸ Představitelné jsou i „právní černé díry“ nevztahované ke geografickému, nýbrž i k jinému sekundárnímu prostoru

Nicméně z výše podaného krátkého rozboru vztahu práva a prostoru plyne, že geografický prostor je až prostorem sekundárním; primárním prostorem je prostor alternativ lidského jednání. A právě pozorujeme-li problém perspektivou vztahu primárního prostoru a práva, zjišťujeme, že nemůže jít v případě právních černých děr o prostor bez norm. Ty tam totiž přinejmenším vtahují jednotliví institucionalizovaní aktéři (dozorci, vojáci atp.). Pokud totiž kdekoliv jedná veřejnomocenský aktér, tj. aktér státu jako instituce, pak jedná z pozice své institucionální role, a nese si normativní jádro své instituce (tj. právní řád)¹³⁹ kamkoliv jde, takříkajíc „s sebou“. Tak píše i Nick Barber, když uvádí, že se dozorci a jejich velitelé na těchto místech neprovinili pouze jako lidé (tj. hlavně morálně), ale především jako veřejní činitelé, respektive jako institucionální aktéři (tj. hlavně právně).¹⁴⁰

Ostatně, zhodnotíme-li všechny tyto domnělé právní černé díry s časovým odstupem, nezbyvá nám, než ve shodě s Nomi Claire Lazar konstatovat, že nešlo o oblasti mimo právo, protože excesy přímých aktérů byly potrestány a jejich oběti (alespoň finančně a morálně) odškodněny; jednání na těchto místech tedy bylo shledáno buď za souladné, anebo za rozporné s právem.¹⁴¹ Tvzení, že když (podle některých autorů) nedošlo k potrestání všech potenciálních viníků, zejména těch vysoko postavených v rámci americké exekutivy, dokazuje to mimoprávní charakter jednání v těchto místech, hrozí směřováním práva ve stavu normativu a ve stavu regulativu.¹⁴² V konečném důsledku jde o stejně nepřijatelnou argumentaci, jako kdyby se tvrdilo, že neexistuje trestní právo, když se pořád stávají nepotrestané vraždy a krádeže.¹⁴³ Navíc lze říci, že koncepce právních černých děr je založena na jednom z výše uvedených (nesprávných) přístupů k právu, konkrétně na absenci běžné a obecné zákonné regulace a tvrzením nedostatku kompetence soudů k přezkumu jednání na dotčených územích.¹⁴⁴ Obojí však bylo v americkém kontextu vyvráceno rozhodovací praxí Nejvyššího soudu USA,¹⁴⁵ v evropském pak judikaturou Evropského soudu pro lidská práva.¹⁴⁶

(časovému, osobnímu). Zejména personální prostor může být, jak autora upozornil Jan Kysela, v kontextu mimořádného vládnutí důležitý (např. podezřelí z terorismu vyňati z běžného právního režimu); ostatně jeho projevem je kupříkladu koncepce trestního práva pro nepřátele (*Feindstrafrecht*) Güntera Jakobse.

¹³⁹ Viz WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 197–198.

¹⁴⁰ Srov. BARBER, N. *The Constitutional State*, s. 41.

¹⁴¹ LAZAR, N. C. *What is the State of Exception?*, s. 28–29.

¹⁴² Viz SOBEK, T. Interpretace jako způsob nazírání. In: GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 68.

¹⁴³ Shodně LAZAR, N. C. *What is the State of Exception?*, s. 30.

¹⁴⁴ K tomu srov. Tushnetovo připodobnění *legal black holes* k *political question doctrine* (TUSHNET, M. *The constitutional politics of emergency powers: some conceptual issues*, s. 152), nebo Vermeulovo chápání právních černých děr jako oblastí, které nespádají pod působnost *Administrative Procedure Act* z roku 1946 (VERMEULE, A. *Our Schmittian Administrative Law*. *Harvard Law Review*. 2009, Vol. 122, No. 4, s. 1097, 1107 an.).

¹⁴⁵ Viz rozhodnutí *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), které přiznalo působnost pátého dodatku ústavy USA (*Due Process Clause* zaručující právo na *habeas corpus*) i na americké státní občany nacházející se v detenci na Guantánamu, nebo rozhodnutí *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), a *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), které právo na *writ of habeas corpus* přiznaly i neamerickým občanům. V rozhodnutí *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), pak Nejvyšší soud USA dovodil, že i na Guantánamo se vztahuje Jednotný vojenský zákoník (*Uniform Code of Military Justice*) a Ženevské úmluvy.

¹⁴⁶ Srov. BÍLKOVÁ, V. Extraterritoriální aplikace lidských práv – Pohled z Evropy a z Ameriky. In: ŠTURMA, P. a kol. *Mezinárodní ochrana lidských práv: regionální a tematická diferenciace*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2011, s. 14, 20.

3.2.4 Problémy excecionalistického republikanismu

Nyní obraťme naši pozornost k excecionalistickému republikanismu, mezi jehož zastánce jsou řazeni Niccolò Machiavelli a Jean-Jacques Rousseau.¹⁴⁷ Oba totiž pro případ vážného ohrožení veřejného pořádku, respektive existence státu shodně tvrdili, že běžné, standardní normy musí ustoupit a je třeba podniknout cokoli k odvrácení nebo překonání hrozby.¹⁴⁸ Takový teoretický postoj je možné s ohledem na historické souvislosti označit za doktrínu státní rezóny.^{149, 150} Podle ní, jde-li o řešení záležitosti nezbytné pro záchranu státu, je možné využít jakékoliv prostředky, a to utajeně,¹⁵¹ neboť jsou vyžadovány zvláštní schopnosti, opatrnost a zkušenosti, jimiž disponuje pouze vladař (*arcana imperii*).¹⁵²

Lazar interpretuje republikánský excecionalismus tak, že pro něj je mimořádná situace vždy konstantně, latentně přítomná, přičemž pozastavení norem je implicitně odůvodněno hodnotou samotného státu, k jehož ochraně je mimořádné vládnutí podniknuto.¹⁵³ To je ovšem klíčový poznatek, odlišující excecionalistické republikány od decisionistů; pro republikány se, vzdor jejich kategorickým formulacím, totiž nepohybuje mimořádné vládnutí v prostoru bez norem.¹⁵⁴ Pouze v prostoru bez běžných norem; mimořádné vládnutí je tak vedeno systémem jiných norem, než kterým se řídí vládnutí řádné (běžné, obvyklé). Excecionalistický republikanismus (především Machiavelliho) tudíž stojí nikoliv na pozici normativního vakua, nýbrž na dichotomii norem platných pro běžné obyvatele státu a pro držitele veřejné moci.¹⁵⁵ Otázkou ovšem je, jaký charakter tyto normy mají. V literatuře se totiž povětšinou dochází k závěru, že jde o normy morální, etické;¹⁵⁶ pro veřejné činitele tak, přinejmenším v čase ohrožení, platí jiná morálka než pro běžné obyvatelstvo. Jak je tomu však s ohledem na normy právní?

Nabízí se nám minimálně tři možné přístupy, jak chápat pozici excecionalistického republikanismu. Za prvé, při zvážení střetu mezi normami morálky vladařské (politické, státní rezóny) a normami právními má přednost vladařská morálka. V takovém případě však nepůjde o esenciální prostou mimoprávnost; oba normativní systémy jsou k sobě vztaženy, byly uváženy v procesu rozhodování se a lze tak i dotčený akt vládnutí klasifikovat jako právní, či protiprávní. Na tomto místě se mu tak věnovat nebudeme, neboť nejde o problém právní normativity, nýbrž regulativity,¹⁵⁷ který musí být řešen konkrétním způsobem právní regulace a institucionální strukturou.

¹⁴⁷ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracy*, s. 12, 33.

¹⁴⁸ Srov. MACHIAVELLI, N. Rozpravy o prvních deseti knihách Tita Livia. In: MACHIAVELLI, N. *Úvahy o vládnutí a o vojenství*. Praha: Argo, 2001, s. 323; ROUSSEAU, J. J. *O společenské smlouvě*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 138–139.

¹⁴⁹ V tomto textu budeme užívat variantu pojmu ve tvaru státní „rezóna“, a to po vzoru nového vydání práce Zdeňka Neubaue-
ra (srov. NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*, s. 105). V literatuře se však používají i varianty *resona* či *raisona*.

¹⁵⁰ Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 141 an.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*, s. 67–68.

¹⁵³ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 21, 25, 33. K tomu shodně, za využití amerických teoretiků,
MORTENSON, J. D. A Theory of Republican Prerogative. *Southern California Law Review*. 2014, Vol. 88, No. 1, s. 48–50.

¹⁵⁴ Obdobně píše Martin Loughlin, že státní rezóna nepostrádá etickou, tj. normativní dimenzí. Selhává však v respektu
k psanému právu, tedy k zákonu. Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 142.

¹⁵⁵ Srov. ibidem, s. 35, a BELLAMY, A. J. Dirty Hands and Lesser Evil in the War on Terror. *British Journal of Politics & Inter-
national Relations*, 2007, Vol. 9, No. 3, s. 511–512.

¹⁵⁶ Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 12, 21 an. I Machiavelli píše o ustoupení norem běžné
morálky. Srov. MACHIAVELLI, N. *Rozpravy o prvních deseti knihách Tita Livia*, s. 323.

¹⁵⁷ K odlišení práva ve stavu normativu a ve stavu regulativu srov. SOBEK, T. *Interpretace jako způsob nazírání*, s. 68.

Za druhé, vladařská morálka má sice přednost před morálkou obyčejnou (soukromou), ne však před právním řádem, jímž je vázána. K tomuto přístupu sám Machiavelli poskytuje oporu, když opakovaně ve svých pracích zdůrazňuje význam dodržování práva v republice a ukazuje, jak zhoubný vliv má nedodržení práva, zejména ze strany veřejných činitelů, a to i v případě ohrožení bezpečnosti státu.¹⁵⁸ Ani v tomto případě nelze mluvit o esenciální prosté mimoprávnosti.

O esenciální prosté mimoprávnosti lze hovořit ve třetím chápání, a to, že vladařská morálka (státní rezóna) je sféra, nacházející se mimo prostor jakéhokoli práva, neboť právo je až odvozeninou od vladaře a státního zájmu.¹⁵⁹ Problémem takto chápaného excecionalistického republikanismu je, že je ve fundamentálním nesouladu jednak se základními hodnotami právnosti, jednak s moderním propojením republikanismu a liberální demokracie.¹⁶⁰

Právo chápané tak, že se skládá především z plánů pro lidská jednání, totiž není jen vodítkem pro to, jak se chovat v budoucnu, nýbrž i prostředkem pro hodnocení našeho jednání v minulosti; užít (aplikovat) je tak lze jak prospektivně, tak i retrospektivně.¹⁶¹ Smyslem a hodnotou práva (právnosti) je mj. umožnit členům právní komunity předvídat jednání institucionálních aktérů (veřejných činitelů), chránit je před diskriminací a svévolí ze strany těchto aktérů, tj. umožnit vyvozování odpovědnosti.¹⁶² Konečně je to právě způsobilost norem učinit lidské bytosti odpovědné vůči sobě navzájem, a tím umožnit vzájemnou kooperaci, koordinaci a sdílení mezi lidmi, jež se v současných teoriích norem považuje za klíčovou funkci norem, a to i (možná především) norem právních.¹⁶³ Pokud tedy pro držitele veřejné moci platí jiné normy než pro obyčejné občany, respektive pro ně neplatí normy právní, pak tedy příslušníci právní komunity nemohou posuzovat jednání veřejných činitelů, kteří nemusejí vůči nim skládat ze své činnosti účty. Tím se vytrácí jeden z klíčových důvodů existence práva ve společnosti.

Odpovědnostní funkce práva jako systému norem je pak významně zdůrazněna v kontextu ústavních republik. Považujeme-li totiž za základní hodnotu ústavního republikanismu vyloučení svévole a dominance,¹⁶⁴ jež má směřovat k nastolení ideálu sebevlády státních občanů,¹⁶⁵ pak pokud vyloučíme možnost veřejných činitelů se zodpovídat vůči občanům s poukazem na vázanost jinými normami, dostaneme se do zásadního protikladu s řídicí idejí ústavně republikánského státu samotného, tedy i s jeho normativním jádrem.¹⁶⁶ To ostatně plně platí i pro zmíněný excecionalistický decisionismus.

¹⁵⁸ Srov. MACHIAVELLI, N. *Rozpravy o prvních deseti knihách Tita Livie*, s. 206, 219–221. K Machiavelliho názoru o poslušnosti vůči právu jako hlavnímu prvku republikanismu srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 144 an.

¹⁵⁹ Podobně jako mimo prostor běžné morálky.

¹⁶⁰ K tezi, že současný republikanismus neposvětí mimoprávnost, shodně SAGOS, N. C. *Democracy, Emergency, and Arbitrary Coercion. A Liberal Republican View*, s. 31.

¹⁶¹ SHAPIRO, S. *Legality*, s. 126–127.

¹⁶² Ibidem, s. 395–396.

¹⁶³ Srov. BRENNAN, G. – ERIKSSON, L. – GOODIN, R. E. – SOUTHWOOD, N. *Explaining Norms*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 36–37.

¹⁶⁴ Viz k republikánské svobodě SOBEK, T. *Etika svobody*. In: SOBEK, T. a kol. *Právní etika*. Praha: Leges, 2019, s. 40.

¹⁶⁵ Srov. BRANDON, M. E. *War and the American Constitutional Order*. In: TUSHNET, M. (ed.). *The Constitution in Wartime*. Durham: Duke University Press, 2005, s. 20–21; KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věcného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019, s. 28, 92.

¹⁶⁶ Shodně LEONOV, M. *Emergency Governance in Liberal Democracy*. PhD. Thesis. Hamilton (Ontario): McMaster University, 2017, s. 137. Dostupné z <https://macsphere.mcmaster.ca/bitstream/11375/23105/2/Leonov_Max_201712_PhDdissertation.pdf>.

Situace se nicméně komplikuje, neboť v politické filosofii je republikanismus tradičně chápán jako komunitaristická (kolektivní) koncepce, která normativně nadřazuje republikánský celek nad sumu jednotlivců.^{167, 168} Klade tak důraz na lidovou suverenitu a obecné blaho, oproti liberalistickému důrazu na ochranu subjektivních práv a neosobní vládu práva.¹⁶⁹ Není však předmětem této práce zhodnotit vzájemný vztah těchto politicko-filosofických směrů a odlišné důsledky, které přinesly a přinášejí pro tvorbu a realizaci ústav. Z hlediska státovědy a právní teorie je ovšem důležité se zamyslet nad tím, v jakém státním uspořádání a jakými prostředky je republikanismus způsobilý dosáhnout svých cílů (lidová suverenita, občanská sebevláda, absence dominance atd.). Kromě autoritářských a totalitních států totiž tímto uspořádáním nemůže být stát monarchistický, jehož řídicí ideje jsou ve zřejmém rozporu s podstatou republikanismu.¹⁷⁰ Navíc v monarchii existuje osoba (panovník), která bez ohledu na své zásluhy není v rovném postavení s ostatními členy společnosti. Pro odůvodnění své moci může navíc odkazovat (a historicky vzato se tak dělo) na jiné zdroje, než je lidová suverenita, jako jsou moci reziduální či prerogativní.¹⁷¹ Že vykonávání reziduálních mocí neodpovídá ideálu sebevlády a absence dominance je nasnadě.

Z těchto důvodů je státovědné a právněteoretické chápání republiky a vládnutí v ní založeno na bytostném spojení s právem (ústavou).¹⁷² Právě prostřednictvím objektivního (ústavního) práva¹⁷³ a s právem spjatých ústavních institucí se realizuje kolektivní sebevláda, umožňuje se omezení svévole a zabraňuje se dominanci (viz výše). Konečně důrazem na ústavu pocházející od lidu, jako na základ pro veškerý výkon moci ve státě, republikanismus ve státovědném a právněteoretickém chápání vylučuje jiné zdroje moci. To vše lze dokladovat na příkladu vzniku Spojených států amerických. Američtí federalisté totiž zcela jednoznačně vyjevili inherentní spojení republiky a její ústavy,¹⁷⁴ a to právě mj. zahrnutím mimořádného vládnutí do ústavního rámce.¹⁷⁵ Na okraj dodejme, že klasická verze doktríny státní rezony, mající vést vladaře ztělesňujícího celý stát, není v moderní době použitelná i z jiného důvodu, a to proto, že vládnutí je dnes depersonalizované a rozptýlené mezi mnoho institucí.¹⁷⁶

¹⁶⁷ Srov. MORTENSON, J. D. *A Theory of Republican Prerogative*, s. 70.

¹⁶⁸ Ke kontroverznosti upřednostňování kolektivu v doktríně státní rezony srov. též LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 142.

¹⁶⁹ Viz pro stručné nastínění FERRARA, A. Pojetí vyššího zákonodárství na základě soudnosti. In: MICHELMAN, F. I. – FERRARA, A. *Polemika o ústavě*. Praha: Filosofia, 2006, s. 46–50.

¹⁷⁰ K monarchistické ideologii srov. NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*, s. 104 an.

¹⁷¹ Srov. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*, s. 40, 188.

¹⁷² Srov. MACCORMICK, N. *Institutions of Law*, s. 45; SCHEPPELE, K. L. Law in Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. 2004, Vol. 6, No. 5, s. 1005–1006; LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*, s. 284. Shodný postoj zastávali i němečtí konzervativci poloviny 19. století (srov. KYSELA, J. *Zákonodárství bez parlamentů*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2006, s. 52).

¹⁷³ K tomu srov. kupříkladu tradiční britské republikánské myšlení, které ovšem, v důsledku nezkušenosti s moderní formou ústavnosti (kterou přinesli až američtí federalisté), republikánskou vládu práva a právem ztotožňovalo se striktní běžnou zákonností. Viz POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*, s. 79–80; FATOVIC, C. *Outside the law: emergency and executive power*, s. 57–59.

¹⁷⁴ Srov. WEINSTOCK, L. *Toward a Structural Theory of Emergency Powers*, s. 409.

¹⁷⁵ Srov. THOMAS, G. The Limits of Constitutional Government: Alexander Hamilton on Extraordinary Power and Executive Discretion. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 98.

¹⁷⁶ LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 142, 164.

Tak tedy ani u republikánské verze excecionalismu nelze mluvit o esenciální prosté mimoprávnosti; i zde má mimořádné vládnutí (právně)normativní základ i meze, byť ne nutně v podobě explicitních zákonných ustanovení.^{177, 178} Kromě kritiky obou excecionalistických teorií však proti esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí svědčí i další argumenty, jak uvidíme na následujících řádcích.

3.2.5 Vliv praktických informací na mimořádné vládnutí

Normativní institucionalismus je založen na formálně finalistické teorii jednání. Jednání je touto teorií chápáno jako chování, které mohou podnikat i samotné instituce (jako je stát),¹⁷⁹ a které je určováno (řízeno) dvěma druhy informací – informacemi popisnými, vypovídajícími o stavu světa, a informacemi praktickými, obsahujícími normy, hodnoty, účely a preference.¹⁸⁰ Při zvažování alternativ jednání se pak zhodnocují oba druhy informací. Nás však vzhledem k předmětu zkoumání bude zajímat pouze zvažování informací praktických, konkrétně právněnormativních.

Zásadní otázkou je, jakým způsobem normativní informace (normy) ovlivňují naše jednání, tj. i vládnutí, jakožto jednání, jímž se určuje jednání univerzální veřejnomocenské instituce – státu.¹⁸¹ V procesu rozhodování se, kterou alternativu jednání zvolit, pak normy především¹⁸² komunikují informaci, jež nás má přimět k určitému jednání, nebo od něj odvrátit.¹⁸³ Tím pro nás sehrávají zvláštní roli vylučujících, ospravedlňujících či motivujících důvodů.¹⁸⁴ Klíčová je pak role norem jako důvodů vylučujících. Při výběru způsobu našeho jednání totiž analýzu neprovádíme vzhledem ke všem možným variantám, nýbrž jen vůči těm, které považujeme za přípustné. Normy proto vždy zužují rozsah alternativ jednání, tj. tvarují náš praktický prostor s ohledem na naše „*fixované normativní postoje*“.¹⁸⁵ Chápeme-li navíc právo perspektivou plánovací nauky právní, pak je možné v mimořádném vládnutí spatřovat společenské plánování svého druhu; plánování však nikdy neprobíhá ve vakuu, neboť obecný kontext i naše předešlá rozhodnutí vytvářejí rámec pro následné kroky. Omezují nás a vedou.¹⁸⁶ A, jak poznamenal Zdeněk Kühn, „*i ta nejvíce neurčitá norma nás nějakým způsobem váže, omezuje, tedy vylučuje některá rozhodnutí, jako rozhodnutí právní*“.¹⁸⁷

¹⁷⁷ Shodně MORTENSON, J. D. *A Theory of Republican Prerogative*, s. 68, 96.

¹⁷⁸ Hodnocení Machiavelliho přístupu k mimořádnému vládnutí ze strany Güntera Frankenberga jako zcela normativně nevázaného je tak poněkud přehnané a zjednodušující. Viz FRANKENBERG, G. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*, s. 11–13.

¹⁷⁹ WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 57.

¹⁸⁰ WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 46 an.

¹⁸¹ Srov. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 116, 123.

¹⁸² Ne však zcela. Kupříkladu kompetenční normy mají jinou funkci.

¹⁸³ Volbu alternativ jednání je třeba chápat nejen tak, že ji podniká pouze primární subjekt (např. potenciální pachatel trestného činu při zvažování, zda trestný čin spáchat, nebo ne), nýbrž i tak, že je podnikají subjekty sekundární (např. soud při zvažování, zda obžalovaný je vinen ze spáchání trestného činu a případně jaký uložit trest).

¹⁸⁴ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*, s. 87–89; BRENNAN, G. – ERIKSSON, L. – GOODIN, R. E. – SOUTHWOOD, N. *Explaining Norms*, s. 204.

¹⁸⁵ WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 92, 96.

¹⁸⁶ SHAPIRO, S. *Legality*, s. 124.

¹⁸⁷ KÜHN, Z. *Legalismus a formalismus*. In: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. – KÜHN, Z. – BERAN, K. – MARŠÁLEK, P. – WINTŘ, J. – ONDŘEJEK, P. – TRYŽNA, J. *Právo jako multidimenzionální fenomén. Pocta Aleši Gerlochovi k 65. narozeninám*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 437.

Tento vliv má určující charakter zejména u právních profesionálů, resp. jednotlivců, kteří jednají z pozice své institucionalizované role ve státě. Jak si všiml Brian Tamanaha, je role institucionalizovaných aktérů, kteří mají především podobu právních profesionálů, podstatná pro porozumění práva a vládnutí.¹⁸⁸ Jakmile se totiž etabluje dominantní vliv stavu právních profesionálů nejen na tvorbu, interpretaci a aplikaci práva, nýbrž i na veškerý výkon veřejné moci (tj. i na vládnutí), pak některé alternativy jednání (vládnutí), o nichž by se potenciálně (hypoteticky) dalo uvažovat, nebudou do procesu zpracování informací a rozhodování o jednání ani zahrnuty. Důvodem je stabilizující a usměrňující vliv toho, co Tamanaha velmi výstižně označil slovy „*totalita právní tradice*“.¹⁸⁹ Právní, respektive institucionální profesionálové totiž procházejí mnohdy mnohaletým formalizovaným vzděláním, jsou ovlivněni samotným specializovaným jazykem, v němž komunikují, a své myšlení mají postavené okolo fundamentálních principů, pravidel, idejí, institutů, praktik a procesů, jež získali vzděláním a praxí.¹⁹⁰ To vše zásadně poznamenává představu o tom, jaké jednání je ještě přípustné, respektive možné, a tak má, byť mnohdy nevědomý,¹⁹¹ vliv na výběr alternativy jednání v konkrétní situaci. Indoktrinaci (právními) normami a jejich internalizaci ve společnosti však podléhá do jisté míry téměř každý.¹⁹² Tím ovšem jistě nechceme říci, že institucionální aktéři (např. ministerští úředníci) jednají vždy v souladu s právem. Tvrdíme jen, že jednak k některým jednáním ani nedojde, neboť je to nemyslitelné, jednak že svoji činnost budou vždy vnímat jako ovlivněnou právem, na kterou má právo dopad, byť potenciální. Oboje tedy vylučuje mimořádné vládnutí jako úplně mimoprávní jev, na který právo nemůže mít žádný vliv, a který existuje bez jakéhokoliv poměru k právu.

Důvod, proč je mimořádné vládnutí považováno za mimoprávní, spočívá též v tradičním juristickém chápání vlivu práva na lidské jednání. Podle něj totiž právní norma, jež dosud formálně nenabyla účinnosti, nevyvolává právní účinky, případně pokud nebylo měti platné a účinné normy uposlechnuto, jedná se bez ohledu na právo (mimoprávně).

První chápání je jistě správné v rámci formalizovaných právních procedur, ne však již při širším pohledu na právní život. Ze zkušeností víme, že i dosud neúčinná právní úprava totiž, v souladu s teorií racionálních očekávání,¹⁹³ vede právní aktéry k jejich přizpůsobení se, tj. již ovlivňuje naše jednání, ať prospektivně,¹⁹⁴ nebo retrospektivně.¹⁹⁵ Tento vliv si přiblížíme v kontextu mimořádného vládnutí. V minulosti existovala ústavní ustanovení, která legislativně technicky mluvila o „suspendování“¹⁹⁶ či „zbavení účinnosti“¹⁹⁷ části právních předpisů, čímž se zakotvoval konkrétní způsob mimořádného vládnutí. Z hlediska právněinstitucionální reality není nepředstavitelné, že normy obsažené v sus-

¹⁸⁸ TAMANAHA, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 72–74.

¹⁸⁹ TAMANAHA, B. *Law as a Means to an End*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 239.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 91.

¹⁹² Viz PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*, s. 7–8.

¹⁹³ K teorii viz MANKIW, G. N. *Principles of Economics*. 7. vydání. Stamford: Cengage Learning, 2015, s. 784 an.

¹⁹⁴ Kupříkladu v podobě přípravy na ni. Nejvýraznějším příkladem z českého prostředí budí rozsáhlé přípravy nejrůznějších subjektů na rekonstrukci soukromého práva po roce 2012.

¹⁹⁵ Srov. výkladovou zásadu zohlednění předúčinného práva, kterou užil i náš Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 14/07. Srov. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 159.

¹⁹⁶ Srov. např. čl. 20 základního zákona státního č. 146/1867 ř. z. v autentickém německém znění.

¹⁹⁷ Srov. např. čl. 48 výmarské Ústavy Německé říše z roku 1919.

pendovaných předpisech si udržely určitý vliv na jednotlivé kroky uskutečněné v rámci mimořádného vládnutí, a to např. při zvažování důsledků jednání za suspendace na akte-ry mimořádného vládnutí po návratu do právní normality.¹⁹⁸

Druhé chápání, ztotožňující mimoprávnost s ignorací normativní regulace, pak již buď zcela přehlíží retrospektivní vliv právních norem (vyvození odpovědnosti jakéhokoliv dru- hu v případě jednání v nesouladu s právní normou), který existuje i v případě neznalosti normativní úpravy, nebo pouze zanedbává, že i v rámci (třeba i vnitřní, osobní) optimali- zační analýzy při rozhodování se, které jednání uskutečnit, vystoupily normy jako argu- mentační důvody, byť nebyly upřednostněny. Svůj vliv na jednání, v podobě potřeby se s nimi v argumentaci tím či oním (nutně ne racionálním) způsobem vypořádat, však měly. Ať už se tedy mimořádným vládnutím odchýlíme jakkoliv intenzivně od běžné, obvyklé či standardní právní úpravy, nebo ji zbavíme přímého regulačního účinku, stále na ně bude mít určitý vliv.¹⁹⁹

3.2.6 Vliv systémového chápání práva na mimořádné vládnutí

Právo je institucionalizovaným normativním řádem.²⁰⁰ Přestože se liší konkrétní způsoby institucionálního zakotvení (byť) právního řádu,²⁰¹ snaží se přinejmenším moderní práv- ní řády²⁰² vytvářet racionální jednotu svých skladebních prvků, aby bylo možné smyslu- plně s právem zacházet jako s vnitřně provázaným systémem.²⁰³ Jde nejen o normologic- kou,²⁰⁴ ale především o institucionální charakteristiku práva; vytvoření řádu (komplexu) patří totiž mezi obecné cíle práva, mezi základní právní ideje.²⁰⁵ A protože normativní indifferenc (nevylučnost zakázání nebo dovolení lidského jednání) je normologicky vza- to možná, je z důvodu systémového chápání práva vždy nezbytné zvolit jako právněpo- litické východisko (postulát) pro právní systém normativní zásadu legální licence, nebo

¹⁹⁸ Tzn. když budeme úplně ignorovat při uskutečňování mimořádného vládnutí suspendovanou právní úpravu, neobráti se to proti nám, až mimořádná situace skončí? Nebudeme potrestáni za příliši excesivní jednání, byť i z určitého hlediska retroaktivně?

¹⁹⁹ Srov. BELLAMY, A. J. *Dirty Hands and Lesser Evil in the War on Terror*, s. 510. Obdobně píše Max Leonov o tom, že při upřednostnění nestandardního práva (výjimečného, mimořádného, neobvyklého atp.) na úkor práva standardního, neznamená to, že právo zmizí; je nutné jej zvážit v argumentaci, kompenzovat jeho omezení, případně oficiálně uznat jeho obětování. Srov. LEONOV, M. *Emergency Governance in Liberal Democracy*, s. 120.

²⁰⁰ MACCORMICK, N. *Institutions of Law*, s. 11; obdobně WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 30–31, 35.

²⁰¹ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 36–38.

²⁰² Pavel Ondřejek chápání práva jako systému odvozuje od racionalismu, ideje kodifikace a důrazu na pozitivismus ve vědě. Sám však ihned dodává, že sociální struktury (stát, církev atp.) byly tradičně přirovnávány k metaforám, jako je před- stava organismu nebo mechanismu (k tomu srov. též FILIP, J. – SVATOŇ, J. *Státověda*. 5. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 17–18). Viz ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*, s. 28. Je tedy zřejmé, že i v méně rozvinutých právních komunitách byla vždy vnímána vzájemná souvislost a propojenost právních elementů; jinak by tělo ani stroj nemohly existovat a fungovat.

²⁰³ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 30–31.

²⁰⁴ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 48 an., 76.

²⁰⁵ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 33–34. Shodně, byť s výhradou, že se tím popisuje současné západní chápání práva, MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 34–35. Odvozené pak též HANUŠ, L. *Glosy k právní interpretaci*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 3 (má-li právo usilovat o snížení společenské entropie a nastolit jistotu a důvěru, pak samo nemůže být neuspořádáno). Na přesvědčení, že právo, zejména právo ústavní, lze popsat a analyzovat jako jednotný systém především právních principů, staví dlouhodobě své práce Jan Wintr. Srov. WINTR, J. *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006; WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 5. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020; WINTR, J. *Metody a zásady interpre- tace práva*.

právnosti státních funkcí.^{206, 207} Nakonec tedy jednání J musí být ve výsledku shledáno v čase T buď dovolené, anebo nedovolené, tj. nikoliv právně indiferentní.^{208, 209} Touto volbou právněpolitického postulátu a jeho následným poměřením dotčeného jednání tak vylučujeme mimoprávnost.²¹⁰

Již jsme zmínili, že mimořádné vládnutí bylo tradičně spojováno se suspendací práva. Suspendace se obecně chápe jako pozastavení účinnosti právních norem. Jan Kysela např. suspendaci zákona vysvětluje tak, že dotčený zákon sice „*platí, ale je hibernován, dokud nenastane stav ústavní obvyklosti*“.²¹¹ Takové chápání v podstatě navazuje na jednu ze Schmittových definic suspendace (konkrétně ústavy),²¹² a to, že se jí dočasně postaví jedno nebo více ústavních ustanovení stranou.²¹³ Z těchto chápání je tedy zřejmé, že ono suspendované právo je stále platné, tj. normativně existuje, avšak neaplikuje se z důvodu přistoupení k mimořádnému způsobu vládnutí. A protože se zpravidla týká ustanovení právního aktu nejvyšší právní síly (ústavy), která se týkala zásadních otázek vztahu mezi státními orgány navzájem a mezi státem a jednotlivci, je pochopitelné, proč bylo mimořádné vládnutí chápáno tak melodramaticky, jako výjimečný, mimoprávní výkon moci (*inter arma silent leges*). Ve skutečnosti ale lze neaplikaci některých ustanovení ústavy či obecně právního řádu při mimořádném vládnutí vysvětlit zcela prostě a jednoduše: jako aplikaci jednoho právního režimu na úkor právního režimu jiného.²¹⁴ Neaplikování jedné normativní úpravy ve prospěch aplikace jiné je ale v právu naprosto běžnou praktikou, zejména při používání tzv. kolizních pravidel. Nejčastějším případem pak je upřednostnění zvláštní právní úpravy oproti právní úpravě obecné, tzn. při užití kolizního pravidla *lex specialis derogat legi generali*. Viděno takto je právní řád protkáno nejrůznějšími výjimkami z obecných normativních režimů.^{215, 216} Z hlediska principu myšlenkové úspornosti (*Denkökonomie*)²¹⁷ tudíž není nutné snažit se konstruovat zvláštní, složitou kategorii „mimoprávnosti“, když lze dotčený fenomén vysvětlit jednodušeji, odkazem na tradiční a každodenně používanou právní praxi.

²⁰⁶ KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 15 an.

²⁰⁷ Představitelná je i norma zmocňovací, která rozhodování o zákazu či dovolenosti jednání svěří nějakému institucionálnímu aktéru. V konečném důsledku ale vždy dojde k závěru o zakázanosti, anebo dovolenosti jednání.

²⁰⁸ Srov. KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 111–112; KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 217.

²⁰⁹ Tento závěr není v rozporu s výše uvedenými různými vlivy práva na lidská jednání, ani s totožným tvrzením Weinbergera (srov. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 121). Pouze konstatuje, že v konečném důsledku musíme při posuzování jednání z hlediska právního systému dospět, i s přispěním voluntativních vlivů rozhodujícího aktéra, k závěru o dovolenosti, nebo nedovolenosti jednání.

²¹⁰ Tím v podstatě využíváme první z logických přístupů, které v kontextu schmittovského rozhodování o výjimce představila Tracy McNulty. Srov. MCNULTY, T. *The Gap in the Law and the Border-Breaching Function of the Exception*, s. 5–6.

²¹¹ KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věčného hledání dobré vlády*, s. 209.

²¹² To, že měl Carl Schmitt několik definic suspendace, jsme zjistili výše.

²¹³ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*, s. 148.

²¹⁴ Shodně LEONOV, M. *Emergency Governance in Liberal Democracy*, s. 120; GREEN, A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, s. 68; KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 62; a LAZAR, N. C. *What is the State of Exception?* In: GERSTLE, G. – ISAAC, J. *States of exception in American history*, s. 29.

²¹⁵ Obchodní právo je výjimkou z občanského práva, jakožto obecného práva soukromého, finanční právo pak výjimkou z práva správního. Totéž lze tvrdit na úrovni jednotlivých právních předpisů, institutů i právních norem.

²¹⁶ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 150.

²¹⁷ K stručnému vysvětlení principu spolu s jeho užitím v ryzí nauce právní viz JAKAB, A. *Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen's Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm*, s. 50–51.

Ostatně takto se lze přiblížit i k vysvětlení Fraenkelova fenoménu duálního státu, na který se v teorii mimořádného vládnutí občas odkazuje.²¹⁸ Duálním státem je myšlen režim, v němž působí dvě paralelní struktury vládnutí: stát norem, v němž funguje běžné právo a instituce, a bezprávný stát opatření, v němž funguje gestapo.²¹⁹ Problémem této teorie, postavené na konkrétním příkladu nacistického režimu, je však přehlížení zásadní změny toho, co se institucionalizované považovalo za právo.²²⁰ Jak totiž uvádí Simon Lavis, postupy a rozhodnutí ve Třetí říši, které bychom jinak klasifikovali jako mimoprávní, lze s ohledem na nacistickou koncepci práva chápat tak, že jsou nadány právní formou.^{221, 222} Z tohoto důvodu je vhodnější chápat nacistický režim nikoliv jako funkcionálně duální, nýbrž jako hybridní,²²³ v němž fungovaly různé právní režimy.

Otázkou pouze zůstává, jak je upřednostněný zvláštní právní (ústavní) režim, aplikovaný pro mimořádné vládnutí, rozsáhlý, hutný, určitý či obecně kvalitní (dobrý);²²⁴ nicméně v tomto případě půjde o diametrálně odlišný problém, než je konstatování, že mimořádné vládnutí probíhá ve sféře bez práva.

3.2.7 Vliv institucionálního bytí práva na mimořádné vládnutí

Nejpřesvědčivější argumenty svědčící o nemožnosti prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí podává analýza vlivu institucionální reality práva v rámci státu. Jedním z největších přínosů normativního institucionalismu je totiž jeho teorie institucí. Instituce chápe jako rámce jednání,²²⁵ sestávající ze tří složek – osobní složky, věcné složky a jádra norem a jiných praktických informací.²²⁶ Za univerzální instituci, za institucionální celistvost, v níž probíhá život moderní společnosti, je pak třeba považovat stát.²²⁷ Pro stát tak v podstatě platí stejné zásady, které platí i pro ostatní instituce. V prvé řadě jde o poznatek, že s výjimkou období etablování jsou vždy dány současně nejen institucionální struktury, ale i právně-normativní regulace.²²⁸ Pro normativní institucionalismus je proto otázka, zda byl dříve stát (jak soudí některé jusnaturalistické přístupy v teorii mimořádného vládnutí), anebo právo, stejně zbytečná a zavádějící, jako pro normativní

²¹⁸ Srov. KYSELA, J. *Exceptionality in Law*. In: JINEK, J. – KOLLERT, L. *Emergency Powers. Role of Law and the State of Exception*. Baden Baden: Nomos, 2020, s. 113 an.

²¹⁹ Srov. FRAENKEL, E. *The Dual State*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 3 an.

²²⁰ Viz nacistické prameny práva jako je zdravé citění německého národa, program NSDAP nebo vůle Vůdce. K tomu srov. dnes již klasické dílo KNAPP, V. *Problém nacistické právní filozofie*. Reprint původního vydání z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 46 an., nebo TAUCHEN, J. *Prameny práva v nacistickém Německu*. In: SEHNÁLEK, D. – VALDHANS, J. – DÁVID, R. – KYNCL, L. (eds). *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2767 an.

²²¹ LAVIS, S. *The exception of the norm in the Third Reich: (Re)reading the Nazi constitutional state of exception*. In: CERCEL, C. – FUSCO, G. G. – LAVIS, S. (eds). *States of Exception: Law, History, Theory*. New York: Routledge, 2021, s. 95.

²²² Jinou otázkou samozřejmě zůstává, co všechno jsme schopni označit nebo akceptovat za právo. Institucionálnímu právnímu pozitivistovi ovšem nezbývá, než uznat za právo i nechutné právní režimy nacistické nebo stalinistické, což je nejen metodologickým důsledkem právního pozitivismu, ale i jeho velkou předností (srov. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 138; SHAPIRO, S. *Legality*, s. 392 an.). Je ale jisté, že s jusnaturalisty se v těchto věcech nemůžeme shodnout.

²²³ LAVIS, S. *The exception of the norm in the Third Reich: (Re)reading the Nazi constitutional state of exception*, s. 111.

²²⁴ Srov. KYSELA, J. *Exceptionality in Law*, s. 101 an.

²²⁵ K obdobnému chápání institucí viz KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*, s. 18.

²²⁶ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 25; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 197–198.

²²⁷ WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 116.

²²⁸ Srov. ibidem, s. 117; WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 203.

teorii,²²⁹ byť z jiných, přesvědčivějších důvodů. Tímto se mj. normativní institucionalismus odlišuje od jiných právněinstitucionálních teorií, především od Schmittovy teorie konkrétně řádového myšlení, které vychází z neurčitě charakterizovaného konkrétního řádu a stále derivativního charakteru právní normy.²³⁰ Z našeho hlediska tedy instituce (např. stát) vždy mají své normativní jádro (právo v případě státu), které ovlivňuje jednání takové instituce a jednotlivých institucionálních aktérů (vládnutí v případě státu). Proto ani mimořádné vládnutí nemůže probíhat v prostoru právněnormativního vakua; jinak nemůže jít o vládnutí jakožto jednání, jímž se určuje jednání státu jako instituce. Z tohoto institucionálního důvodu proto pro mimořádné vládnutí nelze užít nauku o prostoru práva prostého (*rechtsfreien Raum*), neboť dotčené jednání (životní vztah) není nevýznamné nebo zanedbatelné, neboť jde o jednání státu jako institucionální celistvosti za účelem ochrany mimořádně ohrožených esenciálních právních statků.^{231, 232}

Tento teoretický závěr lze podepřít i naší historickou zkušeností s mimořádným vládnutím. Začneme-li již ve starověkém Římě, na jehož praxi mimořádného vládnutí navazují nejrůznější teoretické přístupy v oboru mimořádného vládnutí, pak ani jedna z praktik mimořádného vládnutí se nepohybovala mimo právo. Předně jde o institut diktátora, jakožto mimořádné magistratury pro případy ohrožení římské republiky. Diktátor skutečně vykazoval mnohé odchylky od standardního právního režimu v Římě a jeho kompetence byla mnohdy poměrně neurčitá, mlhavá. Jako orgán byl však diktátor jednoznačně zřízen a vymezen nepsanou římskou ústavou,²³³ která jej zmocnila k přijímání norem (jednotek mětí) odchylujících se od běžného právního režimu dle zásady *lex specialis derogat legi generali*, případně *lex superior derogat legi inferiori*. Aktům diktátora tak byla dána aplikační přednost před běžnými právními normami, jakožto zvláštní právní úprava oproti úpravě obecné, případně úpravě s vyšší právní silou oproti úpravě s nižší právní silou. Pro jeho činnost navíc platila právní pravidla, omezující jej např. co do délky trvání pověření.²³⁴ O esenciální prosté mimoprávnosti tak nemůže být řeči; diktátor byl vázán právem a jeho kroky bylo možné hodnotit jako souladné, nebo jako rozporné s právem (např. pokud vybočil z rozsahu zmocnění, z vázanosti svým účelem nebo při překročení časové limitace pověření).

Druhým římským institutem bylo senátní usnesení *senatus consultum ultimum* (SCU), jímž římský senát reagoval na případy vnitřního ohrožení státu, přičemž ve svém důsledku vedlo k oslabení práv římských občanů.²³⁵ Ani tento nástroj nepozastavil (nesus-

²²⁹ Srov. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 92.

²³⁰ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 151, 190–191. Viz též LINDHAL, H. Law as concrete order. Schmitt and the problem of collective freedom. In: DYZENHAUS, D. – POOLE, T. *Law, Liberty and State*, s. 44–45.

²³¹ K práva prostému prostoru jako oblasti lidského života nevýznamné či zanedbatelné srov. HLOUCH, L. *Teorie mezer a současné právní myšlení. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 2, s. 130 an.

²³² Pokud by někdo chtěl naši argumentaci zpochybnit s odkazem na Weinbergerovu poznámku o možnosti právní indifferencie, bezvýznamnosti či lhostejnosti některých druhů lidského jednání (viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 10), pak je třeba si uvědomit dvě věci. Za prvé, že normologicky vzato tento závěr uznáváme, a za druhé, že příklad uváděný Weinbergerem se netýká institucionálního jednání (jednání státu jako instituce), a to hlavně takové důležitosti, jako je mimořádné vládnutí, ale otázky, zda právo zajímá, jestli nosíme modrou kravatu, anebo ne...

²³³ LAZAR, N. C. Prerogative Power in Rome. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 34.

²³⁴ K institutu diktátora v Římě včetně jednotlivých omezení jeho kompetence viz RAMRAJ, V. V. – GURUSWAMY, M. *Emergency powers*, s. 86.

²³⁵ Srov. DOSTALÍK, P. *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2009, s. 139.

pendoval) veškeré právo, k čemuž senát neměl kompetenci,²³⁶ nýbrž pouze přislíbil pozdější odpuštění protiprávního jednání v jeho jménu.²³⁷ Za příklad mimoprávnosti SCU bývá dáván příklad Ciceronovo potlačení Catilinova spiknutí v roce 63 př. n. l. Cicero totiž jako konzul, opřen o přijaté SCU, popravil Catilinu s jeho komplici bez řádného soudu, tj. v rozporu s jinak platnými právními zárukami postavení římských občanů. Za to byl po skončení svého konzulského funkčního období poslán do vyhnanství a jeho dům byl zbořen.²³⁸ Nicméně jako problematické se jeví tvrzení, že Cicero vnímal své kroky jako mimoprávní; sám totiž považoval autoritu senátu za nadřazenou ostatním orgánům, a proto si nechal své mimořádné jednání posvětit právě jeho zvláštním, mimořádným usnesením. To ostatně plyne i z jeho projevu k odsouzenému Catilinovi: „*Máme už totiž takovéto usnesení senátu, [...] a podle něho náleží, Catilino, abys byl okamžitě zabit.*“²³⁹ Jestli se v některé z částí kauzy Catilinova spiknutí jednalo zcela bez ohledu na právo, pak půjde spíše o Ciceronovo vykázání do vyhnanství, které nařídil pozdější konzul – Ciceronův politický odpůrce.²⁴⁰ Ne však o mimořádné vládnutí k odstranění bezpečnostního ohrožení římského státu.

Pokud dále analyzujeme způsoby mimořádného vládnutí od římské republiky až k současnosti, pak zjistíme, že při řešení mimořádných situací lze vždy vysledovat kontinuální působení běžných a „nouzových“ praktických informací, jako jsou hodnoty a normy, na lidská jednání, zvláště pak na vládnutí.²⁴¹ Přinejmenším pro mimořádné situace nižší a střední intenzity proto neplatí, že by právo „zmizelo“.²⁴² To dokazuje i aktuální zkušenost s řešením pandemie nemoci covid-19.²⁴³

Zcela absurdní je pak esenciálně mimoprávní přístup k mimořádnému vládnutí v kontextu soudobých států. V současné době je totiž právní regulace natolik rozsáhlá a hutná, že je nepředstavitelné, aby pro jednání státu nebylo možné použít alespoň nějakou část práva, ať už v podobě právního pravidla, právního principu nebo právněpolitického cíle (hodnotově-účelového pozadí práva). Právní regulace dále zaujímá v současné „postmoderní“ společnosti klíčové a dominantní postavení oproti jiným normativním systémům (morálce, náboženství apod.). Pro soudobou společnost je tak hodno naší poslušnosti v naprosté většině případů, včetně řešení mimořádných situací nižší a střední intenzity,

²³⁶ Srov. KINCL, J. *Deset slavných procesů Marka Tullia*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 139 an.

²³⁷ LAZAR, N. C. *Prerogative Power in Rome*, s. 34–35.

²³⁸ Srov. GROSS, O. Extra-legality and the ethics of political responsibility. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 66–71; POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*, s. 1–2.

²³⁹ DOSTALÍK, P. *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, s. 142–143.

²⁴⁰ GROSS, O. Extra-legality and the ethics of political responsibility, s. 70; DOSTALÍK, P. *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, s. 142. I toto jednání lze však zhodnotit jako buď v souladu, anebo v rozporu s římským právem.

²⁴¹ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracy*, s. 5, 50–52.

²⁴² Pokud by se snad argumentovalo příklady mimořádných situací nejvyšší představitelné intenzity, které by znamenaly v podstatě zhroutení státu a všeho společenského (právního, politického aj.) řádu (k lokálnímu příkladu New Orleans po hurikánu Katrina v roce 2005 srov. BARBER, N. *The Constitutional State*, s. 24), je ale nejprve třeba si ujasnit, nakolik je vůbec ve schopnostech společenských věd, především právní vědy, státovědy a politologie, popsat jejich perspektivou takovou realitu světa. K tomu srov. WEINBERGER, O. Argumentace v právu a v politice. *Právník*. 1994, roč. 133, č. 7, s. 585–586.

²⁴³ Srov. GINSBURG, T. – VERSTEEG, M. The bound executive: Emergency powers during the pandemic. *International Journal of Constitutional Law*. 2021, Vol. 19, Iss. 5, s. 3–4, 18–19. doi.org/10.1093/icon/moab059. Autoři sice označili reakci několika států za extralegální, nicméně jde o vesměs nedemokratické státy, jako je Čínská lidová republika, Kuba, Bělorusko nebo Saudská Arábie; v těchto státech se tak nabízí otázka, co je vůbec po právu. Navíc koncepce mimořádného vládnutí dává význam pouze ve státech ústavně demokratických (demokratických právních).

pouze takové vládnutí, jež se opírá o právo, tj. o legálně racionální panství ve weberovském smyslu,²⁴⁴ být může nabývat různých podob.

Institucionálně vzato navíc proti prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí svědčí i komplexní realita státního mechanismu 21. století. Na mimořádném vládnutí se totiž nepodílí pouze vrcholní představitelé státu, jejichž funkce mají převážně politický charakter, nýbrž i rozsáhlý, profesionální aparát státních úředníků, policistů, vojáků atd. Především pro tyto institucionální aktéry, realizující mimořádné vládnutí na nižší a střední úrovni, je v podstatě nepředstavitelné, aby se při svém jednání nesnažili odkazovat na nějakou právní normu, jako na základ pro své jednání. Právě tohoto jevu si všiml Jack Goldsmith, americký profesor práva a vrchní právní poradce administrativy prezidenta George W. Bushe v období po teroristických útocích na Světové obchodní centrum z 11. září 2001.²⁴⁵ Podle něj totiž v důsledku rozsáhlosti moderního práva a potenciální kriminalizaci bezprávného výkonu veřejné moci,²⁴⁶ jež je prosazována různě nezávislými mechanismy a institucemi vynucení práva (zvláštní policejní útvary, orgány veřejné žaloby, soudy spolu s veřejným tlakem), došlo k právní indoktrinaci a zásadnímu zvýšení citlivosti aktérů mimořádného vládnutí k potřebě opřít se alespoň o nějakou právní autorizaci svého jednání.^{247, 248} Touto potřebou sami aktéři mimořádného vládnutí umožňují, aby bylo mimořádné vládnutí hodnoceno co do souladu, anebo rozporu s právním řádem, což by nebylo možné, pokud by šlo o jev ryze mimoprávní, na který by právo nemohlo uplatnit jakýkoliv vliv.

Je tedy zřejmé, že alespoň soudobé institucionální pojistky a mechanismy prostou mimoprávnost prostě neumožní.²⁴⁹ Ze všech těchto důvodů tak nelze bez dalšího využívat teorie mimořádného vládnutí, případně interpretace těchto teorií, které vycházejí z právní, institucionální i obecně společenské reality v 17. až 19. století. Jednak jsou dnes náklady tvrzení institucionálních aktérů o mimoprávním vládnutí, z důvodu dnešního významu práva ve státě a společnosti, mnohem vyšší než tehdy (a proto se k nim neuchýlí), jednak mimoprávnost není možná ani potřebná z důvodu široké právní regulace a kvality její institucionalizace.²⁵⁰ Příklady esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného

²⁴⁴ Nikoliv tedy panství charismatické, jež je ale v základu mnohých hlavních teorií, tvrdících esenciální prostou mimoprávnost mimořádného vládnutí.

²⁴⁵ S ohledem na poznámky, které autor textu obdržel, je třeba uvést, že to byl Jack Goldsmith, který jako nový vedoucí *Office of Legal Counsel* zrušil ona nechvalně známá memoranda interpretující právní řád USA tak, že dovoluje mučení (*torture memos*), a to pro jejich právní vadnost. Na vypracování těchto memorand měli hlavní vliv John Yoo a Jay S. Bybee.

²⁴⁶ V českém kontextu srov. např. § 329 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, který v některých případech kriminalizuje překročení pravomoci (tj. jednání bez opory v právní normě) úřední osobou.

²⁴⁷ Srov. GOLDSMITH, J. *The Irrelevance of Prerogative Power, and the Evils of Secret Legal Interpretation*. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 214–217.

²⁴⁸ Tato kultura právnosti ve státním mechanismu připomíná i poměrně nedávný výrok někdejšího ministra spravedlnosti Roberta Pelikána, který stran správy a nezávislosti justice prohlásil, že jde o „geniální systém, ve kterém zcela zmizela moc“. Viz JANUŠ, J. První poministerský rozhovor Roberta Pelikána: Je to geniální systém, ve kterém zcela zmizela moc. In: *Info.cz* [online]. 13. 11. 2018 [cit. 2021-11-01]. Dostupné z: <<https://www.info.cz/pravo/advokacie/prvni-poministersky-rozhovor-roberta-pelikana-je-to-genialni-system-ve-kterem-zcela-zmizela-moc>>. Podle Zdeňka Kühna se i tímto výrokem potvrzuje, že institucionálně vzato jsou české soudy nezávislejší, než by jak by se dalo usuzovat ze zákonného textu. Srov. KÜHN, Z. *The Judiciary in Illiberal States*. *German Law Journal*, 2021, Vol. 22, No. 7, s. 1236–1237.

²⁴⁹ Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 165.

²⁵⁰ Srov. GOLDSMITH, J. *The Irrelevance of Prerogative Power, and the Evils of Secret Legal Interpretation*, s. 214. K tomu shodně LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 163–165, a GREEN, A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, s. 164.

vládnutí, na které nejrozličnější aktéři odkazují,²⁵¹ jako je kupříkladu jedno z chápání Lockovy teorie prerogativy²⁵² nebo Lincolnových kroků na začátku americké občanské války,²⁵³ proto přinejmenším v dnešní době neobstojí, neboť oba přístupy vznikly v době jiného společenského uspořádání (Lockova prerogativa v době agrární společnosti,²⁵⁴ Lincolnova rozhodnutí v době rozvoje společnosti industriální). To potvrzují i české zkušenosti s řešením pandemie nemoci covid-19; ani jednou se totiž nestalo, aby se státní orgány nesnažily svoje jednání opřít o nějaké ustanovení právního řádu, ať už šlo o institut nouzového stavu dle ústavního zákona o bezpečnosti České republiky nebo o mimořádná opatření dle zákona o ochraně veřejného zdraví nebo tzv. pandemického zákona. To platí i pro zvládání jiných druhů mimořádných bezpečnostních hrozeb, jako byly kupříkladu situace bezprostředně po teroristických útocích v USA nebo Francii.

Co ovšem vyvolává problémy, a svádí tak k nesprávnému zařazování mimořádného vládnutí do kategorie esenciální prosté mimoprávnosti, jsou konkrétní modely mimořádného vládnutí, buď zakotvující příliš široké zmocnění pro exekutivní orgány bez explicitních právních omezení a institucionálních nástrojů kontroly, nebo umožňující nekontrolovanou a skrytou interpretaci ústavních a zákonných ustanovení zvýhodňující a posilující exekutivu v důsledku neoptimální institucionální architektury.²⁵⁵ Obojí je však zcela odlišný problém, než je domnělá esenciální prostá mimoprávnost mimořádného vládnutí.

Závěr

Shrme-li dosavadní poznatky, docházíme k následujícímu. Za prvé, kategorizace mimořádného vládnutí jako fenoménu mimoprávního závisí na našem chápání práva a jeho skladebních prvků, přičemž i právně pozitivisticky lze argumentovat pro právnost mimořádného vládnutí. Velmi užitečnou se pak jeví teorie normativního institucionalismu, která, spolu s plánovací teorií právní a historicko-sociologickými poznatky, přesvědčivě vyvrací iusnaturalistické, legalistické i justiční přístupy k právu a k mimořádnému vládnutí.

Za druhé, fenomén právnosti a mimoprávnosti je nutné zkoumat v kontextu určitého prostoru, přičemž primárním je nám prostor alternativ lidského jednání. Z této perspekti-

²⁵¹ Že současní „extralegalisté“ mohou být spojováni jak se Schmittem, jehož historické inspirace jsme spolu s na historii založenými teoriemi Agambenovými, odhalili v minulém článku, tak i s Johnem Lockem, uvádí Leonard C. Feldman. Srov. FELDMAN, L. C. *Schmitt, Locke and the Limits of Liberalism*, s. 2.

²⁵² Srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 121–122, nebo FELDMAN, L. C. *Judging Necessity. Democracy and Extra-Legalism. Political Theory*. 2008, Vol. 36, No. 4, s. 556. Jak ale tito autoři uvádějí, nejde o jediné možné chápání Lockovy teorie prerogativy; tuto nevýlučnost mimoprávní interpretace ovšem mnozí akademici přehlíží, jako je příklad Karin Loevy (srov. LOEVY, K. *Emergencies in Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 24–27).

²⁵³ Srov. BRANDON, M. E. *War and the American Constitutional Order*, s. 16–17; GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 128–129.

²⁵⁴ K tomu srov. ZACK, N. *Ethics for Disaster*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2009, s. 78. Naomi Zack v této své knize upozorňuje, že když John Locke psal své dílo, psal je pod dojmem soběstačnosti společnosti, v níž její jednotliví členové žili hlavně z toho, co sami vypěstovali a před čím se sami ochránili v rodině či obci; ke svému přežití tudíž nepotřebovali stát a veřejnou moc, na rozdíl od dnešní (postmoderní a postindustriální) společnosti.

²⁵⁵ Srov. GOLDSMITH, J. *The Irrelevance of Prerogative Power, and the Evils of Secret Legal Interpretation*, s. 215, 223 an.; ACKERMAN, B. *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, s. 46, 69, 84 an.

vy se nám problém mimoprávnosti rozděluje do dvou skupin či stupňů mimoprávnosti – prosté a kvalifikované.

Za třetí, teorie excecptionalistického decisionismu, tvrdící esenciální mimoprávnost mimořádného vládnutí v prostém smyslu, trpí závažnými vadami nebo jsou nesprávně interpretovány. Z dosavadních dominujících přístupů excecptionalistického decisionismu tak nelze usoudit na esenciální prostou mimoprávnost mimořádného vládnutí. Pokud jde o excecptionalistický republikanismus, pak ten připouští více variant vztahu mimořádného vládnutí a práva, přičemž pouze jednu z nich lze označit za přístup mimoprávní. Takový přístup je však v podstatném rozporu jednak s koncepcí práva (právních norem) jako takového, jednak s vůdčími idejemi ústavního republikanismu.

Konečně za čtvrté, lze najít dodatečné argumenty vyvracející představu esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí. Předně existence norem má dopad na zvažování a výběr alternativ, aniž si to uvědomujeme; zásadní je pak tento vliv na právní profesionály a institucionální aktéry. Dále je z hlediska systémového chápání práva esenciální prostá mimoprávnost neuspokojivá, a to jednak z právněpolitické nutnosti použít logický zákon vyloučeného třetího, jednak z povahy fungování právního řádu při aplikování zvláštní právní úpravy oproti právní úpravě obecné. Konečně nejvýraznější argumenty přinesla analýza institucionálního základu práva, a to pokud jde o důsledky teorie institucí normativního institucionalismu, komplexní institucionální realitu současného světa vylučující kompletní bezprávnost nebo o historické poznatky svědčící o přetrvávajícím významu a roli práva i za mimořádných situací. Lze tak článek uzavřít tím, že mimořádné vládnutí není úplně mimoprávním fenoménem, který by se z podstaty věci vzpíral hodnocení „v souladu s právem“, anebo „v rozporu s právem“.

Před teoretickým zpracováním nyní stojí otázka, zda se mimořádné vládnutí může pohybovat v praktickém prostoru mimo právnost kvalifikovanou, tj. bez opření se o text běžných či ústavních zákonů. Této odborné výzvě je však třeba věnovat samostatnou pozornost, a to pro její náročnost, rozsáhlost i určitou kontroverznost.

Je otázka paradoxu minimálních rozdílů relevantní pro právo?

Linda Tvrdíková*

Abstrakt: V rámci právní praxe se často hovoří o vágnosti či neurčitosti jazyka a samotného práva. Není proto divu, že se těmto otázkám věnuje i právní teorie. V současné době asi mezi nejuznávanější teoretiky, kteří se vágnosti v právu věnují, patří Timothy Endicott a Scott Shapiro. Oba dva spojuje to, že poměrně velkou pozornost soustředí na takzvané paradoxy minimálních rozdílů (v originále „sorites paradoxes“). V tomto textu poukážeme na to, že samotné paradoxy minimálních rozdílů a jejich řešení není pro právo až tak relevantní a že vágnost a neurčitost v právu je způsobena spíše jinými fenomény. Cílem textu je tedy poukázat na to, že paradox minimálních rozdílů není pro právo natolik relevantní a nemá tak dalekosáhlý dopad, jak tvrdí Endicott. Abychom mohli tuto naši tezi prokázat, zaměříme nejprve svou pozornost na samotné paradoxy minimálních rozdílů, přičemž v rámci filosofie, ale i logiky byly tyto podrobně zkoumány, na což navazují i Endicott a Shapiro, a byla navržena nejrůznější řešení těchto paradoxů. Poukážeme na to, že tyto paradoxy nejsou pro právo až tak relevantní. Tím se dostaneme k druhé části textu, ve které představíme další zdroje vágnosti a neurčitosti a budeme argumentovat, že právě tyto ostatní zdroje, jako je otevřená textura, rodová podobnost či multidimenzionální polysémie, zapříčiňují ve větší míře vágnost a neurčitost práva. Poté budeme řešit otázku, co se vlastně v rámci interpretace a aplikace práva v těchto případech děje. Budeme argumentovat, že jsou zde autoritativně rozhodovány lexikální války, kde ovšem soudce nevystupuje jako Humpty Dumpty, ale jeho rozhodnutí je omezováno pravidly, na jejichž utváření se podíleli předchozí interpreti, a zároveň je i jeho závazkem za spoluutváření konceptů pro interpretace budoucí.

Klíčová slova: paradox minimálních rozdílů, neurčitost, vágnost, lexikální válka, jazyková hra

Úvod

V rámci právní praxe se často hovoří o vágnosti či neurčitosti jazyka či samotného práva. Není proto divu, že se těmto otázkám věnuje i právní teorie. V současné době patří mezi nejuznávanější teoretiky, kteří se vágnosti v právu věnují, Timothy Endicott¹ a Scott Shapiro.² Oba dva spojuje to, že poměrně velkou pozornost soustředí na takzvané *sorites paradoxes* (dále „paradox minimálních rozdílů“). V tomto textu poukážeme na to, že samotné paradoxy minimálních rozdílů a jejich řešení nejsou pro právo až tak relevantní, a na to, že vágnost a neurčitost v právu je způsobena spíše jinými fenomény. V tomto se tedy přikloníme na stranu Davida Laniuse a jeho analýzy neurčitosti v právu.

Endicott tvrdí,³ že: „*Nejasné zákony [...] představují problém pro filosofii práva.*

Zdá se, že filosofické přístupy k paradoxu [sorites] mají důsledky pro teorii práva: argu-

* Mgr. Bc. Linda Tvrdíková. Doktorandka na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Linda.Tvrdikova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>. Tento text vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Vágnost v právu* číslo MUNI/A/1590/2020 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2021.

¹ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

² SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*. Oxford: Clarendon Press, 2006.

³ Na tomto místě je vhodné poznamenat, že samotný Endicott ve své knize zmiňuje i další zdroje neurčitosti v právu. Je pak otázkou, proč tak velkou pozornost věnuje právě paradoxu minimálních rozdílů. Viz ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*, kapitola 3, s. 31–56.

menty, že vágní výrazy jsou inkohherentní a že uvažování s nimi je nemožné, by podpořily argumenty, že vágní zákony jsou inkohherentní. Vzhledem k tomu, že vágní zákony jsou důležitou součástí každého právního systému [Endicott 2001], důsledky se zdají být dalekosáhlé.⁴

My však budeme zastávat pozici, že tyto paradoxy nejsou pro právo až tak relevantní a nepředstavují pro nás právníky až tak velký problém. Budeme argumentovat, že ostatní zdroje jako je například otevřená textura, rodová podobnost, nebo multidimenzionální polysémie zapříčiňují ve větší míře vágnost či neurčitost práva.

V další části se pak zaměříme na to, k čemu podle názoru autorky opravdu v těchto případech dochází, a to jsou lexikální války. Budeme pracovat zejména s Ludlowovými a Brandomovými myšlenkami, kde prostřednictvím jejich pojetí lze analyzovat, co se děje při interpretaci a aplikaci práva. Tyto teoretické poznatky doplníme i praktickou ilustrací prostřednictvím judikatury českých soudů a samotných právních textů.

Otázce právního jazyka a interpretace práva se věnovali nebo věnují i čeští vědci, přičemž každý z nich tuto problematiku nahlíží vlastní perspektivou. Můžeme uvést například Františka Cvrčka,⁵ Michala Tomáška,⁶ Lukáše Hloucha,⁷ Jana Wintra,⁸ Zdeňka Kühna,⁹ Filipa Melzera,¹⁰ Katarzynu Žák Krzyžankovou¹¹ a další. Tento příspěvek může být dalším z možných přístupů k této problematice a může zprostředkovat alternativní, snad zajímavou perspektivu, kterou na tuto problematiku můžeme nahlížet.

1. Paradox minimálních rozdílů

Než přistoupíme k vymezení problematice, dovolíme si uvést terminologickou poznámku,¹² která se týká samotného označení paradoxu. V tomto textu budeme používat označení paradox minimálních rozdílů, který se po zvážení zdá autorce být možná nejpriléhavějším ze všech možností. Tento paradox je v angloamerické literatuře označován jako *sorites paradox*, kdy toto označení vychází z řeckého *σορίτης* (*sorites*), kde *σωρός* (*soros*) můžeme přeložit jako hromadu, stoh, či dokonce rakev. Některé další jazyky pak pro označení využívají právě jeden z těchto významů, a to hromadu. Označují tedy tento paradox jako paradox hromady. S tím se setkáme například u německého označení *Paradoxie des Haufens*, polského *paradoks stosu* či ruského *парадокс кучи*. Toto označení se však nezdá být zcela přesné, neboť paradox se netýká pouze hromady, jak bude uvedeno dále v textu, a zcela přesně nevystihuje podstatu tohoto paradoxu. Tu mnohem lépe vystihuje právě

⁴ ENDICOTT, Timothy. Law and Language. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. Summer 2016 Edition [cit. 2021-10-27]. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language/>>. Překlad vlastní.

⁵ Např. CVRČEK, František. Právní informatika a lingvistika. *Jurisprudence*. 2016, roč. XXV, č. 6, nebo KOŘENSKÝ, Jan – CVRČEK, František – NOVÁK, František. *Juristická a lingvistická analýza právních textů*. Academia: Praha. 1999.

⁶ Např. TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. 2. doplněné vydání. Praha: Linde, 2003.

⁷ Např. HLOUCH, Lukáš. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

⁸ Např. WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

⁹ Např. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K roli právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

¹⁰ Např. MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*. Praha: C. H. Beck, 2011.

¹¹ Např. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019.

¹² Za upozornění na vhodnost tohoto terminologického vymezení a poznámky k němu, z nichž zde vycházíme, stejně tak jako za navedení na označení „paradox minimálních rozdílů“ a text Sławomira Piekarczyka, děkuji prof. Karlu Eliášovi.

označení paradox minimálních rozdílů,¹³ jak bude zřejmé z dalšího textu, když budeme tento vysvětlovat prostřednictvím principu tolerance, kde se jedná o to, že dostatečně malé rozdíly nemohou ospravedlnit změnu v aplikovatelnosti pojmu.

Po tomto úvodním terminologickém vymezení se tak můžeme zaměřit již na samotnou problematiku. Paradox minimálních rozdílů trápí filosofy a logiky již od antiky, stejně jako mnoho dalších paradoxů. Můžeme zmínit například známý paradox lháře, který můžeme stručně představit takto:

Epimenides tvrdí, že všichni Kréťané lžou. Epimenides je Kréťan.¹⁴

Je Epimenidovo tvrzení pravdivé, či nikoli?

Stejný muž, jehož jméno je spojováno s paradoxem lháře, totiž Eubulides z Milétu, je spojován právě s formulací paradoxu minimálních rozdílů.¹⁵ Asi nejznámějším příkladem tohoto je příklad s hromadou písku.¹⁶ „*Představte si řadu hromádek písku, každá další hromádka má přesně o jedno zrníčko písku méně, než má hromádka, která je od ní vlevo. Hromádka úplně vpravo nemá žádné zrnko písku [...] a tak samozřejmě není hromádkou písku.*“¹⁷ Otázkou je, v jakém okamžiku, tedy při jakém počtu zrněk, se nám z nehromádky stane hromádka a jak se vyvarovat toho, abychom netvrdili, že rozdíl jednoho zrnka písku určuje bytí, či nebytí hromádky.¹⁸

V tomto kontextu hovoří Crispin Wright o *toleranci* pojmů. Princip tolerance pak definuje následovně: „*Zatímco dostatečně velké rozdíly v parametru aplikovatelnosti F někdy ospravedlňují to, že nebude aplikován, tak dostatečně malé rozdíly toto neospravedlňují.*“¹⁹

„*F je tolerantní vzhledem k x, pokud u x dojde k tak malé změně, která je nedostatečná ovlivnit oprávněnost aplikace F na konkrétní případ.*“²⁰

Princip tolerance tedy znamená, že „*nepatrná změna předmětu v tom, co je relevantní pro aplikaci výrazu, nemůže zapříčinit změnu v tom, zda výraz aplikujeme, či neaplikujeme.*“²¹

Dalšími klasickými příklady, které se často uvádějí krom „hromady“, jsou například slova „mladý“,²² „plešatý“, „vysoký“ nebo třeba „červený“. ²³ Pokud se na tyto paradigma- tické příklady podíváme, pak se nám může zdát, že v rámci práva nehrají roli (dalo by se

¹³ Toto označení přebíráme z textu Sławomira Piekarczyka. PIEKARCZYK, Sławomir. Paradoxs różnic minimalnych a nieostrość języka prawnego. *Archiwum filozofii prawa i filozofii społecznej* [online]. 2017, č. 1, s. 90–101 [cit. 2022-01-10]. Dostupné z: <<https://archiwum.ivr.org.pl/799/paradoxs-roznic-minimalnych-a-nieostrosc-jezyka-prawnego/>>.

¹⁴ RACLAVSKÝ, Jiří. Lhářský paradox, význam a pravdivost. *Filosofický časopis*. 2009, roč. 57, č. 3, s. 325–351 [cit. 2022-01-10]. Dostupné z: <https://www.phil.muni.cz/~raclavsky/texty/lharske_paradoxy.pdf>.

¹⁵ KURZOVÁ, Helena. *Megarikové: zlomky*. Překlad Helena Kurzová. Praha: OIKOYMENH, 2007. Zde nalezneme i některé další varianty tohoto paradoxu.

¹⁶ SCHIFFER, Stephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. In: KEIL, Geert – POSCHER, Ralf (eds). *Vagueness in the Law: Philosophical and Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 23.

¹⁷ SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*, s. 3.

¹⁸ BARNES, Jonathan. *Logical Matters: Essays in Ancient Philosophy II*. Oxford: Clarendon Press, 2012, s. 547.

¹⁹ WRIGHT, Crispin. Language-Mastery and the Sorites Paradox. In: EVANS, Gareth – McDOWEL, John (eds). *Truth and Meaning: Essays in Semantics*. Oxford: Clarendon Press, 1976, s. 334.

²⁰ WRIGHT, Crispin. *Language-Mastery and the Sorites Paradox*, s. 336. Dalším příkladem může být například pojem „mladý“, kde se většina z nás asi shodne, že rozdíl nanosekundy nemůže z „mladého“ udělat „nemladého“/„starého“.

²¹ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*, s. 33. Překlad vlastní. V originále: „[...] the principle that a tiny change in an object in a respect relevant to the application of the expression cannot make a difference between the expression's applying and not applying.“

²² LANIUS, David. *Strategic Indeterminacy in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 28.

²³ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*, s. 34.

uvažovat o „mladém“, kdy bychom mohli hledat hranice například u toho, co se považuje za „věk blízký věku mladistvému“²⁴). Aby Endicott dokázal, že paradox minimálních rozdílů je relevantní i pro právo, uvádí příklad s pneumatikou. Máme si představit zákon, který upravuje bezpečnost jízdy. V něm je pak stanoveno, že za neopatrnou jízdu se považuje jízda se sjetými pneumatikami, kde dále není specifikováno, jaká má být hloubka dezénu hlavních dezénových drážek.²⁵ Tvrdí, že pak můžeme uvažovat následovně:

P1: Pneumatika, která je nová, není sjetá.

P2: Pneumatika, která není sjetá, se nestane sjetou ztrátou jedné molekuly pryže.

Z: Pneumatika, která ztratila jednu molekulu pryže, tedy není sjetá.

Toto schéma pak můžeme aplikovat do nekonečna, na základě čehož dospějeme k tomu, že:

Zn: Pneumatika není nikdy sjetá, tedy nikdo nikdy nemůže porušit zákon o bezpečnosti jízdy.²⁶

Což je samozřejmě absurdní závěr, jelikož na jedné straně máme pneumatiku novou a na straně druhé máme pneumatiku zcela sjetou. To jsme schopni rozeznat. Pak nám vzniká otázka, kde je hranice, kdy je pneumatika již sjetá, existují zde takzvané hraniční případy.²⁷ Problémem pak je určení toho, kde je hranice, kdy pojem ještě můžeme aplikovat, a kdy nikoli. Naštěstí v našem právním řádu nemusíme tento konkrétní případ řešit, neboť máme v zákoně stanoveno, jaká má být hloubka drážek hlavních dezénových drážek.²⁸ Kde bychom však tento mohli uvažovat, je výše uvedený „věk blízký věku mladistvému“, kde to, zda určíme, že je pachatel ve věku blízkém věku mladistvému, hraje poměrně podstatnou roli, neboť např. podle § 41 písm. f) zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku („dále jen „trestní zákoník“) je toto polehčující okolností,²⁹ nebo podle § 42 písm. i) trestního zákoníku se naopak jedná o přitěžující okolnost, když „*pachatel [...] svedl k činu jinak trestnému, provinění nebo trestnému činu jiného, zejména dítě mladší patnácti let, mladistvého nebo osobu ve věku blízkém věku mladistvých*“.³⁰ Zde by se mohlo zdát, že paradox minimálních rozdílů hraje důležitou roli. Jak ale budeme dále v textu argumentovat, ani v tomto případě tomu tak není.

Nyní jsme si stručně představili problematiku paradoxu minimálních rozdílů, v následujících řádcích si představíme dnes asi nejrozšířenější možná „řešení“ tohoto problému, která jsou diskutována filosofy a logiky. Po jejich představení si položíme otázku, zda by nám v právu tato navrhovaná řešení mohla být nápomocna.

²⁴ Např. § 41 písm. f) zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

²⁵ ENDICOTT, Timothy A. O. *Law and Language*.

²⁶ Ibidem.

²⁷ V souvislosti s nimi pak bývá uváděno, že platí: Není pravda, že *a* je *P*, ale zároveň není pravda, že *a* není *P*. (SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*, s. 2.) Tedy, že „za určitých okolností se mohou kognitivně jasně uvažující, plně informované a řádně fungující subjekty v názoru na takový výrok bezchybně lišit.“ (WRIGHT, Crispin. *Truth and Objectivity*, s. 144.) Pokud by tato definice hraničních případů byla správná a platilo to, co je v ní uvedeno, pak by jeden subjekt mohl říci, že *Pa* a netvrdil by nepravdu a zároveň by druhý subjekt mohl tvrdit, že $\neg Pa$ a rovněž by netvrdil nepravdu.

²⁸ § 40a odst. 1 písm. b) zákona č. 361/2000 Sb., zákon o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů.

²⁹ „§ 41 Polehčující okolnosti

Soud jako k polehčující okolnosti přihlédne zejména k tomu, že pachatel:

[...]

f) spáchal trestný čin ve věku blízkém věku mladistvých, [...].“

³⁰ § 42 písm. i) zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

1.1 Epistemický přístup

Epistemicisté, mezi které můžeme řadit Timothyho Williamsona nebo Roye Sorensena,³¹ tvrdí, že i v případě hraničních případů jsou propozice buď pravdivé, nebo nepravdivé. My pouze nemůžeme toto vědět, neboť neznáme jejich pravdivostní hodnotu.³² V rámci tohoto přístupu tedy vidíme, že neplatí, že jeden mluvčí může říci, že *Pa*, druhý, že $\neg Pa$, a nastala by situace, že se ani jeden nebude mýlit. Endicott k tomuto řešení říká, že je v podstatě velice jednoduché, neboť místo toho, abychom problém paradoxu minimálních rozdílů vyřešili, prostě řekneme, že existují ostré hranice.³³ Výhodou tohoto přístupu je to, že zachovává bivalenci pravda–nepravda, která je používána v rámci klasické logiky³⁴ a nesnaží se nějak inovativně přistupovat k pojmu pravdivosti.³⁵

Toto spatřuje jako hlavní výhodu epistemického přístupu i samotný Williamson, když tvrdí, že toto pojetí „*nám umožňuje zachovat jak klasickou logiku, tak i principy o pravdivosti a nepravdivosti se všemi jejich výhodami: jednoduchost, jasnost, síla, úspěch v minulosti, integrace s dobře potvrzenými teoriemi v jiných oblastech*“.³⁶ Podle Williamsona už například stoikové zastávali epistemické řešení a zdůrazňovali naši ignoranci (neznalost) relevantních faktů v hraničních případech.³⁷

Z výše uvedeného je zřejmé, že tvrdí, že význam vágních výrazů je determinován ostrými hranicemi, které my ovšem nejsme schopni určit.³⁸ Na základě tohoto našeho omezení, tedy toho, že je nejsme schopni rozeznat a určit, se podle této teorie mylně domníváme, že žádné takové hranice neexistují.³⁹ To, že nejsme schopni je určit, je pak zapříčiněno naší neznalostí. Prvním problémem může být to, co nám tedy určuje tyto ostré (pro nás nepoznatelné) hranice. Jednou z možností, jak na tuto otázku může být odpovězeno, je to, že tyto „*hranice a extenze (pojmu) jsou z velké části determinovány světem. Konkrétně nějakými vlastnostmi ve světě (i když to bude naše užívání výrazů, které nám pomáhá fixovat, které vlastnosti odpovídají kterému predikátu)*“.⁴⁰ V takovém případě se zdá, že musíme předpokládat, že vlastnosti jsou entity, které jsou nezávislé na našem jazyce, tedy že se nejedná o sémantické kategorie (například o koncepty). Podle Rosanny Keefe nás toto řešení dostává od jedné otázky k otázkám, které nejsou o moc jednodušší a méně závažné. První z nich je to, proč by měl jeden koncept (predikát) korespondovat s nějakou jednou vlastností spíše než s nějakou jinou, která má třeba podobnou extenzi. Další otázkou je pak to, co určuje tuto korespondenci.⁴¹

³¹ SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*.

³² WILLIAMSON, Timothy. *Précis of Vagueness. Philosophy and Phenomenological Research*. 1997, Vol. 57, No. 4, s. 921, nebo SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*, s. 86.

³³ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*, s. 99.

³⁴ Zdá se totiž, že pokud chceme paradox minimálních rozdílů vyřešit, pak před námi vyvstává dilema – přijmout, že existují ostré hranice, nebo popřít platnost některého z logických principů, který se v rámci soritického argumentu používá. OMS, Sergi – ZARDINI, Elia. An Introduction to the Sorites Paradox. In: OMS, Sergi – ZARDINI, Elia (eds). *The Sorites Paradox*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 8.

³⁵ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*, s. 99.

³⁶ WILLIAMSON, Timothy. *Précis of Vagueness*, s. 921.

³⁷ *Ibidem*, s. 922.

³⁸ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in Law*, s. 100.

³⁹ MAGIDOR, Ofra. *Epistemicism and the Sorites Paradox*, s. 20.

⁴⁰ KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 77.

⁴¹ KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*, s. 77.

Možnost, jak na tuto námitku odpovědět, může být Lewisovo pojetí, kdy tvrdí, že zde existuje nějaká elitní třída vlastností, a to přírodní vlastnosti. Tyto přírodní vlastnosti jsou ty, které nám pomáhá odhalit věda.⁴² Byť se toto řešení může zdát lákavé svou domnělou jasností a přesností a odkazem na vědy, je poměrně dost nepravděpodobné, jak upozorňuje například Armstrong, že by každý vágní pojem, který používáme, odpovídal nějaké takové přírodní vlastnosti,⁴³ neboť nežijeme v Lego světě,⁴⁴ kde by vše bylo seskládané z kostek s přesně určenými hranicemi. Jak vysvětluje Hofstadter, za prvé vnímáme svět na makroúrovni a na základě ní vznikají naše koncepty, ale i kdybychom se podívali na mikroúroveň, nemohli bychom zde „nakreslit ostrou hranici, která by oddělovala například buňku [...] od zbytku prostředí, ve kterém se nachází. Výrazy jako ‚buňka‘ [...] nejsou vůbec relevantní na této nižší úrovni. Zákony částicové fyziky tyto (naše) výrazy nerespektují [...]“.⁴⁵ Toho, že svět nemá přesně ostré hranice a že my, lidé, tyto hranice tvoříme, si všímá například už i Ludwig Wittgenstein.⁴⁶

1.2 Vícehodnotové logiky

Pokud bychom nebyli uspokojeni řešením epistemickým, pak bychom mohli sáhnout po vícehodnotové logice. V tomto případě dochází k odklonu od klasické logiky, a to v tom ohledu, že zde není respektována bivalence pravda–nepravda, ale zavádí se zde i další pravdivostní hodnoty. To je ostatně reflektováno i samotným názvem „vícehodnotové logiky“. V rámci vícehodnotových logik se můžeme setkat s přístupy, které zavádějí tři hodnoty (například Tyeova tříhodnotová logika), nebo ještě více hodnot (sem můžeme zařadit Machinovu nekonečně hodnotovou logiku).⁴⁷

Pokud se podíváme nejprve na tříhodnotovou logiku, pak se v jejím rámci setkáme s třemi hodnotami: pravda, nepravda a neurčitý, kde tato třetí hodnota⁴⁸ nám má pomoci vyřešit paradox minimálních rozdílů tím způsobem, že ho nemusíme odmítnout jako nevalidní. Jediné, na co nám v tomto případě poukazuje nepravdivost závěru, je to, že jedna z premis není pravdivá. Může být tedy nepravdivá, nebo neurčitá. V některém okamžiku tedy dochází k tomu, že zde nemáme dvě pravdivé premisy, ale alespoň jedna z nich je nepravdivá či neurčitá. A tedy závěr z takových premis by byl rovněž neurčitý či nepravdivý.

V případě nekonečně hodnotové logiky pak nenalezneme pouze tři hodnoty, ale hodnot ještě mnohem více. Základní myšlenkou a předpokladem je pak to, že pravda může být odstupňována.⁴⁹ Toto tvrzení a pojetí pravdivosti jako něčeho, co může přicházet ve

⁴² Ibidem, s. 78.

⁴³ ARMSTRONG, 1978, citováno podle KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*, s. 78.

⁴⁴ POSCHER, Ralf. An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective. In: KEIL, Geert – POSCHER, Ralf (eds). *Vagueness and Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 72: „At the macro-level the world presents itself to us with discrete objects [...] but also with continuous phenomena like horizons, the blurred boundaries between the valley and the foot and the mountain, clouds, etc. [...] In a world that presents itself only in discrete ways – in a Lego- or Minecraft-world (Keil, 2013) – there would be neither a need for vague concepts nor concepts of precisification.“

⁴⁵ HOFSTADTER, Douglas R. *I am a Strange Loop*. New York: Basic Books, 2007, s. 229.

⁴⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filozofická zkoumání*. Praha: Akademie věd České republiky, 1993.

⁴⁷ KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*, s. 85–86.

⁴⁸ Je otázkou, zda například Tyeho tříhodnotovou logiku označovat za tříhodnotovou logiku, neboť sám Tye uvádí, že „the third value here is, strictly speaking, not a truth-value at all but rather a truth value gap“. (TYE, 1994, s. 194, citováno podle KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*, s. 87).

⁴⁹ KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*, s. 91.

stupních, je zcela v rozporu s tím, co o pravdě tvrdí Frege. Ten totiž říká, že „*co je pravdivé jen zpola, není pravdivé vůbec. Pravda se neslučuje s žádným více či méně*“.⁵⁰ To ovšem zastance vícehodnotové logiky nemusí trápit, neboť se klasickou logiku nesnaží zachovat.

Ani toto řešení není neproblematické. V souvislosti s ním je pak diskutována vágnost vyššího řádu. Pokud bychom například přijali tříhodnotovou logiku, pak zde máme skupinu pravdivých případů, skupinu neurčitých případů a skupinu nepravdivých případů, ale kde udělat hranici mezi pravdivými a neurčitými případy? A kde je hranice mezi neurčitými a nepravdivými případy? Zdá se, že nám zde u každé této hranice začnou vznikat hranice dalšího řádu, kde budeme mít hraniční případy hraničních případů. Navíc se zdá, že i vícehodnotový přístup čelí stejným problémům jako přístup epistemický, neboť se opět můžeme ptát, kde se tyto hranice nacházejí a jak je máme identifikovat.⁵¹

1.3 Relevance těchto řešení pro právo

Po představení těchto dvou základních přístupů, které jsou diskutovány v souvislosti s řešením paradoxu minimálních rozdílů, můžeme nyní stručně zhodnotit jejich relevanci pro právo a můžeme si klást otázku, zda by nám mohla být v právní teorii a právní praxi nějakým způsobem nápomocna. Autorka se domnívá, že na tuto otázku musíme odpovědět záporně. Pokud se podíváme na výše navrhovaná řešení, pak je zřejmé, že ani jeden z přístupů by nám nemohl napomoci.

Pokud bychom totiž přijali epistemické řešení, pak bychom museli uznat, že naše rozhodnutí jsou v případě hraničních případů zcela arbitrární, v lepším případě bychom pravdivý závěr „uhádli“, v tom horším případě by dokonce došlo k tomu, že tyto hranice respektovány nejsou a norma, která by daný pojem obsahovala, by tak byla aplikována, byť aplikována být neměla. Pokud bychom raději šli cestou vícehodnotové logiky, pak bychom na tom nebyli o moc lépe, neboť ani vícehodnotové logiky nejsou schopny odstranit potřebu nějakých ostrých hranic. Navíc, v případě tohoto řešení bychom museli řešit, jaký „stupeň“ pravdivosti tomu kterému tvrzení přiřadit, což by opět vedlo k tomu, že bychom spíše museli uznat, že naše řešení jsou opět arbitrární.

2. Paradox minimálních rozdílů není natolik zásadním problémem pro právo, zdroje vágnosti a neurčitosti jsou jiné

Už v úvodu bylo naznačeno, že se autorka domnívá, že samotný paradox minimálních rozdílů není pro právo tolik relevantní. Pokud se totiž podíváme na to, co často způsobuje vágnost či neurčitost práva, pak můžeme důvody spatřovat jinde, jak bude demonstrováno v následujících řádcích. Tato vágnost či neurčitost je zapříčiněna tím, že právo je formulováno prostřednictvím přirozeného jazyka. Při poznávání a porozumění právu hraje jazyk zásadní roli.⁵² Jak uvádí Cvrček, právní jazyk, byť o něm můžeme hovořit jako o jazyku odborném, nevyužívá příliš mnoho odborných termínů, rozuměj takových termínů, které by byly čistě právní.⁵³ To ostatně dává smysl, pokud bereme vážně požadavek

⁵⁰ KOLMAN, Vojtěch. *Logika Gottloba Frega*, s. 63.

⁵¹ KEEFE, Rosanna. *Theories of Vagueness*, s. 112–113. Otázkou pak může být, jak mám poznat, že pravdivost nějakého mého tvrzení je například 0,34 a nikoli 0,36? Kdo toto určí? A jak?

⁵² TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. 2. doplněné vydání. Praha: Linde, 2003, s. 23.

⁵³ CVRČEK, František. *Právní informatika a lingvistika. Jurisprudence*. 2016, roč. XXV, č. 6, s. 52.

na srozumitelnost práva. Právo by mělo být srozumitelné i pro adresáty samotné.⁵⁴ Ovšem s používáním přirozeného jazyka se pak pojí právě jeho vágnost či neurčitost.⁵⁵

Další věcí, kterou můžeme zmínit a které jsme se již dotkli, když jsme diskutovali sjeté pneumatiky, je to, že my sice nežijeme v Lego světě,⁵⁶ kde by byly jasně dané hranice, ale pokud se zaměříme na právo, tak to někdy tyto hranice určuje. Může se jednat o výše zmíněné určení povolené dezénové hloubky dezénových drážek, kde by se mohla v případě absence těchto určených hranic diskutovat právě otázka, kde tyto hranice nalézt a jak. V rámci právní úpravy můžeme tedy spatřovat jisté snahy o vytváření ostrých hranic, což dává jistý smysl, neboť zde máme požadavek na přesnost a jednoznačnost právních textů.⁵⁷

Pokud se zaměříme na právo a právní jazyk, pak se jen zřídka setkáme s výrazy, které jsou diskutovány v souvislosti s paradoxem minimálních rozdílů. Tyto výrazy můžeme nazvat jako transparentně vágní. Jedná se o výrazy, které jsou vágní vzhledem k nějaké jedné pro ně význačné dimenzi. Marmor uvádí, že s těmito výrazy se v právu téměř nsetkáme, neboť je poměrně snadné je nahradit přesnějšími termíny, a to právě proto, že tuto hranici určujeme pouze prostřednictvím jedné dimenze.⁵⁸ S čím se ovšem i v právu setkáme, jsou výrazy běžně vágní a extravagantně vágní. Tyto se liší od transparentně vágních výrazů v tom, že nemají pouze jednu význačnou dimenzi, ale dimenzí více. Lanius je označuje jako výrazy multidimenzionálně vágní a definuje je následovně: „Výraz *e* je multidimenzionálně vágní tehdy a pouze tehdy, pokud umožňuje vzniknout hraničním případům v důsledku jeho nesouměřitelnosti mezi dimenzemi.“⁵⁹

Mezi těmito multidimenzionálně vágními výrazy už bychom mohli nalézt i výrazy, se kterými se setkáváme i v rámci práva. Takovým výrazem může být například výraz „přiměřený“ či „rozumný“ nebo hojně diskutované „vozidlo“.⁶⁰ Mohlo by se tak zdát, že naše tvrzení, že paradoxy minimálních rozdílů nejsou pro právo až tak zásadní, nebylo tedy pravdivé. V následující části si ukážeme, že v případě multidimenzionálních pojmů je „problém“ jinde.

2.1 Multidimenzionální polysémie

Pokud hovoříme o multidimenzionální polysémii, můžeme uvést jako příklad slovo „inteligentní“. V rámci určování jeho významu můžeme zvažovat relevantní dimenze,

⁵⁴ Někteří autoři však upozorňují na to, že se v případě právního jazyka nejedná o přímou komunikaci mezi zákonodárcem a širokou veřejností, ale je třeba ho zprostředkovat pomocí specialistů. Srovnej např. PEŠKA, Zdeněk. Jazyk zákonodárcův. *Slovo a slovesnost*. 1939, roč. 5, č. 1, s. 36. Obdobnou myšlenku pak můžeme nalézt i u Kořenského, Cvrčka a Nováka, kteří hovoří o tzv. aktantovi, který tuto komunikaci zprostředkovává. KOŘENSKÝ, Jan – CVRČEK, František – NOVÁK, František. *Juristická a lingvistická analýza právních textů*. Academia: Praha. 1999, s. 130.

⁵⁵ HLOUCH, Lukáš. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 53.

⁵⁶ POSCHER, Ralf. *An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective*, s. 72.

⁵⁷ TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*, s. 28. Pavel Höllander však upozorňuje na to, že mezi požadavkem přesnosti a srozumitelností je jistý rozpor, neboť podle něho „zvyšování jednoznačnosti, přesnosti právního jazyka, a tedy zvyšování stupně jeho exaktnosti, vede k jeho nesrozumitelnosti, k snížení informační hodnoty práva, a naopak. Je tím založen paradox právního jazyka: Zvyšování přesnosti, exaktnosti, vede k nesrozumitelnosti, a opačně, zvyšování srozumitelnosti vede ke snižování přesnosti.“ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 286.

⁵⁸ MARMOR, Andrei. *The Language of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 87.

⁵⁹ LANIUS, David. *Strategic Indeterminacy in the Law*, s. 34.

⁶⁰ V souvislosti s řešením toho, co se má považovat za vozidlo, pokud máme před parkem ceduli s nápisem „Žádná vozidla v parku.“

kterými jsou „*paměť, abstraktní myšlení, sebeuvědomění, komunikace, učení, emocionální vyspělost, kreativita a řešení problémů*“.⁶¹ V takovém případě nejde jen o zvážení v rámci jedné dimenze, ale musíme řešit i otázku jejich vzájemného poměru.⁶² Další věcí je, že tento seznam není úplný. Tyto pojmy mohou mít nespočet dimenzí. Díky tomu se jednotliví uživatelé jazyka mohou neshodnout na tom, které z nich jsou pro samotný pojem a jeho význam rozhodné a určující. V takovém případě pak hovoříme o sporných konceptech.⁶³ V rámci práva pak používáme obdobu tohoto slova, a to slovo „rozumný“, které používáme v nejrůznějších kontextech.

Pokud si toto uvědomíme, pak přestává mít smysl řešit otázku paradoxu minimálních rozdílů, ale určující je otázka, co je vůbec významem daného výrazu, které dimenze jsou pro něj určující. Lanius tento jev označuje jako multidimenzionální polysémii.

*„Výraz e je multidimenzionálně polysémní tehdy a pouze tehdy, pokud není jasné, které dimenze jsou součástí jeho významu, v důsledku čehož může mít pojem e dva, nebo více (souvisejících) významů.“*⁶⁴

Pokud máme nějaký pojem, který je multidimenzionálně polysémní, pak se nemusíme shodnout ani na tom, jaké dimenze či znaky jsou pro jeho správnou aplikaci relevantní a určující. Tyto pojmy jsou někdy označovány jako „*essentially contested concepts*“ – „*esenciálně sporné koncepty*“. Lanius mezi ně řadí například i pojem lidské důstojnosti,⁶⁵ která hraje zásadní roli v lidskoprávním diskurzu. Pokud se zaměříme právě na lidskou důstojnost, pak se můžeme setkat s různými přístupy k tomu, co vlastně tento koncept označuje.⁶⁶ Lidská důstojnost, zdá se, nemůže být vymezena pouze na základě jedné dimenze, ať už se jedná o rozum,⁶⁷ vědomí či svědomí,⁶⁸ kde ke každému vymezení bychom vždy byli schopni najít nějaký protipříklad – co například lidé s nějakým mentálním omezením? Dají se považovat za bytosti nadané rozumem? Co osoby v kómatu, máme je považovat za osoby s vědomím? A co psychopaté? Mají svědomí? Tedy, mají tyto osoby onu lidskou důstojnost?

Právě s multidimenzionálně polysémními výrazy se v rámci práva a právních textů můžeme setkat poměrně často, což můžeme demonstrovat na následujících příkladech. Vezmeme si například pojem „*veřejný pořádek*“. Podle Eliáše lze „*orientačně vyjít z pojetí, že veřejný pořádek prostupuje celé právo a zahrnuje pravidla, na nichž leží právní základy společenského řádu zdejší společnosti.*“⁶⁹ Nejvyšší správní soud pak „*veřejný pořádek*“ vykládá „*jako normativní systém, na němž je založeno fungování společnosti v daném místě a čase a jenž v sobě zahrnuje ty normy právní, politické, mravní, morální a v některých společnostech i náboženské, které jsou pro fungování dané společnosti nezbytné. Nadto je*

⁶¹ LANIUS, David. *Strategic Indeterminacy in the Law*, s. 33.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem, s. 34.

⁶⁴ „An expression e is MULTI-DIMENSIONALLY POLYSEMOUS if it is unclear which dimensions are part of e's lexical meaning such that e has two or more (related) senses.“ LANIUS, David. *Strategic Indeterminacy in the Law*, s. 34.

⁶⁵ Ibidem, s. 35.

⁶⁶ Pro ilustraci se můžeme podívat na „různost“ pojetí lidské důstojnosti shrnuté zde: <<https://www.pravni prostor.cz/clanky/ostatni-pravo/historicky-vyvoj-pojmu-dustojnost-a-jeho-postupne-zacleneni-do-pravniho-poradku>>, nebo pak i v ROSENKRANZOVÁ, Olga. Důstojnost člověka podle Giovanniho Pika della Mirandola – inspirace pro právo. *Právnick.* 2017, Vol. 156, No. 2, s. 134.

⁶⁷ Čl. 1 Všeobecné deklarace lidských práv.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ ELIÁŠ, Karel. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 61–62.

*možno pod pojmem veřejného pořádku rozumět také faktický stav společnosti, k němuž je dodržování tohoto heterogenního normativního systému zacíleno.*⁷⁰ Jak vidno, v případě tohoto pojmu nutno zvažovat mnoho dimenzí a není postaveno na jisto, které z nich jsou ty určující. V některých případech se bude jednat o soubor právních, morálních a náboženských norem, v jiném kontextu nám normy některého z těchto normativních systémů mohou vypadnout, a naopak mohou být za určující a důležité považovány normy systému jiného. Ostatně na to, že obsah tohoto pojmu je určován poměrně širokým společenským kontextem, odkazují i výše zmíněná vymezení (jak Eliášovo, tak Nejvyššího správního soudu). Otázkou pak je nejen to, které normativní systémy budou význačné, ale i které konkrétní normy z těchto normativních systémů budou zaujímat toto postavení.

Do této kategorie můžeme zařadit i výše diskutovaný „věk blízký věku mladistvých“, přičemž v zákoně máme definováno, kdo je mladistvým. Víme, kdy se mladistvý stává dospělým, ale zákon používá i polehčující okolnost, kterou je právě „věk blízký věku mladistvých“. Při posuzování toho, zda se má tato polehčující okolnost uplatnit, musí soudce zvažovat nejrůznější dimenze jako je vyspělost osoby pachatele, a to z různých hledisek, dokonce takových, která nejsou v zákoně uvedena.⁷¹ Pokud se podíváme na důvod této „nespecifikace“ toho, co tento pojem přesně znamená, pak nalezneme vysvětlení, že dospívání je značně individuální a soud musí rozhodnout v konkrétním případě ve vztahu ke konkrétním okolnostem. V praxi je pak vrchní hranicí ve výjimečných případech i 21 let⁷², což je poměrně dosti vzdálené od právem „uměle“ určené hranice dospělosti, tedy 18 let.

2.2 Otevřená textura

Fenomémem, který je ve spojitosti s vágností diskutován, je otevřená textura. Tento pojem se dostal do povědomí právníků zejména díky Herbertovi L. Hartovi.⁷³ Jak ale upozorňuje David Lanius, Hartovo pojetí se trochu liší od toho, jaké předestřel Friedrich Waismann, který o otevřené textuře jazyka hovoří.⁷⁴ Waismann hovoří o otevřené textuře ve spojitosti s empirickými koncepty, tedy koncepty, které se vztahují k okolnímu světu a objektům, které se v něm nacházejí.⁷⁵ Tedy s těmi pojmy, které Melzer označuje jako deskriptivní.⁷⁶ Waismann pak tvrdí, že tyto empirické koncepty nejsou vymezené ve všech možných směrech.⁷⁷

Lidé, jakožto uživatelé jazyka, nějakým způsobem k jednotlivým věcem připojují nějaké výrazy, a následně je v praxi používají, ale nemůžeme si být jisti, že tyto pojmy pokryjí každou možnou situaci, která může nastat. Na to, že se takové věci často nedějí, Waismann odpovídá, že: *„Nikdy nemůžeme vyloučit možnost nějakých nepředvídatelných situací, které by nás donutily modifikovat naše definice. Můžeme se snažit, jak chceme, ale žádný koncept nikdy nemůže být vymezen takovým způsobem, že by zde nebyl žádný prostor pro*

⁷⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 5. 2007, čj. 2 As 78/2006-64.

⁷¹ PŮRY, František. In: ŠÁMAL, Pavel (ed.). *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 465–466 (§ 41 trestního zákoníku).

⁷² *Ibidem*, s. 465–466.

⁷³ LANIUS, David. *Strategic Indeterminacy in the Law*, s. 37.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ SHAPIRO, Stewart. *Vagueness in Context*, s. 210.

⁷⁶ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 91.

⁷⁷ SHAPIRO, Stewart. *Vagueness in Context*, s. 210, nebo také LANIUS, David. *Strategic Indeterminacy in the Law*, s. 37.

*pochybnosti. Vymyslíme nějaký koncept a vymezíme ho v nějakých směrech [...]. To stačí pro naše momentální potřeby a dále se tím nezabýváme. Přehlížíme to, že v dalších směrech tento koncept definován není [...]. A toto je myšleno otevřenou texturou konceptu.*⁷⁸

Waismann mimo jiné uvádí příklad zlata, o němž si myslíme, že tento pojem máme dostatečně definován a je zcela určitý a určený. Ale co se stane, když najednou objevíme něco, co se zdá být zlatem, má to stejné chemické složení jako to, co označujeme zlatem, stejné vlastnosti, ale bude vyzařovat zvláštní radiaci?⁷⁹ Je to ještě zlato, nebo se jedná o jinou substanci? Tato otázka by pro nás pak byla zajímavá například v kontextu zákona č. 235/2004 Sb., zákona o dani z přidané hodnoty, kde máme režim pro investiční zlato.⁸⁰ Budou moci být slitky nebo destičky vytvořené z této substance považovány za investiční zlato?

Waismann upozorňuje na to, že je zde rozdíl mezi otevřenou texturou a vágností, kde vágnost může být podle něho odstraněna tím, že přidáme nějaká další pravidla, ale otevřenou texturu jazyka není podle něho možné takto vyřešit. Vždy je zde možnost nějakých nepředvídatelných situací. V tomto pojetí otevřené textury můžeme spatřovat podobnost s Ludlowovým dynamickým pojetím významu, kde tvrdí, že naše pojmy jsou nedostatečně určeny („underdetermined“), ale stejně jako Waismann argumentuje, že jejich zpřesnění a absolutní definování není potřeba⁸¹ (Waismann tedy tvrdí, že to ani není možné, jelikož zde vždy existují situace, které nemůžeme předvídat. Nebo může dojít k tomu, že vědci přinesou nové poznatky, díky kterým budeme muset pojmy „definovat“ jiným způsobem, budeme muset zvážit zohlednění dalších směrů).

Pokud budeme zvažovat otevřenou texturu v kontextu deskriptivních pojmů, pak můžeme uvést příklad slova matka, kde vycházíme z toho, že „*matkou dítěte je žena, která je porodila*“.⁸² Co když nastane situace, že zde budeme mít těhotnou ženu, která nebude schopna dítě donosit a věda bude tak pokročilá, že lékaři budou schopni vyjmout plod z těla této ženy a dát ho na „donošení“ do těla ženy jiné, která ho donosí a porodí? Která z těchto žen pak bude biologickou matkou? Dítě ponese geny ženy, která ho původně nosila, a muže, s kterým dítě zplodila. Tento muž, nebude-li o otcovství „připraven“ některou z domněnek otcovství,⁸³ bude stále otcem dítěte, ale kdo bude matkou? Dle dikce zákona by to měla být zřejmě žena, která dítě porodila, tedy ta, která ho pouze donosila

⁷⁸ SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*, s. 211.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ § 92 zákona č. 235/2004 Sb., zákon o dani z přidané hodnoty.

⁸¹ LUDLOW, Peter. *Living Words: Meaning Underdetermination and the Dynamic Lexicon*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 7. „The received wisdom seems to be that semantics demands precision and fully determinate meanings. Whatever the merits of precision and fully determinate meanings, semantics has no need for them. [...] we will see that the static view has inflicted analytic philosophy, with the result that philosophy has accumulated a number of intractable puzzles that, I believe, all have their roots in these two errors – the assumption that the lexicon is static and the meanings are fully determined.“ Ibidem. Pokud se na to podíváme, pak toto Ludlowovo pojetí dynamického významu jde proti tomu, jak naopak viděl koncepty Frege: „A definition of a concept (of a possible predicate) must be complete; it must unambiguously determine, as regards any object, whether or not it falls under the concept [...]. If we represent concepts in extension by regions on a plane, this is admittedly a picture that may be used only with caution, but here it can do us good service. To a concept without sharp boundary there would correspond a region that had not a sharp boundary-line all round, but in places just vaguely faded away into the background. This would not really be a region at all; and likewise a concept that is not sharply defined is wrongly termed a concept. (Frege, 1903, §56; translation based on Frege, 1960, 159)“ BAN-YAMI, Hanoch. Wittgenstein on Vagueness and Family Resemblance. In: GLOCK, Hans-Johann – HYMAN, John (eds). *A Companion to Wittgenstein*. John Wiley and Sons, 2017, s. 410.

⁸² § 775 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁸³ Viz § 776 an. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

a jejíž geny dítě nemá. Ostatně, tato otázka může a měla by být diskutována v kontextu takzvaného „náhradního mateřství“. Možná i díky těmto situacím dojde k vydefinování tohoto pojmu dalšími směry.

2.3 Rodová podobnost

Dalším zdrojem vágnosti, který je pro právo, dle názoru autorky, zásadní a měl by mu být věnován prostor, jsou rodové podobnosti („*family resemblances*“). Tento pojem je spojován zejména s pozdní filosofií Ludwiga Wittgensteina. Hanoch Ben-Yami ale upozorňuje na fakt, že se s náznaky něčeho, co bychom mohli označit rodovou podobností, můžeme setkat například už v dílech Williama Whewella. Ten už roku „1810 kritizoval upřednostňování definic pomocí generis a differentia a vypracoval alternativní popis pojmů, který má společné body s Wittgensteinovými myšlenkami o rodové podobnosti. Později [...] Whewell [...] postavil klasifikaci v matematice do protikladu ke klasifikaci v přírodovědě a všem ostatním ‚spekulacím‘. Na rozdíl od matematických tříd nejsou ty přírodovědné určeny definicí, ale ‚typem‘:

*Třída je pevně stanovena, i když není přesně ohraničena; je dána, i když není ohraničena; není určena hraniční čarou zvenčí, ale centrálním bodem uvnitř; není určena tím, co přísně vylučuje, ale tím, co do ní nápadně patří; příkladem, ne předpisem; zkrátka místo definice zde máme typ.*⁸⁴ Takováto klasifikace pak nevyhnutelně podle Whewella vede k vágnosti a k existenci hraničních případů, u kterých si nejsme jisti, zda jsou dostatečně rodově podobné.⁸⁵ Když Wittgenstein diskutuje rodovou podobnost, demonstruje nám ji na příkladu her:

*„Pozoruj někdy ty činnosti, které nazýváme hrami. Mám na mysli deskové hry, karetní hry, míčové hry, bojové hry apod. Co mají společného? – Neříkej: Musí mít něco společného, jinak by se jim neříkalo hry – nýbrž se podívej, zda je tu něco, co je společné jim všem. – Neboť když se na ně podíváš, neuvidíš sice něco, co by bylo všem společné, ale uvidíš všelijaké podobnosti, a to řadu takových podobností a příbuzností. Jak bylo řečeno, neuvažuj, nýbrž dívej se. [...] A výsledek tohoto pozorování nyní zní: vidíme složitou síť podobností, které se navzájem překrývají a kříží. Podobnosti ve velkém i malém.“*⁸⁶

Nemůžeme tak přesně určit a definovat to, co dělá všechny hry hrami, jelikož vždy můžeme najít hru, která třeba některý ze znaků, který určíme, nenese, ale podobá se s ostatními hrami v jiných ohledech. I přes to jsme však schopni rozeznat, že něco hrou je a za hru to označit. Děje se to však na základě komplikované sítě podobností, které se navzájem překrývají a kříží.⁸⁷ Wittgenstein tak tvrdí, že podle něho nelze tyto podobnosti charakterizovat lépe „[...] než slovním spojením ‚rodové podobnosti‘; jelikož se tímto způsobem nejruzněji překrývá složitá síť podobností, ať už se jedná o rysy obličeje, vzrůst, barvu očí, temperament nebo například chuť.“⁸⁸

Pokud bychom chtěli uvést příklad, kde se v právních textech můžeme s rodovou podobností setkat, pak můžeme uvést třeba spojení, které se vyskytuje ve Smlouvě o zása-

⁸⁴ BEN-YAMI, Hanoch. *Wittgenstein on Vagueness and Family Resemblance*, s. 410.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filozofická zkoumání*, § 66.

⁸⁷ BEN-YAMI, Hanoch. *Wittgenstein on Vagueness and Family Resemblance*, s. 411.

⁸⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filozofická zkoumání*, § 67.

dách činnosti států při výzkumu a využívání kosmického prostoru včetně Měsíce a jiných nebeských těles, tím je právě spojení „Měsíc a jiná nebeská tělesa“.⁸⁹ V tomto případě je uveden Měsíc jako demonstrativní příklad nebeského tělesa, kterými mohou být planety, hvězdy a další, které mají jisté znaky společné, dalšími se však liší. Nebo můžeme uvést například § 711 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, kde se dočteme, že „*částky výdělku, platu, mzdy, zisku a jiných hodnot z pracovní a jiné výdělečné činnosti se stávají součástí společného jmění v okamžiku, kdy manžel, který se o jejich získání přičinil, nabyt možnost s nimi nakládat.*“⁹⁰ I zde zákonodárce uvedl demonstrativní výčet nejtýpějších „hodnot z pracovní a jiné výdělečné činnosti“ a bude úkolem soudu v případě jiných hodnot určit, zda spadají do této kategorie.

2.4 Co mají tyto zdroje vágnosti a neurčitosti společné

Když se podíváme na výše uvedené zdroje vágnosti či neurčitosti, pak můžeme najít společný jmenovatel, kterým je to, že koncepty nejsou v těchto případech viděny jako něco statického, jako něco, co je pevně dáno, a my máme pouze nějaký způsobem odhalovat a poznávat jejich extenze. Významy nejsou spojovány s jejich definicemi, ba naopak, jak jsme již uvedli výše, definice jsou podle výše uvedených koncepcí nemožné, nebo nežádoucí. Tento dynamický pohled na pojmy a náš jazyk nám mohou být nápomocny při analýze jazyka a můžeme se díky nim vyvarovat některých problémů, ke kterým by nás dovedl pohled statický. Jak tvrdí Ludlow: „*statický pohled zasáhl analytickou filosofii, v důsledku čehož se ve filosofii nahromadila řada neřešitelných hádanek, které, jak se domnívám, mají všechny kořeny v těchto dvou chybách – v předpokladu, že lexikon je statický a významy jsou plně determinované.*“⁹¹

Tento statický pohled není žádnou novinkou, ale má poměrně dlouhou tradici. Setkáme se s ním už u Aristotela a Platona, například když se v dialogu *Menon* Sokrates ptá Menona, co je to „ctnost“. Menon mu odpovídá tím, že jmenuje různé ctnosti u různých lidí,⁹² přičemž je dělí podle pohlaví, postavení i věku a ke každému uvádí jinou ctnost. S touto odpovědí Sokrates není spokojený. To, co Sokrates chce, je, aby mu Menon poskytl to, čemu dnes říkáme definice. Něco, co by upřesnily společnou podstatu všech věcí, které nazýváme ctností. Sokrates chce, aby Menon specifikoval to, co je společné všem a jen těm případům, na které se tento pojem vztahuje.⁹³ I dnes „*pokud se ve filosofickém kontextu zeptáme, co máme na mysli pod pojmem, slovem nebo slovním spojením, stále se od nás obvykle očekává, že poskytneme nutnou a postačující podmínku pro jeho použití, to, že*

⁸⁹ Vyhláška ministra zahraničních věcí č. 40/1968 Sb., o Smlouvě o zásadách činnosti států při výzkumu a využívání kosmického prostoru včetně Měsíce a jiných nebeských těles.

⁹⁰ § 711 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁹¹ LUDLOW, Peter. *Living Words: Meaning Underdetermination and the Dynamic Lexicon*, s. 7.

⁹² „*Meno: There will be no difficulty, Socrates, in answering your question, what is virtue? Let us take first the virtue of a man: he should know how to administer the state, and in the administration of it to benefit his friends and harm his enemies; and he must also be careful not to suffer harm himself. A woman's virtue, if you wish to know about that, may also be easily described: her duty is to order her house, and keep what is indoors, and obey her husband. Every age, every condition of life, young or old, male or female, bond or free, has a different virtue: there are virtues numberless, and no lack of definitions of them; for virtue is relative to the actions and ages of each of us in all that we do. And the same may be said of vice, Socrates.*“ PLATO. *Meno*, 71e–72a, citováno podle BEN-YAMI, Hanoch. *Wittgenstein on Vagueness and Family Resemblance*, s. 407.

⁹³ Ibidem.

specifikujeme společnou povahu, kterou sdílejí všechny jeho případy".⁹⁴ Ostatně i Frege o konceptech tvrdil, že musí mít jasné hranice, jinak vůbec koncepty nejsou.⁹⁵

My se ale nenecháme touto touhou po Lego světě a absolutní jistotě strhnout. I nadále budeme pokračovat ve zkoumání toho, co se v případě vágnosti či neurčitosti, kde jako její hlavní zdroje vidíme výše rozebrané tři vlastnosti pojmů a našeho jazyka, děje. Jak uvidíme, v tomto případě se nejedná o otázku hledání nějakých předem určených a určitých hranic, není to tedy deskriptivní dobrodružství, ale dochází k tomu, že je řešena otázka, jak máme v tom kterém konkrétním případě pojem použít. Je zde řešena otázka normativní a závislá na daném kontextu (v případě soudních rozhodnutí i kontextu skutkovém).

3. Význam a lexikální války

Naším východiskem je to, že význam není statickou entitou, ale může se měnit, a to i díky tomu, že náš jazyk neslouží pouze k popisu „objektivního“ světa, který zde existuje nezávisle na nás. Náš jazyk používáme k mnoha různým aktivitám a účelům a skrze to, jak si konceptualizujeme svět, tak ho i vnímáme. Prostřednictvím našeho uchopení světa kolem nás jednotlivým věcem a ostatním bytostem a jejich akcím připisujeme nějaký význam. Naše konceptuální porozumění⁹⁶ není pouze uchopení nějaké statické struktury,⁹⁷ která je zde před námi a naším jazykem a naším porozuměním světu, ale je aktivním hledáním, rozhodováním a odpovídajícími reakcemi na rozličné společenské praktiky.⁹⁸ Jako lidé jsme sice individuální organismy, ale účastníme na společném způsobu života, který nazýváme lidským.⁹⁹

Jazyk tedy neslouží k tomu, nebo pouze k tomu, aby reflektoval předem danou strukturu světa, ale prostřednictvím jazyka svět spoluutváříme. „Svět je jazykovým konstruktem v tom smyslu a do té míry, do jaké se pro nás skládá z věcí, které bychom jako věci nemuseli vidět, kdybychom neměli ten jazyk, který máme.“¹⁰⁰ Toto pojetí koresponduje s pojetím jazyka a významu tak, jak ho chápe například pozdní Wittgenstein nebo Sellars. V tomto pojetí tak dochází k posunu „od chápání jazyka jako sady obrázků nějakých věcí k chápání jazyka jako sady nástrojů užívaných pro dosažení nějakého cíle.“¹⁰¹ My, lidé, jsme totiž „aktéry, kteří působí na své prostředí, aby realizovali cíle, které jsou pro ně vlastní a nezbytné pro jejich další existenci. A pokud organismy jednají, toto jednání samo o sobě znamená, že organismus považuje určité aspekty svého prostředí za užitečné nebo škodlivé pro jeho zájmy. [...] Významy věcí se projevují pouze ve světle kontextu významnosti, který je založený vzájemně provázanými zájmy tohoto aktéra, každý z těchto významů je definován

⁹⁴ Ibidem, s. 407–408.

⁹⁵ GEACH, Peter – BLACK, Max. *Translations from the Writings of Gottlob Frege*. Oxford: Blackwell, 1960, s. 159.

⁹⁶ Na konceptuální porozumění a rozumění upozorňuje například už i Sellars. Srovnej např. SELLARS, Wilfrid. *Philosophy and the Scientific Image of Man*. In: COLODNY, Robert (ed.). *Frontiers of Science and Philosophy*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1962, s. 35–78.

⁹⁷ Na tuto holistickou provázanost upozornil už například Wilfrid Sellars. SELLARS, Wilfrid. *Empiricism and the Philosophy of Mind*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, s. 44–45.

⁹⁸ ROUSE, Joseph. *Articulating the World. Conceptual Understanding and the Scientific Image*, s. 83.

⁹⁹ Ibidem, s. 77.

¹⁰⁰ PEREGRIN, Jaroslav. *Význam a struktura*. Praha: Oikoymenth, 1999, s. 141.

¹⁰¹ PEREGRIN, Jaroslav. *Obrat k jazyku a analytická filosofie*. In: PEREGRIN, Jaroslav (ed.). *Obrat k jazyku: druhé kolo (Jazyk, myšlení a svět v názorech postanalytických filosofů)*. 1998, s. 17.

*pouze ve vztahu k významům ostatních věcí ve světě aktéra.*¹⁰² V tomto pojetí pak významy výrazů nejsou věci, které by byly těmito výrazy „onálepkovány“, ale význam je pak spíše „způsob užívání tohoto výrazu, jeho role v rámci naší jazykové aktivity.“¹⁰³

Tato jazyková aktivita je aktivitou společenskou, důležité je fungování jazyka a jeho užívání ve společnosti, jazyk tak není záležitostí subjektivní, ale intersubjektivní.¹⁰⁴ Významy ovšem vzhledem k tomuto našemu pojetí nemůžeme hledat ve světě, který je na nás nezávislý, ale je nutné je pojímat spíše jako „geometrické tvary: nemá (tedy) smysl je hledat v reálném světě, neboť jsou spíše prismaty, která nám umožňují relevantní část světa chápat naším lidským způsobem.“¹⁰⁵ Významy jsou tak spoluutvářeny lidmi, kde se jim učíme v interakci s ostatními. I díky jejich kritickým postojům můžeme dovozovat to, jak máme správně hrát jazykovou hru.¹⁰⁶ Tato hra se tak jako každá jiná hra řídí pravidly. Tato pravidla ovšem nemusí být a mnohdy nejsou explicitně vyřčena,¹⁰⁷ nejedná se o nějaké rozkazy, ale spíše o nasměrování.¹⁰⁸ Pokud je porušíme, pak dochází k tomu, že nás ostatní (oprávněně) kritizují. Dodržování těchto pravidel je totiž nutné, aby jazyk mohl plnit svou funkci.

Toho, že otázka hledání významu má normativní charakter, si všímá už Sellars, když při zkoumání toho, co je význam, „klade důraz na to, že význam nespočívá v tom, jak se výraz skutečně užívá, ale v tom, jak se správně užívá, čili jak by se měl užívat“.¹⁰⁹ Jak si dále ukážeme, právě toto je zásadní, pokud řešíme otázku vágnosti a neurčitosti práva a právních textů. V takovém případě totiž nehledáme to, jak se nějaký výraz užívá, ale spíše dochází k tomu, že hledáme způsob, jakým by se v daném případě výraz užívat měl (respektive, zda se výraz užitý v právní větě má vztáhnout i na námi řešený konkrétní případ).

3.1 Lexikální války

Pokud na význam budeme nahlížet výše uvedeným způsobem, pak vidíme i spojitost se zdroji vágnosti a neurčitosti, o kterých jsme diskutovali v části 3 tohoto textu, tedy s otevřenou texturou, multidimenzionální polysémií a rodovou podobností. Díky tomu, že

¹⁰² OKRENT, Mark. Heidegger's Pragmatism Redux. In: MALACHOWSKI, A. (ed.). *Cambridge Companion to Pragmatism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 135.

¹⁰³ PEREGRIN, Jaroslav. *Obrat k jazyku a analytická filosofie*, s. 22.

¹⁰⁴ „Jazyk a jeho faktické fungování je [...] – na rozdíl od myšlení – něco ve své podstatě snadno intersubjektivně uchopitelného [...]: takže v úvahu připadá mnohem spíše nikoli vysvětlovat jazyk pomocí myšlení, ale myšlení pomocí jazyka.“ PEREGRIN, Jaroslav. *Význam a struktura*, s. 38.

¹⁰⁵ PEREGRIN, Jaroslav. *Význam a struktura*, s. 244.

¹⁰⁶ PEREGRIN, Jaroslav. Wittgenstein a pravidla našich jazykových her. In: *jarda.peregrin.cz* [online]. [cit. 2021-10-29], s. 3. Dostupné z: <<http://www.jarda.peregrin.cz/mybibl/PDFTxt/536.pdf>>. Obdobně pak uvažoval například Quine: „Významy jsou především významy jazyka. Jazyk je společenskou dovedností, kterou my všichni získáváme výhradně na základě poznatků o zjevném chování jiných lidí za veřejně rozpoznatelných okolností.“ QUINE, Willard V. O. Ontologická relativita. In: PEREGRIN, Jaroslav. *Obrat k jazyku: druhé kolo* (Jazyk, myšlení a svět v názorech postanalytických filosofů), s. 49. Odkaz na intersubjektivitu můžeme spatřovat například i v následujícím: „Člověk může přece něco říci, jen když se naučil mluvit. Kdo tedy něco chce říci, musí se k tomu také naučit ovládat určitou řeč; a je nicméně jasné, že mohl chtít mluvit, a proto ještě nemusel mluvit skutečně. Zrovna tak jako člověk netančí tím, že tančit chce.“ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filozofická zkoumání*, § 74.

¹⁰⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filozofická zkoumání*, § 54.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 55. „Uřídité pravidlo je tu jako nějaký ukazatel cesty. – Neponechává žádné místo pro pochybnost o tom, jakou cestou mám jít? [...] Mohu tedy říci, že ukazatel ponechává přece jen určitou možnost pochybnosti. Nebo spíš: někdy ponechává možnost pochybnosti, někdy ne. [...]“

¹⁰⁹ PEREGRIN, Jaroslav. *Význam a struktura*, s. 185.

význam je spoluutvářen naší praxí, která se řídí nejen explicitními, ale i implicitními pravidly, a přikládání významu je závislé na naší konceptualizaci, může nastat situace, že dvě osoby budou mít na základě předchozí jazykové praxe, tedy na základě toho, jak a s kým hráli jazykové hry, spojeny s výrazy různé významy. To může být zapříčiněno tím, že některé aspekty nebudou považovat za určující, respektive budou považovat různé aspekty za určující (viz multidimenzionální polysémie), což může být zapříčiněno i tím, jaké vědecké teorie a poznatky jim budou dostupné, přičemž i na základě nich se mohou jejich koncepty formovat (viz otevřená textura), nebo jakým způsobem budou hledat ony podobnosti a spojitosti (viz rodová podobnost).

Toto dává vzniknout situacím, kdy jeden mluvčí nesouhlasí s tím, jak druhý mluvčí používá daného výrazu. Peter Ludlow v této spojitosti hovoří o lexikálních válkách.¹¹⁰ Tyto lexikální války mohou být, dle názoru autorky, spojeny s méně expresivním vyjádřením téhož, kdy například David Plunkett hovoří o konceptuální etice¹¹¹ nebo Robert Brandom o tom, že hrajeme hru na „ptaní se a dávání důvodů“.¹¹² Ve všech těchto případech se řeší otázka výrazu, jeho významu a jeho správného použití. Žádný z uvedených autorů nepovažuje význam za statickou entitu předem striktně determinovanou světem, který zde existuje nezávisle na nás. Jelikož v tomto textu zastáváme stejnou pozici, tyto jejich koncepty se tak jeví jako použitelné a vhodné pro aplikaci i na námi řešenou problematiku.

Ještě než přistoupíme k otázce lexikálních válek, je třeba zmínit, že ve spoustě případů dochází k modulaci významu automaticky a víceméně kooperativně.¹¹³ Ostatně toto koresponduje s tím, jak vnímá porozumění a učení se jazyku v rámci jazykových her Wittgenstein: „*Porozumění jazyku představuje (Wittgensteinovými slovy) zvládnutí určité techniky. Pravidlům užití výrazů jazyka (mysleme si zde třeba predikátová pravidla typu ‚je-li něco pes, nesmíš popírat, že je to savec‘, případně úsudková pravidla obecně) se zprvu učíme ‚empiricky‘ – nejsou nám vysvětlena, tj. nepodléhají (meta)jazykové kontrole, ale jsme v nich, resp. v jejich následování ›vycvičení‹. ‚Následuji-li pravidlo, nevolím. Následuji pravidlo slepě.‘*“¹¹⁴

Ovšem „s ohledem na organickou povahu jazyka (se) nelze nikdy úplně vyhnout [... to-mu, že] zprvu implicitně ovládnuté principy je nutné explikovat, uspořádat a revidovat“¹¹⁵ a v takovém případě pak dochází k tomu, že je zde o správnou, námi preferovanou modulaci významu veden spor.¹¹⁶ Ten vzniká na základě toho, že sice používáme stejná slova, ale myslíme jimi něco jiného,¹¹⁷ či alespoň v některých aspektech odlišného. Pokud pak dochází k těmto sporům, jde o to, že každá ze stran vysvětluje a ospravedlňuje svou pozici, tedy svou konceptualizaci. Dochází tak k tomu, že udáváme důvody, které nás vedou

¹¹⁰ LUDLOW, Peter. *Living Words: Meaning Underdetermination and Dynamic Lexicon*, s. 7 an.

¹¹¹ BURGESS, Alexis – CAPPELEN, Herman – PLUNKETT, David (eds). *Conceptual Engineering and Conceptual Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

¹¹² BRANDOM, Robert B. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*. Harvard: Harvard University Press, 2001.

¹¹³ LUDLOW, Peter. *Living Words: Meaning Underdetermination and Dynamic Lexicon*, s. 7.

¹¹⁴ KOLMAN, Vojtěch. *Logika Gottloba Fregy*, s. 57.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ LUDLOW, Peter. *Living Words: Meaning Underdetermination and Dynamic Lexicon*, s. 7.

¹¹⁷ PLUNKETT, David. Normative Roles, conceptual variance, and ardent realism about normativity. *Inquiry*. 2020, Vol. 63, No. 5, s. 509–534. „The issue of verbal disputes can be glossed as follows. Suppose that different philosophers mean different things by important [...] terms. [...] suppose that this involves them expressing different concepts by those terms [...]“

k našemu pojetí. V těchto válkách se pak tyto nevyřčené, implicitní důvody stanou explicitními¹¹⁸ a může být souzena jejich ospravedlnitelnost a případnost („správnost“).

Tyto spory o modulaci významu pak mohou mít a mají i právní dopad. Ludlow uvádí příklad slova „sendvič“. Na první pohled by se mohlo zdát, že každý ví, co to sendvič je. Málokoho by napadlo, že by o význam tohoto slova vedl s někým spor. Pokud se ovšem zamyslíme, pak máme nepřehledné množství různých sendvičů – mohou být otevřené sendviče, wrapy, hamburgery a croque-monsieur, kde každý může či nemusí tyto zařadit mezi sendviče. Většina z nás se možná u tohoto případu pousměje. Ovšem v roce 2006 musel tuto otázku řešit soudce Jeffry Locke, když jeden řetězec, Panera Bread, namítal, že si v nákupním středisku, kde prodávali své produkty, otevřel pobočku i další prodejce sendvičů Qdoba Mexican Grill, což podle smlouvy s obchodním centrem nemohl, neboť Panera Bread měli být jediným prodejcem sendvičů na tomto místě. Qdoba Mexican Grill prodávali burrito, soudce Locke tak musel vyřešit otázku, zda se burrito považuje za sendvič. Nakonec rozhodl tak, že nikoli. Qdoba Mexican Grill tak mohli i nadále v obchodním centru prodávat své burrito.¹¹⁹

Ostatně, pokud si chceme demonstrovat lexikální válku, pak nemusíme chodit ani tak daleko. Poslední dobou je u nás poměrně „žhavým“ tématem manželství stejnopohlavních párů. Můžeme nalézt zastánce toho, aby stejnopohlavní páry mohly uzavírat manželství, což má opět své právní důsledky, a to ne nevýznamné, ale i zastánce opačného přístupu – ti často argumentují tradicí či přirozeností. Můžeme se setkat s názory, že „*manželství je svazkem mezi mužem a ženou, který slouží k tomu, aby z něho měli oba benefity, přirozená jednota, která je v souladu s přírodou, jednota, jejímž účelem je mít a vychovávat děti [...]*“.¹²⁰

Na toto vymezení můžeme uvést mnoho námitek. Například to, že i kdyby bylo pravdou, že v minulosti slovo „manželství“ označovalo pár tvořený mužem a ženou, nemůžeme to v žádném případě brát jako dostatečně silný důvod pro tvrzení, že tento význam zůstává i dnes zachován a že slovo „manželství“ nemůžeme použít i ve vztahu ke stejnopohlavním párům.¹²¹ Ostatně, někteří lidé opačného pohlaví uzavírají manželství, aniž by chtěli mít potomky – je to pak stále manželství? A co lidé, kteří mít děti nemohou? Mohou pak tedy uzavřít manželství? Dalo by se polemizovat i s tím, že svazek muže a ženy je přirozený, čímž se zřejmě odkazuje na nepřirozenost soužití dvou osob stejného pohlaví – už i staří Řekové měli slabost pro mladé chlapce – na základě čeho pak dovozujeme větší přirozenost pouta mezi mužem a ženou?

Můžeme uvést, že například občanský zákoník se zdá ctít ono „tradiční“ pojetí manželství, kdy ho máme definováno jako „*trvalý svazek muže a ženy vzniklý způsobem, který stanoví tento zákon. Hlavním účelem manželství je založení rodiny, řádná výchova dětí a vzájemná podpora a pomoc*“.¹²² Můžeme ovšem uvést, že zákonodárce alespoň částečně

¹¹⁸ BRANDOM, Robert B. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, s. 162.

¹¹⁹ LUDLOW, Peter. *Living Words: Meaning Underdetermination and Dynamic Lexicon*, s. 11 an.

¹²⁰ Ibidem, s. 23.

¹²¹ Ibidem.

¹²² § 655 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Pokud bychom se podívali v tomto kontextu i za hranice, pak můžeme uvést, že například Evropský soud pro lidská práva se rovněž přiklání k tomuto tradičnějšímu pojetí, když uvádí, že: „s přihlédnutím k tomu, že manželství má hluboce zakotvené společenské a kulturní konotace, které se mohou v jednotlivých společnostech zásadně odlišovat, Soud shledal, že čl. 12 ani čl. 14 Úmluvy ve spojení s jejím čl. 8 neukládají smluvním státům povinnost přiznat párům osob stejného pohlaví přístup k institutu manželství (viz *Schalk a Kopf proti Rakousku*, cit. výše, § 62–63 a § 101).“ Evropský soud pro lidská práva tak raději nezasahoval do lexikálních válek vedených na úrovních jednotlivých států a ponechal rozhodnutí na jednotlivých zákonodárcích.

reflektuje změnu poměrů, kdy už homosexualitu nevnímáme jako trestný čin, jak tomu bylo dříve, a umožnil jim alespoň uzavírat registrovaná partnerství.¹²³ V našem právním řádu je tak prostor pro lexikální válku ohledně tohoto konkrétního institutu označovaného výrazem „manželství“ částečně určen a ohraničen prostřednictvím výše uvedených textů jednotlivých právních předpisů. Ovšem ani to nezabránilo tomu, aby byly o konkrétních právech a povinnostech osob, které uzavřou registrované partnerství vedeny spory (tedy o konkrétní podobě tohoto institutu a jeho významu). Tak například původně osoby, které uzavřely registrované partnerství, nemohly adoptovat dítě, a to na základě zákona o registrovaném partnerství. Toto ustanovení následně zrušil Ústavní soud prostřednictvím svého nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15.

Pokud se na tento případ podíváme výše naznačenou optikou lexikálních válek, pak můžeme považovat zrušené ustanovení § 13 odst. 2 zákona o registrovaném partnerství¹²⁴ za vyjádření pozice zákonodárce (a jeho konceptualizace tohoto institutu), který viděl rozdíl mezi manželi a registrovanými partnery, kde podle něho součástí institutu registrovaného partnerství není právo adoptovat dítě. Nutno podotknout, že dokonce povoloval adopci jednou osobou, ale nikoli registrovanými partnery či osobou, která je v registrovaném partnerství. Což může poukazovat na to, že z jeho pohledu jsou pak lidé, kteří jsou homosexuální a oficiálně se k tomuto „přiznali“ prostřednictvím uzavření registrovaného partnerství, nevhodnými kandidáty pro výchovu dětí.

S touto konceptualizací pak nesouhlasil navrhovatel, Městský soud v Praze, a rozhodl se vést se zákonodárcem konceptuální válku. Podal návrh na zrušení tohoto ustanovení Ústavnímu soudu s tím, „že pokud by žadatel o osvojení nežil v manželství a ani v registrovaném partnerství, mohl by se za určitých podmínek stát osvojitelem. Pokud však žije v registrovaném partnerství, platí zákaz osvojení již z tohoto titulu, aniž by byly posuzovány okolnosti, zda takový žadatel je schopen vytvořit odpovídající zázemí pro řádnou výchovu dítěte. Tyto skutečnosti představují rozdíly, které jsou neodůvodněné a ani neexistují rozumné důvody pro uplatněný rozdílný přístup.“¹²⁵ Ústavní soud pak musel tuto otázku posoudit a rozhodnout, který z pohledů na danou věc je ten „správný“, a to s ohledem na celkový kontext práva (např. ústavní normy).

Tím se dostáváme k tomu, že pokud hovoříme o lexikálních válkách v kontextu interpretace a aplikace práva, pak zde máme jistá specifika oproti „běžným“ lexikálním válkám, máme tu totiž osoby, které mohou a musí autoritativně rozhodnout, která ze zastávaných pozic je ta „správná“ v tom kterém případě, a navíc i tyto osoby jsou vázány mimo jiné i texty normativních právních aktů. V následující části se tak zaměříme na analýzu toho, co se děje v námi rozebíraném kontextu v soudní síni.

3.2 Lexikální války vedené v soudní síni

Na tomto místě se dostáváme do bodu, kdy se pokusíme všechny výše uvedené poznatky na jednom místě shrnout a využít je k analýze a explanaci toho, co se tedy vlastně děje při interpretaci a aplikaci práva soudy. Uvedli jsme, že významy/koncepty nejsou nějaké statické entity, ale jsou dynamické, učíme se jim a spoluutváříme je prostřednictvím praxe –

¹²³ Zákon č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství a změně některých zákonů.

¹²⁴ „(2) Trvajícím partnerstvím brání tomu, aby se některý z partnerů stal osvojitelem dítěte.“

¹²⁵ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 7/15.

„jazykových her“ – v rámci nichž jsou důležitá pravidla, která nám ukazují směr, jak je (ne)používat. Tato pravidla však nejsou rozkazy a přímo nám neurčují hranice, které jsou neprolomitelné a věčné, ale jelikož je zde máme, tak soudci nejsou Humpty Dumpty z *Alenky v Říši divů*, aby mohli říci, že „*když používám nějaké slovo, pak neznamená nic víc, ani nic méně, než co jsem si vybral, že bude znamenat.*“¹²⁶

Když má soudce rozhodovat nějaký případ, je jeho úkolem zjistit skutkový stav a nalézt příslušné pravidlo, které má aplikovat. Není při svém rozhodování ovšem zcela neomezen, jelikož „správnost“ aplikace konceptu je posuzována i ve vztahu k minulým interpretacím a aplikacím daných konceptů a ustanovení, kde právě i texty normativních právních aktů jsou pro soudce velice důležitým výchozím bodem. Svou roli při určování významu pak hraje i systematika a účel toho kterého normativního právního aktu. Soudce dále musí zvažovat právo jako celek včetně principů a zásad. Před soudce se dostávají osoby, které mezi sebou povětšinou vedou lexikální válku – někdy může být zapříčiněna tím, že opravdu věří tomu, že je jejich pozice ta „správná“, někdy může být z jedné strany účelová, kde tato strana se tak pouze snaží prosadit své zájmy, které nejsou například právem chráněny. Soudce má pak rozhodnout, které řešení je „správné“, a to v kontextu všeho výše uvedeného.

Nečiní, nebo neměl by činiti, toto rozhodnutí zcela náhodně, ale při určování správnosti by měl zohlednit krom textu právního předpisu i dosavadní rozhodovací praxi a právo jako takové. Co to znamená? Soudci nejsou odpovědní pouze zákonu, tedy jejich jediným úkolem není držet se přísně slov právního předpisu, ale jsou odpovědní za zákon,¹²⁷ tedy za jeho konkrétní interpretaci a aplikaci. Nejsou povinni slova zákona vždy následovat, ale podílejí se na spoluutváření obsahu práva, stejně jako uživatelé jazyka spoluutvářejí významy slov, kde nám soudci určují jeho obsah. Ten neurčují jako Humpty Dumpty, ale jsou vázáni rozhodnutími předchozími, pokud uznají jejich autoritu, ale zároveň jsou zavázáni odpovědností za rozhodnutí budoucí tím, že jejich rozhodnutí mohou pak sloužit jako výchozí body pro rozhodnutí soudců dalších.¹²⁸

Uznání autority předchozích rozhodnutí by pak nemělo záviset pouze na postavení daného interpreta, ale i na přesvědčivosti jeho interpretace a argumentace, závisí tedy i na tom, zda byl úspěšným při hře na „ptaní se a udávání důvodů“, zda je jeho pozice dostatečně ospravedlněna rozumnými důvody. Z tohoto pohledu je pak důležité, aby byla rozhodnutí řádně odůvodněna, abychom měli dostatek explicitně vyřčených důvodů, které vedly ke konkrétnímu výsledku. Rozhodnutí učiněná v minulých případech při interpretaci jednotlivých ustanovení pak slouží jako měřítko pro normativní hodnocení toho, zda soudce při rozhodování jeho konkrétního případu „správně“ interpretuje a aplikuje právo. Rozhodování soudce je tak vázáno minulostí, tím, jak byly právní koncepty inter-

¹²⁶ “I don’t know what you mean by ,glory’”, Alice said.

Humpty Dumpty smiled contemptuously. “Of course you don’t – till I tell you. I meant, there is a nice knock-down argument for you!”

“But ,glory’ doesn’t mean ,a nice knock-down argument’”, Alice objected.

“When I use a word”, Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean – neither more nor less.” CARROL, Lewis. *Through the Looking Glass*. Citováno podle SHAPIRO, Steward. *Vagueness in Context*, Předmluva.

¹²⁷ BRANDOM, Robert B. *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges’ Chain Novel*, s. 58.

¹²⁸ Ibidem, s. 56, 59–60.

pretovány předchozími soudci, kteří se podíleli na spoluutváření jejich obsahu, ale současně je vázán i budoucností, tedy tím, že je soudce odpovědný za to, jak budou v důsledku jeho rozhodnutí výrazy interpretovány v budoucnu.¹²⁹

V rámci interpretace práva pak může být (a někdy je) „správnost“ interpretace a aplikace konceptů ověřována hned několikrát.¹³⁰ Jako první rozhoduje soud nebo jiný orgán aplikující právo v první instanci. Pokud se však účastníkům řízení jeho rozhodnutí nezdá správné, mohou se proti němu odvolat¹³¹ nebo podat stížnost¹³² nebo podat návrh na rozklad.¹³³ Zde pak dochází k přezkumu toho, zda opravdu došlo ke správné interpretaci a aplikaci, a to vzhledem ke konkrétním okolnostem daného případu – ty mohou mít poměrně zásadní vliv, neboť právní myšlení není monotónní, je zpochybnitelné, a přidáním některých dalších informací se nám z pravděpodobného závěru může stát závěr nepravděpodobný. Tedy takový, který není v daném kontextu ospravedlnitelný.¹³⁴ Pokud odvolací orgán k takovému závěru dospěje, vyjádří svůj kritický postoj tím, že tento rozsudek zruší nebo změní.¹³⁵

V některých případech můžeme jít ještě dál a využít mimořádných opravných prostředků. Když se podíváme například na přípustnost dovolání, tak *„dovolání přípustné proti každému rozhodnutí odvolacího soudu, kterým se odvolací řízení končí, jestliže napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, při jejímž řešení se odvolací soud odchýlil od ustálené rozhodovací praxe odvolacího soudu nebo která v rozhodování odvolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo je dovolacím soudem rozhodována rozdílně anebo má-li být dovolacím soudem vyřešena právní otázka posouzena jinak.“*¹³⁶ Pokud bychom tyto důvody přípustnosti dovolání zkoumali námi uvedenou perspektivou, pak je můžeme analyzovat následovně:

- 1) *„napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, při jejímž řešení se odvolací soud odchýlil od ustálené rozhodovací praxe odvolacího soudu.“*¹³⁷

V tomto případě se tedy jedná o to, že je zde podezření na to, že se odvolací soud zachoval jako Humpty Dumpty, když nerespektoval závazky pro něj vyplývající z předchozí soudní praxe. Nedržel se tak pravidel, která zde byla vytvářena a vytvořena, a rozhodl se vytvořit pravidla jiná. Tím odvolací soud narušuje princip právní jistoty, neboť *„každý potenciální účastník řízení bere při zvažování svých šancí na úspěch v soudním řízení v potaz i dosavadní (především publikovanou) judikaturu; má právo přitom očekávat, že soudy budou v různých případech rozhodovat různě a v obdobných případech obdobně.“*¹³⁸

¹²⁹ Ibidem, s. 60.

¹³⁰ U jazykových her jsme zmiňovali, že to, zda tuto hru hrajeme správně, poznáme prostřednictvím kritických postojů ostatních hráčů.

¹³¹ § 201 an. zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, § 245 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, § 81 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

¹³² § 266 an. zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním.

¹³³ § 152 an. zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

¹³⁴ Pro zjednodušení a větší přehlednost budeme dále v textu diskutovat už pouze opravné prostředky v rámci civilního procesu, ať nemusíme neustále odkazovat na jejich protějšky v rámci správního a trestního řízení.

¹³⁵ § 219a a 220 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

¹³⁶ § 237 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Aps 2/2006-68.

I naše soudy musejí zohledňovat předchozí rozhodnutí,¹³⁹ a to zejména soudů nejvyšších, kde jedním z jejich úkolů je sjednocování judikatury, tj. určování měřítek pro to, co se považuje za „správnou“ interpretaci a aplikaci práva, při řešení lexikálních válek v soudní síni.

- 2) *„napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena.“*¹⁴⁰

V tomto případě se dostáváme k situaci, kdy zde ještě nejvyššími soudy nebylo stvrzeno to, která interpretace a aplikace práva má sloužit jako měřítko pro posuzování „správnosti“ určování obsahu konceptů. V této situaci může docházet k tomu, že soudy nižšího stupně interpretují a aplikují právo rozličnými způsoby, přičemž mohou mít dojem, že jejich interpretace je ta „správná“. K tomu by samozřejmě nemělo, i s ohledem na výše uvedený princip právní jistoty a s ním spojený princip předvídatelnosti práva, docházet. Ovšem i z důvodů uvedených v části 3 tohoto textu jsou tyto situace možné. V takovém případě pak nejvyšší soudy rozhodují, dá se říci, nejen lexikální válku mezi samotnými účastníky, ale i mezi soudy nižšího stupně. V tomto případě na něm pak leží poměrně velká odpovědnost za to, jak bude interpretace a aplikace probíhat v budoucnu.

- 3) *„napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, je dovolacím soudem rozhodována rozdílně.“*¹⁴¹

Pokud nastane tato situace, pak může být pro ostatní soudce velice matoucí. Nemohou totiž vysledovat jednotnou linku a nalézt vodítka pro to, jakým směrem se vyvíjí interpretační praxe a výklad právních norem. Důvody vzniku jsou stejné jako v bodě 2), Nejvyšší soud má však za úkol judikaturu sjednocovat. Pakliže si někdo povšimne, že i v rámci Nejvyššího soudu dochází k lexikálním válkám a k tomu, že je „správnost“ interpretace a aplikace některých ustanovení zřejmě posuzována na základě různých pravidel, pak je zcela na místě, aby tato situace byla napravena.

- 4) *„má-li být dovolacím soudem vyřešena právní otázka posouzena jinak.“*¹⁴²

V této situaci jde o případ, kdy zde třeba sice neexistuje rozdílná rozhodovací praxe, právní názor Nejvyššího soudu je vyjádřený a konstantní, odvolací soud tuto judikaturu respektoval, ale my se domníváme, že došlo k tak zásadním změnám a posunu obsahu předmětných konceptů, že je třeba tuto reflektovat a výklad změnit. To, že ke změně právního názoru nejvyšších soudů i Ústavního soudu může dojít, ovšem ve výjimečných případech, je ostatně těmito přijímáno, jak můžeme demonstrovat na následujícím: *„Nálezy Ústavního soudu [...] představují závazná interpretační vodítka pro rozhodování ve skutkově a právně obdobných věcech, od nichž je sice možné se odklonit, to ovšem pouze ve výjimečných a racionálně odůvodněných případech [...]“*.¹⁴³ Jak vidíme, v případě tohoto odklonu je třeba mít racionální odůvodnění tohoto kroku, tedy odlišná interpretace musí být ospravedlněna.

¹³⁹ „Jediný argument odvolacího soudu, a sice že předmětnými rozhodnutími nejsou jiné soudy nijak vázány, neboť v českém právním řádu neexistuje tzv. precedens, jak je tomu v právu anglosaském, nepovažuje Ústavní soud (mj. s přihlédnutím k požadavku předvídatelnosti soudních rozhodnutí) za dostatečný.“ Nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 2588/13.

¹⁴⁰ § 237 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

¹⁴¹ § 237 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 3303/18.

Závaznost těchto předešlých rozhodnutí zde existuje nejen pro soudy obecné, ale i pro samotný Ústavní soud. Kdyby je nerespektoval, dopouštěl by se, dle jeho vlastních slov, libovůle.¹⁴⁴ To ovšem, jak bylo již uvedeno, neznamená, že se od nich nemůže ve výjimečných případech odklonit. Za určitých podmínek je možné je překonat.¹⁴⁵ V takovém případě se pak již dříve rozhodnuté věci jeví v novém kontextu jako neospravedlnitelné.

Jak vidno, proces interpretace práva a jednotlivých konceptů je příběhem, který, zdá se, nemá konce. Prostřednictvím interpretační a aplikační praxe je spoluvytvářen samotný obsah právních konceptů, přičemž každý jednotlivý soudce se na tomto podílí. Díky tomuto spoluutváření a přizpůsobování se jednotlivým situacím a případně i změnám ve společnosti může právo flexibilněji reagovat a nestát se pouze „zkostnatělým“ systémem neefektivních pravidel. Díky tomu, že je potřeba ospravedlnění rozhodnutí a použití jednotlivých konceptů, by nemělo docházet ke svévolnému zneužívání a ohýbání práva.

Závěr

V tomto textu jsme diskutovali v první části paradoxy minimálních rozdílů, a to z toho důvodu, že jim je i v rámci právní filosofie a teorie věnována poměrně velká pozornost. Představili jsme si dvě možná řešení, která byla navržena logiky či filosofy. Následně jsme poukázali na to, že tato „řešení“ nemají a vlastně ani nemohou mít pro právo a právní praxi nějaký značný užitek.

Na tuto část jsme navázali tím, že jsme poukázali na to, že tradiční statické pojetí významu není tím nejlepším možným přístupem a představili jsme si konkurenční pojetí významu. V tomto pojetí pak nejsou významy, či koncepty statickými entitami, ale jsou dynamické. Jejich dynamičnost je dána praxí uživatelů jazyka. V návaznosti na to jsme si představili zdroje vágnosti a neurčitosti, které jsou podle autorky pro právo mnohem zásadnější. Těmi byly multidimenzionální polysémie, otevřená textura a rodové podobnosti. Ty jsme si nejen teoreticky vymezili, ale demonstrovali jsme je i na praktických příkladech.

V poslední části jsme se zaměřili na Ludlowův koncept lexikálních válek, který jsme spojili s Brandomovým pojetím významů. Ukázali jsme si, že v rámci našeho užívání jazyka hrajeme „jazykové hry“. Abychom je mohli hrát, musejí zde existovat pravidla. Tato pravidla nemusejí být vždy explicitně vyčtena, ale můžeme je dovozovat z praxe a kritických postojů ostatních hráčů. Tyto teoretické poznatky z oblasti filosofie a lingvistiky jsme pak přenesli v poslední části do právního kontextu, kde jsme jejich prostřednictvím analyzovali a vysvětlili, co se vlastně při interpretaci a aplikaci práva děje.

¹⁴⁴ „Především budiž řečeno, že nemá-li se sám Ústavní soud jako ústavní orgán, tj. orgán veřejné moci, dopouštět libovůle, jejímž zákazu je sám také podroben, neboť i Ústavní soud, či právě on, je povinen respektovat rámec ústavního státu, v němž je výkon libovůle orgánům veřejné moci striktně zapovězen, musí se cítit vázán svými vlastními rozhodnutími, která může svou judikaturou překonat jen za určitých podmínek. Tento postulát lze přitom charakterizovat jako podstatnou náležitost demokratického právního státu (čl. 1 odst. 1 ve spojení s čl. 9 odst. 2 Ústavy).“ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02.

¹⁴⁵ „První možností, kdy Ústavní soud může překonat vlastní judikaturu, je změna sociálních a ekonomických poměrů v zemi nebo změna v jejich struktuře anebo změna kulturních představ společnosti. Další možností je změna či posun právního prostředí tvořeného podústavními právními normami, které v souhrnu ovlivňují nahlížení ústavních principů a zásad, aniž by z nich ovšem vybočovaly, a především neomezují princip demokratické právní státnosti (čl. 1 odst. 1 Ústavy). Další možností pro změnu judikatury Ústavního soudu je změna, resp. doplnění těch právních norem a principů, které tvoří závazná referenční hlediska pro Ústavní soud, tj. takových, které jsou obsaženy v ústavním pořádku České republiky, nejde-li samozřejmě o změny odporující limitům stanoveným čl. 9 odst. 2 Ústavy, tj., nejde-li o změny podstatných náležitostí demokratického právního státu.“ Ibidem.

Lloyd vs. Google aneb spočívá v prostém zásahu do informačního soukromí člověka škodlivý následek a musí být takový zásah vždy škodlivý?

Jakub Vostoupal*

Abstrakt: Článek rozebírá aktuální rozhodnutí anglických soudů ve věci Lloyd vs. Google. Úvodní část je věnována krátkému představení problematiky soukromí a souvisejících pojmů, včetně stručného rozebrání potenciálních následků zásahu do soukromí. Po položení alespoň základního teoretického rámce jsou v článku kriticky rozebrána všechna rozhodnutí se zaměřením na zodpovězení otázky „zda v prostém zásahu do informačního soukromí člověka spočívá škodlivý následek“. V závěru se pak autor zaměřuje na argument kontextu, kterého se dovolával prvoinstanční soud, a představí dva scénáře, které mají potenciál tento argument podpořit.

Klíčová slova: soukromí, ochrana osobních údajů, zásah do soukromí, kybernetická bezpečnost

Úvod

Ve dnech 21. až 23. května roku 2018 rozhodoval londýnský Court of Justice poněkud kuriózní případ, který si, zvláště s ohledem na rozhodnutí soudu v druhé instanci, získal celosvětovou pozornost. Jednalo se o případ č. HQ17M01913, známý spíše jako *Lloyd vs. Google*. Soudce stál před nelehkým úkolem – Richard Lloyd zažaloval Google za porušení povinnosti, kterou mu ukládal § 4 odst. 4 britského *Data Protection Act* z roku 1998 (dále jen jako „DPA“), tedy tehdejší transpozice směrnice 95/46/ES (předchůdce obecného nařízení o ochraně osobních údajů),² přičemž spor stál primárně na jediné otázce: „*Může v prostém zásahu do informačního soukromí člověka spočívat škodlivý následek?*“

1. Co je soukromí?

Pro lepší uchopení toho, jak k této otázce přistoupily anglické soudy, je nutné alespoň stručně představit základní teoretický rámec toho, co vlastně „*soukromí*“ a další relevantní pojmy znamenají.

Otázka „co je soukromí?“ bohužel nemá jednoduchou odpověď, a jak Míšek na několika příkladech demonstduje, „*dodnes jde o velice těžko uchopitelný pojem, který není možné*

* Mgr. Jakub Vostoupal je doktorandem na Ústavu práva a technologií Právnické fakulty a studentem bakalářské psychologie na Fakultě sociálních studií Masarykovy univerzity v Brně. Vedle toho působí v rámci projektů např. Centra excelence pro kyberkriminalitu, kyberbezpečnosti a ochranu kritických informačních infrastruktur. E-mail: jakub.vostoupal@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1669-9931>. Vznik tohoto příspěvku byl podpořen projektem MUNI/A/1484/2021 (Právo a technologie X). Autor též děkuje anonymním recenzentům za cenné připomínky.

¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES.

² Viz bod 2 daného rozhodnutí.

svázat do jedné pevné a trvalé definice“.³ I navzdory neurčitosti pojmu soukromí, se našlo hned několik autorů, kteří se pokusili právo na soukromí definovat a popsat jeho jednotlivé vrstvy uspokojivým způsobem. Pravděpodobně jednou z nejoblíbenějších variant je „právo být ponechán sám sobě“.^{4,5}

Tento pojem poprvé užívá soudce T. M. Cooley v práci *A Treatise on the Law of Torts* při popisu základních práv, konkrétně práva jedince k sobě samému.⁶ Až o dva roky později tento termín využívají i Warren s Brandeisem, kterým je v tomto ohledu prvenství nesprávně přisuzováno (přestože se na Cooleyho ve svém díle odkazují).⁷ Jejich práce pak odstartovala evoluci významu práva na soukromí.⁸ Mezi navazující modely hodné zmínky patří bezpochyby již citovaný model Daniela Solovea, ve kterém kromě práva být ponechán sám sobě autor navrhuje ještě dalších 5 kategorií, které dohromady mají vystihovat právo na soukromí jako celek – umožnění omezení přístupu k vlastní osobě, možnost utajení či zachování tajemství, kontrola nad osobními informacemi, ochrana osobnosti (tedy individuality, důstojnosti a autonomie člověka), a intimita.^{9,10}

S pokračujícím rozvojem technologií, které umožňují masivní narušování soukromí, je možné vysledovat v těchto teoretických modelech určitou reakci – mj. vzestup důležitosti tzv. informačního soukromí. Dobře patrná je tato skutečnost na modelu týmu B. J. Koopse, který kromě osmi oddělených (standardních) kategorií obsahuje i speciální, všeprostupující kategorii devátou.¹¹ Tato kategorie je právě informační, ne fyzické soukromí. V této myšlence se výzkumný tým odkazuje na Blokea, který uvádí, že i fyzické kategorie soukromí mají aspekt informačního soukromí, tedy že soukromí je nejen právo na to, že se nikdo nebude dívat oknem do naší kuchyně, ale také právo na „ochranu před šířením informací“,¹² tedy že nikdo nebude šířit, co v té kuchyni viděl.

Jako vysoce relevantní model, zvláště pro případ *Lloyd vs. Google*, zde uvádím ještě model Helen Nissenbaum, který je založen na kontextové integritě.¹³ Nissenbaum zdůrazňuje, že „problém často nespočívá v tom, že někdo pracuje s informacemi soukromého charakteru vztahující se k člověku, ale jakým způsobem s nimi pracuje“.¹⁴ Pokud jsou informace využívány v souladu s očekáváními, která odpovídají danému kontextu, nepůsobí to mezi stranami problémy.

³ Viz MÍŠEK, J. *Moderní regulační metody ochrany osobních údajů*. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 29–30.

⁴ V originále „right to be alone“, viz SOLOVE, D. J. *Conceptualizing Privacy*. *California Law Review*. 2002, Vol. 90, Iss. 4, s. 1099–1102.

⁵ Český překlad „být ponechán o samotě“, který stvořil Ústavní soud, je bohužel poněkud nešťastný, a proto používám raději tuto formu.

⁶ Viz COOLEY, T. M. *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*. Chicago: Callaghan and Company, 1879, s. 29.

⁷ Viz WARREN, S. D. – BRANDEIS, L. D. *Right to Privacy*. *Harvard Law Review*. 1890, Vol. 4, No. 5.

⁸ Více viz MÍŠEK, J. *Moderní regulační metody ochrany osobních údajů*, s. 30–32.

⁹ Viz SOLOVE, D. J. *Conceptualizing Privacy*, s. 1102–1125.

¹⁰ Solove na toto navazuje v článku *A Taxonomy of Privacy*, ve kterém pojednává o zásadách do informačního soukromí, více viz SOLOVE, D. J. *A Taxonomy of Privacy*. *University of Pennsylvania Law Review*. 2006, Vol. 154, No. 3.

¹¹ Viz KOOPS, B.-J. et al. *A Typology of Privacy*. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2017, Vol. 38, No. 2.

¹² Ibidem, s. 554–555.

¹³ Viz NISSENBAUM, H. F. *Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford, California: Stanford University Press, 2010.

¹⁴ Helen Nissenbaum (2010), cit. dle MÍŠEK, J. *Moderní regulační metody ochrany osobních údajů*, s. 36–37.

2. Sociální a psychologický aspekt zásahu do soukromí

Nebylo by vhodné opomenout, že sdělování informací soukromého charakteru je jeden z esenciálních projevů prosociálního chování, který intenzivně posiluje schopnost jedince navazovat a utužovat vztahy.¹⁵ Míra intenzity a kvantity tohoto projevu se zásadně liší v závislosti na prostředí, ve kterém ke sdělování dochází (např. fyzické/kyberprostor¹⁶ nebo domácí/pracovní).¹⁷ Kromě toho ovšem záleží i na bezpečí daného prostředí. Pokud tedy člověk ztrácí kvůli zásahům do soukromí pocit kontroly a bezpečí ve svém prostředí, dochází k normalizaci jeho chování, k omezování svěřování a k tzv. „chilling efektu“.¹⁸ Omezené svěřování či míra zatajování soukromých a intimních informací (tzv. *self-concealment*) s sebou přináší plejádu negativních projevů jak fyzické povahy (zvýšená únava, menší fyzická výdrž),¹⁹ tak i psychické a sociální.^{20, 21}

Zásahy do soukromí narušují i základní sociální procesy. V případě, že se někomu člověk rozhodne vyjevit určitou intimní informaci, má kontrolu nad tím, jak a komu danou informaci sděluje, případně může určité aspekty zamlčet. Zásah tuto kontrolu obchází. Příkladem budiž vyjevení historie vyhledávání v internetovém prohlížeči – člověku nehrozí poškození toliko jeho reputace a sociálního kreditu, ale také nejružnějších sociálních vazeb, jeho ochoty se svěřovat, sebedůvěry a mnohého dalšího. Zásah do soukromí tak může fakticky narušit jeden z nezákladnějších aspektů člověka – společenskost.

3. Osobní údaje, informační soukromí a právo na informační sebeurčení

Vymezit pojem osobních údajů je oproti pojmu soukromí podstatně jednodušší, neboť existuje relativně jasná zákonná definice – jedná se o jakýkoliv údaj, o jakákoliv data, která mohou přímo nebo nepřímo vést k identifikaci fyzické osoby.²² Osobním údajem může být např. IP adresa, cookies soubory, ale v určitých situacích také historie procházení, u které může dojít k identifikaci osoby přímo (navštívením např. osobní stránky na FB), či nepřímo (kumulativně s dalšími údaji uživatele).²³ Ochrana osobních údajů je oproti ochraně soukromí postavena jako ochrana *ex post*, chrání tedy subjekt údajů před neoprávněným zpracováním osobních údajů, nebrání *ex ante* zásahu. I ochrana osobních údajů

¹⁵ Viz např. SLEPIAN, M. L. – MOULTON-TETLOCK, E. Confiding Secrets and Well-Being. *Social Psychological and Personality Science*. 2019, Vol. 10, Iss. 4.

¹⁶ Viz TRUB, L. A portrait of the self in the digital age: Attachment, splitting, and self-concealment in online and offline self-presentation. *Psychoanalytic Psychology*. 2017, Vol. 34, No. 1.

¹⁷ Viz např. BATHJE, G. J. et al. Attitudes toward Face-to-Face and Online Counseling: Roles of Self-Concealment, Openness to Experience, Loss of Face, Stigma, and Disclosure Expectations among Korean College Students. *International Journal for the Advancement of Counselling*. 2014, Vol. 36, Iss. 4.

¹⁸ Viz vice STOYCHEFF, E. et al. Privacy and the Panopticon: Online mass surveillance's deterrence and chilling effects. *New Media & Society*. 2019, Vol. 21, Iss. 3; HERMSTRÜWER, Y. – DICKERT, S. Sharing is daring: An experiment on consent, chilling effects and a salient privacy nudge. *International Review of Law and Economics*. 2017, Vol 51, Iss. C.

¹⁹ Viz např. LARSON, D. G. et al. Self-Concealment: Integrative Review and Working Model. *Journal of Social and Clinical Psychology*. 2015, Vol. 34, No. 8.

²⁰ Viz např. UYSAL, A. – LEE LIN, H. – RAYMOND KNEE, C. The Role of Need Satisfaction in Self-Concealment and Well-Being. *Personality and Social Psychology Bulletin*. 2010, Vol. 36, Iss. 2.

²¹ Dále viz SLEPIAN, M. L. – MOULTON-TETLOCK, E. *Confiding Secrets and Well-Being*; SLEPIAN, M. L. – KIRBY, J. N. – KALOKERINOS, E. K. Shame, guilt, and secrets on the mind. *Emotion*. 2020, Vol. 20, No. 2.

²² Viz článek 4, odst. 1 obecného nařízení o ochraně osobních údajů.

²³ Ibidem.

ovšem přispívá k ochraně soukromí, jak je mimo jiné patrné z § 1 zákona č. 110/2019 Sb., o zpracování osobních údajů.

S právem na informační soukromí pak úzce souvisí právo na informační sebeurčení, které má své kořeny v judikatuře německého Spolkového ústavního soudu a je dle ELSP součástí práva na soukromý a rodinný život.²⁴ Právo na informační sebeurčení bylo vzápětí přejato i naším Ústavním soudem, který jej vymezil jako možnost kontroly nad informacemi o sobě samém (zjednodušeně řečeno).^{25, 26}

Právo na informační sebeurčení nalezneme zakotvené i v článku 10 Listiny základních práv a svobod, kde doplňuje právo na ochranu soukromého a rodinného života a lidské důstojnosti. Vzhledem k jejímu postavení v Listině i způsobu, jakým ji vymezil Ústavní soud, stojí dle mého názoru právo na informační sebeurčení na obdobné pozici jako informační soukromí v modelu Koopse a ostatních, tedy přesahujíc a prostupujíc všechny kategorie.

Dalo by se tak konstatovat, že všechna výše zmíněná práva spadají pod jednu meta-kategorii „ochrany soukromí“,²⁷ leč např. Polčák uvádí, že: „V současné době je možno [...] označit za integrální součást práva na informační sebeurčení následující instituty: svoboda projevu, ochrana soukromí, právo na vzdělání, ochrana osobních údajů a právo na informace veřejného sektoru.“²⁸ Je tedy možná jednodušší stavět se k jednotlivým institutům jako k článkům jednoho řetězu, než vymezovat nadřazené a podřazené pojmy.

S tímto základním teoretickým rámcem přišel čas vrátit se na začátek, k soudnímu sporu a otázce, zda v prostém zásahu do informačního soukromí může spočívat škodlivý následek.

4. Lloyd vs. Google I

Richard Lloyd podal na Google žalobu jménem 4,4 milionu uživatelů telefonů značky iPhone²⁹ kvůli tomu, že Google mezi červnem 2011 a únorem 2012 zpracovával data³⁰ generovaná prohlížečem prostřednictvím souborů cookies³¹ ukládaných uživatelům do zařízení za účelem zvyšování efektivity cílené reklamy.³² Cookies jsou obecně využívány k monitorování chování uživatelů na webu (tzv. *tracking cookies*), ke statistikám, k personalizaci prohlížení, ale také např. k autentizaci, a představují jeden ze základních kamenů internetu již od devadesátých let.³³ Zpracovávání dat v tomto konkrétním případě

²⁴ Viz rozsudek ESLP ve věci *Atakunnan Markkinapörssi Oy a Satamedia Oy proti Finsku*, cit. dle MÍŠEK, J. *Moderní regulační metody ochrany osobních údajů*, s. 40.

²⁵ Tedy srovnatelné s jedním z aspektů modelu Daniela Solovea, srov. SOLOVE, D. J. *Conceptualizing Privacy*, s. 1106.

²⁶ Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2013, PL. ÚS 24/10: „Vedle tradičního vymezení soukromí v jeho prostorové dimenzi (ochrana obydlí v širším slova smyslu) a v souvislosti s autonomní existencí a veřejnou mocí nerušenou tvorbou sociálních vztahů (v manželství, v rodině, ve společnosti) právo na respekt k soukromému životu zahrnuje i garanci sebeurčení ve smyslu zásadního rozhodování jednotlivce o sobě samém. Jinými slovy, právo na soukromí garantuje rovněž právo jednotlivce rozhodnout podle vlastního uvážení, zda, popř. v jakém rozsahu, jakým způsobem a za jakých okolností mají být skutečnosti a informace z jeho osobního soukromí zpřístupněny jiným subjektům.“

²⁷ Srov. SOLOVE, D. J. *Conceptualizing Privacy*, s. 1106.

²⁸ Viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 327.

²⁹ Viz body 3 a 4 rozhodnutí *Lloyd vs. Google I*.

³⁰ Např. IP adresu zařízení či URL navštívené stránky.

³¹ Konkrétně se jednalo o *DoubleClickAd*, což jsou tzv. cookies třetí strany.

³² Viz body 6–10 daného rozhodnutí.

umožňovalo detailně sledovat aktivitu uživatelů, jakmile „zabrouzdali“ na jakýkoliv web, na kterém byla reklama spadající pod Google (což je skutečně rozsáhlá síť), a v některých případech také skrze IP adresu vysledovat geografickou polohu uživatele.³⁴

Prohlížeč Safari (od Apple) v roce 2011 obsahoval jako jeden z mála možnost blokovat cookies třetích stran, která byla defaultně povolena.³⁵ Až do února roku 2012 ovšem obsahoval řadu výjimek, které Googlu umožnily své cookies ukládat do těchto zařízení bez ohledu na vůli, vědomí či souhlas uživatelů.³⁶ Zpracované informace navíc umožnily Googlu roztrždit uživatele podle vzorců chování (např. na milovníky fotbalu či lezení po skalách), což posléze využíval při jednání s inzerenty, kteří si mohli zvolit konkrétní skupiny, na které svou reklamu zacílí.³⁷

Richard Lloyd se na základě tohoto počínání domáhal kompenzace nikoliv za nějakou finanční škodu, ale za porušení práv vyplývajících z DPA a ztrátu kontroly nad osobními údaji.³⁸ Alternativně se pak pan Lloyd domáhal odškodnění ve výši zisku, který Google díky těmto údajům získal.³⁹

Prvoinstanční soud se s argumentací žalobce neztotožnil. Naopak konstatoval, že nárok na odškodnění vzniká v případě, kdy porušením práv zakotvených v DPA dojde ke škodě, což jsou dle názoru soudce „dvě samostatné události, které jsou kauzálně spojeny“, nikoliv jedna a tatáž.⁴⁰ Na základě textu zákona i směrnice tak dle něj prostý zásah není způsobitelný vyvolat újmu jednotlivci. Zvláště, když jedinec tento zásah do soukromí nepocítil. Soudce vyslovil nesouhlas s tím, že by pouhý zásah (ať už způsobený porušením práv nebo narušením kontroly, kterou nad osobními údaji daná osoba má) měl automaticky způsobit subjektu údajů škodu nebo psychickou újmu s nárokem na odškodnění.⁴¹ Takový přístup by dle něj znamenal nepřiměřenou a nespravedlivou zátěž pro správce údajů.⁴² Soudce dále argumentoval tím, že zásah může být i přínosný, což dokládal na několika situacích z běžného života (např. oblíbeností překvapivých oslav apod., více viz bod 74 daného rozhodnutí).

V tomto bodě s argumentací nesouhlasím, neboť soud dle mého názoru mísí „jablka s hruškami“. Porovnává zásah na úrovni osobní (tedy vlastně obdoba *data sharing*⁴³) se zásahem na úrovni komerční, dlouhodobé a automatizované (tedy obdoba *data disclosure*⁴⁴), což je ostatně něco, co rozlišuje i GDPR v článku 2 [odstavec 1 a 2 písmeno c)]. Užité argumenty tak považuji za liché, přestože se zdůrazněním důležitosti kontextu v zásadě souhlasím.⁴⁵

³³ Více viz What are Cookies? [online]. Kaspersky. 13. 1. 2021 [cit. 2021-08-02]. Dostupné z: <<https://www.kaspersky.com/resource-center/definitions/cookies>>.

³⁴ Viz bod 11 daného rozhodnutí.

³⁵ Viz bod 10 daného rozhodnutí.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Viz bod 12 daného rozhodnutí.

³⁸ Viz body 3 a 4 daného rozhodnutí.

³⁹ Viz body 3, 58 a 59 daného rozhodnutí.

⁴⁰ Viz body 55 a 56 daného rozhodnutí.

⁴¹ Viz body 55, 56 a 74 daného rozhodnutí.

⁴² Ibidem.

⁴³ Viz CUSTERS, B. – URŠIČ, H. Big data and data reuse: a taxonomy of data reuse for balancing big data benefits and personal data protection. *International Data Privacy Law*. 2016, Vol. 6, Iss. 1, s. 10.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Srov. NISSENBAUM, H. F. *Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life*.

5. Lloyd vs. Google II

Prvoinstančním rozhodnutím zajímavost sporu *Lloyd proti Googlu* nekončí. Odvolací soud se k předmětné otázce postavil jinak⁴⁶ a upozornil, že transponovaná směrnice, a tedy i DPA v relevantní části slouží jako prostředek ochrany práva zakotveného v článku 8 Charty základních práv EU, sklon k restriktivnímu výkladu tak není na místě.⁴⁷ Soud se neztotožnil s konstatováním, že by ztráta kontroly nebyla sama o sobě škodlivá, naopak konstatoval, že samotná kontrola je aktivem, které má ekonomickou hodnotu a je možné ji směnit mj. za služby na internetu (aneb *nic na internetu není zadarmo*).⁴⁸ Ztrátou této kontroly je jedinec o toto aktivum chudší a nemůže je využít.⁴⁹ V tomto si dovoluji upozornit, že toto platí pouze *inter partes*, nikoliv *erga omnes*. Žalobce, který byl ze strany Googlu připraven o tuto kontrolu, přijde o ekonomickou hodnotu těchto dat pouze ve spojitosti s Googlem (protože ten k nim již přístup má). Tato data však nezaniknou a poškozený je může u dalších zainteresovaných stran dále směřovat.

Soud na závěr upozornil, že Google údaje sbíral úmyslně, cíleně a protiprávně, nejedná se tak o žádné „automatické přepisování schopnosti působit újmou každému zásahu“ a ignorování této ztráty by bylo nejen nespravedlivé, ale zároveň ignorovalo základní principy obecné evropské ochrany soukromí.⁵⁰

Dle druhé instance tedy spočívá škodlivý následek prostého zásahu ve ztrátě kontroly. Takový zásah nemusí znamenat žádné zneužití či propad v reputaci, přesto se však jedná o odepření svobody rozhodnout se, komu danou informací sdělím. Připravuje nás o ekonomickou hodnotu tohoto aktiva. Vystavuje nás i určité nejistotě, protože stejně jako v normální lidské interakci, informace raději předáváme důvěryhodnému zdroji. Toto počínání by bylo možné s určitou mírou nadsázky přirovnat ke zneužití séra pravdy, kdy informace vyjevíme, ale nemáme kontrolu nad tím, jaké a komu, nemáme svobodu vůle. Můžeme je tedy vyjevit někomu nedůvěryhodnému či někomu, s jehož názory či obchodním modelem nesouhlasíme (to bývalo relativně časté např. v případě obchodního modelu Facebooku a související oblíbenosti aplikace Signal⁵¹).

Celý příběh se ale relativně nedávno dočkal překvapivého „rozuzlení“ v podobě rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci *Lloyd vs. Google III*.

6. Lloyd vs. Google III

Soud se nejdříve zabíral povahou samotného řízení, respektive reprezentujícím postavením pana Lloyda, a představil vskutku zajímavou exkurzi do historie tohoto institutu, která je naneštěstí mimo záběr tohoto článku.⁵² Soudce v kontextu specifického postavení žalobce konstatuje, že se jedná o relativně flexibilní nástroj, který je rozšířený i v jiných zemích, mj. Austrálii, Kanadě či Novém Zélandu, a jehož užitečnost s nástupem digitali-

⁴⁶ Viz bod 70 daného rozhodnutí.

⁴⁷ Tedy práva na ochranu osobních údajů a jejich korektní zpracování. Viz body 40–42 daného rozhodnutí.

⁴⁸ Viz body 45 až 47 daného rozhodnutí.

⁴⁹ Viz body 45 až 57 daného rozhodnutí.

⁵⁰ Viz body 55–57 daného rozhodnutí.

⁵¹ Nyní jsou již rozdíly mezi těmito službami částečně setřeny, neb Facebook/Meta se na trhu adaptovaly.

⁵² Viz body 33–68 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

zace (a související možností poškodit masu osob najednou) jenom roste.⁵³ S ohledem na tuto skutečnost argumentuje, že výklad pojmu „shodný zájem“ reprezentovaných osob musí být pragmatický a racionální, nikoliv doslovný, neb nemá být využíván a zneužíván k tomu, aby se poškozené masy nedovolaly spravedlnosti z finančních důvodů.⁵⁴ Naopak i ze strany výpočtu náhrady škod stačí, aby bylo možné použít shodný systém výpočtu, není ovšem nutné, aby byla samotná výše náhrad shodná.⁵⁵

Pan Lloyd, jak již bylo uvedeno výše, se v tomto případě domáhal paušální náhrady škody, a to nikoliv na základě prokázání škody či mentální újmy způsobené zpracováním, ale zmíněnou ztrátou kontroly. S tím se soud neztotožnil hned ze dvou důvodů. První se týkal výkladu pojmu „škody“ ve smyslu článku 13 DPA, u nějž soud zdůraznil, že se poji buď k materiálnímu aspektu ve smyslu např. finanční ztráty,⁵⁶ nebo mentální újmy způsobené zpracováním, přičemž obojí musí být v řízení prokázáno.⁵⁷ Obojí je však způsobeno nelegálním zpracováním, nejedná se o nárok založený nelegálním zpracováním samotným.⁵⁸

Jako druhý důvod zamítnutí soud uvedl, že domáhat se náhrady škody bez prokazování povahy a existence nelegálních zásahů v jednotlivých případech, společně s neprokazováním, že jednotlivci skrze tento zásah utrpěli materiální či mentální újmu, je jednoduše neúnosné.⁵⁹ Zamítl tím tak konstrukt kontroly nad osobními daty prezentovaný Lloydem a druhoinstančním soudem.

Přestože tento krok v zásadě chápu, vnímám jej spíše jako opatrný, zčásti i formalistický. Jsem toho názoru, že zvláště v informační společnosti s posilující datovou ekonomikou a s přihlédnutím k obecnému fungování internetu a obchodním modelům společností jako jsou Google nebo Facebook by bylo vhodné uznat důležitost ekonomické hodnoty kontroly nad daty.⁶⁰ Stejně tak, jako že kontrola nad určitými daty osobního charakteru je součástí práva na soukromí, jak ostatně uvádí i výše zmíněný Daniel Solove, a jako taková je hodna právní ochrany. Takové pojetí totiž nabízí ochranu jedince i před takovým predátorským zpracováním, kterého se v tomto případě dopustil Google. Navzdory tomu, že případ *Lloyd vs. Google* nakonec odmítá škodlivost prostého zásahu do informačního soukromí člověka, já se daleko snadněji ztotožňuji s argumentací a myšlenkami druhoinstančního soudu, neboť je považuji do budoucna za udržitelnější a efektivnější metodu ochrany.

7. Důležitost kontextu

Ani ochrana kontroly před prostým zásahem ve smyslu rozhodnutí *Lloyd vs. Google II* by samozřejmě nemohla být bezbřehá. V této souvislosti narazil na důležitost kontextu i prvoinstanční soud,⁶¹ a přestože s použitými argumenty plně nesouhlasím, s myšlen-

⁵³ Viz body 38–41 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁵⁴ Viz body 69–75 a 80–83 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁵⁵ Viz body 80–83 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁵⁶ Viz body 93–96 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁵⁷ Viz body 97–104 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁵⁸ Viz body 93–108 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁵⁹ Viz body 144–157 rozhodnutí *Lloyd vs. Google III*.

⁶⁰ Navíc je patrné, že se nejedná o naprosto výjimečnou myšlenku, podobný názor zazněl i v případě *United States v. Rockyou, Inc.*, Case No. 3:12-cv-01487-SI (N.D. Cal. Mar. 27, 2012). Tento případ byl bohužel nakonec ukončen smírem.

⁶¹ Viz bod 74 rozhodnutí *Lloyd vs. Google I*.

kou, která stojí za nimi a vlastně navazuje na kontextuální model Helen Nissenbaum, se plně ztotožňuji. V případě, že se k druhoinstančnímu konstruktu stavím jako k možnému budoucímu vývoji na tomto poli, je tak dle mého názoru vhodné se alespoň stručně zabývat otázkou, jak by mohlo vypadat narušení kontroly, které by nepředstavovalo škodlivý zásah do práva na informační soukromí z důvodu vyvážení kontextem takového narušení.

Pro zodpovězení jsem si vybral dva případy s kyberbezpečnostní tematikou, které by potenciálně mohly přesně takové narušení reprezentovat. Prvním případem je postup amerického Ministerstva spravedlnosti při boji proti zneužívání zranitelností Microsoft Exchange Serveru z dubna roku 2021.⁶² Na tuto zranitelnost se zejména v lednu a únoru 2021 zaměřily hackerské skupiny, což jim umožnilo nabourat se do soukromých emailových schránek a skrze škodlivý kód si v nich otevřít zadní vrátka, která jim umožňovala se do schránek libovolně vracet.⁶³ Vzhledem k závažnosti této zranitelnosti přistoupila US administrativa k poněkud radikálnímu kroku. Svolila, aby FBI vymazala (s přivolením soudu) škodlivý kód z jednotlivých infikovaných počítačů, u kterých se odstranění soukromému sektoru do té doby nedařilo.⁶⁴ Jednalo se samozřejmě o zásah mimo kontrolu majitelů těchto strojů, o automatizovaný, úmyslný a cílený zásah, který byl zároveň (vzhledem k probíhajícímu vyšetřování a kopírování škodlivého kódu) i aktivním zásahem do soukromí, přestože kvantitativně (snad) o poznání nižší intenzity než v případě *Lloyd vs. Google*.⁶⁵ Navíc je nutné zdůraznit, že se jednalo o zásah aktivní, tedy umožňující jednání v rámci určité soukromé domény, bylo by tak možné jej považovat i za potenciálně závažnější než v případě *Lloyd vs. Google*. V tomto případě byl ovšem zásah legitimizován povahou zasahujícího orgánu, právními limity, kontrolou nad procesem, časovou omezeností zásahu i důvodem k akci (boj proti kyberkriminalitě a ochrana majetku, osob i soukromí).

Takový případ je sice choulostivý, představuje ale dle mého relativně jasný limit pro ochranu kontroly nad daty. Proto jsem si jako druhý případ zvolil situaci komplexnější a méně jednoznačnou. Jedná se o incident z roku 2012, jednu z kyberbezpečnostních „legend“.

8. Botnet Carna

Tento příběh začíná u neznámého jedince či skupiny jedinců, pravděpodobně bezpečnostních výzkumníků, kteří se jali zkoumat zabezpečení počítačů připojených v té době k internetu. Konkrétně se zaměřili na zařízení stále využívající službu Telnet⁶⁶ s továrně

⁶² Justice Department Announces Court-Authorized Effort to Disrupt Exploitation of Microsoft Exchange Server Vulnerabilities [online]. *United States Department of Justice*. 13. 4. 2021 [cit. 2021-10-11]. Dostupné z: <<https://www.justice.gov/usao-sdtx/pr/justice-department-announces-court-authorized-effort-disrupt-exploitation-microsoft>>.

⁶³ Microsoft Exchange Server Vulnerabilities Mitigations [online]. *Microsoft Security Response Center*. 15. 3. 2021 [cit. 2021-10-11]. Dostupné z: <<https://msrc-blog.microsoft.com/2021/03/05/microsoft-exchange-server-vulnerabilities-mitigations-march-2021/>>.

⁶⁴ *Justice Department Announces Court-Authorized Effort to Disrupt Exploitation of Microsoft Exchange Server Vulnerabilities*, 2021.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Jedná se o pozůstatek 90. let, který umožňuje po autentizaci vzdáleně ovládat počítač, jedná se tudíž o silnou službu, bohužel s nedokonalým zabezpečením (přihlašovací jméno a heslo se posílá ve formě prostého textu či SSH).

přednastaveným heslem.^{67,68} Existence takového hesla, takové zranitelnosti samozřejmě představuje obrovské bezpečnostní riziko, které bylo tou dobou již téměř 3 roky známé, a výrobci tak měli více než dost času na sjednání nápravy.⁶⁹ Pro relativně malou známost kyberbezpečnostních témat ve společnosti však trh tyto výrobce dostatečně „netlačil“ ke sjednání nápravy a nebylo tak jasné, o jak široký problém se i po 3 letech jedná.⁷⁰ Výzkumník/výzkumníci tedy začali skenovat IP adresy a zkoušet jednu ze čtyř defaultních možností přihlašovacích údajů, přičemž nezabezpečené systémy na sebe nenechaly dlouho čekat. Co výzkum limitovalo, byla výpočetní kapacita a rychlost procesu skenování – proskenovat 100 000 IP adres zabralo 16 hodin. Internet obsahoval tou dobou téměř 4 miliardy IP adres.

Výzkumníci tudíž přišli s řešením – napsali program, který uměl skenovat a nacházet nezabezpečené systémy a v případě pozitivního nálezu nahrát sám sebe na zranitelné zařízení a zapojit i tento (nově infikovaný) systém do skenovacího procesu.⁷¹ Stvořili tím botnet, který dostal jméno Carna. Tento postup je samozřejmě z pohledu trestního práva nelegální sám o sobě.⁷²

Výzkumníci během několika málo hodin infikovali více než 30 000 zařízení, mimo jiné televize, systémy SCADA či kamery.⁷³ Poté, co botnet dokončil sken, výzkumníci věděli o 1,2 milionu zařízení, která byla stižena touto zranitelností, přičemž 420 000 z nich bylo součástí botnetu.⁷⁴ Tuto výpočetní sílu posléze využili k něčemu, co do té doby nebylo nikdy učiněno – internetový census.⁷⁵ Při opakovaných skenech ovšem náhodou objevili další botnet, který byl založen na stejné zranitelnosti jako Carna, ale byl využíván ke kyberkriminálním účelům. Tento botnet se jmenoval Aidra a jeho tvůrci jím způsobovali nemalé škody.⁷⁶ Výzkumníci využili svého unikátního postavení a skrze vlastní botnet zablokovali IP adresy, které Aidra používala ke komunikaci, a následně předali data zachycující infikovanou infrastrukturu (přes 30 000 zařízení) OČTŘ, což vedlo k vyřazení většiny sítě z provozu a ochromení botnetu Aidra.⁷⁷

V rámci internetového censu došlo samozřejmě k masivnímu zásahu do soukromí, který je možná i závažnější než v případě *Lloyd vs. Google*, a to vzhledem ke zveřejnění

⁶⁷ Při výzkumu využili následující kombinace: admin/admin, admin bez hesla, root/root a root bez hesla.

⁶⁸ Viz Internet Census 2012. In: *Census 2012* [online]. 2013 [cit. 2021-08-03]. Dostupné z: <<http://census2012.sourceforge.net/paper.html>>.

⁶⁹ Viz Default Telnet password: admin password „password“. In: *Rapid7* [online]. [cit. 2021-08-03]. Dostupné z: <<https://www.rapid7.com/db/vulnerabilities/telnet-default-account-admin-password-password/>>.

⁷⁰ Viz ibidem.

⁷¹ Viz *Internet Census 2012*.

⁷² Viz § 230 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

⁷³ Viz *Internet Census 2012*; Carna Botnet Scans. In: *CAIDA* [online]. 30. 7. 2020 [cit. 2021-08-03]. Dostupné z: <<https://www.caida.org/archive/carna/>>; INTERNET CENSUS 2012 GROUP. Full Disclosure: Port scanning /O using insecure embedded devices. In: *SecLists* [online]. 17. 3. 2013 [cit. 2021-08-03]. Dostupné z: <<https://seclists.org/fulldisclosure/2013/Mar/166>>.

⁷⁴ Viz *Internet Census 2012*; Carna Botnet Scans; INTERNET CENSUS 2012 GROUP. Full Disclosure: Port scanning /O using insecure embedded devices.

⁷⁵ Viz *Internet Census 2012*.

⁷⁶ Více viz NJCCIC Threat Profile: Aidra Botnet. In: *NJCCIC* [online]. 2016 [cit. 2021-08-03]. Dostupné z: <<https://www.cyber.nj.gov/threat-center/threat-profiles/botnet-variants/aidra-botnet/>>; HIGGINS, K. J. What The Carna Botnet Also Found. In: *Dark Reading* [online]. 14. 11. 2013 [cit. 3. 8. 2021]. Dostupné z: <<https://www.darkreading.com/vulnerabilities-threats/what-the-carna-botnet-also-found>>.

⁷⁷ HIGGINS, K. J. *What The Carna Botnet Also Found*.

celého datasetu sesbíraných IP adres včetně geografické identifikace a mapy, která mimo jiné zachycuje, kdy jsou jaké IP adresy aktivní.^{78, 79} I v tomto případě bych ovšem namítl, že navzdory jisté morální ambivalenci, společenská škodlivost tohoto zásahu byla minimální. Oproti minulému příkladu a analogicky k *Lloyd vs. Google* byly v případě botnetu Carna pachatelé zásahu soukromé osoby. Zásah tak nebyl posvěcen státní mocí, nebyl ani povolen soudem, ani nečtil žádné právní mantinely. Oproti případu *Lloyd vs. Google* však zásah skrze botnet Carna své tvůrce nijak neobohatil (ani finančně, ani reputačně, neboť skupina, která provedla první kompletní internetový census, zůstává dodnes v anonymitě). Místo prospěchu jednoho konkrétního subjektu vedl k prospěchu široké veřejnosti, neboť díky němu bylo možné zmapovat značně rozšířenou a jednoduše zneužitelnou kyberzranitelnost. Zveřejnění těchto informací sice představovalo pro postižené subjekty krátkodobé ohrožení,⁸⁰ ale zároveň konečně vedlo k odstranění této zranitelnosti ze strany některých výrobců.⁸¹ Je také krajně nepravděpodobné, že by bez zásahu tohoto botnetu došlo k tak výraznému ochromení kyberkriminálních aktivit vyvíjených prostřednictvím botnetu Aidra, což předešlo značným škodám. Činnost botnetu Carna byla posléze dobrovolně ukončena.

Zveřejnění datasetu by pak pro některé mohlo představovat onu hranici, která je i z pohledu jinak přínosného zásahu nepřekročitelná. V tomto musím upozornit na obsah poznámky pod čarou č. 79, tedy že analyzovat dataset a následně jej zneužít si vyžadovalo až mimořádnou výpočetní kapacitu, zdaleka převyšující tehdejší možnosti řadových kyberkriminálních skupin.⁸² Zveřejnění tak bylo přínosné spíše pro akademické instituce.

Po zhodnocení celého případu docházím k názoru, že obdobně jako v případech *matrice bug bounty* či *responsible vulnerability disclosure*, ani botnet Carna nakonec nenaplní potřebnou společenskou škodlivost, a přestože se jednalo o zásah do kontroly značného množství uživatelů, byl veřejnosti (i konkrétním zasaženým uživatelům) v mnoha ohledech naopak velice přínosný.⁸³

⁷⁸ Slovo „možná“ zde používám z důvodu, že musíme vzít v potaz výpočetní možnosti té doby – dataset měl v době zveřejnění několik TB, tudíž taková analýza, která by umožňovala data zneužít, nebyla v možnostech normálního člověka ani většiny hackerských skupin té doby.

⁷⁹ Dark Reading Staff. Carna Compromise Delivers Data, But Casts Suspicions. In: *Dark Reading* [online]. 4. 4. 2013 [cit. 2021-10-11]. Dostupné z: <<https://www.darkreading.com/vulnerabilities-threats/carna-compromise-delivers-data-but-casts-suspicions>>.

⁸⁰ Což je srovnatelné s hlášením zranitelností ze strany tzv. *grey-hat* hackerů. V případě, že jedinec nalezne v službě, aplikaci či např. stránce zranitelnost a rozhodne se ji nahlásit odpovědnému subjektu za účelem jejího odstranění, občas se stává, že odpovědný subjekt na dané hlášení nereaguje, či se dokonce snaží oznamovatele umlčet. Jedním z mála způsobů, jak přinutit odpovědný subjekt k odstranění zranitelnosti, je pak její zveřejnění.

⁸¹ Viz *Internet Census 2012*.

⁸² V celém tomto pojednání se vyhýbám obecně trestněprávním aspektům. Už jenom samotné proniknutí do systému by v takovémto případě bylo ilegální a případné prokazování, že akt nebyl společensky škodlivý ve smyslu trestního práva, by sice mohlo mít určitou naději na úspěch, ale jedná se bohužel o nedostatečně projudikovanou otázku, přičemž tato materie je příliš komplexní pro rozebrání v tomto článku. Mimo jiné se jedná o situaci analogickou s nevyžádaným *pen-testingem/vulnerability disclosure* procesem, což je právě důvod, proč zastávám názor, že by mohlo být možné prokázání „společenské neškodlivosti“.

⁸³ Dle mého názoru je ale zároveň nutné dodat, že podobné případy nesmí překročit hranici vigilantismu, kdy by soukromé subjekty braly právo do vlastních rukou. Postavení tvůrců botnetu Carna bylo v tomto relativně specifické – využili vlastních kapacit, kterými OČTŘ ani zdaleka nevládlo, k ochromení části botnetu Aidra (blokace IP adres, tedy naprosto minimální zásah), a ve zbytku pouze předaly nasbírané informace odpovědným orgánům. Nejednalo se o boj proti zločinu jako takový.

Závěr

Koncept kontroly nad osobními informacemi jakožto součást informačního soukromí není ničím novým, co by se vyskytovalo teprve v rozhodnutí *Lloyd vs. Google*. Zvláště s rozvíjející se důležitostí datové ekonomiky a možnostmi zpracovávat obrovská množství dat (*big data*) však získává tento fenomén na důležitosti. Ve spojení s obchodními modely společností jako Google nebo Facebook pak nepřekvapivě roste touha informovanějších uživatelů kontrolovat, komu poskytují svá data, což reprezentuje např. koncept „*data minimalism*“. Anglické soudy měly v případě *Lloyd vs. Google* možnost tento vývoj uznat a zareagovat na něj, bohužel se nakonec rozhodly jinak. Dle mého názoru odpovídá směru aktuálního technologického i společenského vývoje daleko vhodněji rozhodnutí *Lloyd vs. Google II*, které uznává ekonomickou hodnotu kontroly jako aktiva a poskytuje jí právní ochranu. Nečiní tak bezbřezě, ale za konkrétních podmínek. Účelem přitom není paralyzovat datovou ekonomiku, ale spíše adaptovat ochranu soukromí a osobních údajů. I tím je pro mne přístup druhoinstančního soudu funkčnější a *pro futuro* udržitelnější.

Jednou z podmínek, které samozřejmě musí limitovat dosah takové ochrany, je kontext zásahu, na což narážel soud již v rozhodnutí *Lloyd vs. Google I*. V často opomíjené oblasti kybernetické bezpečnosti jsem tak představil dva případy, ve kterých kontext dle mého soudu hraje hlavní roli. Oblast kybernetické (i obecně vzaté) bezpečnosti je pro ilustraci tohoto fenoménu zvláště vhodná, neboť zde dochází ke kolizi práva na soukromí a ochranu osobních údajů s bezpečností jakožto veřejným statkem, což může ve specifických případech připravit půdu pro legitimizaci zásahů do informačního soukromí. U obou případů tak nakonec docházím k závěru, že tyto zásahy nenaplní požadavek společenské škodlivosti, jejich pozitivní účinek pro distributivní i nedistributivní práva převažuje nad negativy a potvrzují tím sílu kontextu jako limitace výše zmíněného práva.

Souhlasy s cookies a přístupy k ochraně osobních údajů

Jan Tomíšek*

Abstrakt: Předmětem článku je diskuse aktuálních přístupů k ochraně osobních údajů ve světle novelizované právní úpravy ukládání a čtení údajů z koncových zařízení uživatelů služeb elektronických komunikací, která mj. rozšiřuje požadavky na sběr souhlasů s použitím tzv. cookies. Článek proto představuje přístup k ochraně osobních údajů založený na kontrole ze strany osoby, které se údaje týkají, a přístup založený na ochraně důvěry vložené v ty, kteří osobní údaje zpracovávají. Následně je diskutována vhodnost obou přístupů pro zajištění ochrany osobních údajů v současné společnosti charakterizované velkým rozsahem zpracování osobních údajů. Autor dospívá k závěru, že přístup založený na kontrole by neměl být dominantním přístupem k ochraně osobních údajů, protože kontrola takového rozsahu zpracování ze strany dotčených osob není možná s ohledem na omezené časové zdroje a limity racionálního rozhodování. Proto navrhuje klást v ochraně osobních údajů důraz na přístup založený na důvěře. Ten je již široce promítnut do obecné právní úpravy ochrany osobních údajů, nikoli však do oblasti ochrany soukromí a osobních údajů v elektronických komunikacích. Autor proto navrhuje opustit požadavek na souhlas s ukládáním a čtením údajů z koncových zařízení uživatelů služeb elektronických komunikací a nahradit jej vazbou na obecná pravidla ochrany osobních údajů, doplněná výkladem Evropského sboru pro ochranu osobních údajů rozpracovávajícím zásady přístupu založeného na důvěře.

Klíčová slova: ochrana osobních údajů, osobní údaje, cookies, kontrola, důvěra

Úvod

K datu 1. ledna 2022 vstoupila v účinnost novela zákona č. 127/2005 Sb. o elektronických komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „z. el. kom.“), která mění znění § 89 odst. 3 z. el. kom.¹ Do tohoto ustanovení byl nově vložen požadavek na získání souhlasu s ukládáním a čtením údajů z koncových zařízení služeb elektronických komunikací.² Praktickým důsledkem této novely je řada nových dialogů žádajících o udělení souhlasu s ukládáním a čtením tzv. cookies,³ které zaplavují uživatele českého internetu při vstupu na různé webové stránky.

Obsah novely § 89 odst. 3 citovaného zákona přitom není v podstatném rozsahu vlastní tvorbou českého zákonodárce, ale pouze nápravou dřívější chybné transpozice směrnice

* Mgr. et Mgr. Ing. Jan Tomíšek. Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity a advokátní kancelář ROWAN LEGAL. E-mail: jantomisek@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1442-4982>.

¹ Srov. zákon č. 374/2021 Sb., kterým se mění zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

² Konkrétně novelizované znění § 89 odst. 3 citovaného zákona ukládá tomu, kdo „*hodlá používat nebo používá síť elektronických komunikací k ukládání údajů nebo k získávání přístupu k údajům uloženým v koncových zařízeních účastníků nebo uživatelů*“, povinnost získat „*od těchto účastníků nebo uživatelů předem prokazatelný souhlas s rozsahem a účelem jejich zpracování*“ přičemž tato povinnost „*neplatí pro technické ukládání nebo přístup výhradně pro potřeby přenosu zprávy prostřednictvím sítě elektronických komunikací nebo je-li to nezbytné pro potřeby poskytování služby informační společnosti, která je výslovně vyžádána účastníkem nebo uživatelem*“.

³ Cookies jsou krátké textové soubory, které se ukládají do internetového prohlížeče a lze do nich mimo jiné zapsat údaje, kterým lze konkrétní internetový prohlížeč na konkrétním zařízení jednoznačně identifikovat při opakované návštěvě webové stránky. Při určitém způsobu implementace lze cookies využít ke sledování chování uživatelů internetu napříč webovými stránkami.

Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích) (dále jen „směrnice 2002/58/ES“).⁴ Záplava žádostí o souhlas s ukládáním a čtením cookies tak není českým specifikem, ale pouze přiblížením se standardu západní Evropy.

Cílem směrnice 2002/58/ES je v kontextu elektronických komunikací zajistit ochranu základních práv, zejména práva na soukromí a ochranu osobních údajů.⁵ Ve vztahu k ukládání a čtení cookies jde přitom především o zajištění ochrany osobních údajů, protože teprve zpracováním osobních údajů získaných pomocí cookies typicky dochází k případnému zásahu do soukromí.⁶

Požadavek na získání souhlasu s ukládáním a čtením cookies, vyjádřený v čl. 5 odst. 3 směrnice 2002/58/ES a transponovaný do § 89 odst. 3 z. el. kom., je projevem přístupu k ochraně osobních údajů založeného na kontrole. Jeho podstatou je předpoklad, že ochrana osobních údajů bude nejlépe zajištěna, pokud jednotlivec bude mít možnost rozhodovat o nakládání s údaji, které se ho týkají.

Cílem tohoto článku je ukázat, že přístup založený na kontrole není jediným možným přístupem k ochraně osobních údajů a ačkoli v ní má své místo, neměl by být přístupem dominantním. Dále je cílem tohoto článku poukázat na alternativní přístup založený na ochraně důvěry dotčených jednotlivců v ty, kteří s chráněnými údaji nakládají, a na základě diskuse těchto dvou přístupů předložit návrhy *de lege ferenda*, jak lépe přistoupit k právní úpravě ukládání a čtení cookies. Tento článek je proto strukturován následovně. První část článku vymezuje pojem ochrany osobních údajů. Druhá část článku pak popisuje základní koncepce ochrany soukromí a diskutuje jejich relevanci v kontextu rozsahu zpracování osobních údajů v současné společnosti. Třetí část článku představuje návrhy *de lege ferenda* a čtvrtá část shrnuje jeho závěry.

1. Pojem ochrany osobních údajů

Jak je v právu obvyklé, odpověď na jednoduchou otázku, co to je ochrana osobních údajů, není zdaleka jednoduchá. Historickou perspektivu tohoto pojmu nabízí von Lewinski, který ochranu osobních údajů považuje za regulaci informační asymetrie – jejím cílem je zmírnit nerovnost subjektů práva v případech, kdy jeden z nich disponuje „datovou mocí“ (*Datenmacht*), tedy se dostává do postavení silnější strany vztahu vlivem osobních údajů, kterými disponuje.⁷ Za právní předpis upravující ochranu osobních údajů tak považuje jakýkoli předpis, který omezuje možné dopady datové moci na jednotlivce, přičemž takové právní předpisy je dle von Lewinského možné vysledovat od doby vzniku moderního státu v 19. století.⁸ Obdobně podle Gellerta lze říct, že „*předmětem ochrany*

⁴ K dřívější chybné transpozici srov. např. MÍŠEK, Jakub. Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů Internetu. *Revue pro právo a technologie*. 2014, roč. 5, č. 9. TOMÍŠEK, Jan. Cookies a GDPR. *Právní rozhledy*. 2018, roč. 26, č. 20.

⁵ Srov. bod 2 odůvodnění směrnice 2002/58/ES.

⁶ Ochrana osobních údajů je zde primárním právním nástrojem k prevenci zásahů do hodnot, které sekundárně chrání právo na soukromí.

⁷ Srov. VON LEWINSKI, K. Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977. In: *Freiheit-Sicherheit-Öffentlichkeit. Nomos*, 2009, s. 200.

⁸ Srov. *ibidem*, s. 204.

osobních údajů je jednoduše veškerá společenská újma, která může vzniknout ze zpracování osobních údajů“.⁹

Toto vymezení je však příliš obecné pro diskusi právní úpravy, protože je obtížné pod něj podřazovat jednotlivé skutkové stavy. Praktičtější vymezení nabízí Kasl, dle kterého je ochrana osobních údajů „*preventivním právním rámcem veřejnoprávní povahy*“¹⁰, jehož účelem je „*preventivní omezení rizika vzniku situací, při kterých dojde k vážnému zásahu do práv a svobod subjektu údajů, jelikož technologický pokrok činí tyto zásahy potencionálně příliš závažné a plošné na to, aby postačovaly nástroje ochrany osobnosti*“.¹¹ Obdobně přistupuje k vymezení ochrany osobních údajů Míšek, dle kterého právo na ochranu osobních údajů „*připomíná deštník, který překrývá další základní práva*“,¹² protože působí jako prevence před zásahem do těchto dalších základních práv.¹³

Odvozené právo na ochranu osobních údajů je proto právem „instrumentálním“¹⁴ – podobně jako právo na spravedlivý proces nevytváří samo o sobě chráněnou hodnotu, ale zajišťuje ochranu jiným právům, respektive hodnotám chráněným základními právy. Tuto ochranu zajišťuje stanovením záruk, které působí preventivně proti zásahům do základních práv, respektive jimi chráněných hodnot prostřednictvím zpracování osobních údajů.

Toto vymezení je však samo o sobě stále málo obsažné, dokud nejsou vymezeny pojmy osobní údaj a zpracování. Ty je v evropském kontextu možné vykládat ve světle platné právní úpravy v podobě nařízení Evropského parlamentu a Rady 2016/679 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (dále jen „GDPR“). Podle čl. 4 bod 1) GDPR jsou osobními údaji veškeré informace o fyzické osobě, kterou lze přímo či nepřímo identifikovat. Zpracováním je pak podle bodu 2) téhož článku jakákoliv operace nebo soubor operací s osobními údaji nebo soubory osobních údajů. V souladu s čl. 4 GDPR pak pro přehlednost v dalším výkladu označuji fyzickou osobu, které se osobní údaje týkají, jako subjekt údajů, a osobu, která údaje zpracovává, jako správce.¹⁵

Ochrana osobních údajů tedy lze vnímat jako soubor opatření směřujících k prevenci zásahů do základních práv, respektive jimi chráněných hodnot prostřednictvím operací s údaji, které se týkají fyzických osob, jež lze přímo či nepřímo identifikovat. Právo na ochranu osobních údajů je pak na jednu stranu pozitivním právem subjektu údajů na zavedení a dodržování těchto opatření. Toto právo přitom působí jak vertikálně vůči státu, kterému zakládá povinnost přijmout konkrétní legislativu k zavedení těchto opatření, tak horizontálně vůči subjektům zpracovávajícím osobní údaje, kterým z něj plyne povinnost zákonem stanovená opatření dodržovat – tato povinnost pak samozřejmě stíhá

⁹ Srov. GELLERT, R. *The Risk-Based Approach to Data Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 18. Obdobně srov. MÍŠEK, Jakub. *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů*. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 48.

¹⁰ Srov. KASL, F. Osobnost, soukromí a osobní údaje v moderní společnosti. In: POLČÁK, R. (ed.). *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 401.

¹¹ Srov. ibidem.

¹² Srov. MÍŠEK, J. *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů*, s. 51.

¹³ Srov. ibidem.

¹⁴ Srov. GELLERT, R. *The Risk-Based Approach to Data Protection*, s. 18. s odkazem na BENNETT, C. J. *Regulating privacy: Data protection and public policy in Europe and the United States*. Ithaca: Cornell University Press, 1992, s. 33.

¹⁵ Osobní údaje může samozřejmě zpracovávat i zpracovatel ve smyslu čl. 4 bod 8 GDPR. Pro účely tohoto článku je však toto zjednodušení možné bez újmy na obecnosti.

i složky státu. Na druhou stranu jej lze vnímat jako právo negativní, jež může jednotlivce uplatňovat proti těm, kteří příslušná opatření nezavedou či porušují.¹⁶

2. Přístupy k ochraně osobních údajů

Opatření směřující k prevenci zásahů do základních práv prostřednictvím zpracování osobních údajů lze realizovat různými způsoby. Podle jejich volby se liší různé koncepty přístupů k ochraně osobních údajů. Cílem této části článku je popsat dva možné přístupy – přístup založený na kontrole a přístup založený na důvěře – včetně jejich projevů v platné právní úpravě a diskutovat jejich vhodnost pro naplnění účelu ochrany osobních údajů v současné společnosti.

2.1 Přístup založený na kontrole

Jakkoli je ochrana osobních údajů samostatnou právní úpravou a právo na ochranu osobních údajů je samostatným základním právem odděleným od jiných základních práv, včetně práva na soukromí,¹⁷ historické sepětí práva na ochranu soukromí a práva na ochranu osobních údajů je neoddiskutovatelné.

Jak uvádí Solove, ve Spojených státech amerických v 60. letech 20. století vedly rozšiřující se využití počítačů a množící se rejstříky a databáze federálních úřadů k rostoucím veřejným obavám o ochranu soukromí.¹⁸ Reakcí na tyto obavy byla mimo jiné zpráva amerického Ministerstva zdravotnictví, školství a sociálního zabezpečení (*Department of Health, Education and Welfare*) z roku 1973, nazvaná Záznamy, počítače a občanská práva (*Records, Computers, and the Rights of Citizens*). Zpráva poukázala na to, že jednotlivec musí poskytovat informace o sobě relativně neuchopitelným institucím, přičemž často ani neví, jaká organizace o něm zpracovává informace, a nemůže ověřovat jejich přesnost, kontrolovat jejich šíření či zpochybňovat způsob jejich použití.

V této zprávě se také poprvé objevuje výčet následující zásad nazývaných Zásady férového nakládání s informacemi (*Fair Information Practices* nebo též *FIPs*, překlad autora):

- *Nesmí existovat žádné rejstříky s osobními údaji, jejichž samotná existence je tajná.*
- *Jednotlivec musí mít možnost zjistit, jaké informace jsou o něm vedeny a jak jsou používány.*
- *Jednotlivec musí mít možnost zabránit tomu, aby informace shromážděné o něm za jedním účelem byly použity nebo poskytnuty za jiným účelem bez jeho souhlasu.*
- *Jednotlivec musí mít možnost opravy záznamů o jeho osobě.*
- *Jakákoli organizace, která vytváří, udržuje, užívá nebo šíří záznamy obsahující údaje o identifikovatelných osobách, musí zajistit jejich spolehlivost pro zamýšlený účel a přijmout rozumná opatření k zabránění jejich zneužití.¹⁹*

¹⁶ Uplatnění připadá v úvahu přímo formou výkonu práv subjektu údajů podle čl. 15 až 22 GDPR, případně skrze stížnost k příslušnému dozorovému úřadu podle čl. 77 GDPR nebo soukromoprávní cestou na základě čl. 79 GDPR.

¹⁷ Srov. MÍŠEK, J. *Moderní regulatorní metody ochrany osobních údajů*, s. 55.

¹⁸ Srov. SOLOVE, D. J. A Brief History of Information Privacy Law. In: *SSRN Scholarly Paper* [online]. ID 914271. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2006, s. 24 [cit. 2022-01-04]. Dostupné z: <<https://papers.ssrn.com/abstract=914271>>.

¹⁹ Srov. *Records, Computers, and the Rights of Citizens* [online]. Department of Health, Education and Welfare. 1973 [cit. 2021-08-08], s. xx. Dostupné z: <<https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>>.

Z jednotlivých zásad je patrný důraz na kontrolu jednotlivce²⁰ – zejména v požadavku na transparentnost (která je předpokladem kontroly – nemohu kontrolovat něco, o čem nevím) a v požadavku na souhlas jednotlivce v případě poskytnutí či použití informací za účelem jiným, než za kterým byly původně shromážděny.

Tento důraz na kontrolu má svůj původ právě v ochraně soukromí. Pravděpodobně nejstarší výslovně formulovanou koncepci práva na soukromí obsahuje hojně citovaný článek Samuela D. Warrena a Louise D. Brandeise nazvaný *Právo na soukromí* (*The Right to Privacy*), publikovaný v roce 1890. Autoři v tomto článku postulovali, že jednotlivci by na základě *common law* mělo být přiznáno právo na soukromí – slovy soudce Cooleyho právo „být ponechán sám sobě“ („*right to be let alone*“).²¹ Jeho obsah pak konkrétně spatřují v „*právu jednotlivce rozhodovat o tom, v jakém rozsahu budou jeho myšlenky a pocity komunikovány jiným*“.²²

Tento přístup k ochraně soukromí přitom neztratil svůj význam ani v moderní době. Obdobně hojně citovaná práce Alana Westina *Soukromí a svoboda* (*Privacy and Freedom*) vymezuje soukromí jako „*nárok jednotlivců, skupin nebo institucí na to, aby si sami určili, kdy, jak a v jakém rozsahu budou informace o nich sdělovány jiným*“.²³ Na Warrena a Brandeise myšlenkově navazuje také Adam D. Moore, který soukromí vymezuje prostřednictvím obsahu práva na soukromí, a to popisuje jako právo kontrolovat přístup k vlastní osobě a informacím o vlastní osobě.²⁴ Obdobně Roger Clark vymezuje soukromí jako „*zájem jednotlivců na zachování ‚osobního prostoru‘ bez zásahů ze strany jiných osob a organizací*“.²⁵ Clarkova definice vychází z Morisona, který soukromí popisuje jako stav jednotlivce, kdy není předmětem zásahů do jeho hluboce osobních zájmů (*intimate personal interests*).²⁶

Historické sepětí ochrany osobních údajů s ochranou soukromí tak vedlo k promítnutí koncepčních prvků ochrany soukromí do základních principů ochrany osobních údajů. Jsou to totiž právě Zásady férového nakládání s informacemi, které významně ovlivnily řadu pozdějších právních úprav ochrany osobních údajů, vč. úpravy aktuálně platné na území Evropské unie v podobě GDPR.

Ze Zásad férového nakládání s informacemi například do značné míry vychází Směrnice OECD pro ochranu soukromí a přeshraniční toky osobních údajů (*OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, dále jen „Směrnice OECD“) připravená na půdě Organizace pro ekonomickou spolupráci a rozvoj (OECD) v roce 1980, která formuluje osm principů ochrany soukromí. Přístup založený na kontrole se ve Směrnici OECD promítá širěji než v původních Zásadách férového nakládání

²⁰ Daniel Solove v této souvislosti pracuje s pojmem *privacy self-management*. Srov. SOLOVE, D. J. Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*. 2012, Vol. 126, s. 1880.

²¹ Srov. WARREN, S. D. – BRANDEIS, L. D. Right to privacy. *Harvard Law Review*. 1890, Vol. 4, č. 5, s. 195. Warren a Brandeis v tomto směru odkazují na dnes běžně nedostupnou publikaci Cooley on Torts. 2. vydání, s. 29. Polčák ke spojení „*right to be let alone*“ nabízí přílehlavější překlad „*právo na to, aby nás ostatní nechali na pokoji*“. Srov. POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 328, poznámka po čarou č. 764.

²² Srov. WARREN, S. D. – BRANDEIS, L. D. *Right to privacy*, s. 198.

²³ Srov. WESTIN, A. *Privacy and Freedom*. New York: Ig Publishing, 2018, s. 24.

²⁴ Srov. MOORE, A. D. *Privacy rights: Moral and legal foundations*. Pennsylvania: Penn State Press, 2010, s. 16.

²⁵ Srov. CLARKE, R. *Introduction to Dataveillance and Information Privacy, and Definitions of Terms* [online]. July 2016 [cit. 2021-08-03]. Dostupné z: <<http://www.rogerclarke.com/DV/Intro.html#Priv>>.

²⁶ Srov. MORISON, W. L. *Report on the law of privacy*. Canberra: Government Printer, 1974, s. 1. Parliamentary paper, no. 85 of 1973.

s informacemi, současně Směrnice OECD lépe reflektuje některé nuance kontroly. Například hned první zásada omezení shromažďování požaduje, aby údaje byly získávány „s vědomím nebo souhlasem subjektu údajů“ pouze „ve vhodných případech“, tj. požadavek na kontrolu není paušální.

Směrnice OECD (a tedy zprostředkovaně i Zásady férového nakládání s informacemi) pak podstatně ovlivnily první komunitární úpravu ochrany osobních údajů v podobě směrnice Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů (dále jen „směrnice 95/46/ES“). Koncepce kontroly, mající původ v ochraně soukromí, tak byla dominantní koncepcí i v rámci této směrnice. Promítala se nejvýrazněji v jejím čl. 7 upravujícím právní základy pro zpracování osobních údajů. Dle tohoto článku směrnice měly členské státy Evropské unie zajistit, že zpracování osobních údajů bude provedeno pouze v případě, že je naplněn jeden z právních základů uvedených v tomto článku, přičemž na prvním místě je jako právní základ jmenován souhlas subjektu údajů. Jakkoli tedy souhlas nebyl jediným možným právním základem, byl na něj kladen značný důraz. Promítnutím koncepce kontroly byly v rámci směrnice dále například požadavek na zavedení povinnosti informovat subjekt údajů o zpracování osobních údajů dle čl. 10 nebo individuální práva subjektu údajů čl. 12 až 15, zejména právo na námitku proti zpracování osobních údajů.

Směrnicí posléze nahradilo GDPR, které dále zvětšuje důraz na kontrolu ze strany jednotlivce. Tento záměr je explicitně deklarován v bodě 7 odůvodnění GDPR, který uvádí, že „[f]yzické osoby by měly mít možnost kontrolovat své vlastní osobní údaje“. Vedle převzetí veškerých výše jmenovaných prvků kontroly ze směrnice 95/46/ES doplňuje GDPR prvky další. V prvé řadě jsou to požadavky na kvalitu souhlasu subjektu údajů. Ty se promítají nejprve do definice souhlasu v čl. 4 bodě 11, který oproti směrnici 95/46/ES navíc požaduje, aby souhlas byl „jednoznačný projev vůle, kterým subjekt údajů dává prohlášením či jiným zjevným potvrzením své svolení ke zpracování svých osobních údajů“. Dále je požadavkům na souhlas věnován celý nový čl. 7, který vyžaduje doložitelnost souhlasu a rozpracovává požadavky na jeho svobodnost a odvolatelnost.

Ještě markantnější je pak koncepce kontroly v již citovaném čl. 5 odst. 3 směrnice 2002/58/ES a jeho transpozici v § 89 odst. 3 z. el. kom. Ty povolují ukládání a čtení údajů z koncového zařízení uživatele služby elektronických komunikací pouze s jeho souhlasem, pokud tento úkon není technicky nezbytný²⁷ – žádný jiný způsob legitimizace není přípustný. Souhlas přitom nelze udělit např. prostřednictvím předem zaškrtnutého políčka²⁸ a musí být získán provozovatelem webové stránky před uložením či čtením údajů z koncového zařízení uživatele služby elektronických komunikací.²⁹

²⁷ Tj. nezbytný pro „ukládání nebo přístup výhradně pro potřeby přenosu zprávy prostřednictvím sítě elektronických komunikací nebo, je-li to nezbytné, pro potřeby poskytování služby informační společnosti, která je výslovně vyžádána účastníkem nebo uživatelem“.

²⁸ Srov. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 1. října 2019 ve věci C-673/17, *Planet49*, body 52 a 55.

²⁹ Srov. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 29. července 2019 ve věci C-40/17, *FashionID*, bod 102. Soud se zde sice specificky vyjadřuje k souhlasu podle směrnice 95/46/ES, nicméně čl. 2 písm. f) směrnice 2002/58/ES stanoví, že souhlas pro účely této směrnice odpovídá souhlasu subjektu údajů podle směrnice 95/46/ES. Závěry soudu jsou tedy plně aplikovatelné i na souhlas s uložením či čtením údajů z koncového zařízení uživatele služby elektronických komunikací podle směrnice 2002/58/ES.

2.2 Vhodnost přístupu založeného na kontrole

Při úvaze, zda je koncepce kontroly vhodná pro naplnění účelu ochrany osobních údajů, tedy ochrany základních práv před zásahy způsobenými zpracováním osobních údajů, je třeba si uvědomit, že Warren a Brandeis položili základ této koncepci v roce 1890. V této době bylo potenciálně možné uvažovat o tom, že bude jednotlivec rozhodovat o tom, v jakém rozsahu budou jeho myšlenky, pocity, respektive obecně osobní údaje týkající se jeho osoby komunikovány jiným.

Taková představa je však nereálná v 21. století, kdy počet i komplexnost informačních procesů, které by bylo třeba takto kontrolovat, narostl oproti konci 19. století exponenciálně. Naše schopnost činit rozhodnutí ohledně našich osobních údajů však exponenciálně nenarostla.³⁰ Slovy Woodrowa Hartzoga, kontrola není „bezdná studna“.³¹

Ačkoli je tedy možné vykonat kontrolu ve vztahu k jednotlivé webové stránce – prostudovat si poskytnuté informace o zpracování osobních údajů a následně učinit informované rozhodnutí ohledně udělení či neudělení souhlasu s použitím cookies a zpracováním osobních údajů pro určité účely – není to možné ve vztahu k desítkám webových stránek, které průměrný uživatel internetu během jednoho dne navštíví.

Například podle výzkumu z roku 2008 by průměrný Američan musel strávit v průměru 201 hodin tím, aby si rychle prošel všechny zásady ochrany soukromí, se kterými se za rok setká.³² Je přitom velmi pravděpodobné, že dnes by toto číslo bylo výrazně větší s ohledem na empiricky pozorovatelné zvětšení rozsahu zásad ochrany soukromí, kterou přineslo mimo jiné přijetí GDPR, i větší množství a komplexnost služeb a webových stránek, se kterými se jednotlivec setkává. Nároky na čas a související kognitivní zátěž, kterou by měl člověk věnovat výkonu kontroly nad svými osobními údaji, jsou tedy obrovské. Rostoucí kognitivní zátěž přitom prokazatelně vede k rozhodnutím, jež mají horší dopady na ochranu osobních údajů.³³

Vedle nároků na čas a kognitivní zátěže čelí subjekt údajů také informační asymetrii. Disponuje totiž zpravidla pouze omezenými informacemi o tom, jak budou jeho osobní údaje zpracovány. Podrobnosti o informačním systému použitému k tomuto zpracování mu však zpravidla zůstávají z logických důvodů skryty, protože jsou pro správce často konkurenčně významné, popřípadě by zpřístupnění těchto informací mohlo vytvářet riziko pro bezpečnost osobních údajů v daném systému.

Dále je kontrola prostřednictvím nástrojů, jako jsou souhlasy s použitím cookies, založena na předpokladu, že lidé budou o předložené volbě rozhodovat racionálně. Tento předpoklad však neodpovídá skutečnosti. Pokud se člověk rozhoduje o možnostech, které jsou v čase velmi nejisté (jako právě například dlouhodobé důsledky jednotlivého zpřístupnění osobních údajů), má nedostatek informací a obecně nedostatek mentálních zdrojů, a jeho rozhodování pak není plně racionální.

³⁰ Srov. SOLOVE, D. J. The myth of the privacy paradox. *George Washington Law Review*. 2021, Vol. 89, s. 37.

³¹ Srov. HARTZOG, W. *Privacy's blueprint*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018, s. 63.

³² Srov. MCDONALD, A. M. – CRANOR, L. F. The cost of reading privacy policies. I/S: *A Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2008, Vol. 4, s. 565.

³³ Srov. HARRISON, P. *Exacerbating the privacy paradox: Investigating cognitive load's impact on disclosure* [online]. Victoria University of Wellington, 2020, s. 79 [cit. 2022-01-03]. Dostupné z: <<http://researcharchive.vuw.ac.nz/handle/10063/9166>>.

Na místo toho využívají lidé tzv. heuristiky neboli zkratky v rozhodování. Za heuristiku lze například považovat přeceňování pravděpodobnosti jevů, které člověk pozoruje ve svém okolí (oproti těm, se kterými se nesetkal). To může vést k podcenění negativních dopadů na ochranu osobních údajů, protože tyto negativní dopady nejsou v populaci časté a jsou obtížně pozorovatelné. Způsob rozhodování s využitím heuristik se označuje pojmem „omezená racionalita“.³⁴

Vedle heuristik pak jednotlivce v racionálním rozhodování omezují kognitivní a behaviorální zkreslení. Tato zkreslení se jako systematické chyby v úsudku či jednání uplatňují na veškerá rozhodnutí bez ohledu na jejich komplexnost, a to na rozdíl od heuristik.³⁵ Příkladem chyby úsudku je hyperbolické diskontování, kdy jednotlivec například podceňuje dlouhodobé negativní důsledky určitého jednání ve světle jeho okamžitých přínosů.³⁶

Vedle omezené racionality a zkreslení je rozhodování v rámci výkonu kontroly ovlivněno uživatelským rozhraním, ve kterém jednotlivec kontrolu vykonává. Toto ovlivnění se zpravidla označuje jako postrkování („nudging“).³⁷ K postrkování uživatelů určitého rozhraní může ze strany jeho tvůrce docházet vědomě i nevědomky. Postrkování může být použito jako manipulativní technika k ovlivnění uživatele směrem k rozhodnutí s negativním dopadem na ochranu jeho osobních údajů,³⁸ ale také jako nástroj ke zmírnění výše popsanych problémů výkonu kontroly.³⁹

Negativní důsledky chybných rozhodnutí ohledně ochrany osobních údajů (ať už vlivem kognitivních a behaviorálních zkreslení nebo ovlivňování) přitom nelze podceňovat. Chybné rozhodnutí ohledně ukládání a čtení cookies (tedy takovém rozhodnutí, které je svými důsledky v rozporu se skutečnými preferencemi jednotlivce ohledně nakládání s jeho osobními údaji) může vést k předání osobních údajů jednotlivce například společnosti, která pomocí nich vytvoří či doplní již existující profil jednotlivce a použije jej pro zobrazení cílené manipulativní reklamy (např. s politickým obsahem) tomuto jednotlivci.⁴⁰ Takové negativní důsledky nemusí být pro jednotlivce vůbec patrné, protože jednotlivec nemusí zaznamenat, že zobrazená reklama je manipulativní, a má minimální šanci zjistit, jak byly získány údaje použité pro manipulaci.

Pokud by přesto jednotlivec své chybné rozhodnutí odhalil, možnost odstranění jeho důsledků (byť pouze *pro futuro*, nikoli zpětně), je minimální – je sice možné smazat příslušnou cookie z internetového prohlížeče, vysledovat tok údajů získaných pomocí takové cookie skrze ekosystém internetové reklamy a zamezit jejich dalšímu zpracování je v podstatě nemožné. Ekosystém internetové reklamy je v současnosti natolik komplexní a současně málo transparentní, že sledování toku údajů „z vnějšku“ není možné, přičemž „uvnitř“ tohoto ekosystému zatím nejsou nastaveny příslušné korekční mechanismy.⁴¹

³⁴ Srov. ACQUISTI, A. et al. Nudges for Privacy and Security: Understanding and Assisting Users Choices Online. *ACM Computing Surveys* [online]. 2017, Vol., No. 3, s. 5. Dostupné z: <<https://doi.org/10.1145/3054926>>.

³⁵ Srov. ibidem, s. 6.

³⁶ Srov. ibidem, s. 8.

³⁷ Srov. ibidem, s. 10.

³⁸ Srov. ibidem, s. 25.

³⁹ Srov. ibidem, s. 10.

⁴⁰ Takový postup byl cílem akterů ve známém případě Cambridge Analytica. Srov. *Letter from the Information Commissioner to Julian Knight MP*. Information Commissioner's Office [online]. 2. října 2020 [cit. 2021-08-08]. Dostupné z: <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/2618383/20201002_ico-o-ed-l-rtl-0181_to-julian-knight-mp.pdf>.

Výše popsané problémy komplexnosti rozhodnutí, omezené racionality a ovlivňování vedou k tomu, že lidé málokdy vykonávají kontrolu nad svými osobními údaji v případě, že je jim možnost jejího výkonu nabídnuta, a pokud ji vykonají, jejich jednání často neodpovídá obecně projevovaným preferencím ohledně ochrany osobních údajů (respektive specificky ochrany soukromí). Tento fenomén se označuje jako paradox ochrany soukromí (*privacy paradox*).⁴²

Problém ilustrují aktuální data Českého statistického úřadu za rok 2021. Podle respondentů průzkumu o využívání informačních a komunikačních technologií „[z]aznamenávání, co lidé vyhledávají a dělají na internetu, znepokojuje alespoň mírně 72 % jeho uživatelů, 23 % uživatelů dokonce uvedlo, že je to znepokojuje velmi“. Současně však „[k] omezení množství nebo změně nastavení cookies přistoupilo ve sledovaném roce 27 % uživatelů internetu“.⁴³

Jak však uvádí Solove, tento rozdíl hodnot není nutné vnímat jako paradox či rozpor mezi vyjádřenou preferencí a skutečným chováním. Jeho příčinou s největší pravděpodobností do značné míry jsou popsané kognitivní a behaviorální problémy spojené s realizací kontroly, které vedou k frustraci uživatelů a následné rezignaci či cynickému přístupu.⁴⁴ Tento rozdíl je tak spíše argumentem podporujícím závěr, že přístup založený na kontrole by neměl být dominantním přístupem k ochraně osobních údajů.

Výše popsané argumenty však nesměřují k závěru, že koncepce kontroly nemá v ochraně osobních údajů své místo. Uplatnit se může a má tam, kde je kontrolující osoba schopna obsáhnout potřebné informace a učinit na základě nich smysluplné rozhodnutí. Příkladem správně aplikovaného principu kontroly (v jiné oblasti, než je právní úprava cookies) je dle mého názoru čl. 13 odst. 2 směrnice 2002/58/ES, který je v našem právním řádu transponován do § 7 odst. 3 zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „z. sl. inf. spol.“).

Čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58/ES a § 7 odst. 2 z. sl. inf. spol. stanoví, že obchodní sdělení lze na elektronický kontakt určité osoby (typicky e-mailovou adresu či telefonní číslo) zasílat pouze s jejím souhlasem. Čl. 13 odst. 2 směrnice 2002/58/ES a § 7 odst. 3 z. sl. inf. spol. však stanoví z tohoto pravidla výjimku pro případ, kdy je kontakt oprávněně získán v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby. V takovém případě stačí dané osobě nabídnout jednoduchou možnost zaslání obchodních sdělení odmítnout v okamžiku sběru

⁴¹ Srov. např. *Update report into adtech and real time bidding*. Information Commissioner's Office [online]. 20. června 2019 [cit. 2022-02-05]. Dostupné z: <<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-dl191220.pdf>>.

⁴² Pojem byl poprvé použit v roce 2007 (srov. NORBERG, P. A. – HORNE, D. R. – HORNE, D. A. The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors. *Journal of Consumer Affairs*. 2007, Vol. 41, No. 1, s. 100), samotný problém však byl pozorován již o několik let dříve. Srov. SOLOVE, D. J. The myth of the privacy paradox. *George Washington Law Review*. 2021, Vol. 89, s. 5. V českém prostředí na tento problém v obecné rovině poukazuje např. Radim Polčák. Srov. POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 333.

⁴³ Srov. *Využívání informačních a komunikačních technologií v domácnostech a mezi osobami za období 2021* [online]. Praha: Český statistický úřad. Listopad 2021, s. 118. Dostupné z: <<https://www.czso.cz/documents/10180/142872020/06200421.pdf/c4028fae-5d47-4b27-999e-14dc55064d9c?version=1.3>>.

⁴⁴ SOLOVE, D. J. *The Myth of the Privacy Paradox*, s. 37. Někteří autoři dokonce hovoří o cynismu ochrany soukromí jako pojmu. Srov. HOFFMANN, C. P. – LUTZ, Ch. – RANZINI, G. Privacy cynicism: A new approach to the privacy paradox. *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*. 2016, Vol. 10, No. 4. Obdobně srov. RICHARDS, N. M. – HARTZOG, W. Taking Trust Seriously in Privacy Law. *SSRN Electronic Journal* [online]. 2016, s. 446 [cit. 2021-01-30]. Dostupné z: <<http://www.ssrn.com/abstract=2655719>>.

údajů. Pokud této možnosti nevyužije, je možné na získané kontakty zasílat obchodní sdělení týkající se vlastních obdobných výrobků nebo služeb toho, kdo kontakt tímto způsobem získal. Jednoduchá možnost odmítnout další sdělení pak musí být rovněž poskytnuta v každém zaslaném sdělení.

Prakticky se toto pravidlo projevuje například při nákupu v internetovém obchodě, kdy uživatel obchodník v průběhu objednávkového procesu může zobrazit předvyplněné pole s textací například „Chci dostávat informace o slevách a akcích na e-mail a telefon“. Vyplnění (zaškrtnutí) tohoto pole má uživatel možnost zrušit. Pokud tak uživatel neučiní, obchodník mu může zasílat e-mailem či pomocí SMS nabídky svého souvisejícího zboží a služeb.

Takový typ volby je smysluplný, protože část nakupujících může skutečně mít zájem o nabídky od daného obchodníka a část nikoli. Současně bude taková volba zpravidla v mezích mentální kapacity uživatele, protože nevyžaduje složité uvážení relativně abstraktních a dlouhodobých důsledků sdílení osobních údajů s relativně neurčitými či uživateli zcela neznámými subjekty, ani studium rozsáhlých a podrobných informací, jaké zpravidla uvnitř sebe skrývají nástroje pro sběr souhlasu s cookies. Uživatel musí pouze zvážit, zda si přeje dostávat nabídky příslušného obchodníka do své e-mailové schránky či jiným obdobným kanálem, přičemž totožnost obchodníka (respektive alespoň jeho obchodní označení) a charakter nabídek bývají v této souvislosti obvykle zřejmé.

Současně když uživatel vlivem omezené racionality, ovlivňování nebo z jiného důvodu přesto dospěje k chybnému rozhodnutí (neodmítne zasílání obchodních sdělení, která nakonec shledá jako nežádoucí), může svou chybu snadno napravit bez trvalé újmy – požadavkem čl. 13 odst. 2 a 4 směrnice 2002/58/ES a § 7 odst. 3 a 4 ZSIS je možnost odmítnutí dalšího zasílání obchodních sdělení v každé zaslané zprávě. Negativní důsledky chybného rozhodnutí jsou tak výrazně mírnější než ve výše popsaném případě chybného rozhodnutí ohledně souhlasu s ukládáním a čtením cookies.

Výše předloženou diskusi lze tedy shrnout tak, že princip kontroly by neměl být dominantním principem právní úpravy ochrany osobních údajů (zejména by se neměl uplatňovat v oblasti ukládání a čtení údajů z koncového zařízení uživatele služby elektronických komunikací), má v ní však své místo v jiných oblastech a nebylo by vhodné jej zcela opustit.

2.3 Přístup založený na důvěře

Daniel Solove v rámci své kritiky ochrany soukromí, respektive osobních údajů založené na kontrole předkládá návrh, aby se tato ochrana namísto kontroly zaměřila na „*architekturu ekonomiky osobních údajů – shromažďování, používání, uchovávání a předávání údajů*“.⁴⁵ Pro tento přístup nepředkládá žádný konkrétní název ani bližší vymezení, pouze vyjmenovává příklady nástrojů ochrany. Jsou jimi smluvní ochrana v rámci předávání údajů, omezení či úplný zákaz některých typů předávání, řízení ochrany soukromí, respektive osobních údajů v organizaci (včetně role pověřence pro ochranu osobních údajů) a zahrnutí ochrany soukromí, respektive osobních údajů do procesů návrhu produktů a služeb.

⁴⁵ Srov. SOLOVE, D. J. *The myth of the privacy paradox*, s. 40.

Tyto myšlenky přitom nejsou svou podstatou nové či průlomové. Podobný přístup k ochraně osobních údajů je ve svém zárodku patrný již ze Zásad férového zpracování informací, které mj. stanoví povinnost zajistit spolehlivost údajů pro zamýšlený účel a přijmout rozumná opatření k zabránění jejich zneužití. Tyto povinnosti přijmout preventivní opatření zohledňují skutečnost, že správce získává vůči subjektu údajů do určité míry dominantní postavení – vzniká asymetrie, na kterou upozorňuje již zmíněný von Lewinski.⁴⁶

Regulace silnější strany právního vztahu obecně pak není pro právo žádnou novinkou. V českém, respektive evropském právu se dominantně projevuje např. v právu spotřebitelském. V systému *common law* se pak projevuje např. v úpravě tzv. fiduciárních vztahů (*law of fiduciaries*), jejímž cílem je ochrana před zneužitím zranitelnosti vzniklé důvěrou v jiného. V systému *common law* se tento institut aplikuje např. na vztah lékaře a pacienta či advokáta a jeho klienta.⁴⁷ Obdobu této regulace fiduciárních vztahů přinesl do českého práva zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, zavedením institutu svěřenského správce, respektive správce cizího majetku obecně.⁴⁸

Ve fiduciárních vztazích hledají pro oblast ochrany osobních údajů inspiraci Neil Richards a Woodrow Hartzog. Obdobně jako Solove formulují své návrhy pro oblast ochrany soukromí. Tato skutečnost je však dána tím, že je formulují především v kontextu právního řádu Spojených států amerických, který komplexní právní úpravu ochrany osobních údajů neobsahuje a ochrana základních práv před zásahy skrze zpracování osobních údajů je realizována především aplikací práva na soukromí. Jak je však z jejich textu patrné, třída řešených problémů by (s ohledem na svou šíři) v evropském právu spadala do působnosti právní regulace ochrany osobních údajů. Jejich přístup proto lze aplikovat i na ochranu osobních údajů. Tento závěr podporuje i to, že je jejich koncepce vystavěna na pozměněné podobě Zásad férového zpracování informací, které rovněž řeší problémy z třídy ochrany osobních údajů, nikoli pouze ochrany soukromí.⁴⁹

Fiduciář, jakožto povinná osoba z fiduciárního vztahu, má v systému *common law* dvě základní povinnosti, a to povinnost péče a povinnost loajality. Povinnost péče zahrnuje především řádný výkon činnosti, kterou je konkrétně vůči oprávněnému z daného vztahu povinován (tedy např. v případě lékaře poskytnutí zdravotní služby postupem *de lege artis*). Pokud oprávněný v souvislosti s realizací dané činnosti svěřuje fiduciáři důvěrné informace, plyne z povinnosti péče též povinnost mlčenlivosti. Druhá povinnost, povinnost loajality pak znamená, že fiduciář nesmí zneužít svého dominantního postavení vůči oprávněnému k tomu, aby jednal na jeho úkor (třeba aby se na jeho úkor obohatil nebo ho jinak poškodil). Tím přitom není vyloučeno, aby činnost fiduciáře byla odměňována. Celkově je cílem těchto povinností zabránit tomu, aby fiduciář zradil důvěru, kterou do něj vkládá oprávněný.⁵⁰ Z důvodu ochrany důvěry nazývám tento přístup k ochraně osobních údajů v dalším výkladu jako přístup založený na důvěře.

⁴⁶ Srov. VON LEWINSKI, K. *Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977*, s. 200.

⁴⁷ Srov. RICHARDS, N. M. – HARTZOG, W. *Taking Trust Seriously in Privacy Law*, s. 457.

⁴⁸ Srov. část třetí, hlava II, díl 6 citovaného zákona.

⁴⁹ Srov. RICHARDS, N. M. – HARTZOG, W. *Taking Trust Seriously in Privacy Law*, s. 458 an. Samotná myšlenka přenesení poznatků z oblasti fiduciárních vztahů do oblasti ochrany soukromí byla poprvé formulována Jackem Balkinem. Srov. BALKIN, J. M. *Information fiduciaries and the first amendment*. *UC Davis Law Review*. 2015, Vol. 49, No. 4; *Balkinization* [online]. [cit. 2022-01-03]. Získáno z: <<https://balkin.blogspot.com/search?updated-max=2021-12-11T15:13:00-05:00>>.

⁵⁰ Srov. BALKIN, J. M. *Information fiduciaries and the first amendment*, s. 1207.

Na základě inspirace z těchto povinností Richards a Hartzog navrhuji přeformulovat Zásady férového nakládání s informacemi tak, že namísto zásad důvěrnosti, transparentnosti a bezpečnosti by upravovaly diskrétnost, upřímnost, ochranu a loajalitu (jako novou zásadu). Diskrétnost vymezují jako širší koncept než důvěrnost, spočívající v chování či komunikaci takovým způsobem, že nedojde k odhalení soukromých informací. Nejstriktnější forma diskrétnosti je důvěrnost, kdy informace nejsou vůbec sdíleny. Diskrétnost však umožňuje odlišit jemnější nuance, kdy ten, kdo určitou informaci sdílí, předpokládá, že bude šířena, avšak v rámci určitého okruhu osob, například blízkých přátel. Prakticky tak diskrétnost spočívá v omezení, jaké informace budou sdíleny, s kým a jak, a chrání před škodlivým či nežádoucím sdílením informací. Oproti plné důvěrnosti poskytuje větší flexibilitu při zachování důvěry ze strany osoby, již se informace týkají.⁵¹

Upřímnost je pak v pojetí Richardse a Hartzoga nástavbou transparentnosti. Princip transparentnosti obsažený v Zásadách férového nakládání s informacemi a jeho promítnutí v konkrétních povinnostech pouze vyžaduje, aby ten, kdo zpracovává osobní údaje, zpřístupnil informace o svých postupech. Nehraje přitom roli, jestli si je ten, jehož údajů se mají postupy týkat, skutečně přečte a jestli skutečně chápe podstatné aspekty těchto postupů. Upřímnost by měla tento nedostatek překonávat aktivní povinností vyjasňovat možné omyly a mylné dojmy a zdůraznit podstatné informace, které mohou být zdrojem rizika pro toho, jehož se příslušné postupy týkají. Cílem upřímnosti by tedy nemělo být větší množství poskytovaných informací, ale jejich větší kvalita.⁵²

Ochrana pak má být rozšířením bezpečnosti. Zahrnout by měla postupy jako pravidelné audity úložišť osobních údajů a kontinuální posuzování rizik na základě aktualizovaných modelů hrozeb, minimalizace rozsahu zpracovávaných údajů a doby jejich uložení nebo příprava plánů pro případ bezpečnostního incidentu. Ochrana má překryv s diskrétností v oblasti sdílení anonymizovaných dat – právě důsledná anonymizace je jedním z prvků ochrany, nikoli však jediným. V kontextu rostoucích rizik zpětné identifikace díky sofistikovanějším algoritmickým metodám i neustále se zvětšujícímu dostupnému výpočetnímu výkonu by v rámci ochrany měla být zvažována také další opatření, jako např. smluvní závazky zakazující provedení zpětné identifikace.⁵³

Zcela novou zásadou by pak měla být loajalita, která nejvíce vychází z práva fiduciárních vztahů. Loajalita by v kontextu práva na soukromí a osobních údajů měla znamenat povinnost toho, komu byly svěřeny osobní údaje, nepoužívat je ve svůj prospěch na úkor osoby, které se osobní údaje týkají. Tím není myšleno, že by ten, komu byly informace svěřeny, je nemohl ve svůj prospěch využívat vůbec. Například vytěžování údajů pro zlepšení služby, poskytování anonymizovaných dat pro výzkum, sdílení dat s těmi, kteří jsou připraveni respektovat stejné zásady jejich ochrany, nebo jejich použití pro cílení reklamy nemusí být porušením loajality. Tyto aktivity jsou však v mezích loajality pouze do jisté míry, protože použití informací k újmě toho, koho se týkají, je snadné. Například použití dat pro manipulaci cen v rámci zobrazovaných nabídek nebo zobrazování obsahu, který cíleně manipuluje s pocity či postoji uživatele, by již představovalo porušení loajality.⁵⁴

⁵¹ Srov. RICHARDS, N. M. – HARTZOG, W. *Taking Trust Seriously in Privacy Law*, s. 458 an.

⁵² Srov. ibidem, s. 462 an.

⁵³ Srov. ibidem, s. 467.

⁵⁴ Srov. ibidem, s. 468.

Je přitom třeba vnímat, že v právním prostředí Spojených států amerických má přístup k ochraně soukromí, respektive ochrany osobních údajů na základě fiduciárních povinností specifický význam, protože otevírá cestu zákonodárci, respektive soudům vytvořit rámec pro obecnou ochranu osobních údajů v případě splnění znaků fiduciárního vztahu. Toto řešení by ve Spojených státech mohlo pomoci překonat dosud roztržštěnou ochranu tvořenou mozaikou sektorových zákonů, zákonů jednotlivých států a obecné ochrany pomocí definovaných civilních deliktů v oblasti ochrany soukromí (*privacy torts*). V Evropské unii však nedostatkem fundamentálního zakotvení práva na ochranu osobních údajů netrpíme, koncepce je pro nás proto zajímavá primárně po výše popsané obsahové stránce.

S ohledem na systematickou úpravu ochrany osobních údajů pro nás také jednotlivé povinnosti inspirované fiduciárními vztahy nejsou neznámé. Pokud budeme sledovat strukturu povinností fiduciáře, jak ji předkládají Richardse a Hartzog, projev diskrétnosti můžeme spatřovat v bodu 26 odůvodnění GDPR, dle kterého by se (v kontextu anonymizace) při určování, zda je fyzická osoba identifikovatelná, „*mělo přihlídnout ke všem prostředkům, jako je například výběr vyčleněním, o nichž lze rozumně předpokládat, že je správce nebo jiná osoba použije pro přímou či nepřímou identifikaci dané fyzické osoby*“. Prakticky toto ustanovení ukládá tomu, kdo chce určité údaje šířit mimo režim GDPR jako anonymní (tedy nikoli jako osobní údaje), aby zvážil, zda je schopen dostatečně zdůvodnit, že určitá osoba, jíž se původně údaje týkaly, není identifikovatelná. V takovém případě přitom musí být zváženy i případné nástroje a postupy zpětné identifikace, bude-li v daném případě možné jejich použití rozumně předpokládat.

Projev principu upřímnosti lze najít v čl. 12 GDPR, dle kterého mají být informace o zpracování osobních údajů poskytovány „*srozumitelným a snadno přístupným způsobem za použití jasných a jednoduchých jazykových prostředků*“. Akcentováno je tedy nejen prosté poskytnutí informací, ale také kvalita informování, a to tak, aby byl naplněn cíl skutečného zvýšení informovanosti jednotlivce, jehož údaje jsou zpracovávány.

Princip ochrany se v GDPR projevuje v obecné rovině v zásadě odpovědnosti správce dle čl. 5 odst. 1. Podle této zásady správce osobních údajů odpovídá za dodržení ostatních zásad dle čl. 45 odst. 1 GDPR a musí být schopen jejich dodržování doložit. Dále se projevuje zejména v čl. 24 a 25. Podle čl. 25 by správce osobních údajů měl zavést „*vhodná technická a organizační opatření, aby zajistil a byl schopen doložit, že zpracování je prováděno v souladu s tímto nařízením*“, přičemž „*[t]ato opatření musí být podle potřeby revidována a aktualizována*“. Pokud je to vhodné, měl by opatření zavést pomocí politik ochrany osobních údajů. Čl. 26 pak požaduje „*vhodná technická a organizační opatření, jako je pseudonymizace, jejichž účelem je provádět účinným způsobem zásady ochrany údajů, jako je minimalizace údajů, a začlenit do zpracování nezbytné záruky*“, přičemž tato opatření mají být zavedena již v době určení prostředků pro zpracování (záměrná ochrana osobních údajů – *data protection by design*). Rovněž požaduje „*vhodná technická a organizační opatření k zajištění toho, aby se standardně zpracovávaly pouze osobní údaje, jež jsou pro každý konkrétní účel daného zpracování nezbytné*“, a to z hlediska „*množství shromážděných osobních údajů, rozsahu jejich zpracování, doby jejich uložení a jejich dostupnosti*“.

Projevem principu loajality je zásada omezení účelem dle čl. 5 odst. 1 písm. b) GDPR, dle které nelze osobní údaje bez dalšího použít pro jiný účel, než pro který byly původně shromážděny, přičemž veškeré účely zpracování musí být výslovně určené a legitimní. Tato zásada otevírá prostor pro aplikaci na případy, kdy by zpracování osobních údajů

bylo v rozporu s povinností loajality, jak ji formulují Richards a Hartzog. V takových případech by bylo možné dovozovat, že zpracování osobních údajů není legitimní, přestože lze pro něj najít právní titul ve smyslu čl. 6 GDPR (například přesto, že k němu dotčený jednotlivec udělil souhlas). Nedostatek legitimacy by mohl spočívat právě ve skutečnosti, že zpracování se děje na úkor dotčeného jednotlivce (např. z důvodu jeho diskriminace, manipulace, zásahu do soukromí či jiného základního práva).

Konkrétní odraz zásady loajality pak lze nalézt v právní úpravě oprávněného zájmu jako právního základu pro zpracování osobních údajů dle čl. 6 odst. 1 písm. f). Dle tohoto ustanovení je zpracování osobních údajů přípustné, pokud „*je nezbytné pro účely oprávněných zájmů příslušného správce či třetí strany, kromě případů, kdy před těmito zájmy mají přednost zájmy nebo základní práva a svobody subjektu údajů vyžadující ochranu osobních údajů*“. Správce osobních údajů tedy musí v každém případě zvažovat, zda konkrétní zpracování v jeho prospěch nepůsobí nepřiměřenou újmu subjektu údajů.

Nakonec je třeba konstatovat, že prvky přístupu založeného na důvěře naopak nelze identifikovat v právní úpravě ukládání a přístupu k údajům v koncových zařízeních uživatelů služeb elektronických komunikací. Jak čl. 5 odst. 3 směrnice 2002/58/ES, tak § 89 odst. 3 z. el. kom. uplatňují v této oblasti ochrany osobních údajů pouze přístup založený na kontrole.

2.4 Vhodnost přístupu založeného na důvěře

Vhodnost přístupu chránícího důvěru subjektu údajů ve správce jako přístupu k zajištění ochrany osobních údajů je dána tím, že překonává řadu nedostatků přístupu založeného na kontrole, jež jsem výše vytknul. Především se přístup založený na důvěře žádným způsobem neopírá o znalosti či schopnosti subjektu údajů. Tím překonává problém omezených časových a mentálních zdrojů při výkonu kontroly. Zatímco subjekt údajů může efektivně kontrolovat pouze omezený okruh webových stránek, aplikací a správců, počet těch, kterým může důvěřovat a které mohou jeho důvěru zachovat, je neomezený. Současně zachování důvěry ze strany správce není limitováno případnými kognitivními omezeními na straně dotčeného jednotlivce, protože jeho kognice není předpokladem či prvkem ochrany.

Za nedostatek přístupu založeného na důvěře lze zdánlivě považovat menší odolnost vůči nekalému jednání správců – jestliže subjekt údajů nemůže zpracování kontrolovat, musí se spoléhat, že správce nezradí jeho důvěru. Domnívám se však, že tento nedostatek není větší než v případě přístupu založeného na kontrole. Ani v případě aplikace přístupu založeného na kontrole nemá jednotlivec přímý vliv na probíhající zpracování (neovlivňuje např. technicky, jaké cookies webová stránka do jeho prohlížeče uloží), ale pouze spoléhá na to, že jeho projevené preference budou respektovány. Tento předpoklad však nemusí být naplněn a toto riziko je přinejmenším stejně velké jako riziko, že stejný subjekt poruší důvěru v něj vloženou jednotlivcem v případě, kdy žádná kontrola nebyla vykonána.

Dále je třeba připustit, že přístup založený na důvěře je ve vztahu k subjektu údajů do jisté míry paternalistický. Zpracování, při kterém by byly naplněny povinnosti spojené s postavením fiduciáře, by podle tohoto přístupu bylo právně přípustné i přes případnou nelibost dotčených jednotlivců. Bylo by tedy přípustné i v případech, kdy by jednotlivec jinak byl takové zpracování odmítl, pokud by měl možnost nad ním vykonat kontrolu.

Tento nedostatek přístupu založeného na důvěře je možné kompenzovat vhodnou kombinací s přístupem založeným na kontrole. Jak jsem již uvedl v části 2.2, přístup založený na kontrole má podle mě v ochraně osobních údajů stále své místo, byť by neměl být přístupem dominantním. Uplatnit se může tam, kde je možné o osobních údajích skutečně a smysluplně rozhodovat, a obecně v podobě práv subjektu údajů podle kapitoly III GDPR.

Přístup založený na důvěře je tak dle mého názoru způsobilý být dominantní koncepcí ochrany osobních údajů, neměl by však být přístupem jediným a je třeba jej doplnit zejména o prvky kontroly jednotlivce.

3. Návrhy *de lege ferenda*

Na základě výše předložené diskuse se domnívám, že probíhající reforma právní úpravy ochrany soukromí v elektronických komunikacích by se v rovině ukládání a čtení údajů ze zařízení koncových uživatelů měla zaměřit právě na upozadění přístupu založeného na kontrole a upřednostnění přístupu založeného na důvěře. To by v praxi znamenalo především ústup od obecného požadavku na získání souhlasu s ukládáním a čtením údajů ze zařízení koncového uživatele dle čl. 5 odst. 3 směrnice 2002/58/ES a § 89 odst. 3 z. el. kom.

Takový návrh logicky vyvolává otázku, čím zaplnit právní vakuum vzniklé případným vypuštěním požadavku na souhlas. Domnívám se, že řešením může být silnější vazba na stávající obecnou právní úpravu ochrany osobních údajů, která již implementuje ve velké míře přístup založený na důvěře. Pomocí stávající úpravy ochrany osobních údajů lze tuto ochranu zajistit v případech, kdy kontrola není možná. Pokud by tedy přístup ke koncovým zařízením a údajům v nich uloženým podléhal obecným povinnostem podle GDPR, zejména povinnosti dodržovat základní zásady dle čl. 5, mít pro danou činnost legitimizaci v podobě právního titulu podle čl. 6, zajištění odpovědnosti podle čl. 5 odst. 2 a čl. 25 a bezpečnosti podle čl. 32, pak by bylo možné kontrolu nahradit mechanismy chránícími důvěru koncových uživatelů.⁵⁵

Ve zbývajícím rozsahu je podle mého názoru možné zásady diskrétnosti, ochrany, upřímnosti a loajality prosazovat vhodnou interpretací právě obecné právní úpravy ochrany osobních údajů v podobě GDPR. Kontrolu je možné dále upozadit vhodným výkladem čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR, který by rozšířil okruh případů, na které by (konkrétně např. v oblasti sběru údajů pomocí cookies) bylo možné aplikovat právní titul oprávněného zájmu. Tento výklad by však měl jít v ruku v ruce s vymezením podmínek a omezení, za kterých se tímto způsobem lze na oprávněný zájem spolehnout.

Zásadu transparentnosti je možné promítnout do výkladu čl. 13 a 14 GDPR, který by akcentoval zejména poskytování smysluplných informací o rizicích spojených s příslušným nakládáním s osobními údaji, které vznikají pro jednotlivce. Zásady diskrétnosti, ochrany a loajality by pak bylo možné prosadit zejména uplatněním požadavku na legitimitu účelu dle čl. 5 odst. 1 písm. b) GDPR a odpovědnost podle čl. 5 odst. 2, ze kterých

⁵⁵ Tento návrh samozřejmě vyvolává otázku, jak si poradit se skutečností, že ne každé čtení a ukládání údajů do zařízení koncového uživatele je spojeno se zpracováním osobních údajů, a tedy působnost směrnice 2002/58/ES je v tomto ohledu širší než působnost GDPR. Diskuse aplikace směrnice 2002/58/ES na jiné oblasti, než je nakládání s osobními údaji, však přesahuje záběr tohoto článku.

lze podle mě dovozovat požadavky na okruh subjektů, kterým lze údaje získané pomocí cookies předávat – například, že tyto údaje mohou být předávány jen prověřeným partnerům, na základě jasných smluvních závazků jejich ochrany a pouze v podobě, která dostatečně brání zneužití údajů k újmě konkrétního jednotlivce (díky nastavení rozsahu údajů a jejich pseudonymizaci). Tato sada odvozených požadavků by měla bránit tomu, že předané údaje budou jednoduše zneužitelné k újmě jednotlivce např. v důsledku předání citlivých informací širokému okruhu třetích stran, jejich použití diskriminujícími postupy nebo použití pro zobrazení manipulativní reklamy.

Cestou k tomuto výkladu mohou podle mého názoru být pokyny Evropského sboru pro ochranu osobních údajů jakožto orgánu sdružujícího všechny dozorové úřady pro ochranu osobních údajů v Evropské unii.⁵⁶ Ačkoli GDPR obsahuje nástroje jako kodexy chování a certifikace,⁵⁷ bylo by podle mě příliš optimistické očekávat, že subjekty na trhu v této oblasti samy zásadně změní svůj dosavadní přístup k nakládání s osobními údaji získanými z cookies a vypracují např. kodexy chování, které budou reflektovat přístup založený na důvěře.

Proto se domnívám, že prvotní impulz v této oblasti bude muset vyjít právě od dozorových úřadů. Pokyny Evropského sboru pro ochranu osobních údajů se pak jeví být pro tento účel vhodným nástrojem s ohledem na to, že nejsou bezprostředně právně závazné a díky tomu je možné je flexibilně přijímat, doplňovat a měnit. Kodexy chování a certifikace pak mohou následně základní požadavky vyjádřené v pokynech Evropského sboru pro ochranu osobních údajů dále rozpracovávat do konkrétních praktických postupů včetně technických protokolů.

Závěr

Ochranu osobních údajů lze vnímat jako soubor opatření směřujících k prevenci zásahů do základních práv, respektive jimi chráněných hodnot prostřednictvím operací s údaji, které se týkají fyzických osob, jež lze přímo či nepřímo identifikovat.

V předchozím výkladu jsem představil základní koncepční přístupy k ochraně osobních údajů – přístup založený na kontrole a přístup založený na důvěře. Ukázal jsem, že přístup založený na kontrole se silně projevuje v platné právní úpravě ochrany osobních údajů, a to z důvodu jejího historického sepětí s právní ochranou soukromí. V oblasti ochrany soukromí a osobních údajů v elektronických komunikacích pak tento přístup zcela dominuje a jeho důsledkem jsou souhlasy s ukládáním a čtením cookies, se kterými se nyní na internetu často setkáváme.

Diskusí těchto dvou přístupů jsem dospěl k závěru, že přístup založený na kontrole není vhodný jako dominantní přístup pro zajištění ochrany osobních údajů v současné společnosti, a to s ohledem na rozsah a mnohost informačních procesů, které by měly být předmětem takové kontroly. Jednotlivec čelí informační asymetrii a disponuje omezenými časovými a mentálními zdroji. Tváří v tvář velkému počtu složitých rozhodnutí o svých osobních údajích uplatňuje mentální zkratky, projevují se obecná mentální zkreslení a je snadným terčem manipulace v podobě postrkování k určitému rozhodnutí.

⁵⁶ Srov. kapitulu VII, oddíl 3 GDPR.

⁵⁷ Srov. kapitulu IV, oddíl 5 GDPR.

Důsledkem je tzv. paradox ochrany soukromí, kdy lidé v obecné rovině deklarují, že ochrana osobních údajů je pro ně důležitá a mají obavy ze zneužití svých údajů, tyto obavy však nepromítají do konkrétního chování například při používání internetu. Důvodem však není to, že by skutečná hodnota ochrany osobních údajů byla pro ně nižší, než deklarují, ale to, že v kontextu omezených zdrojů a informační asymetrie nejsou schopni udělat rozhodnutí, která by odpovídala jejich preferencím, nebo mají pocit, že své preference nejsou schopni prakticky prosadit a na tuto snahu rezignují.

Dle mého názoru je proto třeba hledat jiný přístup k zajištění ochrany osobních údajů, který nespočívá na aktivitě jednotlivce. Tento přístup nazývám přístupem založeným na důvěře v souladu s návrhem Richardse a Hartzoga. Richards a Hartzog hledají pro svůj přístup k ochraně osobních údajů inspiraci v úpravě fiduciárních vztahů, kde se typicky projevují povinnost péče a povinnost loajality. Do prostředí ochrany osobních údajů tyto povinnosti přenáší v podobě zásad diskrétnosti, ochrany, upřímnosti a loajality.

Platná právní úprava ochrany osobních údajů přístup založený na důvěře v mnoha ohledech odráží a v evropském kontextu nejde o žádné novum. Naopak tento přístup je součástí ochrany osobních údajů v Evropské unii od jejího počátku a jeho význam v čase roste. Není však promítnut do právní úpravy ochrany soukromí a osobních údajů v elektronických komunikacích v rovině ukládání a čtení údajů ze zařízení koncových uživatelů, tj. zejména do zmiňované problematiky právní úpravy ukládání a čtení cookies.

Domnívám se, že vhodným řešením tohoto problému by bylo opuštění obecného požadavku na souhlas s ukládáním a čtením údajů z koncového zařízení uživatele a jeho nahrazení vazbou na obecnou právní úpravu GDPR. Tuto úpravu je pak možné vyložit tak, aby byly prosazeny zásady přístupu založeného na důvěře, tedy diskrétnost, transparentnost, ochrana a loajalita. Cesta k tomuto výkladu podle mého názoru vede skrze pokyny Evropského sboru pro ochranu osobních údajů, které mohou být následně rozpracovány do konkrétních praktických postupů a technických protokolů skrze kodexy chování a mechanismy certifikace.

„Jednotní v rozmanitosti“: požadavky na EU jako právní společenství států

Rudolf Streinz*

Abstrakt: Jednota v rozmanitosti je charakteristickým znakem Evropské unie. Národní zvláštnosti každého členského státu jsou součástí jeho identity, kterou je Evropská unie podle čl. 4 odst. 2 SEU povinna respektovat. Na druhé straně se však vyžaduje dodržování unijního práva, zejména společných hodnot podle čl. 2 SEU. Právo je totiž základem Evropské unie jako právního společenství. Princip právního státu představuje nezadatelný fundament vzájemné důvěry, který mimo jiné vyžaduje soudcovskou nezávislost na zákonodárné a výkonné moci, které soudy kontrolují. K dodržování těchto hodnot slouží jednak velmi málo účinné řízení podle čl. 7 SEU, jednak řízení o porušení smlouvy, v němž mohou být členskému státu ukládány sankce. Integrativní společenství vyžaduje omezení politické moci členských států. Proto je stanovení a dodržování správné míry poměru mezi unijní integrací a pravomocemi členských států trvalým úkolem obdobně jako respektování principu právního státu.

Klíčová slova: European Union – member states, sanctions, judicial independence, rule of law

1. Problém: Aktuální prvky „polykrize“ EU

„Jednotní v rozmanitosti“. Tak zní heslo Unie dle čl. I-8 Smlouvy o ústavě pro Evropu ze dne 29. října 2004¹ o „symbolech Unie“. Přestože tato smlouva ztroskotala na referendu ve Francii a Nizozemsku a dané ustanovení nebylo zahrnuto do Lisabonské smlouvy z 13. prosince 2009, je jednota v rozmanitosti charakteristickým rysem EU. Má však své světlé i stinné stránky. Přínosem je, že umožňuje zohlednit národní specifika. Například zásada vzájemného uznávání, která byla rozvinuta v zásadních rozsudcích *Dassonville*² a *Cassis de Dijon*,³ umožňuje zejména v oblasti potravinového práva vyhnout se „univerzálnímu evropskému přístupu“ a omezit se na harmonizaci základních otázek ochrany zdraví a ochrany spotřebitele.⁴ Problémem je naopak nedostatek jednoty v důležitých otázkách, které lze nakonec vyřešit pouze na evropské úrovni. Zatímco v případě Brexitu, tedy jedné ze součástí toho, co tehdejší předseda Komise Jean Claude Juncker nazval „polykrizí“ Evropské unie,⁵ ještě EU sledovala jednotnou linii – navzdory antagonistickým snahám Spojeného království stavět na přetrvávající rozdílnosti zájmů členských států⁶ – pokusy o řešení dalších součástí „polykrize“ v důsledku nedostatku jednoty selhaly.

* Prof. Dr. Rudolf Streinz, Mnichov. Překlad přednášky prosloušené v rámci Fóra Centra právní komparatistiky PF UK dne 21. 10. 2021. Přeložili Luboš Tichý a Andrea Škopková.

¹ Úř. věst. 2004, č. C 310/1.

² SDEU, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

³ SDEU, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

⁴ Viz „nové strategie“ STREINZ, R. In: STREINZ, R. – KRAUS, M. (eds). *Lebensmittelrechts-Handbuch*, Loseblatt 41. EL 2020, III.C, marg. č. 116–117a.

⁵ JUNCKER, J.-C. Projev ze dne 21. 6. 2016 v Aténách. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_16_2293>.

⁶ O Brexitu viz např. příspěvky ve sborníku KRAMME, M. – BALDUS, Ch. – SCHMIDT-KESSEL, M. (eds). *Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen*. 2. vydání. 2020.

Konkrétním příkladem je uprchlická politika. Zde se ukazuje, že v takto citlivé oblasti nepomůže ani princip většinového hlasování, který se aplikuje na otázky rozvoje společného evropského azylového systému (čl. 78 odst. 2 SFEU stanoví řádný legislativní postup, a tedy kvalifikovanou většinu v Radě k přijetí relevantních opatření), pokud se přehlasované státy nepodřídí rozhodnutím Soudního dvora Evropské unie (SDEU).⁷ To obecně odhaluje problém většinového rozhodování o citlivých otázkách a ovlivnilo by to i zahraniční a bezpečnostní politiku, včetně obranné politiky. Řešením je tedy posílená spolupráce, např. stálá strukturovaná spolupráce (PESCO),⁸ na které se dohodlo 25 členských států. „Kdo chce víc, udělá víc“ je také jedním ze scénářů, které Komise představila v Bílé knize o budoucnosti Evropy.⁹ Vytváří jednotu v užším kruhu nejméně devíti členských států a zároveň zavádí novou rozmanitost mezi zúčastněnými a vnějšími členskými státy a vyžaduje jejich vzájemnou koordinaci. Tuto vícerychlostní Evropu máme i v Evropské měnové unii, jejíž problémy se i přes některé úspěchy Evropského mechanismu stability (ESM) v žádném případě nepodařilo vyřešit a pro kterou pandemie koronaviru SARS-CoV-2 přináší nové výzvy, jejichž řešení, jak ukázalo zasedání Evropské rady v červenci 2020,¹⁰ vyžaduje překonání kontroverzních postojů, které mají své opodstatnění nejen mezi členskými státy v Evropské radě a Radě, ale i mezi nimi a Evropským parlamentem.

Ze současných problémů Evropské unie je třeba se zde intenzivněji zabývat otázkou, zda a jaké rozdíly v členských státech může – a případně musí – Unie jako společenství hodnot tolerovat, aby fungovala jako integrované společenství, které je členskými státy (a to i vnitrostátně) akceptováno.¹¹

Cíl „stále pevnějšího svazku mezi národy Evropy“, „*ever closer union*“, stanovený v čl. 1 odst. 2 SEU, měl být podle britského premiéra Camerona vypuštěn. Cameron britské referendum naplánoval v očekávání, že se voliči vysloví pro setrvání („*remain*“) v EU a že uklidní kritiky a odpůrce EU ve své vlastní straně. To by vyžadovalo změnu SEU, což nebylo, na rozdíl od některých jiných Cameronových požadavků či návrhů, v této podobě reálné.

I po vystoupení Spojeného království z EU po skončení přechodného období 31. prosince 2020¹² zůstává pro budoucnost Evropské unie zásadní otázkou, jak těsná by měla být Unie, tj. kolik Evropy potřebujeme a chceme, a kolik Evropy, nutně spojené s omezením naší vlastní národní politické svobody, můžeme tolerovat. Podle čl. 4 odst. 2 první

⁷ SDEU, C-643/15 a C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 – Slovensko a Maďarsko proti rozhodnutí Rady (EU) 2015/1601. Viz RUFFERT, M. Verteilungsquoten für Flüchtlinge. *Juristische Schulung*. 2018, 58. Jhrg., s. 303.

⁸ Rozhodnutí Rady 2017/2315 ze dne 11. prosince 2017 (Úř. věst. 2017, č. L 331/57). Dánsko, Malta a Spojené království, které mezitím vystoupilo z EU, se nezúčastnily.

⁹ KOMISE EU. *Bílá kniha o budoucnosti Evropy. EU 27 v roce 2025 – úvahy a scénáře*. COM (2017) 2025, 1. 3. 2017.

¹⁰ Doc. EUCO 10/20. O dohodě o novém rozhodnutí o vlastních zdrojích EU a programu EU nové generace a možných důsledcích viz níže VIII.

¹¹ Srov. také STREINZ, R. Europa auf dem Prüfstand. In: MAYER, T. (ed.). *Das Prinzip Europa. Anspruch & Weg*, 31. Europäische Notarentage 2019. Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2020, s. 25 (32 f.); MAYER, T. Principy a hodnoty v Evropské unii. In: HATJE, A. – TICHÝ, L. (eds). *Liability of Member States for the violation of fundamental values of the European Union. Europarecht (Supplement)*. 2018, 1, s. 9.

¹² Úmluva o vystoupení mezi EU a Spojeným královstvím ze dne 24. 12. 2020 (Úř. věst. 2020, L 444) vstoupila v platnost prozatímně dne 1. 1. 2021 a definitivně dne 28. 2. 2021 po schválení rovněž Evropským parlamentem. Podle očekávání již způsobuje problémy, viz PRIEBE, R. Brexit: „The deal is done“ – „Die Uhr tickt nicht mehr“... *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, 32. Jhrg., s. 89, a dále HÖRDT, M. – O'BRIEN, K. Der Anfang vom Ende? Das finale (?) Brexit-abkommen und seine Auswirkungen auf Irland – Teil 1: Institutioneller Rahmen und Dienstleistungen. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, 32. Jhrg., s. 430 (s. 432 an.).

věty SEU respektuje Unie národní identitu členských států, která se projevuje „v jejich základních politických a ústavních strukturách, včetně regionální a místní samosprávy“. Tyto struktury členských států však musí být trvale slučitelné s hodnotami, na nichž je Unie založena, a sice s „úctou k lidské důstojnosti, svobodě, demokracii, rovnosti, právnímu státu a dodržování lidských práv, včetně práv příslušníků menšin“, jak je stanoveno v čl. 2 první větě SEU. Podle čl. 2 druhé věty SEU jsou tyto hodnoty společné všem členským státům. Vzhledem k vývoji v některých členských státech o tom ale panují takové pochybnosti, že Komise EU byla nucena zahájit „dialog o právním státě“ a poté, co se ukázal jako neúčinný, zahájit řízení o porušení Smlouvy a řízení podle čl. 7 SEU. Zvláště problematické je ohrožení nezávislosti soudů jako základního prvku právního státu založeného na dělbě moci. Vždyť právo je základem Evropské unie a právní stát je základem vzájemné důvěry, která je pro Unii nezbytná.

Zatím jsem stručně popsal některé relevantní případy ilustrující řečenou polykrizi Evropské unie. Slogan „jednotní v rozmanitosti“ není tak pouhým postulátem, ale zároveň i testem míry úspěšnosti fungování Evropské unie. Vystoupení Spojeného království je příkladem jeho aplikace. I další aktuální problémy svědčí ve značné míře o neshodách při vymezování hranice mezi oběma pojmy obsaženými v uvedeném sloganu (jednota a rozmanitost, respektive odlišnost).

Účelem tohoto příspěvku je analyzovat používání těchto protikladných veličin ve dvou citlivých oblastech, které jsou sice v působnosti členských států, ale současně musí být národní právní úprava a její používání v souladu s některými zásadními požadavky unijního práva. Jde o dva konkrétní případy z oblasti justice a rodinného práva. První se týká pravomocí polské Národní rady spravedlnosti a nezávislosti soudů; ve druhém případě se jedná o chápání rumunské právní koncepce manželství v kontextu základních unijních svobod na jednotném trhu. V částech 2.–5. se článek soustřeďuje na základní princip, který představuje imanentní fundament nejen Evropské unie, ale i jednotlivých členských států, jehož výklad je předmětem dlouhodobého konfliktu mezi Evropskou unií a členskými státy (Polskem a Maďarskem). Jde o princip právního státu, jenž je integrální součástí hodnotového systému Evropské unie (viz již citovaný čl. 2 SEU). Jeho dodržování představuje základní povinnost členských států. Vynutitelností této povinnosti a relevantním sankčním mechanismem se zabývá část 6. V další části (7) analyzuji senzitivní problematiku rozdílného a stále se vyvíjejícího konceptu manželství. Zde se zabývám mírou konfliktu mezi veličinou jednoty společných hodnot a jejím protipólem, kterým je hodnota národní identity členských států. Ta vychází z národních kulturních tradic každého státu a je základem řečené rozmanitosti Evropské unie respektující odlišnosti. Osmá část je podnětem k diskusi o potřebě možné reformy dělby pravomocí mezi členskými státy a Evropskou unií, před kterou nás staví ne zcela uspokojivé řešení pandemie koronaviru. Závěrem shrnuji základní poznatky, k nimž jsem dospěl.

2. Právo jako základ EU

Evropská unie, stejně jako Evropská společenství, je založena na mezinárodních smlouvách mezi členskými státy. Ty jsou stále „pány smluv“, jak vyplývá z ustanovení o jejich změně (čl. 48 SEU), což v neposlední řadě potvrzuje i možnost vystoupení z EU (čl. 50 SEU). Dokud jsou však státy součástí Evropské unie, jsou vázány nejen primárním právem vytvořeným základními smlouvami a jejich změnami, tedy „ústavou“¹³ Evropské unie, ale také sekundárním právem (nařízení, směrnice, rozhodnutí, čl. 288 SFEU) vytvořeným

na základě svrchovaných práv, jež členské státy přenesly na EU, a také rozsudky SDEU, který odpovídá za dodržování práva při výkladu a uplatňování Smluv (čl. 19 odst. 1 SEU). Orgány EU však musí jednat v rámci svrchovaných práv (pravomocí), která jim byla svěřena. Zda tomu tak je, může vést ke sporům zejména mezi vnitrostátními ústavními soudy a SDEU, jimž je třeba předcházet a případně je zažehnat vzájemným porozuměním. Evropská unie, stejně jako Evropské společenství,¹⁴ se považuje za „právní společenství“ nebo „právní unii“ a může existovat pouze jako taková.¹⁵ SDEU to již zdůraznil ve vztahu k EHS a potvrdil¹⁶ v souvislosti s Evropskou unií.¹⁷ V zásadním rozsudku *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* ohledně předběžné otázky stran snížení platů soudců portugalského Účetního dvora (*Tribunal de Contas*), k němuž došlo v rámci všeobecného snížení platů ve státní správě, SDEU, který se také zásadně vyjádřil k opatřením přijatým polskou vládou, objasnil souvislost s hodnotami EU uvedenými v čl. 2 SEU a zejména význam nezávislosti soudů pro právní stát jako základní hodnotu Evropské unie coby „právní unie“.¹⁸

3. EU jako společenství hodnot

Článek 2 SEU přebírá společně „zásady“ uvedené v čl. 6 odst. 1 SEU ve starém znění a prohlašuje je společně s lidskou důstojností, rovností a právy příslušníků menšin za „hodnoty“, na nichž je Unie „založena“ (první věta) a které jsou společně všem členským státům (druhá věta). Tato formulace „*kolísá mezi (chtěnou) deskripcí a preskripcí*“.¹⁹ Normativní prvek vůči členským státům je v tomto ohledu zřejmý z čl. 49 odst. 1 SEU, podle něhož je respektování a závazek prosazování těchto hodnot předpokladem pro to, aby stát mohl požádat o přijetí do EU. Vyplývá i z čl. 7 odst. 1 SEU, který upravuje předpoklady zahájení nebo pokračování sankčního řízení až po pozastavení práv včetně hlasování v Radě (odst. 3) v případě „*zřejmého závažného porušení*“ (odst. 1) nebo zjištěného „*závažného a trvajících porušení*“ (odst. 2) hodnot uvedených v článku 2. Kvůli tomuto normativnímu prvku se čl. 2 SEU označuje také jako „*ustanovení o homogenitě*“.²⁰ Právní kvalifikace a její důsledky jsou však sporné.²¹ SDEU učinil čl. 2 SEU soudně vymahatelným tím, že

¹³ Tak již SDEU, 294/83 – *Les Verts v. Evropský parlament*, ECLI:EU:C:1986:166, odst. 23 o Smlouvě o EHS.

¹⁴ Srov. již HALLSTEIN, W. Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft. In: OPPERMAN, T. *Europäische Reden*. 1979, s. 341 an.; HALLSTEIN, W. *Die Europäische Gemeinschaft*. 5. vydání. 1979, s. 51 an.

¹⁵ Srov. STREINZ, R. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft. In: *Festschrift für Detlef Merten*. 2007, s. 395 (s. 396 an.).

¹⁶ SDEU, 294/83 – *Les Verts v. Evropský parlament*, ECLI:EU:C:1986:166, odst. 23: „že Evropské hospodářské společenství je společenstvím založeným na vládě práva tohoto druhu. Členské státy ani orgány Společenství nejsou imunní vůči přezkumu toho, zda jsou jejich akty v souladu s ústavním nástrojem Společenství, Smlouvou.“ Dále např. SDEU, stanovisko 1/91 (EHP I), ECLI:EU:C:1991:490, odst. 21.

¹⁷ SDEU, C-64/16 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, odst. 31: „Unie je právní unií“.

¹⁸ SDEU (pozn. 17), odst. 32. K tomu viz rozbor rozsudku STREINZ, R. *Europarecht: Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit. Juristische Schöpfung*. 2018, s. 1016 an.

¹⁹ PECHSTEIN, M. In: STREINZ, R. (ed.). *EUV/AEUV. Kommentar*. 3. vydání. 2018, čl. 2 SEU, marg. č. 1.

²⁰ CALLIESS, Ch. In: CALLIESS, Ch. – RUFFERT, M. *EUV/AEUV Kommentar*. 5. vydání. 2016, čl. 2 SEU, odst. 7; MANGIAMELI, S. The Union's Homogeneity and its Values in the Treaty on European Union. In: BLANKE, H.-J. – MANGIAMELI, S. (eds). *The European Union after Lisbon*. 2012, s. 21 an.

²¹ Srov. například HILF, M. – SCHORKOPF, F. In: GRABITZ, E. – HILF, M. – NETTESHEIM, M. (eds). *Das Recht der Europäischen Union*, listkovnice, EL 70/2020, čl. 2 SEU, marg. č. 40, 46 an.

v čl. 19 SEU spatřuje konkretizaci hodnoty právního státu proklamovanou v čl. 2 SEU s důsledky pro vnitrostátní soudy.²²

4. Právní stát jako základ vzájemné důvěry

EU jakožto právní společenství je založeno na vzájemné důvěře, že členské státy dodržují unijní právo, tedy primární právo upravené ve Smlouvách a sekundární právo založené na zmocněních v nich uvedených (srov. čl. 288 SFEU), a uvádějí je v účinnost ve vnitrostátní oblasti. Za tímto účelem musí členské státy vytvořit nezbytné právní prostředky k zajištění účinné právní ochrany v oblastech, na které se vztahuje právo Unie (čl. 19 odst. 1 druhý pododstavec SEU). Vzájemná důvěra je základem zásady vzájemného uznávání, jež je součástí základních svobod.²³ Vzájemná důvěra a podmínky, které ji umožňují, jsou nezbytné pro tak citlivé oblasti, jako je vydání (extradice) do členských států příslušných pro azylové řízení podle dublinského nařízení a vydání do členského státu na základě evropského zatýkacího rozkazu vydaného členským státem.²⁴

5. Aktuální problémy

V konkrétním případě omezení vydání na základě evropského zatýkacího rozkazu byl problém v tom, zda je dotyčné osobě v Polsku zaručen nezbytný spravedlivý proces vzhledem ke značným pochybnostem o nezávislosti tamních soudů. To se týká jednoho z aktuálních problémů, a to ohrožení nezávislosti soudů představovaných různými opatřeními zavedenými reformou soudnictví z roku 2015, na niž navázala současná polská vláda strany PiS. O těchto opatřeních a o protiopatřeních, která přijala nebo o která usiluje Komise, zejména prostřednictvím řízení o porušení Smlouvy (čl. 258 SFEU) a o předkládání předběžných otázek, pojednává kapitola o právním státě v Polsku²⁵ zprávy Komise o stavu právního státu v Evropské unii.²⁶ Nejnověji SDEU rozhodl proti Polsku v řízení o porušení Smlouvy při uskutečňování reformy soudnictví, konkrétně ohledně složení a funkce vytvořeného kárného senátu v rozporu s čl. 19 odst. 1 druhý pododstavec SEU a čl. 267 odst. 2 a 3 SFEU.²⁷

²² SDEU (v pozn. 17), odst. 32: „Článek 19 SEU, který konkretizuje hodnotu právního státu proklamovanou v článku 2 SEU, svěřuje úkol zajistit soudní přezkum v právním řádu Unie nejen Soudnímu dvoru, ale i vnitrostátním soudům. Vnitrostátní soudy přitom ve spolupráci se Soudním dvorem plní úkol, který jim byl společně svěřen, aby zajistily dodržování práva při uplatňování a výkladu Smluv [...]. Aby zajistily účinnou soudní ochranu v oblastech, na které se vztahuje právo Unie, musí zavést nezbytné opravné prostředky (čl. 19 odst. 1 druhý pododstavec SEU), tj. stanovit systém opravných prostředků a postupů zajišťujících účinný soudní přezkum v těchto oblastech.“

²³ Viz STREINZ, R. *Europarecht*. 11. vydání. 2019, marg. č. 1005 an.

²⁴ To ilustruje rozsudek Soudního dvora o mezích povinnosti předání na základě předložení věci irským vrchním soudem v souvislosti s polským evropským zatýkacím rozkazem, SDEU (Spojené království), C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – Minister of Justice and Equality. Viz PAYANDEH, M. *Juristische Schulung*. 2018, s. 919.

²⁵ Doc. SWD (2020)320 final, s. 1–9.

²⁶ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Zpráva o právním státě 2020, COM (2020) 580 v konečném znění.

²⁷ Soudní dvůr (SDEU), C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Komise v. Polsko*. Předtím bylo vydáno předběžné opatření, kterým bylo nařízeno pozastavení činnosti kárné komise, SDEU (SDEU), C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277 – *Komise/Polsko*. Viz ad 6. 2 níže.

Různými nedostatky se zabývá zmíněná zpráva Komise EU v kapitolách věnovaných stavu právního státu ve všech členských státech.²⁸ Pro další členství státu v Evropské unii je však problematické, pokud jsou deficity způsobeny záměrně, jsou „systémové“ a ovlivňují hodnoty Unie v jejím jádru. Jak vyplývá z posledního rozhodnutí SDEU, platí to zjevně i pro soudní systém v Polsku, neboť zde je potlačována nezávislost soudů a také interakce s Evropským soudním dvorem. Zpráva o Maďarsku rovněž konstatuje známky těchto systémových nedostatků. Záměrné ohrožování nezávislosti soudů, neúčinná protikorupční opatření a potírání nezávislých médií vesměs působí negativně.²⁹ Premiér Orbán navíc prohlásil „neliberální demokracii“ za státní cíl.³⁰ I v Rumunsku³¹ je problémem zajištění nezávislosti soudů a účinný boj proti korupci. Ve všech těchto případech vyvstává otázka účinných postupů k prosazování právního státu.

6. Řízení sloužící k dodržování principu právního státu

6.1 Sankční řízení podle čl. 7 SEU

Řízení podle čl. 7 SEU, upravené Amsterodamskou smlouvou a v podstatě převzaté Lisabonskou smlouvou, stanoví sankce sahající až k odnětí hlasovacích práv v případě závažného systémového porušování hodnot uvedených v čl. 2 SEU členským státem. Bývalý předseda Evropské komise Barroso proto toto řízení označil za „*nuclear option*“.³² Ukázalo se však, že je spíše papírovým tygrem. Důvodem je skutečnost, že tato politická procedura, jejíž zahájení jakož i samotné zjištění ohrožení nebo porušení zásad právního státu a následné rozhodnutí o sankcích závisí na uvážení příslušných orgánů,³³ podléhá kontrole SDEU pouze z hlediska dodržení procesních ustanovení (čl. 269 SFEU)³⁴ a předpokládá velmi vysoké hlasovací kvorum. Například pro určení ohrožení je již v Radě vyžadována čtyřpětinová většina. Skutečnost, že k uložení sankcí stačí rozhodnutí Rady kvalifikovanou většinou, popírá fakt, že Evropská rada musí nejprve jednomyslně konstatovat porušení hodnot. Dotyčný členský stát je sice z těchto hlasování vyloučen; to však nebrání aliancím potenciálně dotčených států na recipročním základě hlasovat proti. Tomu by bylo možné čelit pouze zahájením řízení proti dotčeným státům současně, k čemuž by však bylo nutné obě řízení spojit, což smlouvy nepředvídají.³⁵ Tato nedostatečná účinnost se odráží v pomalém postupu řízení, iniciovaných v roce 2017 Evropskou komisí proti Polsku³⁶ a v roce 2018 Evropským parlamentem proti Maďarsku.³⁷

²⁸ Viz kapitoly o právním státě v Německu (SWD(2020)304 final) a v České republice (SWD(2020)302 final).

²⁹ Srov. kapitolu o situaci v oblasti právního státu v Maďarsku, dokument SWD(2020)316 final, s. 1 an.

³⁰ Srov. HALMAI, G. In: KADELBACH, S. (ed.). *Constitutional Crises in the European Union*. 2018, s. 85.

³¹ Viz kapitola o právním státě v Rumunsku, dokument SWD(2020)322 final. Stejně jako v Bulharsku i zde Komise od přistoupení v roce 2007 sleduje reformy v oblasti soudnictví a boje proti korupci v rámci mechanismu spolupráce a ověřování.

³² KOMISE EU. Zpráva o stavu Unie z 11.9.2013.

³³ PAYANDEH, M. Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip. *Juristische Schulung*. 2021, s. 481 (s. 487 an.).

³⁴ Viz PECHSTEIN, M. In: STREINZ, R. (ed.). *EUV/AEUV-Kommentar*. 3. vydání. 2018, čl. 7 EUT, marg. č. 12.

³⁵ MADER, O. Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2019, No. 11, s. 133 (s. 164).

³⁶ Návrh Komise ze dne 20. 12. 2017, COM(2017) 835 final.

³⁷ Rozhodnutí ze dne 12. 9. 2018. Žaloba podaná proti němu Maďarskem byla zamítnuta Soudním dvorem EU, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 – *Maďarsko v. Evropský parlament*.

6.2 Řízení o porušení Smlouvy

Evropská komise zahájila proti Polsku³⁸ a Maďarsku řízení pro porušení Smlouvy (čl. 258 SFEU), aby zajistila ochranu právního státu. Toto řízení lze od novely Maastrichtskou smlouvou považovat za efektivní, neboť v případě nedodržení rozsudku SDEU může být právě z důvodu tohoto porušení zahájeno další řízení, které může v případě potřeby skončit uložením penále nebo paušální částky k výkonu rozsudku (čl. 260 odst. 2 SFEU). Sám SDEU však uznává „citlivost“ tohoto řízení z důvodů nedostatečné nezávislosti soudů, neboť organizace soudů sama o sobě spadá do pravomoci členských států.³⁹ Proto zamítl návrh Komise na rozhodnutí v urychleném řízení o žalobě o porušení Smlouvy proti Polsku, ale vydal předběžné opatření⁴⁰ a věc projednal přednostně.⁴¹ Soudní dvůr konstatoval, že Polsko porušilo čl. 19 odst. 1 a 2 SEU a čl. 267 odst. 2 a 3 SFEU. Podle čl. 19 odst. 1 a 2 SEU musejí totiž členské státy poskytnout nezbytné prostředky k zajištění účinné právní ochrany v oblastech upravených unijním právem. Při výkladu čl. 19 odst. 1 a 2 SEU je třeba náležitě zohlednit čl. 2 SEU, který mimo jiné předpokládá hodnotu právního státu, a tedy i nezávislost soudů jako ústřední pilíř EU, a čl. 47 Listiny základních práv EU, který zaručuje právo na účinnou právní ochranu a nestranný soud. Omezení na oblasti, na které se vztahuje právo Unie, nezbavuje povinnosti zajistit nezávislý soudní systém obecně. V tomto ohledu SDEU správně zjistil systémové nedostatky v Polsku.⁴² Vzhledem k celkovému kontextu komplexní reformy soudnictví v Polsku, zejména v důsledku faktorů souvisejících s vytvořením kárného senátu, neposkytuje reforma všechny záruky soudcovské nezávislosti a nestrannosti. Soudci nejsou dostatečně chráněni zejména vůči přímému či nepřímému vlivu polské zákonodárné a výkonné moci. Ten zahrnuje i skutečnost, že postup jmenování soudců Nejvyššího soudu, včetně členů kárného senátu, je z podstatné části určován Národní radou spravedlnosti, tedy orgánem, který byl polskou výkonnou a zákonodárnou mocí výrazně přetvořen a jehož nezávislost může vyvolávat důvodné pochybnosti. Klasifikace obsahu soudních rozhodnutí coby kárného provinění může být využita k politické kontrole soudních rozhodnutí nebo k nátlaku na soudce s cílem ovlivnit jejich rozhodování a narušit nezávislost dotčených soudů. O kárných věcech soudců by mělo být rozhodnuto v přiměřené lhůtě a při respektování jejich práva na obhajobu.⁴³ Zjevným porušením čl. 267 odst. 2 a 3 SFEU je bránění právu a (v některých případech) povinnosti spočívající v předložení předběžné otázky SDEU i v rámci disciplinárního řízení, které platí pro polské soudy obecně. Porušuje tak jejich právo podle čl. 267 odst. 2 SFEU, v případech podle čl. 267 odst. 3 SFEU brání splnění jejich povinnosti obrátit se na SDEU, kterou nelze omezit vnitrostátním právem, „a tedy celý systém spolupráce mezi vnitrostátními soudy a Soudním dvorem, který byl zaveden Smlouvami za účelem zajištění jednotného výkladu a plného uplatňování práva Unie“.⁴⁴

³⁸ Přehled řízení o nesplnění povinnosti, které bylo v této souvislosti zahájeno proti Polsku, v tiskové zprávě Komise ze dne 31. 3. 2021.

³⁹ Přesně SDEU, C-585/18 a další, ECLI:EU:C:2019:982, odst. 75. Srov. PAYANDEH, M. *Juristische Schulung*. 2020, s. 370.

⁴⁰ SDEU, C-791/91 R, ECLI:EU:C:2020:277.

⁴¹ SDEU C-791/91, ECLI:EU:C:2021:596.

⁴² K určování systémových nedostatků v řízení o porušení Smlouvy srov. PAYANDEH, M. *Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip*, s. 487 s dalšími odkazy.

⁴³ Srov. shrnutí v tiskové zprávě Komise č. 130/21 ze dne 15. 7. 2021.

⁴⁴ Tisková zpráva Komise č. 130/21 ze dne 15. 7. 2021.

Uvidíme, zda se Polsko, jako dosud v případech, kdy SDEU prohlásil povinné odchody do důchodu a výměny soudců za odporující právu EU,⁴⁵ podřídí i tomuto rozhodnutí SDEU a návrhy na změny zákona vezme zpět. Dosavadní reakce polské vlády a zejména rozhodnutí (reformovaného) Ústavního soudu, který prohlásil předběžné opatření SDEU týkající se kárného senátu za protiústavní,⁴⁶ vyvolaly v tomto ohledu pochybnosti. Polská vláda však oznámila, že kárný senát v jeho současné podobě zruší. V případě nutnosti by bylo nutné rozsudek SDEU vymáhat prostřednictvím dalších řízení o nesplnění povinnosti vyplývajících z rozsudku SDEU a uložením paušální částky nebo penále (čl. 260 odst. 2 SFEU).⁴⁷

6.3 Řízení o předběžné otázce

Porušení zásad právního státu a zejména nezávislosti soudů bylo rovněž namítáno v řadě řízení o předběžné otázce.⁴⁸ Ačkoli zde SDEU vykládá pouze právo Unie (srov. čl. 267 odst. 1 SFEU), nepřímým způsobem poskytuje informace o slučitelnosti vnitrostátního práva s právem unijním.⁴⁹ Na tomto základě rozhoduje o konkrétním případě vnitrostátní soud, který je však zároveň vázán požadavky SDEU. V tomto ohledu se řízení o předběžné otázce liší od řízení o porušení Smlouvy a je účinnější, i když těžkopádnější.⁵⁰

6.4 Postupy vedoucí k respektování právního státu

Vzhledem k tomu, že při neexistenci možnosti vyloučení členského státu – čl. 50 SEU stanoví pouze dobrovolné a v konečném důsledku samovolné vystoupení z EU – jsou možné pouze finanční sankce, diskutovalo se o tom, zda a jak lze finančními sankcemi čelit nedostatkům v oblasti právního státu.⁵¹ V roce 2020 vedl návrh Komise na přijetí nařízení o právním státě⁵² ke kontroverzním diskusím v rámci jednání o rozpočtu EU a k hrozbě Polska a Maďarska, že neschválí víceletý finanční rámec na období 2021–2027 a související fond obnovy „nové generace EU“, z něhož bude na překonávání následků koronakrizy poskytnuto 750 miliard eur ve formě půjček a grantů. V listopadu 2020 bylo dosaženo kompromisu v podobě nařízení 2020/2092 o obecném režimu podmíněnosti pro ochranu rozpočtu Unie.⁵³ Takto vytvořený mechanismus podmíněnosti umožňuje neposkytnout

⁴⁵ SDEU, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021 (předběžné opatření) a SDEU C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531. Srov. PAYANDEH, M. *Juristische Schulung*. 2019, s. 917.

⁴⁶ Polský ústavní soud, rozhodnutí z 14. 7. 2021. Srov. tiskovou zprávu Komise EU z 15. 7. 2021. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, s. 611.

⁴⁷ Protože Polsko nesplnilo povinnosti uložené Evropským soudním dvorem týkající se kárné komise rozhodnutím z 14. 7. 2021, uložil SDEU Soudní dvůr rozhodnutím z 27. 10. 2021 penále ve výši 1 milionu Euro denně, SDEU C-2004/21 R, ECLI: EU: C:2021: 878.

⁴⁸ Viz např. SDEU C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A. B. a další v. Národní rada spravedlnosti Polska. Viz STREINZ, R. *Juristische Schulung*. 2021, s. 566.

⁴⁹ PAYANDEH, M. *Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip*, 488. Obecně STREINZ, R. *Europarecht*. 11. vydání. 2019, marg. č. 705; HALTERN, U. *Europarecht*, sv. 2. 3. vydání. 2017, bod 119 an.

⁵⁰ K tomuto rozdílu srov. STREINZ, R. *Juristische Schulung*. 2020, s. 182 (s. 183).

⁵¹ Srov. PAYANDEH, M. *Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip*, 488 s dalšími odkazy.

⁵² Doc COM (2018) 324 final.

⁵³ Nařízení (EU) 2020/2092 (Euratom), Úř. věst. L 433 I/22.

platby z rozpočtu EU členskému státu, který porušuje zásady právního státu.⁵⁴ Ačkoli toto nařízení vstoupilo v platnost 1. ledna 2021, jeho prosazování zřejmě sabotuje Evropská rada, i když v této oblasti nemá žádné pravomoci.⁵⁵ Evropský parlament chce proto přimět Komisi k aktivaci nařízení prostřednictvím žaloby na nečinnost (čl. 265 SFEU).⁵⁶

Dohled Komise EU nad dodržováním principu právního státu: kromě dosud existujících monitorovacích nástrojů zahájila Komise EU další iniciativy.⁵⁷ Patří mezi ně zejména výroční zpráva o právním státě poprvé zveřejněná v roce 2020, která obsahuje kapitoly o všech 27 členských státech.⁵⁸

6.5 Řízení před Evropským soudem pro lidská práva (ESLP)

Mimo EU, která dosud nepřistoupila k Evropské úmluvě o lidských právech (EÚLP) navzdory povinnosti vyplývající z čl. 6 odst. 2 SEU kvůli negativnímu postoji SDEU,⁵⁹ lze nápravu porušení zásad právního státu v případech souvisejících s porušením lidských práv, např. práva na spravedlivý proces (čl. 6 EÚLP), uplatňovat u Evropského soudu pro lidská práva (ESLP) ve Štrasburku prostřednictvím (zřídka podávaných) žalob států (čl. 33 EÚLP) nebo individuálních žalob (čl. 34 EÚLP). ESLP několikrát odsoudil Polsko za reformu soudnictví a potlačování nezávislosti soudů.⁶⁰

7. Společensví hodnot a národní identita

Podle čl. 4 odst. 2 první věty SEU respektuje Unie rovnost členských států před Smlouvami a jejich národní identitu, která spočívá v jejich základních politických a ústavních systémech, včetně místní a regionální samosprávy. Rovnost členských států z hlediska jejich postavení zakazuje neodůvodněné rozlišování v činnosti orgánů Unie a při zahájení řízení o porušení Smlouvy a používání čl. 7 SEU. Tím jsou chráněny zejména menší členské státy.⁶¹ Pojem „národní identita členských států“ *„hraje podle Smlouvy klíčovou roli, protože označuje základ, z něhož se v podstatě odvíjí vůle státu prosadit se“*.⁶² Za výklad práva Unie je odpovědný SDEU, ale za jeho „příslušnou“ konkretizaci prostřednictvím svých ústav odpovídají členské státy, jejichž závazný výklad je zase v kompetenci vnitrostátních ústavních soudů. Vzhledem k tomu, že jsou výslovně zmíněny politické a ústavní systémy, musí být respektovány také politické, sociální a kulturní charakteristiky, respekt k historii, kultuře a tradicím národů Unie, což je zakotveno v odst. 6 preambule SEU. Čl. 167 SFEU zdůrazňuje národní a regionální rozmanitost kultur členských států jako

⁵⁴ MADER, O. Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatverordnung. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, s. 133 (s. 135 an.).

⁵⁵ Srov. závěry Evropské rady ze dne 9. 12. 2020, dokument SN 5281/20. V tomto ohledu MADER, O. *Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatverordnung*, s. 138 an.

⁵⁶ Evropský parlament, usnesení 2021/2582 (RSP). Viz *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, s. 564.

⁵⁷ Srov. PAYANDEH, M. *Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip*, s. 489 s dalšími odkazy.

⁵⁸ Doc COM(2020) 580 v konečném znění.

⁵⁹ SDEU, Posudek 2/13, ECLI:EU:C:2014:2554 (ECHR II).

⁶⁰ ESLP, Rozsudek ze 7. 5. 2021, Stížnost č. 4907/18; Rozsudek z 8. 11. 2021, Stížnost č. 49868/19, 57511/19.

⁶¹ STREINZ, R. In: STREINZ, R. (ed.). *EUV/AEUV. Kommentar*. čl. 4 SEU, marg. č. 13.

⁶² SCHILL, S. – KRENN, Ch. In: GRABITZ, E. – HILF, M. – NETTESHEIM, M. (eds.). *Das Recht der Europäischen Union*. EL 65/2018, čl. 4 SEU, odst. 14.

zvláštní hodnotu charakterizující Evropu. SDEU uznal vnitrostátní ústavní principy proto, aby odůvodnil specifická, tj. individuálně odchylná omezení základních svobod vnitřního trhu,⁶³ a v některých rozsudcích výslovně odkázal na čl. 4 odst. 2 SEU.⁶⁴ To odpovídá úkolu SDEU coby „ústavního soudu“: udržovat rovnováhu mezi Unií a členskými státy.⁶⁵

Konfliktní situace, které zde mohou vzniknout, lze ilustrovat na nedávném příkladu. V případě *Adriana Comana* šlo o to, zda a do jaké míry musí být „manželství“ uzavřené v jiném členském státě (Belgii) mezi Rumunem (Comanem) a Američanem (Hamiltonem) podle belgického práva uznáno ve státě původu Comana (Rumunsku). Rumunské právo uznává jako „manželství“ výhradně pouze svazek muže a ženy a výslovně zakazuje manželství osob stejného pohlaví. Velký senát SDEU se na základě žádosti rumunského Ústavního soudu správně vyhnul definici pojmu „manželství“ v právu Unie, ale – rovněž správně – potvrdil⁶⁶ právo pobytu páru, a tedy i státního příslušníka třetího státu, jako právo odvozené od práva občana Unie na volný pohyb ve spojení s právem na rodinu zaručeným Listinou základních práv EU. Jinou otázkou však je, zda by se podle rumunských zákonů mělo k těmto sňatkům přistupovat stejně jako ke „skutečným“ manželstvím, čehož se kritici rozhodnutí obávají. Skutečnost, že SDEU výslovně zdůrazňuje právo na pobyt a nepovažuje to za ohrožení identity ústavy, které se Rumunsko dovolává, by však mohla naznačovat zdrženlivost, která je v tomto ohledu nutná. Zda tomu tak skutečně je, se teprve ukáže.

8. Zvláštní úkoly spojené s pandemií koronaviru SARS-CoV-2

Pandemie koronaviru postavila Evropskou unii před zvláštní výzvy, s nimiž se vypořádala jen nedostatečně. Nedostatky ve společném nákupu vakcín a zavedení hraničních kontrol jsou jen dva příklady. To vyvolává otázku optimalizace rozdělení pravomocí mezi Unií a členskými státy. Byl zahájen gigantický společný program k řešení škod způsobených koronavirem v členských státech, který se však neomezuje pouze na ně a vyvolává otázky (pochybného) právního základu i otázky navazující, zejména možné zásadní změny hospodářské a měnové unie směrem k fiskální unii, včetně unie přenesené odpovědnosti.⁶⁷ Uvidíme, zda kombinace individuální odpovědnosti, solidarity a podmíněnosti bude úspěšná. To by však bylo na samostatné téma. Pokud jde o společenství hodnot, kterým se zde zabýváme, jsou sporné překážky, které členské státy nikoli bezdůvodně kladou vymínování právního státu, tj. vázání přidělování finančních prostředků z rozpočtu EU na dodržování právních požadavků Unie na právní stát.⁶⁸ Dodržování zásad právního

⁶³ Srov. např. rozsudek SDEU, C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, odst. 33 an.

⁶⁴ Srov. např. rozsudek SDEU, C-208/09, *Ilonka Sayn*, ECLI:EU:C:2010:806, odst. 92. Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien. Srov. k tomu a dalším důkazům STREINT, R. In: STREINZ, R. *EUV/AEUV. Kommentar*, čl. 4 SEU, marg. č. 19.

⁶⁵ Srov. STREINZ, R. Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 2010, Vol. 135, s. 1 (27).

⁶⁶ SDEU (velký senát), rozsudek v. 5. 6. 2018, C-673/16, *Coman a Hamilton*, ECLI:EU:C:2018:385.

⁶⁷ Viz MEYER, D. Neues Eigenmittelsystem weist in eine Fiskalunion. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, s. 16–22; RUFFERT, M. Europarecht für die nächste Generation. zum Projekt Next Generation EU. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2020, 39. Jhrg., s. 1777–1780; NETTESHEIM, M. „Next Generation EU“: Die Transformation der EU – finanzverfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 2020, Jhrg. 145, Hf. 3, s. 381–437; HEY, J. Das Einnahmesystem der Europäischen Union: neue Steuern als neue Eigenmittel? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2021, s. 277–286.

⁶⁸ Viz výše 6. 4. Srov. také PAYANDEH, M. *Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip*, s. 488 an.

státu, zejména nezávislosti a nestrannosti soudů, je totiž nezbytné pro společenství hodnot, jak se předpokládá v čl. 2 SEU, zejména proto, že na něm závisí i nezbytná vzájemná důvěra. A zkušenosti ukazují, že samotný finanční tlak je v tomto ohledu příslibem úspěchu.

Závěr

„Jednota v rozmanitosti“ je mottem Evropské unie stanoveným ve Smlouvě o ústavě. Udržení správné rovnováhy mezi chápáním EU jako společenství založeného na právu a hodnotách (čl. 2 SEU) a zároveň respektováním národní identity členských států (čl. 4 odst. 2 SEU) je trvalým úkolem. Problémy Unie označil tehdejší předseda Komise Juncker za „polykrizi“, jejíž prvky se bohužel ukazují jako aktuální, zejména v kombinaci s důsledky pandemie koronaviru. Pro právní společenství je nezbytné zachovat princip právního státu v EU a ve všech jejích členských státech. To je totiž základem vzájemné důvěry na vnitřním trhu a v prostoru svobody, bezpečnosti a práva. Proto je třeba vytvořit účinnější postupy pro dodržování zásad právního státu, zejména nezávislosti soudů, má-li Unie nakonec zůstat úspěšným projektem.

Případ polské Národní rady spravedlnosti a jejího kárného senátu ukazuje, že zajištění soudcovské nezávislosti patří k nedotknutelným prvkům unijněprávního principu právního státu, ohledně něhož panuje v Evropské unii zásadní jednota. Rumunský případ *Coman* je příkladem rozmanitosti přístupů členských států k pojmu manželství. Rozhodování o tomto případě však vyžaduje jednotu ohledně výkladu práva pobytu unijních občanů a jejich příslušníků na území členských států.

V polském případě se ukazuje neúčinnost klasického sankčního systému v čl. 7 SEU, jenž by měl svojí konstrukcí „kaskády“ být adekvátním nástrojem vynucení povinnosti dodržování principu právního státu členským státem. Z teoretického hlediska se zdá být sankční systém spočívající v jakési „komplementární“ funkci nařízení o ekonomické podpoře členských států spornou náhražkou řádného unijněústavního řízení. Uvedené nařízení, podle něhož každý členský stát má právní nárok na plnění ze strany EU, není totiž svým účelem kauzální k porušení základních povinností členského státu.

RECENZE

Suchoža Jozef. Výber z diela a myšlienok. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Právnická fakulta, 429 s.

Publikace¹ vychází při příležitosti 90. narozenin doyena nejen košické fakulty, ale současně i celého oboru obchodního práva. Jubileum *prof. Suchoži*, mezi jehož zásluhy patří i trvalá podpora spolupráce mezi slovenskou a českou právní vědou, ostatně připomněl i časopis *Právnik* laudatiem² uveřejněným v čísle 9/2021.

Zde recenzovaná publikace ovšem není pouhou poctou, je to důležitý publikační počín košické katedry obchodního a hospodářského práva, jenž je současně i důkazem toho, že jubilant ve svém oboru nejenom dobře vychoval své žáky, ale že svou celoživotní vědeckou a pedagogickou činností navázal i řadu přátelských a kolegiálních vazeb, které trvají dodnes. Výběr textů provedli členové katedry *prof. JUDr. Ján Husár, CSc.*, a *doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.*, tak, že do jednoho svazku soustředili texty již dříve publikované, a tedy dnes již ne úplně snadno dostupné, a uspořádali je samozřejmě nikoliv chronologicky, nýbrž obsahově. Úplný chronologický přehled publikací *prof. Suchoži* podává na stranách 419–429 bibliografie, o kterou je publikace též doplněna. Z tohoto bibliografického přehledu je patrný nejenom jubilantův celoživotní „tah na branku“ v obdobích dramatických politických, ekonomických a sociálních změn, ale především jeho celkový záběr, který nezřídka přesahoval obory obchodního či občanského práva, včetně nezpochybnitelného přínosu k obsahu univerzitního právnického studia a výuky práva vůbec.

S ohledem na dlouhodobé působení autora jako vysokoškolského učitele práva, a zabývajícího se otázkami organizace právnického studia samozřejmě i mimo půdu vlastní fakulty, je zde přirozeně část IV. – *Otázky právnického studia*. Ta obsahuje dvě studie,³ obě psané příležitostně: První ke 35. výročí vzniku košické právnické fakulty, druhá pro sborník ke 150. výročí časopisu *Právnik*. Právnické studium samozřejmě vychází ze stavu vědeckého poznání jednotlivých právovědních disciplín, jako samostatnou otázku však autor vidí organizační a obsahovou skladbu studia do oborů, bloků apod. Zejména ve středoevropském prostoru je právnické studium tradičně vnímáno a koncipováno jako vzdělání univerzitní ve smyslu vzdělání právnický univerzálního, tedy nikoliv orientovaného „stavovsky“ podle představ a požadavků jednotlivých právnických povolání, je zde tedy i cosi jako ustálená představa o standardní výbavě absolventa práv, která zahrnuje nejen zvládnutí rozhodujících pilířů vlastního platného práva, ale i historických a teoretických kontextů. Profesionálně všestranný právník s širším rozhledem je schopen reflektovat potřeby a specifika toho kterého segmentu právní praxe, i osvojovat si nové právní instituty.

¹ Prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc. *Výber z diela a myšlienok*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, Právnická fakulta, 429 stran, ISBN: 978-80-574-0034-9 (publikace je neprodejná, vyšla nákladem 70 kusů).

² Viz Profesor Suchoža devadesátiletý. *Právnik*. 2021, č. 9, s. 779–786, případně též laudatio dřívější viz Pětaosmdesáté narozeniny profesora Jozefa Suchoži. *Právnik*. 2016, č. 9, s. 785–786.

³ Viz a SUCHOŽA, J. Úvahy o práve a jeho výučbe. *Acta Iuridica Cassoviennsia*, 2009, č. 26, s. 154–163, a SUCHOŽA, J. Vplyv časopisu *Právnik* na vznik a rozvoj slovenského vysokoškolského právnického štúdia. In: *Právo a stát na stránkách Právníka: 150 let českého právnického časopisu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 165–179.

Právě tato část publikace nejlépe připomíná autorovu významnou činnost pedagogickou, neboť sám opakovaně tvrdil, že velmi rád učí, protože učení a diskuse se studenty jsou pro něj jedním ze základních zdrojů inspirace. Jeho badatelská orientace na obecnější otázky organizace a výuky práva tak byla zcela logická.

Této závěrečné části pak předchází část III., věnovaná rozhodčímu řízení.⁴ To opět ob-
ráží další autorův směr působení v praxi, totiž rozhodce. Rozhodčí řízení, jak autor uvádí „nepozorovaně“, vzniklo historicky jako určitý doplněk procesního práva upravujícího obecné sporné řízení před obecnými soudy a až teprve nedávno se na našem území stalo předmětem právní úpravy v rakouském a skoro souběžně i uherském civilním právu procesním (1895, respektive 1911). Jakkoli je jasné a obecně platné, že pro rozhodcovské rozhodování je směrodatná obchodní smlouva a ustálená obchodní zvyklost, jsou zde vždy dva problémy, a oběma z nich je v knize věnována odpovídající pozornost: Jednak určení rozhodného práva, je-li ve sporu přítomen prvek mezinárodní, a dále zda v daném případě je i možnost (a limity takové možnosti) rozhodovat *ex aequo et bono*.

Oborově nejzajímavější jsou ovšem obě části zařazené do začátku publikace, které také tvoří zdaleka největší část rozsahu publikace, tak jak to i odpovídá proporcím toho, kam se věcně zaměřuje autorův odborný zájem. Ty jdou po sobě ovšem už historicky.

Kapitola I. se věnuje hospodářskému právu, tedy té disciplíně právní vědy, kterou se autor zabýval původně a které věnoval většinu svého vědeckého života. Zde je užitečné našemu čtenáři připomenout, že obor hospodářské právo na Slovensku – na rozdíl od nás – nevyrazil se skončením účinnosti Hospodářského zákoníku. Pěstuje se a vyučuje v podobném půdorysu jako v Německu *Wirtschaftsrecht*: Veškeré veřejnoprávní aspekty hospodářského života, včetně subjektů, které nejsou obchodními společnostmi. Spadá sem tedy živnostenské právo, veřejné rejstříky, hospodářská soutěž, veřejné zakázky...⁵ Ve zde recenzované publikaci ovšem nejde o statě o hospodářském právu v nynějším smyslu, nýbrž se jedná o texty z let 1982–1989; tedy z doby, kdy hospodářské právo bylo oborem upravujícím vztahy při tehdy plánovitém řízení národního hospodářství. Autor zde mimo jiné podává pro dnešního čtenáře nikoliv běžný přehled vůbec o genezi plánovitého hospodářství počínaje opatřeními při překonávání válečného hospodářství, včetně institucionálního vývoje při zavádění prvků plánovitosti v období 1945–1948. Autorovy texty jsou ovšem ze závěrečného období fungování plánovitého hospodářství, kdy doba jeho zavádění už byla vnímána jako fáze pradávna, a tehdy aktuálně tedy vůbec nešlo o nějaké potvrzování nebo zpevňování plánovacího systému – to jen pragmaticky bylo nutné používat podobnou rétoriku. Ve skutečnosti zde byl právě naopak univerzální konsens v tom, že účelnou nutností je ne snad plánování odstranit, ale určitě překonat jeho rigiditu a poskytnout hospodářským subjektům prostor svobody, jímž logicky je trh. Což se samozřejmě realizuje smluvními prostředky, a všechny tři zde zařazené statě *prof. Suchoží* se proto nikoliv náhodou věnují obligační části tehdy platného hospodářského práva.

Ty nejzásadnější příspěvky pak samozřejmě jsou k nalezení v části II. – *Teoretické otázky obchodního práva*. Zde je celkem třináct statí věnovaných aktuálnímu obchodnímu právu na Slovensku, které vzhledem ke společnému rodokmenu oboru mají význam

⁴ U tří z celkem čtyř sem zařazených statí je spoluautorkou doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

⁵ Významné je učebnicové zpracování PATAKYOVÁ, M. – MAMOJKA, M. – DURAČINSKÁ, J. *Hospodárske právo 1 a 2*. Bratislava, 2019.

i pro nás. Začínají statí uveřejněnou v časopisu Právny obzor⁶ už v jeho čísle 4/1992, autor tak provedl jednu z úplně prvních teoretických reflexí tehdy zcela nového federálního kodexu účinného od 1. 1. 1992. Autor tehdy nový kodex nesporně vítá, i když skepticky nepovažuje za úplně samozřejmé to, nakolik nový zákon splní očekávanou roli v reálných ekonomických vztazích a v právním postavení podnikatelských subjektů. Nesnaží se jej na daném malém prostoru komentovat, ale více se zaměřuje na historické ukotvení a zabývá se i tím, nakolik zrušení dřívějšího obchodního zákoníku v roce 1950, tedy změna platného československého práva, znamená skutečnou diskontinuitu mezi dřívějším a nově kodifikovaným obchodním právem, či zda snad i v období administrativně-centralistického systému řízení můžeme hodnotit věc tak, že zde přetrvával relativně autonomní systém závazkového práva mezi hospodářskými subjekty přes to, že nebyly majetkově samostatné.

Systémové úvahy o vývoji slovenského obchodního práva pak samozřejmě mohly následovat až s nějakým časovým odstupem. Zde se pak autor zamýšlí např. nad tím, že obchodní právo svým obsahem a vývojovými tendencemi nepříliš potvrzuje, že by se dalo skutečně zařadit podle klasického dělení práva na soukromé a veřejné – vždyť už merkantilismus představoval cílevědomá opatření k podpoře obchodu, čili vlastně hospodářskou politiku státu (s. 139). Cenné úvahy o veřejnoprávních aspektech jsou soustředěny do statí, jejíž obsah je daleko širší než její název *Vztah práva a ekonomiky v období krizových situací v národním hospodářství*. I tak je ale z celého obsahu části II. recenzované knihy zřejmé, že těžiště autorova zájmu skutečně leží v těch oblastech obchodního práva, které dlužno bez váhání zařadit do sféry obchodního práva se soukromoprávním charakterem úpravy – náhrada škody, obchodněprávní odpovědnost, obchodní smlouva.

Připomeňme, že Slovenská republika ponechala v platnosti obchodní zákoník č. 513/1991 Zb., jenž ovšem podlehl četným a různě rozsáhlým novelizacím.⁷ Už jenom proto je pro našeho čtenáře zajímavé sledovat vývoj oboru na Slovensku, když si můžeme trochu představovat, že velmi podobným způsobem by se byl obor vyvíjel i u nás, kdyby nedošlo k celkové rekodifikaci soukromého práva.

Vědecká autorita *prof. Suchoži* byla a je obecně uznávána. Recenzovaná publikace tak výstižně připomíná nejenom to, že *profesor Suchoža* patří k předním představitelům právní vědy, jehož díla byla a jsou podstatným přínosem ke konstituování slovenského obchodního práva, včetně dosud neukončené rekodifikace práva soukromého, ale také to, že svou celoživotní cestou pozitivně ovlivnil generace svých studentů a následovníků.

Jan Bárta* – Ján Matejka**

⁶ SUCHOŽA, J. Úvahy o obchodním práve. *Právny obzor*. 1992, č. 4, s. 297–311.

⁷ Z nich zatím poslední je účinná od 28. 12. 2021, a je to novelizace detailní, přidávající jeden paragraf a s významem jen dočasným – jakési opatření v obchodním rejstříku použitelné jen do 31. 1. 2021; tedy z našeho hlediska asi bez teoretického významu.

* JUDr. Jan Bárta, CSc. Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: barta@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1221-9002>.

** JUDr. Ján Matejka, Ph.D. Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: matejka@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0051-2754>.

Honč Petr. Spojenci i rivalové. Církev a stát v době platnosti solní smlouvy (1630–1782). Praha: Argo, 2021, 276 s.

Na sklonku roku 2021 v edici *Každodenní život* nakladatelství Argo vyšla monografie Petra Honče *Spojenci i rivalové, Církev a stát v době platnosti solní smlouvy (1630–1782)*. PhDr. Petr Honč, Ph.D., vystudoval historii a latinu na Filozofické fakultě Univerzity Karlovy (Mgr., PhDr.) a církevní dějiny na Katolické teologické fakultě téže univerzity (Ph.D.). V současnosti působí jako přednosta Ústavu jazyků 3. lékařské fakulty Univerzity Karlovy a jako výzkumný pracovník Univerzity Hradec Králové.

Recenzovaná kniha vychází z jeho disertační práce *Praha mezi Vídní a Římem: Solní smlouva a správa cassa salis v letech 1630–1782*, kterou sepsal pod vedením prof. PhDr. Tomáše Petrálky, Ph.D., Th.D., a úspěšně obhájil v lednu 2018.¹ Monografie obsahuje předmluvu školitele, prolog, čtyři vnitřně členěné kapitoly – 1) Úvod do problematiky, 2) Hmotné zabezpečení katolické církve v Čechách, 3) Církev a stát v letech 1630–1710, 4) Církev a stát v letech 1711–1782, závěr, přílohu, poznámky, seznam použitých zkratk a použitých pramenů, anglické shrnutí a jmenný rejstřík.

Honč čerpá z bohatství římských archivů, zejména Historického archivu Propagandy víry a Vatikánského apoštolského archivu, které, ač nejsou nepřístupné, jsou tuzemskými badateli využívány v menší míře. Studoval též v archivních fondech ve správě 1. oddělení Národního archivu, Archivu Pražského hradu a Obecného správního archivu Rakouského státního archivu ve Vídni. Neopomíná rovněž reflexi předchozího bádání, jehož předmětem byla solní smlouva (s. 27–33).

Solní smlouvu zmocnenci císaře *Ferdinanda II.* a papeže *Urbana VIII.* slavnostně podepsali 8. března 1630 ve Vídni, jak dlouhá cesta však k tomuto aktu vedla! Po porážce stavovského povstání v roce 1620 započala jednání mezi císařským dvorem a katolickou církví o navrácení nemovitého majetku, který byl církvi v Čechách odcizen v průběhu husitských válek i během dlouhého období, které po nich následovalo.

Po rozsáhlých jednáních vedených v letech 1624–1630, v nichž se důraz postupně přesouvá od restituce předmětného majetku ke kompenzaci za jeho krádež, se vyjednávají, z nichž na církevní straně vyniká mladý kardinál *Arnošt Vojtěch z Harrachu*, arcibiskup pražský, dohodli, že náhrada, kterou církev obdrží, se bude čerpat ze solního regálu. Honč podrobně popisuje korespondenci vedenou mezi Kongregací pro šíření víry (*Congregatio de Propaganda Fide*, odtud Propaganda), apoštolskou nunciaturou ve Vídni, arcibiskupem pražským a jeho kapucínskými poradci, císařským dvorem a jeho jezuitskými poradci, jakož i českou politickou reprezentací a rozplétává tak složité vztahy, které tyto instituce pojily. Čtenáře 21. století, který sleduje data jednotlivých dopisů, nepochybně udiví, jak svižný byl úřední styk v tehdejší Evropě.

¹ Z přípravných prací k této disertaci upozorňují na články HONČ, Petr. Solní smlouva a správa cassa salis v letech 1630–1710. *Folia Historica Bohemica*. 2016, roč. 31, č. 2, s. 169–197; HONČ, Petr. Právněhistorické aspekty solní smlouvy. *Revue církevního práva*. 2017, roč. 23, č. 2, s. 63–77; HONČ, Petr. Praha mezi Vídní a Římem. Správa cassa salis v letech 1711–1782. *Folia Historica Bohemica*. 2018, roč. 33, č. 2, s. 423–460.

Solní smlouvou, ratifikovanou v roce 1633, císař *Ferdinand II.* jako český král jménem svým a všech svých nástupců na trůně postoupil Apoštolskému stolci věčný roční příjem 15 krejcarů z každé prostice soli, která se doveze do Českého království, a to „*k užítku katolické církve a všeho kléru v Českém království*“ (Moravy, Slezska a vedlejších zemí Koruny české se smlouva netýkala). Papež *Urban VIII.* se vůči císaři jménem svým a všech svých nástupců na Petrově stolci zřekl všech odcizených statků, které náležely před vládou *Rudolfa II.* katolickým diecézím a řeholním řádům vyjma maltézských rytířů, kteří se těšili mezinárodněprávní subjektivitě (s. 75). Správou prostředků, které na základě solní smlouvy náležely Apoštolskému stolci, byla pověřena solní pokladna (*cassa salis*), která svou činnost zahájila 1. března 1630.

Jádro recenzované práce spočívá právě v popisu správy solní pokladny během episkopátů kardinála *Harracha* a jeho nástupců až do arcibiskupa *Antonína Petra z Přířovic* v době začátku samostatné vlády *Josefa II.* Po „událostním dějepisí“, týkajícím se uzavření smlouvy, následuje popis „nových kulturních dějin“ správy pokladny. Papež coby vlastník solního výnosu a nejvyšší správce církevního majetku správou *cassa salis* pověřil Propagandu, která běžnou správu svěřila arcibiskupovi pražskému a dvěma kanovníkům metropolitní kapituly u sv. Víta, kteří ji měli vykonávat podle instrukcí zasílaných kongregací. Dennodenní správu vykonávali vybraní úředníci konsistoře – po většinu 17. století příslušníci rodiny *Javornických*.

Solní pokladna v průběhu prvních desetiletí své činnosti přispívala mužským řeholním řádům, ale poskytla též velkou část majetkového zázemí nově zřízeným biskupstvím litoměřickému a královéhradeckému, které za svůj vznik vděčí právě *cassa salis*. Solní pokladna jednorázově přispěla též metropolitní kapitule a arcibiskupskému semináři. Žádosti o podporu zasílal ke schválení do Říma arcibiskup pražský.

Samostatnou kapitolu představují zápůjčky panovníkům, kteří byli vzhledem k mimořádným výdajům na vojenské účely v permanentní finanční tísní a peníze hledali, kde se dalo. Tyto zápůjčky nebylo možné z politických důvodů odmítat, a proto se Propaganda snažila podobným žádostem předcházet tím, že nutila arcibiskupy, aby volné prostředky solní poklady investovali do nemovitých statků. Když už na zápůjčku přece jenom došlo, panovníci se většinou dobrovolně zavázali k placení šestiprocentního úroku, který byl v Českém království obvyklý. Navzdory morálnímu dilematu, kterým zpočátku Apoštolský stolec trpěl, se v pozdějším období staly úročené zápůjčky výnosným doplňkem investic do nemovitostí (s. 91–92).

Správa svěřených prostředků se však neobešla bez obtíží. *Petr Honč* podrobně líčí případ zpronevěry prostředků uložených v solní pokladně, které se dopustil *Vilém Zumacker*, muž nejasné minulosti, jenž se počátkem 30. let 17. století stal vysokým úředníkem Arcibiskupství pražského. Záhy získal pověst statečného obránce víry, když v letech 1631–1632 bránil arcibiskupský palác před saským vpádem. Když však byla v roce 1634 v obavě před sasko-švédským vpádem veškerá hotovost solní pokladny převezena do Vídně, všechny klíče od tří zámků prázdné pokladny byly předány *Zumackerovi*, který zůstal i přes hrozící vpád v Praze.

Hbitě nechal zhotovit duplikáty, a v následujících letech zpronevěřil na sedm tisíc zlatých. Když se *Harrach* v roce 1637 jal sepisovat vyúčtování solních peněz za rok 1635, které dlužil Propagandě, zjistil schodek, který se nepodařilo vysvětlit. *Harrachův* komorník 6. března 1637 rozhodl, že všichni držitelé klíčů se společně podívají do pokladny a spočítají hotovost. *Zumacker* „*přítomným oznámil, že si musí zajít do svého pokoje pro klíč,*

at' jdou zatím napřed". Vystoupil do nejvyššího patra Arcibiskupského paláce, na okenní rám položil svůj klíč a měšec s několika zlatými mincemi, a vyskočil z okna (s. 102).

Jelikož Plzeň, město určené pro třetí „solní“ biskupství, tuto poctu odmítlo, Propaganda na samém konci 17. století svolila k rozdělení solní pokladny na hlavní pokladnu (*cassa generalis*) a farářskou pokladnu (*cassa parochorum*). Právě z farářské pokladny, jejímiž prostředky disponoval arcibiskup podstatně volněji, se měla hradit rekonstrukce farní sítě, která byla ještě na počátku 18. století ve zbídačeném stavu. *Petr Honč* snad jako první podrobně popsal řízení, jehož předmětem bylo zřizování (obnovování) farností v Čechách. Patron v žádosti podané arcibiskupovi vysvětlil důvody pro udělení podpory z farářské pokladny, načež konsistoř za pomoci místně příslušného okrskového vikáře prošetřila situaci na místě samém a ve zprávě pro arcibiskupa zhodnotila, zda je podpora na místě, případně v jaké výši; samozřejmě se předpokládala patronova spoluúčast, a to minimálně ve výši 50 %, aby později nedocházelo ke sporům o patronátní práva. Podpora se vyplácela na základě dekretu, který vlastnoručně zhotovil arcibiskup. Poté bylo zapotřebí zpracovat dokument, který popisoval hmotné zabezpečení nového faráře vč. přidělené podpory z *cassa parochorum*. Patron poté tento dokument podepsal a opatřil svou pečeti, načež byla listina vložena do erekcčních knih arcibiskupské kurie a zanesena do zemských desek (s. 135–136).

Po nástupu císaře *Karla VI.* na trůn se však poměry mění. Stát si dělá čím dál tím větší záľusk na solní pokladnu, do níž se nezděrá sáhnout pokaždé, když je na mizině. Státní úřady se snaží získat přehled o stavu solní pokladny (s. 145). V této době se stal stát největším dlužníkem *cassa salis*, přičemž pohledávku za ním se správci nedařilo navzdory papežské diplomacii vymoci. Za vlády dcery *Karla VI. Marie Terezie* se nátlak státu na církev zostřuje. Panovnice se svým synem-spoluvládcem po boku přijímá jedno proticírkevní opatření za druhým, postupně znemožňuje vizitace nunciů a styk mezi Arcibiskupstvím pražským a Římem tak chabne. Stejně tak ochabuje i kontrola katolické církve nad prostředky solní pokladny.

Císařovna si vymohla právo schvalovat žádosti o pomoc z prostředků *cassa salis*, přičemž arcibiskup pražský, který jde panovnici „na ruku“, posílá žádosti přímo papeži a snaží se tak obejít Propagandu. Apoštolský stolec v této době již o použití vlastních peněz nerozhoduje, mohl pouze odmítnout tři z podaných žádostí, které mu byly předloženy (s. 170–171). Dílo zkázy dokonala *Josef II.* v roce 1782, kdy podle dvorského dekretu správu solní pokladny přebíral Komorní platební úřad (s. 173). Zestátnění solní pokladny, rušení klášterů, zavírání kostelů, vytvoření zemských náboženských fondů... tyto tereziánsko-josefínské „osvěcenské“ manýry ve 20. století za své přijal i komunistický režim.

Hončově monografii lze stěžít co vytknout. Při pozorné četbě poznámkového aparátu jsem si všiml, že v poznámce č. 193 na s. 208 vážíci se ke druhé kapitole je nesprávně citována kniha *Jiřího Rajmunda Tretery a Záboje Horáka Konfesní právo* z roku 2015, která je uvedena pod názvem *Kanonické právo*. Zajisté jde o záměnu s knihou *Kanonické právo Antonína Ignáce Hrdiny* z roku 2011, kterou *Honč* rovněž cituje. Vzhledem k odkazu na s. 108–112 lze bezpečně usuzovat, že měl na mysli *Konfesní právo Tretery a Horáka*, poněvadž na těchto stránkách v citované publikaci nalezneme popis jednání o nové konkordátní smlouvě a výklad obsahu neratifikované konkordátní smlouvy z roku 2002.

Dále jsem narazil na jedno drobné zaškrbnutí na s. 143, kde autor píše o trestech, „jimiž kanonické právo sankcionuje ty, kdo se dopustí zcizení církevního majetku“. Nezřídka se stává, že neprávnické zaměňují „zcizení“ za „odcizení“, případně neutrálnímu pojmu

„zcizení“ přikládají negativní význam. Proto by bylo vhodnější psát o trestech pro ty, kdo se dopustí „neoprávněného zcizení církevního majetku“. Věnuji-li však celé dva odstavce podrobnému rozboru těchto dvou drobných chyb, je tomu tak proto, abych upozornil na mimořádně vysokou kvalitu *Hončovy* knihy.

Vezmeme-li v potaz, jaké emoce ve veřejném prostoru dodnes vyvolávají události 17. století (bitva na Bílé hoře, staroměstská exekuce, vztyčení Mariánského sloupu), nelze než ocenit, že témata, která *Petr Honč* přináší, jsou zpracována věcným způsobem, po důkladném studiu pramenů. Vezmeme-li v potaz události podstatně aktuálnější, zejména emoce, které ve veřejném prostoru vyvolávala jednání o zákoně o majetkovém vyrovnání, nelze než vyzdvihnout autorovo úsilí, jímž zpřístupňuje klíčové události (uzavření solní smlouvy) i dlouhé procesy (správa solní pokladny), které předcházely vzniku zemských náboženských fondů (potažmo Náboženské matice) a s problematikou majetkového vyrovnání proto úzce souvisejí.

Kniha *Spojenci i rivalové Petra Honče* představuje dílo trvalé hodnoty, z něhož budou nepochybně čerpat další pokolení historiků „obecných“ i církevních, právních historiků i dalších právníků.

Adam Csukás*

* JUDr. Adam Csukás, Ph.D. Ústřední církevní kancelář Českobratrské církve evangelické. E-mail: csukas@e-cirkev.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7672-8127>.

On the Extra-Legality of Emergency Governance

Jakub Dienstbier (<https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>)

Abstract: The article deals with the question of whether emergency governance takes place within the sphere of law or whether it is a purely non-legal phenomenon. The article addresses this issue in three parts. The first part summarizes the dispute about the essence of law in the theory of emergency governance. Conclusion of this part is that the individual approaches of emergency government's academics depend on the respective conclusions of individual legal-theoretical and legal-philosophical directions. For this reason, the article chooses the normative institutionalism of Ota Weinberger and Neil MacCormick as its theoretical basis, enriched with observations by Scott Shapiro's Planning Theory of Law. The second part of the article therefore evaluates the concept of non-lawfulness (extra-lawfulness) from the positions of these theories, concluding that the concept of non-lawfulness (extra-lawfulness) is in fact dual – non-lawfulness in the simple sense and non-lawfulness in the qualified sense (extralegality). The third part of the article is then devoted to the simple non-lawfulness of emergency governance, specifically the critique of the so-called exceptionalist decisionism in the interpretations of the works of Carl Schmitt and Giorgio Agamben, as well as the so-called exceptionalist republicanism. Attention is also paid to the issue of so-called legal black holes. With all these approaches, the article concludes that they are not able to fully defend the essential simple non-lawfulness (extra-lawfulness) of emergency governance. After that, the article presents additional arguments against the understanding of emergency governance as completely extra-legal. Firstly, the article shows the general impact of practical information on human behavior, including emergency governance. The article then concludes that the non-lawfulness (extra-lawfulness) of emergency governance is not acceptable for a systemic approach to law. Finally, the article rejects the non-lawfulness (extra-lawfulness) of emergency governance by pointing to the institutional reality of law, especially in view of our historical experience with emergency governance and the current institutional reality.

Keywords: emergency governance, emergency government, states of emergency, law, lawfulness, legality, extralegality, normative institutionalism, Carl Schmitt, constitutional republicanism

Is the Question of the Sorites Paradox Relevant to Law?

Linda Tvrdíková (<https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>)

Abstract: In legal practice, there is often talk of the vagueness or indeterminacy of the language or the law itself. It is therefore not surprising that legal theory is also concerned with these issues. Perhaps the most respected theorists currently addressing vagueness in law are Timothy Endicott and Scott Shapiro. What the two have in common is that they have focused a fair amount of attention on the so-called sorites paradoxes. In this text, we will point out that the sorites paradox is not so relevant to law, and that vagueness and indeterminacy in law is caused more by other phenomena. Thus, the aim of the text is to show that the pile paradox is not so relevant to law and does not have as far-reaching an impact as Endicott claims. In order to prove our thesis, we will first focus our attention on the pile paradoxes themselves, where, within philosophy as well as logic, these have been studied in detail, as Endicott and Shapiro follow up, and various solutions to these paradoxes have been proposed. We will point out that these paradoxes, are not so relevant to law. This will lead to the second part of the text, where we will introduce other sources of vagueness and indeterminacy and argue that it is these other sources, such as open texture, family resemblance, and multi-dimensional polysemy that cause law to be vaguer and more indeterminate. Following this, we will address the question of what actually happens in the interpretation and application of law in these cases. We will argue that lexical wars are authoritatively adjudicated here, but where the judge does not act as Humpty Dumpty, but his decision is constrained by the rules that previous interpreters have participated in shaping, and is also his responsibility for co-creating concepts for future interpretations.

Keywords: sorites paradox, indeterminacy, vagueness, lexical warfare, language game

Lloyd vs Google or does a Plain Breach of a Person's Informational Privacy have Harmful Consequences, and must such a Breach always be Harmful?

Jakub Vostoupal (<https://orcid.org/0000-0002-1669-9931>)

Abstract: The article discusses the latest decisions of the English courts in the case of *Lloyd v. Google*. The first section is devoted to a brief introduction to the issue of privacy and related concepts, including a brief discussion of the potential consequences of a breach of privacy. After laying at least a basic theoretical framework, the article critically analyses all of the courts' decisions, focusing on answering the question "does a plain breach of a person's informational privacy have harmful consequences". The author concludes by focusing on the "context" argument as presented by the first-instance court and presents two scenarios that have the potential to support this argument.

Keywords: Carna Botnet Privacy, data protection, invasion of privacy, cybersecurity, Carna Botnet

Cookie Consents and Approaches to Data Protection

Jan Tomášek (<https://orcid.org/0000-0003-1442-4982>)

Abstract: This article discusses the current approaches to the protection of personal data in the light of the amended legal regulation on the storage and reading of data from end devices of electronic communications services users, which, among other things, extends the requirements for the collection of consent to the use of so-called cookies. The article therefore presents an approach to data protection based on control by the data subject and an approach based on protecting the trust placed in those who process personal data. Subsequently, the suitability of both approaches for establishing data protection in today's society characterized by large-scale processing of personal data is discussed. The author concludes that the control-based approach should not be the dominant approach to the protection of personal data, as control of such a scale of processing by those concerned is not possible given the limited time and the limits of rational decision-making. Therefore, he proposes to emphasise the trust-based approach in the protection of personal data. This is already widely reflected in general data protection legislation, but not in the area of privacy and personal data protection in electronic communications. The author therefore proposes to abandon the requirement for consent to store and read data from electronic communications services users' devices and to replace it with a link to the general rules on data protection, complemented by an interpretation of the European Data Protection Board elaborating on the principles of the trust-based approach.

Keywords: data protection, personal data, cookies, control, trust

"United in Diversity": Requirements of the EU as a Legal Community of States

Rudolf Streinz

Abstract: According to the motto "United in diversity", unity in diversity is a hallmark of the European Union. This allows for national peculiarities which the Union shall respect as national identities of the Member States pursuant to Art. 4 (2) TEU. This, however, requires compliance with Union law and, above all, with the values declared to be common to the Member States in Art. 2 TEU, as the Union is a legal community. The rule of law is an indispensable basis of mutual trust and requires judicial independence from the legislature and the executive as the powers to be controlled by the judiciary. To ensure judicial independence, the preliminary ruling procedure (Art. 267 TFEU) and, above all, the infringement procedure (Art. 258 TFEU) associated with sanctions (Art. 260 TFEU) need to be considered, in addition to the less than effective procedure according to Art. 7 TEU. An integration community demands that its Member States restrict their own freedom of policymaking and accept these restrictions. Therefore, maintaining the right balance between integration and remaining national competences of the Member States is an ongoing task as is ensuring the rule of law.

Keywords: European Union – member states, sanctions, judicial independence, rule of law



XXIX. Konference Karlovarské právnícké dny

**Grandhotel Ambassador Národní dům,
Karlovy Vary 16. 6.–18. 6. 2022**

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

Odborní mediální partneři
Nakladatelství C. H. Beck, s.r.o., Nakladatelství Leges, s.r.o., Nakladatelství Wolters Kluwer CR, a.s.,
Atlas consulting, spol. s r.o., Právní rádce, Právní prostor, Advokátní deník,
IWRZ – Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

Program

- Doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.**, PF UK – Realizace mezinárodních závazků ČR k sankčním opatřením EU (zmrazení majetku, omezení obchodu a plateb) a jejich dopady do majetkové sféry vnitrostátních subjektů
- Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš**, PF TU v Trnavě, ÚSP AV ČR – Úvahy nad právem a jeho ohýbáním
- Dr. Eric Heinke**, místopředseda RAK Wien, **JUDr. Monika Novotná**, místopředsedkyně ČAK, **JUDr. Ondřej Trubač, Ph.D., LL.M.**, advokát Praha – Role a působení advokáta
- Doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D.**, PF UP v Olomouci – Zprostředkovatel z pohledu spotřebitele
- Mgr. František Korbel, Ph.D.**, advokát Praha – Aktuální stav implementace a změn nového stavebního zákona
- JUDr. Zdeněk Krčmář**, NS ČR – Podřízené pohledávky v insolvenčním řízení (Podřízenost nucená věřitelům insolvenčním zákonem)
- JUDr. Tomáš Lichovník**, ÚS ČR – Trestní právo v rozhodnutích Ústavního soudu
- Doc. JUDr. Filip Melzer, LL.M., Ph.D.**, PF UP v Olomouci – „Condictio ob rem“ v českém právu
- JUDr. Robert Pelikán, Ph.D.**, advokát Praha – Relativní neplatnost v novém českém právu
- Prof. JUDr. Irena Pelikánová, DrSc.** – Vstup unijního interpreta do národního práva – příklad zneužívajících klauzulí ve spotřebitelských smlouvách
- Doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.**, PF MU Brno – Soukromoprávní odpovědnost za kybernetický útok
- JUDr. František Púry, Ph.D.**, NS ČR, PF UK, **JUDr. Martin Richter, Ph.D.**, advokát Praha – Problematické aspekty zjišťování škody a její výše v trestním řízení
- Hon.-Prof. PD Dr. Jürgen Rassi**, OGH Wien – Dopad Covid-19 do hmotné právních vztahů v rakouském právu
- Mag. Dominik Schindl**, WU Wien – Klimatické žaloby v mezinárodním srovnání
- JUDr. Ivan Syrový, PhD.**, advokát Bratislava – Viazanosť súdu predloženým znaleckým posudkom a postup pri odstraňovaní rozporov medzi predloženými znaleckými posudkami
- Prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D.**, ÚS ČR, PF UK – Rozhodování o příkazání věci jinému senátu nebo jinému soudu podle § 262 TrŘ ve světle judikatury Ústavního soudu
- Doc. JUDr. Ivana Štenglová**, PF UK, VSCI Praha, **JUDr. Petr Šuk**, NS ČR – Zvláštní druhy akcií jako nástroj účasti akcionářů na řízení společnosti
- Doc. JUDr. Petr Tégl, Ph.D.**, PF UP v Olomouci – Vybrané problémy týkající se vztahů mezi spoluvlastníky a vztahů spoluvlastníků vůči třetím osobám
- Mgr. Michal Vávra**, advokát Brno, **Dr. Michael Wukoschitz**, advokát Vídeň – Dopad Covid-19 do oblasti cestovního práva v ČR a Rakousku
- Doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc.**, Ústav štátu a práva SAV – Ohýbanie práva
- Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, prezident KJT, advokát, Kolín n. R. – Nařízení EP a Rady 2019/1150 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb
- Doc. JUDr. Lucia Žitňanská, PhD.**, PF TU v Trnavě – Interakcia medzi trestnoprávnou a korporátnou zodpovednosťou člena orgánu za škodu

**Názvy příspěvků jsou redakčně zkráceny. Příspěvky budou simultánně tlumočeny ČJ/NJ.
Moderátoři konference: JUDr. Vladimír Zoufalý a Mgr. Michal Vávra,
JUDr. Petr Bříza, Doc. Jozef Vozár, JUDr. Ondřej Trubač a Mgr. Kamil Blažek
Změna programu vyhrazena. Časové uspořádání programu sledujte na www.kjt.cz**

Účastnický poplatek je 10 000 Kč + DPH.
V rámci Slavnostní recepcie dne 17. 6. 2022
budou předána tradiční ocenění společnosti.
Anketní lístek lze vyplnit na www.kjt.cz.
Není vázáno na účast na konferenci
Podmínky účasti a přihlášení www.kjt.cz

Partneři konference:

AGROFERT

SKUPINA ČEZ

KARLOVARSKÉ PRÁVNICKÉ DNY

PRESTÍŽNÍ CENA 2022

pro nejlepší právníký časopis v České a Slovenské republice

Anketní lístek

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

Není nutné hodnotit všechny časopisy, jde o hodnocení výlučně dle vlastní znalosti a možnosti srovnání.

Odborná a informační úroveň se hodnotí zvláště přidělením bodů od 1 do 10, kdy 1 bod je určen pro nejnižší a 10 pro nejlepší úroveň.

Níže lze navrhnout na cenu Pocta judikátu pravomocný rozsudek publikovaný mezi 1.3.2019 a 28.2.2022:

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

Anketní lístek prosíme zaslat poštou nejpozději do 31.5.2022, per e-mail do 12:00 hod. 17.6.2022 na adresu casopis@kjt.cz, případně vyplnit na www.kjt.cz, zde je zveřejněn i Statut této ceny. Obdržené anketní listy budou slosovány o věcné ceny (právníkovou literaturu).

Souhlasím s uchováním následujících údajů pro účely zpracování ankety po dobu dvou let od uzávěrky.

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.

OLOMOUCKÉ PRÁVNICKÉ DNY 2022

XV. ROČNÍK MEZINÁRODNÍ
VĚDECKÉ KONFERENCE

9.–10. ČERVNA 2022



Vážení kolegové,

přijměte, prosím, pozvání na XV. ročník mezinárodní vědecké konference **Olomoucké právnické dny 2022** pořádaný Právnickou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci ve dnech 9.–10. června 2022 v prostorách PF UP.

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

Podrobné informace ke konferenci včetně elektronické přihlášky naleznete na:
<https://www.pf.upol.cz/opd/>

S úctou

doc. JUDr. Václav Stehlík, LL.M. Ph.D.
děkan Právnické fakulty
Univerzity Palackého v Olomouci



Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci
Tř. 17. listopadu 8 | 771 11 Olomouc | T: 585 637 509
www.pf.upol.cz

VÍCE INFORMACÍ