

Téma: BUDOUCNOST STÁTU A JEHO PRÁVNÍ AUTORITY

Jan Kysela

STÁT JAKO OBR NA HLINĚNÝCH NOHOU OPOŽDĚNÉ POZNÁMKY K SERIÁLU O BUDOUCNOSTI STÁTU

Abstrakt: Článek volně navazuje na diskusi o roli státu a jeho tradičních attributech, jež probíhala v loňském „Právnicku“. V současném světě jsme konfrontováni s různými typy států, např. moderními, postmoderními a postkoloniálními. Liší se mírou centralizace veřejné moci a povahou politického národa. V Evropě nacházíme státy velké svými úkoly a vzbuzeným očekáváním, avšak slabé díky různým omezením. Někdy jsou připodobňovány „státům“ středověkým. Z těch vnějších omezení je možné zmínit rostoucí význam mezinárodního práva, globalizaci a evropskou integraci. Mezi vnitřními je podstatné slábnutí důvěry ve stát a obecný zájem, posilování soudní moci na úkor moci politických nebo větší význam málo regulované moci sociální. Průřezový charakter mají lidská práva, jež jsou ukotvena mezinárodně i vnitrostátně. Velmi podstatné je narušování homogenity společností v některých státech až do podoby etnicky či nábožensky segmentovaných subkultur.

Klíčová slova: stát, omezená moc, lidská práva, mezinárodní společenství, evropská integrace, globalizace

ÚVODEM

Obraz obra na hliněných nohou se mi zdá být poměrně výstižnou metaforou pro současné státy, a to zejména evropského typu. Jde o státy velké svými úkoly, nikoliv nutně územím či počtem obyvatel. Jelikož jsou velké, jsou také drahé, avšak leckdy nepřilíživě silné, tedy různě omezené. Hliněné nohy jsou ohrožené vlhkem, ale možná také nadměrným suchem, nemluvě o zemětřesení – zkrátka leckdy se mohou ukázat být nedostatečnou oporou pro obrovské tělo. Ležící obr bez schopnosti pohybu je obrem nemohoucím. A nemohoucí stát je státem neúčinným. Alternativou slabého obra, případně státu ve stavu rozvalu, jež je častým jevem v Africe, je efektivní obr T. Hobbese, jehož zbytnělou verzí nabízely totalitní systémy 20. století. Alternativou jiného typu je liberální stát, rovněž efektivní, avšak malý či útlý, případně i vysněný stát konzervativců, ovládaný principem subsidiarity, tj. působící jen jako doplněk občanské společnosti.

Ústřední tezí tohoto textu tedy je, že státy, v nichž žijeme, jsou velké, ale slabé. Jistě to nemusí být postřeh příliš originální. I tak je snad účelné pokusit se sumarizovat jeho příčiny a projevy. Nejde mi přitom o nějaké vychvalování státu, natožpak o jeho zatracování. Nejdříve se tedy dotknu skepse k současnému státu, pozorování jeho „odcházení“ či „rozpouštění“ v různých sítích, jež jsou obecnou metaforou posunu ke světu s menším významem hierarchií různého typu. Ve druhém kroku upozorním na posilování státu a růst očekávání vůči němu v minulosti, jež jsou vlastně východiskem pro posuzování jednotlivých faktorů omezujících takto „nabuzenou“ státní moc. Nástinu těchto faktorů, nahrubo rozdělených na vnější a vnitřní, je věnován zbytek článku.

1. SOUČASNÁ SKEPSE K MODERNÍMU STÁTU

Ročník 2013 byl v *Právniku* zahájen studií P. Holländera, jež byla příznačně nazvána *Soumrak moderního státu*; ukotvena byla zejména v německé literatuře.¹ Během roku na něj navazovala řádka mladších autorů, kteří buď sdíleli diagnózu soumraku, avšak spíše ji vítali, případně vykreslenou podobu moderního státu odmítali jako nikdy neexistující.² Zde už převažovali referenční autoři anglosaští, případně francouzští. U nich se místo o státu píše spíše o vládnutí, často opatřeném adjektivy jako „post-suverénní“ nebo „post-nacionální“. Stát je spojován s represí (mocí), vydělováním „my“ a „oni“. Oproti tomu je preferován poněkud neurčitý proces, všechny zahrnující (inkluze) a všem popřávající sluchu (responsivita). Procesuální pojetí je blízké deliberativní teorii, jež má dalekosáhlé implikace politické i právní.

Dá se z toho něco vyvodit? Generační rozdíl („dobře už bylo“ versus „radostná právní věda v postnacionální společnosti“, jak zněl podtitul jedné z navazujících statí)? Odlišná reflexe významu státu v literatuře německé a jiných? Pokus o rozlišení psaní deskriptivního (něco se děje) a normativního (je dobře/špatně, že se to děje), který však připadá v úvahu jen tehdy, pokud si nemyslíme, že i popis znamená vždy nějaké konstruování reality? Završení doby s uchopitelnou substancí, vůči níž tu naši vymezujeme tím, co vlastně není (různá „post“)?

Pochybnosti o současném státu se nijak výjimečně propojují s odkazy na středověk, v němž bylo možné se setkat s mnohými prvky, jež se nyní vracejí.³ Týká se to personality práva (mj. multikulturalismus), překrývání jurisdikcí (ústavní pluralismus), oslabování státu jako jednoho z mnoha sociálních svazů namísto hegemonu domény politická (pluralistická perspektiva) apod.⁴

N. MacCormick podobnost „tehdy“ a „nyní“ vidí ve sváru jurisdikcí papeže a císaře, respektive Evropských společenství a jejich členských států. Koexistence a střetávání partikulárních řádů vyvolává otázku, který z nich převáží; a ta je relevantní z hlediska adresátů norem.⁵ Podobně má právě při pohledu na evropské realie s nadnárodními strukturami a nejrůznějšími zprostředkovateli moci, vlivu a zájmů W. Reinhard dojem, že moderní stát skončil, takže bude přežívat jen jako jedna z konkurujících si entit. Doslova mluví o „novém středověku“, jenž se od toho skutečného neliší mnohostí zprostředkovatelských instancí, nýbrž absencí společných hodnotových představ – není tu

¹ Tím se nechce říci, že německá literatura je monolit, jen se státu tradičně věnuje s velkou důkladností. Holländerův soumrak se týká poukazů na „metafyzický korelát“ limitující moc většiny (přirozenoprávní zákazy), neshody ve zdůvodnění lidských práv (jaká, odkud), „outsourcing“ (privatizaci) státu, dekonstrukci právního řádu v podobě jeho fragmentace i ztráty pořádacích principů, rozmlžení odpovědnosti, ústavní pluralismus se střetem nároků různých soudních instancí mít konečné slovo ve sporu či oslabování vztahu jednotlivce a státu.

² Explicitně se jedná o PŘIBÁŇ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*. 2013, č. 2; AGHA, P. Einmal ist keinmal. *Právník*. 2013, č. 4 a ŠEJVL, M. Stát jako nositel sekularizace? *Právník*. 2013, č. 10; ve volnějším smyslu i GREGÁREK, M. Justification as fairness: liberalismus jako symetrický rámec pro justifikační teorie. *Právník*. 2013, č. 9.

³ Podrobněji KYSELA, J. Věčné návraty aneb středověk neskončil. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2014, č. 1, v tisku.

⁴ K „nové středověkosti“ viz též BECK, U. *Co je to globalizace? Omyly a odpovědi*. Brno: Centrum pro demokracii a kulturu, 2007, s. 131.

⁵ MacCORMICK, N. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 8–9 a 20–21.

Imperium Christianum.⁶ Ve větší míře spíše vnitrostátní podobnosti se středověkým korporativismem si všímá v současné, pluralismem způsobené, polyarchii (vládě mnohých) také H. Huber.⁷

Naopak D. Grimm akcentuje rozdíly mezi současností a středověkem: tehdy existoval jediný typ organizace veřejné moci, dovolávající se božského posvěcení, zatímco dnes představují státy moře, v němž se objevují ostrovy „mezinárodní veřejné moci“. Domnívá se, že středověkými analogiemi pro pochopení současnosti nic nezískáme.⁸ I on však nakonec – v jiné své práci – přitakává užití středověké analogie, ovšem ve vztahu k mezinárodnímu společenství, v němž vidí množství nezávislých nositelů rozptýlené moci.⁹

Není asi podstatné přít se o to, nakolik rozvolňování státu připomíná středověk, anebo představuje novum. Význam přemýšlení o středověku tkví především v tom, že upomíná na dobu před vznikem moderních států. Tím dává najevo, že moderní stát je jedním z typů politické organizace společnosti. Před ním to byla polis, impérium či personalizované uspořádání veřejné moci převážné části středověku. Jistě však může přijít něco i po něm. Ostatně zmíněná studie P. Holländera byla zahájena obšírnou citací z *Pojmu politična* C. Schmitta, věnovanou konci epochy států. To můžeme stejně tak chápat jako předznamenání myšlenky „velkoprostoru“, jíž se C. Schmitt věnoval od konce 30. let 20. století, tak i jako vizi evropské integrace překonávající národní státy.¹⁰

Schmittův pocit „odcházení“ státu nebyl úplně unikátní. A. D. Lindsay v roce 1920 prohlásil: „*K teorii nezávislého suverénního státu je třeba v první řadě říci to, že je očividně překonána politickými fakty.*“¹¹ Tím mínil vývoj mezinárodního společenství, jenž zpochybňoval (povestfálskou) suverenitu států. A to jak v podobě série konferencí, z nichž už před 1. světovou válkou vzešly haagské úmluvy o pravidlech vedení války, anebo v podobě zřízení Stálého soudního dvora mezinárodní spravedlnosti v rámci Společnosti národů. A dokonce už dvě desetiletí před Lindsayem upozorňoval G. Jellinek na rozdíly mezi suverénními státy 16. až 18. století, jež přijímaly jen krátkodobé závazky, a trvalejším omezením zákonů a správy v jeho současnosti. Jelikož však bral na vědomí fakt, že absolutně neomezená státní moc je neslučitelná s historickou zkušeností, nedomníval se, že smluvní omezení státu vede ke zmenšení jeho suverenity.¹²

⁶ REINHARD, W. *Geschichte des modernen Staates*. München: C. H. Beck, 2007, s. 123.

⁷ Srov. BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době. Proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 124.

⁸ GRIMM, D. *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin: Berlin University Press, 2009, s. 105–106.

⁹ GRIMM, D. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: P. Dobner – M. Loughlin (eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 18.

¹⁰ Tendence překonávání národních států se objevuje pravidelně. Liší se samozřejmě motivy, způsoby i výsledky. „Velkoprostory“ představují parcelaci světa mezi několika velmocí – hegemony. Blíže k tomu HOOKER, W. *Carl Schmitt's International Thought: Order and Orientation*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2009.

¹¹ SKINNER, Q. *O státě*. Praha: Oikoymenth, 2012, s. 97.

¹² JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Laichter, 1906, s. 786–787. Obdobně ke vstupu do uskupení států nebo převzetí mezinárodního závazku jako projevu suverénní moci FILIP, J. – SVATON, J. *Státověda*. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 42–43. Též si všímá i Ústavní soud ČR v prvním tzv. lisabonském nálezu (Pl. ÚS 19/08), má-li se vypořádat s námitkou na střet Lisabonské smlouvy a suverenity ČR – způsobilost státu se omezit je projevem, nikoliv popřením suverenity. Srov. bod 100. Je ovšem třeba dodat, že z hlediska právní suverenity nemůže jít o omezení trvalé, respektive neomezené. Z tohoto hlediska má úprava práva států vystoupit z Evropské unie deklarativní význam, takže podstatná je v ní spíše regulace parametrů procesu

Na trvající důležitost státu upozorňuje v současné české literatuře např. V. Belling, další autor důkladně obeznámený s literaturou německou.¹³ Dáno je to přemýšlením o legitimitě veřejné moci, již váže na existenci politického národa s určitou mírou homogenity. V takové entitě je možné uvažovat o obecné vůli, obecném rozumu či obecném zájmu, což jsou kategorie, s nimiž můžeme spojovat T. Hobbesa, J.-J. Rousseaua i E. Burka, ale také C. Schmitta nebo H. Hellera. Reference k obecnosti značí zahrnutí zájmů i těch menšin a jednotlivců, kteří nebyli pro konkrétní rozhodnutí, stále jsou však součástí „my“. Při absenci homogenity, onoho pocitu pospolitosti, rovnosti či stejnorodosti, se zdá být většinové rozhodnutí problematické co do způsobilosti vyžadovat loajální podřízení nesouhlasících.¹⁴ Právě sem míří poukazy na absenci evropského „dému“ jako limitu většinového rozhodování orgánů Evropské unie.¹⁵

Nikterak to přitom neznamená, že by „lid“ či „národ“ musel být útvarem přirozeným, respektive přírodním, definovaným krví. Uznává se, že národy jsou sociální konstrukty, plody imaginace (B. Anderson).¹⁶ Imaginace zde ovšem neznamená pustou vymyšlenost, spíše sebeuvědomění spojené se symboly, mýty, osudem. Nevylučuje to tudíž existenci evropského „dému“ v pojetí modulární, tj. nevýlučné (skládací), identity lokální – regionální – národní – evropské. Jen se má za to, že evropská složka sebeidentifikace většiny občanů států Evropské unie není příliš silná, respektive liší se stát od státu. Nevyžadujeme-li ovšem nutně předem pocit sounáležitosti, můžeme samozřejmě lid konstruovat zákonem, případně ústavou. Takto na rozdíl mezi politickou jednotou a předpolitickým množstvím (*multitudo*) nahlízejí někteří političtí filosofové.¹⁷ Do jisté míry tím reflektují vývoj v USA, kde se americká identita jako dominantní rodila postupně, tedy až po vzniku institucionálního rámce. Ostatně lid považoval za konstruovaný zákonem rovněž lord kancléř Northington v 60. letech 18. století,¹⁸ na umělost lidu narazíme i u Aristotela apod.¹⁹

vystoupení. Úprava by však jistě neměla být chápána způsobem: jelikož můžete vystoupit a nevystupujete, podřídíte se čemukoliv. Také proto je zakotvena ochrana národní identity členských států v čl. 4 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii. K tomu ZBĚRAL, R. Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu vnitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe. *Právnick*. 2014, č. 2, a v širším kontextu ONDŘEJKOVÁ, J. *Princip přednosti evropského práva v teorii a praxi soudů členských států Evropské unie*. Praha: Leges, 2011.

¹³ Srov. zejména BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době...*

¹⁴ V obecnějším smyslu srov. k tomu dva ilustrativní citáty E. Fukuyamy: „*Liberální demokracie vždy závisela na řádném fungování určitých (sdílených) hodnot.*“ „... tam, kde žijí lidé příliš rozmanitých z hlediska kultury, jazyka, náboženství nebo etnického původu, nikdy nevznikne opravdové občanské společenství, které dokáže své členy přimět, aby dodržovali společné neformální normy.“ FUKUYAMA, E. *Velký rozvrat. Lidská přirozenost a rekonstrukce společenského řádu*. Praha: Academia, 2006, s. 23 a 92. Míří tím jak k vytváření pocitu „my“, které předpokládá menší množství rozdílů, než ve vztahu k „oni“, tak i k limitům různých neformálních pravidel, jež následně vedou k většímu tlaku na pravidla autoritativně formalizovaná. I ta však předpokládají nějakou míru důvěry v to, že nejsou nucená, a to zvláště v demokraciích.

¹⁵ Tato otázka se věnuje mj. A. Somek, když kolektivní sebeurčení spojuje s pocitem přijetí rozhodnutí někoho jiného za své vlastní. Současně však upozorňuje na rizika mýtického chápání kolektivu, jemuž tváří v tvář jednotlivec neznamená nic. SOMEK, A. Europe: Political, Not Cosmopolitan. *European Law Journal*. 2014, č. 2.

¹⁶ ANDERSON, B. *Představy společenství. Úvahy o původu a šíření nacionalismu*. Praha: Karolinum, 2008.

¹⁷ MICHELMAN, F. J. – FERRARA, A. *Polemika o ústavě*. Praha: Filosofía, 2006, s. 66.

¹⁸ McILWAIN, Ch. H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. Do značné míry jde o variaci na spor o vztah krále (*rex*) a zákona (*lex*), který byl patrný ve středověké Anglii, ale doznával ještě za Jakuba I.: je zákon odvozen od krále, anebo král od zákona?

¹⁹ Z této optiky je identita jednotlivce „přirozená“, respektive nesporná. Stejně tak se však dá uvažovat o tom, že identita jednotlivce je formována jeho okolím, strukturami „my“ a „oni“ apod. Z těchto pozic tradiční konzervativci a moderní komunitaristé poněkud zpochybňovali samozřejmost primátu jednotlivce před

Proti pozicím homogenity lidu je možné postavit H. Kelsena s jeho skepsí nejen k ní, ale i k obecné vůli: jde přece pouze o fikce. Existuje právě jen ono množství (*multitudo*). Legitimitu většinového pravidla zdůvodňuje nejsnazším provedením změny: stačí souhlas poloviny a jednoho dalšího člena rozhodujícího sboru.²⁰ Předpokládá to samozřejmě pozitivní naladění vůči změně, nikoliv vůči ochraně *status quo*.

Stát není zařízením nutným, dozajista však současnému světu jako forma politické organizace lidí dominuje. Koneckonců stále existují národy či národnostní skupiny, které usilují o svůj stát jako formu realizace vlastních potřeb a zájmů. Dozajista jej tedy nepovažují za součást dějinného smetiště. Není ovšem stát jako stát. I v rozrůžňování států je patrné, jak se moderní stát proměňuje.²¹ Svou roli v tom sehrávají také metafory sítí, a to jak v prostředí mezinárodním, tak i uvnitř státu.

2. SÍŤ, PRÁVNÍ POLYCENTRISMUS, ÚSTAVNÍ PLURALISMUS²²

Ve vztahu k právu se obraz sítí objevuje v teoriích právního polycentrismu a ústavního pluralismu. Jde o pokus zachytit posun ve vnímání struktury právního řádu, který buď ztrácí jediné ohnisko (základní norma), nebo se mění pojetí tohoto ohniska. Nejde již o špičku pyramidy (byť i to bylo vždy jen zjednodušenou metaforou reality), od níž se odvíjí nižší úrovně právního řádu. Významné části právního řádu už nemají svůj původ na území státu, nejsou tedy svou existencí (platností) odvozeny od onoho ohniska. Naproti tomu bychom mohli mluvit o zachování ohniska právního řádu v tom případě, že s ním nespojíme vznik, ale účinky mimo území státu vzniklých právních norem (inkorporace mezinárodních smluv, integrační zmocnění pro vstup do Evropské unie, případně ustanovení pojednávající o účincích evropského práva). Právo by tak stále mohlo být „příkazem suveréna“, jakkoliv ten jej z určité části nevytváří, určuje však, co jím je, a to bez ohledu na původ.

Na popsaném jevu není nová sama existence právních systémů mimo území jednotlivých států (viz dávné kořeny mezinárodního práva a ještě mnohem dříve potýkání se práva říšského, římského, kanonického a teritoriálních států), ale intenzita jejich působení, respektive jejich reflexe ústavodárstvím a judikaturou ústavních soudů. V důsledku toho je hierarchický model přinejmenším doplňován, možná dokonce zatlačován sítěmi, respektive síťovými vztahy.²³ Místo jednoznačné převahy vyššího práva nad nižším

společností (nevstupuje na prázdný svět, jenž je mu k dispozici). U. Haltern zase v kontextu teorie suverenity uvádí, že občan je vlastně až produktem suverénního lidu. Viz HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 40.

²⁰ Např. KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*. Praha: Orbis, 1933.

²¹ „Je obecně uznáváno, že žijeme v období eroze státnosti“, říká GRIMM, D. *The Achievement of Constitutionalism...*, s. 13.

²² Tento oddíl vychází z autorova textu *Měnicí se struktura právního řádu a jeho atributy*, který je přístupný jako *Eric Stein Working Paper*, 2009, č. 1.

²³ Obecněji ke „zplošťování“ světa, v němž jsou hierarchie autorit, hodnot, organizací atd. nahrazovány „plochými“ sítěmi (viz např. antiglobalizační nebo teroristické sítě bez jednoznačných vůdců) srov. FRIEDMAN, T. L. *Svět je plochý. Stručné dějiny jednadvacátého století*. Praha: Academia, 2007. Kriticky k představě masivního opouštění hierarchií srov. FUKUYAMA, F. *Velký rozvrát*, s. 239–240. Říká: „Tak či onak, lidé nemají nic proti hierarchiím ze zásady, ale vadí jim ty hierarchie, v nichž se ocitají nejnižší.“ Hierarchie jsou vyjádřením lidských tužeb po uznání.

(*lex superior derogat legi inferiori*) je třeba mezi sítěmi „překládat“, mj. i proto, že nelze stanovit, co je vyšší a co nižší, protože se liší perspektivy. Ilustrativním je citát B. Latoura, ač není přímo určen smíšeným či sdíleným vládám nebo překrývajícím se právním řádům: „*Naši lodí je pojem překladu anebo sítě. Síť, jež je ohebnější než pojem systému, historičtější než pojem struktury, empiričtější než pojem komplexnosti, je Ariadninou nití smíšených historií.*“²⁴

V tomto duchu Evropský soudní dvůr nárokuje přednost evropského práva před právními řády členských států, a to včetně jejich ústav. Ústavní soudy členských států zase prohlašují za nejvyšší zákon své ústavy, a to s možností zkoumat evropské akty jako akty *ultra vires* ve vztahu k delegaci pravomocí.²⁵ J. Wintr k tomu říká: „*V evropském právu tak má poslední slovo Evropský soudní dvůr, ve vnitrostátním právu ústavní soud. Protože žádný z těchto právních systémů nemůže být definitivně nadřazený druhému (pokud se EU nestane státem), je případný konflikt názorů Evropského soudního dvora a ústavního soudu členského státu právně neřešitelný a musel by se překlenout politicky.*“²⁶ A do třetice mezinárodní právo považuje jiné právní systémy za pouhé *questiones facti*.²⁷ Z hlediska normativistů, pro něž stát splývá s právním řádem, by ten řád, který se nakonec prosadí jako relevantní pro určování jednání právních subjektů, nejspíše korespondoval státu.²⁸

Zřetel věnovaný problému centra, ohniska, zdroje právního řádu ve vzájemně neslučitelných perspektivách spojuje polycentrismus s ústavním pluralismem. Ten je modelem vysvětlení evropské integrace na bázi odlišné od víceméně zavedené představy federativního státu (klasický konstitucionalismus). Ústavní pluralismus totiž rovněž rezignuje na určení „vyššího“ práva a spíše se pokouší operacionalizovat konkurenční nároky jednotlivých právních systémů (a ústavních jurisdikcí) tak, aby nedocházelo k patům. Preferuje dialog zainteresovaných před „silovým“ posledním slovem autority, která pro udržení řádu v právu podle „pluralistů“ není nezbytná. Neexistuje nicméně v jediné variantě, vztažen ani není výlučně k Evropské unii,²⁹ čehož dokladem může být např. případ Evropského soudu pro lidská práva *Bosphorus Airways v. Ireland* (stížnost č. 45036/98).

²⁴ BURKE, P. *Společnost a vědění. Od Gutenberga k Diderotovi*. Praha: Karolinum, 2007, s. 243.

²⁵ Český Ústavní soud přeměnil výhrůžku v realitu v kauze tzv. slovenských důchodů, když se výslovně odmítl řídit názorem Evropského soudního dvora. Nevíme ovšem, kolik je případů, kdy se národní soudy v Unii neřídí odpovědní Evropského soudního dvora, aniž by to příliš ventilovaly.

²⁶ WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 191.

²⁷ Srov. též čl. 46 Vídeňské úmluvy o smluvním právu: „1. *Skutečností, že při vyjádření souhlasu státu s tím, že bude vázán smlouvou, došlo k porušení některého z ustanovení jeho vnitrostátního práva týkajícího se oprávnění uzavírat smlouvy, se stát nemůže dovolávat jako důvodu pro zrušení svého souhlasu, ledaže toto porušení bylo zjevné a týká se zvláště důležitého pravidla jeho vnitrostátního práva. 2. Porušení je zjevné, jestliže je objektivně zřejmé kterémukoliv státu postupujícím v této věci podle obvyklé praxe a v dobré víře.*“

²⁸ Je to pěkný příklad, jak se dá normativismus napojit na sociologickoprávní přístupy, což normativisty samozřejmě nebylo považováno za žádoucí, protože operovali s myšlenými předpoklady a odvozováním. V tomto smyslu se dá připodobňovat základní norma Hartovu pravidlu uznání, jež je ukotveno v sociální praxi (právo rozpoznávané v jednání soudců a jiných oficiálních činitelů, je-li akceptováno veřejností). V kostce představuje tyto dva přístupy k poznávání norem ve své pěkné knize KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória závaznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, s. 22 nn.

²⁹ AVBELJ, M. – KOMÁREK, J. (eds). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012. Koncentrovaným úvodem do této tematiky je redigovaný záznam semináře Evropského univerzitního institutu AVBELJ, M. – KOMÁREK, J. (eds). *Four Visions of Constitutional Pluralism*. *EUI Working Papers, Law*. 2008, 21.

V něm je patrné, jak mezinárodní právo reaguje na soužití vnitrostátního a (zejména) evropského práva s tím, že poslední slovo si tentokráté nárokuje právě štrasburský soud.

D. Halberstam na víceméně zavedený pojem ústavního pluralismu (idea konkurenčních nároků na ústavní autoritu v rámci jediného systému vládnutí) navazuje vlastní koncepcí ústavní heterarchie, tedy ne-hierarchického řádu.³⁰ Evropská unie i USA jsou si podle Halberstama blízké absencí hierarchie mezi právními systémy a normami na straně jedné (EU) a absencí hierarchie mezi institucemi interpretujícími ústavu na straně druhé (interpretační pluralismus v USA): v obou systémech tak chybí konečná právní autorita, a přesto je v nich pozorovatelný řád. Ten ale nevyplývá z jednostranného prosazování se nadřazeného, nýbrž ze vzájemného přizpůsobování se (akomodace) za účelem prosazení tří základních hodnot konstitucionalismu. Těmi jsou „hlas“ (*voice*), tj. právo být slyšen – reprezentován, dále odbornost a konečně práva, respektive jejich ochrana. Tyto hodnoty nemohou být jednoznačně přiřčeny jednotlivým státním mocím, potažmo je ztělesňujícím orgánům (prezident, Kongres, Nejvyšší soud) – každá z mocí se citovaných hodnot dovolává v různých situačních kombinacích, každá chce být konečným arbitrem, každé se to občas daří. Nejvyšší autorita tak je oscilující; předem nelze s jistotou určit, či názor se prosadí, jakkoliv v „běžných“ záležitostech převažuje interpretace soudcovská.³¹

V popsanych případech se setkáváme s omezenou předvídatelností toho, kdo a jak rozhodne, ba s jakousi „tekutostí“. Tekutost je však vlastností vody. A slavný historik náboženství M. Eliade případně upozorňuje, že v řadě mýtů působí vodní hlubiny jako symbol chaosu (potopa je ústupem do beztvareho), zatímco ustanovení „pevných forem“ odpovídá aktu Stvoření, vítězství řádu.³² V komplexní realitě současného světa jako by se stvoření řádu přesouvalo na úroveň konkrétních rozhodnutí rozhodovatele, jenž bude v daném případě uznán jako konečný relevantním publikem, respektive společenstvím. Konečností rozhodnutí jako předěl ne-řádu a řádu najdeme u různých autorů jak ve vztahu k mikroúrovni rozhodnutí soudcovského, tak makroúrovni rozhodnutí suverénního.

3. RŮST MODERNÍHO STÁTU

Máme-li mluvit o faktorech oslabování moderního státu, je snad účelné věnovat se nejdříve krátce expozici růstu jeho moci.

Vytváření moderní státnosti představuje proces eliminace konkurence mocenských center. Omezování či eliminování (Anglie) bylo přímé působení papeže, katolická církev a v ještě větší míře církve ostatní (protestantské) se dostaly pod dohled státu, jakkoliv na něj a jeho politiku jistě měly nadále značný vliv (školství, veřejná morálka, zpovědní panovníků atd.). Podlamována byla autonomie šlechty, jež byla ve větší míře připoutávána ke službě dvorské, úřední či vojenské. Šlechtický velkostatek nejpozději v 19. století ztratil postavení správní jednotky a „rozpuštěl se“ ve správě územní. Stavovské orgány

³⁰ HALBERSTAM, D. Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflict in the European Union and the United States. *University of Michigan Law School. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper.* June 2008, No. 111.

³¹ V tomto ohledu je možné heterarchii zařadit do blízkosti politického konstitucionalismu, který se vymezuje vůči konstitucionalismu právnímu, v němž sehrávají roli hegemonu soudy. V politickém konstitucionalismu s ústavou nakládají všechny moci, větší váhu zde má politický proces s občanskou participací.

³² ELIADE, M. *Mýtus o věčném návratu*. 2. vyd. Praha: Oikymen, 2009, s. 55.

byly zatlačovány odbornou státní byrokracií. Jednotlivce byl podřizován státní moci její teritorializací: jeho právní status měl územní, a nikoliv osobní základ. Koneckonců příslušnost k území neměla v intencích augsburského míru rozhodovat pouze o právu, ale i o náboženství, v němž se veřejný prvek mísí se soukromým a profánní s transcendentním.

Jde o vývoj působivě popisovaný A. de Tocqueville v souvislosti s tím, jak starý režim napomohl dílu Revoluce.³³ Centralizace a etatizace ničila intermediární struktury, jež omezovaly bezprostřední dosah působení státní moci a do určité míry i jednotlivce (typicky cechy). Nicméně intermediární struktury představovaly svého druhu také úkryt před státní mocí: po jejich rozbití nebyl mezi státem a (atomizovaným) jednotlivcem žádný prostředník. To se negativně projevilo právě za Revoluce s jejími ambicemi zásahů do životů, výrazně přesahujícími ambice králů.

Podobně to vyjadřuje velký historik Francouzské revoluce F. Furet. „*Výsledkem Revoluce totiž nakonec byla atomizovaná společnost izolovaných jedinců, spojených v politické rovině všeobecnou vůlí, proklamující to, co jim bylo společné. Ve skutečnosti však byli velmi rychle podřízeni administrativní diktatuře, což byl jediný prostředek, jak zastavit anarchii, která je s takovýmto radikálním individualismem nerozlučně spjata.*“³⁴ A pro větší působivost cituje z parlamentní řeči P. P. Royer-Collarda z roku 1822: „*Tam, kde neexistuje nic než jednotlivci, jsou všechny záležitosti, které se jich přímo netýkají, záležitostmi veřejnými, záležitostmi státu.*“³⁵

Ovládne-li ovšem stát veřejný prostor, znamená to, že všechna ne-privátní očekávání jsou směřována právě ke státu, a nikoliv také k církvi, obcím, cechům nebo panstvím. Kdo se postará o slabé? Kdo se postará o všechny, nečekáme-li leckdy nic od rodiny, ba ani od sebe? Je to možná něco na způsob sebenaplnujícího se proroctví: stát potřel konkurenty, soustředil na sebe různá očekávání, a to jej dále pohánělo k posilování svých funkcí.

Od funkcí pořádkových tak přechází k zajišťování pozemského blaha (blahobytu) ve formě sociálního státu (různá pojištění, instituce sociální péče), k čemuž je třeba peněz, takže dochází k výraznější redistribuci příjmů. Oslabováním (ústupem) státu se tak někomu může jevit i stav, kdy přestávají být peníze na zajišťování sociálních služeb, jež byly realizovány v minulosti a stále mohou být žádané. Jde ale o selhávání, anebo jen o ztrátu iluzí?

Stát se soustředěností na tento svět odlišuje od církve, která se starala především o blaho věčné a ve vztahu k blahu pozemskému využívala spíše darů. Nicméně návaznost na církev se projevovala a projevuje v pastorálním pojetí moci státu (M. Foucault). Státní moc získává výchovatský rozměr, vyjevuje se v péči o výchovu a blaho každého jednotlivce, jen někdy explicitněji (jakobíni, bolševici), jindy mlčky. Pastorální moc zdaleka přesahuje pouhé zajištění pořádku či bezpečí; s jejími prvky se setkáváme v každém moderním státu.³⁶ Také v tom je patrné, že stát nastoupil na místo církve.³⁷

³³ TOCQUEVILLE, A. de. *Starý režim a revoluce*. Praha: Academia, 2003.

³⁴ FURET, F. *Francouzská revoluce. Díl 2. Ukončit revoluci. Od Ludvíka XVIII. po Julese Ferryho (1815–1880)*. Praha: Argo, 2007, s. 50.

³⁵ *Ibidem*, s. 51.

³⁶ ŠEJVL, M. Stát jako nositel sekularizace? *Právník*. 2013, č. 10, s. 981 nn.

³⁷ HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?*, s. 30. Podle Halterna můžeme ve státu vidět posvátno, jež značí jednak přesahování jednotlivců, jednak nárok na ultimátní loajalitu. To odpovídá Schmittově tezi o oprávněnosti státu žádat, aby za něj jeho občané položili život, protože stát drží monopol určování přítele a nepřítele, jenž je podstatou politična.

Už zmíněný Tocqueville si všímal demokratického tlaku na konformitu, který se projevuje ve zvěšování vládní kontroly nad jednotlivcem, a to i v podobě „jemné“, neviditelné moci. Demokracie je přece vládou většiny, což otevírá prostor pro úvahy, o čem všem má většina rozhodovat: také o vkusu, o dobru i zlu? A jde o většinu společenskou, která určuje či udržuje mravy a sociální konvence, anebo většinu politickou, jež pohání státní mechanismus disponující donucením přesahujícím společenský odsudek? L. Tiger užívá pojmu „byrogamie“, kterým chce vyjádřit situaci, kdy stát převzal roli otce v neúplných rodinách, o jejichž (spolu)financování se stará.³⁸ Býváme konfrontováni s odebíráním dětí z rodinné péče, ač děti zdaleka ne vždy bývají rodiči mučeny v konvenčním slova smyslu. Jenže za mučení může někdo považovat i pohlavek, případně i chudobu.

Pro Foucaulta je v podobných kontextech jasná souvislost s pastýřskou úlohou státu, který chce být arbitrem lidského štěstí.³⁹ Vzniká tak mj. biopolitika zajímavící se o zdraví i život, respektive pouhý, nepolitický život (*zôé*) lidí v míře dříve nebyvalé; překračuje tak jedno z tradičních omezení politiky a veřejné moci. Nyní mají být i takto intimní otázky předmětem rozhodování většiny, a to včetně témat typu eugenika nebo euthanasie, jež bývala považována za vyloučená z dosahu veřejné moci, protože náležela Bohu nebo přírodě.⁴⁰

A kde je zájem státu, respektive zájem politický, tam má tendenci se objevit i právo.⁴¹ Po překonání duality státu a společnosti běžné v 19. století tak ztrácí veřejná moc další limit a proniká hlouběji do soukromí. Zastavována začne být až nástupem lidských práv, které převrátí dosažený stav: ne automatické a presumptivně legitimní rozhodování většiny ovládající politické moci o všem, nýbrž zpochybnění rozhodování většiny s odvoláním na lidskoprávní aspekty (viz však dále k lidským právům jako titulu veřejnomocenského omezení individuálních voleb – antidiskriminační politika). Záleží samozřejmě na intenzitě a rozsahu tohoto omezování. Musíme si však být vědomi toho, že většinovému rozhodování musí být vyhrazen podstatný okruh témat, abychom vůbec mohli mluvit o demokratickém státu.⁴²

Blaho se může projevovat různě: v plnění hrnců i v zajišťování všemožné rovnosti. Platí-li u Hobbese „*protego ergo obligo*“, je důležité vědět, před čím vším stát jednotlivce chrání, a tedy si jej zavazuje poslušností. Problémem totiž je, že stát všestranně chránící má značný potenciál být státem všestranně utlačujícím.

V roce 1941 přišel F. D. Roosevelt s konceptem čtyř svobod, jenž byl následně promítnut ve Všeobecné deklaraci lidských práv OSN. Vedle občanské a politické svobody sem patřily i svoboda od strachu a nedostatku. Je však rozdíl v tom, zajišťuje-li stát jednotlivce před zločinem, anebo se stará i o to, aby měl co jíst. Případně jej dokonce chrání před citovou újmou, což je časté téma řady antidiskriminačních kauz. V některých případech jsou antidiskriminační kauzy založeny na tacitním předpokladu, že většinové postoje

³⁸ FUKUYAMA, F. *Velký rozvrat*, s. 78–79.

³⁹ LOUGHLIN, M. *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 29–30.

⁴⁰ AGAMBEN, G. *Homo sacer*. Praha: Oikoymenth, 2012, s. 11 nn., s. 119 nn. K tématu vyšla celá kniha – FOUCAULT, M. *Zrození biopolitiky*. Brno: Centrum pro demokracii a kulturu, 2009.

⁴¹ FILIP, J. Biojurisprudence – nový pohled na právo nebo jen nový směr právní vědy? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, č. 2.

⁴² K americké diskusi o akcentech tu na demokracii, tu na lidská práva, srov. PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 71 nn.

a preference jsou represivní, takže identita s nimi spojená je vykazována do soukromí, zatímco postoje a preference různých menšin pronikají do veřejného prostoru. Stát má tedy zajistit, aby se nositelé většinových identit nechovali způsobem, jenž může být nositeli identit menšinových chápán úkorně. Někdy při tom slábne pozornost věnovaná rovnosti před zákonem a negativní svobodě jako vytýčení prostoru vlastního sebeurčení, jako by to byly samozřejmosti, o něž se není třeba starat. Historie však ukazuje, že samozřejmostí rozhodně nejsou. Jen se dříve kladl jiný typ důrazu na srovnání lidí ve výsledku: rovnost měla především sociální parametry, teď se ve jménu rovnosti v důstojnosti kompenzují rozdíly ve zdravotních hendikepech či kulturní identitě. Jenže tento typ dosahování rovnosti je založen na uvědomovaném odlišování: jelikož je XY jinaký, potřebuje dorovnat. A odlišování společnost rozděluje, nikoliv spojuje (záleží samozřejmě na míře).

Klíčová hodnota přiznávaná lidské důstojnosti je základem dignitaristické koncepce lidských práv, jíž lze spojovat s německým Základním zákonem a jeho duchovním zájmem. Od ní se odlišuje spíše anglosaská (možná liberální, možná libertariánská) koncepce negativní svobody.⁴³ Význam lidské důstojnosti je nepochybný a zásadní. Ošemetnou by se však stala při užívání v roli nástroje soudcovské politiky: rušení zákonů, respektive vynucování přijetí zákonů s určitým obsahem, protože jen ten odpovídá pozitivním právem samozřejmě nepřiliš specifikované lidské důstojnosti. Pak by byly lidskoprávní katalogy zbytečné – vše by bylo odvoditelné z této jediné hodnoty.

V úloze státu se projevují i různé nové výzvy typu technologického rozvoje, problémů životního prostředí, mezinárodního terorismu (viz dále). K jejich zvládnutí je třeba peněz, takže oproti státu prapůvodně financovanému z panovnické domény došlo ke zmnožování jednorázových daňových odvodů a „darů“ (berně schvalované stavy na panovníkovu žádost, více či méně dobrovolné dary církevních shromáždění) a později i k zavádění stálých plateb v podobě cel, přímých i nepřímých daní, jež během 20. století narůstaly. Současně se ukazovalo, že povaha zmiňovaných výzev vylučuje úspěšné zvládnání jednotlivým státem. Vytvořily se tak stimuly pro mezistátní spolupráci, která sice zvyšuje kapacitu státu něco vyřešit, znamená však také omezení jeho manévrovacího prostoru jako autonomního aktéra.

4. FAKTORY OMEZUJÍCÍ MOC STÁTU

Limity moci státu se projevují různě. Omezují jej v tom, co reálně může, případně v tom, co smí, chce-li být považován za legitimní. Jindy jej naopak zavazují v podobě příkazů, co musí, jinak mu hrozí různé typy sankcí. Podle mého soudu lze rozlišit dvě velké skupiny takových faktorů, externí a interní. Specifickou je povaha lidských práv, jež působí průřezově jako limit každé veřejné moci. Ve stále větší míře také stát pozitivně zavazují k přijímání opatření tím či oním právem vynucených. Nejde tedy o volnou úvahu, nýbrž o imperativ, leckdy odvozený ze značně volného čtení textové podoby

⁴³ M. Rosenfeld a A. Sajó si rozdílu všimají ve vztahu ke svobodě projevu, jde však o obecnější koncepcce. Viz ROSENFELD, M. – SAJÓ, A. Spreading Liberal Constitutionalism: an Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies. In: S. Choudhry (ed.). *Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Pěkně o tom mluvil J. Baroš na konferenci „Demokratizace a lidská práva“, jež proběhla v květnu 2014 na Fakultě sociálních studií v Brně.

lidskoprávních ustanovení (viz výše). Někdy tedy stát omezují, jindy jej zavazují k pronikání do sféry osobní autonomie. Omezující účinek je patrný ve vztahu ke státům uvnitř i vně: lidská práva jsou limitem státní moci a titulem pro vnější zájem o jednání státní moci na území státu i mimo ně.

4.1 Externí limity

4.1.1 Pluralita států

Přirozeným vnějším limitem moci státu je existence jiných států. Veřejnou moc stát uplatňuje na svém území; ve vzájemných vztazích mezi státy se mělo dlouho za to, že existuje něco jako přirozený stav bez regulační autority. Proto se ve vztazích mezi státy uplatňoval dyadický model řešení sporů se dvěma stranami, jež se buď dohodnou, anebo válčí.⁴⁴ Rovněž nárok suverenity být nejvyšší a konečnou mocí se vztahuje k určitému teritoriu, odhlížíme-li od předmoderní suverenity (supremace), jíž se dovolávali středověcí papežové a císaři ve vztahu k *Imperium Christianum*.

Nutnost střetávání se s jinými státy dopadala na jednotlivé aktéry odlišně v závislosti na jejich síle, tj. nejen velikosti území a počtu obyvatel, ale i bohatství, akceschopnosti armády, loajalitě občanů apod. Život ve stínu velmoci dozajista neomezoval suverenitu malého státu v právním smyslu, mohl však podvázat jeho manévrovací prostor (srov. ve 20. století fenomén finlandizace).

4.1.2 Mezinárodní právo

K těmto limitům téměř fyzikálním začaly přibývat během 20. století limity další, spíše ze světa sociálních konstruktů. Zvyšoval se počet mezinárodních smluv, jejichž obsahem byla stále širší paleta otázek (vedle politických i obchodní, zásady vedení války, doprava apod.). Postupem času se zintenzivnily účinky mezinárodních smluv zakotvováním generálních inkorporačních klauzulí do ústav, na základě nichž se smlouvy nejen stávaly součástí právních řádů, ale získaly i aplikační přednost před domácím právem. Ústavodárce tím omezil zákonodárce.⁴⁵ Paralelně byly propracovávány mezinárodní

⁴⁴ Mluvíme o moderních státech, kdy již nebyla běžně uznávána rozhodčí autorita papeže jako třeba ještě v roce 1494, kdy došlo k rozdělení světa mezi Portugalsko a rodící se Španělsko. To však neznamená, že by papež jako arbitr nemohl z iniciativy stran přerušit rozhodnout. Příkladem je pohraniční spor mezi Chile a Argentinou v 70. letech 20. století.

⁴⁵ Jeden z oponentských posudků vytkl článku přeceňování vnějšních limitů, neboť oponent vychází z názoru o „ochočení“ mezinárodního i evropského práva státy. Po mém soudu je to věcí perspektivy a míry. Z perspektivy mezinárodního práva (monistické) dozajista mohou být inkorporační klauzule překážkou pro vstup mezinárodněprávních pravidel do vnitrostátního právního řádu, z perspektivy práva vnitrostátního však jde o instrumenty regulovaného otevření se. Pěkně je to vidět už na článku A. Hobzy z *Právnicka* č. 1 z ročníku 1923, který se věnoval publikaci a platnosti poválečných mírových smluv u nás, respektive na jeho mimooběžnosti s (nejen) dobovou praxí. Koneckonců o tom v četných textech pojednává J. Malenovský a v knize o mezinárodních smlouvách v českém právu také P. Mlsna a J. Kněžínek. Jde mi o možná banální poukaz na zúžení diskrece státu pro „všední den“: zákonodárná, výkonná i soudní moc států v evropském prostoru si všimají pramenů mezinárodního práva v míře nesrovnatelné třeba s dobou před 2. světovou válkou, což samozřejmě nezlíkvidovalo možnost smlouvy vypovědět či od nich odstoupit, fakticky se vyvázat z jejich plnění ve stavu státní nouze (případně výjimečný stav – viz níže), případně zrušit generální inkorporační klauzule a vrátit se k „přetavování“ mezinárodních závazků cestou legislativních aktů. Nicméně pravděpodobnost odchodu např. ze štrasburského systému ochrany lidských práv s sebou nese důsledky, jež ne každý

mechanismy vynucování smluvních závazků v podobě dohledových výborů, rozhodčích panelů, případně i tribunálů a soudů. Dnes již působí i soudní orgány s obligatorní jurisdikcí, byť reakce států na jejich rozsudky jsou diferencované.

Ze sféry mezinárodních obyčejů vzešla kategorie pravidel označovaných jako *ius cogens*, jež se osamostatňují na vůli jednotlivých států stran ochoty se jim podřídít. Stejně tak se začal měnit náhled na subjekty mezinárodního práva, když vedle států a mezinárodních organizací začaly být beneficiary mezinárodního práva i fyzické osoby. Obojí souvisí s etablováním lidských práv jako pozitivizovaných práv přirozených. Ta se dokonce stala titulem k prolomení zásady svrchované rovnosti států a jejich územní integrity v podobě tzv. humanitární intervence: stát nemusí vést válku, ale přesto může být vnímán jako narušitel mezinárodního řádu, dopouští-li se např. genocidy. Legitimní institucionální záštitu humanitární intervence představuje OSN.

Přesto je mezinárodní právo nadále zacíleno primárně na státy. Jelikož se však v mezinárodním prostředí pohybují též další aktéři vymykající se ze státní regulace (obchodní společnosti, skupiny osob i jednotlivci), umocňuje se fenomén neregulované sociální moci, o němž bude ještě řeč.

4.1.3 Evropské právo a evropská integrace

V Evropě se však vedle mezinárodního práva zrodilo i právo evropské, jakkoliv odvozené ze smluvního základu. Ve vztahu k zapojeným státům představuje projekt evropské integrace limit zřetelnější, než jsou pravidla a instituce mezinárodního práva. Dáno je to širokým záběrem řešených otázek, propracovanou strukturou institucí připodobňujících se státu, i účinky evropského práva. Vzhledem k tomu se dá Evropská unie označit za svébytnou veřejnou moc působící na území členských států. Jistě se nedá říci, že by šlo o moc na státech nezávislou, ve vztahu k jednotlivému státu se však jedná o moc vnější. Jsou to státy, které Evropskou unii zřídily, rozhodují o jejím smluvním základu, který se z hlediska účinku blíží ústavám známým ze států, podléhají se na chodu unijních institucí. Stejně tak však platí, že Evropská unie může mít své zájmy, jež nejsou vektorovým součtem zájmů členských států, v jejím rámci mají státy nestejnou váhu i vliv, jsou konfrontovány s prointegrační judikaturou Evropského soudního dvora, zkrátka jsou „pány smluv“, ne však nutně Unie samotné. Být pánem smluvního textu navíc není totéž jako být pánem významu tohoto textu, což je poučka známá z analýz vztahu zákonodárce a soudní moci.

Mezinárodní právo i evropská integrace se významně dotýkají suverenity států, klasického konceptu spojeného s moderním státem od jeho počátků.⁴⁶ Jde o pojem se středověkými kořeny, v nichž se prolínají nároky papežů (*suprematio*), císařů a francouzských králů (*souverain*). Moderní kontury mu vtiskl J. Bodin, v pozdějším vývoji došlo ke zřetelnější depersonalizaci suverenity ve prospěch státu nebo poněkud abstraktního lidu. Mluvit tak můžeme o suverenitě státu, panovníka, lidu, parlamentu, ústavy, pravidla nebo právního řádu jako celku. Rozlišovat lze přinejmenším suverenitu vnější (negativní), chápanou jako nezávislost na vnější moci, a vnitřní (pozitivní), jež je výlučnou mocí na

stát unese. Určitě však souhlasím s tím, že efektivita mezinárodního práva závisí na vůli alespoň některých států. *Mutatis mutandis* to platí i o evropské integraci.

⁴⁶ O suverenitě píšou podrobněji ve třetí kapitole knihy: KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014. Odkazují na ni a na tam citovanou literaturu.

daném území. Také však materiální (v rozhodování o čem spočívá), nebo formální (reziduální a konečná moc rozhodnout o výjimce z pravidel). Mění-li se směrem k většímu propojování svět, k němuž se pojmy typu suverenity vztahují, co z ní zbývá, byla-li v raném novověku konsolidována v opozici k myšlence nadstátů, říší?

Ve vztahu k Evropské unii jde o různé varianty: suverenita pouze států, suverenita Unie i států, suverenita nikoho, protože jde o model postsuverénní. U. Beck považuje Evropu za pokusnou laboratoř inkusivní suverenity, která spočívá v odstoupení práv suverenity výměnou za získání politické regulační moci na základě mezinárodní kooperace.⁴⁷ Otázkou samozřejmě je, musíme-li politické regulační moci říkat suverenita. Podstatné rovněž je, že členské státy se nejen podílejí na vytváření vůle Evropské unie, ale jsou připraveny vymknout se omezením primárního práva (viz reakce na finanční krizi), případně se dovolat reziduální moci pro případ excessu z výkonu přenesených pravomocí (srov. judikaturu řady ústavních soudů). Zjevně tedy (pochopitelně) považují za konečnou moc sebe, což nevyklučuje dalekosáhlé podřízení se v běžných situacích. Suverenita se aktivuje (ožívá) ve výjimečném stavu. Jím je především odchod z Unie. I v něm se však ukazuje ambivalentní povaha suverenity jako konceptu právního a politického, normativního, respektive zatíženého empirickými rekursy. Jednou věcí totiž je nepominutelné právo státu vystoupit, věcí druhou faktická (ne)možnost vyvést stát a jeho ekonomiku z milionů vzniklých vazeb. Můžeme tedy říci, že státy zůstávají suverénní, „jen“ přibývá problémů, při jejich řešení jim to příliš nepomůže.

Zde je účelné podotknout, že na různé státy působí internacionalizace a europeizace odlišně. Současnou situaci tak patrně nelze popsat podle paušálního schématu. G. Sørensen proto popisuje tři typy států: státy moderní, postkoloniální a postmoderní.⁴⁸ První typ si činí nárok na kontrolu užití násilí, má centralizovaný systém vládnutí, v němž sehrávají klíčovou roli právní pravidla, opírá se o národní identitu a o relativně soběstačnou ekonomiku. Typ druhý trpí slabostí institucí, takže se zde setkáváme spíše s osobní vládou a klientelismem, státní aparát se leckdy věnuje především dobývání renty a nezřídká nekontroluje celé území státu, místo národa je podstatná kmenová nebo náboženská identita, ekonomika je jen slabě rozvinutá, často zaměřená pouze na těžbu surovin, případně pěstování jedné klíčové plodiny (káva, kakaové boby, bavlna). Konečně třetí typ se vztahuje k evropské současnosti, takže reflektuje nadstátní integraci, víceúrovňové vládnutí s nadstátní i substátní složkou, doplňování národní identity poukazem na evropské „my“ a vysoce propojené ekonomiky.⁴⁹ Všechny typy však existují souběžně, na což někteří západní myslitelé mohou mít tendenci zapomínat.

V Evropě jsme každopádně konfrontováni nejzřetelněji s faktem tzv. víceúrovňového vládnutí, v němž se stát poněkud rozpouští. Dostí se tím zpřehledňuje identifikace toho, kde je vlastně moc a s ní spojená odpovědnost, organizovaným zájmům to však

⁴⁷ BECK, U. *Co je to globalizace?*, s. 158.

⁴⁸ SØRENSEN, G. *Stát a mezinárodní vztahy*. Praha: Portál, 2005, s. 91 nn.

⁴⁹ Tento typ označuje N. MacCormick za státy postsuverénní: suverenita již nenáleží ani jim, ale ani Evropské unii. Viz MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty*. V současné české literatuře můžeme nalézt i opačný názor, podle nějž (stupňovitá) suverenita náleží jak členským státům, tak Evropské unii. Viz HAMULÁK, O. *Integrující se Evropa a suverenita České republiky*. Olomouc: Acta Iuridica Olomoucensia, 2013. Přehledně k různým pozicím ve sporu o (ne)existenci suverenity WALKER, N. (ed.). *Sovereignty in Transition*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2006.

umožňuje zmnožovat kanály svého působení. Pro konkrétní organizované zájmy a jejich podporovatele to může být ku prospěchu, pro obecný (veřejný) zájem ne nutně.

Na úrovni „nadevropské“ chybí vládnutí identifikovatelný subjekt, proto se zdůrazňuje povaha procesu, nikoliv něčího rozhodování. Mluví se o polycentrické síti, do níž jsou zapojeny nejen státy a mezinárodní organizace, ale i nadnárodní korporace nebo jednotlivci: pro některé světoobčané, pro jiné jen globální elita. Rozptýlená povaha moci vede k tomu, že se sice vracejí úvahy o impériu, avšak o impériu delokalizovaném, bez hlavního národa i jednoznačného centra, stále ovšem ovládajícím a rozdělujícím. Tváří v tvář impériu jeví se státy přece jen demokratičtěji (M. Albrow, A. Negri, P. Carrozza, D. Zolo aj.).⁵⁰

Záleží tak na úhlu pohledu. Pro někoho jsou státy represivní a omezující, kýžené jsou osvobozující ploché sítě interakcí a vyjednávání o všem. Pro jiného ovšem sítě spráda pavouk – impérium jako zástěrku vlastní moci, takže je lepší se orientovat na státy.

Určitě je možné fenomény internacionalizace a europeizace vnímat nikoliv jen jako omezení států, ale i jako zmnožení jejich mocenského potenciálu. Nebude se to ovšem týkat států jako takových, nýbrž spíše určitých států. Proměna mezinárodního práva umožňuje propojovat zájmy s hodnotami, takže nátlak na stát XY nemusí být vnímán jako realizace velmocenské politiky, ale jako prosazování mezinárodním společenstvím uznávaných hodnot. „Mezinárodní společenství“ přitom v tomto kontextu neznamena nutně všechny. Marsilius z Padovy ve 14. století chápal lid jako zdroj moci na tomto světě, přičemž lidem byla „*pars valentior*“, tedy hodnotnější část, honorace. „*Pars valentior*“ existuje jistě i v mezinárodním společenství: tón obvykle neudává Botswana. Otázkou je, nakolik jsme ochotni si to – v konfrontaci se zásadou svrchované rovnosti států – připustit.

Podobné je to i v Evropské unii, která může sloužit jako závoj pro záměry států, jež by byly jejími hybateli, případně sloužily jako jazýček na vahách. Každý z členských států může spolurozhodovat o dění v jiných státech, což by jinak nebylo možné. Otázkou je poměr mezi touto přeshraniční „mocí“ a úbytkem oprávnění rozhodovat o sobě samém. Navíc může být stát jako právní entita v rozhodovací autonomii oslaben, jeho bankovní sektor však může být volným pohybem kapitálu silnější než kdy předtím. Jde tedy také o to, koho (co) v jakém kontextu chápeme jako stát.

V oblasti výlučných kompetencí Evropské unie nemůže členský stát samostatně dělat nic, jinde je zavázán zdržet se legislativní aktivity, reguluje-li Evropská unie věc nařízením, případně legislativní aktivitu vyvinout v oblasti transposice směrnic.

4.1.4 Globalizace

Mezinárodní právo i evropská integrace jsou přinejmenším zčásti na státech závislé. Na globalizaci však státy přílišný vliv nemají. Podle U. Becka představuje globalizace únik politiky z rámce národního státu.⁵¹ Státy nejsou schopny efektivně zabránit ani přesu-

⁵⁰ Srov. např. CARROZZA, P. Constitutionalism's Post-Modern Opening. In: M. Loughlin – N. Walker (eds). *The Paradox of Constitutionalism. Constitutional Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007; BARŠA, P. *Síla a rozum. Spor realismu s idealismem v moderním politickém myšlení*. Praha: Filosofia, 2007, nebo BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době*. Nejnověji v české literatuře srov. BELLING, V. Pojem suverenity a jeho relevance v éře postnacionálního vládnutí. *Právník*. 2014, č. 8.

nům špinavého vzduchu zpoza hranic, ani proudění kapitálu.⁵² Jejich měny mohou být obětí útaku finančních spekulantů. Nadnárodní společnosti s příjmy většími než lecjaký stát jsou ve výhodné pozici při vyjednávání o investicích, neboť mohou jít jinam. A neplatí to jen pro rozvojové země, zvláště ochotné rezignovat na sociální a ekologickou regulaci. Zmíněným společnostem zkrátka chybí „protimoc“.⁵³ Při náznaku odporu se mobilní kapitál přesouvá jinam, vyhýbá se střetu s „jinakostí“, tj. jinými preferencemi či hodnotami.⁵⁴ Snaha velké společnosti omezit v jejich případné necitlivosti k životnímu prostředí či místnímu obyvatelstvu nevychází ani tak od států jako spíše od veřejnosti razící koncept společenské odpovědnosti. Současně však je součástí globalizačních procesů i universální poselství lidských práv, které ale může být kritiky prezentováno i jako kulturní imperialismus Západu. Globální problémy přispívají k diskusi o globální reakci – debatuje se tak o globálním vládnutí, případně i o globální demokracii (D. Held).

4.2 Interní limity

4.2.1 Vymizení státního zájmu

Státní zájem, respektive *raison d'Etat*, jsou pojmy, jejichž vznik je v dějinách politického myšlení spojován s ranou fází existence moderních států.⁵⁵ Někdy jsou vázány na Machiavelliho a jeho současníky, jindy na reflexi poměrů za francouzských náboženských válek, kdy se stát ve střetu vyznání jevil být neutrální instancí. Každopádně byla identifikace státního zájmu svěřována politickým mocím. Vidět je to pěkně na Lockově koncepci prerogativy jako knížecího oprávnění jednat bez zákona a třeba i proti němu v krajních případech nutnosti ochrany obecného zájmu. Z toho nám zůstaly instituty ústavní (státní) nouze, krizového řízení státu v podobě tzv. ústavní diktatury (C. Rossiter) či diktatury komisařské (C. Schmitt).

Otázkou ovšem je, zda vůbec věříme v existenci státního zájmu. Je stát zvláštní osobou se specifickým zájmem? Stejně tak je možné se ptát, zda existuje zájem veřejný, jenž by byl odlišný od zájmů jednotlivců. Občas je totiž zpochybňována i existence společnosti coby nadindividuální fikce. Jsou-li reální jenom jednotlivci (viz však výše), tak jaký zájem obecný, veřejný, státní?⁵⁶

⁵¹ BECK, U. *Co je to globalizace?*, s. 9.

⁵² Schopnost kontrolovat hranice je indikátorem jednoho z typů suverenity S. Krasnera. Srov. KRASNER, S. *Sovereignty. Organized Hypocrisy*. Princeton University Press, 1999.

⁵³ BECK, U. *Co je to globalizace?*, s. 9–10.

⁵⁴ BAUMAN, Z. *Globalizace. Důsledky pro člověka*. Praha: Mladá fronta, 1999, s. 19.

⁵⁵ Podrobně k tématu SADURSKI, W. Reason of State and Public Reason. *Ratio Iuris*. 2014, č. 1. Z různých pojetí je za smysluplné prohlášeno to, kde je státní zájem identický s obecným dobrem, které ovšem předpokládá uvažování v kategoriích homogenity lidu či obecné vůle.

⁵⁶ Oponent článku za základní zájem státu považuje udržení pořádku na svém území. S tím souhlasím. Řekl bych dokonce, že základním zájmem státu je stát sám, jeho udržení, neboť to je prostředkem plnění různých, v čase se měnících funkcí, mezi nimiž ta pořádková bude klíčovou. Velmi pěkně to říká J. Wintr: „*Smyslem státu je stát – stát má stát neochvějně, stát a chránit pokoj a bezpečnost lidu i lidí, stát a přetrvávat, stát a spravovat svěřený díl zemského povrchu, jakož i stát po boku jiných států, v míru, vzájemné spolupráci a společné odpovědnosti za osud lidstva i planety.*“ Viz WINTR, J. *Principy českého ústavního práva s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006, s. 144. Nešlo mi tu ovšem ani tak o líčení toho, co si myslím já, nýbrž spíše o pokus nastínit různé faktory stát omezující – a mezi ně skepse ke státnímu zájmu patří.

Nejde tu jen o současné debaty, podmalované neoliberální rétorikou, ale o klasická témata provázející americkou i francouzskou revoluci a silně rezonující v německém myšlení 19. a 20. století. Střetává se zde kritika partikularismu politických stran s různými recepty na odpomoc. Mezi ně patří hledání obecného stavu (byrokracie), stát reprezentovaný panovníkem versus společnost zastřešená parlamentem, obecná vůle přýšticí z lidu nebo vytvoření rozsáhlé Unie jako prevence převládnutí jakéhokoliv dílčího zájmu. Různé úhly pohledu se promítly i v hodnocení parlamentů od nástupu masových politických stran koncem 19. století: má tu jít o hledání pravdy a spravedlnosti, anebo jen o hájení různých zájmů na principu směny?

V současnosti je oslabena představa hledání obecného zájmu ať už politickými stranami, anebo byrokracií. Přispívají k tomu ekonomické přístupy k politice, jež zdůrazňují realizaci vlastních zájmů politickými aktéry, někdy dokonce jen dobývání renty jednotlivci i jejich skupinami. Ětos celoživotní úřednické služby je potírán manažerismem a jinými prvky přenášenými ze světa podnikání. Pozorovány a medializovány jsou projevy korupce, která podrývá službu obecnému zájmu. Někdy se dokonce zdá, že se o korupci mluví tolik, že to vzbuzuje dojem její všudypřítomnosti, ač třeba nebývá podporován každodenní zkušeností. Zvyšuje se tak distance mezi občany a politiky, občany a státem. Stát není mnohdy vnímán jako civilizační zařízení, nýbrž jako odcizený a leckdy málo srozumitelný erár. Rovněž politici nebývají považováni za ty nejlepší z nás, ale za „oni“. To rezonuje zvláště v postkomunistickém prostoru, kde byla politika dlouhodobě diskreditována tím, že byla „ukradena“ komunistickými stranami.⁵⁷ Je to ovšem v ostrém rozporu s chápáním politické dráhy jako respektované cesty k veřejnému uznání, jež vyvěrá z textů provázejících vznik USA, ale také ilustrujících zlatou éru britského parlamentarismu ve druhé třetině 19. století.⁵⁸

Snižuje se (nejen v této části Evropy) počet členů politických stran, jež rovněž méně pracují s veřejností. Soustřeďují se spíše na získání voličských hlasů marketingovými metodami, k čemuž využívají sponzorských peněz, případně peněz státních (za voličské hlasy): státních peněz politické strany využívají v kampaních, za něž jsou oceněny podílem na rozhodování o osudech státu a opět státními penězi.⁵⁹ Zásadní vadou ovšem je

⁵⁷ V českém přístupu k politickým stranám je patrná jistá rezervovanost, která se různě vyvíjí od rakouských časů (zkušenosti s partiokracií i státostranou). V 90. letech minulého století chtěl politické strany jako kanály politické participace rehabilitovat V. Klaus, ovšem způsobem značně kontraproduktivním, tj. nárokováním monopolu na veřejný prostor (mimo strany není legitimního vlivu na věci veřejné). Kdo však má monopol, má také úplnou odpovědnost. Poukázal na to ve svém pozoruhodném projevu z léta 1989 také M. Jakeš.

⁵⁸ Bohužel k diskreditaci politiky přispěl u nás rovněž případ bývalého předsedy vlády P. Nečase, v jehož stínu zřejmě vznikala vlivová síť, která spočívala v obsazování klíčových míst ve státní správě vzájemně navázanými osobami, a to nikoliv v zájmu obecném, ba ani ne stranickém, nýbrž osobním. Svého času byly prvky vytváření vlivové (klientské) sítě identifikovány rovněž v kauze plzeňské právnické fakulty. Takové sítě jsou způsobilé zcela rozložit stát jako mechanismus služby obecnému zájmu. Hojně o tom u nás píše M. Klíma.

⁵⁹ Z pohledu kritiků tu jde o vývojové linie od pokusů o formulování obecného zájmu přes reprezentaci partikulárních zájmů tvář v tvář státu jako neutrální instanci ke kolonizaci státu ve prospěch reprezentovaných zájmů a dále až k prostému dobývání renty, kdy už nejde o oficiálně reprezentované zájmy, ale jen o ty uvnitř a jejich kontakty. V oficiálních typologiích se mění masové politické strany v *catch all parties* a strany kartelové, mluví se i o podnikatelských stranách. Těmi mohou být strany sloužící jako nástroj podnikání, tedy opatřování zakázek pro vnější subjekt s vlivem na jejich vznik, organizaci nebo financování, dále strany sloužící ke krytí podnikání, respektive zajištění politické podpory pro podnikání, a konečně strany, jež jsou vlastním předmětem podnikání ve smyslu opatřování státních finančních příspěvků za hlasy, mandáty a na činnost.

přibývání občanů, kteří nevěří, že podíl na rozhodování o osudech státu slouží obecnému prospěchu. Problematické je tak nejen úloha politických stran jako hlavních kanálů politické participace, ale i legitimita politického systému. Velmi podstatná jsou totiž slova U. K. Preusse: „...*reprezentování politického společenství vyžaduje ztělesnění takových obecných hodnot, jako jsou důstojnost, čest a sebeúcta, což může být věrohodně dosaženo pouze osobnostmi, které samy vzbuzují úctu.*“⁶⁰ Autor sice mluví o francouzských králich 18. století, výrok však má po mém soudu obecnou platnost.

Oslabení důvěry v předpoklady fungování reprezentativní demokracie otvírá prostor pro hledání alternativ v podobě specifických politických hnutí, přímé demokracie, přímé akce, korporativismu apod.

4.2.2 Lidská práva

Při pochybnostech o státním zájmu a jeho interpretech se jako legitimní prosazují práva a zájmy jednotlivců. Lidská práva vůbec slouží jako důvod existence (liberálního) státu a jako hlavní limit jeho moci. Poněkud sporné ovšem je, jsou-li lidská práva výrazem vůle většiny v určitý moment, který je pro příště „zmražen“, takže jsou z dispozice většiny vyloučena. A to buď relativně při požadavku kvalifikované většiny, anebo absolutně, jsou-li nezadatelná. V takovém případě fungují jako určitý druh právního tabu – právně jsou legislativní zásahy nepřipustné, takže se vlastně nedějí. Nicméně každý typ takového „opevnění“ právní úpravy sice oslabuje orgán s legislativní pravomocí, nikoliv však soudy, jež mohou cestou interpretace ve skutečnosti rozsah práva modifikovat.⁶¹

Lidská práva evidentně působí vertikálně jako limit všech větví státní moci. Trochu ambivalentní může být účinek horizontální. Vůči aplikaci lidských práv mezi soukromými osobami byly zdrženlivé země jako Kanada, Velká Británie nebo Jihoafrická republika, což může souviset se shora zmíněným důrazem na lidskou svobodu spíše než na důstojnost. Přinejmenším ve Velké Británii se však začal horizontální účinek prosazovat pod vlivem Evropské úmluvy.⁶² Typickým projevem horizontálního účinku je zákaz diskriminace, přičemž zakázané tituly odlišování stanovuje stát. Dochází tedy k omezení svobody osob chovat se diskriminačně, což může zahrnovat někdy až nečekané způsoby jednání. Otázkou ovšem je, zda se tím zvětšuje moc státu. Asi zde nepůsobí něco jako aktivní státní zájem, spíše se brání ostatním nějak se chovat. O zvětšení moci jde v onom pastoračním smyslu, protože stát ingeruje do vztahů dříve ignorovaných. V závislosti na tom, v čem všem svým občanům stát brání, je možné formulovat otázky i nad jeho neutralitou k různým etickým koncepcím.

Lidská práva bývají často chápána jako nezpochybňovaná dobra svědčící všem, jednotlivcům i obci. Naproti tomu veřejná dobra (veřejné statky) jako veřejná bezpečnost, pořádek, mravnost atd. jsou ve srovnání s lidskými právy kapku podezřelá stran toho, nezastírají-li nějaký partikulární zájem. Jako když nějaká skupina chce prosadit své

⁶⁰ PREUSS, U. K. Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept? In: P. Dobner – M. Loughlin (eds). *The Twilight of Constitutionalism?...*, s. 34.

⁶¹ SCHWARTZBERG, M. *Democracy and Legal Change*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2009.

⁶² MORAN, M. Inimical to constitutional values: complex migrations of constitutional rights. In: S. Choudhry (ed.). *Migration of Constitutional Ideas...*, s. 236 nn. Za zlomový považuje případ Campbell rozhodnutý Sněmovnou lordů v roce 2004.

morální představy na úkor ostatních. Jenže i samotná lidská práva mohou být vnímána jako partikularistická: určité interpretace svědčí konkrétním jednotlivcům či jejich skupinám, ne nutně většině, případně společnosti.

Zdá se ovšem, že v USA se poměr lidských práv a veřejných dober po 11. září 2001 vyvinul trochu jinak. Sehrávají v tom roli i odkazy na státní nouzi a výjimečný stav, včetně jeho teoretické konstrukce v díle C. Schmitta.⁶³ Konkrétnějším projevem jsou úvahy M. Shapira o diferenciaci trestního procesu podle typu delikventa: běžný proces pro běžné ohrožení, zvláštní proces pro vysoce organizované skupiny, teroristy apod., tedy nepřátele společnosti.⁶⁴ Je tedy možné, že Evropa se vymyká díky relativnímu bezpečí a blahobytu. Obojí je však značně křehké. Při masové imigraci nebo nedostatku vody se může vyjevit, jak jsou naše právní instituty a vysoká úroveň ochrany práv kontextuálně podmíněné.

4.2.3 Posilování soudní moci na úkor mocí politických

Odhlédněme nyní od přesvědčivosti existence státního nebo veřejného zájmu a věnujme se krátce otázce kompetence k jeho vyjevení. Shora byla řeč o prerogativě, která se ve francouzské a německé teorii transformovala do učení o aktech vládnutí, jejichž rysem bylo mj. vyloučení soudního přezkumu.⁶⁵ Během 20. století však vyloučených otázek ubývalo.⁶⁶ Došlo tak k posunu v tom směru, že do agendy dříve vyhrazené politickým mocím byly zahrnuty soudy, jež tak úplně státem nejsou. Koneckonců rozhodují spory mezi státem a osobami.⁶⁷

Posun je vidět už na „nové tripartici dynamiky mocenského procesu“ K. Loewensteina.⁶⁸ Jde tu o určování politiky, tedy přijímání zásadních rozhodnutí o politickém systému, typu ekonomiky, vztazích zaměstnanců a zaměstnavatelů, vstupu do aliancí atd. (*policy determination* ve formě ústavy, zákonů, mezinárodních smluv). Dále o provádění zásadních rozhodnutí prováděcími zákony, ale hlavně akty aplikace práva (*policy execution*), a konečně o politickou kontrolu (*policy control*), která vede k odpovědné vládě.

⁶³ Srov. např. SARAT, A. (ed.). *Sovereignty, Emergency, Legality*. Cambridge University Press, 2010.

⁶⁴ SHAPIRO, M. Courts in Authoritarian Regimes. In: T. Ginsburg – T. Moustafa (eds). *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2008. V Evropě jsme na přízpůsobování procesu typu pachatele trochu citliví, neboť nám do úvah prosakují vzpomínky na rasové a třídní kvalifikační znaky osob „delikventů“.

⁶⁵ Předobrazem vydělování otázek regulovaných právem a těch ostatních zřejmě bylo odlišení „*gubernacula*“ a „*jurisdictia*“ H. de Bractonem ve 13. století. Srov. KANTOROWICZ, E. H. *The King's two bodies*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

⁶⁶ Např. ve Velké Británii prohlásila Sněmovna lordů akty prerogativy za soudně přezkoumatelné v roce 1985 v případě *Council of Civil Service Union v. Minister for the Civil Service*, [1985] A. C. 374.

⁶⁷ Vedle zvýšení zapojení soudů do řešení politických otázek se zvyšuje i počet soudních sporů mezi soukromými osobami. „*Mnozí Američané dnes řeší u soudů záležitosti, které se kdysi vyřizovaly potřesením rukou.*“, říká F. Fukuyama. K témuž závěru dochází pro evropské realie ve svých různých textech P. Holländer. Fukuyama to však neodsuzuje bez dalšího, neboť různé žaloby na náhradu škody plní regulatorní funkci místo dovolávání se centrální autoritě státu. Srov. FUKUYAMA, F.: *Velký rozvrat...*, s. 36–37. Velmi zajímavý vhled do této problematiky nabízí slovenský právní teoretik R. Procházka. Ukazuje rozdíl americké a slovenské mentality v tom, že první se o sebe mají tendenci starat sami, ti druzí čekají na stát. Viz PROCHÁZKA, R. *Mak proti Gatsbymu. Osud, vina a zodpovednosť za škodu*. Trnava: Edition Ryba, 2009.

⁶⁸ LOEWENSTEIN, K. *Verfassungslehre*. 2. vyd. Tübingen, 1969, s. 40 nn.

Na přijímání zásadních rozhodnutí se vedle parlamentu podílí i vláda, případně hlava státu nebo ústavní soud; rozhodováním ve volbách a referendu i občané. Jde o dobu vládnutí jako tvůrčího procesu, v němž jsou určovány a realizovány stát a jeho podstata; nejde tu jen o vykonávání předem daných právních pravidel ani o technickou administraci.⁶⁹ V provádění rozhodnutí dominuje exekutiva, setkáme se zde však i s parlamenty a soudy. Při kontrole může jít o sdílení rozdělené moci (vzájemná kontrola spolupůsobením – zákonodárství, potvrzení jmenování, kontrasignace atd.), anebo o kontrolu na základě diskrece nositele dané kompetence (nedůvěra vládě, rozpuštění parlamentu, veto, soudní kontrola zákonů). Do vzájemné kontroly jsou tak vtaženy všechny moci, k nimž je opět třeba přičíst voliče.

Na úvaze o širokém sdílení moci je založen také koncept švýcarského právníka B. Ehrenzellera – řízení státu (vládnutí) je nedílné (*Staatsleitung zur gesamten Hand*), má však více účastníků, kteří se bez sebe vzájemně neobejdou: vládu a parlament, v menší míře soudy.⁷⁰

Zahrnutí soudů do výkonu politické moci oživilo zájem o smíšenou ústavu a smíšenou vládu, potažmo přemýšlení o různých typech demokracie a o rozsahu otázek, o kterých má (musí) rozhodovat bezprostředně demokraticky legitimovaný orgán.⁷¹ Jak upozorňuje R. Hirschl, judicializace politiky tím neskončila. Sleduje stupňující se zapojování soudů do hájemství politiky od kontroly právnosti postupů veřejné správy přes kontrolu ústavnosti postupů zákonodárce až po tzv. megapolitiku. V ní jde o rozhodování zásadních otázek definujících samu podstatu politického společenství, jako je např. míra přípustného přenosu pravomocí členského státu na Evropskou unii (judikatura Spolkového ústavního soudu), přípustnost apartheidu v JAR nebo desegregační judikatura Nejvyššího soudu USA. Aby se Hirschl vůbec pojmově vypořádal s takovým nástupem moci bez meče i měšce, užívá pojem nový konstitucionalismus.⁷²

Kritikové vytýkají tomuto vývoji to, že prošel od vyloučení soudů z politických procesů přes jejich zahrnutí až po hegemonii. Tím se jednak soudy politizují,⁷³ jednak se ochuzuje výčet toho, o čem lze ve volbách vůbec soupeřit (s odkazem na vágní záповěď ústavní povahy – typicky: je to lidské právo).⁷⁴ Umocněno je to tam, kde jsou to soudy, jež si spolu mají „povídat“. To je případ soudního dialogu vzývaného v Evropské unii,

⁶⁹ EHRENZELLER, B. *Legislative Gewalt und Aussenpolitik*. Basel – Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993, s. 116.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 124–125.

⁷¹ V české literatuře ONDŘEJKOVÁ, J. Smíšená forma vlády a Evropská unie. *Právník*. 2010, č. 7. Obecněji a již dříve MANIN, B. *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. Podle B. Manina se ke smíšené ústavě vztahuje už samotná reprezentativní demokracie svým (aristokratickým) principem výběru oproti demokratické rovnosti, jejímž symbolem je los.

⁷² Např. HIRSCHL, R. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, 2006.

⁷³ Politická povaha rozhodované otázky nezmizí jen proto, že ji řeší orgán nezávislý a nestranný, dovolávající se nepolitické autority.

⁷⁴ Výluky z politického procesu se netýkají pouze lidských práv, ale v poslední době i snah o konstitucionalizaci různých dluhových brzd. Nicméně zákazy deficitních rozpočtů opět prohlašují určitou podobu hospodářské a sociální politiky za vyloučenou v rámci dané ústavy, čímž omezují to, co je politicky možné. Tím netvrdím, že se státy mají zadlužovat, jen je otázkou, má-li být dynamická politická vůle nahrazována statickou ústavní regulací. Problémem ovšem evidentně je nevíra ve schopnost voličů i politiků odolat pokušení kupování voličských hlasů prostředky sociální politiky.

občas ovšem zpochybňovaného s tím, že soudci mají rozhodovat podle práva, a nikoliv přemýšlet o reakcích jiných soudců, s nimiž si kolikují hrací pole (svého času soudce Spolkového ústavního soudu S. Bross). Proto se vůči právnímu konstitucionalismu vymezuje konstitucionalismus politický, mluví se o významu otevřenosti politických procesů, participaci, deliberaci (viz výše).⁷⁵

S rolí soudů je na evropském kontinentě spojeno rovněž zmenšování významu zákona. Přitom moderní stát a legalita patří k sobě, protože legalita je způsobem jednání byrokracie,⁷⁶ která moderní stát symbolizuje. V 19. a 20. století se zákony stále více profilovaly jako nástroje státní politiky, což bylo kritizováno pro rozpor s ideálně-typickými znaky obecnosti, stability a předvídatelnosti (srov. velkou kritiku F. A. Hayeka). Propojením se státní politikou, respektive její realizací, však tyto kvality zákona padly za obět. Přibývalo jich a častokrát se měnily: v českém prostředí se mluvilo o legislativní smršti, v německém o normativní záplavě. Vysokou dynamikou a rozpory zatížený právní řád představuje pozvánku ke kreativnímu soudcovskému rekonstruování smysluplných pravidel. Konstantní judikatura tak *de facto* získává povahu pramene práva.⁷⁷ Proti ní se nemusí zákonodárce úplně jednoduše prosadit. Tím spíše to platí v situaci střetávajících se právních řádů, vnitrostátního, mezinárodního a evropského, kdy se zvyšuje váha soudní moci formulující pro daný případ relevantní pravidlo.

4.2.4 Oslabování veřejného prostoru, práva individuální a menšinová

Se vzrůstající rolí soudů souvisí i slábnutí veřejného prostoru, v němž se hledá shoda, jsou přesvědčování partneři, pěstuje se politika. Z různých důvodů, o nichž už zčásti byla řeč, politické procesy částečně degenerují. Vadí nám to však zřejmě méně, protože na ně méně spoléháme. Souvisí to také s tím, čemu se říká politika práv, případně rétorika práv. Její podstatou je záměna požadavků na to, co bychom chtěli, za tvrzení, že na něco máme právo.⁷⁸ Podobá se to charakteristice utopičnosti z pera polského politologa M. Bankowicze: podle něj jde o vydávání přání a tužeb za skutečnost.⁷⁹ Rozdíl je ovšem v tom, že v tomto případě je možné narazit na soud, který dosud netušenou skutečnost (např. právo osob téhož pohlaví na manželství) rozpozná v novém čtení (typicky) lidské důstojnosti.

Chtění totiž vyžaduje hledání podpory v nějakém kolektivu, tvrzení o právu přesvědčení soudu. V prvním případě se utváří veřejnost, v případě druhém se prosazuje jednotlivec. V politice máme názorové oponenty, v právním sporu popírače našeho práva. Vyzovování dalších práv, respektive rozšiřování dosahu práv stávajících, z obecných

⁷⁵ BELLAMY, R. *Political Constitutionalism. Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁷⁶ SCHMITT, C. *The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol*. Chicago: Chicago University Press, 2008, s. 66.

⁷⁷ Podobně při výkladu významu a podmíněnosti Montesquieuovy teze o soudcích jako ústech zákona KÁČER, M. *Prečo zotrvať při rozhodnutom*, s. 54 nn.

⁷⁸ Ve více deskriptivním tónu pojednává o „politice práv“ M. Shapiro. Popisuje tak nárůst rozsahu a počtu subjektivních práv v reakci na narůstající rozsah a intenzitu vlády. Viz SHAPIRO, M. *The Success of Judicial Review and Democracy*. In: M. Shapiro – A. Stone Sweet. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 180.

⁷⁹ BANKOWICZ, M. *Kritikové marxismu*. Brno: Barrister & Principal, 2013, s. 48.

formulací lidskoprávních katalogů nejen obvykle zasahuje do něčí svobody jednat bez omezení (všemožné antidiskriminační praktiky), ale také vyprazdňuje politiku. Je-li totiž něco nezadatelným právem, není možné učinit to předmětem politického boje, vést k tomu volební kampaň. Pak je ovšem třeba se opět ptát, co vůbec může a má být předmětem rozhodování většiny.⁸⁰

Optika subjektivního práva je blízká optice soukromníka, nikoliv občana, jemuž jde o společnou věc. F. Furet k tomu při komentování Proudhonova postoje říká, že základem novodobé společnosti je právní individualismus a demokratická abstrakce.⁸¹ H. Arendtová pěkně ukazuje koncept „veřejného štěstí“ působící v době vzniku USA, jenž lákal vynikající muže usilovat o uznání veřejnosti politickým angažmá. Postupně však byl zatláčován odlišným konceptem štěstí soukromého, pro nějž stát vytváří prostor.⁸² F. Fukuyama dodává: „*Individualismus, podstata ctnosti v moderních společnostech, začíná měnit barvu: z hrdé soběstačnosti svobodných lidí se stává jakési uzavřené sobectví a maximální osobní svoboda se bez zodpovědnosti vůči ostatním stává samoučelnou.*“⁸³

V USA nicméně nikdy nepřevládla představa cizího eráru, na němž by bylo třeba si něco vyvzdorovat. Stát jako erár, jehož občané jsou soukromníky orientovanými pouze na svá práva, je státem slabým co do způsobilosti se prosadit.⁸⁴ Nemá podporu, což paradoxně nutně neznamená vymizení očekávání, že se postará.

My však nežijeme jen ve světě expanze práv individuálních, ale i menšinových, přičemž výčet menšin může být velmi rozsáhlý a předem neukončený. Fakticky také narůstá. Východiskem pro právní závěry mohou být poukazy na tak podstatné složky lidské identity, že při jejich nerespektování dochází k ohrožení sebeucty, vědomí toho, kdo jsem, lidské důstojnosti. Takovou složkou může být typicky gender, včetně neurčitěho či nejistého pohlaví (tzv. třetí pohlaví a transsexualita), rasa, etnicita, sexuální orientace nebo náboženství, tedy to, co není vyjednatelné, není to předmětem směny ani kompromisu. Proti nevyjednatelné identitě, nárokuje uznání, stojí vyjednatelné zájmy, jež jsou přinejmenším implicitně stavěny níže; jsou změnitelné. V USA je zřetelněji patrné zdůrazňování genderových a rasových prvků identity, v Evropě je pozornost upírána zejména na prvky náboženské, vesměs ve spojení s islámem.

Problém samozřejmě nastává tehdy, dostávají-li se konsekvence oné specifické identity do rozporu s obecnými pravidly, jež jsou interpretována jen jako vyjádření identity odlišné od té dotčené (maskulinní, bělošské, křesťanské apod.). Jelikož jsou všechny identity stejně hodnotné, proč by se jedna měla podřizovat jiné? Obecné pravidlo by z tohoto hlediska mělo být opatřeno výjimkou, typicky pro případ střetu se zvláštními nároky vyplývajícími ze svobody projevoování náboženské víry (jízda na motocyklu

⁸⁰ Změna rozhodovatele ze zákonodárných sborů na soudy se projevuje i ve stavu veřejné a politické debaty. O čem má vlastně význam smysluplně debatovat, nemůže-li být výsledek debaty promítnut do politického rozhodnutí? K těmto otázkám srov. též GLENDON, M. A. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.

⁸¹ FURET, F. *Francouzská revoluce*, s. 281.

⁸² ARENTOVÁ, H. *O revoluci*. Praha: Oikymen, 2011, s. 118 nn. V krásné literatuře lze tento rozdíl sledovat na slavné Galsworthyho „*Sáze rodu Forsythů*“, kteří žijí důsledně pro sebe, dokud si Soamesova dcera nevezme muže s politickými ambicemi a reformním nasazením.

⁸³ Fukuyama, F. *Velký rozvrát*, s. 60.

⁸⁴ Veřejná podpora může posilovat i aktivity ústavních orgánů: populární prezident versus nepopulární parlament, ústavní soud „trestající“ politickou třídu apod.

v turbanu místo v helmě, podoba portrétní fotografie v osobních dokladech – míra zahalení atd.). V posledně zmíněném případě jde tedy zhruba řečeno o rozhodování mezi rovností před zákonem a zmírňováním tvrdosti zákona dopadajícího na různé skupiny různě, případně i o poměřování subjektivních práv a veřejných dober. Jenže zdaleka ne vždy jde o hru s nulovým součtem.

Alternativou je vytváření autonomních právních režimů pro skupiny definované kulturní identitou. Jde o další variaci personality, která byla výše zmiňována jako středověký rys. Nejedná se tu o výjimky z obecné úpravy, ale o absenci obecné úpravy – právních úprav je zkrátka více. M. C. Nussbaum upozorňuje na britský model respektu k autonomii náboženských skupin v Indii, a to včetně úpravy statusových otázek a rodinného práva. Zakladatelé nezávislé Indie proti této autonomii vystupovali ve jménu rovnosti a lidské důstojnosti, především kvůli postavení žen.⁸⁵ Proti dobru respektu ke komunitní identitě postavili dobro rovného respektu k jednotlivci.

Společným úskalím obou přístupů je „uvěznění“ v identitě, z níž by chtěl třeba jednotlivec vyjít. Většina jej ve snaze o toleranci menšiny přenechává menšinovým normám, jež pro něj nemusejí být výhodné. Pokud zase může jednotlivec volně skládat výhody obecného i menšinového statusu, úplně se obrací původní diskriminace, s níž byli jeho předchůdci původně konfrontováni.

Byla-li výše řeč o oslabování veřejného prostoru, třeba dodat, že jde o prostor sdílený. Jinými slovy, jeho účastníci se musí cítit vzájemně jako „my“, a nikoliv jako „my“ a „oni“. Zatímco dříve se mluvilo o fragmentarizaci společnosti politické (politické sloupy a politické tábory), dnes se upozorňuje na dělítku kulturní (náboženská). A právě s nimi může být spojeno zpochybnění elementární hodnotové shody, ba možná i shody na způsobech řešení neshody.⁸⁶ Bez ní ovšem nejde o jednu společnost, nýbrž o společnosti více.

Přežití více společností v jediném státě je nejisté, protože předpokládá nadřazení vůle být spolu za podmínek určitého omezení všech segmentů, včetně potlačení pocitu „my jsme tu doma“. To ovšem znamená nové vytvoření tavicího kotle, v němž se rozpustí všichni. Evidentně k tomu však není ochota na žádné straně, neb důraz se klade právě na pěstování svébytných identit. Na přetrvání obce složené z nadměru odlišných částí nevěřil už Aristoteles.

Alternativou by mohla být konsocializace demokracií v dotčených státech, protože jejím základním účelem je překonat problém vzniku jednoduše většinové vlády, již však významné části populace, etnicky či nábožensky definované, nepovažují za svou. V základním vymezení klíčového teoretika konsociační demokracie A. Lijpharta najdeme

⁸⁵ NUSSBAUM, M. C. *Personal Laws and Equality: The Case of India*. In: T. Ginsburg (ed.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Britský přístup odpovídal obecnému modelu nevmešování se do místních poměrů, není-li to nutné. Ve vztahu k jiným kulturním identitám byl založen na blahovůli neutralitě: chyběla zde potřeba nějaké hierarchizace, protože neotřesitelný byl pocit britské nadřazenosti – ostatní bylo druhotné. K tomu srov. zajímavé výklady českého politického filosofa Pavla Barši – BARŠA, P. *Politická teorie multikulturalismu*. Brno: Centrum pro demokracii a kulturu, 1999.

⁸⁶ G. Sartori rozlišuje tři úrovně konsensu v demokratické politice: základní (základní hodnoty), procedurální a taktický, přičemž z hlediska demokracie zdůrazňuje konsensus procedurální. Pro soudržnost společenství je podstatný konsensus týkající se jednak fundamentálních hodnot a idejí (svoboda, rovnost, lidská důstojnost apod.), jednak způsobů řešení konfliktů (násilí/nenásilí, stát/svémoc aj.). Srov. SARTORI, G. *Teoría demokracie*. Bratislava: Archa, 1993, s. 92 nn.

odkazy na velké koalice (inkluze všech), vytváření autonomií (vlastně subsidiarita: o čem musí rozhodovat centrum?) a opět již zmiňovanou vůli (politických elit) být spolu. Jenže my nečelíme menšinám tradičním a lokalizovaným, nýbrž novým, jiným a difusním.

Souhlasím s oponentem článku v tom, že jednou z reakcí na tento stav je praxe delegování citlivých rozhodnutí soudům. Tím se však jednak vyprazdňuje obsah politických procesů a politika se nahrazuje „právy“, jednak se stejně neřeší hodnotová heterogenita, neboť soudce musí podle něčeho rozhodnout (pravidla a principy většinové společnosti?).⁸⁷

Jsem-li vybízen k formulaci závěrů stran Francie, Spojeného království, Nizozemí nebo Ukrajiny, tedy zemí s rozpadajícím se obecným konsensem o tom, jak být spolu, nemohu odpovědět jinak, než že nevím. Bude-li chtít východní část Ukrajiny jít svou cestou, lze jí nabídnout federalizaci, protože na dlouhodobý účinek „pacifikačního násilí“ příliš nevěřím. V ostatních zmiňovaných státech by federalizace připadala v úvahu jen způsobem ještě komplikovanějším než je ten belgický. A Belgii považuji za značně ohroženou co do přetrvání. Jediné, co snad tuším, je, že je vhodné se přiučit od shora zmíněných států v regulaci migrace (kolik, odkud, s jakým očekáváním stran začlenění do společnosti); tím spíše, že nemáme žádnou koloniální zátěž. Všechno utrpení obyvatel Afriky nebo Asie nevyřešíme jejich přestěhování do Evropy.⁸⁸ Lepší by bylo zvýšit kapacity tamních států, aby mohly dopřát svým obyvatelům život alespoň vzdáleně podobný světu reklam, jež jim nabízí široce přístupná televize. Jenže to je utopie, umocněná nadto tím, že se (my ze Západu) ve stále menší míře spokojujeme s tím, aby tamní státy byly jen tak nějakými, nýbrž plusovými a minusovými znaménky rozlišujeme systémy a režimy, do nichž jsou uspořádány. Zapomínáme přitom poněkud na kulturní podmíněnost konstituční demokracie, která v kmenových společnostech nefunguje příliš dobře. Svržení dozajista hanebného diktátora tak může být následováno rozpadem infrastruktury a schopnosti státu plnit elementární funkce. Podpora diktátora zase znamená zlomení hole nad jeho oběťmi. Kde je dobré řešení, pokud bychom si zapověděli Bodinovu a Hobbesovu odpověď ve prospěch legitimacy silné státní moci, jež odolává chaosu?⁸⁹

4.2.5 Rozvoj techniky a technologií

Jinou proměnnou role, síly a možností státu je technologický rozvoj.⁹⁰ Za prvé představuje výzvu pro regulatorní schopnost státu.⁹¹ Za druhé vytvořil potenciál pro rozsáhlý dozor státu nad svými občany. Za třetí ovšem tytéž prostředky poskytl nestátním subjektům, čímž prolomil monopol státu. Kamerové systémy, odposlechy nebo sledování

⁸⁷ Srov. DEN OTTER, R. C. *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2009.

⁸⁸ SARTORI, G. *Pluralismus, multikulturalismus a přistěhovalci. Eseje o multietnické společnosti*. Praha: Dokořán, 2005. G. Sartori poukazuje na fakt, že imigrace do USA po dlouhou dobu zamýšlela stát se Američany, zatímco významné segmenty imigrace do Evropy nezamýšlejí stát se Evropany: neláká je nový svět, ale sociální stát, jenž je ovšem v krizi.

⁸⁹ Typický africký diktátor ovšem tenduje ke krutosti a korupci bez protiplnění v zajištění fungujícího státu.

⁹⁰ Souvisí to i s povahou veřejného prostoru. Rozvoj internetu nám umožňuje vytvářet si vlastní informační svět, aniž bychom opustili byt. Není třeba se s nikým setkávat, poznávat jej, komunikovat. Ztrácí se význam prostoru jako takového. Srov. BAUMAN, Z. *Globalizace*, s. 26 nn.

⁹¹ Včetně už dotčené otázky určování konce života, je-li medicína s to nahrazovat životní funkce přístroji.

elektronické komunikace rozhodně nejsou jeho výsadou. Zdá se, že v Německu 70. let minulého století to bylo součástí diskuse o „smrti státu“, k níž přispíval mj. terorismus, který prolomením státního monopolu na užívání násilí ohrožoval základní poslání státu, tj. zajištění bezpečí.⁹² Nejednoznačnosti tohoto efektu si je vědom W. Reinhard, když říká, že boj s terorismem stát posílil (největší vzepětí) díky získání prostředků boje s ním a jejich akceptaci.⁹³ Obava ze státu způsobilého k totálnímu dohledu následně vedla k diskusi o účelné „velikosti“ státu.

Nejenže státy nemonopolizují technické prostředky zasahující do soukromí občanů, nemonopolizují ani další činnosti, jež s nimi bývaly spojené. Moderní stát vznikl jako stát centralistický a centralizovaný. U států současných jsou naopak patrné tendence k různým formám decentralizace (Velká Británie, Španělsko, Itálie aj.). Jde tu o vnitrostátní složku modelu víceúrovňového vládnutí, na nějž jsme narazili v souvislosti s evropskou integrací, případně i úvahami o vládnutí globálním. Stát ve smyslu státu centrálního je omezen kompetenčními přesuny směrem dolů. Rozhodně v tomto kontextu není, jde-li o mechanismy „demokratizace demokracií“,⁹⁴ tj. ukotvení rozhodování co nejbližše občanům za účelem zvýšení jejich participace, anebo jde pouze o racionalitu rozhodování.

4.2.6 Privatizace státu

Krom toho však vidíme delegování výkonu veřejné správy rovněž na subjekty soukromé, u nichž pak není jisté, mohou-li jen to, co jim zákon umožní (drží přece veřejnou moc), anebo cokoli, co jim nezakáže (jde přece o soukromé osoby). Nemusí se to týkat pouze veřejné správy civilní: např. v Iráku působili vedle „skutečných“ amerických vojáků „vojáci“ námezdní a zaměstnanci bezpečnostních agentur. Jde o specifický případ toho, čemu se říká „outsourcing“: veřejná moc lečjakou službu nakoupí na trhu, místo realizace ve vlastní režii. Zvyšuje to však její závislost na nestátních subjektech. Smazávání rozdílů veřejné i soukromé sféry je ovšem patrné i v opačném směru, když stát projevuje zájem o nakládání s veřejnými prostředky poskytovanými soukromým subjektům. Ty se tak stávají objektem kontroly, pro niž by jinak u soukromých osob nebyl důvod.

4.2.7 Neregulovaná sociální moc

A právě ony nestátní subjekty budtež poslední položkou tohoto výčtu. Myšlenka ústavního státu je myšlenkou státu omezeného ústavními pravidly za účelem prevence zvrhnutí se ve vládu tyranskou, jež ohrožuje lidskou svobodu. Ohrožovat lidskou svobodu však může jakákoliv moc, nikoliv jen ta státní. Přesouvání moci mimo stát tak

⁹² MÖLLERS, Ch. *Der vermisse Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008, s. 44 nn.

⁹³ REINHARD, W. *Geschichte des modernen Staates...*, s. 110–111. Nikdy však nepůjde o vzepětí srovnatelné s poměry za železnou oponou, kde byl stát současně vylučným, případně zcela dominantním zaměstnavatelem. Nebylo mu tedy jak a kam uniknout.

⁹⁴ Posun zájmu od demokratizace nedemokratických států k demokratizaci demokracií je patrný už v knize L. Whiteheada – WHITEHEAD, L. *Democratization. Theory and Experience*. Oxford University Press, 2002. Dotýká se toho rovněž kniha HOLZER, J. – MOLEK, P. a kol.: *Demokratizace a lidská práva. Středoevropské pohledy*. Praha: SLON, 2014.

snížíže dosah ústavní regulace.⁹⁵ Vedle států sílí neregulovaná moc sociální: k obvyklým modelům (neo)korporativním přibýlo působení nadnárodních korporací, o němž už byla řeč. Ve východní Evropě se objevil fenomén tzv. oligarchů, v Evropě západní se zase mluví o berlusconizaci politiky. Jde o případy lidí tak bohatých, že pouhé jejich „kapesné“ převyšuje možnosti politických stran s nimi soupeřit ve volební kampani, rozhodnou-li se vstoupit do politiky. Ale i když to neudělají, jsou s to vytvářet bariéru hospodářským plánům vlády (přesuny investic, mediální kampaně, korupce apod.). Rizikovým faktorem pro zdraví demokracie se stávají při vstupu na mediální trh a do politiky, kdy kombinují různé prostředky působení na vytváření vůle státu. Relevanci totiž neztrácí úvaha H. McKinderse, podle níž ten, kdo ovládá masmédiá, ovládá voliče, a ten, kdo ovládá voliče, ovládá i celý politický proces.⁹⁶ Ostatně varování před koncentrací mediální moci patřilo k naléhavým tématům K. R. Poppera v závěru jeho života. Věnoval tomu svou přednášku při přijímání čestného doktorátu Univerzity Karlovy v Praze. Oligarchové se v jistém smyslu dostávají nad zákon, což občas vede k tomu, že je stát v pokušení se jich zbavit prostředky neodpovídajícími úplně ideálům vlády práva. Platí totiž aristotelská poučka, že vymyká-li se někdo příliš z průměru, nechce se podřizovat vládě obecných pravidel. Zakončit tak je možné otázkou: Je právě stát největším ohrožením lidské svobody?⁹⁷

Článek vznikl v rámci řešení grantu GA ČR P408/12/1255 „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn“. Jedná se o přepracovanou verzi úvodní kapitoly kolektivně sepsané knihy „State as a Giant on Feet of Clay“, která vyjde v německém nakladatelství Peter Lang. Autor děkuje za připomínky J. Brozovi, T. Friedelovi, J. Grincovi, T. Havlovi, J. Komárkovi, T. Krupové, P. Ondřejkovi, J. Ondřejkové, P. Pithartovi a M. Urbanovi. Netvrdí ovšem, že všem vyhověl.

doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze
Kancelář Senátu

⁹⁵ Ve vztahu k přenosu pravomocí na Evropskou unii si toho všímá GRIMM, D. *The Achievement of Constitutionalism...* Vede to k úsilí o konstitucionalizaci EU nebo i mezinárodního společenství, jíž ovšem bývá vytýkáno technický ráz: najdeme omezující pravidla, ne však nutně legitimační subjekt.

⁹⁶ LOEWENSTEIN, K. *Verfassungslehre...*, s. 361.

⁹⁷ Odkázat lze jak na M. Tropera vykládajícího koncepci francouzského Prohlášení práv člověka a občana ve smyslu státu garantujícího, a nikoliv ohrožujícího občanské svobody, tak na J. Boguszaka upozorňujícího na svazování státní moci nejrůznějšími procedurami, jež reflektuje dobu, kdy byl stát monopolní mocenskou organizací. A to už neplatí. Srov. PREUSS, U. K. *Disconnecting Constitutions from Statehood...*, s. 31, BOGUSZAK, J. Právo a postmoderní situace. *Právník*. 2005, č. 11.

VZÁCNOST, JEDINEČNOST A DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ

Abstrakt: Příspěvek je věnován pojetí vzácnosti, jedinečnosti a duševního vlastnictví. Autorův pohled je veden z hlediska platného českého práva, zejména nového občanského zákoníku z roku 2012. Téma je autorem nahlíženo rámcem informační společnosti nebo společnosti sítí. Podstatná část textu je zaměřena na kritiku některých myšlenek právně informační filozofie, které směřují proti tradičnímu uznávání nehmotných majetkových hodnot na hospodářském trhu. Obsah textu spočívá též v kritickém srovnání sovětského systému, zejména vynálezeckého práva, s některými soudobými návrhy tzv. pirátských politických stran.

Klíčová slova: přirozenost, jedinečnost, vzácnost, svobodná vůle, právo duševního vlastnictví, informační společnost, informačně právní filozofie

1. PŘIROZENOST, JEDINEČNOST A HOSPODÁŘSTVÍ

Nic na světě není nekritizovatelné. Žádný úradek lidský. Platí to i o duševním vlastnictví, právu k němu a o pojetí nehmotných majetkových hodnot vůbec. Někteří kritici, zvláště kritici práva autorského a práv souvisejících s právem autorským, ideově vycházejí z obecně známé ekonomické myšlenky přirozené vzácnosti hmotných statků jako jejich podstatné vlastnosti. Vzácnost (*scarcity*) hmotného předmětu je věcně spojena s nemožností jeho snadné replikace. O nehmotných majetkových hodnotách to samozřejmě říci nelze, neboť díky své povaze jsou kýmkoli a často i kdykoli a odkudkoli neomezeně množitelné.¹

Na chybějící vzácnosti, technicky snadno šiřitelných, ideálních statků, která by jinak vedla k nutnosti prvotního přiznávání vlastnických práv k nim za účelem vyloučení mezilidských střetů (boje o vzácnost hmotného zdroje), bývá v myslích některých lidí postavena určitá ekonomická či právně filozofická (a politická) kritika duševního (nehmotného) vlastnictví.² Přesněji řečeno kritika státního uznávání vlastnictví některých ideálních předmětů (zásadně vyjma ochranných známek, které chrání veřejnost před záměnami, nebo obchodního tajemství).

¹ V české literatuře nalezneme kritický poukaz na absenci vzácnosti duševního vlastnictví např. zde: MYŠKA, M. – KYNCL, R. – POLČÁK, R. – ŠAVELKA, J. *Veřejné licence v České republice*. Brno: Tribun EU, 2012, s. 16. Jedná se o odbornou příručku pro širokou veřejnost, mezi níž má tato ekonomická myšlenka proniknout.

² Z rozsáhlé literatury viz např. KINSELLA, N. S. *Obžaloba duševního vlastnictví*. Praha: L. v. Mises Institut Česko & Slovensko, 2011. Dále viz literaturu tam uvedenou. Anglický originál s méně útočným názvem *Against Intellectual Property* je z roku 2008. Dále viz např. BOLDRIN, M. – LEVINE, D. K. *Against Intellectual Monopoly*. New York: Cambridge University Press, 2010. Původně vyšlo v roce 2008.

Přehled filozofií duševního vlastnictví je u Drahoše; viz DRAHOŠ, P. A *Philosophy of Intellectual Property*. Farnham: Ashgate Publ., 1996.

Kinsellův závěr o tom, že vynálezce patentované techniky kopání studně může zabránit všem ostatním v kopání studní tímto způsobem dokonce na jejich vlastním pozemku (s. 26) ovšem směřuje proti základní zásadě práva duševního vlastnictví, jíž je oddělení soukromí (osobní potřeby) od trhu a hospodářství. Český ani evropský patent by v takovém případě nevyvolával žádné účinky mimo trh v soukromí. České ani evropské patentové právo se navíc vůbec netýká vynálezů pracovních (ani obchodních) postupů (způsobů činnosti či metod nebo technik činnosti). Takoveto postupy (kromě způsobů výrobních) vůbec ani nejsou patentovatelné v Evropské patentové organizaci.

Možná kritika duševního vlastnictví vedená z různých úhlů pohledu nám může vystihnout obecnější ideologický spor mezi liberalismem, který se v právu projevuje zejména privátní autonomií (omezenou ovšem prospektivní odpovědností ve smyslu *responsibility*), na jedné straně, a různými pohledy socializujícího ražení na straně druhé. V podstatě se jedná o spor mezi svobodným výkonem subjektivních absolutních majetkových práv k nehmotným hospodářským a jiným majetkovým hodnotám³ (omezeným úředními nebo zákonnými licencemi) a příkazem (politickým požadavkem) odevzdávání těchto majetkových hodnot „všemu lidu“ k obecnému prospěchu; nejlépe pohodlným způsobem v síti elektronických komunikací, která je k tomu příležitostí.

Jádro sporu spočívá v plném uznávání anebo v jen menším uznávání svobodné lidské vůle.

Platné právní řešení je pojato tak, že takovýto spor je buď do budoucna zažehnán možností stanovení úředních licencí ve veřejném zájmu i proti vůli vlastníka hodnoty anebo používáním zákonných dovození (zákonných licencí), opět třeba i proti vůli vlastníka či bez jeho vědomí; byť jen v určitých zvláštních případech. Vedle toho samozřejmě platí právně metodické, ústavně podložené, všeobecné posuzování střetu různých právně významných hodnot, například střetu subjektivního soukromého práva k duševnímu vlastnictví a veřejného blaha (obecného dobra), což je běžné řešení typickými prostředky právní vědy;⁴ tzn. poměřováním.⁵ Dlužno proto dodat, že v obecné rovině nejde ani tak o spor právní, s jehož možnou existencí se již předem počítá a zároveň se nabízí jeho právní vyřešení, které je předem otestovatelné, a tudíž vedoucí k zásadně předvídatelnému výsledku (právnímu závěru). Podstata se týká sporu politicko-ideologického nebo dokonce světonázorového apod.

Ačkoli sovětské právní myšlení bylo již u nás zásadně opuštěno v důsledku krachu hospodářského i politického modelu na něm postaveném, různé víceméně podobné politické úvahy se opět objevují na té straně politického spektra, která je spjata například s *Internacionálou pirátských stran*, respektive s *Českou pirátskou stranou*⁶ a podobnými

³ V ideologicky vyhraněném pojetí „vzácnosti“ se u nehmotného majetku ani nemůže jednat o hodnotu, snad jen velmi krátce dočasnou, protože, co není vzácné, není v tomto materialistickém pohledu ani hospodářsky hodnotné. Krajním důsledkem tohoto přístupu je tak samo popření majetkové vlastnosti nehmotných hodnot. Soukromoprávní řád je ale u nás více než dvě stě let (a to nejméně) vybudován zcela odlišně. Nemluvě o mezinárodním i ústavním lidskoprávním řádu, tzv. o ústavním právu vlastnit majetek či o právu majetek pokojně užívat.

⁴ Dále viz autorův příspěvek *Politická svoboda a duševní vlastnictví: střet hodnot – TELEC, I. Právník*. 2013, 152, č. 3, s. 209–221.

⁵ Srov. např. TELEC, I. Váhy a meč aneb Test poměrnosti cíle a prostředku. In: R. Šínová (ed.). *Olomoucké právnícké dny 2008*. Olomouc: Iuridicum olomucense, 2008, sv. 1, s. 21–46. Druhé, upravené, vydání vyšlo časopisecky v *Právníku*, 2009, 148, č. 7, s. 673–704. Světová literatura k právnímu poměřování je ovšem nesmírně bohatá.

⁶ Viz např. volební program této strany pro volby do Poslanecké sněmovny v roce 2013, dostupné z: <<http://www.pirati.cz/volby2013/program>>, [cit. 5. 6. 2014]. *Česká pirátská strana* tak v politickém boji o veřejnou moc usilovala mj. o „zrušení výhradních práv výrobců nesouvisajících s tvorbou (zvláštní právo vysílatele, výrobce záznamu a pořizovatele databáze)“. Naplnění tohoto bodu volebního programu by se ale nemohlo obejít bez hospodářského převratu v určitém průmyslovém odvětví, byť by se tak mělo stát nenásilnou cestou lidovládnou. Předpokládám, že naprostá většina voličů této politické strany, jejich stoupenců a členů nevěděla, jaký je rozdíl mezi ke zrušení navrhovaným zvláštním právem k databázi a ke zrušení nenavrhovaným autorským právem k databázi. Těžko říci, jak by za účelem naplnění volebního programu tato politická strana přesvědčila desítky a desítky států světa, aby provedly změny ve svých hospodářstvích a průmyslu. Jinak by

korporacemi. Socializující myšlení o odevzdání nehmotného výsledku celku (společnosti, „všemu lidu“) je ovšem přinejmenším předčasné, protože lidé nejsou stejní (stejně duchovně vyzrálí či morálně vyspělí) tak, abychom mohli nyní zavádět „ráj na zemi“. Proto se nabízí jiná cesta, a to kultivace uplatňování svobodné vůle pomocí morálně-právních korektivů, zejména pomocí právního (a morálního) příkazu poctivosti, slušnosti, dobrých mravů, dbání pověsti apod. Například nový občanský zákoník je na těchto principech podstatnou měrou a zcela záměrně vybudován.⁷ Zdá, že někteří jeho povšechní mediální kritici tuto vítanou morálně-právní skutečnost vůbec nepostřehli.

Říkává se někdy, že soudobá informační společnost zásadním způsobem proměnila dosavadní pojetí zejména práva autorského a práv souvisejících s právem autorským. Odpověď, kterou nabízím, ovšem zní, že se tak žádným zásadním způsobem vůbec nestalo. Změnou technikálií se lidé ani obecně uznávané morální a právní zásady nijak neproměnil. Objevilo se ovšem více a snadnějších příležitostí k nemorálním a zároveň protiprávním jednáním (deliktům).⁸ Například k věcně snadnějším nepoctivým těžením z cizího úsilí, dovednosti a vynaložené práce i peněz; zejména na trhu služeb. Představít

totiž došlo k porušení mezinárodního práva Českem ovládaným tzv. piráty a pravděpodobně k mezinárodně odvetným opatřením proti státu, tedy i ke škodám.

Nikoli na posledním místě bychom se museli zabývat lidskoprávními následky takového převratu; totiž následky na ústavně zaručené právo vlastnit majetek či mezinárodně zaručené právo pokojně užívat majetek. Bezpochyby by tak muselo dojít i ke změně lidskoprávního řádu, tedy i k částečnému upuštění od celého vývoje zejména v Evropě po druhé světové válce spjatého s Radou Evropy.

Dlužno dodat, že tato politická korporace měla ve svém volebním programu i běžné politické cíle, přičemž s mnohými z nich by bylo lze zásadně souhlasit.

Podobně *Strana zelených* neváhala ve svém volebním programu pro stejné volby v roce 2013 uvést mj. „*Odmítáme mezinárodní smlouvy typu ACTA a TTIP*“, bod 175; viz stránky dostupné z: <<http://www.zeleni.cz/program-ppsp2013/>>, [cit. 5. 6. 2014]. Straníci, stoupenci a „zelení“ političtí ideologové zřejmě nevěděli, že zásadní obsah Obchodní dohody proti padělatelství (ACTA) v Česku vnitrostátně platí od roku 2006. Otázkou je třeba to, zda si lidé v této politické korporaci kontextuálně uvědomují negativní důsledky padělaných léků na trhu, anebo ne. Nevím, kolik běžných lidí znalo zkratku „TTIP“, proti níž hodlala politicky bojovat *Strana zelených*. Jedná se o odborně a politicky složitou mezinárodně obchodní problematiku *Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Možná by se mohlo jednat o volební téma při volbách do Evropského parlamentu, o něž se ale nejednalo. I tak by se jednalo o záležitost značně náročnou na znalost mnohých mezinárodně obchodních souvislostí, tj. nad rámec běžného voličského přístupu i možností běžného pochopení, aniž by došlo k mediálním či volebním zkrácením či k vyloženým nepravdám z důvodů ideologických nebo politicky konkurenčních.

Obecně ovšem platí, že právní argumenty bývají příliš věcné a natolik k jádru věci směřující, že v mediálně řízených politických kampaních politických korporací jen stěží obstojí. Možná i pro nedostatek „stranických právníků“, kteří by snad mohli některé věci spolustraníků předem vysvětlit. Politický řád se v tomto směru mívá s řádem právním i hospodářským. Podobně to zde platí o politické ideologii či o určité stranické politice.

⁷ Mohli bychom říci, že občanský zákoník vychází z moralismu všedního dne; tzn. z moralismu v běžném právním styku. Srovn. ochranu slabší strany, ochranu proti lichvě, práva postižených atd., kdy základ spočívá v lidské empatii.

Ačkoli občanský zákoník nebyl pojímán ani připravován v duchu jakékoli stranické politiky, mohli bychom říci, že výše uváděná témata by mohla mít stranicko-politickou odezvu např. u *České strany sociálně demokratické*. Opak byl ale pravdou. ČSSD, která nový zákoník převážně odmítla, zjevně neuměla překonat stranickou reálnost a frakcionářství na politickém poli ve prospěch zákoníkem sledovaného obecného blaha a ochrany slabších lidí v osobních i majetkových soukromých poměrech.

⁸ V podstatě se jedná o fungování principu slasti ve spojení s rozumem. Technický rozum nabízí nebyvalou příležitost například k tržnímu narušování konkurence a k nepoctivému těžení z cizího na „síť“ za účelem vlastního vyžití. Pokušení uskutečnit skutek (hospodářský delikt) se tak stává, díky využití (spíše zneužití) rozumových schopností, podstatně snadněji proveditelné, nežli tomu bylo dříve. Není však žádný ospravedlnitelný důvod k tomu, aby morální, právní a hospodářský řád tomu ustupoval.

si můžeme již běžně zavedené fungování nového „sítového“ obchodního modelu prodeje e-knih, hudby on-line anebo poskytování audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání (*video on demand*). Trh těchto služeb je ovšem podstatnou měrou narušován nekalou soutěží ze strany zejména provozovatelů nepoctivých úložišť elektronických dat obsahujících cizí hudbu nebo kinematografické filmy či e-knihy apod. Nikoli snad vlastní videa z dovolené typu „jak jsem spadl z kola“ apod. Na nepoctivém těžení z elektronických služeb jsou ovšem v podsvětí vybudovány celé nekalé obchodní modely za účelem nepoctivého zisku z nepoctivého podnikání některých (zejména) obchodních korporací poskytujících určité „služby informační společnosti“.

Ideologický a politický boj proti nahrávacím společnostem nebo filmovým producentům a distributorům se tak, možná bezděčně a z pouhé naivity, stává bojem za zisky jiných obchodních korporací (provozovatelů úložišť elektronických dat). Jedná se o důsledek toho, když určitá ideologie (zde informační ideologie) je prosazována v prostředí hospodářského trhu. Některé krajní ideologické cíle si v tomto směru nelze představit bez návratu ke zrušení nebo omezení hospodářského trhu a bez návratu k „zespolečnění výrobních prostředků“, alespoň v některých odvětvích a vůbec bez zásadní změny distribuce majetkových hodnot. Ostatně, nejednalo by se v podstatě o nic nového ve srovnání se sovětským systémem a Československem v letech 1948 až 1989, respektive již od roku 1945, kdy došlo ke znárodnění kinematografie (1945 až 1993). Ne nadarmo se v těchto souvislostech hovoří o i-marxismu (*e-marxism*).

Kde se jedná o hospodářské delikty na trhu, tam těžko na jejich obhajobu používat nějaké informačně ideologické fráze, ve své podstatě komunistické principy, o společenské nutnosti (tvůrčí a produkční povinnosti) odevzdávání hospodářských hodnot, třeba kinematografických filmů, „všemu lidu“ zdarma i k emoční potěše. V podstatě podle „nejvyšší zásady rozdělování“, tj. „komunistické zásady“: „*Každý podle svých schopností, každému podle jeho potřeb!*“;⁹ zde i podle potřeb emočních dojmů z bezplatného sledování filmů a zejména potřeby emočního sdílení (šíření) tohoto sledování s veřejností zdarma; tzn. bezohledně vzhledem k tvůrcům, výrobcům a poskytovatelům audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání (nejen vůči filmovým distributorům a provozovatelům kin). Zřejmě se tak má dít v domnění, že kinematografické filmy vznikají náhodným generováním dat v počítači (a kráva je modrá, protože kráva značky *Milka* je modrá). Podobně to je u hudby, o e-knihách nemluvě.

Technicky (elektronicky) snadná dostupnost některých hospodářských hodnot komukoli, kdykoli a odkudkoli prostřednictvím sítí elektronických komunikací ještě sama o sobě neznamená, že bychom snad měli převrátit dosavadní morální, právní a zejména hospodářský světový řád. A to navíc za stavu funkčnosti a zavedenosti běžných obchodních i neobchodních modelů on-line nabízených za zásadně přiměřené spotřebitelské ceny.¹⁰

Nezapomínejme totiž na jednu věc. Základní právní zásadou práva duševního vlastnictví je oddělení soukromí (neobchodní osobní potřeby) od trhu a hospodářství vůbec.

⁹ Preambule ústavního zákona č. 100/1960 Sb., Ústavy Československé socialistické republiky, v původním znění.

¹⁰ Jistým problémem může být, že některé zahraniční služby po síti nejsou kupř. z Česka dostupné. O řadě jiných služeb to ale neplatí. Například hudební repertoár je u nás takto legálně přístupný ve velkém množství desítek tisíc titulů z mnoha oprávněných zdrojů. Nicméně nabízí se nám úvaha o možných veřejných pobídkách ze strany státu.

Je ovšem pravdou, že právní řád zná (možná diskutabilní) výjimky z této zásady, jakož i to, že tato zásada může mít poněkud odlišné zabarvení v případech jednotlivých hospodářských hodnot, které se mohou povahově lišit. V těchto případech bychom mohli hovořit až o určité podzásadě či dílčí, upravené, zásadě odvětvové. Předměty práv duševního vlastnictví, jakož i další ideální předměty, k nimž nejsou zákonem přiznána absolutní majetková práva, jsou totiž natolik rozmanité, že i uváděná zásada je v určitých případech modifikována. Týká se to případů podle autorského zákona (a mezinárodního či evropsko-unijního práva), kdy je zásada oddělení soukromí od hospodářství aplikačně podrobena tzv. Tříkrokovému testu, který se coby legální předpoklad právnosti týká i oblasti neobchodní osobní potřeby; viz např. § 29 odst. 1 aut. zák. Zákonný předpoklad tedy neplatí jen pro používání zákonných dovolení, nýbrž zasahuje i do soukromí s ohledem na oprávněné majetkové zájmy jiných a možnost běžného zhodnocování majetku na trhu (samozřejmě myšleno za přiměřenou cenu).

Vraťme se ke vzácnosti.

Určitý lesní pozemek rozložený v teplomilném biotopu se všemi jeho živými i neživými činiteli v místním i širším krajinném prostředí je povahově vsutku nesnadno replikovatelný či vůbec nereplikovatelný (nezmnožitelný, neobnovitelný). Připomeňme též přirozenou vzácností omezené nerostné bohatství, které je z toho důvodu v Česku dokonce ve vlastnictví státu.¹¹ O románu, obrazu nebo filmu („lehkých“ či „měkkých“ statcích duševních) a s nimi spojených možnostech záznamové a reprodukční techniky nic takového samozřejmě nelze říci.

Vedle ekonomické koncepce „vzácnosti“ statku, která v krajních variantách vede až k úplnému odmítání subjektivních majetkových práv k nehmotnému majetku (tedy až ke světovému převratu), se můžeme setkávat, schematicky a stručně řečeno, s přístupy utilitaristickými ve významu sledování obchodního či jiného hospodářského prospěchu (užitku) původců ideálních statků, který zároveň hraje motivační roli jako podnět k další tvorbě či jiné činnosti, a tudíž i k potencionálnímu obecnému prospěchu z nich. Utilitaristický náhled bývá v zákonodárné praxi spojován s ochranným zákonodárstvím včetně soudobého nárůstu právní represe tam, kde obchodní užitek původců je podstatnou měrou krácen těmi, kteří nepoctivě a zásadní měrou (často úmyslně, hromadně a opakovaně) hospodářsky těží z cizích výtvorů a jiných výsledků pro sebe na úkor těch, kteří do nich investovali své majetky i schopnosti.¹²

¹¹ Poukázat si můžeme na soudobé diskuse o genetických zdrojích a právu duševního vlastnictví včetně literatury k tématu. Zásadní světový souhrn viz LEWINSKI, S. (ed.). *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. 2nd ed. Alpen: Kluwer Int., 2008.

S otázkou vzácnosti v určitém slova smyslu se můžeme setkat v souvislosti s některými biologickými materiály obsahujícími genetickou informaci a schopnými reprodukce nebo samoreprodukce v biologickém systému. Srov. patentovatelné biologické vynálezy, které se týkají biologického materiálu, jenž je izolován ze svého přirozeného prostředí nebo vyráběn technicky, a to i tehdy, jestliže se již v přírodě vyskytl; srov. § 1 a 2 zákona č. 206/2000 Sb., o ochraně biologických vynálezů a o změně zákona č. 132/1989 Sb., o ochraně práv k novým odrůdám rostlin a plemenům zvířat ve znění zákona č. 93/1996 Sb.

¹² V právu mezinárodním bývá tento přístup projevován i v činnosti Světové organizace duševního vlastnictví, odborné agentury Spojených národů, jakož i v činnosti Světové obchodní organizace; srov. např. mnohostrannou *Dohodu o obchodních aspektech práv duševního vlastnictví* (TRIPS) z roku 1994, která jako příloha *Dohody o zřízení Světové obchodní organizace* (WTO), patří mezi pilíře práva Světové obchodní organizace, (vyhl. č. 191/1995 Sb.).

Nověji, již mimo tuto mezinárodní organizaci, srov. mnohostrannou *Obchodní dohodu proti padělatelství*

Do třetice, opět velmi zjednodušeně řečeno, musíme zmínit další možný přístup. Rozumíme tím přístup přirozený, respektive přirozenoprávní, který podstatnou měrou profiluje nejen české ústavní právo (i základní práva na mezinárodní úrovni), ale i nové české soukromé právo vyjádřené občanským zákoníkem z roku 2012.¹³ Poslední naznačený pohled na duševní vlastnictví můžeme zároveň řadit i do právního moralismu. Zdůrazněna je vynaložená práce, dovednost a úsilí či píle nadaného bližního, což je povahově spojené s morálním (a zároveň právně zformovaným) požadavkem původce na přiznání (nebo uznání) prvotních majetkových práv k nehmotnému výsledku (nejen práv osobních).¹⁴ Morální význam má zejména úcta k právu a schopnosti bližního.

I tento úhel pohledu ale můžeme spojovat s přirozenou vzácností. Ovšem chápanou tak, že každý umělecký či vědecký (tvůrčí) plod lidského ducha je vzácný tím, že je svým původem i povahou jedinečný, opakovatelně nevzniknutelný, protože je osobním projevem každé jedinečné lidské bytosti nadané různými osobními vlastnostmi a schopnostmi včetně různé míry a druhu tvořivosti vyvinutého ducha; srov. § 2 odst. 2 aut. zák. Základní přístup přirozenoprávní tak bývá myšlenkově spojován s lidskou tvorbou, a to uměleckou a vědeckou, jež vede k jedinečným výsledkům. Podstata jedinečnosti (a tím i vzácnosti) umění či vědy spočívá v jedinečnosti lidské osobnosti samé, jejímž je vnějším projevem. Připomeňme si i občanský zákoník, který hovoří o jedinečnosti osobnosti člověka, a to v rámci státní ochrany lidské osobnosti a výkonu přirozených lidských práv spjatých s osobností. Oproti tomu u tvorby technické, například vynálezecké, mohou

(ACTA) z roku 2011, nešťastně (nesprávně) politicky odmítnutou Evropským parlamentem v roce 2012. Dále viz např. směrnici EU o dodržování (lépe o „prosazování“) práv duševního vlastnictví z roku 2004 (č. 2004/48/ES aj. včetně vnitrostátního českého zákonodárství. K tomu viz autorův příspěvek: TELEC, I. ACTA: Důvod k obavám? *Právní rádce*. 2012, 20, č. 7, s. 16–17.

Obchodní dohoda proti padělatelství představuje prohloubení (zprísnění) právní ochrany hodnot v mezinárodním obchodním režimu zejména v duchu již dříve zavedeného práva EU a USA. Tento postup ochrany majetku je ovšem nezbytný za stavu, kdy ze strany pachatelů hospodářských deliktů nebo účastníků na hospodářských deliktech dlouhodobě soustavně dochází k narušování trhu včetně způsobení veškerých dalších přímých i nepřímých ztrát s tím spojených. Trhem se rozumí například trh audiovizuálních mediálních služeb na vyžádání (*video on demand*), hudby on-line a e-knih apod. Patří sem ovšem i boj proti padělaným lékům. Účelem obchodní dohody bylo rozšířit vyšší míru ochrany hodnot i na další státy světa za účelem nastavení standardu majetkoprávní ochrany na mezinárodním trhu jednodušším mechanismem nežli v rámci WTO. Přesto by tato obchodní dohoda mohla mít alespoň nepřímý vliv i na právo Světové obchodní organizace; srov. postup zvaný TRIPS-plus.

Spoluautoři publikace cit. v pozn. 1 vyslovují povšechné pochyby o vhodnosti a účinnosti zvýšené míry právního postihu narostlých hospodářských deliktů porušovatelů práv duševního vlastnictví v prostředí informační společnosti sítí (s. 16–17). Chybí však odkaz na použité, pravděpodobně francouzské, prameny a metody měření či odhadů.

¹³ Obecně k některým otázkám přirozeného práva viz autorův příspěvek: TELEC, I. Věc přirozenoprávní. *Právník*. 2002, 141, č. 12, s. 1266–1294.

¹⁴ Právě na přednostním uznávání práv osobních, respektive osobnostních, a jistě odsouzení subjektivních práv majetkových, např. jen na jednorázovou tvůrčí odměnu, bylo založené dřívější (dnes jen ojedinělé) sovětské právní myšlení týkající se určitých nehmotných statků ve státech bývalé „světové socialistické soustavy“ a v právu zaniklé Rady vzájemné hospodářské pomoci sídlící v Moskvě. Na podobnosti bývá, možná bezděčně, založeno současné tzv. pirátské politické myšlení, respektive politická ideologie tzv. pirátských stran či podobných korporací. Srov. např. teorii československého, respektive převzatého sovětského socialistického vynálezeckého práva a její zákonodárně-politické zformování v předchozích zákonech. Opuštěno to bylo v Československu již v roce 1990.

Připomeňme si, že „Vynálezy a zlepšovací náměty slouží výstavbě socialismu, teprve jsou-li odevzdány k využití celku.“, § 1 odst. 2 zákona č. 6/1952 Sb., o vynálezech a zlepšovacích námětech. Anebo „Udělením patentu na vynález zajišťuje stát především uznání, že vynález je jeho dílem.“ (§ 8 odst. 1 cit. zák.).

nezávisle vznikat výsledky shodné. Proto je právně nezbytné zavedení formální přednosti na základě přihlašovací zásady (*first-to-file*). Vedle možné odlišné zásady prvního použití (*first-to-use*), která také sleduje právo přednosti, pouze bere jinou skutečnost za přednostně významnou.

Sama právní míra výtvaru je různá. Nejedná se pouze o jedinečnost výtvaru známou právu autorskému. Vedle jedinečnosti svou roli sehrává také osobitost (individualita) vnějších úprav výrobků, třeba spotřebního zboží, v právu průmyslových vzorů, která se týká estetických výtvarů průmyslových. Kromě toho nutno zmínit ještě původnost výtvaru, s níž rovněž operuje právo autorské, ovšem jen u některých děl (počítačových programů, fotografií a databází). V úvahu musíme vzít i další pojmové kategorie jako je shodnost, podobnost, zaměnitelnost anebo příznačnost. Právní věda osvětluje metodické uchopení těchto pojmů za účelem snížení nebezpečí svévole nebo libovůle.¹⁵

Na tom všem můžeme vidět, že celá oblast duševního vlastnictví je natolik vnitřně různorodá, že nám to znemožňuje jednoduše použít ten či onen úhel pohledu a bez dalšího jej zobecňovat. Leda v rámci tříd výtvarů nebo hospodářských výkonů. Proto je důležité rozlišovat mezi výtvary (a dále uvnitř jejich třídy) na jedné straně a ostatními nehmotnými statky na straně druhé. Obchodní značky a další označení v tom všem hrají zcela odlišnou roli ochrany veřejnosti před nebezpečím záměny výrobků či služeb. Podrobnostmi ani dalším rozvedením se zde ale nemohu zabývat.¹⁶

Zejména v oblasti uměleckých výtvarů, tedy předmětů práva autorského, se setkáváme s celostními projevy lidské osobnosti včetně (hlavně) procítění krásy umění, například u výtvarného díla. Z toho následně vyplývá i samo poznání subjektivního soukromého práva autorského, jehož základem je přirozené lidské právo osobnostní. Vedle procítění krásy přírody můžeme právně hovořit o poznání krásy krajiny anebo také o pocítění újmy cizí jako vlastní při rozpoznávání civilního stavu tzv. jiné osoby blízké podle občanského zákoníku.¹⁷ Objektivizace tohoto osobního stavu, respektive celého

¹⁵ Viz např. TELEC, I. *Pojmové znaky duševního vlastnictví*. Praha: C. H. Beck, 2012.

¹⁶ Poukažme si však na otázku „vlastnictví práce“. Podle nového českého občanského zákoníku je práce jako zvláštní druh soukromoprávního závazku správně zákonodárně systematicky řazena mezi přenechání věci jinému; respektive na závěr příslušné části zákona. V podstatě se totiž jedná o přenechání užítu pracovní síly jinému (zaměstnavateli). V tom spočívá civilistické pojetí práce. Mám-li ovšem někomu jinému něco přenechat, musím mít nad tím vlastní moc.

¹⁷ Toto poznávací pojetí subjektivních přirozených práv (§ 19 odst. 1 obč. zák.), respektive dílem i osobních práv statusových bylo opomenuto při informačně právní kritice zákonného pojetí citu v novém občanském zákoníku vedené z důvodů informačně metodologických; viz POLČÁK, R. Pět tichých minut za Viktorem Knappem. *Právník*. 2013, 152, č. 12, s. 1236, pozn. 22. Občanský zákoník ale nebyl pojat informačně metodologicky ani jinak pozitivisticky, nýbrž právně moralisticky (i empaticky) a humanisticky v antropologickém smyslu nejen odpovědné lidské svobody, ale též lidské celistvosti, pokud to je právně možno; tzn. po všech stránkách duchovních, duševních i tělesných, což se projevilo, krom jiného, i v zakotvení takových pojmů jako je třeba párová kategorie „štěstí“ nebo „neštěstí“ apod.

Oproti zmíněnému autorovi se domnívám, že cit se do občanského zákoníku hodí právě z toho důvodu, že je jistým protikladem rozumu, přičemž některá subjektivní práva chráněná zákonem nelze bez projevení citu, například citu pro umění, vůbec poznat. Alternativou by bylo tyto gnoseologické otázky zákonem vůbec neřešit. Pokud ale bylo zvoleno zákonodárně-politické řešení, které se u (ústavně známých) subjektivních přirozených práv historizujícím způsobem dovolává poznávací funkce rozumu (např. u vědeckého díla a práva k němu), tak bylo nezbytné uvést i poznávací roli citu (např. u uměleckého díla a práva k němu). Anebo nic. – Srov. též duševní strádání jako obsah nemajetkové újmy v rámci soukromého práva deliktního apod. Běžně se také v právní praxi hovoří o citové újmě nebo o újmě emoční apod.

poznávacího procesu k němu vedoucímu je dosažena pojmem „důvodnosti“ pocitování cizí újmy jako vlastní.

Inspirován známým americkým právním myslitelem a soudcem Richardem Posnerem dovolím si literárně i obsahově rozvinout jeho myšlenku o přirozeném právu na plody práce, jemuž je podobné právo na obilí, které člověk zasel:¹⁸

Každý člověk má nezadatelné právo hospodářsky zužitkovat své umělecké, vědecké či technické výtvořky, které svým osobním přičiněním vyplodil, stejně jako má právo obchodně zužitkovat obilí, které zasel. – Anebo, naopak nechat obojí ležet ladem, je-li tak jeho svobodnou vůlí. Podobně má každý člověk právo zobchodovat třeba svou fotografickou podobu, propůjčit svou tvář, o níž se stará a v níž se projevují vrásky života, ať již reklamní kampaní anebo politice či dobročinnosti. Na stejno vyjde, zda člověk zužitkovává plody svého ducha, těla nebo vyvinuté osobní schopnosti a dovednosti, vynaložený um, práci a úsilí.

Naznačená přirozenoprávní a zároveň liberální (autonomně volní) teze není v rozporu s objektivní přirozenou zákonitostí setby a sklizně („jak zaseješ, tak sklidiš“). Obděláš-li pole nebo využiješ-li obchodně své fotografie z cest, vykonáš svou svobodnou vůli, a to pochopitelně se všemi následky. I proto je tak důležité dbát lidského práva nesouhlasit například s takovým využíváním svého plodu, ať již jím je cokoli, které by lidem přinášelo neštěstí, zmar nebo zkázu.

Spoluautoři publikace citované v pozn. 1 žel, neuvádějí poukaz na platný český právní stav, který se „vzácností“ hmotných statků a „nevzácností“ zmnožitelných hodnot nehmotných neoperuje. Platný právní stav je totiž výslovně založen zcela jinak. Totiž na ústavním i podústavním uznání přirozených lidských práv, a to v podústavním (soukromoprávním) kontextu právního moralismu vyjádřeného, krom jiného, zásadou poctivosti. Předpoklad poctivosti je podobně významným stavebním kamenem občanského zákoníku, jakým je předpoklad nevinoty v zákoníku trestním. Spoluautoři zmiňované práce to ale opomněli uvést, což považuji za podstatnou chybu, má-li se jejich práce týkat platného českého práva a jeho morálního prostředí tak, jak je léta zákonodárně nastaveno a v praxi uplatňováno (a má být vyučováno jako platný morálně-právní stav). Čtenář totiž nemusí rozpoznat, co je jen určitá filozofie, světonázorový postoj či pouhá právní nebo ekonomická teorie „mimo čas a prostor“, a co je naopak platná právní norma, českým státem vynutitelná (a podobná i v zahraničí). Východisko práce by proto mělo být takové, aby bylo zjevné, co platí a zejména, proč to platí (čím je platný právní stav

Komentář k § 19 odst. 1 obč. zák. od Sobka a Melzera, viz MELZER, F. – TĚGL, P. et al. *Občanský zákoník. Velký komentář Sv. I.* Praha: Leges 2014, s. 260–267.

K podobným otázkám viz TELEČEK, I. O štěstí, umění, krajině a také o právu. In: B. Havel – V. Pihera (eds). *Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 335–352.

Právně informační pojetí (ovšem blíže nespecifikované) občanského zákoníku nebylo zákonodárně-politicky zvoleno, i proto že ani nebylo nikým koncepčně uplatňováno (a už vůbec ne odborně diskutováno). Nebylo tak o čem ani vážně jednat. Podobné pojetí není ostatně známo ani z ciziny. Pokud by základem takového pojetí snad mělo být uzákonění absolutních tzv. informačních práv s důrazem na tato práva osobnostní, muselo by se zrušit podústavní podrobné soukromoprávní rozlišování jednotlivých předmětů soukromých práv. Ve svém důsledku by to podle všeho muselo přinést zásadní hospodářské zvraty směřující k „novému hospodářskému řádu“. – Srov. však někdejší „nový“ hospodářský řád sovětský, který v zásadě sledoval některé podobné cíle (bez ohledu na politiku jejich prosazování).

¹⁸ Viz POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. 4th ed. § 3.3, s. 38–45, převzato od: N. S. Kinsella. *Obžaloba duševního vlastnictví*, s. 12, pozn. 15.

ospravedlňován). Kritická poznámka k platnému právnímu stavu samozřejmě vyloučena není, ovšem spíše jen jako poznámka pod čarou, a to s ohledem na praktické určení zmiňované knihy široké čtenářské veřejnosti včetně právních laiků. Čtenáři by proto měli vědět, jaký je filozofický základ platného práva, vyjádřený zejména v ústavním, občanském a trestním právu, a čím je ospravedlňován, i kdyby se snad spoluautoři kriticky domnívali, že tento základ by snad měl spočívat v něčem jiném (a v čem).

Pokud bychom filozoficky zpochybňovali absolutní majetková práva duševního vlastnictví, protože neodpovídají ekonomii vzácnosti, a odmítali nebo zužovali majetkoprávní ochranu přirozenosti lidské tvorby, respektive výtvorů (a hospodářských výkonů) ve prospěch filozoficky upřednostněné „přirozené“ touhy „společnosti“ po bezplatném vyžití se v cizích výtvorech, jež patří „všemu lidu“, protože jsou kýmkoli technicky snadno množitelné (a tedy v podstatě mají stát i mimo trh), měli bychom otevřeně říci, čím se zabýváme. Nikoli snad letitým světovým, evropským ani českým či zahraničním zákonodárstvím nebo trhem, nýbrž jednou ze společenských utopií ve stylu „ráje na zemi“, prostého hospodaření, trhu, úsilí o obživu a peněžního oběhu. Jak jsme si již uvedli, v podstatě se jedná o některé myšlenky komunistické, a to i bez ohledu na dějinnou či současnou politickou praxi s nimi spojenou. – Srov. nejen tzv. socialistické vynálezecké právo spjaté s národním majetkem, jež se projevilo politickým potlačením subjektivních patentů (dočasných hospodářských výsad jednotlivců), ale i celkový smysl sovětského přístupu k ideálním předmětům, který byl právně politicky převzat ve všech státech sovětského politického bloku; též srov. podstatu a smysl sovětské právní rodiny (oblasti) včetně československého práva před rokem 1990 a její dílčí pozůstatky v postkomunistickém právním myšlení nebo i právním řádu, které se u nás podařilo odstranit až v roce 2012 přijetím nového občanského zákoníku oproštěného od zbývajících prvků sovětského právního myšlení a sovětské právní rodiny; např. upuštěním od zásadně absolutní neplatnosti právních jednání a vůbec zmírněním této neplatnosti ve prospěch zásady, že smlouvy jsou spíše platné, nežli neplatné, což vyplývá z ústavně podepřené privátní autonomie. Něco takového ovšem bylo cizí sovětskému voluntaristicko-instrumentalistickému systému „řízení společnosti“, v němž bylo nutno podrobit lidskou vůli „společenskému cíli“ dosažení komunismu.

Civilistika a nauka lidských práv, alespoň v našem prostředí, běžně neoperují s ekonomickými pojmy, tedy ani se „vzácností“ hodnot. Právní vědě zabývající se platným právem je proto bližší právní filozofie, jež za majetkové hodnoty bere „vše“, hmotné i nehmotné. Mezi „tím vším“ ovšem zároveň soukromoprávně rozlišujeme tak, že zdaleka ne všechno, co je definičně věcí v právním smyslu (majetkem o své hodnotě), je zároveň předmětem absolutních majetkových soukromých subjektivních práv.¹⁹ Zde je ponechán veřejný diskusní prostor pro politické dorozumění, jež se nakonec projevuje formou a silou zákona či mezinárodní smlouvy. Naplňování tohoto zákonodárně politického prostoru je ale zásadně předvídatelné a zpravidla prosté excesů. Vše se totiž prvořadě odvíjí od přirozené lidské důstojnosti a jejích osobních projevů, jakož i od rozvoje hospodářství.

Další zákonodárně politický pohled je věnován hospodářskému významu vynaložených investic. Ano, mohli bychom říci, že se tím dočasně a územně omezeně vytváří „umělá vzácnost“ statků, což ale samo o sobě nemusí mít žádný či alespoň nikoli

¹⁹ Srov. pojetí českého občanského zákoníku z roku 2012, a to v systematické souvislosti se zvláštními legálními úpravami z oboru duševního vlastnictví.

převážně záporný důsledek. Nezapomínejme, že nehmotné hodnoty, byť by k nim byla zákonem přiznána (či uznána) absolutní majetková práva, zůstávají v porovnání s hmotnými hodnotami stále „znevýhodněny“. A to nejen časovým a územním omezením státní, nadstátní či mezistátní ochrany těchto práv či hodnot zohledňujícím veřejné blaho (*domain public*),²⁰ ale též tím, že účel ochranného zákonodárství spočívá v hospodaření s duševním vlastnictvím na trhu. Nikoli v jeho neobchodním využívání. U hmotných věcí a práv k nim takto vůbec nerozlišujeme. Protiprávní užívání cizího vozidla není po právu bez ohledu na to, zda tak pachatel učinil za účelem hospodářským, anebo nikoli; třeba jen na svém soukromém pozemku mimo veřejné komunikace.

Můžeme říci, že samo zákonodárné pojetí absolutních majetkových práv k duševnímu vlastnictví je tradičně vysloveně omezující. Ochrana těchto hodnot je v porovnání s hmotným majetkem výrazně restriktivní, neboť je časově zkrácená, územně zúžená a věcně vymezená zásadně jen na hospodářské využívání.

Jaké další omezení bychom měli ještě zavést?

Podle stoupenců určité informačněpolitické ideologie by se mělo jednat o „odevzdání lidu“, a to podstatným zkrácením doby trvání zejména majetkových autorských (ale nutně i dalších) práv na dobu nejvýše pěti let.²¹ Důsledkem tohoto postupu by ovšem bylo, krom jiného, nebyvalé hospodářské posílení například rozhlasových a televizních vysílatelů, jejichž vlastní majetková práva k vysílání by sice byla také zkrácena, ovšem podstatná část jimi hospodářsky využívaného například hudebního nebo filmového repertoáru by byla právně volná, tudíž by nebyvale vzrostly zisky v tomto odvětví. V podstatě se tak jedná o určitou prokorporační ideologii, která v boji proti „zlým“ korporacím, zvláště těm nadnárodním, hodlá posílit hospodářské postavení korporací jiných, včetně těch nadnárodních. Málokdy se lze v moderní společnosti setkat s takovou směsicí hospodářské naivity a politicko-ideologické zaslepenosti jako je tomu u některých stoupenců *Internacionály pirátských stran, České pirátské strany* anebo některých právních ideologů informační společnosti žijících snad v nějaké „virtuální realitě“ pouze u svého počítače mimo skutečnost. Dlužno ale dodat, že v „kavárenských“ či „internetových“ politicko-ideologických debatách jistě lze svobodně hovořit i o obnovení sovětského modelu třeba vynálezeckého (nikoli tedy „patentového“) práva či o jeho „zdokonalení“ na základě „historického poučení“ z možných dílčích chyb (zapříčiněných zejména „vnitřními a vnějšími nepřáteli“ a „objektivními faktory“). Faktem ale je, že takovýto systém není a s ohledem na svou podstatu a lidskou nestejnorodost ani nemůže být dlouhodobě živý, jak ukázala historická praxe a jak ukazuje i praxe dnešní (kubánská a severokorejská). Ledaže by byl uměle udržován administrativními nástroji byrokracie a politickou represí.

Na druhou stranu ovšem nelze říci, že by zrovna patentová ochrana musela být pokaždé vhodná nebo účelná.²² – Srov. hojně diskuse a nakonec právně politické odmítnutí

²⁰ Přehledově viz např. FISHMAN, S. *The Public Domain*. 5th ed. Berkeley: NOLO, 2010. Práce sice pojednává o právu USA ale v zásadě je využitelná i v českém právním prostředí.

²¹ Srov. porůznu stránky dostupné z: <<http://www.piratskenoviny.cz/>> nebo <<http://www.piratskelisty.cz/>> apod., obojí [cit. 5. 6. 2014].

²² Kriticky lze také hledět na české formální hodnocení výsledků výzkumných organizací podle počtu udělených patentů nebo zapsaných užitných vzorů, aniž by daná technická řešení, popř. výrobní postupy musely být jakkoli přínosné nebo vůbec obchodně uplatnitelné na trhu. Oborově z hlediska právní vědy viz TELEČEK, I. Problematika metodiky hodnocení výsledků výzkumných organizací v právní vědě. *Právník*. 2011, 150, č. 10, s. 945–969.

tzv. softwarových patentů v EU v době kolem roku 2005. V takovýchto záležitostech, mezi něž spadají i dílčí případy zneužití patentových práv (jako kterýchkoli jiných práv), ovšem nejde o žádnou politickou ideologii a její dogmata, nýbrž o zvážení právní a hospodářské účelnosti, respektive o běžnou obranu proti zneužití práva (jedno kterého).

2. SVOBODA VŮLE A SNADNOST

Přirozenoprávní filozofie lidských práv a právní liberalismus (autonomie vůle) sledují ochranu lidské svobody (i svobody hospodařit s vlastním) včetně svobody nesouhlasit s tím, co kdo hodlá dělat s mým výtvořem osobní povahy či jiným (investičním) statkem, i kdyby byl z povahy věci tisíckrát technicky množitelný. Věcná snadnost („nesnesitelná lehkost“) množení výsledku mé vynaložené tvůrčí a hospodářské investice ještě není důvodem pro nepřiznání jeho absolutní majetkoprávní ochrany státem. Ani snadnost krádeže odložené tašky nebo kabátu není morálním či ekonomickým důvodem, který by snad ospravedlnil odcizení. V případě veřejného zmnožení a šíření výsledku mé vynaložené nehmotné investice nebudu okraden v hmotném smyslu tohoto slova spjatého se ztrátou hmotného majetku. Díky cizímu svévolnému zmocnění se výsledku vynaložené nehmotné investice však mohou být hospodářsky zkrácen na její návratnosti či očekávatelném výnosu z ní. Mohli bychom proto mluvit o krádeži očekávání či o zmařené naději anebo o ztrátě radosti z možnosti tvůrčí obživy, k níž má člověk nadání. Nejedná se sice o krádež v hmotném smyslu, ale o jiný druh hospodářského poškození (ztráty) nepochybně ano. Morálně se proto jedná o krádež bez ohledu na to, pojímá-li ji trestní právo různými skutkovými podstatami a s různými tresty, jakož i bez ohledu na stav právního pojmosloví. Právní moralismus, o který se náš náhled opírá, počítá nejen s odsudkem nemorálního zkrácení (ochuzení) tvůrce či investora (přínejmenším o hospodářskou příležitost, o níž se přičinil), ale též bere v úvahu nespravedlivé obohacení (obchodní či jiný hospodářský prospěch) jiného hospodářského uživatele (odcizitele, „zloděje“ svého druhu); navíc třeba i konkurenta na stejném hospodářském trhu.

Již jsme si dříve řekli, že jednou ze zásad práva duševního vlastnictví, na které je dlouhodobě (tradičně) vybudováno i české právo, je oddělení trhu a hospodářství od soukromí (s někdy diskutabilními výjimkami, které ale nyní ponechávám stranou). Pro neobchodní osobní potřebu tak mohu volně užívat cizí dosud chráněná umělecká či vědecká díla včetně jejich (emočního i fyzického) sdílení technicky zahrnující i kopírování v osobním kruhu rodiny a individualizovaných osobních přátel spjatých osobním poutem, pokud tím hospodářsky nevstupuji na trh, což ale běžně nečiním a ani nepotřebuji činit, nehodlám-li v oboru podnikat nebo komukoli hospodářsky konkurovat apod. Domnívám se, že mnohá společenská (někdy i politická) nedorozumění pramení z neznalosti této právní zásady, kterou ovšem lze snadno vyčíst z českých i jiných právních předpisů, aniž bychom snad museli být právníky. Není to ale jediný případ, kdy politické nedorozumění pramení z neznalosti práva (nevědění, ač vědět můžeme a máme).

Svůj význam přitom sehrává morální kritika neúcty ke svobodně projevené (či naopak neprojevené) vůli původce statku, která je právně opřena o doktrínu lidských práv jedinice. Navíc, logicky vzato, první v řadě je tvůrce či jiný původce. Další hospodářský uživatel přichází vždy až na druhém místě poté, co již došlo k prvotnímu přivlastnění (osobní) majetkové hodnoty původcem, a to vytvořením, vynalezením či jiným zhotovením

nehmotného výsledku. – Otázku zjednaných (zakázkových) autorských děl či jiných výsledků ponechávám stranou. Řešena je běžně závazkově právně s důrazem na ochranu zadavatele (investora); tzn. jen relativně, ovšem při zachování absolutních majetkových práv neboli pomocí logické operace s cizím výkonem autorovi (původci) zachovaných absolutních práv.

Proti známé ekonomické tezi o nevzácnosti nehmotných statků pro jejich potencionální replikovatelnost a šířitelnost stavím antitezi o lidském právu nesouhlasit. A to nejen s tím, co se má dít s mou osobnostní stránkou a tělesnou schránkou (tělem), ale i s mým projevem osobní povahy; ať již je povahy všeobecné (například podpis nebo deník) anebo tvůrčí (například literárně ztvárněný deník).

Namísto ekonomického či filozofického výrazu „restrikce“, respektive „restriktivní složka majetkových práv“, s nímž bývá ve světě občas operováno,²³ stavím svobodnou lidskou vůli včetně přirozeného práva nesouhlasit s něčím za samozřejmého předpokladu, že výkon tohoto práva není nikomu na újmu; tzn., že je přiměřený. Je-li takový výkon práva na újmu, právní (i morální) řád si s tím běžně poradí.

Východiskem v řadě případů může být, mimo jiné, i mimozávazkově právní chování v duchu volního projevení veřejného souhlasu vlastníka práva apod.²⁴ A to vedle zakládání smluvně závazkových licencí nebo úředně závazkových licencí či používání licencí zákonných.

„Nerestriktivní“ neobchodní modely věcně využívající širokých technických možností „společnosti sítí“, které se ve světě prosadily, převážně používají právní nástroje neobligační povahy (privátní autonomii) včetně způsobů právních jednání vůči neurčitému okruhu osob (veřejnosti). Tyto způsoby se již staly anebo postupně stávají v určitých převážně neobchodních případech typu *Open Access* společenským standardem chování.²⁵ – Srov. např. nový český občanský zákoník a jeho založení na privátní autonomii projevující se zásadní dispozitivností právních jednání, a to nejen při zakládání závazků včetně různých způsobů uzavírání smluv, ale i mimo ně bez vyvolání jakýchkoli obligačně právních účinků; tzn. zejména v případě tzv. prostých (mimozávazkových) souhlasů vlastníků či vykonavatelů práv jako jednostranných právních jednání vylučujících protiprávnost jednání kohokoli z řad veřejnosti. Na tom nic nemění, že takovéto souhlasy mohou být vyjádřeny pod různými rozvazovacími podmínkami, např. neobchodního užívání, zákazu pozměňování, zákazu překlada apod.²⁶

²³ V české literatuře viz nejen cit. publikaci, ale též POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium 2012, passim.

²⁴ Blíže viz TELEČ, I. Souhlas, nebo licenční závazek. *Právní rozhledy*. 2013, 21, č. 13/14, s. 457–462. 2. vyd. vyšlo na Slovensku; viz *Právní obzor*. 2013, 96, č. 5, s. 435–446.

²⁵ Blíže viz např. ADAMOŤ, Z. Otvorené zdroje vzdelávania a tvorba kultúry autorského práva na univerzitách. *Duševné vlastníctvo*. 2012, č. 4, s. 12–15.

²⁶ Kriticky ale třeba říci, že česká verze tzv. veřejných licencí *Creative Commons*, které patří ve světě k nejznámějším a bývají poměrně často v právní praxi používány k usnadnění právního styku, pokud jde o způsob uzavření licenční smlouvy a o všeobecné smluvní podmínky (správně obsahové náležitosti), je pojata vadně. Podstatě a v smyslu *Creative Commons* a přístupu typu *Open Access* vůbec se totiž příčí právní, a potažmo i hospodářské zavazování se na základě licenční nebo jakékoli jiné smlouvy. Následně bezúplatně nabytí licence neboli pohledávky na strpění jakožto majetku (věci v právním smyslu) do jmění či kapitálu nabyvatele je zpravidla neúčelné. Navíc to vyvolává v tomto smyslu nežádoucí důsledky v právu daňovém. Daného účelu lze v těchto případech nejlépe (nebo alespoň většinou) dosáhnout neodvolatelným, event. podmíněným souhlasem jako jednostranným právním jednáním bez závazkově právních účinků projevovým vůči neurčitému okruhu osob (veřejnosti); viz stránky dostupné z: <<http://www.creativecommons.cz/>>, [cit. 5. 6. 2014].

Jistá míra právní dovednosti je k tomu všemu samozřejmě nezbytná, ale tak tomu bývá i ve zcela jiných sférách, protože právo je svým způsobem „živým organismem“; alespoň v rukou tvořivě schopného právníka, který nejenže ovládá právnícké řemeslo, ale zároveň projevuje i cit pro spravedlnost a je dostatečně zorientovaný v současné realitě včetně hospodářství.

Poněkud odlišné pojetí, které podle mého názoru nedoceňuje soukromoprávní roli privátní autonomie, konkrétně jednostranného souhlasu, při naplňování lidské svobody, čtenář nalezne v publikaci citované v pozn. 1.²⁷ Privátní autonomie ovšem předpokládá schopnost využití (zdatnost) ze strany veřejnosti. Státní soukromoprávní zákonodárství může posloužit jen jako svého druhu „nápověda“ anebo „záchranná síť“ pro případ naší neschopnosti, zapomnětlivosti či nezorientovanosti v určité společenské stránce života. – Srov. § 2376 odst. 2 a 3 obč. zák. (dříve § 50 odst. 2 a 3 aut. zák. z roku 2000), který se týká licenčních smluv pro případ tzv. nekomunikativních smluv, kdy strany možná ani nevěděly, co si vůbec mají svobodně sjednat a kdy jim proto stát svým zákonem podává záchrannou síť tak, aby i přesto jejich volní projevy byly alespoň minimálně platné a nikoli neplatné. Stát přitom zároveň chrání potencionálně slabší stranu, a to i před možnou neodborností protistrany, která zpravidla bývá hospodářsky silnější.

3. KRITIKA INFORMAČNĚ PRÁVNÍ FILOZOFIE²⁸

Kriticky cílený osten si bere na mušku hodnotovou bezobsažnost formalistických informačně právních pohledů na právo a spravedlnost. Předeseílám, že sama kvantifikace právních norem je bezpochyby jedním z možných hodnocení práva i jedním z vědeckých přístupů k němu, jenž má své vymezené dílčí vědecké místo. K potížím dochází teprve tehdy, jestliže je „vymezené“ místo překračováno s cílem až zobecňujícím.²⁹ Obě dvě

²⁷ Spoluautoři zřejmě vyšli z otrockého, právně pojmově vadného, překladu anglického slova *licence* ve významu majetkového práva, které je součástí jmění, respektive kapitálu, popř. obchodního závodu nabyvatele této pohledávky na plnění majetkové povahy v podobě strpění výkonu práva duševního vlastnictví jinou osobou. Nutno říci, že s tímto pojmově vadným, neodborným, překladem se můžeme setkávat i jinde. Ve většině případů typu *Open Access* se ale svým účelem nemá jednat o hospodářské následky, které jinak nutně přinášejí majetkoprávní závazky mezi stranami. Proto bývá namísto pouze jednostranný souhlas bez obligačních právních účinků. Opačný, totiž majetkoprávní, přístup k českému zavedení (české verzi) *Creative Commons*, vyjádřený např. v knize MYŠKA, M. – KYNCL, R. – POLČÁK, R. – ŠAVELKA, J. *Veřejné licence v České republice*, je proto od počátku právně koncepčně vadný směřující zcela (nebo převážně) proti podstatě a smyslu tohoto celého snažení. V zásadě se jedná o nepochopení věci.

²⁸ Upřesňuji, že se jedná o kritiku toho myšlenkového proudu, který nerozlišuje mezi obsahem, druhem a určitým jednotlivých „informací“. Vyplývá to ostatně z dalšího textu samého.

²⁹ O takový případ by se mohlo jednat v příspěvku Cvrčkové na téma *Právní řád a neodpovědné právní experimenty*, v němž jeho autor podrobuje informačně právní kritice návrh, později přijatého, nového českého občanského zákoníku, jenž se mu informačně právně jeví „neodpovědným právním experimentem“; viz BĀRĀNY, E. et al. *Právo a jeho prostředie*. Bratislava: Ústav štátu a práva SAV, 2011, s. 33–47. V Česku vyšlo časopisecky pod názvem *Návrh nového občanského zákoníku (z hlediska jazykového a legislativně technického)* v *Soudci*. 2011, 13, č. 4, s. 7–13.

Otázkou ovšem je, nakolik se v tomto případě jedná o bezhodnotový přístup jednoho scientisticky orientovaného proudu právní vědy, jestliže pod „informačním aspektem“ cit. autor uvádí kupř. kritiku „návratu k překonaným právním institutům“ (s. 47), aniž by je ovšem konkretizoval a porovnal s dnešním kontinentálně evropským standardem; tzn., že autor kritizuje návrat k těm institutům, které trvale patří do osvědčené a tradiční soukromoprávní sféry vyspělých a právně civilizovaných států nedotčených sovětskou právní rodinou a bolševickou stranickou ideologií a které byly v Československu politicky úmyslně, voluntaristicko-instrumentu-

vytčené námitky se přitom navzájem doplňují a prolínají stejně jako i samy kritizované myšlenky.

Předesílám, že pojem „subjektivních práv k informacím“ anebo „absolutních práv k informacím“, s nímž občas pracuje informačně právní filozofie,³⁰ ve své podstatě, smyslu a obsahu představuje hrubé právně pojmové zjednodušení, které *de lege lata* postrádá civilistické odůvodnění, jež podrobněji rozvádím dále.³¹

Z právně (i obecně) filozofického hlediska obecná přístupnost informací samozřejmě patří mezi obecná dobra, která všichni požíváme. Jedná se ovšem – na rozdíl například

talisticky, „překonaný“ coby „buržoazní právo“ zjednodušeným komunistickým („socialistickým“) právem za účelem budoucího „odumření práva“ ve vizi komunistické společnosti v duchu marxismu-leninismu, dříve i stalinismu. Právně informační přístup citovaného autora tak vybočil ze sféry scientisticky laděné právní vědy, kterou autor vtáhnul do hájemství právní politiky (a politiky vůbec). Škoda, že citovaný informačně právní kritik právně politické obnovy českého soukromého práva neřekl, jaké – podle všeho – „buržoazní přežitky“ měl na mysli, jejichž právně civilizační obnovení by bylo „neodpovědným právním experimentem“ a proč by tomu tak mělo být v porovnání s jinými zeměmi (vyjma „počtu slov“). Dvojitá škoda, že svá slova informační kritik nevyřkl již před čtrnácti lety, kdy bylo možné je vědecky zohlednit při komisionálních přípravách nového občanského zákoníku, zejména v rámci prováděných civilistických komparací. Uvědomme si, že ještě zjara 1990 naprostá většina právníků u nás nic nevěděla o obchodních společnostech, nadacích nebo o směnkách či cenných papírech vůbec. Vyjma starých pamětníků „buržoazního práva“. Vždyť ani pojem nájem nesměl být používán! Natož pacht, který se vymykal zemědělské politice KSČ, převzaté od Všesvazové komunistické strany (bolševiků), VKS(b). Vyloučen byl i právní pojem závazku; tedy kromě mimoprávních „socialistických závazků“, kde tento pojem přetrvál.

³⁰ Např. viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, passim. *Vývoj práva duševního vlastnictví prospívá jen parazitům*. Muni.cz, 2012, duben, s. 6. Cit. autor pléduje proti „restrikci“, za niž považuje požadavek souhlasu „vlastníka“ informace (tj. privátní autonomii), před něž staví „užitek“ (včetně užítku emocionálního), jenž má být zájmem původce informace. Domnívám se ale, že nelze na věc apriorně pohlížet filozoficko-schematicky a upřednostňovat ten či onen hodnotový úhel. V podstatě svobodu jedince, anebo „zájem společnosti“. Právo (a spravedlnost) vždy spočívá v nalézání vyváženosti podle konkrétních (anebo alespoň typově vymezených) okolností případu. Ze zákonodárství i aplikační praxe je známa celá řada případů, kdy jinak „nedotknutelná“ privátní autonomie vyznačující se svobodnou vůlí odůvodněně (spravedlivě) ustupuje jiné kolidující hodnotě (nejen užítku); viz např. soustavu zákonných, popř. nucených licencí, které nastupují na místo licencí smluvních („restriktivních“ souhlasů) z důvodu upřednostněného obecného zájmu. Určitý společenský model překonání „restrikce“ (tj. privátní autonomie) u nás zavedli komunisté v letech 1953, respektive 1965, když v československých autorskoprávních předpisech uzákonili možnost úředního udělení nucených souhlasů s užitím díla ze strany politika (komunistického ministra školství a kultury); tzn. i proti svobodně projevěné odlišné vůli autora, který přestal být plným „pánem svého díla“. Hned po politickém převratu roku 1989 byl zákon změněn a tato možnost vzniku závazku byla opuštěna.

Předpoklad souhlasu nositele práv vadí též pirátským politikům s ohledem na tvrzenou legální nedostupnost děl; viz např. MICHÁLEK, J. Co pirátům vadí na copyrightu a jak by se měl změnit. *Pirátské noviny*, 12. 7. 2012, dostupné z: <http://piratskenoviny.cz/?p_id=697048>, [cit. 17. 9. 2012]. Cit. politik byl prvním místopředsedou *České pirátské strany* a členem, orwellovsky znějící, stranické „komise pro kopírování a internet“. Na druhou stranu lze obecně souhlasit se „zlatým pravidlem copyrightu“, podávaným touto politickou stranou, totiž „motivovat autory, aby tvořili co nejvíce kvalitních děl, ze kterých mají všichni lidé prospěch, a zároveň co nejméně omezovat lidé ve svobodném přístupu k dílům.“, ibidem. Jak tohoto cíle dosáhnout u autorů z povolení, ale již strana nic neříká.

³¹ Na druhou stranu nelze upřít, aby se právně informační filozofie zabývala věcmi mimo platný právní řád, které by tematizovala a teoreticky uchopila. Od toho je ostatně filozofie, jichž mohou být a jsou celé řady, aniž by se nutně vázaly nebo byly jakkoli spojovány s právem, které zrovna platí. Proto si lze myšlenkově představit i právně informačně kritické hodnocení platného práva, třeba občanského zákoníku nebo autorského zákona či mezinárodních smluv. Na druhou stranu ale nelze nevnímat, že právně informační teorie (stejně jako kterákoliv jiná právní filozofie) může mít vliv na stav právní nauky neboli na vytvoření právní doktríny; srov. např. § 10 odst. 2 nového občanského zákoníku anebo význam právní doktríny v mezinárodním právu veřejném. Můj kritický postoj k právně informační filozofii je proto veden ze zorného úhlu jejího možného vlivu na výklad a použití platného práva, byť sám právní řád k tomu našťasté nedává velkou příležitost.

od zdravého životního prostředí – o obecné dobro společenského původu. Proto je také nutno brát společenský (potažmo i právní) ohled i na původce informace; zvláště tehdy, může-li být tvorba informací zdrojem lidské obživy a povoláním. Společenský ohled na morální a materiální zájem původce informace tak vede k instituci souhlasu původce s obchodním či jiným hospodářským využíváním informací na trhu těmi, kteří z informací hospodářsky těží (a s jejich zveřejněním). Takovýto model není ani „starý“, ani „nový“, nýbrž realistický v pozemských poměrech a zásadně vyvážený včetně stanovení právních možností, jak eventuální nesouhlas původce informace překonat s cílem veřejného prospěchu. Vše proto zůstává otázkou míry a způsobu proprietárního ovládnutí oběhu informací, což odvisí i od druhu informací svázaného s jejich původem. Aniž bychom nutně aplikovali britskou autorskoprávní doktrínu úsilí, dovednosti a práce (*effort, skill and labour*), známou u nás v právu proti nekalé soutěži, musíme poznamenat, že úcta k původcově vynaložené pracovní síle je základem etiky duševního vlastnictví.

V souvislosti s *Obchodní dohodou proti padělatelství* (ACTA), s jejímž uzavřením Evropskou unií nesouhlasil Evropský parlament v létě 2012, se na veřejnosti opětovně vyskytly v zásadě dva odlišné úhly pohledu. Ponecháme-li stranou většinu lidí, které to je v podstatě jedno.

Jedna skupina lidí říká, že se jedná o boj o peníze mezi filmovými a nahrávacími studii a provozovateli internetových služeb. Druhý obecně známý pohled se politicky zaštiťuje svobodou internetu a projevuje se i politickým bojem o její zachování, zvláště mezi drobnými zákazníky internetových služeb, tlačnými státy či mocnými, začasto nadnárodními, korporacemi.

První pohled mi je bližší, i když je hrubě nepřesný. Na druhou stranu, svoboda informací je hodnotou, kterou je třeba hájit. Potíž je ale v tom, co všechno považujeme za „informaci“ neboli česky řečeno za „zprávu“.³² Informací jsou zprávy o počasí, dopravě, politickém, hospodářském, náboženském a kulturním dění, právní normy či údaje o správě veřejných věcí apod. V podstatě se jedná o „klasickou“ politickou svobodu slova včetně volného oběhu a společného sdílení názorů na věci veřejné a o moderní právo vědět o veřejných záležitostech (právo na přístup k údajům o veřejných záležitostech). K tomu se druží i právní princip dobré správy veřejných věcí, jehož podstata spočívá mimo jiné v průhlednosti správy. Internet je pouze jedním z technických prostředků. Nic více.

Někteří fanoušci internetu ale považují za „informaci“ i film nebo hudbu. Podle nich není rozdíl mezi tvůrčím uměním ducha a odjezdy autobusů či vlaků! Filmy a hudba patří mezi „elektronická data“ v počítači nebo na síti. Technicky, informaticky, i veřejnoprávně komunikačně ano.³³ Morálně, mezinárodně, ústavně a soukromoprávně naštěstí

³² Podle standardního technického výměru znamená informace „sdělované znalosti“ či „(obecnou) zprávu užívanou k vyjádření informací při procesu komunikace s cílem zvýšit znalosti“. „Informace se týká faktů, pojmů, předmětů, myšlenek, procesů atd.“; viz ČSN ISO 5127 *Informace a komunikace. Slovník*. 2003, bod 1.1.3.08, 1.1.3.09, s. 12. Široké právně informační, filozofické a ideologické používání pojmu informace je proto v rozporu s mezinárodní i českou technickou normalizací.

³³ Srov. např. účelový výměr „datové zprávy“ podle zákona o elektronickém podpisu (zák. č. 227/2000 Sb.). Kupř. zvukově obrazový záznam (např. hudební videoklip) v tomto účelovém smyslu není ničím jiným nežli „elektronickými daty“. Informaticky (tj. technicky) i účelově právně to je nepochybně správné a věcně (technicky) výstižné.

Právní a morální problém vzniká až tehdy, jestliže stoupenci informační ideologie a někteří politici naznačené

nikoli. Státy se tohoto rozdílu drží. Dovolávání se ústavní svobody informací je pak falešné, protože u filmů a hudby jakožto výsledků hospodářských a tvůrčích investic, zásadně nejde o žádný volný oběh zpráv či politických názorů apod.³⁴

Tomuto módnímu přístupu, žel, nepřímo nahrává hodnotově neutrální, chladně racionální, informační teorie práva (blízká technické právní informatice), jež je jednou z pozitivistických právních teorií. Tato právní teorie, založená na obecné teorii informací, občas pracuje například s již zmiňovaným právně teoretickým pojmem „absolutní práva k informacím“, čímž ale celou záležitost právně zamlžuje; byť by se snad na první pohled mohly tyto úvahy jevit jako „moderní“ přístup k právu.

Předměty, které bychom snad mohli nazvat „informacemi v právním smyslu“ (tedy nominálními informacemi), tvoří čtyři ze sedmi, popřípadě osmi (uvažujeme-li ještě zvláště o investicích v mezinárodním smyslu) tříd právních předmětů, a to podle civilistické koncepce hodnotově hierarchizovaných soukromoprávních předmětů.³⁵ Vytknutá zvláštní „informační skupina“ (tj. nehmotné statky) je ale zjevně vnitřně nesourodá. Obsahuje totiž povahově neslučitelné „informace“ (hodnoty), které jsou od lidské osobnosti:

- a) oddělitelné, např. označení domény v síti elektronických komunikací (vadně překládáno jako doménové „jméno“),³⁶ zvukově obrazový záznam či denní zpráva jakožto nehmotné věci v právním smyslu,

či podobné účelové pojetí právně politicky zobecňují. Nejde pak o umění, nýbrž o „elektronická data“. Řekl bych, o jakousi zvláštní „technického“ rozumu a o jeho převládnutí nad citem nejen pro umění, ale i pro spravedlnost a o jeho převládnutí nad poctivostí.

³⁴ Viz k tomu TELEČ, I. Není informace jako informace. In: P. Blaho – A. Švecová (eds). *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi. Zbor. 2. diel* Trnava: Trnavská univerzita – Veda, 2013, s. 930–947.

³⁵ Ústavně konformní hodnotovou hierarchii soukromoprávních předmětů (objektů) absolutních soukromých práv, která je souladná i s novým českým občanským zákoníkem, si můžeme přehledně podat následovně:

1. předměty přirozených lidských práv spjatých s osobností (všeobecného práva osobnostního):
 - a) lidská osobnost po všech stránkách, např. jméno, život a zdraví, důstojnost, soukromí atd.,
 - b) lidské tělo a jeho část, kupř. ruka, včetně lidských pozůstatků (lidského těla a jeho částí do pohřbení) a lidských ostatků (lidských pozůstatků po pohřbení),
 - c) lidský projev všeobecné osobní povahy, např. hovor, způsob chůze, deník či podpis,
2. předměty (přirozeného) práva osobnostního a práva majetkového, např. práva autorského;
3. lidský projev tvůrčí osobní povahy, např. umělecké či vědecké dílo nebo vynález,
 - d) předměty práva majetkového, např. vlastnického:
 - e) živé zvíře, např. pes,
 - f) ovladatelné přírodní síly, např. elektrická energie,
 - g) věc v právním smyslu:
 - i. hmotná, např. pozemek nebo židle,
 - ii. nehmotná:
 - právo, např. licence jakožto pohledávka na strpění výkonu cizího práva duševního vlastnictví,
 - jiná nehmotná věc bez hmotné podstaty, např. zvukový záznam.

Vedle toho zůstávají některé soukromoprávní předměty v podobě nehmotných věcí v právním smyslu, k nimž v současnosti nejsou na českém území (a zpravidla ani v cizině) zákonem přiznána absolutní majetková (ani osobnostní) práva; např. prosté zprávy (pouhé informace), prostá zevnější označení jako obchodní štíty, obchodní či tovární značky (např. vozidlo) anebo označení domén (přeměněné internetové adresy) v síti elektronických komunikací aj., jejichž soukromoprávní ochrana je na českém území (a zpravidla i v cizině) stanovena jen nepřímo v rámci ochrany obecného dobra hospodářské soutěže. Vedle toho nám zákon nabízí posesorní ochranu držby nehmotné věci. Někdy se pro tyto předměty pod německým vlivem používá pojem „nemanželské děti duševního vlastnictví“. Ačkoli každá hmotná věc je předmětem věcných práv (není-li věcí ničím), nikoli každá nehmotná věc v právním smyslu je předmětem věcných práv. Platí zde totiž *numerus clausus* vymezený zákonem přiznáním absolutních majetkových práv k ideálním předmětům.

- b) neoddělitelné, např. jméno, důstojnost, soukromí, hlas nebo vlastnoruční podpis či výtvarné dílo umělecké anebo vynález; taktéž nepřenositelný osobní údaj ztotožňující určitého člověka.³⁷ V těchto případech se povahově nejedná o věci, a to ani o věci v právním smyslu nového občanského zákoníku.

Humanistické hledisko oddělitelnosti ideálního předmětu od člověka povahově předurčuje zcela odlišný právní oběh různých „informací“ (nehmotných hodnot), jakož i odlišný způsob a míru jejich právní ochrany.

Některé právně informační přístupy, známé i z části politické praxe, kladou někdy až nadměrný důraz na politické občanské právo šíření informací (jinak žádoucí), které neústrojně vyjímají z ústavního kontextu vyvážených práv a svobod. Jsou to přitom právě práva k určitým „informacím“ (duševnímu vlastnictví), která výrazně, byť dočasně a jen teritoriálně, ústavně omezují ono politické občanské právo šíření „informací“.

Nelze se proto zbavit pochyb o někdy ne zcela jasné hranici mezi právně informační filozofií jako scientisticky laděným myšlením a politickou ideologií spojenou i s určitou politickou praxí; např. tzv. pirátských politických stran a jejich sympatizantů.

Navíc, právní ani jiná odborná praxe se neobejde bez hodnocení „informací“. Připomenout si můžeme například průmyslově vzorové hodnocení vzhledu výrobku, třeba tvaru karoserie vozidla, pro průmyslověprávní nebo nekalosoutěžní účely. Podle informační teorie práva je ovšem design „informací“! K čemu je takovýto teoretický postoj v praxi dobrý, nevím. Leda snad jako nepřímý a možná bezděčný teoretický návod (pokušení) k obchodnímu „sdílení informací“ (designů) bez ohledu na vůli vlastníka dočasného a územně omezeného průmyslového vzoru. A bez zřetele na jeho legitimní zájem na návratnosti tvůrčí i hospodářské investice, kterou vlastník vynaložil do vývoje třeba nové karoserie automobilu, jejímž zveřejněním obohatil lidstvo. A proto pro sebe od státu získal dočasnou a územně omezenou průmyslověprávní výsadu průmyslového vzoru pro obchodní účely. Vynaložení další investice předchází návratnost předchozí investice a celý hospodářský cyklus se jednoduše opakuje. Co je na tom ideologicky nepřijatelného?

Další výše zmiňovaný výklad o útlaku ze strany států a obchodních korporací je hodně ideologizovaný, a to v politickém smyslu až krajní levice. Probleskují v něm i staré nerealistické myšlenky komunistické o materialistickém „ráji na zemi“. – Opakovaně vzpomeňme na sovětské (a tudíž i československé) „socialistické vynálezecké právo“, které znárodňovalo vynálezy a zásadně odmítalo patenty (obchodní výsady).

Nechce se přitom všem vědět, že zrovna autorský zákon je postaven na ochraně hospodářsky slabšího výtvarníka, spisovatele, tanečníka či hudebníka před „zlými“ korpo-

³⁶ Právní pojem „jméno“ je totiž spjat s osobou, nikoli s věcí. Věci nemají jména (ponecháme-li stranou jejich personifikaci), nýbrž názvy či označení, jak ostatně odpovídá zavedenému českému legislativně-právnímu pojmosloví. Ani samotný anglický výraz „name“ nemusí být pokaždé překládán jako „jméno“. Záleží od (právního či jiného) významu slova. Škoda, že na tuto právně překladatelskou (významoslovnou) chybu neupozornila česká informačně právní filozofie. Do odborného právního jazyka legislativního nelze bezmyšlenkovitě přejímat technické výrazy a jejich technické české překlady; viz též infromatický výraz „jmenný prostor“ (*namespace*) a jeho nevhodné právní používání, kdy se o žádné spojení s osobou (a jejím jménem) rovněž nejedná.

³⁷ Ovšem jen do té míry, pokud můžeme o osobním údaji hovořit jako o předmětu soukromého práva, což odvisí od jeho povahy, respektive druhu. Osobní údaje jsou totiž různé právní povahy.

racemi. Zákon od roku 2000 též počítá s kolektivním vyjednáváním mezi správci práv a veřejnými uživateli, a to i s pomocí mediátora ve zvláštním postavení oproti pozdější obecné mediaci. Mnozí živnostníci v internetových službách se tomu ale dlouhodobě vyhýbají. Proč vyjednávat o cenách licencí? Proč mít transakční náklady, když si můžeme vytvořit vlastní obchodní svět s cizím? Anebo podsvětí?

Zjevné je, že někteří příslušníci jedné skupiny podnikatelů (živnostníků) na trhu „informačních služeb“, a to poskytovatelů elektronických ukládacích (hostingových) služeb, chtějí pro sebe získat nepoctivé hospodářské výhody. Proč by ale měla být zrovna tato podnikatelská skupina zvýhodněna ve srovnání s ostatními obchodníky s „informačními službami“? Třeba ve srovnání s knižními nakladateli včetně zpřístupňovateli e-knih anebo výrobci zvukových záznamů hudby? Knižní obchodník s „informací“ získává pro své obchodní účely autorskoprávní nakladatelskou licenci. Neknižní obchodník se stejnou „informací“ téhož obsahu a významu, který je činný po síti (on-line), chce však být na trhu zvýhodněn oproti předchozímu konkurentovi (nejde-li o licencovanou e-knihu). A to jen proto, že takovýto obchodník podniká elektronicky po síti tak, že buď sám zpřístupňuje cizí výsledky veřejnosti za účelem svého zisku, anebo tak nechává „samoobslužně“ činit jiné? Oba obchodníci si jsou navzájem hospodářskými konkurenty. Dochází tím k veřejné poruše volného trhu, a to jen proto, že jeden z podnikatelů prosazuje jiné ideologické postoje a hraje na touhu po snadné (poněkud líné) a bezplatné zábavě svých zákazníků.

Nelze se pak divit vyspělým státům světa, když džbán trpělivosti přetekl.

Chápu ale i rozhořčené zákazníky, jestliže by po nich někdo chtěl, aby za svou hračku, kterou technicky snadno získali na trhu, zaplatili. Nežijeme však v komunismu.

Stále ještě platí „každému podle jeho práce“, nikoli „vyšší“ komunistické „každému podle jeho potřeb“; např. podle jeho potřeby zábavy či jeho potřeby potěšení. Hledisko záslužnosti, pracnosti pro jiného či pro veřejné blaho, totiž vylučuje či omezuje hrozbu sobectví „vlastní potřeby“.

Můžeme něco podstatného doplnit na závěr?

Základní teze o lidské přirozenosti a jedinečnosti, o účtě k právu i hospodářství již byly vysloveny. Můžeme proto jen zopakovat, že nové technikálie nejsou žádným ospravedlnitelným důvodem pro převrat hospodářství nebo pro změnu morálky založené na účtě k cizímu. Zároveň ale můžeme říci, že právě nové technikálie vydatně přispěly k dalšímu obnažení stinných stránek naší lidské podstaty.

prof. JUDr. Ivo Telec, CSc.

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

SUVERENITA PARLAMENTU STÁLE ŽIVÁ?

Abstrakt: Diceyho teorie je založena na absolutní suverenitě, kterou pro absolutní vládcu vytvořil Bodin. Parlament tak hraje v tomto scénáři roli nejvyššího pistolníka. Tato teorie může být jednoduše odmítnuta jako zastaralá. Když se Dicey snaží vysvětlit, proč rozhodující osoby uznávají nejvyšší moc Parlamentu, argumentuje politickou suverenitou Parlamentu, která znamená jeho skutečnou moc ve fakticitě. Přestože tento přístup směšuje normativní a deskriptivní pohled, považuji ho za poněkud atraktivní popis určité mentální mapy. Článek dále popisuje spory mezi sirem Ivorem Jenningsem, sirem Williamem Wadem a dalšími ohledně možného sebeomezení Parlamentu. Byly vytvořeny tři základní koncepce. Podle Williama Wadea je Parlament omezen pravidlem, že se nemůže omezit. Sir Ivor Jennings tvrdí, že Parlament se může omezit jen z procesního hlediska. Jiní jako Nick Barber zastávají názor, že se může omezit neomezeně. Závěrem ukazují, že Hart považoval soudní rozhodování ohledně citlivých ústavních otázek za politickou činnost, která se však děje výjimečně. Podle Harta soudy musí získat dostatečnou legitimitu pomocí rozhodování podústavních případů. To znamená, že jsou legitimizovány v podstatě technokratickou procedurou, což kontrastuje s Diceyho koncepcí politické moci jako zdroje právní suverenity.

Klíčová slova: suverenita, parlament, obyčej, common law

Doktrína legislativní nadřazenosti je skutečným základem ústavního práva.¹
V. Dicey

Parlamentní suverenita nikdy neposkytovala ochranu Parlamentu nebo voličům, poskytovala především hračku pro zabavení ústavních právníků.²
N. W. Barber

ÚVOD

Britský parlamentarismus nepřestává svojí tradicí a významem fascinovat generace ústavních právníků a politologů, včetně českých. Například Jan Wintř pokládá chod tamních parlamentních procedur za vzor *usměrněné* parlamentní kultury, kterou klade do kontrastu s českou kulturou *improvizovanou*.³ Několik prací především v kontextu lidských práv pak věnovala ostrovnímu parlamentarismu Miluše Kindlová.⁴

Na druhou stranu, britské tradice nelze přeceňovat: pokud už se v Británii odehrává revoluce, je prezentována jako objevení skutečné ústavy a tradice.⁵ I nejnovější teorie

¹ V originále „*Doctrine of legislative supremacy of Parliament is the very keystone of the law of the constitution*“. DICEY, A. N. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10. vyd. London: Macmillan, 1965, s. 70.

² V originále „*Parliamentary sovereignty did not provide a protection for Parliament or for the electorate; it provided a puzzle to entertain constitutional lawyers*“. BARBER, N. W. *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*. *International Journal of Constitutional Law*. 2011, č. 1, s. 148.

³ WINTŘ, J. *Česká parlamentní kultura*. 1. vyd. Praha: Auditorium, 2010, s. 44 nn.

⁴ Zejm. KINDLOVÁ, M. K dělbě moci a odpovědnosti mezi soudy a parlamentem ve sféře soudní ochrany zákonů (úvaha v oblasti právní ochrany lidských práv). *Právník*. 2008, roč. 147, č. 3, s. 279–294. KINDLOVÁ, M. *Koncept vlády práva (rule of law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království*. In: V. Jirásková – R. Suchánek. *Pocta prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, Csc. k 70. narozeninám*. Praha: Linde, 2004, s. 24. a její dizertační práci *Ústavně-právní komparace ochrany lidských práv ve Spojeném království a České republice v evropské perspektivě*, PF UK, 2007.

jsou tak prezentovány jako tradiční, historické, či překonávající zbytečné odbočky a věrně se vracející ke staletému toku dějin.

Samotná suverenita sama o sobě je státovědný pojem, vyjadřující v různých odstínech nadřazenost v kontextu vnitrostátního práva a nezávislost v právu mezinárodním. Existuje celá řada teoretických pojetí suverenity, které v českém prostředí nejnověji shrnuje Jan Kysela.⁶ Obecný státovědný pojem suverenity se pak konkretizuje v jednotlivých vnitrostátních právních rádech jako určité právní pravidlo. Byť někteří autoři mluví o suverenitě parlamentu více či méně případně v českém kontextu (např. prof. Holländer⁷), tato stať má suverenitou Parlamentu⁸ na mysli obyčejové právní pravidlo britského ústavního práva, které stanoví, že Parlament má svrchovanou moc v zemi. Byť jde zřejmě o notorietu, sluší se připomenout, že toto pojetí svrchovanosti je komparativně výjimečné, naprostá většina států stanoví ve svém ústavním právu suverenitu lidu, včetně České republiky.⁹ V případě suverenity Parlamentu navíc nejde o konvenci, v britské terminologii se ústava dělí na právně nezávazné konvence a ústavní právo, do kterého spadají také obyčejje.

Přestože však suverenita Parlamentu dlouho byla, a z valné části stále je, považována za ústřední bod britské ústavy, už na první pohled můžeme tušit velké množství s ní spojených teoretických problémů. Britský Parlament sice může stanovit cokoli a přebít tak moc vládní i soudní (a to i v konkrétní věci), v každodenní praxi se tak z různých důvodů neděje, především vláda Parlament svým způsobem ovládá prostřednictvím většiny v dolní Sněmovně.

Suverenita Parlamentu je, byla, anebo se alespoň tvářila jako právní pravidlo: o obsahu právních pravidel ale rozhodují soudy způsobem jejich aplikace. Červenou nití tohoto textu je tak vztah Parlamentu a soudů. Soudy ovšem nemusí mít poslední slovo: soudy mohou mít moc, pokud vláda vládnoucí také v Parlamentu soudy uznává jako relevantní hráče.

Na druhou stranu, pokud je suverenita Parlamentu základním právním pravidlem ústavního řádu, lze jí nepochybně rozbít revolucí, zničit vědomou změnou pravidla uznání či vymazat zbraní prostého zapomnění. Snad mohu prozradit, že pojmy jako „revoluce“, jakkoliv to v ostrovním kontextu zní zvláště, či změna pravidla uznání nás budou provázet velkou částí tohoto textu.

Tímto úvodem jsem tak chtěl naznačit, že v souvislosti s ústředním právním pravidlem budeme někdy balancovat na hraně normativity a fakticity, jak už to s ústředními právními pravidly bývá. Někteří autoři, jak můžeme vidět už z úvodního citátu Nicka Barbera, tak samotnou otázku suverenity Parlamentu parodují jako právně nepodstatnou.

⁵ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 2.

⁶ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou – Úvod do ústavní teorie*. 1 vyd. Praha: Leges, 2014, s. 138 nn.

⁷ HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 1, s. 20.

⁸ Po britském vzoru používám v textu velké P, pokud jde o konkrétní westminsterský Parlament.

⁹ Čl. 2 odst. 1 české Ústavy. Samostatnou otázkou je vůbec komparovatelnost suverenity lidu a suverenity Parlamentu. Navíc byt' je dnešní britské ústavní právo z větší části složeno z jednotlivých psaných zákonů, takže nepsané obyčejje představují jen malou část ústavního práva, výsledná kompozice je poněkud rozdílná od rigidních kodifikovaných ústav.

Moje stať se z prostorových důvodů věnuje především logickému paradoxu omezenosti neomezeného Parlamentu. Nevěnuji se tak jinak zajímavým výzvám parlamentní suverenity chápané materiálně, tedy zejména Zákonu o lidských právech z roku 1998,¹⁰ skotské devoluci,¹¹ nebo poměru k evropskému právu.¹²

V tomto textu postupuji od klasického Diceyho pojetí k moderním sporům, pro které jako úvod slouží kapitola 2 „Suverenita po Diceym“. Jejich rozbor je pak v kapitole 3. „Revoluce, nebo evoluce?“ Cíle staťe jsou především přehledové, tedy představit soudobou diskusi a její kořeny, jakkoliv si citované autory dovoluji komentovat.

1. KLASICKÝ POJEM SUVERENITY PARLAMENTU U A. V. DICEYHO

Klasickým pramenem pro výchozí studium britského pojetí suverenity Parlamentu je kniha A. V. Diceyho *Úvod do studia ústavního práva* z roku 1885.¹³ K této práci se moderní autoři vrací často, starší prameny citují jen ojediněle, pokud se ovšem nezabývají samotnou historií pojmu.

Diceyho kniha je působivým dokladem britského imperialismu či vlastenectví jeho doby. Kapitulu o vládě práva po krátkém shrnutí otevírá rozsáhlým citátem z Tocquevillova srovnávacím Švýcarsko a Británii ohledně ochrany individuálních práv v roce 1836. Británie samozřejmě vyhrává na celé čáře.¹⁴ Gavin Little považuje Diceyho styl z moderního pohledu dokonce až za autoritářský a vyjadřující dobový anglocentrický nacionalismus.¹⁵

Už samotný styl a struktura této knihy tak dávají tušit význam podivně nazvaných konstrukcí pro jinak značně umělou britskou tradici. Z dnešního pohledu zvláště Dicey používá slova „anglický“ a „Anglie“ synonymicky s „britský“ a „Británie“, jak bylo v jeho době obvyklé.¹⁶ Prvním zvláštním pojmem je už samotný Parlament. Obecný pojem parlamentu v běžném jazyce a jazyce ostrovních ústavních právníků znamená něco jiného. Parlament v ústech právníka znamená Královnu, Sněmovnu lordů a Sněmovnu obcí; tyto tři orgány mohou být popsány jako „Královna v Parlamentu“ a tvoří Parlament.¹⁷

¹⁰ Podle něj může soud vydat prohlášení neslučitelnosti v případě rozporu zákona s tímto zákonem a vláda může následně použít zrychlenou legislativní proceduru k novelizaci rozporného zákona. Formální svrchovanost Parlamentu však není dotčena, o novelizaci rozhoduje stále on, jakkoliv tento zákon výrazně posílil legitimitu soudní moci.

¹¹ Právo nového skotského parlamentu je z formálního hlediska podřízeno britskému Parlamentu, který může jakýkoliv skotský zákon zrušit či novelizovat. Faktická nevratnost devoluce je ovšem skutečností.

¹² Tyto otázky jsou obsáhlé, zde se omezím na konstatování, že britský Parlament by si nepochybně mohl vynutit vystoupení z EU, a tím skoncovat s předností evropského práva.

¹³ V originále *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.

¹⁴ DICEY, A. V. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 184 nn.

¹⁵ LITTLE, G. Scotland and Parliamentary Sovereignty. *Legal Studies*. 2004, roč. 24, s. 542.

¹⁶ KINDLOVÁ, M. *Koncept vlády práva (rule of law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království*, s. 389, pozn. 17.

¹⁷ DICEY, A. V. *An Introduction...*, s. 39, Dicey používá Parlament vždy s velkým P, má totiž na mysli konkrétní westminsterský parlament, srov. KINDLOVÁ, M. *Koncept vlády práva (rule of law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království*, s. 24. Jedním z opakujících se témat probíhajících diskusemi o suverenitě parlamentu jsou právě spory, kdy má autor na mysli konkrétní britský Parlament a kdy mluví o parlamentarismu obecně (viz jeho kritika Austina reprodukována na konci této kapitoly).

Podle Diceyho je krátkou definicí suverenity Parlamentu možnost vydat nebo zrušit jakékoliv právo, a to za současného splnění podmínky, že právo Anglie žádné osobě či instituci nepřiznává právo vyřadit legislativu Parlamentu z užívání. Tato definice však podle něj není dostatečně určující, protože francouzské a belgické soudy jeho doby také nevyslovovaly neústavnost zákonů, i když u nich byla zákonodárná moc omezena rigidní ústavou.¹⁸

Dále tedy přidává pozitivní vymezení: Jakýkoliv zákon Parlamentu tvořící, rušící nebo měnící platné právo je respektován soudy.

A také negativní vymezení: Podle anglické ústavy neexistuje osoba nebo skupina osob, které by mohly vydat pravidla překonávající nebo rušící zákon Parlamentu, ani taková osoba nemůže zákon uplatňovat či vykládat v rozporu se zákonem Parlamentu.¹⁹

Toto vymezení považuje za hrubě dostačující. Za klíčové považuje uznání pozitivního i negativního vymezení anglickým právem.²⁰ Dále připojuje podrobnější komentáře ke třem hlavním oblastem této koncepce: *neomezené legislativní moci Parlamentu, absenci konkurenční legislativní síly a hlavním potížím samotné doktríny.*

1.1 Neomezená legislativní moc Parlamentu

První oddíl otevírá rozsáhlým citátem z Blackstonových *Komentářů*: „*Moc a pravomoc Parlamentu, jak říká Sir Edward Coke, je tak transcendentní a absolutní, že nemůže být, s výjimkou určitých případů a osob, omezena do žádných hranic. ... Může určovat či zcela měnit nástupnictví Koruny; ... může změnit náboženství v zemi. ... Může zkrátka učinit cokoli, co není přirozeně nemožné; a proto se někteří nestyděli nazývat jeho moc, poněkud odvážně, všemocností Parlamentu.*“²¹

Následně Dicey cituje De Lolmovo shrnutí, které se stalo legendárním: „*Pro anglické právníky je základním principem, že Parlament může učinit cokoli, kromě přeměny ženy v muže a muže v ženu.*“²²

Podle Diceyho lze nejvyšší zákonodárnou autoritu Parlamentu doložit velkým množstvím historických příkladů.²³ Prvním z nich je Zákon o nástupnictví z roku 1701, podle kterého panovník nastupuje na trůn z titulu Parlamentu – jeho nárok vládnout stojí na zákonu a je výsledkem zákona.²⁴

Za nejdůležitější však Dicey považuje Zákon o sedmiletém funkčním období z roku 1715. Ten nejen prodloužil volební období ze tří na sedm let, ale jako důsledek tohoto prodloužení prodloužil funkční období tehdy sloužící Sněmovny obcí, která tak byla zvolena na tři roky, ale sloužila sedm let – to byl ostatně politický záměr, vláda se chtěla udržet déle u moci. Tehdy proti němu protestovala skupina lordů, protože považovala

¹⁸ Ibidem, s. 39–40.

¹⁹ Ibidem, s. 40.

²⁰ Ibidem, s. 41. Obě vymezení jsou však obsahově stejná, jak poznamenává Jeffrey Goldsworthy – GOLDSWORTHY, J. *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. 1 vyd. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 10.

²¹ DICEY, A. V. *An Introduction...*, s. 41–42 (výrazně kráceno).

²² Ibidem, s. 43. V originále „*It is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman*“.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

tuto změnu za přesun moci od obyvatelstva k Parlamentu, který volí sám sebe. Podle Diceyho této kritice uniká skutečná ústavní povaha Parlamentu: není zástupcem svých voličů ani není povinen plnit jejich příkazy. Je právně suverénní zákonodárnou mocí státu, a zákon o sedmiletém funkčním období je výsledkem a zároveň platným důkazem suverenity Parlamentu.²⁵

1.2 Absence konkurenční legislativní síly

Královna, jednotlivé komory a soudy si v průběhu historie kladly nároky na nezávislou zákonodárnou moc. S jednotlivými institucemi pak Dicey polemizuje.²⁶

Co se týče panovníka, zákonodárná moc byla původně v rukou Krále v Radě a i po zavedení parlamentní legislativy existovala paralelně královská legislativa ve formě ordonancí a později proklamací. Dicey cituje zákon Jindřicha VIII. poskytující ordonancím moc podobnou zákonu. Podle Diceyho se neprosadil, ale potencionálně by zavedl v Anglii absolutismus francouzského typu. Doplněná poznámka editorů však považuje tvrzení o potencionálním přechodu k absolutismu pomocí tohoto zákona za překonané. Zajímavé však je, že Dicey chápe neprosazení tohoto zákona jako důvod pro nerozlišování zákona a dekretu po francouzském vzoru v Anglii. Exekutiva tak v Diceyho době nemůže rozsáhle vydávat podzákonné předpisy bez zmocnění v zákoně, takže zákony toto zmocnění často obsahují nebo jsou zbytečně složité – obojí Dicey považuje za nevýhodu, doslova za „zlo“ a rád by zavedl pro vládu Anglie obdobnou proceduru vládních dekretů s mocí zákona. Jak říká jinými slovy, moudrá omezení královské moci učiněná našimi dávnými otci dnes tvoří zbytečnou překážku výkonu exekutivy.²⁷

Sněmovna obcí si čas od času podle Diceyho přisvojuje pro svá usnesení status práva. Tento názor vyvrátilo rozhodnutí *Stockdale v. Hansard*²⁸ z roku 1839. Podle něj nactiutrhací dokument nepřestane být nactiutrhacím jen proto, že byl vydán podle rozhodnutí Dolní sněmovny, nebo rozhodnutím sněmovny, že publikace dotčené zprávy je jednoznačným případem ústavní funkce Parlamentu. Na druhé straně ovšem má každá komora úplnou kontrolu nad svými procesními pravidly a může trestat osoby, které by jednání komory urážely – proti takovému trestání není soudní kontrola možná.²⁹

Nárokům soudů na legislativní primát věnuje Dicey jen jednu stranu. Uznává však, že problematika je velmi rozsáhlá, navíc velkou část anglického práva v praxi tvoří soudy. S několika odkazy na stručnost jeho vysvětlení poukazuje na oddanost anglických soudů Parlamentu. To ovšem neznamená tvrzení pravomoci rušit zákony soudy. Zkrátka,

²⁵ Ibidem, s. 44–48. Podobně bylo jednorázově prodlouženo funkční období za obou světových válek.

²⁶ Ibidem, s. 50.

²⁷ Ibidem, s. 50–53.

²⁸ Případ *Stockdale v. Hansard* [1840] 9 A. & E. 1; K. & L. 127.

²⁹ Ibidem, s. 54–58. V tomto momentě je opět vidět, jak je přes všechnu teoretickou slávu suverenity Parlamentu a koncepce Parlamentu jako takového právním pravidlem: o jeho aplikaci a faktické existenci tedy rozhodují soudy. Srov. Barber, N. W. *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, s. 145. Barber přikládá obecně soudům velkou roli. Nicméně už Hart při výkladu pravidla uznání nakonec v moderní společnosti redukuje adresáty uznání na *officials*, tedy rozhodující zástupce společenské elity, viz HART, H. L. A. *The Concept of Law* 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 1994, s. 114. K tomu srov. ALEXANDER, L. – SCHAUER, F. *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*. [online]. c2008, [cit. 6. 5. 2013]. Dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=1235202>>, s. 5.

soudcovské právo je podřízená legislativa, vykonávaná se souhlasem a pod dohledem Parlamentu.³⁰

Dicey dále rozebírá některé námitky vůči neomezené legislativní moci Parlamentu. S námitkou vázanosti zákonů morálkou se Dicey vypořádává poměrně jednoduše. *Obiter dicta* soudních rozhodnutí, v nichž se o ní hovoří, interpretuje jako poznámku soudů o předpokladu morálního obsahu zákonů: soudy předpokládají, že Parlament nechtěl porušit obecnou morálku a jeho zákony vykládají v souladu s ní. To však podle Diceyho neznamená, že by moderní soudy naslouchaly argumentům o neplatnosti nemorálního zákona.³¹

Argumentaci o neomezitelnosti královské moci Parlamentem považuje Dicey za starý pokus posílit monarchii (odkazuje na Bacona), který by žádný moderní právník neza-
stával – netvrdil by, že Parlament nemůže zrušit prerogativy typu sjednávání meziná-
rodních smluv, které fakticky stejně vykonává vláda.³²

1.3 Nezávislost na předchozích Parlamentech

Konečně obsáhle polemizuje s námitkou možné vázanosti Parlamentu zákony před-
chozího Parlamentu, kterou datuje k Francisu Baconovi. Podle Diceyho se Parlamenti
několikrát zcela jistě snažily zavázat budoucí Parlamenti, ale jejich snaha skončila vždy
selháním. Typickým příkladem jsou zákony o unii se Skotskem (1706) a Irskem (1800),
které transponovaly příslušné smlouvy. Vzhledem k zániku výše zmíněných států se jistě
autoři těchto zákonů snažili poskytnout jim vyšší sílu. Ovšem např. Zákon o unii se
Skotskem stanovil povinnost každého profesora skotské univerzity vykonat Vyznání víry.
Toto ustanovení však bylo fakticky zrušeno Zákonem o skotských univerzitách z roku
1853. Ještě patrnější je příklad unie s Irskem, kdy zákon hovoří o vytvoření Spojené
církve „navždy“. Spojená církev však byla zrušena Zákonem o irské církvi z roku 1869.

Jediným z mála případů, kdy lze podle Diceyho bezpečně predikovat nezrušení
zákona v budoucnu, je Zákon o zdanění kolonií z roku 1778, který byl výsledkem snahy
zastavit konflikt v Severní Americe a který zrušil Zákon o amerických koloniích z roku
1776. Podle tohoto zákona Parlament nevalí daně nebo jiné platby na kolonie v Sever-
ní Americe a Západní Indii. Dicey hovoří o politické neprůchodnosti zrušení tohoto
zákona, z hlediska práva považuje jeho zrušení za bezproblémové – např. uvalením
daně na Nový Zéland nebo Kanadské dominium. Je třeba podotknout i na tomto místě,
že tyto poměry byly poněkud změněny Westminsterskými statuty z roku 1931, kterými
se britský Parlament tohoto práva vzdal.³³

Nakonec rozebírá Dicey údajné obtíže pro pochopení principu suverenity Parla-
mentu. Polemizuje s Austinovými závěry, kdy Austin podle něj hovořil o suverenitě Parla-
mentu v jiném významu – hovořil o ní jako o vlastnosti různých orgánů. Austin ovšem
nekonzistentně směšoval politický a právní pojem suverenity. Dicey však tyto dva pojmy

³⁰ DICEY, A. V. *An Introduction...*, s. 60–61.

³¹ *Ibidem*, s. 62–63.

³² *Ibidem*, s. 63–64. Je zajímavé, jak často používá Dicey slovo moderní – z tohoto stylistického prvku přímo
dýchá atmosféra doby, která se považovala za vrchol civilizace.

³³ *Ibidem*, s. 64–70. Westminsterské statuty, kdy se Parlament výslovně omezuje, tvoří zajímavý problém, který
je rozebrán níže.

rozlišuje, **politickou** suverenitu mají v rukou občané státu, tedy v Británii voliči, lordi a královna, zatímco **právní** suverenita je čistě právní pojem označující neomezenou legislativní moc. Dicey také vyčítá Austinovi, že hovoří o poslancích jako o *opatrovnických*³⁴ voličů, byť tím neměl na mysli právní stránku věci. Dicey ovšem také zdůrazňuje svoje pojetí suverenity jako právní pojem, nejde o neomezenost ve faktickém slova smyslu. Jmenuje dvě základní omezení:³⁵

Externí – Parlament nemůže fakticky vydávat zákony, které nebude nikdo respektovat – ve svém důsledku je odkázán na akceptaci adresátů jeho právních norem. Jak Dicey dokládá citátem Davida Huma, ani největší despotové dějin nebyli všemocní v tomto směru. Raní římscí císaři nemohli měnit náboženství, stejně jako ho v Diceyho době nemohli měnit muslimští sultáni. Prakticky suverénní francouzský parlament v roce 1871 nemohl zavést bílou Bourbonskou vlajku, protože by byl smeten armádou, pro kterou byla nepřijatelná. Podobně britský Parlament v Diceyho době nemůže fakticky zavést daně z kolonií nebo omezit volební právo.

Interní – I největší despota vládne v souladu s jeho kulturním pozadím. Sultán nemůže změnit náboženství z výše uvedeného externího důvodu, ale také je extrémně nepravděpodobné, že by to chtěl vůbec udělat. Podobně je nesmyslná otázka, proč papežové nedělají různé reformy: papežem se přece nestávají revolucionáři. Stejně tak moderní Parlament s historií 18. století před očima by nikdy ani nechtěl danit kolonie. Dicey uvádí působivý citát Leslie Stephena – pokud by Parlament přikázal vraždit všechny modrooké kojence, jejich ochrana by byla nezákonná, ovšem legislativci by se museli zbláznit, aby přijali takový zákon a adresáti by museli být idioti, aby ho respektovali.³⁶

Podle Diceyho však není zcela zřejmé, kde leží hranice těchto omezení. Pokud by britský Parlament začal rušit skotské soudy nebo dokonce začal skotské právo slučovat s anglickým, není jasné, kdy by začal vážný skotský odpor. V balancování mezi externími a interními omezeními vidí Dicey smysl zastupitelské vlády. Postupný vzdor proti panovníkovi ústí do revoluce v roce 1688 a zavedení skutečné zastupitelské vlády není v jejím prostředí myslitelný: hrubě řečeno, názory anglického lidu nemohou být dlouhodobě v rozporu s postoji Dolní sněmovny. Pokud jde o osvícené suverénní panovníky: takový suverén sice tlačí společnost dopředu, ale ve skutečnosti nereprezentuje své obyvatele.³⁷

Můžeme uzavřít, že Diceyho suverenita je v normativní rovině bodinovského absolutního charakteru, ve které Parlament vystupuje v podobě nejvyššího právního pistolníka. Takto shrnutou teorii by bylo snadné odmítnout jako zastaralou – nejvyšší pistolník je v první řadě jen malý sbor lidí bez skutečných pistolí, kteří na skutečné pistolníky v podobě soudců a policistů žádnou pistolí nemíří. Je tak třeba minimálně vysvětlit, proč tito ozbrojenci provádějí zákony Parlamentu. V tomto momentu Dicey opouští normativní strukturu a přechází do „politické suverenity“, kdy ve faktické rovině může

³⁴ „Trustees“.

³⁵ Dicey chápal právo austinovsky jako příkaz suveréna, viz WADE, E. C. S. *Introduction*. In: A. V. Dicey. *An Introduction...*, s. clxxvii–clxxviii. Austin na rozdíl od Benthama nepřipouští participaci lidu na suverenitě a chápe ji jako dominanci moci, protože jedině ta může vládnout v souladu s principem obecného užitku, viz PŘIBÁŇ, J. *Suverenita, právo a legitimita*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 1997, s. 81–82. Jinými slovy, ohledně diceyovských omezení nejde o pravidlo uznání, ale omezení pistolníka.

³⁶ DICEY, A. V. *An Introduction...*, s. 70–81.

³⁷ *Ibidem*, s. 81–84.

být Parlament rozehánán a nahrazen jiným právním suverénem. Byť se tak Dicey dopouští normativního faulu, jeho popis jednotlivých selhání při snaze omezit Parlament je spolu s jeho popisem externích a interních omezení suveréna v podstatě psychologizujícím popisem určité mentální mapy. Takové vysvětlení je triviální, ale působivé ve své připomínce omezené moci práva. Pokud vznikne ve společnosti silný konsenzus, smete Parlament i s dokonalými teoriemi o jeho moci. Ještě pravděpodobnější ovšem je, že se v takovém případě smete Parlament sám a rád.

2. SUVERENITA PO DICEYM: PARLAMENT VERSUS SOUDY

Dicey se snaží zakotvit normativní koncepci neomezeného zákonodárce jako právního pojmu, který je však demokraticky legitimován. Pokud je ovšem demokraticky legitimován, proč by se nemohl omezit v rámci svojí legitimacy – například zavést kvalifikovanou většinu pro určité typy legislativy, aby byla ohledně nich zajištěna větší demokratická shoda? Na tuto otázku odpovídá Paul Craig tak, že Dicey původně tento problém neřešil, protože jeho pojetí suverenity je primárně empirické a problém omezenosti pravomoci Parlamentu ho tak ze začátku nezajímal.³⁸ Pozůstatek tohoto přístupu můžeme podle mě vidět na stručnosti, s jakou se vypořádal se soudy. Později však přidal normativní argument spatřující ústavní záruky v sebeopravujícím demokratickém mechanismu – prostou výměnu poslanců ve volbách, která zajistí soulad vůle lidu a vůle Parlamentu.³⁹

Takové řešení je normativně udržitelné, ovšem v pozitivistických termínech se na věc dívá jen z externího pohledu, interní pohled pochopitelně pomíjí: není tedy zřejmé, proč by měl suverenitu Parlamentu vůbec někdo akceptovat jako právní pravidlo – chybí tak také most mezi právní a politickou realitou.⁴⁰ Ve svém důsledku při absenci interního pohledu není zřejmé, proč si politicky suverénní lid pomáhá právní suverenitou Parlamentu. Nebo si lid jen hraje se slovy? Je tedy Parlament suverénní, jen pokud jde o jeho *jurisdikční* suverenitu, jak by napovídalo její položení proti politické suverenitě?

Dalším paradoxem je vztah normativní koncepce suverénního Parlamentu k jeho právnímu pramenu. Diceymu nestačí pouhá konvence či zvyk, a tak mu zbývá obyčej jako nepsaný pramen práva. U Diceyho je tak suverenita Parlamentu právním pravidlem, ovšem pravidlem obyčejovým – pravidlem *common law*,⁴¹ které Parlamentu přisuzuje nejvyšší legislativní moc. Pokud však jde o pravidlo *common law*, proč jej nemůže Parlament měnit svým zákonodárstvím? Jak jsme viděli výše, Dicey neřeší otázku omezenosti Parlamentu příliš přesvědčivě. Jeho argumentace leží v poukazování na historické příklady zrušených zákonů, které byly původně myšleny jako věčné, a v rozdělení suverenity na právní (nejvyšší legislativní moc) a politickou (politická nejvyšší moc, suverenity v obecně chápaném významu).

³⁸ CRAIG, P. Public Law, Political Theory and Legal Theory. *Public Law*. 2000, s. 221.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 225. Paul Craig není pozitivistou a upřednostňuje Parlament omezený jen vlastní neomezeností, ovšem jeho moc musí být dostatečně ospravedlněna (*Ibidem*, s. 230). V podrobnostech Craig odkazuje na CRAIG, P. Parliamentary Sovereignty of the United Kingdom Parliament After *Factortame*. *Yearbook of European Law*. 1991, s. 221. Tento text se týká primárně vztahu suverenity Parlamentu a evropského práva.

⁴¹ Obyčeje se zpravidla považují za součást *common law*, ale s tím v případě ústavních obyčejů Jeffrey Goldsworthy nesouhlasí, protože to evokuje jejich dispozici soudní moci – viz konec třetí kapitoly.

Tato kapitola vychází z diskuse vzniklé mezi sirem Ivorem Jenningsem a sirem Williamem Wadem jako dvěma prominentními ústavními právníky své doby, a která pokračuje dodnes.⁴²

Na tomto místě je vhodné upozornit na terminologický problém: všichni Britové patrně považují tradici za ctnost, takže svoje teoretická pojetí nazývají slovy klasická, tradiční či ortodoxní, která pak někdy volně zaměňují. V tomto textu se budu snažit udržet adjektivum *klasická* pro Diceyho, *ortodoxní* pro Williama Wadea a jeho nadvlády *common law* – jakkoliv tvrdí, že navazuje na Diceyho, a *tradiční* pro Jeffrey Goldsworthyho, akcentujícího legitimitu voleného Parlamentu. Pro ilustraci by také mohlo být vhodné osvětlit logickou podstatu následujících sporů. Právní pravidlo svrchovanosti Parlamentu je do jisté míry analogií paradoxu všemocného boha. Klasickým příkladem je otázka, zda může bůh stvořit tak těžký kámen, že by ho pak nemohl uzvednout. Pokud ho nemůže stvořit, není všemocný. Pokud ho stvořit může, není všemocný, protože ho nemůže uzvednout. Z hlediska analytické filozofie je tak věta „Bůh je všemohoucí“ bezesmyslná.⁴³

Podobně si stojí Parlament před úkolem, zda se může vydat zákon, který omezuje jeho legislativní pravomoc. Pokud ho může vydat, po jeho vydání není všemocný. Pokud ho nemůže vydat, není všemocný přímo. Tato otázka tak má logicky dvě základní řešení. Buď se Parlament může omezit – to je dále nazýváno jako *sebeomezující*⁴⁴ pojetí, anebo je omezen pravidlem, že žádný takový zákon vydat nemůže, což je nazýváno *pokračujícím*⁴⁵ pojetím. Omezující zákon pak může mít různé podoby. Může být procesní povahy („Pro ústavní zákony je třeba 3/5 většiny“). Názor o možnosti Parlamentu přijímat sebeomezení jen tohoto typu je označen jako *procesně-omezující*.⁴⁶ Zákon omezující Parlament by také mohl mít hmotněprávní povahu („Zákony porušující lidská práva jsou nepřijatelné“). Pojetí připouštějící jak procesní, tak hmotněprávní omezení je označeno prostě jako *sebeomezující*. Názory akademiků se tak pohybují na škále pokračující – procesně-omezující – sebeomezující, jakkoliv se o tyto samotné pojmy někdy vedou spory, jak uvidíme níže.

Zmíněné paradoxy klasické teorie rozporoval Ivor Jennings v knize *Law and the Constitution*. Jennings nerozporoval první část Diceyho definice připisující Parlamentu moc vydávat zákony ohledně jakékoliv záležitosti. Je autorem slavného příkladu se zákazem kouření v Paříži: pokud Parlament stanoví, že je to přestupek, je to přestupek (vynucení zákona je věc jiná). Místo toho se zaměřil na druhý bod, zákaz omezení budoucího Parlamentu. Podle Jenningse se Parlament může v některých ohledech omezit, protože jeho suverenita je nadřazeností.⁴⁷ Suverenita je u něj kvaziteologickou kategorií vytvořenou

⁴² Paul Craig identifikuje zastánce a díla „Nového pohledu“ stojící proti Wadeovi takto: Jennings, I. *The Law and the Constitution*, kap. 4, Heuston, R. F. V. *Essays in Constitutional Law*, kap. 1 a Marshall, G. *Constitutional Theory*, kap. 3. viz CRAIG, P. *Britain in the European Union*. In: J. Jowell – D. Oliver. *The Changing Constitution*. Oxford: Oxford University Press 2011, s. 112.

⁴³ V podrobnostech ŠVĚDOVÁ, E. *Problém boží všemohoucnosti z pohledu analytické filosofie náboženství*. Diplomová práce. FF MU – Ústav religionistiky, 2006. Autorka popisuje několik řešení tohoto problému ve filozofii a religionistice. Zmíním dvě – úkol stvořit takový kámen je sám o sobě rozporný a úloha je tak nesmyslná, případně lze připomenout, že na metafyzického boha nelze aplikovat logické struktury.

⁴⁴ „Selfembracing“.

⁴⁵ „Continuing“.

⁴⁶ „Manner and form“.

⁴⁷ „Supremacy“.

ve středověku ve snaze omezit církve ve prospěch sekulárního státu. Parlament je omezen mnoha faktory, namátkou veřejným míněním nebo potřebou zvolit poslance, takže nemůže být suverénem v bodinovském smyslu – nejvyšší mocí. Dicey se snažil vyřešit tento paradox rozlišením suverenity na právní a politickou. To považuje Ivor Jennings za nepřesvědčivé, protože právní suverenita není vůbec suverenitou – nejvyšší mocí. Je to právní pravidlo vyjadřující vztah Parlamentu a soudů. Znamená, že soudy uznávají jako právní pravidla legislativu Parlamentu – tedy pravidla vydaná obyčejovým způsobem a vyjádřená obyčejovou formou. „*Zákonodárná moc Parlamentu je tedy odvozena z práva, přesněji, z common law.*“⁴⁸

Podle Jennings Dicey mylně přisuzoval Parlamentu neschopnost se vázat do budoucna, protože ho považoval za právního suveréna místo držitele legislativního oprávnění odvozeného z práva. Parlament je v tomto smyslu omezen požadavkem vydání právně platného předpisu, tedy soudy nepřicházejí do styku se suverenitou, ale s vydaným právem. Pokud Parlament dodrží předepsanou proceduru, může vydat cokoli, včetně vlastního procesního omezení. Z toho vzniklo pojmenování této koncepce jako *procesně-omezující*.⁴⁹

Na Jenningsovu argumentaci reagoval slavným článkem Wiliam Wade. Wade klasifikuje Jenningsovu argumentaci tímto způsobem:

1. moc zákonů Parlamentu závisí na *common law*;
2. Parlament může změnit *common law* jak se mu zachce;
3. takže Parlament může měnit právní pravidla, na kterých závisí moc zákonů Parlamentu.⁵⁰

Wade rozporoval Jenningsovu koncepci ve dvou ohledech: zda je podporována vysokými soudy a zda si může nárokovat logický primát.⁵¹ Na tomto místě prozkoumáme logické argumenty, precedenty jsou rozebrány třetí části tohoto textu. Wade kritizuje Jenningsovo tvrzení o nutnosti vybědnout z tohoto schématu pomocí pravidla neplatnosti zákonů omezujícím příští Parlament. Podle Wadea tak především není vůbec třeba mluvit o neplatnosti, zákon platí, dokud není zrušen, a snaha o zabránění jeho nepřímého zrušení je právně bezvýznamná.⁵² Především však vycházel z myšlenek Sira Johna Salmonda, u kterého ne všechna právní pravidla mají právní zdroje, protože právo musí obsahovat alespoň jeden první důvod⁵³ s konečnou právní závazností, jinými slovy alespoň pravidlo určující působení práva ve společnosti. Salmond mezi taková pravidla řadil pravidlo o síle práva přisouzené zákonům Parlamentu. Toto pravidlo však nemohlo vzniknout zákonem, protože je právně konečné a jeho zdrojem je tedy jen historie.⁵⁴

⁴⁸ GORDON, M. *The Conceptual Foundations of Parliamentary Sovereignty: Reconsidering Jennings and Wade. Public Law.* 2009, s. 524. Gordon odkazuje na JENNINGS, I. *The Law and the Constitution*, s. 156.

⁴⁹ GORDON, M. *The Conceptual Foundations...*, s. 523–524.

⁵⁰ WADE, H. W. R. *The Basics of Legal Sovereignty. Cambridge Law Journal.* 1955, s. 186.

⁵¹ *Ibidem*, s. 182.

⁵² „*Legally futile*“. Konkrétně uvádí příklad Westminsterských statutů. Jejich článek 4 říká, že žádný zákon Parlamentu nebude zasahovat do *Dominia* bez jeho žádosti a souhlasu. To působí jako omezení do budoucna. Nicméně, jak Lord Stankey uvedl v kauze *British Rail Corporation v. The King*, imperiální Parlament by nepochybně mohl jakýkoliv zákon vztáhnout na Kanadu, jednoduše by šlo o nepřímé zrušení zákona – ovšem jde o „teorii bez ohledu k realitě“. Viz *Ibidem*, s. 176–177.

⁵³ „*First cause*“.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 187.

Suverenitu Parlamentu je tak možné vyložit jednoduše: žádný zákon suverénního zákonodárce nemůže být shledán soudy neplatným, takže zákonodárce může vždy rušit předchozí legislativu a žádný Parlament nemůže vázat svoje nástupce, zároveň však existuje jediný procesní postup pro vydání suverénní legislativy: skrz zákon vydaný společně Korunou, Lordy a Obcemi. „*Existuje tedy jedno, a jen jedno, omezení parlamentní právní moci: nemůže se zbavit vlastní pokračující suverenity.*“⁵⁵

V tomto okamžiku se Wade přibližuje pojetí *pokračující* suverenity Herberta Harta, kterou však Hart klade do protikladu k *sebeomezující*. Hartovo pojetí je koneckonců blízké Wadeovu, i když v soukromé korespondenci varoval Wadea před přílišným používáním slova revoluční, protože je třeba rozlišovat revoluční a nerevoluční změny *Grundnorm*.⁵⁶ Podle Harta je myšlenka právní všemocnosti nejednoznačná: v případě pokračující všemocnosti žádným způsobem neomezující legislativní pravomoc budoucích Parlamentů, zatímco neomezená sebeomezující všemocnost může být vykonána jen jednou. Tyto dvě koncepce jsou u Harta ekvivalentní dvěma koncepcím všemohoucího boha: v jednom případě bůh může činit cokoliwh kdykoliv a tedy nemůže účinně omezit vlastní schopnosti, ve druhém případě jeho moc zničí do budoucna jeho všemohoucnost.⁵⁷

To však nemusí znamenat odsouzení klasické právní suverenity jako logicky rozporné absurdity. Michael Gordon upozorňuje, že Hart vnímal paradox boží všemohoucnosti jako dvě strany jedné mince, zatímco například Hammish Gray v něm viděl logický důkaz nemožnosti všemohoucnosti.⁵⁸ Wade však pojem všemohoucnosti chápal jako naprosto jasný a těmito spory se nezabýval, přestože všemohoucnost je u něj klíčový pojem, což jeho koncepci v Gordonově hodnocení poněkud sráží. V tomto kontextu se Jennings zaměřil na pragmatickou stránku ohledně soudních reakcí na parlamentní zákonodárství, což Michael Gordon považuje za atraktivní.⁵⁹

Jednoduché dělení na pokračující a sebeomezující ve wadeovském duchu používá také T. R. S. Allan.⁶⁰ Sebeomezující ovšem chápe jako procesně-omezující, což kritizuje Nicholas Barber jako směšování procesní a hmotněprávní stránky.⁶¹ Podle Barbera jde o nedávno zavedené pojmy Alison Young a Peter Olivera kreslící čáru mezi „pokračujícím“ modelem suverenity a „sebeomezujícím“, kdy Parlament může uplatňovat hmotněprávní⁶² omezení na své pokračovatele. V tomto pojetí právní pravidlo suverenity Parlamentu může Parlament měnit. Jinými slovy, Parlament může omezit svoji všemohoucnost.⁶³

⁵⁵ Ibidem, s. 174.

⁵⁶ ALLISON, J. W. F. *The English Historical Constitution. Continuity, Change and European Effects*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 114.

⁵⁷ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 148–150.

⁵⁸ Michael Gordon odkazuje na GRAY, H. R. *The Sovereignty of Parliament Today*. *University of Toronto Law Journal*. 1953, roč. 54, č. 10.

⁵⁹ GORDON, M. *The Conceptual Foundations...*, s. 528.

⁶⁰ ALLAN, T. R. S. *Questions of Legality and Legitimacy: Form and Substance in British Constitutionalism*. *International Journal of Constitutional Law*. 2011, č. 1, s. 161.

⁶¹ BARBER, N. W. *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, s. 148, pozn. 16.

⁶² „Substantive“. Hmotněprávní pojetí omezení u Barbera oproti procesnímu u Allana patrně vyplývá z Allanova „směšování pojmů“, ze kterého ho viní Barber – viz výše.

⁶³ BARBER, N. W. *The Afterlife...*, s. 147.

Na druhou stranu, do roku 1991⁶⁴ sebeomezující model suverenity neměl oporu v precedencích nebo odborné veřejnosti. Nicholas Barber upozorňuje, že Hartova slavná pasáž ohledně *pokračující* a *sebeomezující* suverenity mluví o obecně možných typech zákonodárce, Británii konkrétně do žádného typu nezařazuje a otázku tak nechává otevřenou.⁶⁵

Barber však také rozporuje samotnou podstatu procesně-disponujícího přístupu. Při vysoké intenzitě se procesní omezení účinností vyrovnají hmotněprávním, Parlamentu proto stačí vhodně naformulovat procesní omezení. Může například vázat přijetí zákona na souhlas úplně všech voličů v referendu, což se svojí nemožností zcela vyrovná hmotněprávnímu zákazu změny. Koneckonců, jak by podle Barbera pozorný čtenář Diceyho zjistil, i kdyby se Parlament nemohl omezit přímo, mohl by vydat nové zákony, jež ho omezují, a pak se rozpustit bez určení mechanismu ke svolání. Jinými slovy, Parlament by mohl snadno obejít zákaz sebeomezení. Nicholas Barber se tedy ptá, proč by v takovém případě měly soudy odmítat přímé omezení, když nepřímo bylo možné suverenitu omezit vždy.⁶⁶

Michael Gordon pak z podobných důvodů považuje za chybu řadit Jenningse na stranu sebeomezujícího pojetí. Jennings nechápal Parlament jako sebeomezitelný, ale spíše schopný si určit způsob provádění jeho pravomocí. Hart na rozdíl od Wadea chápal, že rozdíl mezi oběma pojetími suverenity není absolutní – stejně jako u každého pravidla neznámá určitost některých znaků určitost znaků všech. Koneckonců Gordon upozorňuje, že podle Harta je otázka, jestli Parlament může změnit způsob a formu vytváření nové legislativy, skvělým příkladem této neurčitosti ohledně pravidla parlamentní suverenity. Přestože Hart správně upozorňuje na občasné obtíže při rozlišování procesních a hmotněprávních norem, neměli bychom z jejich náhodného překrývání dovozovat totožnost Jenningsova *procesně-omezujícího* pojetí a *sebeomezujícího* pojetí. Jenningsovo pojetí tak spíše stojí mezi pokračujícím a sebeomezujícím pojetím. Pro Jenningse nebyla suverenita Parlamentu absolutní mocí, ale právním pravidlem, který určuje legislativní pravomoc v určité oblasti, domácím právním systému. Toto pojetí nezapadá do Wadeovy úvodní premisy vyjasněné Hartem ohledně dvou druhů suverenity – *pokračující* a *sebeomezující*, které jsou oba možné v teoretické rovině. Ovšem Jenningsovo pojetí by nemělo být zastíráno snahou zařadit ho do jedné z těchto koncepcí.⁶⁷

3. REVOLUCE NEBO EVOLUCE?

Sir William Wade považoval za nemožné pro Parlament vzdát se legislativní suverenity, protože jde o politický fakt, na kterém závisí celý systém zákonodárství, jde o pravidlo, ze kterého čerpá Parlament, ale pravidlo nevyplývá z něj – tvrdit změnitelnost tohoto pravidla Parlamentem, protože může měnit jiná pravidla, je postavením koně před kočár. Vztah soudů a Parlamentu je tak politickou realitou. Wade vykládá anglické dějiny

⁶⁴ Barber má na mysli kauzu *Factortame*, ve které byla poprvé pozastavena účinnost britského zákona pro rozpor s evropským právem.

⁶⁵ BARBER, N. W. *The Afterlife...*, s. 147.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 148–149.

⁶⁷ GORDON, M. *The Conceptual Foundation...*, s. 529–531.

17. století jako historii posunů soudní akceptace změn zákonodárce – řetěz politických událostí s právními dopady. Když soudy z politických důvodů uznaly revoluci, začaly prosazovat revoluční zákonodárství bez souhlasu předchozího suveréna, stejně tak po restauraci nebo po revoluci v roce 1688.⁶⁸ Pravidlo nezměnitelné Parlamentem lze však měnit politicky, revolucí, ovšem v rámci ní mají konečné slovo soudy, které akceptují nový zdroj moci.⁶⁹ V případě poklidných revolucí je věc zastřena právními termíny: zákony Parlamentu předstírají přesun suverenity, a protože suverenita přechází za všeobecného souhlasu, je přesun připisován zákonu. To je ovšem chybné vysvětlení nechávající otevřenou kontroverzi ohledně zrušení těchto zákonů. Ta může být vyřešena jen jedním způsobem, popisujícím suverenitu jako politický fakt, který nemůže vytvořit žádná právní moc. Wade článek uzavírá radou: „*Hranice práva nemusí být pro právníka nejasné, a jeho svědomí může být očištěno, pokud se jejich sledováním vyhne pokusu odpovídat právně na politické otázky.*“⁷⁰

Klíčovým argumentem Williama Wadea z oblasti precedentů ohledně praktické ústavní revoluce byl jihoafrický případ *Harris*.

V Jihoafrickém případě *Harris*⁷¹ šlo o omezení volebního práva, parlament chtěl barevné – podobně jako dříve černé – odstranit z běžného volebního seznamu a vyhradit jim několik málo poslanců, které by volili jen oni. Britský Zákon o Jižní Africe z roku 1909 takové ústavní úpravy podmiňoval schválením dvoutřetinovou většinou. Ta se dříve našla pro odstranění černých, ale nyní vláda nebyla schopná najít dostatečnou většinu. Vláda tak argumentovala Westminsterskými statuty, kdy britský Parlament ztratil zákonodárné právo v jihoafrických věcech – a tedy místní parlament se stal suverénem, který jako suverén nemůže být omezen, a tudíž stačí běžná většina při oddělených jednáních komor. Barevný muž však podal žalobu proti zařazení na zvláštní seznam. Odvolací soud mu vyhověl a prohlásil zákon za neplatný kvůli nedodržení předepsaného procesu. Vláda následně nechala vydat zákon, který z parlamentu udělal Vysoký soudní dvůr s mocí rušit soudní rozhodnutí s ústavním obsahem. Tento však také Odvolací soud neuznal s odkazem na obcházení zákona. Z dlouhodobého hlediska však byl soudní systém neúspěšný – byť vláda uspořádala volby podle společného seznamu, získala ještě větší většinu a prosadila doplnění senátu svými kandidáty. Tím získala většinu pro zrušení ve smyslu zákona z roku 1909 a omezení rušitelnosti zrušila.⁷²

Podle Wadea by zákon stanovící podmínku dvou třetin mohl být zrušen většinou prostou. Tvrdit opak by bylo implikací revoluce, protože by docházelo ke změně politického faktu suverenity. Na první pohled nejprve došlo k revoluci posunem k plné suverenitě tamního parlamentu. Zákon rušící Westminsterské statuty by sice byl vynucován v Británii, ovšem ne v Jižní Africe. Ovšem v tomto rozhodnutí se tamní soudy přiklonily na stranu dvou třetin stanovených starým britským zákonem a daly najevo, že je věcí soudu, co je platným právem. Wade tak považuje za zbytečné zabývat se právními

⁶⁸ WADE, H. W. R. *The Basics of Legal Sovereignty*, s. 188.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 189. Patrně z pohledu práva, Wade se nesnaží tvrdit, že soudy uznávají novou revoluční moc dobrovolně.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 196–197.

⁷¹ Případ *Harris v. Minister of the Interior* [1952] (2) SA 428.

⁷² SACHS, A. *Justice in South Africa*. Berkeley: University of California Press, 1973. [online]. [cit. 15. 6. 2013]. Dostupné z: <<http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft3489n8p6/>>.

důvody: soud dosáhl hranice právního systému a v podstatě udělal politické rozhodnutí – revoluci.⁷³

Wadeovu interpretaci kritizuje Michael Gordon. Wade podle něj použil *Harrise* jako příkladu, kdy soudy musí hledat konečného právního suveréna. V něm však soudy rozhodly konzervativně, nehovořily o „nové ústavě“, spíše potvrdily starou vydanou britským Parlamentem v roce 1909. Navíc jihoafrická vláda legálními úpravami ústavy dosáhla naprosté anulace precedentu. Byť soudy mají často během převratů legitimizační roli, málokdy mají roli rozhodující, protože jejich rozhodnutí je vždy ovlivněno dalšími ústavními hráči. Je vhodnější je vnímat jako jednoho z nich.⁷⁴

Wadeova teoretická koncepce revoluce jako taková byla také kritizována z mnoha hledisek, jejichž základní přehled uvádí Michael Gordon; ten zde reprodukuje. Jennings a Wade se v první řadě shodovali, že suverenita Parlamentu je pravidlo v rámci právního systému, které však nad sebou nemá jinou normu v důsledku vítězství Parlamentu v roce 1688 – jde tedy o pravidlo *sui generis*. Wadeova analýza pak představuje působivou symetrii: běžná pravidla mohou být měněna právními prostředky a pravidla založená na politickém faktu jen změnou tohoto faktu – například jako v roce 1688, kdy revoluce přerušila suverenitu Parlamentu. Přes formální působivost lze však Wadeovu konstrukci snadno kritizovat, kupříkladu jí stačí *ad absurdum* přirovnat k lidskému životu – nikdo si nemůže sám dát život, takže si ho nikdo nemůže vzít. Navíc přestože vzniku suverenity Parlamentu muselo předcházet politické pravidlo, nemusí být Parlament neschopen se o ni připravit změnou právních pravidel, protože pravidlo suverenity Parlamentu se po svém (politickém) utvoření stává nepochybně pravidlem právním.⁷⁵

Wade byl také kritizován za prezentování revoluce jako jediného způsobu změny parlamentní suverenity. John Allison napadal v tomto smyslu absenci evolučního motivu precedentů.⁷⁶ Wade následně po dlouhé době tvrzení zmírnil, v „Hamlynových přednáškách“ hovořil o možných proměnách soudní loajality v dlouhém období. Podle Gordona však stejně vedla jeho kategorizace k označování významných, ovšem nikoliv společensky zlomových událostí, jako revolucí – typicky vztah k EU.⁷⁷

Popis soudů jako suveréna také vytváří logický paradox. Wade jim přisuzuje roli při vytváření základních ústavních norem, ovšem tato jejich rozhodnutí jsou podle něj politická – soudy se tak pohybují mimo jim vlastní oblast práva. Tento paradox je však zbytečný, moc soudů spočívá v užívání deliberativních nástrojů k vytváření právních rozhodnutí – tedy nikoliv v politice. Michael Gordon považuje použití tohoto zbytečného rozporu za slabost Wadeovy teorie. Wadeova teorie je v tomto ohledu rozporná sama o sobě – pokud uznáme, že soudy v krizích hrají politickou úlohu, neexistuje důvod, proč by jiné instituce nemohly také. Konkrétně vzato, proč by Parlament nemohl navrhnout omezení sebe sama – a považovat to za politický návrh ke změně suverenity? Proč by soudy byly oprávněny vydávat politická rozhodnutí a Parlament ne? Jinými slovy, kromě

⁷³ WADE, H. W. R. *The Basics of Legal Sovereignty*, s. 190–192.

⁷⁴ GORDON, M. *The Conceptual Foundations...*, s. 536.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 532.

⁷⁶ Michael Gordon odkazuje na ALLISON, J. *Parliamentary Sovereignty, Europe and the Economy of the Common Law*. In: *Judicial Review in International Perspective*, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley. V. 2. Kluwer Law International, 2000.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 533–534.

jiných nedostatků trpí Wadeova koncepce soudostřednosti.⁷⁸ Wade také opomněl, že autorita soudů je také výsostně politickým faktem a, jak vtipně obrací jeho původní citát Jeffrey Goldsworthy, postavil tak kočár před koně. Navíc Parlament může také jednostranně měnit zákony, stejně jako soudy svoji rozhodovací praxi.⁷⁹

Michael Gordon si také klade otázku, proč se Wade tak snažil charakterizovat pravidlo předepisující parlamentní suverenitu jako politickou – neprávní – normu. Odpovědí je jeho striktní oddělení práva a politiky, které zdědil po Diceym. Podle Gordona pro Wadea bylo toto dělení absolutní, právní otázky mohly být vyřešeny pouhým odkazem k právu samému. Politika je naproti tomu významná jen mimo právní oblast, buď při vytváření nového právního systému následujícího kolaps předchozího, nebo v legislativním procesu před samotným vytvořením práva. Pro Wadea je politika nebezpečnou zónou, kde jsou právníci nuceni hodnotit místo popisu a věnovat se spekulaci místo vědě. Jeho pojetí vztahu práva a politiky je tak samo o sobě politickým názorem ležícím v konzervativní variantě normativního stylu.⁸⁰

Jennings se takovým nárokům vyhnul, byť si byl vědom prosazování – spíše než vynalezení – parlamentní suverenity soudy. Tu spíše vnímal jako „obyčejové“ právo, byť sám používal označení akceptované právo.^{81,82} Jenningsovo přesvědčení o procesní sebeomezitelnosti Parlamentu tedy nevyplývá z vazby na *common law*. U Jenningse je pravidlo předepisující legislativní suverenitu Parlamentu právním pravidlem, se kterým může Parlament disponovat. Parlament tak může zákonem určit, jakým způsobem má být legislativa vydávána. K ústavní změně tak může dojít bez umělého požadavku právní diskontinuity. Jennings nesouhlasil s diceyovskou představou ústavního právníka jako vykladače právní dogmatiky, považoval právo za nesrozumitelné bez ideologického kontextu. Gordon tak považuje Jenningsovo pojetí za výrazně realističtější, právo a politika nemohou být odděleny.⁸³

Jeffrey Goldsworthy polemizuje se samotným používáním pojmu *common law* pro základní ústavní pravidla. Protože soudci jsou zvyklí jednostranně měnit záležitosti týkající se podústavního práva, mohou tak při aplikaci stejného postupu na ústavní právo vyvolat zmatení a konflikty mezi orgány státu. Podle něj by se tedy měly tyto normy považovat za obyčejové normy *sui generis*.⁸⁴ Goldsworthy navíc považuje za pochybné, že Dicey považoval *common law* za právo vytvořené soudy – popsal ho jako masu „zvyků, tradic a pracovních postupů soudů“.⁸⁵ Goldsworthy je také přesvědčen, že Dicey nevěřil v závaznost práva vytvořeného soudy pro Parlament, a charakterizuje toto přesvědčení strukturovanými důkazy:

⁷⁸ Ibidem, s. 536–538.

⁷⁹ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, s. 45–46.

⁸⁰ GORDON, M. *The Conceptual Foundations...*, s. 538–540.

⁸¹ „*The accepted law*“ podle JENNINGS, I. *The Law and the Constitution*, s. 156.

⁸² Jennings sice považoval suverenitu Parlamentu za pravidlo *common law*, ovšem nikoliv vytvořeného soudci; podle Jenningse jde o výtvor ozbrojeného konfliktu, *Bill of Rights* a *Act of Settlement*. Později však tvrdil, že soudci by neměli respektovat extrémní zákony parlamentu, například zavádějící otroctví. To je však v rozporu s jeho tvrzením o prioritě institucionálního konfliktu. Viz GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary...*, s. 44–45.

⁸³ GORDON, M. *The Conceptual Foundations...*, s. 540–542.

⁸⁴ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary...*, s. 55–56.

⁸⁵ DICEY, A. V. *An Introduction...*, s. 23–24.

1. anglické ústavní právo je podle něj křížovatkou mezi historií a obyčejem, suverenity Parlamentu se historicky projevovala v řadě zákonů, kterými si Parlament účinně vynutil svoji vůli;
2. přejal Austinovu tezi, že soudcovské právo je podřízená legislativa fungující se souhlasem a podřízením Parlamentu;
3. žádná jiná moc se nemůže v Anglii rovnat Parlamentu.

Dicey tedy podle Goldsworthyho považoval suverenitu Parlamentu za věc dlouhodobého, základního obyčeje, se silou práva, protože soudy jsou povinny ho respektovat a prosazovat. Nepřijal však Austinovu teorii o nezbytnosti suveréna a považoval ji za generalizaci anglického systému.⁸⁶ Jeffrey Goldsworthy se tak snaží zahubit snahy o formulaci teorií utvářejících ústavní charakter *common law* hned v zárodku. Jednak tvrdí, že základní ústavní pravidla nejsou součástí *common law*, a také vcelku konvenčně odmítá závaznost *common law* pro Parlament. Zřejmým nedostatkem je nedostatek cynismu ve vztahu k soudům: pokud budou chtít, mohou cokoliv prohlásit za *common law*, a to následně za obsah jakkoliv formulovaných „základů ústavy“ – a závislé budou na akceptaci tohoto názoru ostatními složkami státní moci.

Jako příklad precedentu poskytující oporu jeho pojetí uvádí Jeffrey Goldsworthy případ *Trethowan*.⁸⁷ V ještě britské Austrálii 20. let byly horní komory buď voleny ve volbách zatížených majetkovými cenzy, nebo doživotně jmenovány guvernérem – tak tomu bylo v Novém Jižním Walesu, kde se také odehrála naše kauza. Labouristi obecně chtěli horní komory zrušit, zatímco konzervativci se je snažili udržet. V Novém Jižním Walesu tak konzervativci v době své vlády prosadili chytře formulovaný zákon, který jednak reformoval horní komoru na volenou a zároveň pro její zrušení stanovil podmínku referenda. Když další volby vyhráli labouristé se zrušením horní komory jako vlajkové lodi programu, nechali vydat dva zákony, jeden rušící zákon stanovující podmínku referenda a druhý, který zrušil samotnou komoru. Mezitím se celá záležitost stala ústavně kontroverzní, vzhledem k zažitému diceyánskému pohledu, že parlamenty nemohou zavazovat svoje nástupce. Několik členů rady, které vedl Arthur K. Trethowan, iniciovalo řízení před státním Nejvyšším soudem. Ten poměrně překvapivě potvrdil závaznost zákona požadujícího referendum. Australský Vysoký soud rozhodnutí potvrdil hlasy 3 ku 2. Následně rozhodoval Soudní výbor Tajné rady v Londýně. Ten rozhodnutí také potvrdil, možná kvůli snaze britské vlády dodat důvěryhodnost jejím pokusům o vytvoření autonomních ústav v dominiích – kdy se tento proces v Irsku a Jižní Africe potýkal s vážnými problémy. Sydney bylo tehdy také malé město a labouristé byli velmi nepopulární mezi místními právníky a podnikateli.⁸⁸

Ovšem je třeba zmínit, že tamější parlament nebyl úplným suverénem ani podle tehdejšího platného práva, vydával delegovanou legislativu na základě Zákona o platnosti zákonů kolonií z roku 1865 a jako taková mohla být tato legislativa přezkoumávaná na základě doktríny *ultra vires* – Wade tedy tuto kauzu vůbec nepovažuje za týkající

⁸⁶ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary...*, s. 44. Goldsworthy dále rozvádí svoje úvahy, snaží se analýzou různých modelů *common law* ukázat nemožnost jejich použití pro základní pravidla ústavnosti – viz s. 49–50.

⁸⁷ Případ *Attorney-General (NSW) v. Trethowan* [1932] AC 526.

⁸⁸ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, s. 141–149.

se suverenity Parlamentu, ale právě platnosti Zákona o koloniální legislativě.⁸⁹ Článek 5 nicméně hovořil o „úplné“ legislativní pravomoci kolonií, to ovšem neimplikuje postavení nadřazeného orgánu. Navíc v tomto případě šlo o uzákonění nutnosti referenda pro důležitou ústavní změnu, omezováním demokracie tak nelze argumentovat. Goldsworthy tak vnímá *Trethowan* jako příčinu postupné akceptace procesně omezujícího pojetí suverenity Parlamentu.⁹⁰

K dosažení úplného obrazu ohledně notoricky známých precedentů se přeneseme do nedávné minulosti, kdy otázky jinak vyhrazené akademickým spekulacím či hraničním případům souvisejícím s procesem získávání nezávislosti dominií – jako byly dva předchozí případy – vstoupili do světla reflektorů ve Sněmovně lordů. Značnou ústavněprávní kontroverzi týkající se samotné podstaty suverenity Parlamentu totiž vyvolal medializovaný zákaz honu na lišku, tradiční zábavy aristokratického typu, kde je liška nakonec roztrhána psy.

Případ *Jackson*⁹¹ je v první řadě jednomyslné rozhodnutí celého Odvolacího výboru Sněmovny Lordů, že Lovecký zákon z roku 2004, který činí hon savce psem s některými výjimkami přečinem, je platným zákonem Parlamentu. Lovecký zákon prošel Parlamentem podle Zákona o Parlamentu z roku 1911 ve znění novelizace z roku 1949, který omezuje možnost blokace návrhu Sněmovnou lordů na dobu jednoho roku – pokud nejde o zákon prodlužující volební období, kde horní sněmovnu obejít nelze, či finanční věci, kde její souhlas naopak není nutný.

Žalobci v této kauze tvrdili neplatnost novelizace v roce 1949, čímž by byl Lovecký a další zákony neplatné, protože by nevyhověly podmínkám původního znění. Novelizace v roce 1949 ovšem sama využila původního znění, takže klíčová je otázka, zda Obce mohou jen s Královským souhlasem jednostranně manipulovat rovnováhu parlamentních sil ve svůj prospěch. Žalobci argumentovali pohledem na zákon z roku 1911 jako delegaci legislativní pravomoci Parlamentu, a tedy v jeho důsledku vznikala podřízená legislativa, která však nemohla měnit vlastní základ bez souhlasu Lordů. Tyto názory však byly odmítnuty a shledány neslučitelnými s jazykem zákona. Jak říká Lord Bingham, změny zakotvené parlamentní zákony „*neleží v zavedení nového druhu podřízeného zákonodárství, ale v novém způsobu vydávání primární legislativy*“. Tento závěr se neshoduje s názory Wadeova článku z roku 1955, který považoval pravidla určující, co je zákon Parlamentu, za politický fakt nezměnitelný žádnou právní mocí. Podle rozhodnutí je tato pravidla možné měnit zákonodárstvím a rozhodovat o nich u soudu. Lord Steyn a Baronka Hale se výslovně přihlásili k procesně omezujícímu pojetí, kdy Parlament může měnit svoje procedurální pravidla – např. pro některé zákony vyžadovat dvoutřetinovou většinu.⁹²

Byť bylo rozhodnutí jednomyslné, argumentace jednotlivých soudců se liší – konkonců, samotný text rozhodnutí je složen s názorů jednotlivých soudců. Výslovně však popřeli neomezenou moc Parlamentu jen Lord Steyn a Lord Hope. Slovy Lorda Steyna,

⁸⁹ WADE, H. W. R. *The Basics of Legal Sovereignty*, s. 182. Wade se tak s tímto případem vypořádává stručně.

⁹⁰ GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, s. 160–173.

⁹¹ Případ *Jackson* [2005] UKHL 56; [2006] 1 AC 206.

⁹² ELLIOT, M. The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the Parliament Acts. *Cambridge Law Journal*. 2006, roč. 65, s. 1–2.

princip nadřazenosti Parlamentu „*je výtvořem common law. Tento princip vytvořily soudy*“.⁹³ Lord Hope pak doplňuje: „*parlamentní suverenita není, pokud vůbec někdy byla, absolutní*“.⁹⁴ Michael Gordon však upozorňuje, že tím pádem jen dva z devíti členů senátu otevřeně kritizovali klasickou teorii.⁹⁵

Navíc rozhodnutí bylo, co se týče hlasování, jednomyslné, takže Wadeův názor o očividně delegovaném charakteru legislativy přijaté na základě zákonů o Parlamentu⁹⁶ nikdo ze soudců nepřijal. Nick Barber připomíná, že z pragmatických hledisek by bylo obtížné návrhu vyhovět, protože by to znamenalo neplatnost některých důležitých zákonů, například Zákona o evropských volbách z roku 1999, který zakotvil poměrný systém pro tyto volby. Podle Nicholase Barbera byl tak pragmaticky akceptován procesně-disponující pohled, protože Parlament tak nyní může zcela jistě definovat svůj procesní postup – a tedy se také kromě definice přehlasování komory také omezit.⁹⁷

ZÁVĚR

Když přemýšlíme o povaze ústavního vývoje v poloze střetu mezi revolučním a evolucionním pojetím či dokonce o politické roli soudů, je třeba si uvědomit, že se pohybujeme na okraji základních právních pravidel. Jak jsem citoval výše, podle Lorda Stankeyho by Parlament nepochybně mohl jakýkoliv zákon vztáhnout na Kanadu, ovšem jde o „teorii bez ohledu k realitě“. Na tento citát Hart poznamenal, že tato teorie je špatnou teorií, respektive není lepší než teorie obrácená. Pokud však Parlament může prakticky delegovat moc na dominia, proč by nemohl ustanovit, že pro některé zákony je třeba souhlas technických odborů? Podle Harta tak soudy mohou řešit takové otevřené otázky a v určitých ohledech přestat být *delegovanou* mocí. V důležitých otázkách rozdělovajících společnost mohou narazit, jak se to stalo v případě řešícím závaznost omezujících ustanovení Zákona o Jižní Africe, ale v klidnějších oblastech mohou být jejich názory spolknuty. Hart uvádí příklad rozhodnutí *Rex v. Taylor*,⁹⁸ kde trestní soud dovodil nezávaznost předchozích precedentů v otázce osobní svobody – jakkoliv byl kontroverzní, nyní tvoří platné právo. Tyto přístupy však nelze přeceňovat – pohybujeme se na okraji základních pravidel.⁹⁹ Hart uzavírá působivou formulací: „*Na tomto okraji vítáme skeptický přístup k pravidlům, pokud ovšem skeptik nezapomene, že je vítán jen na tomto okraji a nezaslepi nás před myšlenkou, že soudům umožňuje vydávat tato kreativní rozhodnutí prestiž získaná soudy oprávněně za rozhodovací praxi sledující pravidla v obrovských, hlavních oblastech práva.*“¹⁰⁰

Pokud však prohlásíme rozhodovací činnost na okrajích základních pravidel za politickou činnost, nevracíme se oklikou k rozlišení právní suverenity jako pravidla práva a politické suverenity jako zdroje faktické moci? Herbert Hart tak ovšem poněkud staví

⁹³ Jackson, bod 102.

⁹⁴ Jackson, bod 104.

⁹⁵ GORDON, M. *The Conceptual Foundations...*, s. 521.

⁹⁶ WADE, H. W. R. *The Basics of Legal Sovereignty*, s. 193.

⁹⁷ BARBER, N. W. *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, s. 147.

⁹⁸ Případ *Rex v. Taylor* [1950] 2 KB 368.

⁹⁹ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 152–154.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 154.

Diceyho na hlavu, anebo z hlavy na zem. Zatímco u Diceyho politická suverenita ve faktické rovině determinuje suverenitu právní, Hart v tomto kontextu vnímá technokratické rozhodování jako zdroj legitimacy pro řešení politických otázek. Když jsem tak můj popis Diceyho teorie uzavřel konstatováním, že jeho popis suverenity Parlamentu je ve své podstatě mentální mapa determinovaná společenskými poměry, Hart již kreslí mapu jinou, lépe odpovídající více technokratické společnosti. Současní autoři jsou pak rozdělení v otázce, zda má suverenita Parlamentu na mapě vůbec místo, spojuje je však snaha o nakreslení přesné mapy. Ve svém důsledku jsme tak popsali určitý posun zrcadlící společenské změny. Pokud jsme se ovšem mezitím nestali naprostými cyniky, pro které budou hrátky kolem britské nepsané ústavy jen způsobem zábavy ostrovních elit ústavního práva během tamních neustálých dešťů.

Článek vznikl v rámci řešení grantu GA ČR č. P408/12/1255 „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn“.

Mgr. Radek Píša

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Karel Eliáš

K JUSTIFIKACI PRAVIDLA O NEZÁVISLOSTI UPLATŇOVÁNÍ SOUKROMÉHO PRÁVA NA UPLATŇOVÁNÍ PRÁVA VEŘEJNÉHO

Abstrakt: Český občanský zákoník v § 1 stanovil, že uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného. Je to odůvodněno faktem, že zdejší doktrína stála v letech 1949 až 1989 na stanovisku, že v socialistickém systému neexistuje právní dualismus, protože socialistické právo je jednotné. Tato doktrína setrvačně působí stále, jak zvláště vyplývá z rozhodovací praxe o neplatnosti smluv. Autor zdůvodňuje, že myšlenkou jednoty právního řádu nelze ospravedlnit např. závěr o neplatnosti smlouvy vymezující pozemek jako předmět budoucí koupě jinak než požadují předpisy o evidenci věcných práv v katastru nemovitostí. Uvádí i další příklady. Stať vysvětluje obsah pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva. Soukromé i veřejné právo staví na různých hodnotách, sledují různé cíle a podléhají odlišným zákonitostem. Jednota právního řádu neznamená jednodušnost. Ve společnostech spojujících své bytí a rozvoj se svobodnou iniciativou jednotlivce představuje soukromé právo sféru, z níž vyrůstá a vůči níž vystupuje veřejné právo jako právo zvláštní. Ústavní řád a zvláště Listina základních práv a svobod tvoří základ a svorník právního řádu.

Klíčová slova: občanský zákoník, právní dualismus, autonomie vůle, veřejný zájem, obecné blaho, jednota právního řádu

ÚVODEM

Formulace druhé věty § 1 odst. 1 o. z. o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného vylučuje paušální podřízenost soukromého práva vůči právu veřejnému. Skutečnost, že je určitý stav po právu nebo protiprávní podle předpisů práva veřejného nebo že je určité jednání přípustné podle veřejného práva, anebo že jde naopak o veřejnoprávní delikt, nevypovídá nic o právnosti nebo protiprávnosti stavu nebo jednání v soukromoprávní sféře. Činnost nebo stav v souladu s veřejným právem, mohou kolidovat s právem soukromým do té míry, že založí soukromoprávní povinnosti (např. § 1013 nebo 2925 o. z.). Z jiného úhlu pohledu lze poukázat, že veřejnoprávní delikt se sankčními důsledky podle práva veřejného bude v soukromoprávním světě juristicky bez významu, pokud současně nenaplní znaky skutkové podstaty soukromoprávního deliktu.¹ V tomto smyslu je uplatňování soukromého práva na veřejném právu nezávislé.

¹ Tvrdí-li např. PELIKÁNOVÁ, Irena – PELIKÁN, Robert In: Jiří Švestka – Jan Dvořák – Josef Fiala et al. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek I. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 13, že náhrada škody veřejnoprávním deliktem popírá pravidlo druhé věty § 1 odst. 1 o. z., pak nedomyslili, že jejich paušalizující úvaha ignoruje rozličné situace, které v dané souvislosti přicházejí v úvahu. Typově je nutné rozlišit tři různé skupiny případů. Předně může jít o situaci, kdy určitý skutek naplní znaky skutkových podstat deliktu podle soukromého i veřejného práva: typicky zločin vraždy a protiprávní zásah do přirozeného práva člověka na život. Dále může dojít k situaci, kdy veřejnoprávní delikt nevyvolá žádné soukromoprávní následky. Např. osoba, která jede na zvěřeti bezprostředně po požití alkoholického nápoje, již tím koná z hlediska veřejného práva protiprávně [§ 22 odst. 1 písm. b) zákona o přestupcích], ale soukromoprávní sankci se jen tím nevystaví. A konečně jde o případy – a nemusí jít nutně o delikt – kdy veřejné právo v rámci svých skutkových podstat a ve svém režimu ukládá veřejnoprávní povinnost k náhradě škody (typicky v případech upravených zák. č. 82/1998 Sb., ale např. i podle § 24 zák. č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, nebo podle § 16 zák. č. 449/2001 Sb., o myslivosti atd.), přičemž tyto případy jsou mimo sféru soukromého práva.

Ustanovení je výslovným vyjádřením duality práva.² V minulosti bylo z nepochopení kritizováno a výhrady proti němu čteme i dnes.³ Dualismus práva by jistě bylo možné vyjádřit ji i jinak,⁴ jak se stalo např. v čl. 7 Code civil oddělujícím výkon občanských práv od výkonu práv politických nebo méně dokonale v čl. 14 Codice civile omezujícího působení trestních a jiných zvláštních zákonů. Bylo by možné normovat také s menší názorností: příkladem mohou být např. § 1 ABGB vymezující občanské právo, poukaz čl. 1 ZGB dovolávající se slov a výkladu ustanovení švýcarského občanského zákoníku nebo preliminární ustanovení québecké kodifikace,⁵ z nichž distance soukromého práva vůči veřejnému právu vyplývá implicitně. Rovněž by šlo přejít v kodifikaci tuto otázku mlčením, jak to ostatně řada občanských zákoníků také učinila. Důvod, proč nás o. z. zvolil řešení, jaké čteme v druhé větě jeho § 1 odst. 1, je obdobný, jaký vedl zákonodárce k formulaci věty první. Myšlení několika generací právníků bylo u nás ovlivněno doktrínou jednotného socialistického práva a neexistence právního dualismu.⁶ Nejde jen o historickou reminiscenci, ale o přetrvávající praktické důsledky tohoto vlivu promítající se do absolutizace jednoty právního řádu, jak na ně bude ještě poukázáno.

Analyzujeme-li druhou větu § 1 odst. 1 o. z., je předně důležité přesně vnímat, jak je napsána. Uvedené právní pravidlo nestanoví, že uplatňování veřejného práva je na soukromém právu nezávislé. Nestanoví ani, že náš právní řád postrádá jednotu. Dokonce ani nestanoví, že soukromé právo je nezávislé na právu veřejném. Stanoví, že *uplatňování* soukromého práva je na uplatňování veřejného práva nezávislé. Důležité je, že v této vazbě jde o uplatňování práva. Musíme se tudíž ptát, co to znamená.

Lavický⁷ pokládá otázku, zda v daném případě jde o uplatňování objektivního či subjektivního práva. Při hledání odpovědi má podstatný význam skutečnost, že si uplatňování práva nelze představit bez konkrétní situace – objektivní právo uplatňujeme při zjišťování, zda v jednotlivém případě subjektivní právo je, anebo zda není. Podstata

² BĚLOHLÁVEK, Alexandr et al. *Nový občanský zákoník*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 15.

³ MAREK, Karel – FIALA, Josef – STAVINHOVÁ, Jaruška et al. Přípomínky k návrhu občanského zákoníku. *Právní zpravodaj*, 2008, č. 12, s. 20 nn.; LAVICKÝ, Petr. Kritické připomínky ke koncepci návrhu občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, 2007, s. 848, 859; PELIKÁNOVÁ, Irena – PELIKÁN, Robert. In: op. cit. v pozn. 1, s. 12 an.; GERLOCH, Aleš – TRYZNA, Jan. Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník. *Právník*, CLIII, 2014, s. 730 an.

⁴ Nepříliš zdařilý, jak se ukáže v dalším výkladu, je čl. I.-1:101 DCFR, výslovně vylučující aplikovatelnost soukromoprávních ustanovení na práva a povinnosti veřejnoprávní povahy.

⁵ PELIKÁNOVÁ, Irena – PELIKÁN, Robert. In: op. cit. v pozn. 1, s. 11, dávají druhou alineu uvozovacího ustanovení CCQ („Zákoník vytváří soubor pravidel, která ve všech oblastech, na něž se vztahují slova, duch nebo předmět jeho ustanovení, ustanovují výslovně nebo implicitně obecné právo.“) do přímé souvislosti s § 1 odst. 1 našeho o. z., čtouce i tam zcela správně reflexi právního dualismu. K významu úvodního ustanovení CCQ podrobně BISSON, Alain-François. La Disposition préliminaire du Code civil du Québec. *McGill Law Journal*, XXXIV, 1999, s. 541 nn. [dostupné na <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6794608-44.Bisson.pdf> (21. 9. 2014)].

⁶ V tom směru lze odkázat na větší počet textů. Z dostupných zdrojů lze soudit, že u nás jako první politicky odmítl koncept právního dualismu Alexej Čepička na sjezdu československých právníků (*Za socialistické právo! Manifestační sjezd československých právníků ve dnech 23.–25. září 1949*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti – Ministerstvo informací a osvěty, 1949); srov. k tomu KNAPP, Viktor. Právo veřejné a soukromé. *Právník*, LXXX, 1950, s. 82 nn., který popření právního dualismu také teoreticky zdůvodnil. V literatuře tato myšlenka zněla až do konce 80. let minulého století (srov. např. KUČERA, Eduard. *Základy obecné teorie státu a práva: Úvod do teorie socialistického práva*. 3. vydání. Praha: Ústav státní správy, 1989).

⁷ LAVICKÝ, Petr. In: Petr Lavický et al. *Občanský zákoník I. Obecná část. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 12 nn.

uplatňování objektivního práva je v příkládání (*applicatio*) abstraktních pravidel na určitý případ, který chceme právně vyřešit. Jakkoli se tedy, jak Lavický uvádí,⁸ při analýze druhé věty § 1 odst. 1 o. z. většinou uplatňováním soukromého nebo veřejného práva rozumí právo objektivní, nelze nevidět, že funkcionalita takového uplatňování dává smysl jen ve vazbě na konkrétní subjektivní právo. Výraz »uplatňování« byl v dané souvislosti zvolen jako synonymum pro aplikaci. Aplikace práva se v naší teorii spojuje převážně s rozhodovací činností orgánů veřejné moci.⁹ Při tomto pojetí se aplikace práva vyčleňuje jako specifický subsystém z realizace práva. To dává smysl, přijmeme-li argument, že realizací práva je rovněž konání osob *secundum legem*, při němž tyto osoby v mnoha případech právní normy neaplikují a často ani nevědí o jejich existenci. Nelze však přehlédnout Knappovu poznámku o mlhavosti pojmu aplikace práva.¹⁰ Knapp mj. poukazuje na úzus spojující aplikaci práva s činnostmi advokáta (obdobně lze poukázat i na jiné profesionály pracující s právními předpisy) a takto vžitou konvencí nevyvrátí teoretický argument, že tu jde o pouhou subsumpci. Text druhé věty § 1 odst. 1 o. z. navíc nenormuje o aplikaci, nýbrž o uplatňování práva. Lze jistě konstatovat, že i to je pojem neostrý, připouštějící různý výklad, a to i takový, že uplatňováním práva je v režimu soukromého práva i výkon oprávnění. Nicméně nemůže být sporu, že základ právního pravidla o uplatňování soukromého práva nezávisle na uplatňování práva veřejného váže na aplikaci ve výše uvedeném smyslu a že se při aplikaci neobejdeme bez interpretace.

Sdělení druhé věty § 1 odst. 1 o. z. je tedy následující: Soukromé právo (tedy ustanovení právního řádu upravující vzájemná práva a povinnosti osob) interpretujeme a aplikujeme nezávisle na ustanoveních práva veřejného. I tu ovšem platí zásada *lex specialis derogat generali*, tudíž nejsou vyloučeny nutkové důvody justifikující odchylku od pravidla,¹¹ a pravidlo samotné tedy působí jako zásada, nikoli jako bezvýjimečný kategorický imperativ.

⁸ LAVICKÝ, Petr. op. cit., s. 13.

⁹ Kategoricky v tomto smyslu např. WEINBERGER, Ota. *Základy právní logiky*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 239: „O aplikaci určité právní normy na určitou právní záležitost (jako o zvláštním případě realizace práva) mluvíme právě tehdy, když státní orgán záležitost posuzuje podle uvažované normy a na základě této normy vydává individuální právní rozhodnutí (právní akt).“ Shodně ČAPEK, Jiří. In: Jiří Boguszak – Jiří Čapek. *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 113, nebo Boguszak, Jiří Ibidem na s. 227. Rovněž GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 2. vydání. Dobrá voda: Aleš Čeněk, 2001, s. 179: „Aplikací práva se rozumí kvalifikovaná forma realizace práva uskutečňovaná orgány veřejné moci (...). Výsledkem procesu aplikace práva jsou akty aplikace práva, v nichž soudy, správní úřady a jiné orgány veřejné moci rozhodují o subjektivních právech a povinnostech (...) osob.“ Stejně tak KUBŮ, Lubomír – OSINA, Petr. In: Lubomír Kubů – Pavel Hungr – Petr Osina. *Teorie práva*. Praha: Linde Praha, 2007, s. 128.

¹⁰ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 186 nn.

¹¹ Důvodová zpráva k § 1 o. z. uvádí, že „v případech, kdy je namíste vázat uplatňování soukromého práva na právo veřejné, vyžaduje se, aby to zákon stanovil výslovně.“ Melzer, Filip a Těgl, Petr. In: MELZER, Filip – TĚGL, Petr. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Svazek I. Praha: Leges, 2013, s. 43–44 zmírňují tento požadavek, dovozují, že použitelnost veřejného práva může vyplývat i ze smyslu a účelu veřejnoprávní normy, často jen implicitních. Lze však mít za to, že tím oba autoři otvírají dveře k průniku veřejného práva do privátní sféry až příliš, zvláště se zřetelem k letitému vývoji rozhodovací praxe. S oběma autory je možné se shodnout, že „potřeba užití veřejného práva, jeho terminologie a pravidel musí být jednoznačná“ (Ibidem, s. 44) s doplněním, že tuto jednoznačnost je třeba potěžkávat na zlatých vážkách. Argument implicitním smyslem a účelem veřejnoprávní normy může vést k nepředvídatelným a nebezpečným výsledkům, nehledě k tomu, že v daném směru si soukromé právo vystačí samo svými generálními klauzulemi.

1. VEŘEJNÉ PRÁVO A VEŘEJNÝ ZÁJEM

1.1 Veřejné právo

Do subsystému veřejného práva se běžně řadí právo ústavní, správní a finanční, trestní, procesní.¹² Veřejnoprávní disciplíny jsou tradičně heterogenní. Jejich společným znakem je však souznění v ochraně veřejného zájmu a v založení pravomoci orgánů veřejné moci povolaných k jeho ochraně.

K jednotlivým vědním oborům řazeným do vnitrostátního veřejného práva lze ve zkratce uvést následující:

Ústavní právo bylo historicky vnímáno jako segment právního řádu stanovující „základy ústrojí státního“ (Baxa)¹³ – organizaci a rozdělení veřejné moci (tj. jaká je politická organizace státu, jaké veřejné moci ve státě působí a jak, podle jakých pravidel se povolávají do funkcí osoby vykonávající veřejnou moc¹⁴). To v minulosti odůvodňovalo řazení ústavního práva do práva veřejného. Tento názor dodnes místy přetrvává.¹⁵ Ústavní garance lidských a občanských práv se v dřívější době pokládaly za ústavodárcovy monology a katalogy základních práv byly označovány za „zbytečnou součást příslušné ústavy“.¹⁶ Dnes se naopak omezení veřejné moci v prospěch autonomních prostorů jednotlivce chápe jako imanentní a podstatná součást ústavního práva,¹⁷ které přímo chrání také člověka. V tom je příčina relativizace jednoznačného řazení ústavního práva mezi odvětví práva veřejného. Poukazuje se, že ústavní právo je právem veřejným i soukromým,¹⁸ že „rozsah ústavněprávní úpravy je (...) podstatně širší než jenom systém státní moci“¹⁹ a že „ústavní právo nelze (...) zařadit jen jako součást práva veřejného“ a že „zejména Listina (...) je i základem vztahů soukromoprávních.“²⁰ To justifikuje úvahu

¹² Všimáme si jen vnitrostátního práva, protože mezinárodní právo veřejné a právo EU, jakkoli se některými svými rysy podobají veřejnoprávním disciplínám, stojí mimo schéma právního dualismu, protože představují specifické právní systémy. Právo Evropské unie je právem mezinárodní organizace a z toho důvodu na ně lze nahlížet jako na segment práva mezinárodního. Za samostatný vědní obor se považuje z odborných důvodů – eurounijní právo nereguluje jen práva a povinnosti členských států, ale některé jeho právní prameny jsou rozdílné od právních pramenů klasického mezinárodního práva přímo aplikovatelné ve vnitrostátním právu členských států (aniž je třeba transformace vnitrostátní legislativou), také obsah, nástroje a prameny práva EU vykazují proti tradicím mezinárodního práva veřejného významné rozdíly. Svoji váhu má ovšem i pragmatika a význam tohoto práva pro členské státy.

¹³ BAXA, Bohumil. *Československé právo veřejné*. Praha: Spolek posluchačů komerčního inženýrství, 1933, s. 8.

¹⁴ VAVŘÍNEK, František. *Základy práva ústavního*. 7. vydání. Praha: Všeherd, 1933, s. 7.

¹⁵ Srov. KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 68, nebo GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 2. vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, s. 115. Také FILIP, Jan. *Ústavní právo*. I. díl. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 1999, s. 31, uvádí, že se ústavní právo literaturou zpravidla řadí do práva veřejného a sám je (s. 35) jako veřejnoprávní disciplínu také chápe.

¹⁶ PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo ústavní*. Část třetí. Praha: Jednota právníků v Praze, 1898, s. 49; WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 67. Kriticky k tomu již v dřívější době BAXA, Bohumil. op. cit. v pozn. 13, s. 37 nebo TÁBORSKÝ, Eduard. *Naše nová ústava*. Praha: Čin, 1948, s. 223 nn.

¹⁷ PAVLÍČEK, Václav. In: Václav Pavlíček et al. *Ústavní právo a státověda*. I. díl. Praha: Linde Praha, 1998, s. 41; FILIP, Jan. *Ústavní právo České republiky*. I. díl. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita – Nakladatelství Doplněk, 1999, s. 18, 34, 102 nn.; KLÍMA, Karel. *Ústavní právo*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 23. Podrobně k tomu WAGNEROVÁ, Eliška. In: Eliška Wagnerová – Vojtěch Šimíček – Tomáš Langášek – Ivo Pospíšil et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 9 nn.

¹⁸ PEŠKA, Pavel. *Úvod do ústavního práva. Čtyřicet devět stručných úvah k české ústavě na pozadí ústav stabilních demokracií*. Praha: Univerzita Karlova, 1994, s. 13.

¹⁹ KLÍMA, Karel. op. cit. v pozn. 17, s. 20.

²⁰ PAVLÍČEK, Václav. In: op. cit. v pozn. 17, s. 38.

spojující dělení práva na soukromé a veřejné a právní dualismus jen s úrovní jednoduchého práva, zatímco ústavní právo stojí mimo tuto distinkci. (Blíže k tomu sub 4.)

Správní právo je s ústavním právem úzce spjato v tom smyslu, že v jeho úpravě jde, rozdílně od statiky práva ústavního, o dynamiku veřejné moci „v pohybu“²¹ neboli o působnost výkonné moci ve státě.²² Jinak řečeno, správní právo upravuje organizaci a činnost veřejné správy.²³ Zároveň ale platí i to, že se veřejná správa od XIX. stol. – a zvláště po 2. světové válce – nadměru rozrostla, takže se do odvětví správního práva řadilo vše, co se nehodilo jinam. I z toho důvodu se ze správního práva vyčleňují různé segmenty prohlašované za zvláštní, případně samostatná právní odvětví, lépe snad za samostatné vědní obory.²⁴ Takovými jsou typicky právo finanční,²⁵ dále např. právo sociálního zabezpečení²⁶ nebo právo životního prostředí.²⁷ Zatímco finanční právo je celým svým charakterem typicky právo veřejné, další disciplíny – a z nich příznačně právo životního prostředí – přesahují i do soukromoprávní oblasti jako tzv. průřezová odvětví. Vznik a trvání těchto vědních oborů jsou podmíněny praktickými hledisky (sociálním, ekonomickým nebo politickým významem témat, která pojednávají), ale do značné míry i schopnostmi a „sugestivní autoritou“²⁸ jejich zakladatelů, posléze existencí kateder na právnických fakultách a zájmem o jejich zachování atp.

Pokud jde o trestní právo, jeho pozice je jasná. Trestní právo vymezuje trestný čin jako skutkovou podstatu, s níž za určitých formálních podmínek, stanovených procesním právem, spojuje jako právní následek trest.²⁹ Slouží tedy trestní právo jako krajní právní prostředek (*ultima ratio*)³⁰ – sleduje a poskytuje ochranu vybraným individuálním a společenským zájmům a vztahům před společensky nejnebezpečnějšími, nejzávažnějšími útoky, a to ochranu veřejnoprávní a fragmentární.³¹

²¹ FILIP, Jan. *Ústavní právo České republiky*. I. díl. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita – Nakladatelství Doplněk, 1999, s. 34.

²² PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo správní*. Část první. Praha: Jednota právnická v Praze, 1905, s. 1.

²³ WEYR, František. *Československé právo správní. Část obecná*. Brno: Právník, 1922, s. 7. Shodně Hendrych, Dušan. In: HENDRYCH, Dušan et al. *Správní právo. Obecná část*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 18.

²⁴ Např. oblast sociálního zabezpečení byla ještě ve 40. letech XX. stol. řazena do správního práva bez pochybností [srov. POŠVÁŘ, Jaroslav. *Správní právo (Výtah ze zvláštní části)*. 2. vydání. Brno: Právník, 1947, s. 218 nn.], posléze do oblasti pracovního práva.

²⁵ „Souhrn právních norem, které upravují vztahy vznikající v procesu tvorby, rozdělování a používání peněžní masy a jejich částí, tvoří finanční právo.“ BAKEŠ, Milan – KOTÁB, Petr. In: Milan Bakeš – Marie Karfíková – Petr Kotáb – Hana Marková et al. *Finanční právo*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 11. Nicméně z podrobnějšího vymezení pojmu finančního práva a jeho předmětu lbidem s. 11–14, plyne, že hranice oboru nejsou mnohdy jasné a jeho záběr poměrně rozsáhlý (veřejné rozpočty, státní fondy, daně, poplatky, cla a další povinné dávky, úvěr, měna, peněžní oběh, platební styk, devizové hospodářství, finanční trh).

²⁶ Jde o právní odvětví upravující sociální pojištění, podporu, pomoc a služby (hmotné zabezpečení či jinou pomoc fyzickým osobám, které v důsledku sociálních událostí, formulovaných zákonem jako skutkové podstaty, takové plnění či pomoc potřebují (srov. GREGOROVÁ, Zdeňka. In: Milan Galvas – Zdeňka Gregorová. *Sociální zabezpečení*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 26 nn.; TOMES, Igor. In: Petr Tröster et al. *Právo sociálního zabezpečení*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 18 nn.).

²⁷ Právo životního prostředí zahrnuje právní normy upravující společenské vztahy, které mají zajistit ochranu životního prostředí (v závislosti na vymezení životního prostředí a jeho ochrany). Srov. DROBNÍK, Jaroslav. In: Milan Damohorský et al. *Právo životního prostředí*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 28.

²⁸ TILSCH, Emanuel. *Rakouského práva občanského část všeobecná* (Provisorium vydání). Praha: Všeheid, 1909, s. 33.

²⁹ KALLAB, Jaroslav. *Trestní právo hmotné*. Praha: Melantrich, 1935, s. 10.

³⁰ Srov. § 12 odst. 2 tr. z. Viz též např. nález Ústavního soudu sp. zn. I ÚS 4/04 z 23. 3. 2004.

³¹ KRATOCHVÍL, Vladimír. In: Vladimír Kratochvíl et al. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 10. Viz též ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2003, s. 247 nn.

V našem prostředí se do sféry veřejného práva řadí i procesní právo, které stanoví, který orgán veřejné moci a jakým způsobem zjišťuje práva a vynucuje povinnosti v příslušném řízení. Procesních práv je několik. Známe trestní právo procesní, správní právo procesní, civilní právo procesní nebo procesní pravidla upravená v daňovém řádu, známe také různá specifická právní pravidla procesního řízení obsažená ve zvláštních zákonech. Obvykle se řadí k příslušným hmotněprávním úpravám a jsou spolu s nimi chápána jako jeden celek (např. trestní nebo správní právo zahrnuje právo hmotné i procesní). Jen civilní právo procesní se tradičně vnímá jako zvláštní právní disciplína oddělená od občanského práva hmotného. Veřejnoprávní povaha úpravy civilního procesu se ustáleně zdůvodňuje tím, že vymezuje pravomoc soudů jako orgánů veřejné moci a upravuje způsob a postup jejich projednávání právních případů, postup při prozatímní ochraně práv i při konečném vynucování uložených povinností,³² přičemž soud má mezi subjekty procesního vztahu dominantní postavení.³³ To je sice pravda, nelze však přehlížet, že u sporných a jiných návrhových řízení je *dominus litis* žalobce, respektive navrhovatel, a že na jeho soukromé moci nezávisí jen zahájení řízení, ale také jeho případné předčasné ukončení (§ 96 o. s. ř.).³⁴

1.2 Veřejný zájem

1.2.1 Zájem. Bipartice zájmů

V občanském zákoníku nacházíme větší počet ustanovení stanovujících právní význam určitého zájmu. Zpravidla jej zákoník konkretizuje nějakým přívlastkem (právní zájem, veřejný zájem, spravedlivý zájem, zájem hodný právní ochrany, právně chráněný zájem). Ale i tam, kde se o zájmech neuvádí výslovně nic, je zájem v ustanovení přesto obsažen, neboť veškeré právo sleduje naplňování zájmů, jejichž legitimitu uzná, a brání těm, jimž legitimitu upírá. Tím však účel právní regulace nekončí, protože různé zájmy jednotlivců a širších celků se nutně ocitají v konfliktu a právo musí jejich kolize řešit.

Zájem je dán vztahem k něčemu. Zájmy mají lidé. Přesto se běžně mluví také o zájmu společnosti³⁵ nebo veřejnosti,³⁶ anebo o společenském,³⁷ veřejném nebo obecném zájmu.³⁸ Takové zájmy nejsou spojovány s jednotlivcem, ale se sociálními entitami, ať již s právní subjektivitou,³⁹ nebo bez ní.⁴⁰ Na tom však nic nemění, že i to jsou zájmy lidí,

³² OTT, Emil. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního*. Díl I. 2. vydání. Praha: Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1908, s. 7.

³³ WINTEROVÁ, Alena. In: Alena Winterová et al. *Civilní právo procesní*. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 2002, s. 48.

³⁴ Vezme-li se návrh na zahájení řízení zpět ještě před počátkem jednání, případně v některých věcech manželských a partnerských, je soud vázán navrhovatelovou soukromou vůlí a musí řízení zastavit. V případech stanovených v § 96 odst. 3 o. s. ř. může sice soud rozhodnout o neúčinnosti zpětvzetí návrhu, ale uplatnění této soudní pravomoci se váže na projevení nesouhlasu ostatních účastníků řízení, tedy na projevu jejich soukromé vůle.

³⁵ Např. § 393 zák. práce nebo § 17 zákona o soudnictvích ve věcech mládeže.

³⁶ Např. § 34 zák. č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání.

³⁷ Např. § 3, 15, 16 a 19 zák. č. 20/1987, o státní památkové péči.

³⁸ Od toho je třeba odlišit veřejné mínění (zjišťované např. anketami, sociologickými průzkumy, indikované médii apod.), které má význam pro politiku, nikoli pro právo. Zák. č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, v § 80 odst. 2 písm. d) soudci výslovně zakazuje, aby se veřejným míněním nechal ovlivnit.

³⁹ Srov. např. § 224, 260, 318, 319 a 370 o. z. nebo § 183, 280, 311, 313, 404 a 488 zákona o obchodních korporacích.

⁴⁰ Srov. zájem všeho lidu v čl. 23 a 59 Ústavy.

byť jsou zobecněním od jednotlivců odděleny, a v důsledku toho jsou i tyto zájmy abstrahovány.

Základní bipartice je v rozdělení zájmu na soukromý a veřejný.⁴¹ Z ní vychází i občanský zákoník. Srov. např. § 144 o. z. stanovující, že právnickou osobu lze založit v soukromém, nebo ve veřejném zájmu.

1.2.2 Veřejný zájem jako zájem obecný

Občanský zákoník výslovně poukazuje na veřejný zájem kromě § 144 ještě v dalších deseti ustanoveních,⁴² kritérium veřejného zájmu však vystupuje i vzhledem k jejich obsahu i v některých dalších ustanoveních, např. tam, kde se poukazuje na obecné blaho (§ 146, 306) nebo veřejně prospěšný účel či cíl (§ 196, 272, 396, 380, 591); konec konců i na zájem na nedotčeném zachování stromu (§ 1016 odst. 2). Uvedená ustanovení představují v úpravě o. z. jen zlomek.⁴³ To je dáno i tím, že veřejný zájem je významným tématem veřejného práva a zvláště správní právo jej často akcentuje.⁴⁴ Veřejný zájem je však především pojmem ústavního práva (čl. 11 odst. 2 a 4 a čl. 18 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, čl. 30 Ústavy), a z toho důvodu má význam i pro právo soukromé (§ 2 odst. 1 o. z.). Veřejný zájem představuje jednu z určujících složek materiálního práva, tudíž má svůj interpretační význam vždy, protože se jeho hledisko promítá i do ústavních principů právního státu.

Veřejný zájem se synonymicky označuje jako zájem obecný.⁴⁵ Tak se děje i ve zdejších právních předpisech, které tyto výrazy zhusta používají promiscue. Např. správní řád nebo soudní řád správní důsledně poukazují na veřejný zájem, trestní zákoník se (až na § 31) přiklonil k poukazům na obecný zájem a trestní řád používá oba pojmy (§ 8d, 101, 309). Je otázka, nakolik je toto ztotožnění teoreticky správné a nakolik je ústavně konformní. Ústava (čl. 30 odst. 1) a Listina základních práv a svobod (čl. 11 odst. 2 a 4, čl. 18 odst. 1) znají veřejný zájem. Listina však vedle toho poukazuje také na zájem obecný (čl. 11 odst. 3). Právě z obsahu čl. 11 Listiny dovodila Průchová, že obecný zájem je kategorie vyšší a že veřejný zájem je dílčím projevem (podmnožinou, subkategorií) obecného zájmu.⁴⁶ Listina totiž zakazuje zneužití vlastnického práva k újmě práv jednotlivců nebo v rozporu s obecnými zájmy chráněnými zákonem, a to bez dalšího. Mimo to dovoluje vlastníka zbavit vlastnického práva nebo jeho vlastnické právo omezit ve veřejném zájmu, tehdy však jen za náhradu. Z tohoto pohledu sleduje obecný zájem v daném případě sociální

⁴¹ Zatímco na soukromý zájem poukazují právní předpisy jen zřídka, veřejného zájmu se dovolává na půl tisíce zákonů a podzákoných právních předpisů, zpravidla z oboru veřejného práva.

⁴² § 88, 465, 1032, 1037, 1038, 1685, 1691, 2064, 2288 a 2650 (s odhlédnutím od bodu 90. zrušovacího ustanovení § 3080).

⁴³ Jde o 0,55% z celkového počtu paragrafů o. z.

⁴⁴ VOPÁLKA, Vladimír. In: Dušan Hendrych et al. op. cit. v pozn. 23, s. 86.

⁴⁵ Také aplikační praxe se nejednou vyjadřuje o „veřejném, respektive obecném zájmu“ (např. Ústavní soud v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 21/02 Pl. z 22. 3. 2005 nebo sp. zn. ÚS 45/06 z 11. 12. 2006, Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 23 Cdo 3473/2009 z 23. 11. 2011 nebo v usnesení sp. zn. 5 Tdo 1460/2013 z 12. 3. 2014, Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 1 Afs 98/2010 – 399 z 31. 5. 2011 atd.).

⁴⁶ PRŮCHOVÁ, Ivana. In: Ivana Průchová – Jaroslav Chyba. *Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 30 nn. Pojem obecného zájmu si v četných ustanoveních osvojil občanský zákoník z r. 1950 (§ 36, 108, 126, 127, 139, 140, 154, 161, 548, 555). Občanský zákoník z r. 1964 užil též pojem v jediném ustanovení (§ 175f), které do něj bylo vtěleno novelou č. 554/2004 Sb.

funkci vlastnictví, Listinou v čl. 11 odst. 3 rovněž kodifikovanou. Odtud můžeme generalizovat, že v obecném zájmu je zajistit rovnováhu ve společnosti a klidné soužití lidí a za tím účelem stanovit jejich svobodě – s respektováním rovnosti jejich práv – určité meze (čl. 4 Listiny). Veřejný zájem jako dílčí kategorie odůvodňující zásah vůči jednotlivci v zájmu širšího kolektivu kvalifikovaným způsobem za zvláštních striktně formulovaných podmínek a zpravidla také za náhradu. Tohoto konstruktů se však nadržují ani odborná literatura ani zákonodárství a aplikační praxe, takže snaze odlišit veřejný zájem od obecného bude nejspíše navždy vyhrazen osud doktrinárního ideálu.

V každém případě nelze veřejný zájem ztotožnit ani s „osobním“ zájmem státu nebo některé veřejnoprávní entity, ani se zájmem prosazovaným určitou sociální skupinou působící ve veřejném prostoru. Zájem státu na důsledném výběru daní se s veřejným zájmem shoduje, avšak zájem státu na zbrojení se může s veřejným zájmem krýt, leč mu i odporovat, a zájem státu na pronásledování nebo likvidaci jeho kritiků se ocitne s veřejným zájmem v rozporu. Stejně tak zájmy na zvýšení minimální mzdy nebo na snížení daňové zátěže, prosazované různými skupinami, se chovají vůči veřejnému zájmu ambivalentně – v závislosti na konkrétních okolnostech se s ním mohou shodovat a mohou s ním také kolidovat.

Určitý zájem je veřejným zájmem, pokud sleduje jako svůj cíl veřejné (obecné) blaho,⁴⁷ strážlivěji vyjádřeno, veřejný nebo obecný prospěch⁴⁸ (*utilitas publica*). Obecné blaho je ideál, jehož se společnost nevzdává, ale k němuž se lidské snažení může jen přibližovat (podobně jako ke spravedlnosti) právě proto, že v praktickém životě demokratického státu ovlivňuje politiku i zákonodárství kompromis,⁴⁹ prosazení názoru aktuální nevýrazné většiny⁵⁰ nebo mediální agitace či jiné působení,⁵¹ jakkoli výsledek, poměřován kritériem obecného blaha, nemusí být vždy přesvědčivý. Nejen zvolené příklady indikují správnost názoru, že „v mnoha případech může být uspokojování kolektivních zájmů jistých skupin s obecnými zájmy v naprostém rozporu.“⁵² To může vést ke skepsi, kterou vyjádřil např. J. A. Schumpeter, anebo naopak k úsilí naplňovat maximum klasického pojetí demokracie utvrzovat štěstí společnosti (*happiness of the community*).⁵³ Limitem jsou spravedlivé požadavky morálky, veřejného pořádku a obecného blaha v demokratické společnosti (čl. 29 odst. 2 Všeobecné deklarace lidských práv).

⁴⁷ Srov. např. čl. 4 Mezinárodního paktu o občanských a lidských právech (120/1976 Sb.) nebo § 146 nebo 306 o. z. Srov. např. i nálezy Ústavního soudu č. 86/1994 Sb. nebo sp. zn. Pl. ÚS 21/96 ze 4. 2. 1997, v nichž se veřejný zájem klade vedle obecného blaha.

⁴⁸ O veřejně prospěšných hodnotách, veřejně prospěšnosti nebo veřejném prospěchu normuje několik desítek právních předpisů.

⁴⁹ Srov. např. úst. zák. č. 71/2012 Sb. a zák. č. 275/2012 Sb., o volbě prezidenta republiky.

⁵⁰ Srov. např. zák. č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství, nebo zák. č. 428/2012 Sb., o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi.

⁵¹ Srov. např. zák. č. 134/2013 Sb., o některých opatřeních ke zvýšení transparentnosti akciových společností.

⁵² HAYEK, Friedrich August, von. *Právo, zákonodárství a svoboda (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie)*. 2. *Fata morgána sociální spravedlnosti*. Praha: Academia, 1991, s. 14. Na citovaný Hayekův názor poukazuje Ústavní soud v nálezu I. ÚS 198/95 z 28. 3. 1996. Hayekova myšlenka však není ani nová ani původní. Thomas More psal o bohatcích, „kteří pod jménem a pod záminkou obecného blaha hledají svůj vlastní prospěch“ a dávno před ním napsal Herakleitos, že „pro lidi není lepší, děje-li se, co si přejí.“

⁵³ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 15. Dostupné na <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3II3/bentham/morals.pdf> (3. 7. 2014). Srov. k tomu MALANÍK, Michal. *Meze utilitarismu* [www.law.portal.cz/meze-utilitarismu/ (4. 7. 2014)].

1.2.3 Veřejný zájem jako právní pojem. Četnost veřejných zájmů

Veřejný zájem je relativně neurčitý, pružný právní pojem. Právní předpisy se jej dovoňávají na mnoha místech a ukládají různým subjektům i orgánům veřejné moci, aby jej dbaly. Nicméně pokud jde o jednotlivé konkrétní právní případy, jsou k rozhodnutí, zda je v dané situaci dán veřejný zájem, povolány správní úřady a soudy. Zásadní v tom směru je náleží Pl. ÚS 24/04 z 28. 6. 2005, kterým byl zrušen § 3a zák. č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě, v němž zákonodárce stanovil, že rozvoj a konkretizaci jednotlivé vodní cesty je ve veřejném zájmu. Ústavní soud prohlásil toto ustanovení za protiústavní pro porušení principu dělby moci: „Tím, že Parlament v zákoně označil rozvoj a modernizaci konkrétní vodní cesty za veřejný zájem, nedodržel požadavek obecnosti právního předpisu, aplikoval neurčitý právní pojem v konkrétním případě, a zasáhl tak do pravomoci svěřené moci výkonné.“ Tento náleží však zákonodárci nebrání, aby určité skupiny aktivit, např. zřízení a provoz některých energetických zařízení,⁵⁴ ochranu přírody a krajiny⁵⁵ nebo stanovení ochranných pásem vodoprávním úřadem,⁵⁶ prohlásil za záležitosti veřejného zájmu, nebo aby určité činnosti prohlásil za veřejně prospěšné.⁵⁷ V tomto rámci je pak na příslušném orgánu moci výkonné nebo soudní veřejný zájem pro konkrétní případ určit a individualizovat, tj. výslovně formulovat.

Veřejný zájem nepředstavuje kategorii jednotnou a absolutní. V rámci kategorie veřejného zájmu, jen zdánlivě jednotného, nalézáme směs nejrůznějších zájmů a v jejich rámci rozeznáváme „celou hierarchii vícecennosti a méněcennosti“.⁵⁸

Např. vodní zákon v § 23 stanoví jako tři různé zájmy ochranu vod jako složky životního prostředí, snížení nepříznivých účinků povodní (to i v § 15 odst. 6) nebo sucha a udržitelné užívání vodních zdrojů, mimo to také energetický potenciál vod (§ 5 odst. 1).⁵⁹ Ochrana vod jako složky životního prostředí krom toho souvisí s ochranou systému ekologické stability, který představuje rovněž veřejný zájem (§ 4 odst. 1 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny). Jiná souvislost se nabízí ve vazbě na § 35 lesního zákona, kde se stanoví, že hrazení nebo meliorace bystrin v lesích mohou být prováděny ve veřejném zájmu. Naproti tomu užívání vodních zdrojů se pojí s veřejnými vodovody, vodojemy, kanalizacemi nebo čistírnami odpadních vod jako součástmi veřejné infrastruktury zřizovaných a užívaných rovněž ve veřejném zájmu [§ 2 odst. 1 písm. k) stavebního zákona; o zřízení a provozu vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu to stanoví i § 1 odst. 2 zák. č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích]. V souvislosti s vodami mohou být ve veřejném zájmu některá opatření týkající se rybníkářství, uvedená demonstrativně v zákoně o rybníkářství (§ 12 odst. 6). Odlišný přístup má lázeňský zákon (§ 33 odst. 1). Mimo to vystupují i širší souvislosti, např. veřejný zájem na udržitelném rozvoji území,

⁵⁴ Srov. § 2 odst. 1 písm. a) bod 1., 12., 20, písm. b) bod 1., 13, 15, písm. c) bod 3., 14. nebo § 3 odst. 2 zák. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a výkonu státní správy v energetických odvětvích.

⁵⁵ § 58 odst. 1 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny.

⁵⁶ Srov. § 23a odst. 6 vodního zákona.

⁵⁷ Např. sport (§ 1 zák. č. 115/2001 Sb., o podpoře sportu).

⁵⁸ HOETZEL, Jiří. Vyvlastnění. In: Jiří Hoetzel – František Weyr – Jaroslav Pošvář – Adolf Štafl (eds) et al. *Slouvník veřejného práva československého*. Svazek V. Brno: Rovnost, 1948, s. 492.

⁵⁹ Podobně např. zák. č. 161/1999 Sb., kterým se vyhlašuje Národní park České Švýcarsko, v § 3 odst. 4 připouští existenci jiných veřejných zájmů než jen zájmu na ochraně přírody.

popř. obcí, měst nebo regionů.⁶⁰ Mezi těmito zájmy může docházet ke kolizím.⁶¹ Např. ani zákonodárcovo prohlášení, že zřízení výroby elektřiny je ve veřejném zájmu [§ 2 odst. 2 písm. a) energetického zákona] nemůže vyloučit kolizi tohoto zájmu např. se zájmem na ochraně ekologické stability (§ 4 zákona o ochraně přírody a krajiny). Proto je v rámci vrstevnatosti veřejných zájmů nutné hledat a určit ten z nich, který je v jednotlivém případě ostatním nadřazený (převažující),⁶² popřípadě, pokud to je možné, zachovat maximum (jádro) z kolidujících veřejných zájmů. Není-li to možné, je nutné dát přednost tomu z nich, kterému svědčí obecný princip (obecná idea spravedlnosti).⁶³

Takovému hledání se právní úprava snaží napomoci specifikací některých veřejných zájmů jako kvalifikovaných. Tak jsou některé veřejné zájmy označovány jako závažné,⁶⁴ jiné jako důležité⁶⁵ a ještě jiné jako naléhavé⁶⁶ nebo zvláštní.⁶⁷ Zatímco naléhavost veřejného zájmu (§ 1037 o. z.) je zpravidla dána bezprostřední potřebou nebo bezprostředním ohrožením,⁶⁸ zákonodárcovo rozlišování mezi veřejnými zájmy závažnými, důležitými a prostými se nejednou jeví jako nahodilé a může působit nanejvýš jako indikátor vyžadující v jednotlivých případech důkladnou prověrku.

Např. podle většího počtu zákonů⁶⁹ spadá do kategorie prostého obecného (veřejného) zájmu bezpečnost osob, podle § 78 zák. č. 361/2000 Sb., o silničním provozu je však předmětem *důležitého* veřejného zájmu mj. plynulost provozu. Přitom není pochyb, že se zájem na plynulosti silničního provozu ocitne při kolizi se zájmem na bezpečnosti osob v pozadí. Právě proto, že je mimo pravomoc zákonodárné moci, jak dovodil Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 24/04, aplikovat neurčité právní pojmy na konkrétní případ, je věcí orgánů veřejné správy a soudů, jak posoudí jednotlivé právní případy. K tomu je nutné výslovně vytknout, že závěr kompetentního orgánu veřejné moci o existenci veřejného zájmu není věcí jeho volné úvahy, protože jde o vyřešení *právní* otázky a tu je namíste posoudit s maximální precizností. Ani tu nelze dát prostor svévoli. Lze si jistě předsta-

⁶⁰ Srov. zák. č. 17/1992 Sb., o životním prostředí (§ 1, 6, 16, 32), § 1 odst. 1 stavebního zákona (zák. č. 183/2006 Sb.), nebo § 1 odst. 1 zák. č. 211/2000 Sb., o Státním fondu rozvoje bydlení.

⁶¹ Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 7/2008-50 z 31. 7. 2008, kde se připouští možnost střetu veřejného zájmu na ochraně silnice a veřejného zájmu na ochraně lesního porostu, nebo sp 6 A 65/2012 z 10. 5. 2013, kde se uvažuje o možnosti střetu veřejného zájmu na ochraně přírody a krajiny a veřejného zájmu na výstavbě bytů.

⁶² Toto kritérium výslovně uvádějí sice jen vodní zákon (§ 23a odst. 6) a zákon o ochraně přírody a krajiny (§ 45b odst. 1, § 45i odst. 9 a 10 a § 56 odst. 2), nicméně i z judikátů citovaných v předchozí poznámce je zřejmé, že s jeho použitím praxe počítá.

⁶³ V tom směru lze analogicky použít metodologický postup volený Ústavním soudem při střetu základních práv (srov. nálezy sp. zn. I. ÚS 353/04 z 16. 6. 2005 nebo I. ÚS 3571/10 z 12. 5. 2011).

⁶⁴ Např. § 93 zákona o obchodních korporacích, § 25 a 68 zákona o veřejných rejstřících, § 66 soudního řádu správního, § 120a exekučního řádu nebo § 80 zákona o Ústavním soudu.

⁶⁵ Např. § 65 odst. 2 zákona o podnikání na kapitálovém trhu, § 78 odst. 2 zákona o silničním provozu, § 8 odst. 2 písm. h) lesního zákona, § 20 odst. 2 zák. č. 527/1990 Sb., o vynálezech a zlepšovacích návrzích, § 77 odst. 5 písm. g) zák. č. 17/2012 Sb. o Celní správě ČR, § 27 odst. 3 písm. d) zákona o ochraně osobních údajů apod.

⁶⁶ Např. § 35 odst. 5 stavebního zákona, § 34 odst. 3 zákona o pozemních komunikacích, § 9 odst. 3 zákona o drahách, § 6 tiskového zákona aj.

⁶⁷ Např. § 4 písm. j) zákona o ochranných známkách.

⁶⁸ Např. podle § 34 odst. 3 zákona o pozemních komunikacích lze použít cizí pozemek v naléhavém veřejném zájmu na zachování sjízdnosti a schůdnosti pozemní komunikace.

⁶⁹ Např. § 80 trestního zákoníku, § 18 přestupkového zákona, § 50 zák. č. 169/1999 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody, § 76f zák. č. 119/2002 Sb., o zbraních, § 30 zák. č. 129/2008 Sb., o výkonu zabezpečovací detence, § 19 zák. č. 229/2013 Sb., o nakládání s bezpečnostním materiálem aj.

vit, k jakým důsledkům by vedlo volné uvažování o veřejném zájmu např. ve vztahu k postupům podle § 66 odst. 2 a 3 soudního řádu správního nebo podle § 80 zákona o Ústavním soudu.

Naplněním veřejného zájmu se sleduje vyhovění životním potřebám nějakého širšího celku. Proto také zákony o místní samosprávě ukládají jednotlivým entitám veřejný zájem chránit.⁷⁰

Nejde však jen o toto hledisko. Veřejný zájem se snaží formulovat a prosazovat nejen stát a veřejnoprávní korporace, ale i některé soukromoprávní entity, ať již organizované korporativně (odborové organizace, organizace zaměstnavatelů), nadačně nebo jinak. Odtud se odvíjí úvaha, že veřejný zájem prosazovaný státem má přednost před zájmy samosprávy, že zájmy vyšších samosprávných korporací mají přednost před nižšími, že zájmům veřejnoprávních entit musí ustoupit zájmy entit soukromoprávních. Už Hoetzel ale upozornil, že jakkoli je toto kritérium plodné, „neposkytuje řešení úplně uspokojivého“.⁷¹ Na to ostatně poukazuje i judikatura. Příkladem mohou být nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 211/2003 z 9. 7. 2003 nebo sp. zn. Pl. ÚS 45/06 z 11. 12. 2007, v nichž soud uznal za významnější veřejný zájem interes reprezentovaný obcí než zájem prosazovaný státem.

1.2.4 Význam veřejného zájmu pro soukromé právo

Kde vystupuje veřejný zájem snižuje se míra ochrany soukromých práv osobních (§ 88 odst. 2 o. z.) i majetkových (§ 1037, 1038), ať už věcněprávních (§ 1032 o. z.) nebo obligačních (§ 2280 o. z.). Nejde jen o ustanovení občanského zákoníku a jiných zákonů z oblasti soukromého práva.⁷² Četná jsou zejména nejrůznější veřejnoprávní omezení, týkající se mj. svobody, soukromí a vlastnictví.

Zásada *utilitas publica privatae praeferri debet* (veřejnému zájmu se musí dát přednost před soukromými)⁷³ vyznívá jednoznačně. Navozuje dojem antagonismu soukromých a veřejných zájmů. Naproti tomu občanský zákoník z roku 1964 sledoval v návaznosti na ústavu z roku 1960 koncept, že zájmy společnosti a zájmy každého jejího příslušníka jsou ve vzájemné harmonii.⁷⁴ Souvislost obojího je však složitější. Zeiller poukazoval,

⁷⁰ Srov. § 2 odst. 2, 36 odst. 2 zák. č. 128/2000 Sb. o obcích, § 2 odst. 2 zák. č. 131/2000 Sb. o hlavním městě Praze a § 2 odst. 3 zák. č. 129/2000 Sb. o krajích, podle nichž obce, jakož i hlavní město Praha a městské části, nebo i svazek obcí a také kraje chrání v rámci své působnosti veřejný zájem. Podobnou generální klauzuli zdejší právní úprava postrádá ve vztahu k ústředním orgánům státní správy (srov. zák. č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky), zde se však patrně rozumí samo sebou, že tomu tak je.

⁷¹ HOETZEL, Jiří. Vyvlastnění. In: op. cit. v pozn. 58, s. 492.

⁷² Srov. např. § 93 zákona o obchodních korporacích, § 20 zák. č. 527/1990 Sb., o vynálezech a zlepšovacích návrzích nebo § 11 zák. č. 408/2000 Sb., o ochraně práv k odrůdám rostlin.

⁷³ Jde o mutaci logičtěji formulovaného Diokleciánova výroku *utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus* (veřejnému zájmu se musí dát přednost před soukromými smlouvami) obsaženého v Justinianově kodexu [(C 12, 62, 3). Srov. KINCL, Jaromír. *Dicta et regulae iuris*. Praha: Univerzita Karlova, 1990, s. 282]. V duchu této zásady např. rozhodl Ústavní soud, že soukromý zájem na užívání skladu opřený o nájemní smlouvu ze 7. 10. 1991 musí s ohledem na následnou úpravu v zákoně č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby (tzv. zákon o velké privatizaci), ustoupit veřejnému zájmu na transformaci ekonomiky, byť se tím prolomí obecný zájem na právní jistotě a důvěře v právo.

⁷⁴ Úst. zák. č. 100/1960 Sb., čl. 19 odst. 1.

že ve veřejném zájmu je obsažen i zájem soukromý.⁷⁵ V soudobé literatuře tvrdí Vedral, že „veřejné zájmy jsou v řadě případů jen více či méně společnými soukromými zájmy jednotlivců a jejich skupin.“⁷⁶ Množiny veřejných zájmů a soukromých zájmů se pronikají.

Hranici mezi veřejnými a soukromými zájmy nelze vést podle toho, zda určitý zájem prosazuje jednatel nebo kolektiv. Ilustruje to náleží sp. zn. I. ÚS 198/95 z 28. 3. 1996, kterým Ústavní soud vážil význam individuálního zájmu stěžovatelky na ochraně jejího vlastnictví a kolektivního zájmu reprezentovaného městem Česká Skalice na zachování parkoviště a přístupové cesty k němu. Dal přednost obecnému zájmu na ochraně individuálního vlastnictví před kolektivním zájmem na zachování parkoviště zřízeného před rokem 1989 na pozemku vlastníka bez jeho souhlasu, třebaže obecné soudy s odvoláním na § 135c odst. 3 obč. z., vedeny ohledem na zájem obce a hlediskem účelnosti, zamítly návrh na odstranění parkoviště.

S problematikou veřejného zájmu nemůžeme spojovat výlučně vyšší zájmy, při nichž je prvoplánově spjata představa obecného blaha, jako je např. ochrana přírody a krajiny, dopravní infrastruktura nebo zřizování staveb k zajištění bezpečnosti státu.⁷⁷ Nejednou jde o problematiku řešenou na pozadí individuálních střetů a individuálních zájmů. Tak např. aplikační praxe vzala v jednom případě v ochranu obecný (veřejný) zájem na ochraně osobnosti a soukromí (majetkových poměrů), jemuž dala v konkrétním případě přednost před zájmem občanského sdružení odvolávajícího se na veřejný (obecný) zájem na přístup k informacím,⁷⁸ v jiném případě byla před ochranou osobnosti a soukromí (zdravotní stav poškozených) dána přednost obecnému (veřejnému) zájmu jednotlivce na ochranu před nedůvodným stíháním a odsouzením vzhledem k veřejnému (obecnému) zájmu na objasnění trestných činů.⁷⁹ Vidíme tak, že řada soukromých zájmů, na které berou občanský zákoník a soukromé právo významný zřetel a věnují jim svou úpravu (ochrana osobnosti a soukromí, ochrana vlastnictví, bezpečnost smluvních obligací) konvenuje i se zřetelem na ústavně konformní výklad a na práva a svobody kodifikované Listinou s obecnými zájmy vysoké důležitosti, jimž musí některé veřejné zájmy někdy ustoupit, zatímco jindy význam a intenzita konkrétního veřejného zájmu prolomí dokonce i tak zásadní hodnotu, jakou je důvěra v právo a právní jistota.

Hledáme-li odpověď na vtírající se otázku přes spektrum kazuistiky, pozorujíc spleť, kolize a vzájemné pronikání různě významných a právem reflektovaných zájmů zdůrazňovaných zákonodárcem výslovně, ba někdy i jen podprahově, napadne nás úvaha, zda nemáme závaznou vůli zákonodárce „luštiti přímo jako rébus“.⁸⁰ Není však pochyb, že soudce nerozhoduje konkrétní případ podle jedné věty zákona, ale přihlíží také k širším právnickým souvislostem daného právního pravidla, ať jim již budeme říkat obecné zájmy či jinak. Výsledkem jeho rozhodnutí musí být přece dobré uspořádání práv a povinností (§ 10 odst. 2 o. z. *in fine*), tak aby výsledek neurážel obyčejné lidské citění

⁷⁵ ZEILLER, Franz, von. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*. Bd II/1. Wien u. Triest: Geistingers Verlagshandlung, 1812, s. 127 nn.

⁷⁶ VEDRAL, Josef. *Správní řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2012, s. 100.

⁷⁷ Srov. § 60 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, a § 170 stavebního zákona, které pro tyto účely umožňují vyvlastnění nebo omezení vlastnických práv.

⁷⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 53/2007-58 z 25. 6. 2008.

⁷⁹ Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 321/06 z 18. 12. 2006.

⁸⁰ MERKL, Adolf. *Obecné právo správní*. Díl první. Praha – Brno: Orbis, 1931, s. 160.

krutostí nebo bezohledností (§ 2 odst. 3 o. z.). To přirozeně musí platit, i když soudce váží hlediska obecného nebo veřejného zájmu. Ukazuje se, že právo je především hodnotovým systémem a že by bylo bez hodnot, jimž přikládá váhu, jen bezobsažnou změti formálních pravidel. Judikatura našich vysokých soudů opakovaně připomíná nutnost řešit střety právem chráněných zájmů podle zásady proporcionality. To je ovšem jen metoda. Zjišťuje se jí, nakolik je nutné a právně přípustné dát nějakému z kolidujících zájmů přednost, zda vůbec lze omezením jednoho zájmu ve prospěch jiného dospět k cíli a zda jej nelze dosáhnout jinak. A k správnému rozhodnutí soud nedospěje jinak, než po zohlednění obecných právních zásad. Jinak řečeno, nepůjde o jiné rozhodnutí než sledující princip ekvity. K tomu ostatně směřuje § 10 odst. 2 o. z., byť výrazu »ekvita« nepoužil.^{81,82}

2. POMĚR SOUKROMÉHO PRÁVA K PRÁVU VEŘEJNÉMU

2.1 Priorita soukromého práva

Stanoví-li občanský zákoník nezávislost uplatňování soukromého práva na uplatňování veřejného práva, vyplývá z toho především, že v rámci právního řádu má soukromé právo prioritu před veřejným právem. Nejjednodušeji to lze demonstrovat na Ulpiánově formulí, v níž slavný právník klade soukromé právo na první místo. Ve zkratce poukazem, že existence vlastnictví je předpokladem možnosti zatížit je daní, ale i chránit je trestním právem před krádeží, že existence smlouvy generuje potřebu zajistit vymození smluvního plnění nástroji veřejné moci nebo že teprve existence věcných práv k určitým statkům zakládá možnost veřejnoprávní evidence takových práv. Lakonicky vyjádřeno: „Směna zboží (realizace užitku) založila spor, nikoliv spor směnu zboží.“⁸³ Nejprve se musí vytvořit soukromá sféra – rodina, vlastnictví, smlouva – a teprve pak je možné ji organizovat, protože existence soukromého života je předpokladem veřejného života. Ukázat to lze nejzřetelněji na skutečnosti, že úpravě veřejného práva podléhají velké skupiny lidí v mnohem menší míře, než jak tomu je ve vztahu k soukromému právu. Mimo rozsáhlou masu práv a povinností stanovených veřejným právem jsou např. lidé nezletilí, ještě více nezletilí mladší patnácti let, ve větším rozsahu pak nezletilí předškolního věku, v různé míře také lidé bez státního občanství nebo lidé, jejichž svéprávnost soud omezil (v minulosti to byly také ženy nebo osoby vyloučené z účasti na správě veřejných věcí volebním

⁸¹ Na ekvitu ve zdejší právu výslovně poukázal jen jediný zákon – zák. č. 225/1925 Sb., o poplatcích za úřední úkony zastupitelských úřadů Československé republiky (§ 8 odst. 2); zrušen byl zákonem č. 105/1951 Sb. o správních poplatcích.

⁸² Pozoruhodná je však četnost judikátů Ústavního soudu a Nejvyššího soudu poukazujících na ekvitu. Dohledat jich lze na sto padesát. Přímou v právních větvách rozhodnutí poukazuje na ekvitu Ústavní soud pod sp. zn. IV. ÚS 547/99 z 12. 4. 2000, IV. ÚS 108/2000 ze 17. 5. 2000, IV. ÚS 453/02 ze 4. 12. 2002 nebo I. ÚS 1688/09 z 29. 10. 2009, Nejvyšší soud pod sp. zn. 21 Cdo 4956/2007 z 13. 11. 2009, 21 Cdo 4855/2007 ze 4. 12. 2009, 30 Cdo 2710/2010 z 20. 1. 2011, 32 Cdo 1432/2010 z 30. 3. 2011, 21 Cdo 1306/2010 z 10. 5. 2011, 32 Cdo 3616/2009 z 9. 8. 2011, 32 Cdo 32 4700/2010 z 26. 9. 2010, Cdo 617/2010 z 24. 7. 2011, 32 Cdo 3359/2011 z 26. 10. 2011, 33 Cdo 307/2012 z 29. 8. 2013, 32 Cdo 534/2012 ze 17. 12. 2013, 24 Cdo 1547/2013 z 18. 9. 2013 nebo 28 Cdo 4180/2013 ze 17. 3. 2014.

⁸³ HAVEL, Bohumil. Zlomky o vztahu soukromého a veřejného práva. In: Bohumil Havel – Vlastimil Pihera. *Soukromé právo na cestě*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 175.

censem atp.), jak vyplývá např. z úpravy práva volebního, trestního, přestupkového, školského atd.

Toto pojetí poměru soukromého a veřejného práva ladí s právním konceptem ústavních základů našeho státu (zejména čl. 1 Ústavy a čl. 1, 2 a 4 Listiny) i hodnotové volbě poválečné Evropy.⁸⁴ Svoboda člověka je základem jeho přirozených práv a právo na vlastní svobodu je přirozeným a základním právem člověka. Osobní svoboda společně s dalšími ústavně zaručenými lidskými právy a svobodami dotváří osobní sféru jedince a nezbytnou podmínku důstojné existence člověka a rozvoje lidského života vůbec.⁸⁵ Kant otevřel třetí část *Základů metafyziky mravů* tezí, že bez svobody nelze vysvětlit autonomii vůle.⁸⁶ Uznání autonomie člověka je pojmovým znakem demokratického právního státu.⁸⁷ Garance lidské svobody státem jako politickou autoritou se promítá i do počínů „zákonodárce, který si nadevše cení osobní svobody jednotlivce.“⁸⁸ Proto musí zákonné omezování autonomie vůle jako soukromoprávní projekce osobní svobody sledovat nějaký legitimní účel. Soukromoprávní omezení se dějí se zřetelem na ochranu zájmů jiných lidí jako jednotlivců (včetně omezení právnických osob jako nosičů zájmů lidí).

Veřejnoprávní omezení lidské svobody sledují snahu naplňovat veřejný zájem. A to vlastně justifikuje z pohledu teorie zvláštního práva⁸⁹ pozici práva soukromého i veřejného v našem právním řádu: soukromé právo je právo obecné, veřejné právo je vůči němu zvláštní. To vysvětluje, že na úrovni jednoduchého práva veřejné právo vyrůstá na základně práva soukromého, řada soukromoprávních pojmů a institutů se uplatní ve světě práva veřejného subsidiárně. Ale v případech, kdy se svět soukromého práva střetne s veřejným zájmem hájeným veřejným právem, působí veřejné právo jako bártovský sekeromlat:⁹⁰ soukromý, individuální zájem musí ustoupit zájmu veřejnému. Ne však kdykoli (ihned) a bezpodmínečně. V tom smyslu je nutné kategoričnost tvrzení zjemnit. Veřejná moc a veřejné právo jako nástroj jejího prosazování nejsou globálně nadřazeny a nadřazeny soukromé sféře.⁹¹ Právě proto, že veřejnou moc zavazují čl. 2 odst. 2 Listiny a čl. 2 odst. 3 Ústavy, promítá se do jednotlivých zákonů spadajících do veřejnoprávní oblasti, kde se stanovují podmínky zásahu orgánů veřejné moci v zájmu ochrany veřejného zájmu. Kromě toho nelze přehlížet, že veřejný zájem funguje nejen jako hodnota prosazovaná a hájená orgány veřejné moci, ale i jako hodnota veřejnou moc omezující a v tomto smyslu působící i proti ní.⁹²

⁸⁴ BOBEK, Michal In: Wagnerová, op. cit. v pozn. 17, s. 42.

⁸⁵ Srov. nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 201/01 z 10. 10. 2001.

⁸⁶ „Pojem svobody je klíčem k explikaci autonomie vůle.“ KANT, Immanuel. *Základy metafyziky mravů*. Praha: Svoboda, 1976, s. 101.

⁸⁷ PAVLÍČEK, Václav. In: Václav Pavlíček – Jiří Hřebejk. *Ústav a ústavní řád České republiky*. 1. díl. Ústavní systém. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 1998, s. 54.

⁸⁸ Nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 596/02 z 5. 5. 2004.

⁸⁹ HURDÍK Jan. In: Jan Hurdík, et al. *Úvod do soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 18 an; HENDRYCH, Dušan. In: Dušan Hendrych et al., op. cit. v pozn. 23, s. 24; MIKULE, Vladimír. Důvody a význam rozlišování mezi právem veřejným a právem soukromým. *Správní právo*, XLIV, 2011, s. 8.

⁹⁰ BARTA, Jan. Pěkné nadělení. *Právník*, CLXXXII, s. 859. Shodně, byť méně expresivně, RADWAŃSKI, Zbigniew. *Prawo cywilne – część ogólna*. 9. vydání. Warszawa: C. H. Beck, 2007, s. 3.

⁹¹ Obdobně BOGUSZAK, Jiří, op. cit. v pozn. 9, s. 83.

⁹² Srov. např. § 3 písm. a) autorského zákona odpírající ve veřejném zájmu ochranu úředním dílům nebo § 14 odst. 7 zákona o majetku České republiky spojujícího charakteristiku nepotřebného majetku s odpadnutím veřejného zájmu na ponechání určitého majetku státu.

Např. podle § 1017 o. z. má soused v určitých případech právo domáhat se na souseďovi, aby odstranil strom, který vysadil nebo nechal vzrůst v blízkosti hranice svého pozemku se sousedním pozemkem. Podle § 8 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, lze však strom kácet – nejde-li o výjimky stanovené v § 8 odst. 2 až 4 – s povolením orgánu ochrany přírody. Vydání takového povolení je vázáno na závažný důvod. Musí tedy existovat závažný důvod, proč má být strom pokácen. Takovým přirozeně může být i důvod na straně souseda a jeho soukromý zájem na preventivním opatření, např. za situace, kdy na sousedním pozemku v těsné blízkosti hranice, za níž má soused rodinnou vilu, vyrůstá tisovec dvouřadý, jírovec maďal nebo jiná dřevina s mohutným kořenovým systémem hrozící rozrušit stavbu domu. Zároveň ale zákon přikazuje orgánu veřejné moci, aby vyhodnotil rovněž funkční a estetický význam stromu. Musí být tedy poměřeny důvody k pokácení stromu a veřejný zájem na jeho zachování s ohledem na druh stromu a vzácnost jeho výskytu, vzrůst, stáří a krajinnotvorný význam. Kde veřejný zájem převládá, nemůže mít soukromník právem uznaný rozumný důvod (ve smyslu § 1017 odst. 1 o. z.) k pokácení stromu.

Nelze dovozovat perpetuální kolize soukromého a veřejného práva. Ani uvedený příklad to nedemonstruje. Nastanou-li, respektive jsou-li jako takové vnímány, nejde o vadu práva, ale o vadu jeho výkladu a uplatňování.⁹³ Mimo to je celá řada případů, kdy

⁹³ Příklady mohou být tyto:

Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 2 Odon 117/97 z 29. 3. 1998 dovedl neplatnost smlouvy o koupi pohonných hmot uzavřené 14. 2. 1995 za účelem nákupu pohonných hmot za účelem jejich dalšího prodeje kupujícím, který neměl koncesi nutnou podle § 26 živnostenského zákona (příl. 3, skupina 314), v tehdy platném znění, k obchodování s pohonnými hmotami. Nešlo o jediné rozhodnutí tohoto druhu. Zvláště v odborných časopisech z 90. let lze dohledat publikovaná rozhodnutí nižších soudů dovozujičích z porušení živnostenského zákona soukromoprávní důsledky. Správně v téže době poznamenala Pelikánová, že „je problematické považovat takové smlouvy za absolutně neplatné pro rozpor se zákonem. Neoprávněné podnikání je jenom otázkou vztahu (...) osoby k veřejné moci a nedotýká se vztahu mezi neoprávněným podnikatelem a jeho smluvními partnery (soukromoprávního). Konec konců neoprávněný podnikatel se sice chová v rozporu se zákonem (veřejnoprávním), jestliže podniká, avšak neztrácí tím způsobilost uzavírat jednotlivé smlouvy.“ (PELIKÁNOVÁ, Irena. *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 1. díl. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 1997, s. 28). Neoprávněné podnikání není soukromoprávní, nýbrž veřejnoprávní delikt a je také veřejným právem speciálně sankcionován (§ 61 živnostenského zákona, § 251 trestního zákoníku), nehledě k tomu, že závěr o absolutní neplatnosti smlouvy trestá mj. i druhou stranu, která se veřejnoprávního deliktu nedopustila. Uvedenou otázku vyřešila až novela obch. z. č. 370/2000 Sb. (§ 3a); aktuálně srov. § 5 odst. 2 o. z. Obdobně konstantní judikatura (např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 2 Cdon 1010/97 z 22. 10. 1999, 26 Cdo 370/99 z 9. 1. 2001, 26 Cdo 400/2000 z 29. 1. 2002 nebo v usnesení sp. zn. 26 Cdo 5601/2007 z 29. 10. 2008), nesená tradicí úpravy někdejšího zákona o hospodaření s byty č. 41/1964 Sb. (srov. i R 79/66) a posléze i pod vlivem úpravy v zákoně o vlastnictví bytů č. 72/1994 Sb., dovedila, že objekt způsobilý být objektem soukromých práv a povinností jako byt může být jen soubor místností (popř. jednotlivá místnost) určený k bydlení pravomocným určením stavebního úřadu. Odtud byl jen krok k závěru, že smlouva o nájmu bytu uzavřená v r. 2002 ohledně souboru dvou místností s předstíní, lázní a WC (který byl i podle veřejného stavebního práva původně bytem, ale posléze byl v r. 1996 rekolaudován na kanceláře) je absolutně neplatná, protože předmět nájmu je jako byt k nájmu bytu nezpůsobilý (srov. např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 26 Cdo 522/2011 z 12. 5. 2011). Přitom se nedohlédlo, že účelem stavebního zákona je v daném aspektu povolování staveb a povolování jejich užívání (§ 1 odst. 2) orgány veřejné moci. Užívání stavby v rozporu s kolaudačním rozhodnutím je přestupkem nebo správním deliktem (§ 180, 181 stavebního zákona), nehledě k tomu, že stavební zákon stanoví i další opatření k nápravě závadného stavu. Stavební úřad vykonává soustavný dozor mj. i nad zajišťováním ochrany veřejných zájmů. Jedním z nich je i zájem na užívání stavby k povolenému účelu (§ 132 odst. 3 písm. b) stavebního zákona]. Za tím účelem může stavební úřad volit různá nápravná opatření. Ke kontaktu této veřejnoprávní roviny se světem soukromého práva dojde, pokud stavební úřad ve veřejném zájmu zakáže v limitním případě užívání stavby (její části) nebo nařídí její vyklizení. To však

rozdílné normativní konstrukce soukromého a veřejného práva působí mimoběžně a navzájem se nejen neruší, ale ani nedotknou.

I na pozemku soukromníka může růst památný strom požívající veřejnoprávní ochrany. To však nic nemění na skutečnosti, že i k takovému stromu jako součásti pozemku má jeho vlastník vlastnické právo. Je ovšem vázán mezemi právního řádu (§ 1012 o. z.). Pokácí-li přesto památný strom a zpracuje-li jeho dřevo na polena a špalky, aniž mu byla udělena výjimka podle zákona o ochraně přírody a krajiny (§ 56), stane se vlastníkem nově vzniklých věcí v důsledku zpracování. V tom smyslu se projeví zásada, že uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného. Zároveň se však dopustí přestupku podle zákona o ochraně přírody a krajiny a musí být pokutován podle § 87 nebo 88 tohoto zákona, popřípadě může naplnit skutkovou podstatu trestného činu podle § 301 tr. z.

Podobně např. pokud se fyzická osoba zaváže jako zprostředkovatel zprostředkovat zaměstnání pro zaměstnance nebo zaměstnavatele způsobem stanoveným v § 14 a násl. zákona o zaměstnanosti, ale bez povolení, dopustí se přestupku podle § 139 odst. 1 písm. b) tohoto zákona. To ale nic nemění na skutečnosti, že tento veřejnoprávní delikt není z hlediska občanského zákoníku protiprávním činem zakládajícím nutně sankci dotýkající se smlouvy o zprostředkování (§ 5 odst. 2 o. z.). I takto uzavřená smlouva je platná, ledaže nastane důvod namítnout její relativní neplatnost pro omyl druhého kontrahenta (§ 583 a násl., § 586 o. z.). Totéž *mutatis mutandis* platí ve vztahu k § 116 odst. 4 zákona o pojišťovnictví zakazujícím mj. tuzemské pojišťovně, jíž bylo odňato povolení k provozování pojišťovací činnosti, uzavírat smlouvy o zprostředkování pojištění.

Zák. č. 254/2004 Sb., o omezení plateb v hotovosti, nařizuje v § 4 odst. 1 provádět platby nad částku 350.000 Kč jen bezhotovostně. Dluží-li tedy dlužník věřiteli např. 1,1 mil. Kč, má povinnost vyrovnat dluh „bezhotovostním převodem peněžních prostředků na území České republiky prostřednictvím peněžního ústavu v české nebo cizí měně“ (§ 2 odst. 1 cit. zák.) a věřitel nesmí hotovostní platbu přijmout. Položíme-li si otázku, jaké následky má porušení této povinnosti, nutná odpověď je, že dojde k veřejnoprávnímu deliktu⁹⁴ a delikvent bude pokutován. To ale nic nemění na skutečnosti, že v režimu soukromého práva dojde ke splnění dluhu a zániku dlužnickovy povinnosti plnit.

Jinou kapitolu představují omezení nebo zákazy obchodu s určitými předměty zahrnutá do veřejnoprávních předpisů. Tehdy je nutné vyšetřit, zda jsou tato omezení nebo zákazy skutečně veřejnoprávní povahy, anebo zda konkrétní ustanovení upravuje vzá-

z pohledu soukromého práva [§ 2288 odst. 1 písm. c) o. z., dříve § 711a odst. 1 písm. obč. z.] zakládá důvod ke skončení nájmu. Stavební úřad ovšem může naříditi i jiná opatření k nápravě. Krom toho se musí zít v úvahu, vůči komu tato opatření orgánu veřejné moci budou směřovat. Z hlediska soukromého práva – a se zřetelem k účelu nájmu – sleduje nájem bytu bydlení nájemce a dalších osob, které s nájemcem v bytě žijí. Přenechá-li pronajímatel nájemci k bydlení soubor místností nebo místnost k tomu fakticky způsobilé, byť veřejnoprávně určené k jinému účelu než k bydlení, plní podle smlouvy, ale plní vadně (§ 1914 o. z., dříve § 499 obč. z.), protože pronajatý soubor místností (nebo místnost) nemá vlastnost obvykle u bytu vyžadovanou. Pravidelně půjde o vadu skrytou a podle skutkových okolností buď odstranitelnou, anebo neodstranitelnou. Závislost uplatňování soukromého práva na právu veřejném, vzatá jako metodologický přístup za základ právního názoru zastávaného dlouhodobě Nejvyšším soudem ve větším počtu rozhodnutí, se obrací proti obecnému zájmu na plnění smluv a „místo toho, aby chránila nájemce, jenž v dobré víře užívá soubor místností jako byt, tuto ochranu mu bere a jde k jeho tíži“ (Lavický, Petr. In LAVICKÝ, Petr et al. op. cit. v pozn. 7, s. 16.)

⁹⁴ V těchto případech půjde v závislosti na znacích skutkové podstaty buď o přestupek podle § 5, anebo o správní delikt podle § 6 cit. zák.

jemná práva a povinnosti osob, a tudíž je soukromoprávní. Tak např. zák. č. 119/2002 Sb., o zbraních a střelivu, stanovuje v § 8, že „nabývat do vlastnictví, s výjimkou dědění, (...) zbraň nebo střelivo může pouze ten, kdo je držitelem zbrojního průkazu nebo zbrojní licence, pokud tento zákon nestanoví jinak.“ Čteme-li toto právní pravidlo jako soukromoprávní a speciální k ustanovením občanského zákoníku o nabývání vlastnického práva, dovodíme z něj, že osoba, která není držitelem zbrojního průkazu nebo zbrojní licence příslušné skupiny, není způsobilá uzavřít smlouvu, podle které by měla nabýt do vlastnictví např. perkusní revolver,⁹⁵ a pokud ji uzavře, je výsledkem její absolutní neplatnost (§ 588 o. z.). Podobně např. zák. č. 167/1998 Sb. stanoví v § 5 mj. zvláštní podmínky pro koupi a prodej [srov. § 3 odst. 1 písm. b)] vymezených návykových látek. Jinak je namístě argumentovat v případech jednoznačných veřejnoprávních omezení. Např. zák. č. 379/2005 Sb., o ochraně před škodami působenými tabákovými výrobky, alkoholem a jinými návykovými látkami, zakazuje v § 12 odst. 1 písm. g) prodej alkoholických nápojů ve všech typech škol a školních zařízení a v § 12 odst. 2 prodej alkoholických nápojů pomocí prodejních automatů, u nichž nelze vyloučit prodej osobám mladším osmnácti let věku. Se zřetelem k tomu nemůže být pochyb, že smlouva o nájmu prostor ve škole k zřízení a provozování prodejního automatu umožňující koupi alkoholických nápojů nekoliduje jen s tímto veřejnoprávním zákazem, ale vzhledem k tomu, že obsahuje ujednání porušující veřejný pořádek, odporuje i zakazu v § 1 odst. 2 o. z. A protože je v takovém případě nepochybná zjevnost rozporu takové smlouvy s veřejným pořádkem, bude nutným následkem její absolutní neplatnost podle § 588 o. z.

2.2 Vazba veřejného práva na právo soukromé

Tezi o prioritě soukromého práva vůči veřejnému lze argumentačně doložit nejen hodnotově, konstitucionalisticky nebo historicky, ale také tím, že se tento poměr obou sfér právního dualismu legislativně technicky promítá do stavby právních předpisů náležejících do veřejnoprávní oblasti. Občanský zákoník ostatně druhou větou § 1 odst. 1 nestanovuje, že soukromé a veřejné právo jsou zcela odděleny. Naopak i z předchozího výkladu plyne, že ve společnostech spojujících svůj osud se svobodou obyvatel státu je soukromé právo předpokladem existence veřejného práva a že veřejné právo na soukromém právu staví. Nelze proto přitakat Havlovu výroku o nezávislosti privatistického a publicistického schématu ani jeho dedukci že „bylo by (...) správné normovat, že veřejné právo je aplikačně nezávislé na právu soukromém.“^{96,97} Přirozeně je v rámci veřejného práva řada schémat a institutů, která pro sebe soukromé právo nepotřebují a fungují bez něj, tudíž na něm nezávisle. To však není obecný jev. Naopak, „řada veřejnoprávních předpisů reaguje na určitý soukromoprávní stav,“ byt' nelze tvrdit, že „dále jej podrobuje svému režimu.“⁹⁸ Co veřejné právo podrobuje svému režimu, není soukromoprávní stav, ale skutková podstata relevantní pro veřejné právo podle jeho úpravy.

⁹⁵ Tj. zbraň typu C ve smyslu § 6 zák. č. 119/2002 Sb.

⁹⁶ HAVEL, Bohumil. Zlomky o vztahu soukromého a veřejného práva. In: op. cit. v pozn. 83, s. 177.

⁹⁷ Nesouhlasně k Havlově tezi rovněž LAVICKÝ, Petr. op. cit. v pozn. 7, s. 14. Dlužno poznamenat, že mi doc. B. Havel v rozpravě nad rukopisem této stati namítl, že jeho tvrzení s Lavickým interpretujeme nesprávně. Snad se tedy k této otázce na stránkách Právníka sám vyjádří.

⁹⁸ LAVICKÝ, Petr, ibidem.

Existuje řada případů dokládajících, že veřejné právo ze soukromého práva vyrůstá, přejímá jeho pojmový aparát, instituty a terminologii a staví na nich. Namátkou: osoba, člověk nebo fyzická osoba, rodič, pokolení, potomek, sourozenec, rodina, manžel, osoba blízká, manželství, právnická osoba, právní osobnost,⁹⁹ svéprávnost,¹⁰⁰ podpůrce,¹⁰¹ veřejný opatrovník,¹⁰² věc movitá, nemovitá, pozemek, ovladatelná přírodní síla,¹⁰³ cenný papír, akcie, svěřenský fond,¹⁰⁴ dluhopis, pohledávka, smlouva, výměnek¹⁰⁵ a mnoho dalších.

Nejde však jen o tento aspekt. Mnoha příklady lze doložit, že veřejné právo nejednou rezignuje na vlastní autonomní úpravu a deleguje k tomu právo soukromé. Např. zák. č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci odkazuje na občanský zákoník blanketně,¹⁰⁶ tj. nikoli jen co do úpravy náhrady škody, byť i tuto úpravu jde v tomto zákoně především. Ani tímto se ovšem veřejnoprávní povaha povinnosti k náhradě škody podle tohoto zákona nezměnila v soukromoprávní. Na úpravu o. z., pokud jde o náhradu škody, ostatně odkazuje větší počet právních předpisů veřejného práva.¹⁰⁷ Nejde však jen o náhradu škody. Zákon o důchodovém pojištění (§ 3) poukazuje na občanskoprávní úpravu zákonného zastoupení. Na občanský zákoník a zejména na jeho závazkové právo odkazuje správní řád (§ 170), stejně tak zákon o sociálních službách (§ 91) nebo zákon o některých druzích podpory kultury (§ 16). Ust. § 23 odst. 5 zákona o ochraně spotřebitele zakládá pravomoc České obchodní inspekce k výkonu dozoru odkazem na soukromoprávní úpravu smluv uzavíraných se spotřebitelem a v § 24 odst. 10 konstruuje s využitím odkazů na občanský zákoník některé správní delikty. S odkazem na příslušná ustanovení občanského zákoníku založil ČNB dohlédací pravomoc zákon o České národní bance v § 44a. Notářský řád (§ 35f) nebo daňový řád (§ 170 a 170a) odkazují na občanskoprávní úpravu zástavního práva,¹⁰⁸ stavební zákon v § 101 na občanskoprávní úpravu předkupního práva. Zákony o obcích (§ 54) a krajích (§ 27) i o hlavním městě Praze (§ 28) stanoví, pokud jde o spolupráci obcí s osobami, použití

⁹⁹ Např. zákon o daních z příjmů (č. 586/1992 Sb., § 38fa), zákon o obcích (č. 128/2000 Sb., § 49), zákon o Finanční správě České republiky (č. 458/2011 Sb., § 11) aj.

¹⁰⁰ Např. živnostenský zákon (č. 455/1991 Sb., § 6, 46, 60), zákon o státním zastupitelství (č. 283/1993 Sb., § 12j, 21) nebo zákon o zbraních (č. 190/2002 Sb., § 73b) aj.

¹⁰¹ Např. § 36 správního řádu.

¹⁰² Např. § 149a zákona o obcích.

¹⁰³ Např. § 134 trestního zákoníku nebo § 21b zákona o daních z příjmů.

¹⁰⁴ Např. § 1 zákona o účetnictví nebo § 17 zákona o daních z příjmů.

¹⁰⁵ Např. daňový řád (zák. č. 280/1999 Sb., § 196 a 228 až 231).

¹⁰⁶ Nejde ostatně o jediný blanketní odkaz na občanský zákoník. Srov. např. § 65 zák. č. 26/2000 Sb., o veřejných dražbách, § 52 zák. č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti nebo § 16 zák. č. 428/2012 Sb., o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi.

¹⁰⁷ Např. § 23 zák. č. 19/1990 Sb., o mimosoudních rehabilitacích, § 23 zák. č. 2/1991 Sb., o kolektivním vyjednávání, § 24 zák. č. 553/1991 Sb., o obecní policii, § 21 zák. č. 293/1993 Sb., o výkonu vazby, § 84 zák. č. 133/1995 Sb., o požární ochraně, § 11 zák. č. 115/2000 Sb., o náhradách škod způsobených vybranými chráněnými živočichy, § 29 a 30 zák. č. 239/2000 Sb., o integrovaném záchranném systému, § 35 krizového zákona č. 240/2000 Sb., § 116d zák. č. 309/2002 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení, § 104 zák. č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, § 37 zák. č. 267/2006 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody, § 18 zák. č. 129/2008 Sb., o výkonu zabezpečovací detence, § 95 zák. č. 273/2008, o Policii České republiky, § 51 zák. č. 17/2012 Sb., o Celní správě České republiky.

¹⁰⁸ Stejně tak např. § 8 zák. č. 56/2001 Sb., o podmínkách provozu vozidel na silničních komunikacích nebo § 104i zák. č. 309/2002 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení.

právních pravidel o spolku a společnosti podle občanského zákoníku. Zákon o dobrovolné zdravotnické službě váže svoji úpravu vysílajících organizací v § 4 na veřejnou prospěšnost právnických osob podle občanského zákoníku. A to je jen příkladná selekce z případů, kdy zákony z oblasti veřejného práva odkazují ve svých ustanoveních na použití občanskoprávní úpravy výslovně. Vedle toho je množství dalších právních předpisů z tohoto okruhu, v nichž najdeme nenormativní odkazy na občanský zákoník v poznámkách pod čarou. Obdobně je v desítkách veřejnoprávních úprav přímo i nepřímo odkazováno na jiné zákony stanovující soukromá práva a povinnosti, např. na zákoník práce¹⁰⁹ nebo na autorský zákon.¹¹⁰

Nicméně případy, kdy se různé veřejnoprávní úpravy texty zákonných ustanovení výslovně (normativně či nenormativně) váží na soukromoprávní ustanovení právního řádu, představují jen segment, který sice názorně dokládá odvozenost veřejného práva z práva soukromého, ale jde při něm o dílčí úkaz (symptom). Podstata je ukotvena daleko rozsáhleji. Např. trestní zákoník se ve svých ustanoveních občanského zákoníku až na sporadické výjimky¹¹¹ nedovolává, ale jen z toho, jak formuluje skutkové podstaty některých trestných činů, např. s odkazem na držení a držitele (§ 70, 101, 134, 234), vlastnictví nebo vlastníka (§ 135, 229), pohledávku (§ 218) a její postoupení (§ 222), dluh a jeho převzetí (§ 222), zatížení věci a zřízení zástavy (§ 222, 224), půjčku a úvěr (§ 224), je zřejmé, že značná část úpravy trestního práva nutně staví na základně práva soukromého. Stanoví-li např. § 142 tr. z. trestnost vraždy novorozeného dítěte matkou, je pro tuto skutkovou podstatu trestného činu klíčové statusové určení matky podle § 775 o. z. Obdobně je tomu např. u určení příbuzenství v pokolení přímém nebo sourozenců (§ 125, 188 tr. z.) i v jiných případech.

Je samozřejmé, že se ani soukromé právo netváří, jako by veřejné právo neexistovalo. Rovněž ono, včetně občanského zákoníku, přejímá některé pojmy z práva veřejného, např. trestný čin (§ 408, 871, 1646, 2288, 2845, 2954 o. z.),¹¹² daň (§ 1811, 1820, 1821, 1843 o. z.),¹¹³ katastr nemovitostí (§ 3064 o. z.),¹¹⁴ banka (§ 331, 1434, 1802, 2014, 2029, 2939 o. z.) nebo správní řízení (§ 1004 o. z.),¹¹⁵ ale děje se tak měrou mnohem menší. Je to do značné míry logické, protože např. daňové právní předpisy musí stavět na pojmovém aparátu soukromého práva v zájmu srozumitelného vyjádření, které soukromoprávní aktivity (jejich výsledek) budou zatíženy daní, zatímco pro soukromé právo není zpětná vazba daňových zákonů na soukromoprávní aktivity *právně* významná. Řešit např. smluvní podobu zcizení nepřisluší řešit veřejnému právu, nýbrž právu občanskému. Na to veřejné právo nemůže mít vliv, stejně jako soukromé právo nemůže mít vliv, jak veřejné právo promítne do svých ustanovení daňovou politiku státu nebo jak ve veřejném zájmu

¹⁰⁹ Srov. např. větší počet ustanovení zákona o zaměstnanosti, zákona o úřednících vyšších samosprávných celků nebo zákona o soudech a soudcích, § 76 zákona o obcích, § 51 zákona o krajích aj.

¹¹⁰ Např. § 6a zák. č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy, § 14a zák. č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím nebo § 2 a 16 zák. č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu, experimentálního vývoje a inovací.

¹¹¹ Srov. § 200 odst. 1 tr. z. [„kdo dítě nebo osobu stíženou duševní poruchou odejme z opatrování toho, kdo má podle jiného právního předpisu (...) povinnost o ni pečovat (...)“] a § 248 odst. 1 tr. z. („kdo poruší jiný právní předpis o nekalé soutěži ...“).

¹¹² Podobně např. zákon o obchodních korporacích (§ 734), zák. práce (§ 55, 139, 223), autorský zákon (§ 97) aj.

¹¹³ Podobně např. zák. práce (§ 147, 148) nebo autorský zákon (§ 24, 25, 100).

¹¹⁴ Podobně např. zákon o přeměnách obchodních společností a družstev (§ 250).

¹¹⁵ Podobně např. zákon o obchodních korporacích (§ 331).

volnost obchodu omezí z příčin obecné bezpečnosti, ochrany veřejného zdraví nebo spotřebitelů apod.¹¹⁶

Občanský zákoník sleduje tuto tendenci dosti důsledně. Proto např. v § 420 o. z. opustil pojmové vymezení podnikatele vazbou na existenci podnikatelského oprávnění, jak je donedávna stavěl obchodní zákoník v § 2 odst. 2,¹¹⁷ a staví pojem podnikatele na fakticitě,¹¹⁸ protože ta má pro soukromý styk zásadní význam. Takových příkladů lze uvést větší počet. Např. za provozovatele vozidla se v režimu občanského zákoníku (§ 2927) ve shodě s dosavadní praxí pokládá osoba, která má právní a faktickou možnost dispozice s vozidlem, a byl-li či nebyl-li proveden registrační úkon u dopravního inspektorátu, je nerozhodné.¹¹⁹ Naproti tomu podle § 4 odst. 1 písm. a) zák. č. 16/1993 Sb., o dani silniční, je jako provozovatel vozidla relevantní osoba zapsaná v technickém průkazu vozidla registrovaného v registru vozidel v České republice. Soukromé i daňové právo sledují různé cíle a jim přizpůsobují své normativní konstrukce: pro náhradu škody podle občanského zákoníku rozhoduje faktický stav, pro daňové účely je efektivnější zatížit daní osobu pro správce daně snadno identifikovatelnou a dohledatelnou.

Jak ukazuje právě zvolený příklad, pojmové propojování obou sfér právního řádu není absolutní. Existuje velké množství pojmů, které používá výhradně právo soukromé, jakož i těch, které jsou vyhrazeny jen právu veřejnému. Např. pro penální právo má kruciólní význam pojem trestu, který je občanskému zákoníku neznámý. Při podrobnějším zkoumání pozorujeme, že hypertrofované veřejné právo se svou kazuistikou a množstvím konkrétních ustanovení¹²⁰ vykazuje mnohem větší počet právních pojmů, které soukromé právo a občanský zákoník při obecnosti své úpravy nepotřebují, jako jsou třeba podezřelý obchod,¹²¹ varhany,¹²² terorismus,¹²³ tygr ussurijský,¹²⁴ kamna¹²⁵ nebo cirkus.¹²⁶

¹¹⁶ K odchylkám docházelo v minulosti a zejména občanský zákoník z r. 1964 v různých směrech zcela logicky podléhal veřejnoprávní subordinaci [např. § 490 odst. 2 obč. z. (v redakci před účinností novely č. 509/1991 Sb.) vázal možnost nakládat s pozemkem na stavebněprávní situaci a úpravu ve stavebním řádu č. 87/1958 Sb., později ve stavebním zákoně č. 50/1976 Sb.].

¹¹⁷ Tuto úpravu kritizovala mezi jinými např. PELIKÁNOVÁ, Irena. *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 1. díl. 4. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2004, s. 33 nn. poukazem na „nepřijatelný důsledek“ odvození pojmu podnikatele především z veřejného práva spočívající v tom, že takové pojetí se „bude citelně dotýkat třetích osob, které nemohou být schopny rozlišit ve všech případech oprávněné podnikatele od neoprávněných.“ Jakkoli to nebyla kritika nová (srov. PELIKÁNOVÁ, Irena – KOBLIHA, Ivan. *Komentář*. 1. díl. Praha: Linde Praha, 1994, s. 23), tendence tohoto druhu nebyla ojedinělá, např. zákonem č. 159/1999 Sb., o některých podmínkách podnikání v oblasti cestovního ruchu, byla do obč. z. vtělena úprava cestovní smlouvy (§ 852a nn.), která dodavatele služby označila ve shodě s § 2 zák. č. 159/1999 Sb. jako provozovatele cestovní kanceláře, tj. osobu k této činnosti státem koncesovanou. Zatímco negativní dopady tohoto přístupu pro obchodní právo po novele č. 370/2000 Sb. zčásti vyrovnal doplněný § 3a, v obecném právu občanském k úplné nápravě došlo až s novým o. z.

¹¹⁸ Rozdílná od toho je např. úprava v živnostenském zákoně (§ 5).

¹¹⁹ ŠKÁROVÁ, Marta. In: Jiří Švestka et al. *Občanský zákoník I. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1240.

¹²⁰ Což je logickým důsledkem příkazu čl. 2 odst. 2 Listiny a čl. 2 odst. 3 Ústavy.

¹²¹ Např. § 6 zák. č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti nebo čl. 7 Úmluvy OSN proti nadnárodnímu organizovanému zločinu (č. 75/2013 Sb.m.s.).

¹²² Příl. č. 1 zák. č. 71/1994 Sb., o prodeji a vývozu předmětů kulturní hodnoty.

¹²³ Např. § 410 trestního zákoníku, § 31 živnostenského zákona nebo § 97 zák. č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích.

¹²⁴ Příl. č. 1 vyhl. č. 346/2006 Sb., o stanovení bližších podmínek chovu a drezúry zvířat.

¹²⁵ Např. § 6 zák. č. 406/2000 Sb., o hospodaření s energií.

¹²⁶ Např. zák. č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích (§ 4), zák. č. 246/1992 Sb., na ochranu zvířat proti týrání (§ 14a), zák. č. 16/1997 Sb., o podmínkách dovozu a vývozu ohrožených druhů (příloha, pol. 12), veterinární

Např. občanský zákoník zná pojem stavby, v jeho rámci pak kategorie staveb dočasných, trvalých a podzemních. Naproti tomu veřejné právo rozlišuje stavby drobné, jednoduché, veřejně prospěšné, stavby pro shromáždění většího počtu osob, stavby pro obchod, pro zemědělství, pro chovatelství, pro rodinnou rekreaci, stavby v ochranném pásmu, stavby historické, církevní, montované (ze dřeva, z plastů), stavby odkališť, stavby bez územního rozhodnutí, stavby o jednom nadzemním podlaží a řadu dalších kategorií.

Existuje však i nemálo stejně znějících slov (a nemusí jít jen o homonyma nebo polysemý), která mají v soukromém i veřejném právu jiný význam. Na to už dávno poukázal Pražák¹²⁷ a po něm řada dalších. Nejznámějším často uváděným příkladem je pojem stavby, k němuž se staví občanské právo odlišně od práva stavebně administrativního [zatímco např. daňové právo přistupuje k pojmu stavby pragmaticky a pro své potřeby se zčásti přiklání k soukromoprávnímu denotátu označení (*nomen*) stavby, zčásti se od něj odchyluje¹²⁸],¹²⁹ a někdy dokonce veřejnoprávní pojem stavby nemá se stavěním jako lidskou činností nic společného.¹³⁰ Jiným příkladem může být bydliště, které občanský zákoník (§ 80 odst. 1) spojuje s fakticitou, tj. s úmyslem člověka zdržet se v nějakém místě trvale – naproti tomu např. živnostenský zákon (§ 5 odst. 2), zákon o silničním provozu (§ 2 písm. hh) nebo zákon o zaměstnanosti (5b písm. b) bod 1.) stanovují, že bydlištěm je místo trvalého pobytu, avšak např. zákon o dani z příjmů (§ 2 odst. 4) nebo zákon o veřejném zdravotním pojištění (§ 12 písm. k) kopírují konstrukci v o. z.

Takových případů je víc. Trestní právo vymezuje osobu blízkou (§ 125 tr. z.) jinak než právo občanské (§ 22 o. z.). Občanský zákoník vylučuje z pojmu věci v právním smyslu živé zvíře (§ 494), zákon o ochraně zvířat proti týrání v § 3 písm. a) zužuje pojem zvířete jen na obratlovce (odlišné od člověka), zákon o dani z příjmů v § 21b odst. 1 písm. a) zvíře prohlašuje za věc, a to věc hmotnou a movitou. Soukromé právo kategorizuje zvířata jinak než právo veřejné, byť se v některých jednotlivostech shoduje.¹³¹ Občanské právo hmotné používá výrazu »odvolání« v jiném významu než právo procesní. Pojem »mladistvý« podle práva soukromého (pracovního) má poněkud jiný obsah než v právu trestním nebo administrativním. Denotát slova »licence« je v soukromém právu úplně jiný než v právu veřejném (např. v energetickém zákoně nebo v zákoně o zoologických zahradách).

Nad tím lze jistě žehrat, s tím že pokud určité „instituty mohou mít potenciálně jiný význam v odvětvích soukromého práva a jiný v odvětvích veřejného práva, pak to k lepšimu působení práva nepřispívá“ (s tím, že „typickým příkladem může být právní

zákon č. 166/1999 Sb. (§ 9, 49, 72), zák. č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (příl. č. 2) nebo zák. č. 634/2004, o správních poplatcích (položka 72 sazebníku).

¹²⁷ PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*. Díl první. Praha: František Šimáček, 1883, s. 114 nn. uvádí např. pojmy jako smlouva, škoda nebo obohacení.

¹²⁸ Např. zákon o dani z příjmů vychází v § 3 odst. 4 písm. g), 7b odst. 3 nebo 25 odst. 1 písm. za) a zb) z civilistického pojetí stavby, ale v § 26 odst. 2 písm. c) zahrnuje mezi stavby i dílní díla, která stavbou ve smyslu občanského práva být nemusí.

¹²⁹ Poprvé zřejmě BÁRTA, Jan. Pěkné nadělení. *Právník*, CXXXII, 1993, s. 859 nn. V poslední době GERLOCH, Aleš – TRYZNA, Jan. op. cit. v pozn. 3, s. 730 an.

¹³⁰ Srov. např. geologickou stavbu v § 19 stavebního zákona, v § 2 a 23 zák. č. 62/1988 Sb. o geologických pracích a o Českém geologickém úřadu nebo v § 28 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny.

¹³¹ Např. dobytek – srov. § 1275, 1278, 1279, 1280 a 1282 o. z. v soukromém právu a § 56 i 63 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny nebo § 20 a 53 lesního zákona č. 289/1995 Sb. ve veřejném právu.

institut stavby“).¹³² Nicméně je nutné mít na mysli, že jednota právního řádu není v jeho jednoduše.¹³³ Spočívá v něčem jiném než v totožnosti pojmového aparátu obou pilířů právního dualismu.

3. PNUTÍ A JEDNOTA PRÁVNÍHO ŘÁDU

Přirovnáním o setkávání dvou systémů „na stejném hřišti“, systémů, „které se od sebe kardinálně liší hodnotami, na kterých spočívají, cíli, které sledují, a zákonitostmi, které je ovládají,“¹³⁴ postihl Bárta výstižně podstatu věci. Právě proto, že soukromé i veřejné právo sledují při omezování osobní svobody jiný účel, volí při tom odlišné právní instrumentarium: různé normativní koncepty včetně různých sankcí a různých právních důvodů pro jejich uplatnění. Tím jsou dány rozdíly mezi nimi. Stále však jde o totéž hřiště, jímž je právní řád.

Právní řád přirozeně předpokládá vlastní jednotu. Nástrojem k dosažení této jednoty jako homogenity celku¹³⁵ však není obsahové sjednocení terminologie, pojmů a institutů v celé soustavě právních předpisů. Jednotu právního řádu neatakuje fakt, že výrazu »nálež« přisuzujeme v právu soukromém (§ 1051 an. o. z.) i v různých disciplínách práva veřejného¹³⁶ disparátní denotáty, anebo že např. jistota jako právní institut představuje v soukromém právu něco zcela jiného než v právu trestním (§ 2012 an. o. z., § 47a tr. ř.). Homogenita celku je dána jeho bezrozporností (ve smyslu logického zákona sporu).¹³⁷ Prostředkem zajišťujícím celistvost právního řádu v tomto smyslu je metodologické nalézáni jeho smysluplné (racionální) jednoty.¹³⁸ Právní pravidla obsažená v právních předpisech vytvářených na nejrůznějších úrovních, v různých časových obdobích a různými původci se z různých příčin nevyhnou rozporům, zvláště interpretují-li se jen jazykovým výkladem. To vyvolává dojem narušení homogenity celku. Ve střetu právních norem z oblastí práva soukromého a veřejného pak i široce sdílenou představu, že soukromé právo musí veřejnému ustoupit.

Např. není pochyb, že stavba, jejíž zřízení podléhá stavebnímu povolení, musí být postavena v souladu s podmínkami určenými ve stavebním povolení. Provádí-li stavbu pro objednatele na základě smlouvy o dílo zhotovitel, vzniká zhotoviteli povinnost provést dílo podle smlouvy. Vznikne konflikt soukromoprávního pravidla s veřejnoprávním, pokud ze smlouvy vznikne zhotoviteli povinnost zhotovit stavbu bez stavebního povolení nebo v rozporu s ním? Dochází ke konfliktu pravidel?¹³⁹ Jaké právní řešení má? Zaznamenán byl názor soudců Nejvyššího soudu, že smlouva je v daném případě absolutně

¹³² GERLOCH, Aleš – TRYZNA. op. cit. v pozn. 3, s. 738 a pozn. 25. (Pomiňme ad hoc, že stavba není právní institut, ale právní pojem.)

¹³³ LAVICKÝ, Petr. In: Jan Hurdík – Petr Lavický – Ivo Telec. *Občanské právo hmotné*. I. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2008, s. 9.

¹³⁴ BÁRTA, Jan. op. cit. v pozn. 129, s. 859.

¹³⁵ BOGUSZAK, Jiří. op. cit. v pozn. 9, s. 79.

¹³⁶ Srov. § 54 zák. č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, zák. č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, § 62 zák. č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, § 350 trestního zákoníku, § 80 stavebního zákona nebo § 83 zák. č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách aj.

¹³⁷ BOGUSZAK, Jiří, op. cit., ibidem.

¹³⁸ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 20, 21.

¹³⁹ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 150 nn.

neplatná.¹⁴⁰ Při bližším pohledu však zjistíme, že pro takový závěr obecně není ani právní ani ospravedlnitelný důvod. Má-li smlouva o dílo uložit zhotoviteli odsazení stavby od hranice sousedního pozemku 2,5 m, ačkoli podle stavebního povolení má být odstup stavby od hranice 4,5 m, není řešením paušalizující závěr o absolutní neplatnosti smlouvy, ale oddělení civilněprávních a administrativněprávních následků takové situace.¹⁴¹

Právní pravidlo o nezávislosti uplatňování soukromého práva na právu veřejném nelze chápat izolovaně, jako samostatně stojící větu. Naopak je nutné ji interpretovat a aplikovat v kontextu dalších ustanovení, z nichž zásadní význam mají § 2 odst. 1 a § 1 odst. 2 o. z.

Z těchto ustanovení je namístě uvést jako první § 2 odst. 1 o. z. Podle něj lze vykládat každé ustanovení soukromého práva jenom ve shodě s ústavním pořádkem (zvláště pak s Listinou) a trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání. Listina je v uvedeném ustanovení jmenovitě vytknuta právě proto, že její význam je pro soukromé právo klíčový, aniž se tím podceňuje závažnost Ústavy, respektive některých jejích článků¹⁴² (byť se významná část Ústavy zaměřuje na statiku organizace a rozdělení veřejné moci ve státě). Poukazuje-li občanský zákoník na ústavní pořádek (čl. 112 Ústavy, úst. zák. č. 2/1993 Sb.), je namístě vytknout, jakou povahu má ústavní právo. Výše bylo poukázáno na rozličné názory na tuto otázku. Někteří autoři setrvávají na tradičním mínění o veřejnoprávní povaze ústavního práva,¹⁴³ jiní poukazují, že zákonná ustanovení ústavního práva zahrnují i některá právní pravidla soukromoprávní povahy. Důsledkem prvního názoru je mínění o vertikálním působení Listiny (tj. v rovině jednotlivců – veřejná moc).¹⁴⁴ Druhý názor sice vede k závěru, že určitá právní pravidla ústavního práva působí i vertikálně, neboť ústavní právo zahrnuje i ustanovení co do své povahy soukromoprávní, leč tento

¹⁴⁰ MOTZKE, Radek. *Smlouva o dílo na nepovolenou stavbu je (údajně) neplatná. Lze tomu předjet?* 8. 4. 2014 [http://www.tzb-info.cz/novy-obcansky-zakonik/11055-smlouva-o-dilo-na-nepovolenou-stavbu-je-udajne-neplatna-lze-tomu-predjet (13. 8. 2014)]; autor poukazuje na názory soudců Nejvyššího soudu vyslovené na školení pořádaném Českou advokátní komorou 29. ledna 2014 v Brně.

¹⁴¹ Z hlediska civilního práva je na stranách, aby si již při předšmluvní negociaci vzájemně sdělily všechny skutkové a právní okolnosti, o nichž ví nebo musí vědět, tak aby každé straně byl mj. zřejmý i její zájem smlouvu uzavřít (§ 1728 odst. 2 o. z.). Je-li v té době stavební povolení již vydáno, musí zhotovitel vědět, co po něm objednatel chce. Ať již je zhotovitel profesionál čili nic, odpovídá i běžné péči a opatrnosti člověka průměrného rozumu upozornit druhou stranu na rozpor jejího požadavku se stavebním povolením (profesionál nadto i na možné následky tohoto postupu podle stavebního práva) a zvážit rizika, která z uzavření smlouvy popřípadě vyplynou i pro něho; § 4 a 5 o. z. Trvá-li však objednatel na svém, je v možnostech druhého kontrahenta na smluvní podmínky přistoupit, nebo je odmítnout. Uzavře-li se smlouva, pak není důvod prohlášovat ji za neplatnou, protože veřejnoprávní důsledky nastoupí samostatně a nemusí vést vždy k likvidaci stavby (pokud na tom stavebník prokáže veřejný zájem, může být stavba povolena dodatečně, může být povolena výjimka, pro povolení výjimky může stavební úřad stanovit podmínky atp.; srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 As 69/2011 – 176 ze 14. 7. 2011). Jistě lze v jednotlivých konkrétních případech, nikoli však plošně, dospět i k výjimečnému závěru o absolutní neplatnosti smlouvy (např. při takovém zneužití smluvní svobody, jež zjevně naruší veřejný pořádek).

¹⁴² Zejména jde o čl. 1 stavící na ideji právního státu, čl. 2 prohlašující Listinu za součást českého ústavního pořádku, čl. 4 vyhradzující základní práva a svobody ochraně soudní moci (v čl. 87 také Ústavního soudu) a čl. 85 zavazující soudce Ústavního soudu k ochraně přirozených práv člověka.

¹⁴³ Kromě již uvedených např. LAVICKÝ, Petr. In: Petr Lavický et al. op. cit. v pozn. 7, s. 13.

¹⁴⁴ Tak FILIP, Jan. *Výbrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 48, uvádí, že „Úprava základních práv a svobod vymezuje jednak vztah státní moci k jedinci obecně (rovnost a nediskriminace), jednak autonomní prostory jednotlivce chráněné před zásahy státní moci (liberální stát), možnosti jednotlivce podílet se na správě veřejných věcí (demokratický stát), popř. i úkoly státu poskytovat jednotlivci nějaká plnění (sociální stát) a poskytovat jedinci právní prostředky, kterými se proti zásahům státní moci může bránit (právní stát).“

přístup nedoceňuje, že Listina i Ústava obsahují články, jejichž obsah se jako soukromoprávní nebo veřejnoprávní verifikovat nedá. Nejde jen o ustanovení generální povahy,¹⁴⁵ ale také o řadu konkrétních ustanovení. Např. právní pravidla obsažená v čl. 6 odst. 2,¹⁴⁶ čl. 7 odst. 1,¹⁴⁷ čl. 8 odst. 1 a 2¹⁴⁸ nebo čl. 32 odst. 1 až 4 Listiny¹⁴⁹ a četná další nelze kvalifikovat ani jako soukromoprávní ani jako veřejnoprávní. Třeba čl. 32 odst. 3 Listiny o stejných právech dětí narozených v manželství i mimo ně je určující jak pro soukromé právo,¹⁵⁰ tak pro právo veřejné.¹⁵¹ Tyto skutečnosti odůvodňují mínění, z něhož koncept občanského zákoníku vychází a které už dříve vyjádřil Gerloch,¹⁵² že ústavní právo není ani veřejné ani soukromé. Jinými slovy, distinkce: soukromoprávní – veřejnoprávní platí ve sféře jednoduchého práva, nikoli v rovině práva ústavního. Tomuto závěru odpovídají setrvalý přístup Ústavního soudu a jeho četné nálezy o prozařování ústavního práva celým právním řádem¹⁵³ (byť to samozřejmě nevylučuje ani přímou aplikaci konkrétních ustanovení ústavního pořádku¹⁵⁴). Občanský zákoník vytkl vázanost soukromého práva ústavním pořádkem v § 3 odst. 1 výslovně. Tím stvrdil podřízenost soukromého práva ústavnímu pořádku, vyloučil úvahy o vertikálním působení Listiny a přihlásil se k integračnímu poslání konstituce a k její funkci jako svorníku právního řádu.¹⁵⁵

Ústavní pořádek (ústavní řád)¹⁵⁶ není jediným prvkem garantujícím obecným výměrem, jednotu právního řádu. Občanský zákoník vedle toho poukazuje na veřejný pořádek

¹⁴⁵ Např. čl. 1, 2 odst. 4 nebo čl. 3 Ústavy nebo čl. 1, čl. 2 odst. 3, čl. 3 nebo 4 Listiny.

¹⁴⁶ Nikdo nesmí být zbaven života.

¹⁴⁷ Nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena. Omezena může být jen v případech stanovených zákonem.

¹⁴⁸ Osobní svoboda je zaručena. Nikdo nesmí být stíhán nebo zbaven svobody jinak než z důvodů a způsobem, který stanoví zákon. Nikdo nesmí být zbaven svobody pouze pro neschopnost dostát smluvnímu závazku.

¹⁴⁹ Rodičovství a rodina jsou pod ochranou zákona. Zvláštní ochrana dětí a mladistvých je zaručena. Ženě v těhotenství je zaručena zvláštní péče, ochrana v pracovních vztazích a odpovídající zdravotní podmínky. Děti narozené v manželství i mimo ně mají stejná práva. Péče o děti a jejich výchova je právem rodičů; děti mají právo na rodičovskou výchovu a péči. Práva rodičů mohou být omezena a nezletilé děti mohou být od rodičů odloučeny proti jejich vůli jen rozhodnutím soudu na základě zákona.

¹⁵⁰ Např. při určování výživného, při stanovení dědických podílů podle zákonné posloupnosti nebo při stanovení povinného dílu v dědickém právu.

¹⁵¹ Např. ve školském právu, v úpravě sociálně právní ochrany dětí, pojistného na veřejné zdravotní pojištění, důchodového pojištění a sirotčího důchodu, poskytování sociálních služeb, v úpravě pobytu cizinců na území České republiky atd.

¹⁵² GERLOCH, Aleš. Právo veřejné a právo soukromé. Tradice a současnost. In: *Sborník příspěvků z mezinárodní konference Public Administration '96*. II. díl. Pardubice: Univerzita Pardubice, 1996. K tomu MIKULE, Vladimír. Důvody rozlišování mezi právem veřejným a právem soukromým. *Správní právo*, XLIV, 2011, s. 7.

¹⁵³ Např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 4/97 z 9. 11. 2000, III. ÚS 257/98 z 21. 1. 1999, III. ÚS 139/98 z 24. 9. 1998, III. ÚS 93/99 z 27. 5. 1999, I. ÚS 315/99 z 10. 11. 1999, I. ÚS 336/99 z 15. 1. 2002, I. ÚS 129/2000 z 26. 9. 2000, III. ÚS 210/2000 z 9. 11. 2000, II. ÚS 30/03 ze 14. 7. 2004, I. ÚS 555/03 z 23. 6. 2004, I. ÚS 185/04 ze 14. 7. 2004, I. ÚS 122/05 ze 17. 1. 2006, I. ÚS 287/05 z 13. 6. 2006, II. ÚS 2379/08 z 9. 7. 2009 nebo sp. zn. IV. ÚS 27/09 z 11. 9. 2009.

¹⁵⁴ Např. ustanovení čl. 2 odst. 3 Listiny; srov. k tomu nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 546/03 z 28. 1. 2004, I. ÚS 43/04 ze 13. 4. 2004, I. ÚS 113/04 ze 4. 5. 2004 nebo I. ÚS 167/04 z 12. 5. 2004.

¹⁵⁵ PEŠKA, Pavel. op. cit. v pozn. 18, 1994, s. 9, 13.

¹⁵⁶ Pojem ústavního pořádku, jak jej definuje čl. 112 Ústavy, je pojem teoreticky chybný. Poprvé k tomu HŘEBEJK, Jiří. Ústavní pořádek České republiky. *Právník*, CXXXII, 1993, s. 441 nn. Lze poukázat, že jde o slovakismus (srov. *ústavný poriadok*), i na na tradiční pojem ústavního řádu [srov. nálezy Ústavního soudu č. 405/2006 Sb. (bod 24. odůvodnění) nebo čl. 49c Lisabonské smlouvy]. Nicméně i občanský zákoník se přidržel vadného označení, jsa vázán terminologií ústavních zákonů (např. čl. 3, 65, 87, 88, 89, 95, 112 Ústavy), nehledě již k uzanci zavedené již jinými zákony (např. § 11, 57, 71d, 71e, 97, 104, 105 zákona o Ústavním soudu, § 224 a 255 trestního řádu, § 109 o. s. ř. aj.).

(§ 1, 19, 139, 172, 588, 792, 857 a 1551), přičemž z těchto odkazů má klíčový význam § 1 odst. 2 o. z. zakazující ujednání porušující veřejný pořádek.¹⁵⁷ Veřejný pořádek je starý pojem civilního práva,¹⁵⁸ který v peripetích zdejšího právního vývoje různě mutoval a prosadil se i v právu veřejném.

Kromě těchto dvou obecných spojnic veřejného a soukromého práva – ústavního pořádku v rovině nadřazené jednoduchému právu a veřejného pořádku v rovině jednoduchého práva propojeného však i v tomto směru s ústavním právem¹⁵⁹ – obsahuje občanský zákoník řadu konkrétních ustanovení přímo odkazujících na použití příslušných veřejnoprávních úprav. Poukazuje-li tedy např. Lavický na skutečnost, že „řadu ustanovení soukromého práva nelze aplikovat bez civilního práva procesního“, a to zvláště „v případech, kdy občanský zákoník povolává soud, aby rozhodoval konstitutivně“, s tím, že např. „prohlásit někoho za mrtvého, omezit jej ve svéprávnosti, projednat dědictví apod. nelze mimosoudně“, takže „je nezbytné, aby hmotněprávní a procesní úprava do sebe přesně zapadaly jako ozubené soukolí“, neboť „soukromé právo procesní je tu (...) proto, aby poskytovalo ochranu: bez jeho mocenského působení se soukromé právo nemůže obejít,“¹⁶⁰ má samozřejmě v mnohém pravdu, ale vlamuje se do dveří dávno otevřených. Tím, že občanský zákoník v různých ustanoveních (a generálně v § 12) poukazuje soud, aby rozhodl o soukromých právech a povinnostech, stanovuje současně výjimku z obecné klauzule druhé věty svého § 1 odst. 1. Ustanovení přímo se dovolávajících veřejného práva je ostatně v občanském zákoníku víc (např. § 925, 929, § 980 an. a četná další ustanovení o veřejných seznamech aj.). Obdobně lze poukázat i na zvláštní úpravy mimo občanský zákoník. Typickým příkladem může být úprava v zákoně o veřejných zakázkách (zák. č. 137/2006 Sb.). Zde se pro právní případy spadající pod působnost tohoto zákona stanovují zevrubná právní pravidla upravující kontraktaci, mnohem podrobnější než je obecná úprava v občanském zákoníku a v daleko větší míře kogentní. To však nic nemění na skutečnosti, že jde o zvláštní úpravu uzavírání smluv, a tedy úpravu soukromoprávní. Leč tento zákon také výslovným ustanovením (§ 112) zakládá pravomoc Úřadu pro hospodářskou soutěž k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a stanovil opatření, která úřad při porušení zákona zvolí. Tak lze např. i zrušit konkrétní projev vůle zadavatele (§ 118 odst. 1), nebo zakázat plnění podle uzavřené smlouvy (§ 118 odst. 2), přičemž takový zákaz vyvolá její neplatnost (§ 118 odst. 6). V těchto případech má veřejnoprávní rozhodnutí soukromoprávní důsledky. Vedle toho ovšem mohou k závěru o neplatnosti vést i jiné právní skutečnosti, tj. skutečnosti, jež v rámci úpravy svých skutkových podstat zakládajících neplatnost stanoví občanský zákoník, jak ostatně i zákon o veřejných zakázkách připomíná v § 118 odst. 6 in fine.

Jednota právního řádu je jedním z nástrojů, kterým se má zajistit klidné soužití lidí tomuto řádu podřízených.

¹⁵⁷ ELIÁŠ, Karel. Ohled na veřejný pořádek jako výraz veřejného zájmu v soukromém právu a osnova nového občanského zákoníku. In: Josef Bejček (ed.). *Veřejný zájem v obchodním právu*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 20 nn.

¹⁵⁸ Srov. § 26 všeobecného zákoníku občanského.

¹⁵⁹ Srov. čl. 12, 14, 16, 19, 20, 27 Listiny.

¹⁶⁰ LAVICKÝ, Petr. In: op. cit. v pozn. 7, s. 13–14.

Tato jednota se nezajistí útekem k veřejnému právu při posuzování otázek, které si soukromé právo má a umí vyřešit samo. Dovojuje-li se např. s odkazem na zájem zachování jednoty právního řádu neplatnost smlouvy o budoucí kupní smlouvě proto, že pozemek jako předmět budoucí koupě není označen podle požadavků stanovených zvláštními předpisy o evidenci věcných práv v katastru nemovitostí,¹⁶¹ je to extenze vskutku nepřiměřená.

Smysl však má požadavek, aby soukromé i veřejné právo v zásadních věcech postupovalo, byť odlišnými prostředky, vlastními tomu kterému subsystému, týmž směrem. To garantují kategorie ústavního a veřejného pořádku. Nejde však jen o tuto rovínu. Myšlenka jednoty právního řádu např. nepochybně škodil odlišný přístup soukromého (zejména obchodního) práva a veřejného práva v úpravě právních účinků jednání přísouzených právníkům osobám. Občanský zákoník z roku 1964 (po novele č. 509/1991 Sb.)¹⁶² stanovil v § 20 pythicky, že *právní úkony právnické osoby* činí statutární orgány, že však *za právnickou osobu* mohou právní úkony činit i jiní její pracovníci nebo členové. Obchodní zákoník toto pojetí posunul druhou větou § 13 odst. 1 slovy, že „právnická osoba jedná statutárním orgánem nebo za ni jedná zástupce;“ zvolil totiž cestu recepce § 20 někdejšího hospodářského zákoníku.¹⁶³ Na tomto poli se v oblasti obchodního práva vyvinula scholastika¹⁶⁴ rozlišující jednání jménem právnické osoby a za právnickou osobu¹⁶⁵ promítnuvší se do většího počtu zákonných úprav,¹⁶⁶ která však při vši své minuciéznosti nutně selhávala¹⁶⁷ a ani v soukromoprávní sféře nezajistila jednotný přístup.¹⁶⁸ Naproti tomu však veřejné právo v mnoha případech vychází z pojetí, že se u veřejnoprávních právnických osob nerozlišuje jednání jejich jménem a za ně, ale že jde ve všech případech o zastoupení. Například zákonná úprava územní samosprávy, ať již jde o obce, svazky obcí, hlavní město Prahu nebo o kraje, sleduje toto pojetí

¹⁶¹ Srov. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 957/2007 z 27. 1. 2010.

¹⁶² V původní redakci obč. z. stanovoval § 20, že „socialistická organizace jedná svými pracovníky a členy, kteří plní její úkoly,“ přičemž „právní úkony, které jménem organizace činí pracovníci a členové v mezích svých oprávnění, jsou právními úkony organizace.“ Pro jiné než socialistické právnické osoby (organizace) však toto právní pravidlo neplatilo (k tomu např. BIČOVSKÝ, Jaroslav – HOLUB, Milan. *Občanský zákoník a předpisy související*. I. svazek. 3. vydání. Praha: Panorama, 1984, s. 776 nn. nebo KNAPP, Karel – HOLUB, Milan. In: Zdeněk Češka et al. *Občanský zákoník. Komentář*. II. svazek. Praha: Panorama, 1987, s. 733 nn. Proto např. platilo (srov. zák. č. 243/1990 Sb., o akciových společnostech, § 10 odst. 1), že „představenstvo je vedoucím a zastupujícím orgánem společnosti“; totéž ostatně platilo vzhledem k druhé větě § 50 odst. 3 zák. č. 104/1990 Sb., o akciových společnostech až do účinnosti obchodního zákoníku.

¹⁶³ Podle § 20 h. z. (zák. č. 109/1964 Sb.) platilo, že „socialistické organizace jednají svými (...) orgány nebo prostřednictvím svých zástupců.“

¹⁶⁴ Scholastika proto, že i ten, kdo jedná „za osobu“, jedná samozřejmě jejím jménem, neboť v tom je podstata přímého zastoupení (srov. § 436 odst. 1 o. z.).

¹⁶⁵ Typicky v § 85, 101, 133 nebo 191 obč. z. v úpravě působnosti statutárních orgánů obchodních společností (paradoxně však nikoli při úpravě působnosti představenstva družstva v § 243 obč. z.).

¹⁶⁶ Např. zák. č. 458/2000 Sb., energetický zákon (§ 7), zák. č. 276/2003 Sb., o Antarktidě (§ 7 a 9), zák. č. 561/2004 Sb., školský zákon (§ 125), zák. č. 280/2009 Sb., daňový řád (§ 24 a 45), zák. č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách (§ 18 a 99) a četné další.

¹⁶⁷ Jménem obchodní společnosti nebo družstva jednali v případech vymezených v § 131a odst. 1, § 182 odst. 2 nebo § 243a odst. 1 obč. z. i jejich společníci nebo členové, třebaže ve skutečnosti šlo o zastoupení, tedy jednání „za“ právnickou osobu.

¹⁶⁸ Např. honební společenstvo podle zák. č. 449/2001 Sb., o myslivosti, je nepochybně právnickou osobou soukromého práva, jejíž statutární orgán – honební starosta – tuto právnickou osobu podle § 23 cit. zák. zastupuje.

neochvějně.¹⁶⁹ Nejsou to příklady ojedinělé.¹⁷⁰ Až do přijetí a účinnosti nového občanského zákoníku tedy náš právní řád obsahoval dva odlišné přístupy při řešení otázky tak zásadní, jako je přičítání projevů vůle právnické osobě, aniž to co do funkcionality odůvodňovaly účel a zákonitost soukromého práva na jedné straně a veřejného práva na straně druhé. Tím, že nový občanský zákoník úpravou této otázky odstranil trvajících schizma, přispěl k jednotě a bezrozpornosti právního řádu.

Je ovšem řada příkladů, kdy funkcionality soukromého a veřejného práva plně odůvodňuje, aby si každý subsystém ponechal své pojmy a instituty při vši jejich odlišnosti. Řada příkladů byla uvedena výše. K nim lze připojit poukaz na odlišné pojetí nutné obrany nebo krajní nouze v občanském (§ 2905 a 2906 o. z.) a v trestním právu (§ 28 a 29 tr. z.). Je dáno účelem právní úpravy. Trestní právo sleduje úpravou nutné obrany a krajní nouze vyloučení trestnosti (nikoli však *obecné* vyloučení protiprávnosti¹⁷¹) činu, který naplňuje znaky skutkové podstaty trestného činu stanoveného trestním zákonem, přičemž hodnotově má v dané souvislosti základní význam zájem chráněný trestním zákonem (srov. § 28 odst. 1 a § 29 odst. 1 tr. z.), tedy prioritně zájem veřejný. Naproti tomu účelem soukromoprávní úpravy nutné obrany a krajní nouze je stanovit, za jakých podmínek není škůdce povinen k náhradě škody. Tyto rozdílné cíle odůvodňují v daném případě různé přístupy obou právních subsystémů.

4. MÍSTO ZÁVĚRU

„Je na normotvůrci, aby se vyvaroval takových kombinací úprav, vztahujících se k určitému soukromoprávnímu institutu, které by ztížily nebo znemožnily jeho aplikaci“, protože veřejné právo „je nepoužitelné pro případy, které se svou podstatou vzpírají *vládnutí*, a je zcela nevhodné tam, kde by to přineslo více škody než užítku“.¹⁷²

Článek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš

Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.

¹⁶⁹ Srov. § 49, 98, 103 zák. č. 129/2000 Sb., o obcích, § 72 zák. č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze nebo § 61 zák. 129/2000 Sb., o krajích.

¹⁷⁰ Srov. např. § 14 zák. č. 381/1991 Sb., o Komoře veterinárních lékařů nebo § 10 a 15 zák. č. 301/1992 Sb., o Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR.

¹⁷¹ Srov. § 13 odst. 1 tr. z.

¹⁷² VOPÁLKA, Vladimír. Vyřeší všechny problémy veřejné právo? *Správní právo*, XLIV, 2011, s. 66 a 67.

RECENZE

Mareš Miroslav – Výborný Štěpán. Militantní demokracie ve střední Evropě. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2013, 249 s.

Na trhu se objevila zajímavá publikace autorů Miroslava Mareše a Štěpána Výborného, které spojuje vedle současného vzdělání politologického a právníckého i dlouhodobý zájem o problematiku extremismu. Jejich nová publikace dotýkající se opět širokého tématu extremismu je zaměřena na koncepci ochrany demokratického státu proti antidemokratickým, či chcete-li extremistickým, politickým silám ve státech našeho geopolitického prostoru.

Mám za to, že autoři publikace stáli před nelehkým úkolem hned na začátku, a to již při volbě názvu předmětu jejich zkoumání, který se promítl i do názvu knihy. Ačkoliv pro koncepci demokracie aktivně vystupující na obranu bazálních hodnot proti osobám, které tyto hodnoty neuznávají a usilují o změnu celospolečenského systému, existuje celá řada názvů (obranschopná demokracie, bojující demokracie, bránící se demokracie, netolerantní demokracie atd.) autoři vybrali název, který sice má svůj předobraz u jiných autorů (zejména *Karl Loewenstein*), avšak v češtině je slovo „militantní“ vnímáno spíše s pejorativním významem, neboť je chápáno jako synonymum pro bojechtivý či bojovný. Tento termín je často spojován i s užíváním násilí, jako prostředku pro prosazení cílů. Jakkoliv lze uznat, že pojem militantní demokracie je také užíván, a to někdy i v České republice, nejsem si jist, že každý demokraticky smýšlející občan by chtěl nést označení, že je zastáncem militantní demokracie. Více neutrální název této koncepce by pak byl i přijatelnější pro větší skupinu osob. Ostatně autoři nijak blíže svoji volbu označení této koncepce nevysvětlují a někdy místo militantní demokracie používají i jiné termíny (např. bránící se demokracie, s. 199). Nejedná se o aspekt malicherný, neboť právě název, označení, dává adresátu představu o obsahu pojmu a vytváří v něm prvotní postoj k obsahu pojmu. Pokud autoři vidí pojem koncepce obranschopné demokracie jako totožný s militantní demokracií a odlišným je toliko název, lze polemizovat s jejich tvrzením, že militantní demokracie není pouze obranná, ale vyhledává střet s extremisty (s. 15). Jsem totiž přesvědčen, že i v demokratickém státě lze zastávat krajně extrémní názory, aniž by se to dostalo do rozporu s právním řádem. Je totiž nutno odlišovat zastávání určitých názorů od jejich aktivního veřejného šíření, které je za stanovených podmínek v demokratickém státě postihováno.

Už prvotní náhled na téma určuje optiku, kterou je na něj nahlíženo. Můžeme si tak položit otázku, zda se jedná v našem geopolitickém prostoru o koncepci obrany demokratického státu nebo koncepci bojové či bojechtivé demokracie. Právě tento základní myšlenkový přístup pak určuje stanovení a aplikaci jednotlivých právních prostředků sloužících k naplnění této koncepce.

Úvodní kapitola pojednávající o fenoménu militantní demokracie je cenná v tom, že stručně popisuje názory jednotlivých autorů, kteří koncepci obranschopné demokracie nazývají různě. Čtenář v této kapitole však postrádá nějaké bližší kritické zhodnocení prezentovaných názorů jiných autorů. Pokud je na jedné straně citován např. *Ami Pezdaur* (s. 17), který rozlišuje mezi militantní demokracií, bránící se demokracií a imunizující demokracií, a tím popírá v jiných částech práce prezentovaný názor, že bránící se demokracie a militantní demokracie jsou různé názvy téhož, může být čtenář poněkud zmaten. Autoři sami netvrdí, že existuje několik koncepcí ochrany demokratického státu, ale tvrdí, že existuje v podstatě jedna s různými názvy, která používá různé prostředky různé intenzity v závislosti na právním řádu

jednotlivých států (s. 28). S tímto názorem se lze ztotožnit, ale v úvodní kapitole v podstatě absentuje jeho obhajoba a vysvětlení.

Ponechme ale vhodnost výběru názvu knihy i celého předmětu zkoumání a věnujme se sěžejnímu obsahu knihy.

Vyzdvihnout je nutno především jednotnou koncepci kapitol věnujících se postupně situaci v Německu, Rakousku, České republice, Slovensku, Polsku a Maďarsku. Kapitola věnovaná jednomu státu obsahuje krátký historický úvod, popis institucí, které se zabývají ochranou demokracie, a dále je vždy věnována kapitola omezení svobody projevu, sdružovacího práva, shromažďovacího práva, lustracím a zákazům práce, trestněprávnímu postihu nenávisťně motivované násilné kriminality, diskusím o militantní demokracii a závěrečnému hodnocení. Právě tato jednotná koncepce kapitol umožňuje srovnání mezi jednotlivými státy a dává tak představu o tom, kde je přístup k antidemokratickým aktivitám přísnější, kde nikoliv, kde jsou či nejsou specializované orgány vyčleněné pro boj s antidemokratickými silami. Mezi další klady práce rozhodně patří to, že jednotlivé oblasti právní úpravy nejsou pouze popisovány, ale jsou doplněny i o praktické příklady, které ilustrují naplňování právních norem v praxi. Na druhou stranu nejedná se o systematický výklad právních předpisů ve smyslu obvyklém pro právníckou literaturu, což samozřejmě není možno v knize, jež vyšla v politologické řadě, čekat.

Další silnou stránkou knihy je i její aktuálnost, neboť některé příklady i srovnání jsou velmi čerstvé, včetně citované judikatury. Například se čtenář v kapitole věnované České republice dozví, že vládní strany se v koaliční smlouvě z roku 2013 výslovně přihlásily ke koncepci obranyschopné demokracie („*streitbare Demokratie*“, s. 95). Kniha je dále plná zajímavých informací, které se autorům podařilo shromáždit a nelze tak rozhodně říci, že by se jednalo o publikaci, kterých je v České republice celá řada, právě naopak. Čtenář se tak například dočte, že v Německu lze v důsledku účasti na krajně pravicových shromážděních přijít o licenci kominického mistra (s. 59) nebo že v Rakousku je naopak přípustné veřejně prohlašovat, že „Korán je špatný“, „Muslimové chtějí válku, nenávidí nás“ či „Muslimové nám všem lžou do obličejů“ (s. 82). Kniha ukazuje i zajímavé paradoxy, například, že Rakousko s jeho tvrdými antinacistickými zákony se stalo v roce 2000 objektem sankcí čtrnácti dalších zemí Evropské unie a České republiky za to, že se do jeho vlády dostala krajně pravicová FPÖ (s. 92). Dalším příkladem historického paradoxu může být překvapující tolerance vůči šíření extremistických materiálů v Polsku, do něhož jezdili němečtí neonacisté masově nakupovat repliky nacistických militarií (s. 170).

Závěrem lze k recenzované publikaci uvést, že se jedná o první a zajímavé zpracování tohoto tématu, které je využitelné jak při politologickém, tak i právním zkoumání fenoménu spočívajícího v konceptuální ochraně demokratického zřízení, ať už ho nazveme militantní demokracií či nějak jinak. Ačkoliv militantní demokracie se v současné podobě objevila až po druhé světové válce, lze zcela souhlasit se závěrem autorů, že tato koncepce zapustila ve střední Evropě své kořeny a lze i do budoucna očekávat její udržení. To dává příležitost k jejímu dalšímu vědeckému zkoumání.

JUDr. Petr Černý, Ph.D.

Krajský soud Ústí nad Labem

Fakulta sociálně ekonomická Univerzity J. E. Purkyně v Ústí nad Labem

Vyšný Peter – Puchovský Ján – Šošková Ivana. Svetové dejiny štátu a práva. Trnava: TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS, 2013, 319 s.

Slovenská právno-historická, ale aj historická obec sa v roku 2013 stala svedkom vydania vysokoškolskej učebnice mapujúcej vývoj štátu a práva v kontexte svetových dejín. Ide o pomerne rozsiahlu (319 číslovaných strán) publikáciu právnych historikov z troch slovenských právnických fakúlt so stručným, no pomerne výstižným názvom: *Svetové dejiny štátu a práva*. Autori učebnice Peter Vyšný (Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave), Ján Puchovský (Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave) a Ivana Šošková (Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici) predstavujú mladý a perspektívny autorský kolektív, ktorých bádateľská práca v budúcnosti nepochybne obohatí slovenskú právno-historickú i historickú spisbu o viaceré ďalšie zaujímavé tituly. Už v novej učebnici svetových dejín štátu a práva všetci traja spoluautori preukázali široký diapazón vedomostí, erudíciu a takpovediac zápal pre právnú históriu, aj keď sa nevyhli niektorým zaváhaniam. Ale nepredbiehajme.

Samotní autori už v úvode učebnice naznačili, že svetové dejiny štátu a práva sú v prostredí Slovenska, ale aj Českej republiky predovšetkým pedagogickou disciplínou, vzhľadom na to, že vedecký výskum respektíve bádateľská činnosť sa v tomto smere nerealizuje dlhodobou a ani systematicky. Preto má uvedené dielo predovšetkým ambíciu prispieť k výučbe svetových dejín práva na slovenských, ale azda aj niektorých mimoslovenských právnických fakultách. To, či je naplnenie uvedenej ambície reálne, ukáže v plnom rozsahu až aplikácia učebnice vo výučbovej praxi a v dlhodobom horizonte aj rozsah, dôležitosť a trvácnosť vedomostí, ktoré si študenti na jej základe osvoja. Učebnica sa v súčasnosti nachádza iba na počiatku svojho pedagogického využitia a vzhľadom na túto skutočnosť, nie je dobre možné v celosti posúdiť jej kvalitu. Napriek tomu si však čitateľ môže urobiť o pedagogickom a odbornom potenciály učebnice určitý obraz už analýzou formálneho a obsahového uchopenia matérie svetových dejín štátu a práva jednotlivými autormi. Nebudeme ďaleko od pravdy, pokiaľ sa prikloníme k názoru, že vydanie učebnice „Svetové dejiny štátu a práva“ je bezpochyby prínosom nielen pre študentskú, ale aj pre právno-historickú a historickú obec. Dôvodov tohto tvrdenia je hneď niekoľko.

Dôsledkom dlhodobého nekonceptného rozvoja slovenského školstva je okrem iného stav, keď absolventi právnických fakúlt majú značný problém s uplatnením sa na trhu práce. V snahe nájsť východisko z tejto situácie sa zvykne zdôrazňovať, aby sa výučba na právnických fakultách zameriavala na nadobúdanie vedomostí priamo využiteľných na trhu práce. Akosi sa opomína skutočnosť, že na efektívne osvojenie si právnych vedomostí je potrebný solídny základ nadväzujúci zväčša na stredoškolské vedomosti a vytvárajúci akýsi prostriedok na preklopenie počiatocnej, iba zdanlivej abstraktnosti alebo študentským jazykom povedané suchopárnosti práva ako takého. Túto úlohu vhodne plní aj propedeutická disciplína svetových dejín práva, ktorá abstraktnosť práva šikovne zasadzuje do naratívnej histórie, naviac široko prestúpenej súvislosťami, analógiami a zaujímavými zovšeobecneniami. Pozornému čitateľovi je zrejme, že autori sú si tejto propedeutickej úlohy svetových dejín štátu a práva plne vedomí. Slovami Petra Vyšného totiž uvádzajú, že pri výučbe svetových dejín štátu a práva nejde iba o nadobúdanie vedomostí o vývoji práva s využitím historickej metódy za účelom získania „širšieho povedomia o svete“ (s. 11), ale aj o to, že študenti právnických fakúlt sa študovaním poznatkov z odboru svetových dejín štátu a práva učia právne myslieť, porovnávať, robiť závery, využívať analógie a podobne. „Študent si teda na historickej materii osvojuje v zásade tie isté techniky odbornej činnosti, ktoré neskôr využije pri štúdiu pozitívneho práva a bude ich intenzívne využívať aj po absolvovaní právnického štúdia vo svojej praxi“ (s. 12). Pravda, ako zdôrazňuje aj učebný text, predpokladom pre to je efektívne štúdium učebnice.

Teda nie „nárazová, mechanická absorpcia“ jej obsahu (s. 12–13). Dodajme, že vo výučbovom procese bude závisieť aj od pedagogických schopností a zápalu jednotlivých vyučujúcich a najmä od záujmu študentov o predmet ako taký. Ktorýkoľvek čitateľ, pozorne si preštudujú učebnicu si všimne, že autori nezostali iba pri proklamovaní ideálnych zámerov, ale materiál svetových dejín štátu a práva skutočne spracovali tak, aby odradila študentov od mechanickej absorpcie vedomostí a pri troche záujmu ich prinútila takpovediac „použiť vlastný rozum“. Tomu prispieva jednak zrozumiteľné, hoci niekedy trochu monotónne členenie textu, dôraz na súvislosti bez toho, aby učebnica sklzála k zavádzajúcim zjednodušeniam, zvýraznenie právno-historických osobitostí ako aj občasné podfarbujúce využitie pútavého rozprávačského štýlu.

Dielo kolektívu autorov z odboru právnych dejín pozostáva z úvodu, periodizácie dejín štátu a práva vrátane stručnej charakteristiky jeho vývoja v jednotlivých dejinných obdobiach a napokon z dvoch kľúčových častí zameraných na dejiny štátu a práva v staroveku (prvá časť) a dejiny štátu a práva v stredoveku, novoveku a v prvej polovici 20. storočia (druhá časť). Ako sme už naznačili, úvod učebnice z pera Petra Vyšného sa vyrovnáva so zmyslom výučby a existencie svetových dejín štátu a práva, s tematickým záberom učebnice ako aj s jej štruktúrou. Z hľadiska tematického záberu sa učebnica napriek pomenovaniu „svetové dejiny štátu a práva“ v prevažnej miere venuje dejinám štátu a práva západnej civilizácie – takzvaného Okcidentu v širšom slova zmysle. Ako veľmi vhodný orientačný ukazovateľ sa javí náčrt periodizácie svetových dejín štátu a práva spojený s charakteristikou jednotlivých dejinných období jeho vývoja pochádzajúci rovnako ako úvod z pera Petra Vyšného a čiastočne aj Jána Puchovského. Periodizácia zodpovedá tradičnej schéme pravek – starovek – stredovek – novovek – najnovšie dejiny do prvej polovice 20. storočia. Toto konvenčné (s. 16) členenie bolo zvolené pravdepodobne najmä z pedagogických a metodologických príčin. Je totiž očividné, že rozdelenie dejín ľudstva na takto vyhranené časové celky nemožno vziať globálne na všetky civilizačné okruhy. Dokonca aj v prípade samotnej západnej civilizácie, ktorej vývoj v hrubých rysoch zodpovedá tejto schéme, sa vyskytujú problémy s časovým vymedzením jednotlivých dejinných fáz. Prípadné dejinné zlomy oddelujúce jednotlivé obdobia histórie sú stanovené ako umelé medzníky, pričom v skutočnosti je história skôr kontinuálna a smeruje od jedného historického obdobia k druhému, pričom zmenu možno postrehnúť až s odstupom niekoľkých storočí. Učebnica už tu preukazuje relatívne originálny prístup, keďže aspoň v stručnosti neopomína ani pravek ako takpovediac nešťátne obdobie, pričom zvýrazňuje stanovisko o predštátnej resp. mimostátnej existencii práva ako skutočnosti potvrdennej aj antropológiou a prehistorickou archeológiou (s. 15). V jednotlivých ďalších dejinných etapách sa autori úspešne pokúsili vytvoriť akési základné generalizačné črty vývoja štátu a práva. V zrozumiteľnej a prístupnej podobe sa tak študent dozvie o základných črtách starovekého štátu a práva, získa základný prehľad o všeobecných črtách stredovekého európskeho štátu a právnych poriadkoch jednotlivých feudálnych štátov, vrátane niektorých špecifík škandinávskych monarchií (ktorým sa ale učebnica žiaľ ďalej už nevenuje) a anglo-saského právneho prostredia. Veľmi prehľadne a syntetizujúco pôsobí charakteristika novovekého štátu a práva, kde sa autori pekne vyrovnali s jednotlivými typmi absolutizmu, zdôraznili prerod feudálneho štátu na občiansky štát a rozklad partikulárneho právneho poriadku, ktorý uvoľnil cestu právu založenom už na princípe všeobecnej teritoriálnej a osobnej pôsobnosti. Ako značne neobvyklé sa javí rozhodnutie priradiť k dejinám starovekého štátu vývoj na americkom kontinente pred jeho (znovu)objavením Krištofom Kolumbom v 15. storočí. Hoci tento výber učebnica odôvodňuje celkom logicky skutočnosťou, že niektoré javy, ktoré charakterizovali starovek Eurázie (napríklad vznik písma) sa objavili aj na americkom kontinente (s. 16), je potrebné konštatovať, že táto podobnosť existovala napríklad aj vo vzťahu k štátom

Ďalekého východu, ktorým autori už ale priestor v učebnici neposkytli. Hoci obsahovo perio-
dizácia a charakteristika dejín štátu a práva predstavuje nepatrnú časť učebnice, z hľadiska
významu ide o jednu z jej kľúčových častí, ktorej naštudovanie je podľa názoru recenzenta
podstatným medzníkom pre pochopenie všeobecných a osobitých črt vývoja svetových dejín
štátu a práva prezentovaných v nasledujúcich, takpovediac materiálnych častiach učebnice.

Nosný prvok učebnice, tvorený materiálom svetových dejín štátu a práva autori rozdelili do
dvoch väčších častí. Prvá časť, venovaná starovekým dejinám štátu a práva, je zameraná na
štyri väčšie územné celky. V rozsahu asi sedemdesiatich strán sa študenti oboznámia s vývo-
jom štátu a práva na Prednom východe, v antickom Grécku a Ríme a pomerne prekvapujúco
aj v predkolumbovskej Amerike. Pozorný čitateľ si okrem už tradičných právno-historických
tém (napríklad Mezopotámia, Egypt) všimne aj niekoľko inovatívnych aspektov v porov-
naní so staršími učebnicami zriedkavejšie sa vyskytujúcich tematických okruhov. Tak treba
vyzdvihnúť predovšetkým rozhodnutie Petra Vyšného začleniť do dejín štátu a práva staro-
vekého Predného východu aj „Izrael“. A to nielen kvôli správne zdôrazňovanej špecifickej
pozícii židovského štátu a spoločnosti danej jej odlišnosťou a intoleranciou voči „inovercom“
v starovekom svete (s. 38), ale aj z dôvodu významu židovského práva pre neskorší vývoj kres-
ťanskej Európy. Autor pritom poukázal najmä na osobitné črty židovského práva, akým bolo
napríklad rozvinuté sociálne zákonodarstvo židovskej spoločnosti, ktoré podľa jeho slov
„nemá porovnateľnú obdobu v iných právnych kultúrach starovekého Predného východu“
(s. 40). Ako sme už naznačili, inovatívne, no zároveň aj veľmi neobvykle, ba vzhľadom na
systematiku a geografický záber učebnice nesystematicky, pôsobí spracovanie dejín štátu
a práva v predkolumbovskej Amerike z pera Petra Vyšného a Jána Puchovského. Je potrebné
povedať, že téma týkajúca sa uvedených územných celkov pôsobí v texte učebnice akosi
osamotene. Je to tak z dôvodu, že argument autorov o vecnej spojitosti indiánskych kultúr
predkolumbovskej Ameriky s vývojom štátu a práva v starovekých štátoch Európy alebo
Predného východu (s. 16) by sa dal aplikovať aj na niektoré ďalšie mimoeurópske štáty, ktorým
sa ale autori v učebnici už nevenovali. Ak sa autori rozhodnú v budúcnosti publikovať ďalšie
vydanie učebnice svetových dejín štátu a práva, mohli by zvážiť doplnenie učebnice o ďalšiu
časť s osobitným zameraním na civilizačné okruhy stojace mimo tzv. západnej civilizácie,
čím by docielili nielen väčšiu rovnorodosť učebného textu, ale urobili by zadosť aj významu
mimoeurópskych dejín. Autorom by sme však krivdili, keby sme neocenili ich schopnosť
zaujať čitateľa. Nech sa táto časť učebnice javí akokoľvek osamotená, autori v nej, podobne
ako na iných miestach, zostali verní odbornému, no zároveň pútavému a živému štýlu.
V jeho rámci dokonca presiahli hranice výkladu potrebného pre samotný vývoj štátu a práva
(porovnaj napríklad časť o aztéckom náboženstve na s. 49–50) a podali farbistý opis aztéckej
a inkskej spoločnosti, ktorý svojou pútavosťou zaujme nejedného čitateľa.

Spracovať dejiny štátu a práva na tak rozsiahlom území, v tak odlišných spoločnostiach
a v pomerne dlhej časovej perióde znamenalo určite komplikovaný a náročný proces. Od
autorov si to vyžadovalo nielen vhodné zvolenie tematický záber a odborné a pútavé spracov-
vanie textu, ale aj zvolenie primeraného štruktúrneho členenia. Prvá časť učebnice sa
venuje spravidla postupne pri každom územnom celku analýze všeobecných dejín, ako akej-
si forme historického exkurzu, ďalej rozboru štátnej a spoločenskej organizácie, súdnictvu
a napokon prameňom práva a jednotlivým právnym odvetviam. Z tejto rámcovej konštrukcie
sa hádam vymyká iba prístup k spracovaniu dejín athénskeho štátu, kde sa do väčšej hĺbky
analyzujú sociálno-politické reformy jednotlivých athénskych štátnikov a spracovanie dejín
rímskeho štátu, kde bol jednak zvolený výklad kopírujúci jednotlivé formy vlády existujúce
v rímskom štáte v horizonte asi tisícok rokov a jednak tu učebnica deklarovala rezignáciu
na výklad rímskeho súkromného práva aj vzhľadom na to, že rímske právo tvorí na našich

právnických fakultách samostatný študijný predmet (s. 74), ktorého matéria je okrem toho tak rozsiahla, že by nebolo možné (a nemalo by zmysel) ju duplicitne uvádzať na pomerne obmedzenom priestore, ktorý učebnica svetových dejín štátu a práva poskytuje.

Zatiaľ čo v prvej časti učebnice sa autori Peter Vyšný a Ján Puchovský asi na sedemdesiatich stranách textu venovali časovému horizontu niekoľkých tisícročí, v druhej časti učebnice sa autori tentokrát už aj v spolupráci s Ivanou Šoškovou na oveľa väčšom priestore asi dvesto strán zaoberali kratším, no tematicky bohatším úsekom zahŕňajúcim hneď tri historické obdobia. Peter Vyšný, Ján Puchovský a Ivana Šošková sa rozhodli do druhej časti sústrediť materiál stredoveku, novoveku ako aj dejín štátu a práva v prvej polovici 20. storočia. Bude to tak asi preto, že štáty, ktoré sa v Európe vytvorili v období vrcholného stredoveku v prevažnej miere kontinuálne pretrvali až do súčasnosti a preto by sa z hľadiska systematiky učebnice ich rozdelenie do dvoch celkov nejavilo ako žiaduce. Zároveň je to azda dôvod, prečo sa autori učebnice rozhodli v jej druhej časti venovať najprv štátom, ktoré neprežili koniec stredoveku a až následne vývoju štátu a práva krajín, ktoré existujú aj v súčasnosti. Pri výbere krajín stáli autori možno ešte pred náročnejšou úlohou ako v prvej časti učebnice. Zvolili si však rozumné východisko. Namiesto vyčerpávajúceho pokusu o spracovanie dejín štátu a práva celej západnej civilizácie, ktorý by okrem iného pri výučbe nepochybne spôsobil záplavu neprehľadným množstvom faktov, bolo ako východisko druhej časti učebnice zvolené spracovanie dejín štátu a práva iba tých najvýznamnejších územných celkov. Autori pritom zdá sa sledovali časové, geografické a vecné hľadisko. Okrem Byzantskej a Franskej ríše spracovali dejiny štátu a práva v západnej Európe (Apeninský poloostrov, Francúzsko, Španielsko, Anglicko/Velká Británia), strednej Európe (Nemecko, Poľsko) a napokon v Európe východnej (Rusko). Na záver akúsi bodku za vývojom štátu a práva západnej civilizácie predstavujú dejiny Spojených štátov amerických, ktorých vývoj síce geograficky nekorešponduje s Európou, ale medzi vývojom štátu a práva na starom a novom kontinente existuje značná vecná súvislosť. Druhá časť učebnice bude študentov sprevádzať základnou spoločenskou organizáciou stredovekých a novovekých štátov vrátane z hľadiska histórie nedávneho obdobia prvej polovice 20. storočia. V rámci vývoja štátu a práva budú študenti pozorovať prechod od patrimoniálneho štátu k štátu feudálnej rozdrobenosti a potom do istej miery akoby regresný pohyb k absolutistickému štátu, ktorý v niektorých prípadoch vyúsťuje až do totalitného štátu 20. storočia. Z hľadiska práva, jeho prameňov a jednotlivých právnych odvetví sa študenti oboznámia s vývojom od obyčajového práva k právu písanému vyúsťujúcemu až do obdobia veľkých kodifikácií 19. storočia ako aj s postupnou premenou a „defeudalizáciou“ vybraných odvetví práva, s ich znakmi a inštitútmi. Napriek relatívne tradičnému výberu krajín autori ani v tejto časti učebnice nerezignovali na inovatívnosť podporenú odborným a pútavým rozprávačským štýlom. Z rozsiahlej matérie možno ako príklad uviesť spracovanie francúzskych ústavných dejín od roku 1789 do roku 1875 z pera Petra Vyšného, ktoré sa študentom môžu javiť doslova ako akýsi historický experiment, ktorý viedol za cenu početných revolúcií a ešte početnejších obetí k vytvoreniu stabilného konceptu ústavy francúzskej III. republiky. Iným príkladom je veľmi pútavé a podrobné spracovanie vývoja štátnej organizácie feudálneho, občianskeho a totalitného nemeckého štátu od Ivany Šoškovej alebo spracovanie dejín štátu a práva v Poľsku, ktorého autorom je Ján Puchovský. Toto spracovanie sa javí o to zaujímavejšie, že dejiny štátu a práva v Nemecku a Poľsku sú, aspoň čo sa týka stredoveku, vhodným objektom komparácie s domácimi dejinami štátu a práva na území Slovenska, čo prispieva k vytvoreniu určitej roviny medzipredmetových vzťahov. Recenzenta mrzí iba to, že autori mohli v učebnici ponechať priestor aj pre niektoré iné politicko-geografické celky. Takým prípadom môže byť Apeninský poloostrov, kde sa Peter Vyšný ako autor tejto časti mohol aspoň stručne zmieniť o pomerne zaujímavých právnych dejinách pápežského štátu alebo

Benátskej republiky (porovnaj s. 121). Podobne sa javí aj celkové opomenutie škandinávskych štátov, o ktorých autori sami na začiatku učebnice uvádzajú, že mali osobitný právny vývoj (s. 19) a preto je škoda, že v učebnom texte absentujú.

Metodiku štruktúry výkladu pri jednotlivých územných celkoch nemožno dešifrovať celkom bez ťažkostí. Zatiaľ čo v prípade Byzantskej ríše a Franskej ríše je dodržaná systematika z prvej časti učebnice, rozbor ďalších územných celkov už celkom tejto systematike nezodpovedá. Zdá sa, že autori sa od systematiky museli odchýliť z dôvodu, že do jednej časti sústredili značne odlišné dejinné obdobia stredoveku a novoveku ako aj prvej polovice 20. storočia. Ďalším dôvodom môže byť aj to, že zatiaľ čo prvá časť učebnice pochádza z pera prevažne jedného člena autorského kolektívu, na vypracovaní druhej časti učebnice sa už všetci členovia autorského kolektívu podieľali rovnomernejšie. Dôsledkom toho sa v druhej časti učebnice pri jednotlivých územných celkoch stretáme napríklad s členením na feudálne obdobie a obdobie revolúcie (Francúzsko), ústavný vývoj a právny vývoj (Anglicko/Veľká Británia a U.S.A) alebo na vývoj štátnej organizácie a právny vývoj (Nemecko, Rusko) a podobne.

Ako už recenzia naznačila na svojom začiatku, celkový obraz o kvalite učebnice „Svetové dejiny štátu a práva“ poskytnú až výsledky jej aplikácie v praxi. Predpoklady pre úspech však učebnica, napriek niektorým nedostatkom, bezpochyby má. Všetci traja spoluautori do primeraného, pre štúdium vhodne zvoleného rozsahu odborným, no zároveň pútavým a zrozumiteľným jazykom sústredili dejiny štátu a práva tých najvýznamnejších územných celkov súvisiacich s dejinami takzvanej západnej civilizácie. Dokázali vyabstrahovať najzaujímavejšie zovšeobecnenia vývoja štátu a práva bez toho, aby rezignovali na niektoré jeho individuálne črty a osobitosti. Veľmi dobre spracovanú obsahovú stránku dopĺňa vhodne zvolená, prehľadná štruktúra knihy. Autori sa nevyhli ani niektorým chybám a koncepčným nedostatkom tak po obsahovej ako aj štrukturálnej stránke, čo však možno pripísať na vrub skutočnosti, že ide o prvé vydanie učebnice, pričom na prípadné ďalšie nedostatky (ale rovnako aj kvality) učebnica ešte musí upozorniť v rámci výučbovej praxe. Nám zostáva dodať iba toľko, že učebnica svetových dejín štátu a práva z pera autorov Petra Vyšného, Jána Puchovského a Ivany Šoškovéj bude určite vítanou pomôckou pri výučbe dejín štátu a práva, ale aj pri právno-historickom a historickom bádání vôbec.

JUDr. Ján Drgo, PhD.

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

**Barton Benjamin H. The lawyer-judge bias in the American legal system.
New York: Cambridge University Press, 2011, 303 s.**

„*Soudci milují advokáty.*“ Tak prejmenovali knihu *The lawyer-judge bias in the American legal system* venujúci sa vzťahu amerických sudcov k americkým advokátom dvě dcery B. H. Bartona v dobe, kdy ji psal.¹ A přesně tak bychom stručně a pregnantně mohli vyjádřit hlavní myšlenku této třísetstránkové publikace. Autor v ní chce dokázat, že američtí soudci straní americkým advokátům a že tato favorizace má významný dopad na právní prostředí Spojených států. Činí tak v rámci 12 kapitol, ve kterých nabízí nejprve teoretické odůvodnění předpojatosti

¹ Benjamin H. Barton působí jako *Director of Clinical Programs and Professor of Law at The University of Tennessee College of Law*. Kniha vyšla jako jeho první samostatná knižní publikace v roce 2011. Opětovně vydána byla v roce 2013. Ve svých textech se Barton vedle jiného věnuje profesní etice advokátů a způsobům regulace výkonu jejich profese.

soudců ve prospěch advokátů (kapitoly 1, 2), následně podepřené vybranými soudními rozhodnutími z rozličných oblastí (civilní, trestní, obchodní a procesní právo a regulace profesní etiky advokátů; kapitoly 3–9), aby nakonec mohl uvést a rozebrat dopady předpojatosti na dvou příkladech z „běžného“ života (kapitoly 10 a 11).² Závěr knihy tvoří návrhy možných řešení nepříznivé situace (kapitola 12).

Soudce advokátu bratrem

Barton se v úvodu knihy zamýšlí nad vztahem advokátů a soudců. Za pomoci analýzy orámované poznatky teorie veřejné volby (*public choice theory*), nového institucionalismu (*new institutionalism*) a teorie her (*game theory*) dospívá k závěru, že soudci mají k advokátům blíže, než ke kterémukoli jinému povolání. Z toho dovozuje, že dostanou-li příležitost, ve svých rozhodnutích upřednostní zájem advokátů před zájmem veřejným.³ Čím si advokáti zvláštní jednání zasloužili? Předně tím, že se drtivá většina amerických soudců rekrutuje z řad advokátů. Soudcovská nestrannost ve věcech týkajících se advokátního stavu je tak ohrožena – soudce s advokáty soucítí, zná totiž „břímě“ profese, neboť jej sám nosil.

Dalším důvodem je prostý fakt významu role advokáta v americkém procesu – advokát navrhuje důkazy, provádí právní analýzy a řešerše, předkládá systematická odůvodnění vlastních závěrů. Soudci pak při rozhodování postačuje přiklonit se k jedné nebo druhé straně sporu s tím, že většinu práce za něj již advokát odvedl. Je tedy nasnadě, že soudci vůči advokátům budou pocítovat zvýšenou míru sympatií.

Se vzájemným setkáváním soudců a advokátů souvisí i další *Bartonovo* odůvodnění podjatosti. Soudní spor jakožto formalizované jednání s sebou přináší v obecné rovině účast soudce, advokátů a stran. Zatímco strany se v různých řízeních mění, soudci a advokáti mohou odůvodněně předpokládat, že se budou v řízeních opětovně potkávat. Zvýšená míra zdvořilosti by nás tedy v jejich vzájemném jednání neměla zaskočit.

I advokáti však nezůstávají v tomto ohledu stát stranou. Na příkladech *Barton* ukazuje, že naskytne-li se možnost lobbovat ve prospěch soudců, profesní organizace advokátů této příležitosti využijí.⁴ Soudci tak mají další důvod projevovat advokátům sympatie.

Státní soudci (kteří se většinou od soudců federálních ustavují do funkce volbou) jsou advokátům zavázáni především. Byly to zpravidla profesní organizace advokátů, které pomohly soudcům obléci talár – ony se totiž před soudcovskými volbami k jednotlivým kandidátům vyjadřují a jejich vyjádření může významnou měrou kandidátovi při volbě prospět. Nezanedbatelnou roli hraje i to, že právě advokáti patří mezi nejvýznamnější donátory soudcovských kampaní.

² Neboť se z důvodu rozsahu recenze nebudeme moci těmto kapitolám blíže věnovat, uvedme na okraj spěšný popis obou z nich. První kapitola se věnuje skandálu společnosti Enron. Barton si všímá, že zatímco na krachu společnosti (respektive na vytváření nepřehledných sítí maskujících protiprávní postupy společnosti) se podíleli účetní a advokáti společně, penalizace advokátů za tuto činnost byla nepoměrně vlídnější (zanedbatelné finanční sankce) než penalizace účetních (zákazy činnosti). Druhá z kapitol rozebírá problematiku komplexnosti práva. Autor konstatuje, že současné americké právo trpí neodůvodněně vysokou mírou komplexnosti, která způsobuje jeho nepřehlednost. Vinni vytvářením komplexnosti jsou soudci, neboť přistupují na „hru“ advokátů. Ti se v honbě za vítězstvím ve „svém“ sporu snaží vyhýbat všem dosavadním (nevyhovujícím) soudním závěrům týkajících se podobných případů. Hledají v nich odlišnosti, na základě kterých po soudcích vyžadují vydání odlišného rozhodnutí. Soudci pak (protože jsou sami advokáty – k tomu více text níže) nejen že této hře nevzdorují, ale protože je jim milá, ji naopak podporují. Tím umožňují, že každý rozhodnutý spor způsobí potenciální nárůst masivy amerického práva.

³ Pro účely knihy autor zájmem advokátů rozumí zjednodušeně zájem advokátního stavu, respektive profesních organizací advokátů, nikoli zájem konkrétního advokáta.

⁴ Jako ukázka mohou posloužit opakované snahy *American Bar Association* o zvýšení soudcovských platů.

V neposlední řadě *Barton* upozorňuje na institucionální pojitko mezi soudci a advokáty. Vzhledem k tomu, že soudci pochází z advokátního stavu a prošli tedy totožnou výchovou (respektive neprošli žádnou významnou převýchovou, což znamená, že jejich způsob myšlení odpovídá způsobu myšlení advokátů) sdílí s advokáty stejné komunitní prostředí – uvažují-li soudci o advokátech, uvažují v kategorii „my“. (Zatímco uvažují-li soudci o klientech advokátů, uvažují v kategorii „oni“.)

Předpojatost v soudních rozhodnutích

Jak jsme již řekli výše, svá teoretická tvrzení podporuje *Barton* příklady ze soudní praxe. Přestože jich v knize najdeme nespočet, pro účely ilustrace nám postačí zmínit jen některé.

Autor si například opakovaně všímá toho, jak soudci advokátům potvrzují výsady, jež ostatním povoláním buď nepřiznávají vůbec anebo přiznávají s výhradami. Zřetelně je tato tendence patrná u problematiky právní ochrany důvěrnosti vztahu. Zatímco vztahy doktor–pacient či kněz–věřící chrání právo zákonné, ochranu vztahu advokát–klient dovozují soudy z *common law*. (Soudy tak ostatně činí nejen ve věci vztahu advokát–klient, ale ve všech věcech týkajících se regulace výkonu advokátského řemesla, čímž fakticky omezují zákonodárce v jeho snahách o regulaci povolání.) Tento posun se v praxi projevuje praktickou neprolomitelností důvěrnosti vztahu u advokátů a naopak oslabením jistoty důvěrnosti u ostatních povolání.⁵ Ještě slabší, respektive žádná právní ochrana svědčí vztahům účetní–klient a novinář–zdroj. Přitom dle *Bartona* ve všech vyjmenovaných vztazích nalézáme stejný zájem společnosti na zachování jejich důvěrnosti.

Vedle zajišťování takovýchto a dalších komfortních podmínek pro výkon advokátní praxe se soudy zaslouhují i o to, aby advokáti měli práce dostatek, což pěkně znázorňuje další z příkladů. Z důvodu společensky nepřijatelné praxe vymáhání dluhů ve Spojených státech⁶ se zákonodárce rozhodl tuto činnost regulovat. Stalo se tak prostřednictvím *Fair Debt Collection Practices Act*, který (nejen) uvedené praktiky zapovídal. Advokáti byli nicméně z působnosti zákona vyňati, což v důsledku vedlo k tomu, že při vymáhání dluhů používali právě (ostatním vymáhajícím) zakázané prostředky. I tento stav Kongres reflektoval a rozšířil působnost zákona i na advokáty, což zákonitě vyvolalo obranou reakci advokátů. K ústavnosti takové úpravy tak v posledku musel promluvit Nejvyšší soud, který sice potvrdil možnost aplikace zákona na advokáty, nicméně současně jej limitoval, a to pouze na ty advokáty, které je možné kvalifikovat jako vymahače dluhů (*debt collectors*). Tím privilegium advokátům fakticky zachoval, neboť otázku, jak se takový advokát pozná, ponechal soud nezodpovězenou.

Za další projev předpojatosti autor označuje způsob, jakým se soudy vyrovnávají s žalobami nárokujejícími odškodnění za vadně poskytnutou právní službu. Ukazuje, že soudní praxe nabízí žalobci jen malou šanci prokázat, že jemu poskytnutá právní pomoc trpěla nedostatky, respektive že byla protiprávní. Vrcholným příkladem řečeného budiž argumentace texaského odvolacího soudu (*Fourteenth Court of Appeals*), který posuzoval případ advokáta, jenž při trestním procesu usnul. Soud uvedl, že i spánek advokáta může být strategickým tahem (*strategic move*), neboť spící advokát může v konečném důsledku vyvolat v porotě libost k jeho klientovi.⁷

⁵ Američtí lékaři například mají, na rozdíl od amerických advokátů, povinnost hlásit bez ohledu na důvěrnost vztahu podezření ze zneužívání.

⁶ Docházelo například k psychickému nátlaku na dlužníky (telefonování v brzkých ranních hodinách, sdělování informací o dluhu a dlužníkovi rodině či zaměstnavateli dlužníka apod.).

⁷ Nádavkem soud vytvořil tříkrokový test, kterým napříště mají žalovaní spící advokáti při jednáních projít (1. Spí při jednáních často? 2. Jedná se o hluboký spánek nebo jen podřimování? 3. Spí v době, kdy jde o klíčovou část procesu?).

Nerovnost je třeba eliminovat

Předestřené příklady vedou *Bartona* k závěru o nespravedlnosti amerického právního systému. Autorův poměrně radikální tón z předcházejících kapitol se však v kapitole poslední posouvá ke smířlivosti, když vysvětluje, v čem nespravedlnost spatřuje (nepřekvapivě v nerovnosti upřednostňující advokáty) a navrhuje řešení, jak se s ní pro budoucnost potýkat.

Namísto revolučního zvolání o nutnosti zrušení výsad advokátů navrhuje, aby tyto nenáležely automaticky všem bez rozdílu, ale aby byly omezeny jen na vybrané a řádně odůvodněné oblasti výkonu advokátní profese (které to jsou, nechává na další diskusi). Především ale uvádí, že ne veškerou nerovnost v demokracii musíme nezbytně považovat za neúčinnou. Stávající nerovnost však podle něj trpí tím, že ji založily svým rozhodováním soudy s odkazem na *common law*, nikoli zákonodárce v řádném legislativním procesu, což považuje za stav pro demokracii nepřijatelný.

Uměřenost nalezneme i v návrzích řešení situace. *Barton* sice zmiňuje téměř revoluční plán na změnu způsobu ustavování amerických soudců, jenž by měl americký systém více připodobnit systémům evropským, tj. zapojit více soudce-laiky (z důvodu zahrnutí pohledu nezúčastněného třetího) a stejně tak zavést oddělenou kariéru výchovu soudců (z důvodu zpřetrhání vazeb na advokáty).⁸ Vzápětí však dodává, že se jedná o řešení radikální a jen těžko proveditelné. Obrací se tedy proto na stávající soudce a veřejnost a do jejich rukou vkládá svou důvěru ve změnu systému. Soudcům věří, že (snad i) na základě jeho knihy si svou předpojatost začnou uvědomovat a v praxi se jí následně vyvarují. Veřejnosti důvěřuje v zásadě v tomtéž – veřejné uvědomění si předpojatosti povede ke společenskému tlaku na její eliminaci. Obojí by mělo americkému právnímu systému prospět při jeho cestě za ideálem spravedlnosti.

Několik čtenářových poznámek na okraj

Kniha *The lawyer-judge bias in the American legal system* si beze vší pochybnosti zaslouží pozornost každého, kdo se jen vzdáleně zajímá o problematiku právnických profesí. Ačkoli je kniha primárně míněna jako „obžaloba“ soudců z pokřívání rovnosti, jejím implicitním tématem je postavení advokátů v moderní společnosti. Na mnohých příkladech se zde testuje, zda je advokát skutečně vznešeným ochráncem a služebníkem spravedlnosti (jak o sobě mnozí advokáti rádi prohlašují) či zda se v průběhu času výkon advokátní profese neposunul k hodnot prostého byznysu (jak mnozí advokáti dokládají svým jednáním).

V celku je možné dílo hodnotit pozitivně, místy se však čtenář neubrání dojmu, že sám autor trpí předpojatostí vůči soudcům, která se projevuje snad až přehnanou horlivostí v hledání chyb současného systému. Ta následně ústí v ne vždy pochopitelnou argumentaci. Dokladem budiž základní předpoklad stanovící, že soudci mají zájem na ochraně advokátů, protože jim tyto usnadňují jejich práci. Zde implicitně musíme předpokládat, že se chrání *dobří* advokáti, tj. takoví, kteří svou činností skutečně soudu práci ulehčí. Jak si pak má ale čtenář vysvětlit řadu v knize uvedených ukázek potvrzujících, že soudci chrání i advokáty, kteří prokazatelně svoji profesi nezvládají? (Viz příklad se spícím advokátem výše.)⁹

⁸ Českého čtenáře potěší, že při vyjmenovávání evropských zemí, ze kterých by USA mohly při reformě čerpat, zmiňuje autor i Českou republiku.

⁹ Odpovědí se jistě nabízí více, například, že i příležitostně spící advokát je soudci užitečnější, než klient vůbec nezastoupený. Eventuálně připadá v úvahu (v knize na jiném místě zmíněné odůvodnění), že soudcovská předpojatost je tak silná, že soudci raději sami „trpí“, než aby potrestali advokáty. V prvním případě bychom však očekávali, že autor takové vysvětlení výslovně nabídne. V druhém bychom se opět museli ptát, zdali nám, zejména s odkazem na užívanou *public choice theory*, takové vysvětlení připadá dostačující.

Jako přehnané můžeme hodnotit i autorovo rozhořčení nad uzavřeností postupu přijímání legislativních změn týkajících se jednotlivých druhů procesů (odvolací, insolvenční atd.). Ty připravují týmy složené zejména z právníků a připomínkují je opět zejména právníci. Podjatost takto složených skupin je sice očividná, jak ale autor v následujícím textu sám uvádí, do připomínkového procesu se může zapojit kterýkoli jednotlivec či skupina, která o to požádá. Pro rozhořčení zde tedy není místo. (Nehledě k tomu, že případné změny musí následně projít běžným legislativním procesem.)

Přestože dvě právě uvedené ukázky horlivosti nejsou ukázkami jedinými, hlavní autorovo sdělení významně nerozměňují. Tím spíš, že horlivost může úzce souviset s naléhavostí popisovaného problému. I domácí čtenář si tak z *Bartonovy* knihy může – přes veškerou rozdílnost systémů USA a ČR – odnést mnohé inspirace k úvahám o vztahu právníků ke spravedlnosti a jeho projevech v praxi.

Recenze vznikla v rámci GA ČR č. P408/12/1255 „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn“.

Mgr. Tomáš Friedel
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze



OCENĚNÍ ZA NEJLEPŠÍ STAŤ

uverejňenou v čísle 10/2014, které vyšlo u příležitosti stého výročí úmrtí Antonína Randy a zařazenou do autorské soutěže,

získal

JUDr. PAVEL SALÁK, Ph.D.

za pojednání

Vlastnické právo k pokladu

Cenu autor obdržel na slavnostním předávání cen Randovy nadace v Karolinu 30. října 2014.

Redakce časopisu blahopřeje Pavlu Salákovi k dosaženému úspěchu.

Jan Kysela

The Future of the State and its Legal Authority

State as a Giant on Feet of Clay

Delayed Notes on the Series on the Future of Modern State

Abstract: This article is a belated addition to the discussion about role of state and its traditional attributes which took place last year. In the contemporary world, we are confronted with various types of states, e. g. modern, post-modern, or post-colonial. They differ in intensity of centralization of public power and in nature of political nation. In Europe, in particular, there are states, which are strong, be it because of the tasks they perform or the expectations they raise. But these states are at the same time weak because of various types of limits. From the external point of view we could mention increasing importance of international law, globalization or European integration. Regarding internal limits, what is important is the gradual weakening of trust in state and in general interest, strengthening of judicial power at the expense of political powers of the state or almost un-regulated social powers (corporations, media etc.). Human rights belong to both groups. The shift from homogenous societies in some states to plurality of ethnically or religiously segmented sub-cultures plays key role.

Key words: state, limited power, human rights, international community, european integration, globalization

Ivo Telec

Scarcity, Uniqueness and Intellectual Property

Abstract: The paper is devoted to the concept of scarcity, uniqueness and the intellectual property. The author's view is maintained in the terms of the recent Czech law, in particular the new Civil Code of 2012. The theme is analyzed with respect to information society or network society. A substantial part of the text focuses on criticism of some ideas of the legal information philosophies directed against the traditional recognition of the intangible assets in the economic market. The content of the text is also dealing with a critical comparison of the former Soviet system, in particular the rights of the inventor, with some contemporary meanings of the so-called pirate political parties.

Key words: naturalness, uniqueness, scarcity, free will, intellectual property law, information society, information legal philosophy

Radek Píša

The Sovereignty of Parliament – still Alive?

Abstract: The Diceyan theory is based on absolute sovereignty imagined for the sake of absolute rulers by Bodin. In this scenario Parliament plays the role of a supreme gunman. This theory can be easily dismissed as old-fashioned. When Dicey is supposed to explain why officials are recognizing the supreme power of Parliament, he claims that Parliament possesses “political sovereignty”, which means it is supreme in reality. Although this attitude confuses the normative and descriptive point of view, I consider it to be somehow appealing as basically psychological description of certain mental structure. Furthermore, the paper describes clashes between Sir Ivor Jennings, Sir William Wade and others regarding the possible limitation by which Parliament could fetter upon itself. Three basic conceptions have been developed. William Wade claims that Parliament is limited by the rule that it cannot limit itself. Sir Ivor Jennings holds that Parliament can issue rules concerning its manner and form. Others, namely Nick Barber, think that any limitation is possible. In conclusion, I point out that Hart considered the judicial decision-making regarding highly sensitive constitutional matters as

a political act, but exceptional. According to Hart, courts have to gain sufficient legitimacy through the process of deciding ordinary cases. That means they are legitimized by technocratic procedure, which contrasts with Diceyan conception of political power as a source of legal sovereignty.

Key words: *sovereignty, parliament, custom, common law*

Karel Eliáš

On Justification of the Independence of the Application of Private Law on the Application of Public Law

Abstract: *The Czech Civil Code, in its first paragraph, provided that the exercise of private rights is independent of the application of public law. This is justified by the fact that the doctrine in place during 1949 to 1989, was based in the position that in the socialist legal system, there is no dualism, because socialist law is unified. This doctrine is still operative, as is apparent in particular from the jurisprudence on the invalidity of contracts. Author argues that the idea of the unity of the legal order can not be justified i.e. by the conclusion of nullity of the contract defining land as an object of purchase otherwise than required by the regulations of property rights in Land Register. Author offers other examples as well. The article explains the contents of the application of the rules on the independence of private law. Both private and public law is based on different values, different goals and are subject to different laws. Unity of the legal order does not mean uniformity. Private law, in societies linking their existence and development with free initiative of individuals, represents a sphere, from which public law as a special law grows and against which it performs its functions. Constitutional law and in particular the Charter of Fundamental Rights and Freedoms become basic bolts of law.*

Key words: *Civil Code, legal dualism, the autonomy of the will, the public interest, the common good, unity of the legal order*

KNIHY ÚSTAVU STÁTU A PRÁVA AV ČR



Z TIŠTĚNÉ ŘADY:

Malíř, Jan. *Právo veřejných podpor Evropské unie. Zákaz poskytování veřejných podpor a výjimky z tohoto zákazu*. Rok vydání: 2013, 304 s.

Adamová, Karolina – Lojek, Antonín. *Právní doby rudolfínské*. Rok vydání: 2013, 120 s.

Černý, David – Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. *Kmenové buňky – etické a právní aspekty výzkumu*. Rok vydání: 2013, 128 s.

Černý, David – Doležal, Adam. *Smrt a umírání. Etické, právní a medicínské otazníky na konci života*. Rok vydání: 2013, 252 s.

Jermanová, Helena – Cvrček, František (eds). *Metamorfózy práva ve střední Evropě III. Quo vadis Evropa?* Rok vydání: 2012, 456 s.

Halász, Ivan. *Mezinárodní migrácia, krajanja a volebné právo. Podoba a volebné hranice moderného politického spoločenstva v štátoch strednej Európy*. Rok vydání: 2011, 330 s.

Sobek, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Rok vydání: 2011, 620 s.

Masopust, Zdeněk (ed.). *Právo a stát na stránkách Právníka. 150 let právníckého časopisu*. Rok vydání: 2011, 453 s.

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

Z ELEKTRONICKÉ ŘADY eKNIHY:

Müllerová, Hana et al. *Public Participation in Environmental Decision-Making: implementation of the Aarhus Convention*. Rok vydání: 2013, 255 s.

Kotous, Jan – Munková, Gabriela – Štefko, Martin. *Obecné otázky sociální politiky*. Rok vydání: 2013, 169 s.

Hamerník, Pavel. *Sportovní právo. Hledání rovnováhy mezi specifickou sportovní úpravou a platným právem*. Rok vydání: 2012, 87 s.

Z ELEKTRONICKÉ ŘADY AD FONTES:

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

Tituly vydané v obou elektronických řadách jsou ke stažení zdarma na webových stránkách Ústavu státu a práva AV ČR v záložce Vydané knihy
<http://www.ilaw.cas.cz>