

# Nepsaná pravidla v ústavním systému: Ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe a ústavní zvyklost

Marek Antoš\* – Filip Horák\*\*

**Abstrakt:** Nepsaná pravidla jsou nepominutelnou a přirozenou součástí jakéhokoli ústavního systému, Českou republiku nevyjímaje. Názory na to, jaká je jejich povaha a význam pro fungování českého ústavního práva, se však významně liší. Výsledkem dosavadní odborné diskuse je tak spíše přetrvávající nejistota stran otázek, co vlastně ona nepsaná pravidla v ústavním systému jsou, jakým termínem je označovat a jaké postavení jim přisoudit. Tento článek prostřednictvím metody funkcionální analýzy identifikuje a vymezuje hned tři svébytné ústavněprávní konstrukty, které sice mají některé znaky společné (nepsaná povaha, *usus longaevis*, *opinio necessitatis*, relevance pro fungování ústavního systému), v jiných ohledech se však liší. Každý z nich tak má v českém ústavním systému specifickou roli. První konstrukt, který označujeme jako ústavní obyčej, má funkci normotvornou a je tedy způsobilý vytvářet nové ústavní normy nezávisle na textu ústavy. Druhému konstrukt, ustálené ústavní praxi relevantní pro výklad ústavy, jsme přiřkli funkci interpretační a argumentační, protože slouží k zafixování jednoho z původně pluralitních možných výkladů psaného ustanovení ústavy. Konečně třetí identifikovaný konstrukt, označený jako ústavní zvyklost, má funkci preventivní a moderační: není sice právně závazná, může však být velmi efektivně vynucována mimoprávními, typicky politickými nástroji. Jsme přesvědčeni, že identifikace tří samostatných konstruktů s různými funkcemi pomůže překlenout dosavadní nejasnosti, jimiž jsou nepsaná pravidla v českém ústavním právu opředena, a zároveň předejít případným problémům plynoucím ze zaměňování či hybridizace těchto konstruktů. Všechny tři tyto konstrukty, společně označené jako nepsaná pravidla v ústavním systému, zároveň odlišujeme od pouhých ústavních tradic, které se liší tím, že postrádají dostatečnou míru relevance pro fungování ústavního systému.

**Klíčová slova:** ústavní obyčej, ustálená ústavní praxe, ústavní zvyklost, funkcionální analýza, české ústavní právo, nepsaná pravidla v ústavním systému

## Úvod

Nepsaná pravidla se v určité míře vyskytují ve všech formách vlády. Jsou to totiž právě ona, která tvoří onu živou, dynamickou část ústavního systému umožňující jeho adaptabilitu na měnící se společenské podmínky.<sup>1</sup> Zároveň slouží (i v systémech psaného ústav-

\* Doc. JUDr. PhDr. Marek Antoš, Ph.D., LL.M., katedra ústavního práva, Právnická fakulta, Univerzita Karlova. E-mail: antos@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5619-5965>. ResearcherID: AAT-2098-2021. Tento článek byl financován z projektu GA ČR, č. GA20-05069S, *Ústavní zvyklosti ve střední Evropě*. Autoři tohoto článku by zároveň rádi poděkovali ostatním členům grantového projektu (Miloš Brunclík, Lukáš Hájek, Miluše Kindlová, Michal Kubát a Attila Vincze) za dlouhodobé podnětné diskuse o ústavních zvyklostech, jež se odrážejí i na podobě tohoto textu, a také za možnost využít společně vytvořený kvalitativní dataset polostrukturovaných rozhovorů, z nějž čerpáme. Poděkování také náleží všem účastníkům výjezdního zasedání pražské, brněnské a olomoucké katedry ústavního práva v červnu 2023, kde jsme hlavní myšlenky obsažené v tomto článku prezentovali. Některé z připomínek, které se objevily v následné diskusi, jsme se v textu pokusili promítnout v zájmu přesvědčivější argumentace.

\*\* JUDr. Mgr. Filip Horák, Ph.D., katedra ústavního práva, Právnická fakulta, Univerzita Karlova. E-mail: horakfil@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7846-6308>. ResearcherID: E-9069-2019. Tento článek byl financován z projektu GA ČR, č. GA20-05069S, *Ústavní zvyklosti ve střední Evropě*.

<sup>1</sup> KILLEY, I. *Constitutional Conventions in Australia. An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*. London: Anthem Press, 2014, s. 5.

ního práva) k vyplňování mezer<sup>2</sup> a vyjasňování neurčitých a potenciálně konfliktních míst<sup>3</sup> v tradičně strohých a abstraktně formulovaných ústavních textech. Zdá se tedy, že nepsaná pravidla jsou nepostradatelnou součástí ústavního systému (má-li fungovat),<sup>4</sup> ale také klíčovým nástrojem jeho poznání (máme-li jeho fungování skutečně porozumět).<sup>5</sup>

Přes důležitost nepsaných pravidel pro ústavní systém se literatura výrazně různí ohledně jejich vymezení a postavení. I v anglosaské ústavní doktríně, jež se této problematice věnovala nejdůkladněji,<sup>6</sup> tak najdeme několik přístupů.<sup>7</sup> Tradiční přístup aplikovatelnost nepsaných pravidel před soudy zcela vylučuje a sankci za jejich porušení vidí čistě v politické rovině či ve formě nesouhlasného veřejného mínění.<sup>8</sup> Někteří autoři však připouštějí, že i když je soudy nemohou přímo vynucovat, jsou jimi uznatelná a využitelná jako interpretační a argumentační nástroje, jimiž je psané ústavní právo dotvářeno.<sup>9</sup> A najdou se i autoři, kteří je považují za právně závazná pravidla upravující chování ústavních aktérů,<sup>10</sup> či dokonce za prameny ústavního práva.<sup>11</sup> Různé přístupy pak můžeme pozorovat kupříkladu i v německé ústavní tradici. Na straně jedné stojí právně závazné obyčejové právo (*Gowohnheitsrecht*),<sup>12</sup> na straně druhé pak nezávazná pravidla plynoucí z ustálené praxe (*ständige Staatspraxis, unbeanstandet gebliebene Staatspraxis*). Zdá se však, že v německé tradici založené na psaném, kodifikovaném ústavním právu je problematice nepsaných pravidel a jejich vymezení věnována spíše menší pozornost.<sup>13</sup>

<sup>2</sup> BAXA, B. *Právní povaha řádů parlamentních*. Praha: Bursík, 1917, s. 40; NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*. Praha: Jan Laichter, 1947, s. 200–206.

<sup>3</sup> KILLEY, I. *Constitutional Conventions in Australia. An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, s. 10.

<sup>4</sup> DICEY, A. V. *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 1885, s. 277 an.; FORSEY, E. A. The Courts and the Conventions of the Constitution. *University of New Brunswick Law Journal*. 1984, Vol. 33, No. 1, s. 12.

<sup>5</sup> FORSEY, E. A. *The Courts and the Conventions of the Constitution*, s. 12.

<sup>6</sup> Viz např. DICEY, A. V. *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*; CHAND, B. Conventions of the Constitution. *Journal of Legislation and International Law*. 1938, Vol. 20, No. 4, s. 222–229; COORAY, L. J. M. *Conventions, the Australian Constitution and the Future*. Sydney: Legal Books, 1979; DODEK, A. Courting Constitutional Danger: Constitutional Conventions and the Legacy of the Patriation Reference. *Supreme Court Law Review*. 2011, Vol. 54, No. 5, s. 117–142; FORSEY, E. A. *The Courts and the Conventions of the Constitution*; HEARD, A. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*. Toronto: Oxford University Press, 1991; KILLEY, I. *Constitutional Conventions in Australia. An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*; MARSHALL, G. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Clarendon Press, 2001; PLAXTON, M. The Caretaker Convention and Supreme Court Appointments. *Supreme Court Law Review*. 2016, Vol. 72, No. 2d, s. 449–477; TWOMEY, A. Changing the Leader – the Constitutional Conventions concerning the Resignation of Prime Ministers and Premiers. *Federal Law Review*. 2011, Vol. 39, No. 3, s. 329–360.

<sup>7</sup> HEARD, A. Recognizing the Variety among Constitutional Conventions. *Canadian Journal of Political Science*. 1989, Vol. 22, No. 1, s. 63–81.

<sup>8</sup> DICEY, A. V. *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, s. 277 an.; HEARD, A. Constitutional Conventions: The Heart of the Living Constitution. *Journal of Parliamentary and Political Law*. 2012, Vol. 6, s. 320 an.

<sup>9</sup> MARSHALL, G. – MOODIE, G. C. *Some Problems of the Constitution*. 5<sup>th</sup> edition. London: Hutchinson, 1971, s. 23–24; AHMED, F. – ALBERT, R. – PERRY, A. Judging Constitutional Conventions. *International Journal of Constitutional Law*. 2019, Vol. 17, No. 3, s. 787–806; VERMEULE, A. Conventions in Court. In: *Harvard University's DASH Repository* [online]. 14. 11. 2013 [cit. 2023-05-31]. Dostupné z: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:11320606>>.

<sup>10</sup> JENNINGS, I. *The Law and the Constitution*. 3<sup>rd</sup> edition. London: University of London Press, 1943, s. 85, 130.

<sup>11</sup> ALLAN, T. R. S. *Law, Liberty, and Justice, The Legal Foundation of British Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1993, s. 237–263.

<sup>12</sup> TOMUSCHAT, C. *Verfassungsgewohnheitsrecht?: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. Winter, 1972.

<sup>13</sup> MORLOK, M. Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung? *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 2002, Jhrg. 62, Nr. 1, s. 37–84.

Toto konstatování pak přirozeně platí i pro českou ústavní tradici, která je rovněž založena na systému psaného a kodifikovaného ústavního práva. Přes několik velmi podnětných prací<sup>14</sup> stále chybí komplexní systematické zpracování nepsaných pravidel v českém ústavním systému. Důsledkem této mezery v našem poznání pak je, že doktrína, a dokonce i judikatura, se rozchází nejen co do vymezení a postavení nepsaných pravidel, ale i v jejich označení. Terminologicky se tak můžeme setkat s pojmy ústavní obyčej,<sup>15</sup> ústavní konvence,<sup>16</sup> ústavní zvyklost,<sup>17</sup> politická zvyklost,<sup>18</sup> parlamentní zvyklost,<sup>19</sup> ústavní praxe či tradice.<sup>20</sup> Někteří autoři pak mezi některými z těchto termínů pojmově rozlišují,<sup>21</sup> pro jiné jsou zcela zaměnitelné.<sup>22</sup> Lze tedy konstatovat, že nepsaná pravidla v ústavním systému, ať už je označujeme jakýmikoli termíny, lze pro jejich vágnost a nemalou míru pojmové vnitřní rozpornosti v českém ústavněprávním prostředí charakterizovat jako tzv. prázdné skořápky,<sup>23</sup> v zásadě naplnitelné libovolným obsahem.

Významný americký fyzik a nositel Nobelovy ceny Richard Feynman ve svých čtenářsky velmi svěžích pamětech vzpomíná, jak během svých středoškolských let dospěl k závěru, že některé běžně používané matematické symboly jsou zavádějící a nepřesné. Zavedl si proto vlastní symboly například pro sinus, kosinus a tangens, pro značení funkcí a jejich derivací či pro logaritmus.

*„Považoval jsem tohle svoje označení za stejně dobré, ne-li lepší než obvyklé symboly – nezáleží na tom, jaké symboly člověk používá – jenomže později jsem zjistil, že na tom přece jenom záleží. Jednou jsem na střední škole něco vysvětloval jednomu klukovi, automaticky jsem začal používat tohle značení a on řekl: ‚Co to k čertu je?‘ Uvědomil jsem si, že jestli budu chtít s někým mluvit, budu muset používat standardní značení, a tak jsem své symboly opustil.“<sup>24</sup>*

Tak jako jednotné symboly v matematice, i jednotná terminologie v právu slouží k tomu, abychom si vzájemně rozuměli. Když každý mluvíme o něčem jiném, ale používáme

<sup>14</sup> Viz zejména KINDLOVÁ, M. Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR). In: KLÍMA, K. – JIRÁSEK, J. (eds). *Pocta Jánu Gronskému*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 300–317; KYSELA, J. Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství. In: KLÍMA, K. – JIRÁSEK, J. (eds). *Pocta Jánu Gronskému*, s. 121–136; PÍŠA, R. Ústavní konvence komparativně. In: WINTR, J. – ANTOŠ, M. (eds). *Ústavní právo v mezinárodním kontextu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2014, s. 17–26.

<sup>15</sup> FILIP, J. *Ústavní právo České Republiky 1. Základní pojmy a instituty Ústavní základy ČR*. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 57, 262–263.

<sup>16</sup> KYSELA, J. *Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství*.

<sup>17</sup> KINDLOVÁ, M. *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR)*.

<sup>18</sup> KLÍMA, K. *Ústavní právo*. 3. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 80; srov. KLÍMA, K. Článek 68. In: KLÍMA, K. a kol. *Komentář k Ústavě a Listině*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 339–340.

<sup>19</sup> FILIP, J. *Ústavní právo České Republiky 1. Základní pojmy a instituty Ústavní základy ČR*, s. 57, 262–263.

<sup>20</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01 (většinové stanovisko i odlišné stanovisko soudců Holländera a Jurky).

<sup>21</sup> GERLOCH, A. *Teorie práva*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021, s. 87–88.

<sup>22</sup> PAVLÍČEK, V. Kapitola XVII. Prezident republiky. In: PAVLÍČEK, V. a kol. *Ústavní právo a státověda. II. Díl. Ústavní právo České republiky*. 2. vydání. Praha: Leges, 2015, s. 839; SYLLOVÁ, J. Čl. 9 [Změna Ústavy]. In: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 68–69.

<sup>23</sup> HORÁK, F. Krize hodnot a soudobé právo. *Jurisprudence*. 2019, roč. 28, č. 4, s. 32 an.; ARENDT, H. *Mezi budoucností a minulostí: osm cvičení v politickém myšlení*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2002, s. 18.

<sup>24</sup> FEYNMAN, R. *To snad nemyslíte vážně!* Praha: Mladá fronta, 1989, s. 19.

pro to stejný pojem, anebo naopak mluvíme o tomtéž, ale používáme pro to odlišné pojmy, je obtížné najít společnou řeč; zkratka si nerozumíme.

Cílem tohoto článku je proto nejen upozornit na panující pojmovou nejasnost, ale také navrhnout nové terminologické rozlišení. Rádi bychom do nastíněné neutěšené situace vnesli systém, k čemuž využíváme funkcionální analýzu, tedy metodu založenou na zkoumání role, kterou jednotlivé konstrukty v ústavním systému a zejména ústavněprávní argumentaci hrají (tj. jejich funkcí). Tento metodologický nástroj byl vytvořen právě za účelem umožnění systematické analýzy konstruktů příliš vágních na to, aby bylo možné je zkoumat a vymezovat obsahově, a byl doposud aplikován na lidskou důstojnost,<sup>25</sup> jakož i další ústavněprávní hodnoty (tj. svobodu, rovnost a spravedlnost).<sup>26</sup> Jsme přesvědčeni, že právě nepsaná pravidla v ústavním systému jsou dalším ideálním kandidátem pro aplikaci tohoto přístupu.

Aplikaci metody funkcionální analýzy na českou judikaturu, odbornou literaturu a data získaná prostřednictvím polostrukturovaných rozhovorů s ústavními experty (viz kapitulu 1) jsme dokázali identifikovat tři svébytné konstrukty (viz kapitulu 2). Všechny tři dohromady označujeme za nepsaná pravidla v ústavním systému a nacházíme u nich společné znaky (nepsaná povaha, *usus longaevus*, *opinio necessitatis*, relevance pro fungování ústavního systému), v jiných ohledech se však liší. Prvním z nich je ústavní obyčej, který se vyznačuje funkcí normativní, respektive normotvornou, a je tedy způsobilý vytvářet nové ústavní normy nezávisle na textu ústavy. Za druhý konstrukt považujeme ustálenou praxi relevantní pro výklad ústavy (dále jen „ustálená ústavní praxe“) s funkcí interpretační a aplikační, která fixuje jeden z možných výkladů psaného ustanovení ústavy. Konečně třetím identifikovaným konstruktem je ústavní zvyklost, která zastává funkci prevence a moderace konfliktů mezi relevantními ústavními aktéry. Ústavní zvyklost není právně závazná, může však být velmi efektivně vynucována mimoprávními, typicky politickými nástroji. Přitom se odlišuje od pouhých ústavních tradic, které na rozdíl od ní postrádají dostatečnou míru relevance pro fungování ústavního systému. V závěru článku pak poukazujeme na problémy spojené s propojováním jednotlivých konstruktů dohromady.

## 1. Metoda funkcionální analýzy

Podstatou funkcionální analýzy je vymezování konstruktů pomocí jejich funkcí v systému, a nikoli pomocí termínů, kterými jsou označovány, či jejich obsahu.<sup>27</sup> U příliš vágních, rozmanitě a mnohdy vzájemně kontradiktorně označovaných či obsahově vymezovaných konstruktů se pak jedná o jediný způsob, jakým s nimi lze systematicky pracovat. Z vymezení funkcí jednotlivých konstruktů v českém ústavním systému pak můžeme dovodit jejich funkcionální charakteristiky, a to prostřednictvím tří proměnných, které vypovídají o charakteristických vlastnostech každého takto vymezeného konstruktů, tedy o jeho silných stránkách, ale také jeho limitech.

<sup>25</sup> HORÁK, F. Human Dignity in Legal Argumentation: A Functional Perspective. *European Constitutional Law Review*. 2022, Vol. 18, No. 2, s. 237–263.

<sup>26</sup> HORÁK, F. *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlnosti a důstojnosti v ústavněprávní argumentaci*. Praha: Leges, 2022.

<sup>27</sup> HORÁK, F. Human Dignity in Legal Argumentation: A Functional Perspective, s. 238–239.

Za tyto proměnné jsme zvolili a) normativní sílu, jež odráží postavení konstruktů v ústavním pořádku České republiky a naznačuje, jakým způsobem by měly být řešeny konflikty mezi tímto konstruktem a psanými ustanoveními různé právní síly, b) aplikovatelnost před soudem, zabírající se otázkou, zdali mohou soudy aplikovat daný konstrukt jakožto normativní argument přímo, nepřímo, anebo vůbec, a konečně c) obsahovou šíři určující, jak široké je potenciální spektrum situací, v nichž může být daný konstrukt legitimně aplikován.<sup>28</sup>

Metodu funkcionální analýzy aplikujeme za účelem identifikace jednotlivých konstruktů a vymezení jejich charakteristických znaků včetně limitů pro jejich využívání na relevantní judikaturu českých soudů, českou odbornou literaturu a také názory českých ústavních právníků. Data týkající se názorů českých ústavních expertů čerpáme ze společného datasetu, který byl získán prostřednictvím osmi polostrukturovaných rozhovorů, které vedli členové grantového projektu, mezi jehož výstupy se tento článek řadí.<sup>29</sup>

## 2. Výsledně funkcionálně vymezené konstrukty

Před představením a analýzou jednotlivých funkcionálně vymezených konstruktů, které společně označujeme jako nepsaná pravidla v ústavním systému, ještě poznamenáváme, že pro všechny z nich platí několik základních charakteristických rysů. Jedná se o určitá ustálená pravidla chování utvořená v důsledku dlouhodobého a opakovaného užívání (tj. *usus longaevus*), které vyvolává přesvědčení relevantních ústavních aktérů o potřebě jejich následování *pro futuro* (tj. *opinio necessitatis*). Tato pravidla chování pak, přestože nejsou explicitně předepsána žádným ustanovením psaného ústavního práva (tj. *nepsaná povaha*), disponují dostatečnou mírou relevance pro fungování ústavního systému (tj. *nezanedbatelnost*).

Stranou tak ponecháváme konstrukt, který označujeme jako *ústavní tradice*, jež v sobě zahrnuje pouze natolik irelevantní pravidla chování, že by se jejich případné nedodržování fungování systému nijak nedotklo a rovněž by nebylo nijak sankcionováno.<sup>30</sup> Mezi ústavní tradice tak můžeme zařadit kupříkladu používání prezidentských fanfár, to, že prezidentova podobizna je vyobrazena na známkách či visí nad katedrami na základních a středních školách, nebo to, že vláda po svém jmenování přichází k Masarykovu hrobu v Lánech.

Ostatní ustálená pravidla chování, která splňují všechny výše uvedené parametry, se pak od sebe liší právě svou funkcí v ústavním systému, z níž zároveň vyplývají jejich charakteristické znaky, které určují, jakým způsobem je možné tyto konstrukty v českém ústavním systému legitimně použít. Konkrétně jsme dokázali identifikovat tři svébytné konstrukty, jež jsme označili jako ústavní obyčej, ustálenou ústavní praxi a ústavní zvyklost.

<sup>28</sup> Charakteristické znaky, jež používáme, vznikly adaptací kritérií využitých při funkcionální analýze konstruktů lidské důstojnosti, rovnosti, spravedlnosti a svobody (viz *Ibidem*, s. 239–241; HORÁK, F. *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlnosti a důstojnosti v ústavněprávní argumentaci*, s. 20–21).

<sup>29</sup> ANTOŠ, M. – BRUNCLÍK, M. – HÁJEK, L. – KINDLOVÁ, M. – KUBÁT, M. – VINCZE, A. *Constitutional Conventions in Central Europe: Insights from Experts. Problems of Post-Communism*. Forthcoming.

<sup>30</sup> Zdá se, že takto vnímá nepsaná pravidla v ústavním systému Pavlíček (viz PAVLÍČEK, V. *Kapitola XVII. Prezident republiky*, s. 839). Na potřebu odlišovat zcela nenormativní tradice od ostatních (normativních) konstruktů pak rovněž poukázali dva z respondentů polostrukturovaných rozhovorů.

Podotýkáme, že zatímco samotné vymezení jednotlivých konstruktů pomocí jejich funkcí je univerzálně aplikovatelné napříč jednotlivými ústavními systémy, určení jejich charakteristických znaků už nikoli. Jednotlivé charakteristické znaky totiž nevyplývají pouze a jen z (univerzální) funkce daného konstruktů, ale v nezanedbatelné míře také z povahy a základních principů každého konkrétního ústavního systému, v němž má být tento konstrukt využíván. V tomto ohledu je především důležité zdůraznit, že České republika má systém psaného ústavního práva s materiálním ohniskem chráněným klauzulí věčnosti,<sup>31</sup> jehož součástí jsou mimo jiné principy suverenity lidu, dělby moci a právní jistoty. Naše závěry, které vyplývají z funkcionální analýzy jednotlivých zkoumaných konstruktů v České republice, proto nejsou univerzálně platné a nelze je bez dalšího přenášet do jiných právních systémů, které výše uvedené charakteristiky nespĺňují.

## 2.1 Ústavní obyčej

Prvním funkcionálně vymezeným konstruktem, kterým se budeme zabývat, je ústavní obyčej, jehož funkce v ústavním systému je (právně) *normotvorná*. Jinými slovy, ústavní obyčej lze definovat jako svébytný pramen ústavního práva nesoucí právně vymahatelné pravidlo chování (tj. ústavněprávní normu).

Z normotvorné funkce tohoto konstruktů pak vyplývají jeho silné charakteristické znaky, stejně jako jeho omezení. Předně, coby samostatný pramen ústavní obyčej nepotřebuje žádný základ v psaném ústavním právu. Je naopak schopen nové ústavněprávní normy vytvářet a případně dokonce normy zakotvené v psaném ústavním právu měnit.<sup>32</sup> Jinými slovy, lze si představit i existenci ústavního obyčej *contra constitutionem*, který by mohl převládnout nad normou obsaženou v psaném ustanovení skrze výkladová pravidla *lex posterior derogat legi priori* či *lex specialis derogat legi generali*. Lze tedy konstatovat, že ústavní obyčej funkcionálně disponuje *velkou normativní silou*.

Dále, jelikož je ústavní obyčej svébytným pramenem ústavního práva nesoucím ústavně právní normy stejně jako jakékoli ustanovení psaného ústavního práva, je přímo aplikovatelný coby právní argument před soudem, což z hlediska funkcionální analýzy značí *velkou aplikovatelnost před soudem*.

Tyto dva velmi silné charakteristické znaky jsou nicméně v českém ústavním systému problematické přinejmenším ze tří důvodů. Zaprvé, mohou do značné míry snižovat úroveň právní jistoty a předvídatelnosti práva, neboť umožňují vytvářet nové či měnit stávající ústavní normy bez jejich jasného, dostatečně přesného a explicitního zakotvení v textu právního předpisu (ústavního zákona). Zadruhé, narušují princip dělby moci,<sup>33</sup> neboť tím, kdo nakonec bude nové ústavní normy vytvářet (či chceme-li „objevovat“ a jejich existenci „deklarovat“), bude moc soudní, a nikoli zákonodárná, respektive ústavodárná. To souvisí i s naší třetí výtkou, kterou je demokratický deficit, neboť ústavodárná kompetence byla Ústavou České republiky explicitně svěřena Parlamentu,<sup>34</sup> jehož obě komory

<sup>31</sup> Čl. 9 odst. 2, 3 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (dále také jako „Ústava České republiky“).

<sup>32</sup> Jsme si vědomi toho, že vztah obyčejů a psaného práva může být v různých právních systémech odlišný. Pro účely naší analýzy vycházíme z postavení obyčejů v mezinárodním právu veřejném. Viz ČEPELKA, Č. – ŠTURMA, P. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 123–136; FON, V. – PARISI, F. *Stability and Change in International Customary Law. Supreme Court Economic Review*. 2009, Vol. 17, No. 1, s. 279–309.

<sup>33</sup> Čl. 2 odst. 1 Ústavy České republiky.

<sup>34</sup> Čl. 9 odst. 1 ve spojení s čl. 39 odst. 4 Ústavy České republiky.



jsou voleny ve svobodných a přímých volbách na základě všeobecného a rovného volebního práva.<sup>35</sup> Tím, že bychom připustili možnost vytváření či změny ústavních norem prostřednictvím obyčejce, bychom tedy zasahovali do hodnot a principů, jež řadíme do materiálního ohniska české ústavy.

Z řečeného dovozujeme, že použitelnost ústavního obyčejce by v českém ústavním systému měla být velmi omezená. Původně jsme dokonce měli za to, že prostor pro jeho uplatnění není vůbec žádný; nakonec jsme však dospěli k přesvědčení, že úzký prostor pro něj přece jen existuje a vyplývá z čl. 9 odst. 2 Ústavy. Jediným hypotetickým případem legitimního využití ústavního obyčejce by dle našeho názoru byla situace, kdy by podstatná změna okolností způsobila, že by se nějaké ustanovení psaného ústavního práva dostalo do evidentního rozporu s materiálním ohniskem ústavy a relevantní ústavní aktéři by na takto vzniklou ústavní krizi zareagovali tak, že by místo schválení odpovídající změny ústavního pořádku problematické ustanovení zkrátka jen ignorovali. Pokud by tento stav trval dlouhodobě, vedl by posléze k vytvoření a udržování dlouhodobé „protiústavní praxe“, o níž by byli aktéři přesvědčeni, že je přes její rozpor s konkrétním ustanovením ústavního pořádku zcela v souladu s principy a hodnotami obsaženými v materiálním ohnisku ústavy. Máme za to, že v takovém případě by se mohlo jednat o ústavní obyčej, který by – opíraje se o čl. 9 odst. 2 – byl způsobilý změnit či zrušit původní problematické pravidlo obsažené v ústavním textu.

Představme si například (poněkud apokalyptickou) situaci, v níž by pandemie neléčitelné nemoci snížila průměrnou délku dožití občanů České republiky na zhruba 40 let a ústavodárce by nereagoval změnou pravidel pro výkon pasivního volebního práva do Senátu ani do úřadu prezidenta republiky ani podmínky pro jmenování soudcem Ústavního soudu. Za takové situace by uvedená věková hranice byla zjevně v rozporu s podstatnými náležitostmi demokratického právního státu, protože by výkon uvedených funkcí omezovala na velmi úzkou skupinku občanů. Přesto by nikdo z aktivně legitimovaných subjektů nenavrhl Ústavnímu soudu zrušení příslušných ustanovení Ústavy pro rozpor s ústavním pořádkem (respektive jeho materiálním jádrem),<sup>36</sup> ani by nedošlo k jejich změně formou ústavního zákona. Namísto toho by do zmíněných orgánů zkrátka jen byly dlouhodobě voleny či jmenovány i osoby mladší 40 let. Přitom by však ani tento postup ve zjevném rozporu s výslovným zněním Ústavy nikdo soudně nenapadal, neboť by všichni relevantní aktéři byli přesvědčeni, že dosavadní hranice 40 let by v důsledku porušovala principy všeobecnosti voleb a rovnosti přístupu k veřejným funkcím a potenciálně i samotnou funkčnost výše uvedených ústavních orgánů. Důsledkem by mohl být legitimně vzniklý ústavní obyčej derogující příslušné ustanovení Ústavy,<sup>37</sup> který by se dal posléze (tj. po splnění požadavku *usus longaevus*) přímo uplatnit jako právní argument před soudem. To znamená, že pokud by po letech takové praxe nastala situace, kdy by se někdo obrátil na soud s návrhem na vyslovení neplatnosti určité aktuální volby či jmenování

<sup>35</sup> Čl. 18 odst. 1, 2 Ústavy České republiky.

<sup>36</sup> Například pod vlivem usnesení sp. zn. Pl. ÚS 34/16, ve kterém plénum Ústavního soudu odmítlo ústavní stížnost spojenou s návrhem na zrušení části čl. 19 odst. 2 Ústavy, která stanoví pro volby do Senátu věkovou hranici 40 let, a to mj. s argumentem, že čl. 9 odst. 2 neumožňuje Ústavnímu soudu přezkoumávat ustanovení, jež jsou součástí Ústavy již od jejího přijetí (bod 18). Srov. ovšem také odlišné stanovisko Kateřiny Šimáčkové, podle níž je dané ustanovení ústavně konformní „v aktuálním právním, společenském a politickém kontextu“, což otevírá možnost odlišného hodnocení, pokud by se tento kontext – tak jako v námi popisovaném hypotetickém případě – zásadně změnil.

<sup>37</sup> Čl. 19 odst. 2 Ústavy České republiky.

pro rozpor s ústavním textem, soud by mu již nemohl vyhovět, protože by musel před psaným ustanovením Ústavy dát přednost obyčeji.<sup>38</sup>

Lze tedy shrnout, že vysoká normativní síla a přímá aplikovatelnost před soudem by z funkcionálního hlediska měla být v České republice vykompenzována *extrémně malou (respektive velmi úzkou) obsahovou šíří*, neboť legitimní využití ústavního obyčeje by se mělo aplikovat pouze v situacích, kdy relevantní ústavní aktéři cítí potřebu překlenout ústavodárcem neřešený rozpor mezi jednotlivými ustanoveními ústavního pořádku a materiálním ohniskem ústavy. Jinými slovy, obsahová šíře ústavního obyčeje je omezena obsahem materiálního ohniska ústavy.

I z těchto důvodů najdeme ústavní obyčeje v české judikatuře jen velmi zřídka. Přesněji řečeno, když ponecháme stranou náznak v nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 33/97,<sup>39</sup> jediným případem je odlišné stanovisko soudců Güttlera, Holečka, Janů, Kesslera a Malenovského k nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 14/01, v němž se soud zabíral otázkou nutnosti kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování guvernéra a viceguvernérů České národní banky. Soudci v řečeném odlišném stanovisku mimo jiné konstatovali, že

*„příkaz kontrasignace lze z Ústavy dovodit, a případná odchylná ústavní zvyklost, jež by byla vyústěním řady jmenovacích aktů bez kontrasignace, by tak musela být zvyklostí contra constitutionem. Ani takovou eventualitu nelze a priori vyloučit, neboť ústavní obyčej (zvyklost) může být normou ústavního práva způsobem derogovat zásadně kterékoli psané ústavní pravidlo.“<sup>40</sup>*

Sami disentuující soudci nakonec konstatovali, že takovýto ústavní obyčej *contra constitutionem* se v otázce jmenování guvernéra a viceguvernérů České národní banky nevytvořil, neboť nebyly dostatečně naplněny požadavky dlouhodobosti (*usus longaevus*) ani přesvědčení o právní závaznosti (*opinio neccessitatis*). K tomu pouze v kontextu výše uvedeného dodáváme, že tím spíše v tomto případě nemohl být naplněn požadavek přesvědčenosti o potřebě chránit materiální ohnisko ústavy před ustanovením ústavního pořádku, které se s ním dostalo do rozporu.

Tento ojedinělý výskyt (alespoň potenciálně možného) ústavního obyčeje, inspirovaný nejspíše pojetím obyčejů v mezinárodním právu veřejném,<sup>41</sup> se nicméně v judikatuře Ústavního soudu neprosadil a ústavní normotvorba tak v České republice zůstává (dle našeho názoru správně) výlučně v rukou Parlamentu. Tento závěr pak podporuje i analýza odborné literatury a dat získaných polostrukturovanými rozhovory. Přestože někteří

<sup>38</sup> Při ústní prezentaci našeho článku na výjezdním zasedání kateder ústavního práva v červnu 2023 tento hypotetický případ vzbudil velmi vzrušenou diskusi a jeden z účastníků nám doporučil, že by bylo možná vhodnější jej buď nahradit nějakým jiným, jenž by byl realističtější, anebo jej vypustit bez náhrady a nezatemňovat obecnou myšlenku konkrétním příkladem, který může zbytečně odvádět pozornost k podružnostem. Snažili jsme se proto přijít s jiným příkladem a zvažovali několik alternativ, přesto se nám po zralé úvaze z těch, které jsme dokázali vymyslet, stále jeví právě tento příklad jako nejpříležitavější ilustrace našeho přemýšlení, o kterou bychom čtenáře nechtěli ochudit. Budeme ale vděční, pokud někdo přijde s lepšími.

<sup>39</sup> Ústavní soud zde konstatoval, že „pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti“. Jelikož soud mluvil o „zvyklostech“, jež jsou zároveň pramenem ústavního práva, z funkcionálního hlediska tak spíše naznačil možnost využití konstruktu ústavního obyčeje. Soud však nakonec ke svému rozhodnutí tento konstrukt vůbec nepotřeboval a celou otázku vyřešil především prostřednictvím využití ústavních principů (viz náleze Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97).

<sup>40</sup> Náleze Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01, odlišné stanovisko soudců Güttlera, Holečka, Janů, Kesslera a Malenovského.

<sup>41</sup> ČEPELKA, Č. – ŠTURMA, P. *Mezinárodní právo veřejné*, s. 123–136.



autoři<sup>42</sup> a respondent č. 2<sup>43</sup> konstrukt ústavního obyčeje teoreticky popisují, většina z nich jeho existenci spíše problematizuje. Filip pak existenci tohoto konstruktů v českém ústavním právu explicitně odmítá, když konstatuje, že obyčeje ani zvyklosti nejsou pramenem práva.<sup>44</sup> Výjimku v tomto ohledu představuje Syllová, jež možnost existence obyčejů, jež by byly *contra constitutionem*, připouští jako doposud nevyřešenou otázku.<sup>45</sup>

## 2.2 Ustálená praxe relevantní pro výklad ústavy (ustálená ústavní praxe)

Druhým, a z hlediska fungování systému psaného (kodifikovaného) ústavního práva podstatně méně problematickým konstruktem je ustálená ústavní praxe, která má v ústavním systému funkci *interpretační a argumentační*.<sup>46</sup>

Z této funkce můžeme dovodit, že ustálenou ústavní praxi nelze na rozdíl od obyčeje považovat za svébytný pramen ústavního práva, neboť nenese žádnou novou ústavněprávní normu. Proto ani nemůže stávající ústavněprávní normy měnit či s nimi být v rozporu. Na stranu druhou však není bez normativní relevance, neboť jsou jejím prostřednictvím normy obsažené v ustanoveních psaného ústavního práva (závažně) interpretovány či – v případech mezer v ústavním právu – dokonce dotvářeny.<sup>47</sup> Lze si tedy představit ustálenou ústavní praxi nejen *secundum et intra constitutionem*, ale v omezené míře také *praeter constitutionem*. Naproti tomu je jednoznačné, že *contra constitutionem* být nesmí; *contra legem* však ano. Pokud se zákon či jeho jednotlivá ustanovení dostanou do rozporu s ustanovením ústavního pořádku tak, jak je vykládáno prostřednictvím ustálené ústavní praxe, musí být coby protiústavní zrušeny. Odtud můžeme dovodit, že z hlediska funkcionální analýzy se jedná o konstrukt *střední normativní síly*.

Z navázanosti ustálené ústavní praxe na ustanovení psaného ústavního práva, která jsou jejím prostřednictvím interpretována či dokonce dotvářena, pak vyplývá, že obdobně jako ústavní principy je i ona aplikovatelná v ústavněprávní argumentaci pouze nepřímou, tedy právě skrze ona přímo aplikovatelná ustanovení psaného ústavního práva, která pomocí nich interpretujeme či dotváříme, což funkcionálně odpovídá *střední aplikovatelnosti před soudem*. Podle některých autorů jsou ostatně ustálená praxe a principy v zásadě jedno a totéž, neboť se liší pouze co do zdroje jejich poznání. V případě ustálené praxe odvozujeme interpretaci ze zkušenosti (tedy empiricky), zatímco v případě principů z jejich logiky, smyslu a účelu (tedy racionalisticky).<sup>48</sup>

Užívání tohoto konstruktů není proto z funkcionálního hlediska nijak problematické, ba naopak je žádoucí, či dokonce nezbytné. V porovnání s interpretací a dotvářením ústavního práva prostřednictvím racionalistické dedukce vycházející z obecných principů či hodnot totiž induktivní empirický přístup spočívající v historické analýze předchozího

<sup>42</sup> Viz např. GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 87–88; KYSELA, J. *Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství*, s. 135.

<sup>43</sup> Daný respondent v tomto ohledu rozlišuje všechny tři námi identifikované konstrukty (byť jinou terminologií), když podotýká, že „pojem ústavní zvyklost nebývá na rozdíl od zahraničí dostatečně odlišen od pojmů ústavní obyčej na straně jedné (jako jevu s mnohem vyšší normativní intenzitou) a ústavní praxe na straně druhé (jako jevu s mnohem menší nebo nulovou normativní intenzitou)“.

<sup>44</sup> FILIP, J. *Ústavní právo České republiky 1. Základní pojmy a instituty Ústavní základy ČR*, s. 57, 262–263.

<sup>45</sup> SYLLOVÁ, J. Čl. 9 [Změna Ústavy], s. 68–69.

<sup>46</sup> BAILEY, D. *Settled Practice in Statutory Interpretation*. *The Cambridge Law Journal*. 2022, Vol. 81, No. 1, s. 28–49.

<sup>47</sup> Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, zejména s. 210–218.

<sup>48</sup> Viz např. HEARD, A. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*.

chování (ve vztahu k požadavku *usus longaevus*) a sociálně-psychologické analýze aktuálního přesvědčení (ve vztahu k *opinio necessitatis*) ústavních aktérů podléhá podstatně nižší míře subjektivity. Jinými slovy, dosavadní ustálená pravidla chování jsou objektivně zjištělná a analyzovatelná, kdežto význam a obsah abstraktních principů a hodnot je z podstaty věci ovlivněn subjektivními morálními, politickými či ideologickými východisky konkrétního interpreta.<sup>49</sup> Častější využívání ustálené ústavní praxe tak v porovnání s obecnými principy slibuje vyšší míru právní jistoty a předvídatelnosti ústavního práva. Platnost tohoto tvrzení však předpokládá, že soudy ve své judikatuře stanoví jasně a dostatečně určitě potřebnou míru naplnění obou požadavků pro vytvoření ustálené ústavní praxe, kterou budou následně při práci s tímto konstruktem konzistentně uplatňovat.<sup>50</sup>

Zdůrazněním této výhody ustálené ústavní praxe však nijak nehodláme snižovat důležitost principů pro hodnotové ukotvení ústavního systému a efektivní ochranu právního státu v jeho materiálním pojetí.<sup>51</sup> Zdá se totiž, že ustálená praxe a principy mohou v rámci ústavněprávní argumentace vedle sebe zdárně koexistovat a vzájemně se doplňovat. V případě konfliktu mezi ustálenou praxí a principy pak mohou principy sloužit jako velmi užitečný korektiv. Ostatně, Jennings doplnil dva základní požadavky pro vznik tohoto konstruktů (tj. *usus longaevus* a *opinio necessitatis*) o třetí, kterým je právě soulad s (v daném ústavním systému) vůdčími principy a hodnotami.<sup>52</sup> Odtud také naše výše uvedené tvrzení, že ustálená ústavní praxe může být *praeter constitutionem* pouze v omezené míře. Ve chvíli, kdy prostřednictvím ustálené ústavní praxe psané ústavní právo extenzivně interpretujeme či dokonce dotváříme, musíme tak činit v souladu s řečenými stěžejními ústavními principy a hodnotami. Ani dlouhodobá praxe ústavních aktérů tedy nebude fixovat takový výklad ústavního pořádku, který by odporoval stěžejním ústavním principům a hodnotám, a to už proto, že nikdy nešlo o možný (plausibilní) výklad.

Můžeme tedy shrnout, že ustálená ústavní praxe je co do své použitelnosti limitována dvěma způsoby. Zaprvé, jelikož ustálená ústavní praxe ústavní normy nevytváří ani nemění, nýbrž pouze dotváří či slouží k jejich interpretaci, je její obsahová šíře omezena obsahem ustanovení psaného ústavního práva, které pomocí ní interpretujeme, či rozsahem mezery v ústavním právu, kterou se oním dotvořením stávajících ustanovení snažíme překlenout. Zadruhé, při oné interpretaci či dotváření ústavního práva se ustálená ústavní praxe nikdy nesmí dostat do rozporu s materiálním ohniskem ústavy.<sup>53</sup> Právě řečené z funkcionální hlediska značí *střední obsahovou šíři* tohoto konstruktů.

<sup>49</sup> HORÁK, F. *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlnosti a důstojnosti v ústavněprávní argumentaci*, s. 9–13.

<sup>50</sup> V tomto ohledu jim teorie nabízí celou řadu možností. Srov. KINDLOVÁ, M. *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR)*, s. 307–308. Podstatné je, aby si soudy zvolily a této volby se *pro futuro* držely.

<sup>51</sup> K tomu srov. náleží Ústavního soudu ze dne 21. 12. 1993, sp. zn. Pl. ÚS 19/93.

<sup>52</sup> JENNINGS, I. *The Law and the Constitution*, s. 130–132.

<sup>53</sup> Ústavní soud ve své judikatuře zpravidla materiální ohnisko ústavy ztotožňuje s podstatnými náležitostmi demokratického právního státu (čl. 9 odst. 2); viz např. náleží sp. zn. Pl. ÚS 27/09. V předchozí části textu jsme tak pro zjednodušení činili také, nelze však přehlédnout, že ve skutečnosti může jít o dva samostatné pojmy, které se jen obsahově překrývají. Hájitelným je také pojetí, podle něhož do materiálního ohniska naší ústavy nepatří jen podstatné náležitosti (v zásadě všech) demokratických právních států, ale i základní principy, na nichž naše dnešní ústava stojí, jako je například republikánská forma státu či parlamentní forma vlády. Nechceme už tak dosti dlouhý článek zatěžovat odbočkou k jinému tématu, ale pro pořádek cítíme potřebu upozornit na tuto dichotomii. A ponecháváme jako otevřenou otázku, zda jsou limitem ustálené ústavní praxe skutečně jen podstatné náležitosti demokratického právního státu, nebo i tento širší obsah materiálního ohniska.

Konstrukt ustálené ústavní praxe se pod různými označeními vyskytuje v české odborné literatuře poměrně často. Pracují s ním například Kindlová,<sup>54</sup> Kysela,<sup>55</sup> Gerloch<sup>56</sup> či Sylová.<sup>57</sup> Zároveň jsme jej identifikovali u tří respondentů polostrukturovaných rozhovorů. Nejspíše nejexplicitněji tento konstrukt preferuje respondent č. 7, který uvedl, že *„ústavní zvyklost prima facie slouží jako interpretační pravidlo pro překlenutí mezer v ústavě, případně i pro sjednocení interpretační a aplikační praxe těch ústavních pravidel, která by umožňovala více výkladových variant.“* Velmi explicitní byl v tomto ohledu rovněž respondent č. 6, který konstatoval, že *„závažnost [právní normy] vyplývá z textu ústavního pořádku, přičemž už jej lze vykládat jen jediným možným způsobem, a to je ten v souladu s ústavní zvyklostí.“*

Využití konstrukt ustálené ústavní praxe, stejně jako jeho vztah k ústavním principům a hodnotám, lze dále demonstrovat prostřednictvím dvou příkladů, v nichž české soudy ustálenou praxi využily právě vedle řady dalších argumentů opřených o principy a hodnoty. Tím prvním je již zmíněný náleží Ústavního soudu k otázce kontrasignace rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování guvernéra České národní banky,<sup>58</sup> tentokrát však jeho většinové stanovisko. Soud v něm, kloně se na stranu prezidenta republiky, využívá hned několika principů a hodnot. Mluví například o principech přiměřenosti právní úpravy a právní jistoty či o hodnotě nezávislosti České národní banky, která by mohla být ohrožena, pokud by do jmenování guvernéra či viceguvernéru mohla zasahovat vláda, a nikoli výlučně „nadstranický prezident“. O subjektivitě argumentace založené na principech či hodnotách pak svědčí i fakt, že požadavky plynoucí z nezávislosti České národní banky vyložili soudci Güttler, Holeček, Janů, Kessler a Malenovský ve svém výše zmíněném odlišném stanovisku právě opačně.<sup>59</sup> Dle jejich názoru totiž prezident vůbec nemusí být nadstranický, a tudíž dostatečně garantovat nezávislost České národní banky. Jsou naopak přesvědčeni, že nezávislost bude nejlépe garantována, když se na jmenování bude podílet vícero ústavních orgánů, jež se budou při tomto aktu vzájemně kontrolovat a omezovat tak případnou libovůli kteréhokoliv z nich.

Vedle těchto na principech a hodnotách založených argumentů pak většina pléna pracuje i s ustálenou ústavní praxí, když konstatuje, že

*„právní názor, že čl. 62 Ústavy vyjadřuje právo prezidenta republiky jmenovat bez kontrasignace všechny členy Bankovní rady, byl respektován a praktikován od roku 1993 nepřetržitě až do debat o novele zákona o ČNB v roce 2000. Tato interpretace byla tak potvrzována i postupně se vyvinuvší ústavní zvyklostí. Je známo, že ústavní zvyklostí, konvence, mají v ústavním státě velký význam právě tím, že komponují ústavu do funkčního celku a zaplňují prostor mezi strohým vyjádřením ústavních principů a institucí a variabilitou ústavních situací. V demokratickém právním státě je sotva představitelné, aby interpretace ústavy a jí odpovídající ústavní zvyklosti, respektované a nenapadené po celou dobu od vzniku Ústavy, byly účelovou dezinterpretací ústavy zpochybněny a s nimi i celá dosavadní praxe včetně řady rozhodnutí, jež nebyla dosud nikdy napadena.“*

<sup>54</sup> KINDLOVÁ, M. *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR)*, s. 310–315.

<sup>55</sup> KYSELA, J. *Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství*, s. 134–136.

<sup>56</sup> GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 87–88.

<sup>57</sup> SYLOVÁ, J. *Čl. 9 [Změna Ústavy]*, s. 68–69.

<sup>58</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01.

<sup>59</sup> *Ibidem*, odlišné stanovisko soudců Güttlera, Holečka, Janů, Kesslera a Malenovského.

Z funkcionálního hlediska jde o ustálenou ústavní praxi zejména z toho důvodu, že ji soud (respektive většina pléna) nechce využít jako samostatný pramen práva, který vytváří novou ústavní normu či mění normy obsažené v ustanoveních Ústavy, nýbrž jako nástroj, s jehož pomocí (pouze) závazně interpretuje ustanovení čl. 62 písm. k).

Problémem tohoto nálezu nicméně je, že většina pléna nevyužila příležitost jednoznačně a dostatečně určitě stanovit do budoucna aplikovatelná kritéria pro ověření existence ustálené ústavní praxe (tj. *usus longaevus* a *opinio necessitatis*). Právě naopak se v nálezu dočteme, že „*podstatné na této skutečnosti není však ověřování, do jaké míry jsou naplněny formální náležitosti ‚ústavní zvyklosti‘ [...]*“. Namísto empiricky zjistitelného konstruktů, který má potenciál do ústavněprávní argumentace vnést tolik potřebnou objektivitu, tak většina pléna nakonec bohužel využila jen další do značné míry subjektivní argument, o čemž svědčí i fakt, že samotná existence většinou pléna deklarované ustálené ústavní praxe byla zpochybněna či přinejmenším intenzivně diskutována oběma odlišnými stanovisky.<sup>60</sup> Jsme tedy přesvědčeni, že přestože většina pléna v tomto nálezu využila z funkcionálního hlediska jednoznačně konstrukt ustálené ústavní praxe, jeho skutečný potenciál bohužel zůstal nenaplněn.

Druhý příklad využití ustálené ústavní praxe pak můžeme pozorovat v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 4 Ans 9/2007 – 197,<sup>61</sup> v němž soud konstatoval, že o kandidátech na jmenování soudcem vyjmenovaných v usnesení, kterým vláda doporučuje svému předsedovi, aby spolupodepsal rozhodnutí prezidenta republiky o jejich jmenování, je prezident republiky povinen řádně (tj. mimo jiné s dostatečným odůvodněním) a včas rozhodnout. I v tomto případě využil soud ke své argumentaci vedle řady principů (kupř. princip striktní zákonnosti, zákaz libovůle či princip odpovědnosti vlády za kontrahované akty prezidenta republiky) i ustálenou ústavní praxi, jejímž obsahem by v tomto případě měla být ona řádně a včas realizovaná „*reakce prezidenta republiky na podnět ministra spravedlnosti, od druhé poloviny devadesátých let minulého století pak na podnět vlády, kterým je předložen soubor kandidátů do funkcí soudců spolu s doprovodnými podklady*.“

Z funkcionálního hlediska se jedná o ustálenou ústavní praxi zejména proto, že soud nejprve explicitně odkazuje na již citovanou a analyzovanou pasáž většinového stanoviska v nálezu Pl.ÚS 14/01, a dále konstatuje, že „*zformovaná ústavní zvyklost jednak v politickém smyslu váže ústavní aktéry, jednak slouží jako výkladové vodítko pro interpretaci Ústavy Ústavním soudem a soudy obecnými*.“ Opět se tak jedná spíše o nástroj (závazné) interpretace ustanovení čl. 63 odst. 1 písm. i) a odst. 3 a 4 Ústavy než o pramen práva vytvářející nové či přetvářející stávající ústavní normy.

Jiným příkladem, kde se nám jeví využití ustálené ústavní praxe velmi účelným, je řešení otázky, zda demise předsedy vlády automaticky znamená demisi celé vlády, nebo nikoliv. V minulosti se o tom v doktríně vedla polemika, kterou lze zjednodušeně vyjádřit jako spor mezi „pražskou školou“, která po vzoru prof. Pavlíčka odpovídá, že ano, a „brněnskou školou“, která následuje opačný názor prof. Filipa. Patříme k pražskému táboru, zároveň ale uznáváme hájitelnost opačného výkladu, pro který byly rovněž sneseny nikoliv

<sup>60</sup> Ibidem, odlišné stanovisko soudců Gütlera, Holečka, Janů, Kesslera a Malenovského a odlišné stanovisko soudců Holländera a Jurky.

<sup>61</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 5. 2008, sp. zn. 4 Ans 9/2007-197.

bezvýznamné argumenty.<sup>62</sup> Jde však o hájitelnost minulou: vzhledem k tomu, že se během posledních 25 let vytvořila jednoznačná ustálená ústavní praxe, která odpovídá prvnímu z uvedených výkladů, je tím druhý původně možný výklad vyloučen.

### 2.3 Ústavní zvyklost

Třetím funkcionálně vymezeným konstruktem je ústavní zvyklost. Tu lze ve shodě s tradičním britským pojetím<sup>63</sup> definovat jako ustálené pravidlo chování ústavních orgánů, jehož dodržování se očekává, přestože za jeho porušení nenásleduje právní sankce, nýbrž pouze sankce politického charakteru či nesouhlas veřejného mínění. Tento konstrukt se tedy pohybuje někde na pomezí mezi právní a politickou rovinou ústavního systému. Základní funkci tohoto konstruktů v rámci ústavního systému proto definujeme jako *prevenci a moderaci konfliktů* mezi ústavními aktéry. Ústavní zvyklost tak funguje jako mazání, pomocí kterého bráníme tomu, aby se soukolí ústavního systému zadržovalo.

Vzhledem k výše uvedenému můžeme konstatovat, že ústavní zvyklosti nejenže nevytvářejí nové ani nemění stávající ústavněprávní normy, ale neslouží ani k jejich interpretaci či dotváření. Zároveň platí, že ústavní zvyklosti nemohou „přebít“ ani ustanovení běžného zákona. Pakliže se zákonodárce rozhodne vtělit do zákona nově právní pravidlo, které bude v rozporu s dosavadní ústavní zvyklostí, ústavní zvyklost před soudem neobstojí a chování v souladu s takovouto zvyklostí by mělo být soudem stále odmítnuto coby protiprávní (tedy v rozporu s nově vzniknuvší zákonnou normou). Z toho vyplývá, že *normativní síla* ústavních zvyklostí je v právním systému *malá až žádná*.

Na tomto místě je ovšem třeba připomenout, že vedle práva existují i jiné normativní systémy. Skutečnost, že ústavní zvyklosti nejsou závazné a vynutitelné právně, tak neznamená, že by byly neúčinné; ba naopak, lze si představit, že jsou vynucovány ještě mnohem efektivněji, než kdyby byly právně závazné. Klasickou ilustraci poskytuje slavná Sofoklova tragédie Antigona, kde jde dokonce o přímou kolizi mezi právním zákazem a mimoprávním příkazem.<sup>64</sup> Antigona se rozhodne porušit královský zákon, který zakazuje pohřbit jejího bratra, protože to považuje za svou povinnost plynoucí z náboženských zákonů a tradic. Řídí se vyššími principy, které jí diktuji její rodinné vazby a závazky, a považuje je za důležitější – pro sebe závaznější – než právní předpisy vydané králem.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Srov. jejich přehled v ANTOŠ, M. Demise předsedy vlády = demise vlády? V Čechách (spíše) ano, na Moravě (možná) ne. In: BENÁK, J. – FILIP, J. – ŠIMÍČEK, V. (eds). *Poceta Janu Svatoňovi k 70. narozeninám*. Brno: Masarykova univerzita, 2022, s. 209–231.

<sup>63</sup> K tomu viz DICEY, A. V. *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*. Pro podrobnosti srov. KINDLOVÁ, M. *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR)*.

<sup>64</sup> SOFOKLES. *Antigona*. Praha: Orbis, 1965.

<sup>65</sup> Na základě diskuse při ústní prezentaci tohoto příspěvku na již zmíněném výjezdním zasedání kateder ústavního práva jsme objevili i poněkud novější případ, kdy v kolizi mezi jasným právním pravidlem a nepsaným mimoprávním pravidlem jednoznačně vítězí to druhé. Podle § 54 odst. 9 zákona č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, „[p]ředseda poslaneckého klubu a předsedající mohou navrhnout přerušení schůze Sněmovny. O takovém návrhu rozhodne Sněmovna bez rozpravy.“ V praxi se však velmi důsledně uznává „právo“ poslaneckého klubu na přerušení schůze za účelem jeho porady, a to v délce až dvou hodin během každého jednacího dne, přičemž k přerušení schůze dochází čistě na základě žádosti (s využitím § 62 jednacího řádu, podle něhož „[o]pustí-li předsedající předsednický stůl, je schůze přerušena“), aniž by o něm Poslanecká sněmovna hlasovala. Tato praxe trvá už desítky let a výjimky jsou jen mimořádně řídké, protože v úhrnu je dlouhodobě výhodná pro všechny relevantní aktéry, což vede k jejímu dodržování i v situacích, kdy pro někoho (zpravidla aktuální vládní většinu) zrovna výhodná není. Původní právní pravidlo zakotvené



Dále, jelikož ústavní zvyklost nevytváří právní povinnost, je logické, že nemůže sloužit jako přímý právní argument před soudem. Lze si nicméně představit, že pokud zvyklost není v rozporu s žádnou ústavní ani zákonnou normou, mohou ji soudy vzít v potaz za účelem dokreslení kontextu konkrétní ústavní situace, o níž mají v jednotlivých případech rozhodovat. To z funkcionálního hlediska značí *malou až žádnou aplikovatelnost před soudem*.

Na stranu druhou se mohou tato ustálená pravidla chování týkat celé řady situací, jež sice mohou, ale také nemusí být ústavodárcem či zákonodárcem předpokládány. V tomto ohledu mohou jít ústavní zvyklosti i dalece za či nad rámec psaných ustanovení ústavy nebo zákonů. Jejich *obsahová šíře je tedy velká*; omezena je jen obecným znakem nepsaných pravidel ústavního systému, kterým je dostatečná míra relevance pro ústavní systém.

Příkladem ústavních zvyklostí v České republice může být, že nově jmenovaná vláda předstupující před Poslaneckou sněmovnou s žádostí o důvěru představuje při této příležitosti i relativně podrobné programové prohlášení. Takovýto požadavek jde za rámec psané současné<sup>66</sup> ústavní i zákonné úpravy (obsahová šíře), ale ústavní právo závazně nemění ani nedotváří (normativní síla), neboť splnění této povinnosti není soudně vymahatelné (aplikovatelnost před soudem). Přesto je pravděpodobné, že pokud by vláda programové prohlášení nepředložila, čelila by zvýšené kritice opozice i veřejnosti a přinejmenším menšinové vládě by to ztížilo snahu přesvědčit potřebnou většinu přítomných poslanců a získat tak důvěru. Programové prohlášení tak může být vnímáno jako nástroj umožňující snadnější komunikaci mezi vládou žádající o důvěru a Poslaneckou sněmovnou, ale také nástroj kontroly ze strany Poslanecké sněmovny, zda vláda následně své programové prohlášení dodržuje. Za nedodržení tohoto pravidla chování pak může být uplatněna politická sankce v podobě odepření důvěry.

Konstrukt ústavní zvyklosti pak z české odborné literatury akcentují Klíma<sup>67</sup> a s určitými výhradami i Filip, který konstatuje, že obyčeje ani zvyklosti nejsou prameny práva a k jejich případné judikovatelnosti se nijak nevyjadřuje, z čehož můžeme dovodit, že ji spíše nepřipouští.<sup>68</sup> Tento konstrukt pak identifikovali tři z respondentů polostrukturovaných rozhovorů. Nejspíše nejlepším příkladem je pak vyjádření respondenta č. 8, který v odpovědi na otázku, zdali v České republice existují ústavní zvyklosti, odpověděl, že „*zde jsou ustálené postupy a praxe, ale tyto nejsou ústavními zvyklostmi v pravém slova smyslu, protože nejsou závazné.*“ Přestože tedy respondent používá jiné názvosloví než to,

---

v jednacím řádu tím však nijak modifikováno nebylo a stále platí. O ústavní zvyklost však podle našeho názoru nejde, protože nenaplnuje potřebný znak dostatečné míry relevance pro fungování ústavního systému: nanejvýš bychom mohli hovořit o parlamentní zvyklosti. Srov. též WINTR, J. *Proměny parlamentní kultury*. Praha: Auditorium, 2021.

<sup>66</sup> Československá ústavní listina z roku 1920 vycházela z principu negativního parlamentarismu a nově jmenovaná vláda tak neměla povinnost žádat o důvěru (mohla jí však být vyslovena nedůvěra), proto ústavní text neřešil ani otázku programového prohlášení. Naopak ústavy z let 1948 a 1960 i ústavní zákon o československé federaci výslovně požadovaly, aby vláda po svém jmenování předstoupila před Národní (později Federální) shromáždění a požádala o důvěru, přičemž mu měla předložit svůj program (srov. § 82 ústavního zákona č. 150/1948 Sb., Ústava Československé republiky, a čl. 69 ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci), respektive programové prohlášení (srov. čl. 44 ústavního zákona č. 100/1960 Sb., Ústava Československé socialistické republiky). Současné znění čl. 68 odst. 3 Ústavy České republiky žádá, aby vláda po svém jmenování „předstoupila“ před Poslaneckou sněmovnu a požádala ji o důvěru, povinnost předložit program či programové prohlášení jí však neukládá.

<sup>67</sup> KLÍMA, K. *Ústavní právo*, s. 80.

<sup>68</sup> FILIP, J. *Ústavní právo České republiky 1. Základní pojmy a instituty Ústavní základy ČR*, s. 57, 262–263.



jež jsme zvolili my, za charakteristický znak tohoto konstruktů považuje právě absenci právní závaznosti.

Jelikož nepovažujeme ústavní zvyklosti za aplikovatelné (coby právní argument) před soudem, hledá se jejich příklad v judikatuře poměrně složitě. Přesto však lze poukázat kupříkladu na náleží Ústavního soudu, který se týkal pravomoci prezidenta republiky jmenovat (druhého) místopředsedu Nejvyššího soudu.<sup>69</sup> Předsedkyně Nejvyššího soudu se domáhala zrušení rozhodnutí prezidenta republiky, kterým byl Jaroslav Bureš jmenován (druhým) místopředsedou Nejvyššího soudu. Argumentovala mimo jiné tím, že přestože Ústava mluví o místopředsedech Nejvyššího soudu (tj. v množném čísle),<sup>70</sup> tehdejší § 15 zákona o soudech a soudcích počítal pouze s jedním místopředsedou, což bylo doposud respektováno, čímž došlo k utvoření ústavní zvyklosti.

Řečená „ústavní zvyklost“ by nicméně byla v evidentním rozporu s textem Ústavy (tj. *contra constitutionem*). Přestože tedy většina pléna dala navrhovatelce za pravdu, rozhodla tak na základě jiných argumentů, zejména pak principů dělby moci a nezávislosti soudnictví, a argumentaci ústavní zvyklosti se naopak zcela vyhnula, což považujeme v tomto případě za správné.

Co je ovšem pro účely naší analýzy klíčové, je argumentace soudce Rychetského v jeho odlišném stanovisku, kde mimo jiné konstatuje, že

*„navrhovatelka přitom nezpochybňovala pravomoc prezidenta republiky k vydání takového rozhodnutí a namítala pouze „prolomení ústavní zvyklosti“ [...], a porušení zákona č. 6/2002 Sb. [...] Předsedkyně Nejvyššího soudu tedy netvrdila a ani nedoložila existenci sporu dvou státních orgánů o rozsah jejich kompetencí (kompetenčního sporu), ale pouze pod předstíranou záminkou kompetenčního sporu dvou státních orgánů ve skutečnosti požadovala, aby Ústavní soud přezkoumával ústavní akt vydaný prezidentem republiky podle čl. 62 Ústavy z hlediska „dodržování ústavních zvyklostí“ a posuzoval i jeho zákonnost z hlediska souladu s podústavním právem. To je ovšem kompetence, která nebyla Ústavou Ústavnímu soudu svěřena.“<sup>71</sup>*

Soudce Rychetský tak explicitně říká, že Ústavnímu soudu nebyla svěřena kompetence posuzovat soulad aktů prezidenta s ústavní zvyklostí. V jeho vidění tedy není tento konstrukt před soudem přímo ani nepřímo aplikovatelný a povinnosti plynoucí z ústavní zvyklosti nejsou soudně vymahatelné a sankcionovatelné. Z funkcionálního hlediska tedy takováto charakteristika přesně odpovídá konstruktů ústavní zvyklosti, jak s ním pracujeme v tomto článku.

## Závěr

Prostřednictvím naší provedené funkcionální analýzy jsme identifikovali tři samostatné konstrukty, konkrétně ústavní obyčej, ustálenou ústavní praxi a ústavní zvyklost. Všechny tyto konstrukty můžeme společně pojmenovat jako nepsaná pravidla v ústavním systému a definovat jako ustálená pravidla chování utvořená v důsledku dlouhodobého a opakovaného užívání (*usus longaevus*), jež vyvolává přesvědčení relevantních ústavních

<sup>69</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06.

<sup>70</sup> Čl. 62 písm. f) Ústavy České republiky.

<sup>71</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 87/06, odlišné stanovisko soudce Rychetského.

aktérů o potřebě jejich následování *pro futuro* (*opinio necessitatis*), která, přestože nejsou explicitně předepsána žádným ustanovením psaného ústavního práva, disponují na rozdíl od ústavních tradic dostatečnou mírou relevance pro fungování ústavního systému. Přes tuto společnou definici nám však funkcionální analýza ukazuje, že každý z těchto konstruktů hraje v ústavním systému jinou roli, z níž vyplývají charakteristické znaky, které fungování každého z těchto konstruktů v českém prostředí nejen popisují, ale také do určité míry omezují. Tyto charakteristické znaky jsme vyjádřili prostřednictvím tří proměnných, a to normativní síly, obsahové šíře a aplikovatelnosti před soudem. Výsledky provedené funkcionální analýzy shrnuje Tabulka 1. Tu jsme dále doplnili i o vybrané konkrétní příklady výskytu každého ze zkoumaných konstruktů v současném českém ústavním systému.

Tabulka 1: Výsledky funkcionální analýzy konstruktů ústavního obyčeje, ustálené ústavní praxe a ústavní zvyklosti

Konstrukt	Ústavní obyčej	Ustálená ústavní praxe	Ústavní zvyklost
Funkce v ústavním systému	normotvorná	interpretační, argumentační	preventivní, moderační
Normativní síla	velká	střední	malá/žádná
Obsahová šíře	malá	střední	velká
Aplikovatelnost před soudem	velká	střední	malá/žádná
Příklady	Doposud žádný	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Demisi předsedy vlády se rozumí demise celé vlády</li> <li>- Absence podpisu prezidenta pod zákonem není na újmu jeho platnosti a účinnosti</li> <li>- Guvernér a viceguvernéri ČNB jsou jmenováni bez kontrasignace</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vláda žádající o důvěru předstupuje před Poslaneckou sněmovnou s programovým prohlášením</li> <li>- Předseda vlády kontrasignuje prezidentovi všechna rozhodnutí o propůjčení a udělení státních vyznamenání</li> </ul>

*Ústavní obyčej* mají funkci normotvornou, neboť jejich prostřednictvím dochází k vytváření nových či změně dosavadních ústavněprávních norem. Jejich existenci proto považujeme v systému psaného (kodifikovaného) ústavního práva za problematickou z hlediska přehlednosti a předvídatelnosti ústavního práva, dělby moci a také demokratického deficitu. Proto by také jejich silné charakteristické znaky (tedy velká normativní síla a přímá aplikovatelnost před soudem) měly být kompenzovány velmi úzkou obsahovou šíří. *Ustálená praxe relevantní pro výklad ústavy* pak zastává funkci interpretační a argumentační, protože slouží jako nástroj k výkladu a případně i dotváření psaného ústavního práva. Vyváženost tohoto konstruktů vyplývá především z faktu, že všechny tři jeho charakteristické znaky lze označit za středně silné. Konečně *ústavní zvyklosti* zastávají pro svou schopnost podporovat hladký a efektivní průběh ústavních procesů a nabízet snadnější řešení konfliktních situací, při nichž by jinak hrozilo zaseknutí ústavního systému, funkci preventivní a moderační. Jejich silným charakteristickým znakem je obsahová šíře, neboť jsou aplikovatelné na velmi široké spektrum ústavních situací, aniž by se musely jakkoli opírat o konkrétní ustanovení psaného ústavního práva. Tento silný znak je nicméně kompenzován malou až žádnou normativní silou a aplikovatelností před soudem. Využívání posledních dvou jmenovaných konstruktů považujeme (nejen) v systému psaného (kodifikovaného) ústavního práva za zcela legitimní, žádoucí, ba dokonce v některých situacích nepostradatelné.

Jsme přesvědčeni, že funkcionální přístup, který jsme aplikovali, a výsledky, k nimž jsme díky tomuto přístupu došli, mohou pomoci překlenout dosavadní nejistotu obklopující postavení a roli nepsaných pravidel v české doktríně a judikatuře. Tato nejistota (či vzájemné nepochopení) se netýká jen otázky názvosloví, ale rovněž podstatně důležitější otázky obsahové a významové. Jinými slovy, tvrdíme, že judikatura i doktrína ústavního práva doposud používá rozmanitých slov pro označování nikoli jednoho, ale hned tří konstruktů, z čehož plynou i spory o jejich obsah a postavení v právu, jakož i riziko jejich zaměňování či hybridizace.<sup>72</sup>

„*Copak je po jméně? Co růží zvou, i zváno jinak vonělo by stejně,*“<sup>73</sup> říká klasik ústy Julie Kapuletové. Kdybychom se uměli vyjádřit se stejnou elegancí a stručností, mohl být tento článek podstatně kratší. Snad se nám ale i tak podařilo vysvětlit, proč nám naopak na jménech záleží: co voní jinak, nemělo by být zváno stejně.

---

<sup>72</sup> K hybridizaci právních konstruktů a jejím nežádoucím dopadům na kvalitu, přesvědčivost, racionalitu a předvídatelnost právní argumentace viz HORÁK, F. *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlnosti a důstojnosti v ústavněprávní argumentaci*.

<sup>73</sup> SHAKESPEARE, W. *Romeo a Julie*. Praha: Mladá fronta, 1985, s. 38–39.

## **Unwritten Rules in Constitutional System: Constitutional Custom, Established Constitutional Practice and Constitutional Convention**

Marek Antoř (<https://orcid.org/0000-0002-5619-5965>) –  
Filip Horák (<https://orcid.org/0000-0002-7846-6308>)

**Abstract:** Unwritten rules are an indispensable and natural element of any constitutional system, including the Czech Republic. However, opinions differ significantly as to their character and significance for the functioning of Czech constitutional law. The outcome of the existing academic debate is thus rather a persistent uncertainty as to what constitutional customs actually are, what term to use to describe them and what status to assign to them in the constitutional legal system. This article uses the method of functional analysis to identify and define three distinct constitutional legal constructs, which, although they share some common features (unwritten nature, *usus longaevis*, *opinio necessitatis*, relevance to the functioning of the constitutional system), differ in other respects. Each of them thus playing a unique role in the Czech constitutional system. The first construct, which we refer to as constitutional custom, has a norm-forming function and is therefore capable of creating new constitutional norms independently of the text of the constitution. The second construct, established constitutional practice relevant to the interpretation of the constitution, has an interpretative and argumentative function because it serves to fix one of the originally pluralistic possible interpretations of the written provisions of the constitution. Finally, the third identified construct, referred to as constitutional convention, has a preventive and moderating function: while not legally binding, it can be very effectively enforced by extra-legal, typically political, instruments. We are convinced that the identification of three separate constructs with different functions will help to bridge the existing ambiguities that surround unwritten rules in Czech constitutional law and at the same time prevent potential problems arising from the substitution or hybridization of these constructs. We also distinguish all three of these constructs, together referred to as unwritten rules in the constitutional system, from mere constitutional traditions, which differ in that they lack a sufficient degree of relevance for the functioning of the constitutional system.

**Keywords:** constitutional custom, established constitutional practice, constitutional convention, functional analysis, Czech constitutional law, unwritten rules in constitutional system