

Vojtěch Belling

POJEM SUVERENITY A JEHO RELEVANCE V ĚŘE POSTNACIONÁLNÍHO VLÁDNUTÍ

Abstrakt: Zpochybnění či popření „klasických“ pojmů politické teorie a ústavního práva, jako je (národní) stát či suverenita, jejíž koncept se stal těžištěm debaty o postvestfálské státnosti, se staly běžným topos akademické diskuse posledních dvou desetiletí. Zatímco David Held si v roce 1996 postěžoval, že teoretici demokracie se takřka nevěnují otázce, nakolik může stát zůstat v centru myšlení o demokracii, stal se od té doby vztah mezi státem, demokracií a suverenitou předmětem řady zásadních prací. Poststrukturalističtí kritici suverenity, její redefinice v „metodologickém kosmopolitismu“, stejně jako radikálně-pluralistická transformace suverenity do podoby plurálních „nároků na suverenitu“ jsou výzvou pro klasická chápání tohoto pojmu. Přesto nemohou ani současné přístupy k „pozdní“ suverenitě postvestfálské epochy uniknout zásadním logickým obtížím při popisu kritických situací, v nichž se politické entity buď rekonstituují, nebo zachraňují před vlastním zánikem prostřednictvím mimořádných opatření porušujících jejich vlastní pravidla. V tomto článku se pokouším obhájit relevanci pojmu suverenity, nikoli však jako konceptu popisujícího materiální povahu mocenských vztahů, nýbrž jako normativního pojmu, jehož smysl spočívá v imaginaci sociální a politické reality. Suverenita jako prostředek této imaginace umožňuje legitimizaci politických systémů, v níž lze uchovat paralelní vztah mezi principem demokracie a principem právního státu, který je v alternativních konceptech legitimacy zásadně zpochybněn.

Klíčová slova: suverenita, stát, legitimita, kosmopolitismus, radikální demokracie

KRIZE TRADIČNÍHO POJMOSLOVÍ POLITICKÉ A PRÁVNÍ TEORIE

Stalo se oblíbenou figurou posledních let hovořit o „zániku“ či alespoň „proměně“ tradičních pojmů „klasické“ politické teorie a státovědy. Důvodem má být skutečnost, že tyto pojmy nejsou schopny adekvátně a pravdivě popsat současnou realitu mocenských vztahů ve světě, definovaném pluralitním uspořádáním a ústupem státní moci ve prospěch nadnárodních organizací či nejrůznějších zájmových skupin. Nepřiklonit se k zástupům autorů hovořících o nutnosti užívání nového pojmosloví, nebo alespoň potřebě doplňovat tradiční výrazy politické teorie a ústavní vědy adjektivy „nový“, „plurální“ nebo rovnou „postmoderní“ je dnes takřka činem revolty. Teoretici proklamující nový kosmopolitní řád „postnacionální konstelace“¹ a kosmopolitního globálního vládnutí a globálních lidských práv² i protagonisté pluralistického „disordre of ordres“ bez jakékoli

¹ HABERMAS, J. *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1998.

² Klasicky např. ALBROW, M. *The Global Age: State and Society Beyond Modernity*. Stanford, 1996; BECK, U. *Perspektiven der Weltgesellschaft*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1998; HELD, D. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*. Stanford: Stanford University Press, 1995; ARCHIBUGI, D. – HELD, D. *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Viz též velmi zajímavý sborník HOLDEN, B. (ed.). *Global Democracy: Key Debates*. London: Routledge, 2000 (ovšem i s některými texty radikálně popírajícími kosmopolitní diskurs). V češtině zaujme též práce FINE, R. *Kosmopolitismus. Základní ideje globálního uspořádání*. Praha: Filosofia, 2011, v níž autor polemizuje s kosmopolitismem založeným na doplnění tradičních sebeidentifikací se státem sounáležitostí s univerzálním celkem a navrhuje „silnější“ formu kosmopolitismu neslučitelnou s existujícími formami národního státu. Samozřejmě již na tomto místě se sluší dodat, že v současné sociální, politické a právní teorii hlásící se k různým formám postnacionálního a globálního vládnutí nebo tyto formy pokládající za fenomén současnosti jako holé faktum existuje celá řada různých názorových proudů a podproudů kosmopolitismu, často se vzájemně silně kritizujících.

(byť globální) jednotící ideje³ se shodují v zásadním zpochybnění tradičního pojmosloví politické vědy i ústavního práva, jemuž je vyčítán inherentní „*metodologický nacionalismus*“.⁴ Nemá přitom jít pouze o klasické pojmy spojené s existencí moderního národního státu (jako je sám stát, lid, národ, reprezentace lidu apod.), ale také o klasické adresáty definované rámcem svého státu/národa, jako jsou vlády, sociální třídy, politické strany, sociální hnutí: „*V epoše globalizace je metodologický nacionalismus antikvován nejen jako pojmový rámec, ale též ve vztahu k adresátům*“, praví Ulrich Beck.⁵ Namísto něj je prý nutné konstituovat nový politický subjekt lidstva jako celku.⁶ Přežívání pojmosloví spojeného s klasickou státovedou a politickou teorií je vnímáno jako něco nepatřičného, jakýsi relikv minulosti, jehož je třeba se zbavit. Lze tu vzpomenout na legendární povzdech Michela Foucaulta, že přes odstranění monarchií jsme stále nebyli schopni „*setnout králi hlavu*“, tedy odstranit suverenistický, se státem a národem spojený diskurs moderny.⁷

Jistým paradoxem je, že vlajku tradičního pojmosloví se dnes snaží udržet krajně levicový myšlenkový proud hlásící se k tzv. radikální demokracii, který se vymezuje právě vůči postmoderním proklamacím konce moderní politiky a nového kosmopolitního řádu.⁸ Zatímco však tato nová radikální filozofie spojená se jmény Clauda Leforta, Alaina Badioua, Jacquese Rancièra či, v nejkontroverznější podobě, Slavoje Žižeka představuje dnes intelektuální avantgardu, dominuje v sociální, politické i právní teorii právě mainstreamový postnacionální diskurs, jenž vyhláší konec klasických identit založených na vyloučení cizího a hledá právo bez suverenity a násilí⁹ a inkluzi bez vyloučení.¹⁰ Pojmy jako „národ“

³ Viz např. WALKER, N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *International Journal of Constitutional Law*. 2008, roč. 6, s. 373–396; TÝŽ. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, roč. 65, s. 317–352; LINDAHL, H. A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries. In: Ronald Tinnevelt – Helder de Schutter (ed.). *Global Democracy and Exclusion*. Chichester: Wiley – Blackwell, 2011, s. 117–148.

⁴ Tento pojem do současného politického a právního myšlení zavedl Ulrich Beck ve svých různých textech. Viz zejména BECK, U. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1997; TÝŽ. *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2004; či novější práci reagující na výtky jiných autorů (mj. výše zmiňovaného R. Fine): BECK, U. – GRANDE, E. Jenseits des methodologischen Nationalismus: Außereuropäische und europäische Varianten der zweiten Moderne. *Soziale Welt*. 2010, roč. 61, s. 187–216. Srov. dále WIMMER, A. – GLICK SCHILLER, N. Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Sciences. *Global Networks*. 2002, roč. 2, s. 301–334.

⁵ BECK, U. – GRANDE, E. *Jenseits des methodologischen Nationalismus*, s. 208.

⁶ *Ibidem*, s. 206; z jiného úhlu, ale se stejným závěrem viz FINE, R. *Kosmopolitismus*, s. 27.

⁷ FOUCAULT, M. *Dějiny sexuality I. Vilek vědění*. Praha: Hermann a synové, 1999, s. 105. Podobně i DERRIDA, J. – ROUDINESCO, E. *De quoi demain... Paris: Champs/Flammarion*, 2001, s. 149. Nutno říci, že oba autoři byli výrazně ovlivněni specifickou realitou francouzské společnosti, jež přes své neutuchající sebevztahování k ideám Revoluce patří mezi nejvíce sociálně stratifikované společnosti Evropy, v níž je prostupnost mezi jednotlivými sociálními skupinami omezenější než kdekoliv jinde. Přesto lze jejich závěr interpretovat jako obecnou výtku vůči současnému (či spíše tehdejšímu) způsobu politického myšlení.

⁸ Viz k tomuto paradoxu BELLING, V. Pluralistický fundamentalismus nebo návrat subjektu do ústavní reality? In: Jiří Příbáň – Pavel Holländer (ed.). *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Slon, 2011, s. 242–252. K textům radikálně demokratických autorů přístupným dnes i českému čtenáři náleží zvláště ŽIŽEK, S. *Nepolapitelný subjekt*. Chomutov: Luboš Marek, 2006; RANCIÈRE, J. *Neshoda. Politika a filozofie*. Praha: Svoboda Servis, 2012 a LACLAU, E. *Emancipace a radikální demokracie*. Praha: Karolinum, 2013.

⁹ Srov. LOICK, D. *Kritik der Souveränität*. Frankfurt/Main: Campus, 2012, s. 282nn.

¹⁰ HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1996.

či „lid“ se tu stávají nanejvýš problematickými. Často je to i důsledkem vědecké metody. Podstatná část apoštolů postnacionálního řádu pochází z řad sociálních věd, zatímco právní věda se ukazuje vůči paradigmatickým změnám daleko rezistentnější. „Národ“ či „lid“ ve státovědě a ústavní vědě má ostatně jinou konotaci, jiný kontext a jiný historický základ než „národ“ v sociologii či kulturologii. Na druhé straně ale nelze také jednoduše říci, že jde o zcela jiné významy a dále se pohybovat v uzavřeném poli té či oné perspektivy.¹¹ Existuje tu totiž jejich úzké propojení, jež reaguje na komplexní vztah mezi deskripcí a preskripcí. Studium pojmu „národ“ v sociologickém pojetí nelze oprostit od politického rozměru (třeba když národ označíme za produkt nacionalismu,¹² nebo za výsledek imaginativního konstruování reality v politickém kontextu¹³), právě jako se naopak v právní analýze těžko můžeme ubránit sociologické a politologické dimenzi.¹⁴ Mnohé rozpory vznikají právě z podcenění dynamiky, jež z tohoto napětí vyplývá.¹⁵

¹¹ To by byl případ přísně pozitivistického ztotožnění národa v právní vědě pouze se „státním lidem“ ve smyslu „národa státních občanů“ definovaných pouze a jen platným právem státního občanství. Klasický pozitivismus zaujímal teorii duality normativního (právního) a faktického (sociologického) uchopení státu i národa s tím, že sociologický element předchází právnímu (JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. 3. vyd. Berlin: O. Häring, 1914; STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. II. München: Beck, 1991, s. 451nn. Kelsenův radikální pozitivismus pak obě sféry již přísně odděluje (KELSEN, H. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. 2. vyd. Tübingen: Mohr und Siebeck, 1928). Nicméně, jak dále uvidím, ani toto radikální oddělení, jakkoli samozřejmě logicky vede k oddělení práva a moci, práva a sociologie/politologie (aniž by pak mohlo řešit jakékoli otázky mimo sféru pozitivního práva), neeliminuje prvek normativity mimo sféru práva, tedy ani normativní dimenze v pojmosloví politické i právní teorie. Uzavírá pouze právní vědu jako specifický podobor věnovaný pozitivní normativitě, ale ponechává samozřejmě filosofii, sociologii i politologii nadále otevřenou dynamice vztahu preskriptivních a deskriptivních pohledů.

¹² Viz klasicky GELLNER, A. *Národy a nacionalismus*. Praha: Hříbal, 1993, s. 62.

¹³ Viz ANDERSON, B. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London – New York: Verso, 1991. Česky: *Představy společenství. Úvahy o původu a šíření nacionalismu*. Praha: Karolinum, 2008.

¹⁴ Toho si byl vědom již např. Hermann HELLER, autor výběrné *Staatslehre* (vydané z pozůstalosti Gerhart Niemeyer, Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1934), jež je nejen právním textem, ale současně i jedním z prvních politologických děl – srov. BLEEK, W. *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*. München: Beck, 2001, s. 216nn.

¹⁵ Konkrétním příkladem může být známý text Rogerse BRUBAKERA o (kolektivní) identitě (*Beyond Identity. Theory and Society*. 2000, roč. 29, s. 1–47). Brubaker celkem přesně odhaluje, že postmoderní sociální věda se často dopouští inkonkvence, když se snaží na jedné straně identitu popsat jako „plurální“ a „tekutou“, čímž vyprazdňuje její obsah („if identity is everywhere, it is nowhere“, *ibidem*, s. 1), ale současně na druhé straně trvá na jejím užití jako analytické kategorie. Brubaker oproti tomu navrhuje pojem identity jako analytické kategorie opustit, neboť neodpovídá empirické realitě. Na druhé straně však nezpochybňuje, že tentýž pojem hraje stále zásadní roli jako politická kategorie a může být takto dále zkoumán. Takový pohled přesně vyjadřuje problém napětí mezi normativním a deskriptivním aspektem pojmů, který však nemůže být, podle mého názoru, řešen úplným oddělením obou perspektiv. I pokud neexistuje empiricky odhalitelná identita, lze s jejím pojmem pracovat, dokud má politickou a společenskou relevanci a ovlivňuje chod společnosti. Jak konstatuje Jean-Luc Nancy, i když identita neexistuje nikdy „o sobě“, jako cosi empiricky daného a neměnného, existuje „pro sebe“, v úzkém spojení právě se světem politiky (NANCY, J. L. *Identité: Fragments, franchises*. Paris: Galilée, 2010). Podobný problém platí právě v případě pojmů lidu a národa, kde opět často dochází mezi zastánci různých proudů (k jejich rámcovému přehledu pro českého čtenáře doporučuji vynikající čítanku textů Miroslava Hrocha (ed.). *Pohledy na národ a nacionalismu*. Praha: SLON, 2004) ke střetu vycházejícímu ze záměny národu coby pojmu, jež hraje zásadní roli v chápání sociální reality, ale i v jejím normativním uspořádání prostřednictvím práva a právních pojmů, a národu jakožto empiricky „dané“ entity. Nemám přitom na mysli záměnu mezi objektivizujícím a subjektivizujícím pojetím (byť i k ní dochází), nýbrž mezi deskriptivním (ať již ve smyslu národa jako kulturně-etnické nebo subjektivně-politické entity) a normativním prvkem téhož pojmu, které nikdy nelze od sebe radikálně oddělit.

V důsledku dominující vlny frontálního útoku na „tradiční“ politické myšlení a jemu (údajně) inherentní nacionalismus – kterážto ovšem v mnohém pouze oprašuje desítky let staré koncepty anglosaského pragmatismu a německého normativismu, či dokonce mnohem starší odkaz říšské publicistiky 17. století – jsou zpochybněny základní koncepty politické teorie, jako je reprezentace, vůle či zájem lidu a konečně i stát jako takový. Na prvním místě je to však klasický pojem suverenity, jenž je podroben zdrcující kritice, a to do té míry, do jaké je v nejobecnější rovině spojen s pojmem absolutnosti, neodvozenosti rozhodování nebo kompetence k poslednímu rozhodování.¹⁶ Vzájemné prostupování různých právních okruhů v současném světě s sebou nese paralelní (ko)existenci vícera mocenských aktérů na jednom místě. Jestliže na nadnárodní úrovni lze hovořit o vznikajícím „světovém étosu“¹⁷ či rovnou „konstitucionalizaci“ mezinárodního práva a lidských práv,¹⁸ která omezuje nezávislost států zvnějšku, pak na národní úrovni pluralita aktérů a identit zpochybňuje nárok „lidu“ či „národu“ (chápaného jako homogenní celek) na to, být výhradním zdrojem legitimacy a nositelem státní moci.

V tomto článku se pokusím v první části (kap. 1) nastínit základní rysy dominantní kritiky klasického pojmu suverenity, abych následně rozebral i jejich logické souvislosti a normativní konsekvence. Ve druhé části (kap. 2) se obrátím k otázce „klasické“ suverenity coby legitimačního jádra moderních ústavních řádů (včetně toho, nakolik lze vůbec o nějakém „klasickém“ pojmu suverenity hovořit), k možnosti hledání alternativních forem sociální legitimace a k tématu oddělení suverenity od státu. Na základě těchto analýz se pokusím ukázat, že suverenity je i v éře globalizace a sdílení svrchovaných pravomocí mezi státem a nadnárodními organizacemi pojmem, který je logickou součástí ústavního řádu a bez něž nelze myslet trvalou jednotu mezi demokracií a právním státem.

1. OD POPŘENÍ SUVERENITY K JEJÍ REDEFINICI

Nutno říci, že argumentace současných kritiků absolutního nároku suverenity na to, být normativně nijak neomezeným a neodvozeným zdrojem moci a práva na určitém území, navazuje na tradiční zpochybňování pojmu suverenity, která se datují již od dob Jeana Bodina. Argumentace kritiků francouzského státovědy se již tenkrát opírala

¹⁶ Je třeba přitom různé popisy „klasické“ suverenity diferencovat. Kompetence k poslednímu rozhodování je něčím zcela jiným než faktickým rozhodováním zbaveným předchozí právně zakotvené kompetence k němu. Právě jejich zaměňování vede k častým zmatením ohledně toho, co je vlastně předmětem kritiky suverenity (nebo její obhajoby). Srov. STOLLEIS, M. Souveränität – Geschichte und Aktualität eines Zentralbegriffs zur Formung des modernen Staates. *Deutsch-Israelische Juristenvereinigung e. V., Mitteilungen*. Ausgabe X. 2008, s. 20–25.

¹⁷ KÜNG, H. *Světový étos: projekt*. Zlín: Archa, 1992.

¹⁸ Kromě některých výše uvedených děl (viz pozn. 1 a 2) viz dále např. FROWEIN, J. A. Konstitutionalisierung des Völkerrechts. *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*. 2000, roč. 39, s. 427–445; NETTESHEIM, M. Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung: Überlegungen zum Entwicklungsstand des internationalen Wirtschaftsrechts. *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*. 2000, roč. 19, s. 205–208; ZANGL, B. Judizialisierung als Bestandteil internationaler Rechtsherrschaft: Theoretische Debatten. In: Týž (ed.). *Auf dem Weg zur internationalen Rechtsherrschaft? Streitbeilegung zwischen Recht und Politik*. Frankfurt/Main: Campus, 2009, s. 21nn; MEISTERHANS, N. *Eine weltbürgerliche Verfassung für die Weltgesellschaft? Zur herrschaftsbegründenden Konstitutionalisierung von Menschenrechten*. Diss. Bremen: Universität Bremen, 2005.

o faktické omezení panovnické moci stavovskými shromážděními a faktickou pluralitou moci ve společnosti.¹⁹ Namísto principiálního odmítnutí pojmu i termínu se však – i s ohledem na jeho rozšířenost a oblibu – většina kritiků rozhodla pro jeho relativizaci, tedy nahrazení významu přikládaného mu Bodinem (a později Hobbesem, Pufendorfem či Rousseauem) jiným obsahem, v němž suverenity měla být spíše označením nejvyšší existující autority v rámci ustaveného systému, než absolutní moci příslušející fiktivně existujícímu lidu. Díky tomu spolu v celé raně novověké politické a právní teorii koexistovala dvě zcela rozdílná chápání nejvyšší moci: jednou ve smyslu absolutní moci státu jako fiktivního celku, podruhé jako moci empiricky přítomného společenství lidu a jím vytvořených autorit. Kritika Bodinova a Hobbesova pojetí šla tak ruku v ruce s proklamací duální (Limnaeus, Bezold, Lawson) či omezené (Constant) suverenity. Jak však řečeno, je nutno mít na paměti, že toto sdílení, dělení a omezování se vztahuje ke zcela jinému druhu moci než tomu, který měl na mysli právě Bodin, Hobbes či Rousseau. To pochopila pozdější kritika suverenity (spojená se jmény Huga Preuße, Leóna Duguíta, Huga Krabbeho, Harolda Laskiho či Hanse Kelsena), jež proto namísto zmatení způsobeného s pojmy sdílení a omezování suverenity upřednostnila opuštění užívání samotného slova, či suverenity striktně omezila jen na oblast relativního nároku právního řádu na vlastní platnost.²⁰

K radikálnímu kroku úplné eliminace samotného pojmu a výrazu suverenity se odhodlal ve 20. letech Hans Kelsen, který označil pojmy suverenity, reprezentace a (na legalitě nezávislé) legitimacy za neúnosné koncepty, jež jsou založené na fikci jednotného lidu.²¹ Radikalizoval tak, či spíše dovedl do logického důsledku dlouhou tradici pokusů o vytěsnění významu pojmu suverenity z teoretického diskursu. Na rozdíl od těch, kdo proti klasické absolutní suverenitě kladli princip omezené suverenity, Kelsen pokládal samotný pojem nejvyšší moci za relikv teologie, ne nepodobně Carlu Schmittovi.²² Pojem suver-

¹⁹ Poprvé např. ARNISAELUS, J. *Doctrina politica, in genuinam methodum, quae est Aristotelis reducta*. Francofurti, 1606, dále LIMNAEUS, J. *Dissertatio apologetica de statu imperii Romano-Germanici*. Onolzbach (Ansbach), 1643, ALTHUSIUS, J. *Politik*. Berlin: Dieter Wyduckel, 2003.

²⁰ PREUß, H. *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*. Berlin: Springer 1889 [repr. 2013], s. 95; KRABBE, H. *Die Lehre von der Rechtssoveränität*. Groningen: J. B. Wolters, 1906; TÝŽ. *The Modern Idea of State*. New York – London: D. Appleton, 1922; DUGUIT, L. *Souveraineté et Liberté. Lectures tenues à l'Université Columbia (New York) 1920–1921*. Paris: Alcan, 1922; KELSEN, H. *Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1920; TÝŽ. *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*. In: Hanns Kurz (ed.). *Volkssouveränität und Staatssouveränität*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970, s. 164–178; TÝŽ. *Das Problem des Parlamentarismus*. Wien – Leipzig: Braumüller, 1926. V podobném smyslu též ovšem také SCHEUNER, U. *Staat und Staatengemeinschaft. Blätter für deutsche Philosophie*. 1931, roč. 5, s. 255–269.

²¹ Viz např. KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1920.

²² KELSEN, H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. vyd. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1923, 395nn; TÝŽ. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, s. 219nn; SCHMITT, C. *Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie*. In: Melchior Palai (ed.). *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*. II. München – Leipzig: Dunker und Humblot, 1923, s. 5–35. Zatímco však Kelsen pokládal teologickou povahu základních pojmů státovědy za důvod pro jejich zásadní zpochybnění jako kategorií použitelných pro „čistou“ právní vědu nezatíženou jakoukoli metafyzikou, Schmitt uchovil sekularizaci teologických pojmů jako fenomén inherentní celé moderní éře, který nelze jednoduše eliminovat. Viz kriticky k problémům takto pojaté teorie sekularizace BLUMENBERG, H. *Die Legitimität der Neuzeit*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1966, zvl. s. 99nn. Ke vztahu Kelsena a Schmitta v otázce teologické povahy pojmů státovědy viz NEUMANN, V. *Theologie als staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt*. *Der Staat*. 2008, roč. 47, s. 163–186.

nity se podle něj hodil pouze jako označení autonomie ústavního řádu, aniž by jej však bylo možno použít pro jakýkoli druh moci, který by existujícímu řádu logicky či časově předcházela. Postulát, že politický lid je třeba pokládat za suverénní homogenní entitu existující na úrovni transcendence, která je prostřednictvím parlamentu empiricky zpřítomněna, pokládal Kelsen za nesmyslný, neboť odkazuje do sféry fikce či ideální reality.²³

Zatímco ve slavném právním „sporů o metodu“ v meziválečné éře představovala Kelsenova pozice spíše krajní postoj,²⁴ po druhé světové válce z Kelsenových postulátů implicitně či explicitně vyšla celá řada autorů, zvláště v oblasti politických a sociálních věd.²⁵ Ostatně ani slavný Schumpeterův koncept „demokratické metody“ se v důvodech odmítnutí pojmosloví klasické politické teorie a státovědy příliš neliší od popsaného Kelsenova pojetí, včetně z něj vyplývajících důsledků.²⁶ Od 60. let se odmítnutí „klasických“ teorií demokracie a státu založených na pojmech suverenity a reprezentace stalo v politické teorii převažujícím názorem. Naopak právní teorie zůstávala, s výjimkou anglosaského prostředí,²⁷ vůči postulátům normativismu dlouhou dobu daleko rezistentnější. Jakkoli je právě právní věda, zejména ta německá, dosud díky vlivu Hermanna Hellera, Rudolfa Smenda, Carla Schmitta a samozřejmě všudypřítomného Hegela dosud vědním oborem, v němž nalezneme nejhlásitější zastávce „diskursu suverenity“,²⁸ nelze ovšem zpochybnit, že i zde je v současnosti pojmové instrumentarium tradiční, se suverenitou spojené ústavní teorie předmětem masivní metodologické kritiky.

Tato kritika nepředstavuje samozřejmě jednolitý proud. Tak jako se i v minulosti Bodinův, Hobbesův či Hegelův koncept státu a suverenity setkával s kritikou z řad republikánských příznivců aristotelského „přirozeného“ společenství (Althusius, Lawson),

²³ KELSEN, H. *Das Problem des Parlamentarismus*, s. 8.

²⁴ Srov. STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*. München: Beck, 1999, s. 153nn, zvl. s. 169nn. To však samozřejmě neznámá, že by nezaznívala kritika pojmů klasické právní a politické teorie i z jiných stran. Paradoxně to byla zejména nacistická právní věda, jež se rovněž odhodlala k útoku na tradiční pojmosloví státovědy. Tím nemám na mysli ani tolik Carla Schmitta (jakkoli ani on neváhal v době nacismu nazvat reprezentaci „barokní ideou“ nepoužitelnou pro současnost), ale bytostně rasisticky orientované právníky, jako např. Reinharda Höhna, který napadl (údajně) abstraktní způsob myšlení dosavadní právní vědy a odmítl jakékoli pojmy, jež nemají svůj základ v empirické realitě národa existujícího nikoli jako ideální jednota, ale jako zcela konkrétní masa spojená rasovými prvky (viz HÖHN, R. *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson*. Berlin: C. Heymann, 1935; podobně TÝŽ. *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, s. 39).

²⁵ K ideové a logické návaznosti současného pluralismu s Kelsenovým normativismem viz VAN OOOYEN, R. Chr. *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*. Berlin, 2003.

²⁶ SCHUMPETER, J. *Kapitalismus, socialismus a demokracie*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2004. Schumpetera označoval v tomto kontextu za následovníka Kelsenova pozitivismu také Wilhelm Röpke (cit. podle: HENNECKE, H.-J. *Wilhelm Röpke. Ein Leben in der Brandung*. Stuttgart: Schäfer – Poeschel, 2005, s. 255). Podobnost spočívá právě ve společném východisku autorů z pouze empirické reality a negaci jakéhokoli konceptu vůle lidu, obecného dobra (jakkoli oba pojmy jsou samy radikálně odlišné) či lidu odlišného od empirické společnosti. Schumpeterova metoda je samozřejmě ještě radikálnější v tom, že odmítá koncept obecného dobra lidu akceptovat jako normativní vodítko i ve formě pouhé výslednice různorodých společenských zájmů v duchu utilitarismu. Stejně jako Kelsen považuje ovšem Schumpeter parlamentarismus nikoli za metodu artikulace vůle lidu prostřednictvím reprezentace, nýbrž jako proceduru vlastní tvorby vůle lidu a státu.

²⁷ Připomeňme alespoň klasický text z r. 1961: HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010.

²⁸ Viz v posledních dobách např. HILLGRUBER, Chr. Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs. *Juristenzeitung*, 2002, roč. 22, s. 1072–1080; GRIMM, D. *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin: Akademie Verlag, 2009; BALDUS, M. Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht. *Der Staat*, 1997, roč. 36, s. 381–398.

ze strany absolutistických teoretiků vlády z Boží milosti (Filmer, Bossuet) nebo teoretiků empirické moci materializovaného davu (Harrington, Spinoza), je i dnes třeba rozlišovat mezi odlišnými proudy, jež se z různých stran pouští do pojmu suverenity. Na jedné straně stojí ti, kdo pokládají představu centrality moci a práva, jejich odvozování z jednoho ideálního místa, za nebezpečný, násilně ideologicky prosazený (sebe)klam vládnoucích vrstev, který pouze zatemňuje vsudypřítomnost moci jakožto každodenního násilí. Právo opřené o koncept suverenity a suverénní ústavodárné moci lidu je tu – například u Jacquese Derridy – logicky odhalováno jako násilné a radikálně odlišné od „skutečné“ spravedlnosti fungující pouze mimo ně.²⁹ Na druhé straně stojí teoretici, již se spíše než do práva a suverenity opírají do jejich spojování se státem, respektive s lidem definovaným ve vztahu ke státu, a namísto toho se snaží jako alternativu prezentovat „*metodologický kosmopolitismus*“ a „novou“, „plurální“ suverenitu spojenou s globálním právním řádem, nebo sdílenou mezi státy a nadnárodním právně-institucionálním systémem vládnutí. Stranou obou postojů stojí pak zastánci neorepublikánských modelů občanství bez státu a bez nutnosti společného právního řádu, ale také dnes velmi populární dědici Kelsenova normativismu z řad radikálních právních pluralistů, pro něž je suverenita pouhým subjektivním „nárokem“ určitého právního řádu, který není třeba odmítat či kritizovat, ale chápat jej jako přirozenou realitu, aniž by však poskytoval možnost jiného řešení v případě kolize dvou právních řádů, než pouhého faktického násilného sebeprosazení jednoho z nich. Tyto přístupy, které s jistou mírou zobecnění nazývám jako poststrukturalismus, kosmopolitismus, neorepublikánství a radikální pluralismus, se pokusím nejprve krátce nastínit, abych následně mohl přejít k jejich dalšímu rozboru a především analýze relevance jejich argumentů.

1.1 Poststrukturalismus a dekonstrukce suverenity

Podstatná část autorů se v duchu tezí poststrukturalismu a dekonstrukce kloní k radikální kritice suverenity a diskursu s ní spojeného a volá po tom, abychom se konečně jednou provždy zbavili chiméry jednotného lidu a státu jako garanta spravedlnosti. Nejen státní nárok na suverenitu a jednotnou tvorbu pozitivního práva, ale i snahy o přenášení suverenity či zdroje práva na úroveň nadnárodních celků nebo globální *kosmopolis* jsou tu radikálně odmítány nejen jako iluzorní, ale i nebezpečné. Předmětem kritiky je samotná idea centrality moci a práva. Snaha o nadnárodní konstitucionalizaci, byť omezenou třeba jen na sféru lidských práv, je „dekonstruována“ jako stejný výsledek faktické moci nejrůznějších sociálních skupin, jako suverenita spojená s tradičním státem. V tomto posledním bodu si paradoxně například Derridova kritika faktického prosazování zájmů velkých západních mocností pod vlajkou mezinárodních tribunálů a mírových misí nikterak nezadá s jejich analýzou z perspektivy radikálního realismu v mezinárodních vztazích z pera Danilo Zola.³⁰

²⁹ Tak např. DERRIDA, J. *Síla zákona*. Praha: Oikuméné, 2002. V radikálnější podobě viz již slavný text Waltera BENJAMINA, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1965 (česky: Ke kritice násilí. In: Týž. *Agesslaus Santander*. Praha: Harrtmann a synové, 1998, s. 48–79).

³⁰ DERRIDA, J. *Voyous. Deux essais sur la raison*. Paris: Galilée, 2003, 143nn; ZOLO, D. *Lords of the Peace: From the Holy Alliance to the New International Criminal Tribunals*. In: Barry Holden (ed.). *Global Democracy: Key Debates*, London: Routledge, 2000, s. 73–86.

Namísto studia suverenity a normativního pojetí moci mají být studovány empirické mocenské vztahy založené na násilí. Michel Foucault výslovně konstatoval, že cílem jeho kritiky je samotný diskurs práva, diskurs Hobbese a s ním „*všech právníků, neboť jejich problémem je vědět, jak se může z množství jednotlivců a vůlí formovat jedna vůle či jedno těleso*“.³¹ Namísto lidu, coby subjektu suverenity, se poststrukturalismus snaží odhalit materiální podstatu podmanění („*assujettissement*“), tedy procesu, v němž se z jednotlivců stávají subjekty moci.³² Problémem tohoto metodologického přístupu je fakt, že sám, jak řečeno, svými východisky i důsledky neguje nejen diskurs suverenity, ale celý diskurs práva, a to v míře, v níž je právo pokládáno za systém legitimizující v určitých, jím definovaných situacích, použití násilí.³³ Pokud je vůbec proklamováno „*právo bez suverenity*“, pak ve velmi mlhavé podobě, v níž je především jasné, že nejde o právo tak, jak je s tímto pojmem nakládáno v právní vědě a filosofii práva, včetně systému státních institucí tvořících, provádějících a interpretujících právní normy.³⁴ Jak ostatně konstatoval – v rámci své kritiky metodologického empirismu tehdejších teorií pluralismu a fašismu – již před více než 90-ti lety W. Y. Elliot, je hledání „*odpovědného suveréna*“ předpokladem stability právních principů i tehdy, pokud víme, že faktická empirická moc tkví někde úplně jinde.³⁵

Právě požadavek stability je však poststrukturalismu cizí. Tak jako má místo přisuzované právo obsadit nejasně definovaná „spravedlnost“, na místo „metafyzické“ suverenity má nastoupit materializovaná ústavodárná moc a na místo lidu (*populus*) má nastoupit revoluční masa (*multitudo*) jako nový politický subjekt.³⁶ Zde na vědecké postuláty poststrukturalismu zaměřené především na de(kon)strukci tradičního právního diskursu normativně navazují současní teoretici tzv. radikální demokracie.³⁷ Jejich východiskem je, že symbolické centrum moci sice nemusí být zlikvidováno, ale musí být za každou cenu ponecháno prázdné, neobsazené konkrétní ideologií, konkrétním obsahem nebo hodnotami.³⁸ Neexistuje totiž nic, než materiální realita davu, nad níž není žádné

³¹ FOUCAULT, M. „*Il faut défendre la société*“. *Cours au Collège de France*. 1976, Paris: Gallimard – Seuil, 1997, s. 26. Srov. NEAL, A. W. *Cutting Off the King's Head: Foucault's Society Must Be Defended and the Problem of Sovereignty*. *Alternatives*. 2009, roč. 29, s. 373–398.

³² Na zásadní vztah mezi tím, jak se člověk stává politickým subjektem (*sujet*) a mocensko-ideologickým mechanismem jeho podmanění státním aparátém v moderní éře upozornil ve svém slavném textu již ALTHUSSER, L. *Ideologie et appareils idéologiques d'État*. Notes pour une recherche. In: Týž. *Positions* (1964–1975). Paris: Les Éditions sociales, 1976, s. 67–125).

³³ V podobném smyslu se i zmiňovaný Derrida snaží o nahrazení práva, které je vždy spojeno s násilím, spravedlností bez násilí (DERRIDA, J. *Síla zákona*, s. 33).

³⁴ Srov. LOICK, D. *Kritik der Souveränität*, s. 282nn.

³⁵ ELLIOT, W. Y. *The Pragmatic Revolt in Politics. Syndicalism, Fascism, and the Constitutional State*. New York: The Macmillan Company, 1928, s. 149.

³⁶ Viz např. NEGRI, A. – HARDT, M. *Multitude*. London: The Penguin Press, 2004; NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. 2. vyd. Minneapolis – London: University of Minnesota Press, 2009.

³⁷ Srov. kromě textů uvedených v pozn. 8 podobně např. BALIBAR, É. *Nous, citoyens d'Europe. Les frontières, l'État, le peuple*. Paris: PUF, 2001, s. 257nn. Třeba říci, že pojem radikální demokracie jako proudu v současném myšlení je obtížně uchopitelný ve vztahu ke konkrétním ideám, a to s ohledem na výraznou názorovou diferenciaci jeho protagonistů. Běžně jsou k němu řazeni Jacques Rancière, Alain Badiou, Ernesto Laclau, Slavoj Žižek, popř., spíše jako předchůdce, rovněž Claude Lefort. U dalších, jako je Giorgio Agamben, Antonio Negri, Etienne Balibar či Jacques Derrida je takové přiřazení již podstatně spornější.

³⁸ LEFORT, C. *Essais sur le politique*. Paris: Gallimard, 1986, s. 279. Viz též NEWMAN, S. The Place of Power in Political Discourse. *International Political Science Review*. 2004, roč. 25, s. 139–157.

„přirozené“ společenství, ani žádný jiný „lid“, než revoluční dav. Politickým subjektem – lidem – se dav stává jen prostřednictvím vlastní subjektivace v boji za obsazení právě onoho prázdného místa centra moci. Namísto toho, abychom se fixovali na ústavní řád a jeho ideální východiska, musíme ponechat dveře otevřené jeho možnému zhroucení a nahrazení. Jakákoli snaha o jeho sebeudržení je naopak pokládána za neslučitelnou s demokracií, tedy s oním volným bojem o „prázdné místo“ moci.

Démos je tu pojat jako masa, jež se subjektem stává teprve v určitém sociálním antagonismu, v konfliktu.³⁹ Žádný předem daný rámec pro jeho existenci neexistuje. Suverenity, pakliže tu má mít nějaké místo, je mocí takto pojatého materializovaného subjektu (jakkoli třeba Negri raději upřednostňuje pojem konstituující moci) neomezenou jinými „objektivními“ normami.⁴⁰ Taková suverenity vázaná na dynamickou sílu lidové masy je však striktně stavěna do protikladu vůči tradiční lidové suverenitě chápané jako symbolická moc státu.⁴¹ Pro Foucaulta, Derridu či Agambena je to důvodem opuštění „politiky suverenity“ jako takové.⁴² Namísto Hegela, pro něž je konstituovaný lid a stát vždy již výsledkem predispozic vyvěrajících z rozpoložení dané společnosti, a na místo Hobbese, pro něhož je lid a stát geneticky spojený s reprezentativními ústavními institucemi, je tu oslavován Machiavelli, Spinoza, Marx a především Carl Schmitt, jakožto teoretici politična (a politického střetu), které logicky předchází státu, spíše než by jím bylo definováno.⁴³

Důraz radikálních demokratů na masu jako politický faktor se tak v konečných normativních důsledcích blíží spíše invokaci permanentní konstituující moci, neustálého střetu o obsazení prázdného „místa moci“, jež však nikdy nesmí být obsazeno. Nejde tedy jen o demaskování státem ustavené moci, jak by se mohlo zdát, ale o její úplné odstranění, v duchu Benjaminova útoku na „právo ustavující“ a „právo uchováující“ moci.⁴⁴ Odtud vyvěrá i odpor k jakémukoliv konstituovanému řádu, konstituovanému právu a státu jako prostředku jeho konzervace a současně metodologická pozornost věnovaná výjimce, změně a revoluci.⁴⁵ Přesto však hlavním objektem kritiky radikálních demokratů dnes není konzervatismus, ale levicový liberalismus a postmoderní pluralistický konsenzualismus jako hlavní hlasatelé nového harmonického řádu beze střetů, bez politického sporu, ale proto také bez demokracie.

³⁹ BADIOU, A. *L'hypothèse communiste*.

⁴⁰ BADIOU, A. *L'être et l'événement*. Paris: Le Seuil, 1988 a TÝŽ. *Peut-on penser la politique?* Paris: Le Seuil, 1985. Podobně se – kriticky vůči Negrimu, staví za zachování a relevanci pojmu suverenity, avšak právě ve spojení s lidem existujícím jako hybná revoluční masa zcela nezávisle na státu, staví MOUFFE, Ch. *On the Political*. New-York – London: Verso, 2005.

⁴¹ Viz k rozdílů mezi symbolickou mocí a státu a skutečnou mocí objevující se v kritických situacích jako revoluční síla BADIOU, A. *Théorie du sujet*. Paris: Éd du Seuil, 1982, s. 55.

⁴² Samozřejmě nelze přehlížet podstatné rozdíly v pojetí suverenity ani mezi těmito autory. Viz k nim ERLÉN-BUSCH, V. *The Concept of Sovereignty in Contemporary Continental Political Philosophy*. *Philosophy Compass*. 2012, roč. 7, s. 365–375.

⁴³ Viz např. sborník MOUFFE, Ch. *The Challenge of Carl Schmitt*. London – New York: Verso, 1999. K linii radikálně-demokratické ideje od Machiavelliho přes Spinozu, Sieyèse k Marxovi viz NEGRI, A. *Insurgencies* (op. cit. v pozn. 36).

⁴⁴ BENJAMIN, W. *Zur Kritik der Gewalt*, s. 65.

⁴⁵ Jak uvádí M. Foucault, je úkolem dneška osvobodit individuum nejen od státu a státních organizací, ale od způsobu individualizace spojeného se státem (jinými slovy od jeho sebedefinice jako součásti společenství v rámci státu): FOUCAULT, M. *Subject and Power*. *Critical Inquiry*. 1982, roč. 8, s. 777–795, zde s. 785.

1.2 Kosmopolitismus a „silné“ a „slabé“ varianty postnacionální suverenity

Zcela odlišný pohled na otázku relevance diskursu suverenity nabízejí ideály kosmopolitní demokracie a konsenzuálního vládnutí v nejrůznějších variantách a subvariantách, vůči nimž se poststrukturalismus a radikální demokracie většinou dosti razantně vymezuje. Kritika suverenity tu má logicky poněkud jiný charakter, než v předchozím případě. Jejím předmětem je tu již zmiňovaný „*metodologický nacionalismus*“, tedy perspektiva, nahlížející na světovou společnost a na jednotlivé sociální systémy prizmatem státu a národa (ať již v podobě národa stvořeného státní mocí nebo národa coby státotvorné síly). Suverénní národní stát je pokládán za relikv minulosti, jenž nejen nemá v jeho klasické podobě šanci na přežití, ale nemá na ně ani morální právo. Namísto konstruování ideálních konceptů homogenního lidu je třeba se soustředit na empirickou fakticitu „*pluralistické společnosti skupin*“,⁴⁶ a hledání konsenzu uvnitř ní.

Ať již má být konsenzu v pluralistické společnosti dosahováno racionálním komunikativním diskursem (Habermas, Alexy),⁴⁷ demokratickou „metodou“ zohledňování zájmů všech skupin namísto iracionálního konceptu „obecného dobra“ i coby pouhé regulativní ideje (Schumpeter) či otevřeností rozhodovacího procesu všem možným variantám rozhodnutí (raný Luhmann),⁴⁸ je společným prvkem kritika pojmů klasických politických teorií, a zejména právě „tradičního“ pojmu suverenity. Ten je buď redukován na omezenou autonomii současných států,⁴⁹ nebo je „likvidován“ (v obou smyslech slova)⁵⁰ ve sdílenou či rozdělenou suverenitu v rámci systému globálního či evropského mnohoúrovňového vládnutí.⁵¹ Nadnárodní integrace zasahující do řady tradičních výsostných prerogativ státu je mnohými autory odhalena (a vítána) jako zárodek nové formy globálního, respektive postnacionálního vládnutí. Stát je pokládán za buď rovnou odumírající, nebo za výrazně oslabený ve svém dosavadním nároku být výlučným centrem moci, respektive aktérem světových mocenských vztahů. Netřeba přitom jistě zdůrazňovat, že jednou z hlavních výzev se stává otázka demokratické vládnutelnosti v globalizovaném světě. Zatímco ještě v polovině 90. let si mohl David Held postěžovat, že se

⁴⁶ STERNBERGER, D. *Die lebende Verfassung. Studien über Koalition und Opposition*. Meisenheim/Glan: Anton Hain, 1956.

⁴⁷ ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*, München – Freiburg: Alber, 1992; HABERMAS, Jürgen. *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*. In: Týž. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1983, s. 53–125 a samozřejmě klasické dílo téhož: HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. I–II. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1981. Viz k tomuto pojetí též BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době*, Brno: Masaryk University Press, 2009, s. 41nn.

⁴⁸ LUHMANN, N. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied/Rhein – Berlin: Luchterhand Verlag, 1969; Týž. *Rechtssoziologie*, Rheinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1972, s. 259nn. Srov. HOHMANN, K. *Rationalität und Demokratie*, Tübingen: Mohr und Siebeck, 1988, s. 40.

⁴⁹ To je zvláště případ recentních konceptů suverenity v mezinárodních vztazích, kde je suverenity chápána jako status autonomie či uznání aktéra na poli mezinárodní spolupráce. Viz např. CHAYES, A. – CHAYES, A. H. *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*. New York: Harvard University Press, 1998; ILGEB, T. L. Ilgen, (vyd.) *Reconfigured Sovereignty. Multi-Layered Governance in the Global Age*. Aldershot: Ashgate, 2003; LAKE, David A. *The New Sovereignty in International Relations*, *International Studies Review*. 2003, roč. 5, s. 303–223; SASSEN, S. *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York: Columbia University Press, 1996.

⁵⁰ Srov. HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?* Tübingen: Mohr und Siebeck, 2007, s. 103.

⁵¹ Viz např. HABERMAS, J. *K ustavení Evropy*. Praha: Filosofia, 2013 či PERNICE, I. *Multilevel Constitutionalism in the European Union*. *European Law Review*. 2002, roč. 27, s. 511–529.

takřka nikdo nevěnuje otázce, nakolik může stát zůstat v centru myšlení o demokracii,⁵² dnes je téma globální demokracie jedním z nejdiskutovanějších v sociálních i právních vědách.

Lze v zásadě rozlišit dvě varianty konceptů kosmopolitního/postnacionálního vládnutí. V „silné“ formě kosmopolitismu rezonují představy globálního/federálního státu (buď v celosvětovém měřítku, nebo alespoň na úrovni jednotlivých regionálních uskupení, jako je např. Evropa),⁵³ který bude novým nositelem suverenity a bude fungovat analogicky dle vzoru národních států. Ve „slabé“ formě je pak idea světové/federální vlády odmítána a je proklamován „pouze“ globální konstitucionalismus či globální právní řád opřený o univerzální lidská práva, případně nějakou formu obecných sdílených právních principů.⁵⁴ Pakliže však i slabší forma kosmopolitismu počítá s existencí globálního právního řádu, jakkoli vágně pojatého, kterému přísluší nadřazenost nad řády státními/nadnárodními, lze tu nadále hovořit o příbuznosti s prve zmíněným přístupem, jakkoli se protagonisté této formy postulují do pomyslného středu mezi etatismem a globálním (či evropským) federalismem. To je dle mého soudu i případ typologizace modelů demokracie z pera E. O. Eriksena a J. E. Fossuma, jež vedle demokracie vázané na stát a federální demokracii staví model založený na postnacionálním kosmopolitním vládnutí bez státu.⁵⁵ Podobně též J. Habermas hovoří o „světové vnitřní politice bez světové vlády“⁵⁶ jako jakési střední cestě mezi exkluzivou národního státu a modelem globální vlády.

Zastánci postnacionálního kosmopolitismu suverenitu jako pojem neodmítají, ale snaží se jí buď přisoudit globálnímu řádu,⁵⁷ nebo rozdělit mezi stát a postnacionální společenství/právní řád v duchu předmoderního Althusiova konceptu „sdílené“ suverenity.⁵⁸ Namísto popření státu a suverenity (k němuž se paradoxně uchylují spíše etatisté

⁵² HELD, D. *Democracy and Globalization*. MPIfG Working Paper. 1997, č. 97/05.

⁵³ Viz na úrovni celosvětové ALBROW, M. *The Global Age*...

⁵⁴ Viz práce Ulricha Becka, Jürgena Habermase, Davida Helda a Daniele Archibugi cit. v pozn. 1 a 2. Samotnou diferenciaci „slabší“ a „silnější“ formy je třeba brát s jistou rezervou. Kupříkladu již zmiňovaný Robert Fine kritizuje uvedenou „silnou“ formu „kosmopolitismu“ proto, že „není dostatečně kosmopolitní“, neboť se nedokázal zbavit představy silného vědomí sounáležitosti a jednoty právního řádu opírající se o globální lidská práva (FINE, R. *Kosmopolitismus*, s. 17). Jím navrhovaná „kosmopolitní sociální teorie“ má být výrazně pluralističtější alternativou kosmopolitního myšlení (bez -ismu).

⁵⁵ ERIKSEN, E. O. – FOSSUM, J. E. *Europe in Transformation: How to Reconstitute Democracy? RECON Working Paper Series*. 2007, č. 1/07.

⁵⁶ HABERMAS, J. *Die postnationale Konstellation*, s. 156nn.

⁵⁷ Tak mluví o globální suverenitě doplňující omezenou národní suverenitu (samozřejmě s tím, že globální suverenita může ospravedlnit revoluční útok proti národnímu suverénu) SMITH, M. N. *Rethinking Sovereignty, Rethinking Revolution. Philosophy & Public Affairs*. 2008, roč. 36, s. 405–440. Teze o globální suverenitě však není ničím novým, jak ukazuje již polemika Hermanna HELLERA s konceptem „World Sovereignty“ z dvacátých let minulého století (*Souveränität*. Berlin: Walter de Gruyter, 1927, s. 31).

⁵⁸ Takto používá pojem sdílené suverenity např. zmíněný Jürgen Habermas, podle kterého je na úrovni Evropské unie suverenita sdílená mezi evropským lidem a národy členských států (HABERMAS, J. *K ustavení Evropy*. Praha: Filosofia, 2013, s. 73nn či PERNICE, I. *Multilevel Constitutionalism in the European Union. European Law Review*. 2002, roč. 27, s. 511–529, zde s. 511). V podobném smyslu použil, avšak spíše jako rétorickou figuru, pojem sdílené suverenity též Ústavní soud České republiky ve svém prvním nálezu k Lisabonské smlouvě z r. 2008. Srov. k užití Althusioových konceptů v současné teorii integrace HOHBERGER, S. *Vergleich der politischen Theorie und der politischen Systeme des Althusius mit der EU*. Berlin: Duncker und Humblot, 2008.

zdůrazňující určité nezbytné prvky státnosti, při jejichž absenci lze mluvit o odumírání státu)⁵⁹ raději mluví o jejich zásadní proměně.⁶⁰ K té má docházet v důsledku radikální transformace světové společnosti, globalizace, nárůstu množství nestátních politických aktérů a konečně i ztráty státního monopolu na exkluzivní tvorbu právních norem a konečně i na násilí (včetně násilí symbolického).⁶¹ Klasickým příkladem této pozice je konstatování Berharda Zangla a Philippa Genschela, že „i v podmínkách deetatizace je stát centrální mocenskou instancí, pouze se mění jeho role: mutuje z držitele mocenského monopolu v manažer moci“.⁶² Predikáty jako „nová“,⁶³ „sdílená“ či dokonce „plurální“⁶⁴ a „decentralizovaná“⁶⁵ odpovídají právě tomuto novému „promyšlení“ suverenity.

Rozdíl mezi proklamacemi „globální“ nebo naopak různým způsobem disagregované, nové, plurální a sdílené suverenity odpovídá shora uvedené diferenciaci mezi „silným“ a „slabým“ kosmopolitismem. Ovšem v základním postoji k otázce globální jednoty se nakonec oba postoje ukazují jako méně odlišné, než by se na první pohled zdálo (i z jejich vlastní sebereprezentace). Jak poukazují kritici, jako např. Neil Walker, ústí totiž také proklamace sdílené suverenity mnohdy nakonec do závěru, že „vyšší“, globální či evropské entitě přísluší nakonec i vyšší platnost, pakliže jsou součástí představ o mnohoúrovňovém ústavním řádu nároklujícím si vlastní jednotu.⁶⁶ Má-li si systém mnohoúrovňového vládnutí zachovat integritu, tenduje postupně k federalismu. Ať je onen „vyšší“ evropský či globální řád opentlen jakýmkoli metaforami své plurality, postnacio-

⁵⁹ Viz např. SCHMITT, C. *Pojem politična*. 2. vyd. Praha: Oikuméné, 2013, s. 16 (jde o překlad druhého vydání z r. 1963, v němž Schmitt provedl několik výrazných doplnění, včetně teze o konci státnosti) a podobně jeho žák FORSTHOFF, E. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck 1971. Srov. k tomuto rozdílu mezi koncepty konce a proměny státnosti u Schmitta a jeho následovníků VESTING, T. Die permanente Revolution und das Ende der Epoche der Staatlichkeit. In: Andreas Göbel – Dirk van Laak – Ingeborg Villinger (ed.). *Metamorphosen des Politischen. Grundfragen politischer Einheitsbildung seit den 20er Jahren*. Berlin: Akademie Verlag, 1995, s. 191–202.

⁶⁰ Viz např. GENSCHEL, P. – ZANGL, B. Zerfaserung und Selbsttransformation: Das Forschungsprogramm Staatlichkeit im Wandel. *TransState Working Paper*. 2006, č. 45; LEIBFRIED, S. – ZÜRN, M. (ed.). *Transformationen des Staates?* Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2006); SCHUPPERT, G. F. Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit? *Der Staat*. 2008, roč. 47, 325–358.

⁶¹ Viz k poslednímu bodu BOURDIEU, P. *Language and Symbolic Power*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, zvl. s. 239. Obecně k fenoménu „ztráty kontroly“ státu nad politickou SASSEN, S. *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia University Press, 1996.

⁶² GENSCHEL, P. – ZANGL, M. Metamorphosen des Staates – Vom Herrschaftsmonopolisten zum Herrschaftsmanager. *Leviathan: Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft*. 2008, roč. 36, s. 430–454, zde s. 451.

⁶³ CHAYES, A. – CHAYES, A. H. *The New Sovereignty* (cit. v pozn. 49); LAKE, D. A. The New Sovereignty in International Relations. *International Studies Review*. 2003, roč. 5, s. 303–223. Dokonce i zastánce konzervativního pojetí veřejného práva Dieter Grimm hovoří o novém pojmu suverenity oproti pojmu staršímu, platnému do poloviny 20. století. Nicméně i jeho koncept suverenity odráží v jádru spíše klasické pojetí, jakkoli je zdůrazněn prvek intenzity proti radikálnímu pojetí ve stylu „ano či ne“ (GRIMM, D. *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*. Berlin: Akademie Verlag, 2009).

⁶⁴ Např. LASKI, H. *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*. New York: Harcourt, Brace and Company, 1921, zvl. s. 1–30. Z českých autorů srov. PŘIBÁŇ, J. Multiple Sovereignty: On Europe's Self-Constitutionalization and Legal Self-Reference. *Ratio Juris*. 2010, roč. 23, s. 41–64, píšíci ovšem spíše z pozic právního pluralismu, v jeho případě se silným vlivem Luhmannovy teorie.

⁶⁵ SMITH, M. N. *Rethinking Sovereignty*...

⁶⁶ Tak např. Neil Walker upozorňuje na tuto ambivalentnost konceptu sdílené suverenity. Zatímco sdílení se tu týká nároků obou složek, integrita celého systému je od tohoto sdílení odlišována, což vede k preferování federálního řádu jako hierarchicky nadřazeného (WALKER, N. Late Sovereignty in the European Union. In: Týž (ed.). *Sovereignty in Transition*. Oxford – Portland: Hart, 2003, s. 3–32, zde s. 14).

nálního charakteru a mnohoúrovňovosti, je vždy založen na určité představě jednoty předcházející jeho vlastní pluralitě.⁶⁷ Každý takový řád, jakkoli inkluzivně se tváří, je nakonec vždy konfrontován s otázkou, jak sebe sama vymezit, jak vymezit ty, kdo k němu náleží.⁶⁸ Rozdíl mezi pluralismem a monismem je nakonec menší, než by se na první pohled zdálo, pakliže i pluralismus je založen na ideji určité jej zakládající jednoty.⁶⁹ Zoufalá snaha ubránit se závěru o suverénním charakteru globálního řádu, jež by vyvolával logickou otázku po jeho (ne)demokratické povaze, vede některé zastánce kosmopolitní pozice k proklamacím o určitých absolutních hodnotách jako základu tohoto řádu nezaložených lidovou, ani jinou suverenitou.⁷⁰ Samozřejmě není pak ovšem nic snazšího, než se dotázat po autoritě, která tyto jednotící hodnoty zakládá. Koneckonců právě tato výtka je dnes již zmiňovanou klasickou výhradou vůči všem explicitním i implicitním konceptům globální či postnacionální suverenity.

Naopak pakliže není suverenita přisouzena postnacionálnímu řádu jako takovému a je skutečně konzistentně označována za moc příslušející různým jednotkám v rámci mnohoúrovňového systému globálního (či evropského) vládnutí, pak je redukována na pouhou omezenou empirickou moc dané jednotky a splývá v jedno s vágně pojatou autonomií. Protagonisté této formy postnacionálního přístupu se pak těžko ubrání výtce, že pojem suverenity se stává zcela redundantní.⁷¹ Podobně jako Rogers Brubakker konstatoval na adresu konceptů tekuté a plurální identity, že pokud je identita všude, není nikde,⁷² konstatuje Neil Walker: „*je-li suverenita všude, zdá se, že nikde není zvláště důležitá*“.⁷³ Podobně Rainer Wahl kriticky podotýká na adresu konceptu „sdílené“ suverenity, že jde o úplné vyprázdnění pojmu v jeho původním významu.⁷⁴

Vyústění konceptů postnacionální „postsuverenity“ buď do proklamace suverenity postnacionálního společenství, respektive suverenity jemu inherentních principů uni-

⁶⁷ LINDAHL, H. Sovereignty and Representation in the EU. In: Neil Walker (ed.). *Sovereignty in Transition* (op. cit.), s. 101.

⁶⁸ Srov. kriticky ve vztahu k Habermasovi v podobném smyslu kromě Lindhala též van ROERMUND, B. *Law, Narrative and Reality: An Essay in Intercepting Politics*. Dordrecht: Springer, 1997, s. 151; LINDAHL, H. *Sovereignty and Representation*, s. 94. Ke konceptu transnacionálního občanství viz kriticky s podobnou argumentací opřenou o nutný prvek hranic a vymezení u každého pojmu občanství a „obce“ rovněž KYMLICKA, W. Nationalism, Transnationalism and Postnationalism. In: Ronald Dworkin (ed.). *From Liberal Values to Democratic Transition*. Budapest: CEU Press, 2003, s. 227–68.

⁶⁹ Srov. podobně již BADIOU, A. *Théorie du sujet*. Paris: Seuil, 1982, s. 42 a LACLAU, E. *Emancipace a radikální demokracie*, s. 60.

⁷⁰ Viz GOODHART, M. – TATINCHEV, S. B. The New Sovereignist Challenge for Global Governance: Democracy Without Sovereignty. *International Studies Quarterly*. 2011, roč. 55, s. 1047–1068. Oba autoři se snaží vymezit proti běžnému kosmopolitismu, který podle nich odvozuje světový řád z konceptů demokracie vázané na lidového suveréna, a tím je konfrontován s otázkou světového lidového suveréna. Proti této pozici staví své ospravedlnění tohoto řádu „flowing directly from the values of freedom and equality themselves“ (ibid., s. 1065).

⁷¹ Viz např. BARTELSON, J. *The Concept of Sovereignty Revisited*, s. 467.

⁷² Viz výše v pozn. 15.

⁷³ WALKER, N. *Late Sovereignty in the European Union*, s. 15.

⁷⁴ WAHL, R. Erklärenstaats-theoretische Leitbegriffe die Europäische Union? In: Horst Dreier (ed.). *Rechts- und staats-theoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Festschrift für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005, s. 114–149; podobně ovšem i GRIMM, D. Souveränität – zur aktuellen Leistungsfähigkeit eines rechtlich-politischen Grundbegriffs. In: Tine Stein – Hubertus Buchstein – Claus Offe. *Souveränität, Recht, Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft*. Frankfurt – New York, 2007, s. 304–310. Viz též jeho monografii zmiňovanou v pozn. 60.

verzálních práv či univerzální právní jednoty, nebo do redukce tohoto pojmu do pouhé omezené empirické moci je předmětem ostré kritiky odpůrců tohoto paradigmatu. Výše zmiňovaní teoretici radikální demokracie odmítají kosmopolitní univerzalizmus jako kamuflovaný hegemoniální liberalismus, který se snaží vše cizí jednoduše vytěsnit z prostoru (údajného) kosmopolitního konsenzu. Jacques Rancière pro takové postnacionální vládnutí užívá pojmu postdemokracie,⁷⁵ Slavoj Žižek hovoří o postpolitice,⁷⁶ Chantal Mouffe popisuje globální lidská práva jako totalitární „*práva bez subjektu*“.⁷⁷ S podobnými argumenty kritizují projekt kosmopolitní demokracie též schmittiánští realisté, jako William Scheuermann upozorňující na skrytou metafyzickou povahu tohoto projektu.⁷⁸ Také podle radikálních právních pluralistů je kosmopolitismus ve všech svých podobách vždy prostorově, ale i subjektivně vázán a vyžaduje jednotu, jež vytváří odpověď na politickou pluralitu.⁷⁹ Nemůže tak při nejlepší vůli představovat alternativu klasického státu. Postnacionální proklamace globální spravedlnosti, lidských práv a (jakkoli decentrálního) globálního vládnutí jsou jen novou formou nároku určité konkrétní představy řádu na univerzální platnost, která současně vylučuje jakékoli jiné představy zcela mimo prostor politiky a legitimního politického středu. Nejde tak než o replikaci klasické představy spojené se státním ústavním řádem a jeho nárokem na vlastní absolutní charakter.

Zajímavým fenoménem současných debat o suverenitě a budoucnosti státu je usilovná snaha valné části jejich účastníků stylizovat se do představitelů jediné skutečné alternativy vůči ostatním proudům, jež jsou „odhaleny“ jako vzájemně velmi blízké. Zastánci „slabého“ kosmopolitismu se pokládají za alternativu vůči teoretikům světového (či evropského) státu a tradičním (národním) etatistům popsáním jako dvě varianty téhož myšlení. Podobně ovšem také hlasatel neorepublikánské renesance Richard Bellamy označuje postmoderní koncepty postsuverenity a klasické moderní koncepty suverenity pouze jako „*dvě strany jedné mince*“.⁸⁰ Jak dále uvidíme, stejně tak se i radikální pluralismus prezentuje jako třetí cesta mezi analytickou koncentrací na národní, nebo nadnárodní stát a zdůrazňuje, že nezpochybňuje nárok států na významné postavení v mnohoúrovňovém systému světového (a zvláště evropského) vládnutí. Přes tento nárok na to být „opravdovou“ alternativou se však neorepublikánské a radikálně-pluralistické paradigma podstatně liší.

1.3 Neorepublikánská kritika suverenity

Tou nejsnazší odpovědí na dilema národní a postnacionální suverenity se zdá být rezignace na pojem jako takový (podobně jako Brubakker z uvedeného důvodu rezig-

⁷⁵ RANCIÈRE, J. *Neshoda...*, s. 95nn.

⁷⁶ ŽIŽEK, S. *Nepolapitelný subjekt...*, s. 213nn.

⁷⁷ MOUFFE, Ch. *On the Political*. New-York – London: Verso, 2005, s. 97nn.

⁷⁸ Viz např. SCHEUERMANN, W. E. *Cosmopolitan Democracy and the Rule of Law*. In: Roland Tinnewelt – Helder de Schutter (ed.). *Global Democracy and the Exclusion*. Chichester: Wiley – Blackwell, s. 95–115 a text Danilo Zola cit. v pozn. 30.

⁷⁹ LINDAHL, H. *A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries*, zde s. 132.

⁸⁰ BELLAMY, R. *Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty*. In: Neil Walker (ed.). *Sovereignty in Transition...*, s. 169.

nuje na pojem kolektivní identity jako analytické kategorie). Zmíněný Bellamy konstatuje, že „by bylo chybou věřit, že nějaká forma suverenity je nevyhnutelná“, a navrhuje návrat k předmoderní presuverenitě (či „smíšené suverenitě“) vystavěné na ideji smíšené ústavy.⁸¹ Podobně Neil MacCormick navrhuje opustit pojem samotný a mluvit již jen o postsuverenitě.⁸² Problém tohoto úniku z tenat diskursu suverenity spočívá ovšem v tom, že je vystavěn pouze na (domnělé) reflexi empirické reality, z níž vyvozuje normativní implikace, případně přímo na primordiálních normativních představách o „správném“ fungování politického systému, aniž by však zásadně zohledňoval roli, kterou pojem suverenity v myšlení této reality sehrává. Bellamy tak chce „zachovat a nabídnout koherentní bázi pro určité klíčové prvky suverénního systému, zejména efektivní a demokratickou vládu, uvnitř nových podmínek postsuverénního světa plurálních politik, režimů a identit“ a vytvořit „legitimní jednotu z plurality, aniž by byla vytvořena [Hobbesova] „a common power to keep them all in awe““. ⁸³ Jeho protinávrh staví na správném nastavení systému dělby a rovnováhy moci. Oproti umírněným kosmopolistům se nesnaží hledat konkrétním obsahem naplněný koncept globálních práv a s nimi globálního právního řádu, ale soustřeďuje se na občanství pojaté v arendtovském duchu jako „právo mít práva“. Role občanů (aniž by bylo podrobně vysvětlováno, kdo je občanem, respektive jak jsou stanoveny hranice společenství) je soustředěna na procesuální legitimaci bez nutnosti existence jednotného *dému*, státu či právního řádu. Jednotlivé skupiny („*plurální demoi*“) „*musí zajistit uznání a vyslyšení svých požadavků v dialogu s ostatními*“.⁸⁴ Otázka, jak jsou vymezeni občané, respektive určeny hranice, a jak dosáhnout „uznání a vyslyšení“ v případě kolize požadavků, zůstává nezodpovězena. Bellamyho závěry spíše ukazují, že tato forma rezignace na suverenitu se v důsledku podobá výše zmíněným kosmopolitistickým snahám opírat se o vnější pevný bod univerzality; nikoli tedy autoreferenční suverenitu společnosti, ale suverenitu tohoto pevného bodu, ať jsou jím univerzální lidská práva nebo (jako v Bellamyho případě) univerzálně platné principy fungování každého politického společenství. Bezpochyby se jedná o alternativu vůči „klasické“ suverenitě, avšak ne radikálně odlišnou od alternativ, které svého času stavěl proti Bodinovi Johannes Althusius či proti Hobbesovi teoretici moderního republikánství: alternativu založenou na víře v metafyzický řád, jenž je sám ze sebe schopen založit jednotu empiricky plurálního společenství.

⁸¹ BELLAMY, R. *Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty*, s. 170nn. Srov. také BELLAMY, R. – CASTIGLIONE, D. *Building the Union: The Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe*. *Law and Philosophy*. 1997, roč. 16, s. 421–445.

⁸² MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999.

⁸³ BELLAMY, R. *Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty*, s. 180.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 184. Český „*společná moc schopná je všechny zastrašit*“ (HOBBS, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikuméné, 2009, s. 88). Podrobněji své pojetí občanství (zde jako střední cesty mezi liberalismem a komunitarismem) vysvětluje Bellamy v textu vydaném společně s Dario Castiglione v českém překladu BELLAMY, R. – CASTIGLIONE, D. *Za hranice pospolitosti a práv. Evropské občanství a ctnosti participace*. In: Marek Hrubec (ed.). *Spor o Evropu: postdemokracie nebo predemokracie?* Praha: Filosofía, 2005, s. 141–178. Ani zde se však nevyrovňuje s podstatným argumentem proti klasickým republikánským teoriím (o něž se opírá), jenž kritizuje právě vytěsnění otázky po určení hranic řádu a principů jemu imanentní exkluze. Viz kriticky BARTELSON, J. *The Concept of Sovereignty Revisited*, s. 470.

1.4 Radikální pluralismus a transformace suverenity na subjektivní „nárok na suverenitu“

Zatímco Ulrich Beck, Jürgen Habermas, Julia Kristeva a jiní sní o inkluzi bez exkluze, o právním řádu, jemuž nebudou vlastní jakékoli hranice, a zatímco Richard Bellamy navrhuje občanství dokonce i bez potřeby právního řádu, radikální pluralismus pokládá tyto postoje za iluzorní. Pluralita mocenských a právních řádů jednoduše nedovoluje uspořádání do jakéhokoli jednotného celku v jednoduché hierarchické struktuře, neboť chybí „archimédovský“ bod, z něhož by bylo možné posoudit, kterému řádu nebo kterým hodnotám přísluší nadřazené postavení.⁸⁵ To ale neznamená, že by si právní řády nemohly nárokovat svojí nezávislost a exkluzivní povahu. Nadnárodní právní řád může sice koexistovat vedle národního, aniž by však bylo možné říci, kterému z nich přísluší konečná platnost. Jejich případná kolize je pak již pouze věcí politicko-mocenského řešení, neboť se jedná o střet dvou kelsenovských „základních norem“. Namísto hierarchie národních a postnacionálních struktur nastupuje heterarchie právních řádů.

Suverenita v tomto pojetí není vyhaslá, ale stává se, stejně jako v normativismu, vlastností partikulárního právního řádu, jeho nárokem na svoji platnost. Na rozdíl od rezignativního přístupu jsou si představitelé tohoto směru, jako je Neil Walker či Hans Lindahl, velmi dobře vědomi imaginativní struktury právního řádu, v níž není ani tak podstatné, kdo je skutečným držitelem moci, ale jak je konstruována struktura určitého právního řádu. Ne náhodou zde výrazně rezonuje Kelsenovo radikální oddělení sociologické a právní reality, ale i Laskiho pluralismus.⁸⁶ Byť je tedy chápání suverenity jako neomezené reálné moci státu samozřejmě nesmyslné,⁸⁷ neznamená to, že by pojem suverenity neměl reálný význam pro existenci právního řádu. Podstatnější než jeho skutečné sebezprosazení je totiž jeho nárok na vlastní univerzalitu opřený o sobě vlastní metaprincipy. Ten označuje Neil Walker za „*sovereignty claim*“, tedy za nárok na suverenitu, jenž je však vždy autoreferenční v rámci daného právního řádu.⁸⁸ Jinými slovy, neexistuje žádná autorita vně daného řádu, jež by mohla v konkrétním případě interpretovat tento nárok a z něj vyplývající implikace. Radikálně pluralistická pozice tak nad jednotlivými řády nevidí nějaký „vyšší“, kosmopolitní či univerzální řád, ale pouze „*disorder of orders*“, tedy jakýsi „*nepořádek pořádků*“.⁸⁹ V případě střetu dvou právních řádů jde tak o střet dvou nároků na suverenitu, jenž odpovídá střetu dvou základních norem v Kelsenově pojetí. Podobně jako u Kelsena se takový střet ocitá mimo sféru pozitivního práva a jakákoli „*interpretační exkluzivita*“ je vyloučena.⁹⁰

⁸⁵ WALKER, N. Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union. *European Law Journal*. 1998, roč. 4, s. 355–388, zde s. 361.

⁸⁶ Koneckonců rovněž Laski jasně konstatoval, že právní řád a soudní instituce musí vycházet z konceptu suverenity (LASKI, H. *Authority in the Modern State*. New Haven: Yale University Press, 1919, s. 40n), podobně jak to dnes činí teoretici právního pluralismu. Současně však také – podobně jako oni – pokračuje dále: „*what we desire to know is not what has the legal right to prevail, but what does in actual fact prevail and the reasons that explain its dominance.*“

⁸⁷ Srov. ke kritice ztotožnění suverenity s empirickou mocí a z něj vyplývajícího argumentu odpůrců pojmu suverenity opřeného o (údajnou) redundanci van ROERMUND, B. Sovereignty: Unpopular and Popular. In: Neil Walker (ed.). *Sovereignty in Transition...*, s. 33–54, zde s. 35nn.

⁸⁸ WALKER, N. *Late Sovereignty in the European Union*, s. 17.

⁸⁹ WALKER, N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *International Journal of Constitutional Law*. 2008, roč. 6 s. 373–396, zde s. 376, s. 392; LINDAHL, H. *A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries*, s. 146.

Novinka však spočívá ve dvou prvcích. Za prvé radikální právní pluralisté nepokládají již právní řády za vázané na určité teritorium. „Pozdní“ suverenita se projevuje tím, že na jednom teritoriu koexistuje současně vícero normativních systémů s vlastním nárokem jednoty, s vlastními metaprincipy a vlastním „*sovereignty claim*“. Namísto teritoriální plurality nastupuje funkcionální diferenciací řádů.⁹¹

Za druhé je, oproti Kelsenovi, věnována větší pozornost mimoprávním předpokladům vzniku jednoty právního řádu. Hans Lindahl tu vychází z četby radikálně demokratických autorů, především pak již výše uvedeného Clauda Leforta, jenž pokládá za nezbytný prvek politického řádu existenci symbolického „místa moci“, které je pramenem určení konkrétního řádu, a tedy i způsobu inkluze a vyloučení.⁹² Ke každému nároku na suverenitu proto podle Lindhala patří i takový metaprincip, o němž se subjektivně právní a celý politický řád opírá. Tento metaprincip se také vždy opírá o určitým způsobem definovaný *demos*, jenž „není reálnou entitou, ale symbolickým polem ležícím ‚mimo‘ společenství jednotlivců, ve vztahu k němuž se tito jednotlivci rozpoznávají jako členové politického celku“.⁹³ V tomto konstatování se Lindahl překvapivě blíží „tradičnímu“ pojetí suverenity (zatímco zmiňovaný Lefort naopak trvá na tom, že místo moci musí zůstat prázdné, tedy nedefinované). Vskutku také, analogicky k Hobbesovi, konstatuje, že každý řád je založen na reprezentaci určité ideální jednoty předcházející konstituované právní jednotě: [každé] „*právo tvrdí, že vyjadřuje – reprezentuje – nějakou předprávní jednotu*“.⁹⁴ Suverenita je tak vpravdě geneticky spojena s reprezentací. Co však Lindahl odmítá, je zdůvodnění této předprávní jednoty, ať již kontraktualismem, nebo hegelovskou vizí „ducha“ určitého společenství. Jednota, respektive symbolický *demos*, vzniká z rozhodnutí „*bez základu*“, jemuž nepředchází žádná metafyzická či přirozená „*essence*“ národa.

Oba uvedené prvky představují výrazný zásah do logicky konzistentní architektury Kelsenova normativismu. Funkcionální diferenciací namísto teritoriálního rozdělení není pouhou změnou způsobu vymezení hranic normativního řádu. V případě teritoriálně vymezených jednotek je totiž představitelná, respektive myslitelná jednota moci a práva v tom smyslu, že daná entita disponuje mocenskými prostředky zajišťujícími jí v určitém teritoriálním dosahu monopol legitimní moci. V případě funkcionálního vymezení však taková imaginativní konstrukce reality není možná. Mocenské prostředky neznačí funkcionální hranice. Právo si tu tedy nelze představit jako paralelní vůči moci, ale jako moci nadřazené a určující sektory, v nichž lze mluvit o suverénním právním řádu. Nárok určitého právního řádu na suverenitu tu lze tedy pojmut spíše jako nárok na Krabbeho suverenitu ústavy, respektive práva; tato redukce suverenity na ryze právní kategorii je ostatně radikálním pluralistům vyčítána.⁹⁵ Kdo rozhoduje o rozdělení do funkcionálních sektorů, zůstává nejasné.

⁹⁰ WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, roč. 65, s. 317–352, zde s. 349.

⁹¹ WALKER, N. *Sovereignty and the Differentiated Integration in the European Union*, s. 361.

⁹² LINDAHL, H. *Sovereignty and Representation*, s. 97. Srov. LEFORT, C. *Essais sur le politique*, Paris: Seuil, 1986, s. 279. Viz k pojmu „místa moci“ v radikálně demokratickém myšlení NEWMANN, S. The Place of Power in Political Discourse, *International Political Science Review*. 2004, roč. 25, s. 139–157.

⁹³ LINDAHL, H. *Sovereignty and Representation*, s. 98.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 96.

⁹⁵ Srov. MACCORMICK, N. Sovereignty and After. In: Hent Kalmo – Quentin Skinner (ed.). *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 151–169, zde s. 167.

Není proto divu, že se radikální právní pluralismus soustřeďuje zejména na otázky kompetenčních konfliktů různých řádů na jednom teritoriu. Ze suverenity se pak stává spíše kompetenční kompetence určitého řádu, tedy jeho výhradní nárok na určení svých pravomocí. Tomu jen nahrává občasná interpretace kompetenční kompetence jako suverenity i mezi zastánci „tradičního“ pojmu suverenity.⁹⁶ Samozřejmě tu je opět hájena teze, že kolizi dvou kompetenčních kompetencí nelze právně vyřešit. Rozdělování na judiciální a legislativní kompetenční kompetenci,⁹⁷ či proklamace nutnosti spolupráce „posledních“ instancí kompetenčního rozhodování⁹⁸ může sice v praxi konflikt oddálit, ale nemůže jej vyloučit. Koneckonců právě situace konfliktu a existence způsobu jeho řešení je nezbytným horizontem jakékoli imaginace právního řádu. Problém však spočívá v tom, že pouhá právně zakotvená kompetenční kompetence nemůže překročit hranice ustaveného řádu. Proto je také řadou autorů její identifikace se suverenitou či i pouhým nárokem suverenity oprávněně odmítána.⁹⁹ Franz C. Mayer v této souvislosti korektně doporučuje hovořit spíše o posledním rozhodování, aby se zabránilo pojmovému zmatení se suverenitou.¹⁰⁰ Pakliže je suverenita spojená s metaprincipy, respektive předprávní jednotou, pak nemůže být redukována na pouhý nárok uvnitř konstituovaného řádu. Nejde pak o právní kompetenční kompetenci, ale o nárok řádu i na legitimní mocenské sebeprosazení v situaci vlastního ohrožení, a to eventuálně dokonce i v rozporu s pozitivním právem.

⁹⁶ Konfúze kompetenční kompetence a otázky suverenity je inherentní i rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu o Maastrichtské smlouvě (BVerfGE 89, 155). V podobném smyslu viz též BALDUS, M. *Zur Relevanz des Souveränitätsproblems*, s. 390; MURSWIEK, D. Maastricht und der pouvoir constituant. Zur Bedeutung zur verfassunggebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration. *Der Staat*, 1993, roč. 32, s. 161–190; PIRIS, J. C. Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine? *Europarecht*. 2000, roč. 35, s. 311–349, zde s. 325.

⁹⁷ WEILER, J. – HALTERN, U. The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass. *Harvard International Law Journal*. 1997, roč. 37, s. 411–448.

⁹⁸ Tak MAYER, F.-C. *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-Vires-Akte im Mehrebenensystem. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der Gerichte von EU und USA*. Baden-Baden: Nomos, 2005 a HEINTZEN, M. Die „Herrschaft“ über die europäischen Gemeinschaftsverträge. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1994, roč. 119, s. 564–589, zde s. 578nn a WAHL, R. Die Schwebelage im Verhältnis von europäischer Union und Mitgliedsstaaten. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. *Der Staat*, 2009, roč. 49, s. 587–614. Viz též, z jiného pohledu, GRIMM, D. *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselsbegriffes*, s. 97 a BECK, Gunnar. The Lisbon Judgement of the German Constitutional Cour, the Primacy of EU Law and the Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict between Right and Right in Which There is No Praetor. *European Law Journal*. 2001, 17, s. 470–494, zde s. 492.

⁹⁹ Viz klasicky již HELLER, H. *Souveränität*, s. 160. Podobně KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimationsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. 4. vyd. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990, s. 79; SCHLIESKY, U. *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im Europäischen Mehrebenensystem*. Tübingen: Mohr und Siebeck, 2004, s. 368nn.; OETER, S. Souveränität und Demokratie als Probleme in der Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union. Fragen aus Verfassungstheorie und Verfassungsgeschichte an die deutsche Debatte um Souveränität, Demokratie und die Verteilung politischer Verantwortung in Europa. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1995, roč. 55, s. 598–712, zde s. 677; LERCHE, P. „Kompetenz-Kompetenz“ und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. In: Jörn Ipsen – Hans-Werner Rengeling – Jörg-Manfred Mössner – Albrecht Weber (ed.). *Verfassungsrecht im Wandel. Festschrift zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymann Verlag KG*. Berlin – Bonn – München: C. Heymann, 1995, s. 409–424, zde s. 420.

¹⁰⁰ MAYER, F.-C. *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, s. 28.

Jenomže právě zde pluralistický koncept funkcionálně definovaných nároků naráží na to, že samotné funkcionální hranice jsou ve svém druhu něčím zcela odlišným od teritoriálních hranic. Jejich podstata se neopírá o materiální realitu a je ryze imaginativní. Nemohou být stanoveny jinak, než normativně. Proto je latentní možnost konfliktu normativních řádů na jednom území trvalým rizikem střetu mocenských prostředků, jimiž disponují. Ani v teritoriálním vymezení samozřejmě nelze zabránit konfliktům v případě střetu dvou suverénních nároků, ovšem ty nevyřstávají (aspoň většinou) z odlišných právních interpretací existujících územních hranic, ale z mocenskopolitických nároků. Naopak u funkcionálního určení je nebezpečí sporů o to, kde se hranice nacházejí, zcela nevyhnutelné, právě s ohledem na jejich druhovou podstatu. Právě tomuto nebezpečí se ovšem snažila „klasická“ teorie suverenity zabránit tím, že jakákoli poslední interpretace norem na určitém prostoru byla svěřena jedinému řádu a jediné autoritě, jež tento řád reprezentuje.

Zde se dostáváme k druhé metodologické obtíži radikálního právního pluralismu. Jakkoli v něm totiž není zpochybněna nezbytnost symbolického centra moci v konkrétním předústavním lidu/ *dému* (čímž se ocitáme na poli, na které Kelsen odmítl vstoupit), je konstatováno, že toto centrum a kolem něj konstituovaná jednota vzniká bez jakéhokoliv sociologického, empirického základu. Jakkoli reprezentace předpokládá existenci entity, jež je re-representována, tj. „znovu zpřítomněna“, je tato entita přítomna teprve skrze ni. Proto mluví Lindahl o „*irreducible groundlessness of the representational claim*“.¹⁰¹ Zde se nápadně blíží konstatování Carla Schmitta o vzniku politické jednoty rozhodnutím „*ex nihilo*“, čistým politickým aktem suveréna, jenž se současně tímto rozhodnutím stává jejím reprezentantem.¹⁰² Tato pozice však ponechává otevřenou otázku, jak se společenství, konstituované rozhodnutím „bez základu“, může úspěšně ustavit jako řád, v němž se skutečně jeho členové rozpoznávají jako jeho součást. Je nakonec pouhá tacitní akceptace jediným kritériem? V perspektivě radikálního právního pluralismu není klasická námitka Dietera Grimma vůči konstitucionalizaci Evropské unie absencí evropského *dému* relevantní z toho důvodu, že *demos* zrovna tak vzniká z nějakého revolučního momentu v dějinách národního státu jako ze smlouvy vzniklé na nadnárodní úrovni. Akt prohlášení unijního právního řádu za autonomní normativní systém Evropským soudním dvorem v rozhodnutí *Costa versus ENEL* byl tak vlastně současně reprezentativním ustavením jednoty s vlastním suverénním nárokem.¹⁰³ Jeho hodnota je tak stejná jako hodnota aktu, jímž byl přijat německý Základní zákon a konstituován tamní ústavní řád. Takový závěr však zcela neguje otázku sociologických předpokladů úspěšnosti takového ustavení – námitku, jíž vůči Schmittovi vznesl již Hermann Heller. Není proto překvapivé, že se zastánci pozic právního pluralismu snaží tematizovat raději evoluční transformaci ústavních řádů než prvek radikálních změn.¹⁰⁴

¹⁰¹ Lindahl zde dále hovoří o „*performativní síle*“ reprezentace (LINDAHL, H. *Sovereignty and Representation*, s. 109).

¹⁰² Není ostatně náhodou, že se zde Lindahl současně blíží radikálně demokratické teorii, která sama Schmitta pokládá za předchůdce poststrukturalismu (viz MOUFFE, Ch. *On the Political*, s. 14). Jak však dále uvidíme, sám Schmitt, jakkoli mluví o *creatio ex nihilo*, současně uznává nutnost existence určitých předpokladů pro takový akt, které Lindahl ponechává naopak bez povšimnutí.

¹⁰³ LINDAHL, H. *Sovereignty and Representation*, s. 102.

¹⁰⁴ Srov. LA TORRE, M. *Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of Community Law*. *Ratio Juris*. 1999, roč. 12, s. 182.

2. SUVERENITA JAKO NÁSTROJ NORMATIVNÍ KONSTRUKCE REALITY

2.1 Mýtus „klasického“ pojmu suverenity

Je zřejmé, že na pozadí procesu evropské integrace má zdánlivě teoretická diskuse o relevanci pojmu suverenity velmi praktickou dimenzi. Za různými metodologickými přístupy se skrývají, tu explicitně tu implicitně, různé normativní odpovědi na klíčové otázky vztahu evropského a národního ústavního práva, vztahu státu a nadnárodního společenství, budoucnosti státu a jeho role v globalizovaném světě. Normativní a deskriptivní rozměr ostatně nelze v případě společenských a právních věd nikdy od sebe oddělit. Otázka, zda je možný svět (či Evropa) bez suverenity, vždy souvisí s přesvědčením, zda takovou vizi pokládáme nejen vědecky za oprávněnou, ale za chtěnou a vítanou či naopak odmítanou a obávanou, jak nedávno podotkl Neil MacCormick.¹⁰⁵

Je třeba říci, že již samotné oblíbené vymezování se řady teoretiků postsuverenity či pozdní suverenity proti „tradičnímu pojmu“ suverenity není bez problému. „Vestfálská“ suverenity v podobě vzájemně zcela nezávislých suverénních států je mýtem, právě tak jako koncept „tradičního pojmu“ suverenity. V prvním případě proto, že ani v nejslavnějším období vestfálského „*ius publicum europeum*“ neměl žádný stát všechny znaky připisované běžně suverenitě a rozhodně nešlo mluvit o nějaké absolutní moci a nezávislosti států.¹⁰⁶ Stephen Krasner vyjádřil podstatu tohoto mýtu poněkud provokativním způsobem, když označil suverenitu za „organizované pokrytectví“ států prezentujících sebe sama jako absolutně nezávislé (aniž by tím však sám popřel relevanci jejího pojmu).¹⁰⁷ Stejně tak jako je mýtem „vestfálská“ nezávislost, je jím i představa „tradičního“ pojmu suverenity jako jedolité ideje krácející dějinami moderního světa (či alespoň Evropy).¹⁰⁸ Dokonce i u nesporných klasiků se výklad tohoto pojmu podstatně odlišuje. U Hobbese je suverenity pojatá jako neomezená moc imaginativně, respektive fiktivně vzniklého lidu – státu existujícího zcela mimo empirickou realitu, u Pufendorfa je naopak omezená svými funkcemi, u Bodina soukromoprávními závazky suveréna. Pro Schmitta je obsahem suverenity akt rozhodnutí o výjimečném stavu a suspendaci ústavního řádu, pro Hellera naopak naplnění jí předcházejících právních principů vyvěrajících v hegelovském pojetí z ducha existující společnosti. A mohli bychom pokračovat dále: „klasický“ Austinův pojem suverenity je zcela protikladný „klasickému“ Diceyho konceptu, podobně jako redukce suverenity na právní kategorii inherentní právnímu řádu u pozitivisty Carré de Malberga je poměrně vzdálená popisu suverenity jako vlastnosti státní moci v právním pozitivismu u Gerbera či Jellineka.¹⁰⁹ Stranou nelze nechat ani odlišné tradice vnímání pojmu suverenity v různých zemích a jejich právních a politických slovnících.¹¹⁰

¹⁰⁵ MACCORMICK, N. *Sovereignty and After*, s. 152.

¹⁰⁶ Srov. PÄRTEL, P. The Westphalian myth and the idea of external sovereignty. In: Hent Kalmo – Quentin Skinner (ed.), *Sovereignty in Fragments*, s. 64–80.

¹⁰⁷ KRASNER, S. *Sovereignty. Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Avšak i Krasner definuje suverenitu spíše na základě určitých empirických znaků, jako je mezinárodněprávní uznání, absence podřízení vnější autoritě a efektivní kontrola vlastního teritoria a jeho hranic.

¹⁰⁸ Srov. GLANVILLE, L. The Myth of „Traditional“ Sovereignty. *International Studies Quarterly*. 2013, roč. 57, s. 79–90.

¹⁰⁹ Sám Carré de Malberg ovšem rozlišoval mezi různými významy, které byly termínu „*souveraineté*“ ve francouzštině v jeho době přikládány. Srov. TROPER, M. The survival of sovereignty. In: Hent Kalmo – Quentin Skinner (ed.). *Sovereignty in Fragments*, s. 132–150, zde s. 137.

Pakliže tedy někdo hovoří o relevanci nebo naopak nutnosti opuštění pojmu suverenity, může snadno dojít ke zmatení, není-li jasně vysvětleno, co má na mysli. Různé perspektivy popírání relevance „klasické“ suverenity ve skutečnosti míří na různé významy tomuto pojmu přisuzované. Jak konstatuje Antonio Negri, míří například Foucaultovo pojetí k upřednostnění efektivity norem před jejich legalitou, ve zjevné nedůvěře vůči deduktivnímu odvozování z jednoho ideálního jádra, zatímco zcela jiného druhu je popírání suverenity v Luhmannově systémové teorii, kde je legalita uchována, ovšem horizontálně, bez jakékoli centrality.¹¹¹ Konečně v perspektivě mezinárodního práva a mezinárodních vztahů se zpochybnění vymezuje spíše vůči možnosti nezávislosti státu v éře interdependencí.

Je však tedy jediným možným závěrem pouhé skeptické konstatování, že žádný jednotný pojem suverenity nikdy neexistoval a že to, co dnešní kritika suverenity nejrůznějšími způsoby kritizuje a dekonstruuje, je vlastně jakýsi sekundární konstrukt vytvořený touto kritikou? Takový pohled by dle mého soudu zastřel význam, který přes rozličné teoretické výklady pojem suverenity plnil (a dosud plní) nejen v moderním politickém a právním myšlení, ale též ve způsobu, jakým je prostřednictvím práva normativně konstituován celý systém sociální reality. Jak ostatně podotýká zmíněný Negri, je třeba otázku po relevanci suverenity klást nikoli tak, zda jsou dnes státy „ještě“ nezávislé, ale zda je „*afirmace Jednoho v politickém řízení a v organizaci společnosti*“ jakožto jádro principu suverenity stále dominantním principem ve vztahu k jiným možným pramenům sociální legitimize.¹¹²

2.2 Legitimita bez suverenity nebo suverenita bez státu?

Právě prvek *jednotné* konstituce politického a normativního řádu, jednoty moci a práva, jejich opření o *jeden* zdroj právních norem, *jeden* pramen legitimní moci v podobě *jednoho* subjektu, tedy prvek absolutce od jakýchkoli jiných pozitivních norem a pozitivních autorit je spojujícím elementem pojmů suverenity od Bodina, Hobbese, Pufendorfa, Rousseaua, Kanta a Hegela až po Schmitta a Hellera.¹¹³ Bylo by však nesprávné chápat tento prvek jednoty a absolutnosti jako závislý na empirické homogenitě státu, společnosti či národa či jako vedoucí k závěru o faktické nezávislosti a neomezitelnosti státní moci. Při takovém chápání by samozřejmě nebylo nic snazšího než doložit hluboké interdependence v globalizovaném světě, schopnost mezinárodního práva prolamovat úspěšně právní řád, rezignaci řady států na mnohé oblasti rozhodování ve prospěch nadnárodních organizací (včetně akceptace možnosti vlastního přehlasování), pluralizaci aktérů světové politiky, roli technologické a ekonomické determinace politického rozhodování a vzápětí proklamovat ztrátu exkluzivního postavení státu, respektive jakékoli entity, jež by se chtěla prohlašovat za suverénní.

Tato námitka by mohla platit vůči zmiňované pozitivistické redukci suverenity na vlastnost státní moci, nicméně se nemůže vypořádat s takovým pojmem suverenity,

¹¹⁰ Viz k tomu zvl. články M. Cartabia, J. Zillera, M. Aziz, B. de Witte, C. Mika, A. Albi a dalších ve sborníku WALKER, N. *Sovereignty in Transition*. Oxford – Portland, 2003.

¹¹¹ NEGRI, A. *Sovereignty between Government, Exception and Governance*. In: Hent Kalmo – Quentin Skinner (ed.), *Sovereignty in Fragments*, s. 205–221, zde s. 206n.

¹¹² *Ibidem*, s. 208n.

¹¹³ Srov. podobně, byť z kritického hlediska FOUCAULT, M. *Il faut défendre la société*, s. 38.

jehož funkcí není pouhá deskripce fungování reálných mocenských vztahů ve společnosti a ve světě, ale snaha tyto vztahy v myšlení uspořádat do organizovaného normativního řádu s určitou myšlenou jednotou. To je koneckonců již smysl moderního státu u Hobbese a Bodina navazujícího na středověké koncepty *persona ficta*.¹¹⁴ Stát není pro Hobbese, oproti althusiovsko-aristotelské tradici (oživené v 19. století Gierkem), přirozeným společenstvím nýbrž fiktivně vzniklou osobou existující pouze ve světě artificiální reality, nikoli v přirozeném světě empirické zkušenosti. Třeba však říci, že nejde o fikci ve smyslu „falešné“ iluze, ale ve smyslu imaginativní konstrukce, bez níž je sociální realita nepředstavitelná.¹¹⁵ Hobbesův suverénní stát je reálnou entitou, jakkoli je její moc přítomná pouze na úrovni imaginace.¹¹⁶ Nejedná se tedy o protiklad vnější, „opravdové“ reality, ale o způsob, jak se realita jeví, jak ji před sebe stavíme, aniž bychom však mohli říci, že již předtím tato realita jako sociální skutečnost existuje jako hotový celek.

Teprve pokud pojem suverenity uchopíme jako těžiště určitého způsobu takového představování, či myšlení (ve smyslu imaginace)¹¹⁷ sociální reality, které je současně jejím konstituováním do uspořádaného celku, může začít skutečná debata o jeho relevanci. Ta má pak nutně normativní charakter. Konstituování reality prostřednictvím suverenity znamená její konstituování jako právní i politické jednoty (německý pojem „*Einheit*“ daleko lépe vyjadřuje tuto analogii „jednoty“ a „jednotky“ ve smyslu určité uzavřené entity), která zajišťuje integritu a konzistenci celého ústavního a politického systému.

V tomto smyslu je zřejmé, že suverenity je coby způsob imaginativní konstrukce reality především legitimačním systémem (či, jak konstatuje M. Kriele, druhou stranou legitimacy).¹¹⁸ V tomto smyslu je také principem vlastním teprve moderní společnosti, jakkoli však nikoli prostým prvků předmoderních politických a zejména právních teorií. Zatímco se předmoderní politický systém mohl opírat o transcendentální zjevení nadpřirozené moci a pravdy, moderní systém se musí spokojit s vlastní autoreferencialitou,

¹¹⁴ Viz ve vztahu k Hobbesovi zvl. RUNCIMAN, D. Debate: What Kind of Person in Hobbes's State? A Reply to Skinner. *The Journal of Political Philosophy*. 2000, roč. 8, s. 268–278.

¹¹⁵ Srov. k rozdílu mezi ilusí a fikcí ŽIŽEK, S. *Nepolapitelný subjekt*, s. 212. Pojem fikce je ovšem matoucí právě pro možnou záměnu jevení za něco nepravdivého, iluzorního, nekonečně vzdáleného, „skutečné“ reality. Koneckonců ani v klasickém pojetí státu u Hobbese není pojem fikce užíván všude, přestože jeho stát odpovídá takto pojaté fikci (viz SKINNER, Q. Genealogie moderního státu. In: Týž. *O státě*. Praha: Oikuméné, 2013, s. 55–103, zde s. 82). Právě s ohledem na problematiku konotace pojmu fikce se například Hermann Heller ve svém pojednání o suverinitě zoufale bránil nazvat vládnoucí lid jako fikci, nikoli však proto, že by jej pokládal za empiricky přítomnou entitu, ale proto, aby jej odlišil od čisté racionální konstruktu stvořeného bez jakýchkoli předpokladů v reálné společnosti. Proto také klade fikci do opozice vůči „*reálné existenci*“ a konstatuje, že „*suverenity fikce nebo abstrakta je nepředstavitelná*“ (HELLER, H. *Souveränität*, s. 59, s. 75). Pokud však pojem fikce zbavíme nádechu protikladu reality, pak je myslitelné i jeho použití ve výše uvedeném významu.

¹¹⁶ Hobbes sám pojem fiktivní chápe jako synonymum pojmu „imaginativní“ (HOBBES, T. *Elements of Law Natural and Politic*. London: Ferdinand Tönnies, 1969, Cap. 9, § 1). Srov. k Hobbesovu konceptu státu jako fiktivně vzniklé osoby RUNCIMAN, D. Debate: What Kind of Person in Hobbes's State? A Reply to Skinner. *The Journal of Political Philosophy*. 2000, roč. 8, s. 268–278.

¹¹⁷ V užití tohoto pojmu odkazují na klasické pojednání B. ANDERSONA (viz pozn. 13), v němž je ostatně prvek imaginace určitého společenství jako suverénního politického subjektu bytostně přítomen (*Imagined Communities*, s. 7). Do souvislosti s otázkou suverenity a národního státu klade pojem imaginace rovněž Ulrich Haltern, podle něhož je však tato důsledkem katolické tradice v politickém myšlení, což je právě s ohledem na význam, který hraje prvek imaginace u Hobbese, poněkud problematické tvrzení (HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?* Tübingen: Mohr und Siebeck, 2007, s. 87).

¹¹⁸ KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre*, s. 19.

s legitimačním systémem opřeným o jevení nikoli Boha, ale lidu jako konečného zdroje autority.¹¹⁹ Jednota řádu chápána univerzálně, neboť sebe sama opírající o absolutní moc Boží, je pak v moderním systému teritorializována: absolutní moc lidu je vždy mocí *určitého* lidu, předpokládá proto vždy dělení na *my* a *oni*.

Imaginace lidu coby ústavodárné a legitimující síly tak patří k modernímu státu právě tak bytostně jako suverenita. Podobně jako sám stát je ovšem historicky determinovaná: zatímco u Hobbese byla jejím základem racionální idea kontraktu a u Hegela objektivní duch určitého společenství, u Spinozy či Sieyèse je lid coby subjekt suverenity chápán jako materiální masa, jež se stává jednotou teprve jakožto (vítězná) strana konkrétního politického konfliktu. Od konce 18. století je nezbytným prvkem v imaginaci suverénního subjektu subjektivní vědomí příslušnosti k němu. Zatímco v Hobbesově pojetí suverén jednoduše lid – *Commonwealth* – vytvářel,¹²⁰ v pozdějším pojetí národní suverenity je nezbytné představování lidu coby již existující entity, jež teprve umožňuje – a legitimizuje – suverénní ústavodárný akt. Přes tuto proměnlivost ve způsobu imaginace suverénního lidu však nelze říci, že by pouze vnější, empirické podmínky byly tím, co určuje funkčnost či nefunkčnost určitého způsobu této imaginace. Empirická skutečnost fakticky omezené povahy státní moci (uvnitř i vně státu), stejně jako interdependence států v současném světě dnes – stejně jako ve „vestfálské éře“ nebrání samy o sobě možnosti imaginace státu jako nezávislé entity, jeho materiálního ústavního řádu jako ultimativního rámce jeho fungování a suverenity jako jeho absolutní moci. Omezené transfery svrchovaných práv, respektive jejich výkonu, stejně tak neznemožňují chápat výkon moci v nadnárodním systému jako legitimní, respektive odvozený z ústavního řádu toho kterého státu, je-li v souladu s jeho identitou a základními principy.¹²¹

Pokud se ptáme po relevanci konceptu suverenity v éře nadnárodního či postnacionálního vládnutí, musíme tedy otázku specifikovat do dvou dílčích otázek: Je pojem suverenity coby způsob imaginativního konstituování sociální reality jako jednotného a z jednoho pramene vycházejícího normativního řádu stále relevantním způsobem legitimizace mocenského systému? A pakliže ano, je tento pojem nutně spojený se státem, respektive je legitimita myslitelná jen prostřednictvím suverénního státu?

První z obou otázek se týká samotného principu suverenity. Samozřejmě lze připomenout klasickou alternativu konceptu suverenity, kterou byla po celou éru modernity aristotelská idea „přirozeného“ politického společenství, jež ke své existenci žádnou imaginovanou jednotu nepotřebuje. Zdroj jednoty tu tkví vně tohoto společenství, v pevném bodě, o nějž se opírá „přirozené“ členění společnosti, včetně jí vlastních nerovností. Právě proti takové představě *a priori* dané struktury se obraceli již klasičtí teoretici

¹¹⁹ Viz k tomuto autoreferenciálnímu charakteru moderní společnosti a jemu odpovídajícímu tázání po její legitimitě již výše citovaný BLUMEBERG, H. *Legitimität der Neuzeit*.

¹²⁰ Toto utváření prostřednictvím reprezentace je obsaženo v klasické větě: „*Dav lidí se stává jednou osobou, když je reprezentován jedním člověkem nebo jednou osobou, a děje-li se tak se souhlasem každého z tohoto davu zvlášť, neboť je to jednota reprezentanta, nikoli jednota reprezentovaných, která činí tuto osobu jednou osobou.*“ (HOBBS, T. *Leviathan*, s. 115. Překlad upraven – na rozdíl od Berkova překladu se držím pojmů „reprezentovat“ a „reprezentant“, které kladu na místo „zastupovat“ a „zástupce“, s ohledem na specifický význam Hobbesova konceptu reprezentace).

¹²¹ Není ostatně jisté třeba připomínat, že podobný výklad zastávají i některé ústavní soudy členských států Evropské unie spojující tak princip suverenity a ústavní identity (viz k tomu COSTADINOV, B. *Constitutional Identity*. In: *Iustinianus Primus Law Review* [online]. 2012, roč. 3. Dostupné z: <<http://www.law-review.mk>>).

suverenity Bodin a Hobbes, pro které se právě teprve díky suverenitě člověk stává občanem (což však současně znamená, že občanem je vskutku každý člověk, nikoli jen úzce vymezená sociální skupina).¹²² Idea přirozeného společenství dodnes přesto přežívá v konceptech, které na místo suverénního lidu imanentního určitému politickému systému staví jiný, transcendentní zdroj legitimacy. Na místo suverénního principu vůle suverénního subjektu je tu kladeno objektivní dobro: *bonum commune*. Zatímco v předmoderních aristotelských konceptech se toto dobro opíralo o náboženský zdroj autority, v současnosti je definováno principy racionální efektivity „dobrého“ vládnutí (ve smyslu *good governance*), které je prezentováno jako alternativní systém reprezentace namísto tradiční reprezentace lidu.¹²³ Do podobné skupiny patří i Habermasova idea racionálního diskursu. Problém je v tom, že na rozdíl od nábožensky definované přirozenosti je tu vždy nutno řešit klíčovou otázku, kdo je onou autoritou interpretující obsah dobrého vládnutí nebo racionality určující, co může být obsahem diskursivní deliberace, tzn., co je připuštěno do pole veřejné debaty.¹²⁴ Teoretici navrhuující proti „tradiční“ suverenitě postnacionální řád založený na univerzálních lidských právech či globálním právním řádu se sice tváří se, že tento řád není dílem suverénního subjektu, nýbrž výrazem jakéhosi *ordre naturel*, nicméně otázku po subjektu ve skutečnosti pouze vytěšňují.¹²⁵ I takto „zamlčený“ subjekt nepřestává obsazovat místo moci s nárokem na svou absolutní platnost. Ovšem v tomto případě legitimize efektivitou je vyloučen politický spor o jeho obsazení. Z tohoto pohledu se pak pokus o prezentaci reality prostřednictvím metafor o sdílené a plurální suverenitě jeví spíše jako pokrytectví: na „tradiční“ suverenitu rezignuje při vyzdvížení její údajné protikladnosti vůči lidským právům a „inkluzivnímu“ kosmopolitnímu, respektive postnacionálnímu řádu, aniž by však z konceptu těchto práv a je doprovázejícího řádu byl skutečně s to eliminovat prvek jednoty a ji doprovázejícího vyloučení, ale také tázání po tom, kdo kritéria vyloučení a jednoty vlastně určuje.

Tím se dostáváme k druhé uvedené otázce, jež se týká subjektu suverenity. Klasický subjekt suverenity v podobě lidu inherentního určitému státu je dnes předmětem častého zpochybnění. Již výše jsem zmínil četné snahy vyvést suverenitu z jejího svázání se státem. Koneckonců ani Schmittovo konstatování z roku 1963, že „*epocha státnosti je u konce*“,¹²⁶ neznamenalo rezignaci na suverenitu a nárok na způsob konstituce politického a právního systému prostřednictvím (politické) jednoty lidu, ale rezignaci na to, že by jejím nositelem mohl být tradiční stát. Podobně ale i zastánci globální suverenity, jak jsme viděli, ideu jednoty a centrality právního řádu nepopírají, ale spíše ji vyjímají z prostředí státu a lokalizují do sféry nadnárodního právního řádu. V podobném duchu proklamovali nedávno A. Negri s M. Hardtem nástup nadstátního globálního impéria jako nového nositele suverenity.¹²⁷ Jakkoli se oba snaží tuto suverenitu prezentovat jako

¹²² Srov. BALIBAR, E. *Citoyen/Sujet et autres essais d'anthropologie philosophique*. Paris: PUF, 2011, s. 50.

¹²³ Viz např. SCHMITTER, P. Can the European Union be Legitimised by Governance? *European Journal of Legal Studies*. 2007, roč. 1, s. 1–24.

¹²⁴ Viz kriticky v tomto směru též MOUFFE, Ch. *On the Political*, s. 83nn.

¹²⁵ Srov. kriticky HALTERN, U. *Was bedeutet Souveränität?*, s. 93nn, jenž upozorňuje na to, že bez suverenity jsou i lidská práva pouze dalším vektorem mezi rozumem a nerozumem, v němž závisí na tom, kdo je definuje.

¹²⁶ Viz výše pozn. 59.

¹²⁷ NEGRI, A. – HARDT, M. *Empire*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

„decentrální“,¹²⁸ opřenou o spinozovskou materializovanou masu,¹²⁹ spíše transformují ideu suverénního (státního) lidu do podoby globální *multitudo*.¹³⁰

Zdá se, že princip suverenity je životaschopnější, než sám stát. Suverénní subjekt – *démos* – je jistě myslitelný i mimo již definované hranice státu. Nicméně toto konstatování pouze vyjadřuje fakt, že je to právě tento *démos*, nikoli stát sám, komu přísluší suverenity, tedy i moc konstituující stát sám. Pakliže není suverenity redukována pouze na vlastnost státní moci, vztahuje se její funkce vždy ke konkrétnímu suverénnímu subjektu, jenž představuje před-konstituční jednotu nutnou pro myšlení konstituovaného řádu. Suverénní subjekt tak předchází samotnému státu. Na druhé straně ve chvíli, kdy se stane konstituující mocí, stát utváří. Zásadní tedy je, zda vycházíme z toho, že určení *dému* je již předem dané, ať již hranicemi státu, nebo jakéhokoli jiného systému, nebo zda je naopak *démos* pokládán za konstituující subjekt. V prvním případě lze mluvit o etatismu dokonce i tehdy, pokud ony *ex ante* přítomné hranice nejsou hranicemi státu. E. Balibar takto trefně hovoří o „*etatismu bez státu*“ třeba u snah o odvození evropského „*dému*“ z již dříve určených hranic Evropské unie.¹³¹ Paradoxně lze o takovém etatismu bez státu mluvit též u konceptu globálního *dému*. Naopak ve druhém případě není stát silou, která *démos* určuje a pojmenovává, ale teprve jeho výsledkem.

Současná teorie radikální demokracie vychází právě z tohoto druhého případu. Nesnaží se téma subjektivity či suverenity negovat, nýbrž radikálně vytrhává proces konstituování subjektu z vazeb na jakoukoli prekonstituovanou esenciální identitu a – v silné návaznosti na Schmitta – jej pojímá jako bytostně politický akt nijak nezduvoditelného rozhodnutí. Důraz na politickou, a tudíž demokratickou povahu samotného konstituování demokratického subjektu tu jde ruku v ruce s poznáním neredukovatelnosti tohoto konstituování na nic předem daného a jasného. Subjekt nakonec zůstává neustále unikající trhlinou v kontinuitě řádu, momentem konstituce, jenž je současně jakýmsi novodobým zázrakem vstupujícím na místo, jež v předmoderním systému představoval akt Stvoření.¹³² Autoritou, k níž se tento pohled na politický subjekt obrací, je Spinoza či Sieyès jako teoretici ústavodárného subjektu nezávislého nutně na existujícím státu. Ovšem i tato perspektiva politického subjektu, respektive politična, předcházejícího (případně dokonce pouze likvidujícího)¹³³ stát je založena na nutných principech vyloučení, respektive vymezení se vůči cizímu. Ani současné normativní imaginace sociální reality jako „*společensví bez společensví*“ (J.-L. Nancy)¹³⁴ nebo „*občansví bez společensví*“ (E. Balibar),¹³⁵

¹²⁸ *Ibidem*, předmluva, s. xii.

¹²⁹ Viz také NEGRI, A. – HARDT, M. *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, s. 336.

¹³⁰ Viz podobnou výtku u LIPPING, J. *Sovereignty beyond the state*. In: Hent Kalmo – Quentin Skinner (vyd.). *Sovereignty in Fragments*, s. 186–204, zde s. 202. Koneckonců z podobné perspektivy vyčítá Chantal Mouffe Hardtově a Negriho vizi, že jde pouze o novou verzi liberálního kosmopolitismu s tím, že globální masa v podstatě vstupuje do podobné pozice jako explicitní či implicitní koncepty globální suverenity (MOUFFE, Ch. *On the Political*, s. 107nn).

¹³¹ BALIBAR, E. *Nous, citoyens d'Europe Les frontières, l'État, le peuple*. Paris: PUF, 2002, s. 238.

¹³² Viz ŽIŽEK, S. *Nepolapitelný subjekt*. Ovšem i když radikálně demokratická teorie trvá na materializované podstatě subjektu coby masy – *multitudo*, přesto současně tvrdí, že k této subjektivizaci může dojít jen prostřednictvím určité ideje, jež se představuje pouze na úrovni fikce a imaginace (viz též pozn. 115). Srov. BADIOU, A. *L'hypothèse communiste*. Paris: Éditions lignes, 2009, s. 200.

¹³³ Podstatu radikálně demokratické pozice trefně vystihuje Alain BADIOU, podle něhož „*La politique est de faire être la politique, pour que l'État ne soit plus*“. (*L'hypothèse communiste*, s. 27).

¹³⁴ NANCY, J. L. *La communauté désœuvrée*. Paris: Christian Bourgois, 1990.

¹³⁵ BALIBAR, E. *Nous, citoyens d'Europe?*, s. 93–126.

jakkoli radikálně popírají tradiční schémata vyloučení prostřednictvím teritoriálních hranic, nemohou rezignovat na prvek „suverénní“ subjektivity a nutné exkluze. Jak konstatuje H. Lindahl, princip hranic a vyloučení zkrátka neodmyslitelně patří ke každému právnímu řádu. Idea suverénního subjektu v podobě *dému* mimo hranice státu tak neeliminuje vyloučení, jeho kritéria ponechává otevřená kontingenci prostoru možných politických konfliktů. Co však eliminuje, společně se státem, je ústavní řád, tedy možnost dlouhodobé konstitucionalizace určité formy existence společenství.

Jestliže se kosmopolitistické paradigma snaží nahradit suverenitu novou formou absolutní objektivní pravdy bez subjektu, současné radikálně demokratické vize suverenity naopak subjektivizují do krajnosti. Oba postoje však logicky destruuji princip ústavnosti spojený se státem. V prvním případě je před ústavu postavena jiná, nadřazená a objektivně platná univerzalita mající před ní normativní přednost, ve druhém je pak na místo ústavy a státu kladena permanentní ústavodárná moc *dému*, jež by údajně byla jakoukoli konstitucionalizací znehodnocena. Jestliže je tu na jedné straně dokonce vítán populismus jako forma obrácení se k vůli masy – *dému* – namísto neoliberalní *good governance*, je zde na druhé straně obsažen zásadní odpor ke státu a ústavnosti jako statickému řádu znemožňujícímu realizaci lidové suverenity.¹³⁶ Systém imaginace tu není normativně konstituován, ale je výsledkem neustále se proměňující vůle masy. Není asi nutné podotýkat, že takové vynětí (lidové) suverenity z rámce státu a ústavnosti otevírá výše popsané imaginativní utváření reality neustálé dynamické změně. Oproti tomu „klasická“ suverenita, spojená se (státním) ústavním řádem, umožňuje, aby ústava byla (v materiálním, nikoli formálním smyslu) statickým normativním konstituováním reality do uspořádaného celku. I když i v tomto případě stojí na počátku konstituující akt, brání se jím ustavený řád již své destrukci. Prvotní ustavení způsobu imaginace sociální reality (ve smyslu Hobbesova vytvoření státu „*by fiction*“) je pak závazným způsobem této imaginace, ovšem tím také – na rozdíl od radikálně demokratických vizí – umožňuje trvalé fungování právního řádu. Zatímco tedy legitimita bez suverenity zpochybňuje demokracii a suverenita bez státu ústavní, respektive právní stát, zdá se být suverenita spojená se státem nadále jediným legitimačním konceptem schopným udržet právní stát a demokracii ve vzájemném spojení. Otázkou, již je třeba se zabývat, jsou pak sociální předpoklady udržitelnosti tohoto konceptu v současné společnosti.

2.3 Předpoklady sociální imaginace politického subjektu

Globalizace politiky, ekonomiky i kultury bezesporu představuje klíčovou proměnu kontextu, v němž lze suverenitu a suverénní politický subjekt myslet. Nikdo nemůže při troše soudnosti předstírat, že lze na suverénní stát nahlížet tak jako dříve. Prostá argumentace typu „*změna reality nás nutí změnit pojmy*“ však nemůže být konkluzivní, pakliže jsou to současně pojmy, které tuto realitu normativně konstituují jako imaginovaný celek. Pak je třeba spíše se tázat, jakými změnami prochází samotná pojmová konstituce reality ve společenských diskurzech. Zde se na jedné straně zdá, že jak externí faktory, tedy stále hlubší začlenění států do mezinárodních institucionálních a právních systé-

¹³⁶ Srov. LACLAU, E. *On Populist Reason*. London – New York: Verso, 2005. Podobně ale i MOUFFE, Ch. *On the Political*, s. 70n.

mů, tak i interní faktory spočívající ve stále vyšší stupni pronikání společnosti, respektive společenských organizovaných sil do státu¹³⁷ zpochybňují schopnost pojmu suverenity být vhodným nástrojem v kontextu jiných pojmů, jejichž prostřednictvím je dnes realita konstituována. Na druhé straně však lze těžko popřít, že přes všechny změny vykazují pojmy suverenity, lidu (respektive národa) a státu nadále pozoruhodnou životnost v „pojímání“ reality v politice a ve společnosti. Suverenita států – nikoli ve smyslu pouhé omezené autonomie – se stále ukazuje jako významný strukturující element mezinárodního právního řádu a kritérium přístupu do mezinárodního společenství.¹³⁸ Specifický případ nadnárodní integrace v Evropské unii navíc není, jak upozorňuje Krasner, replikovatelný na jiné části světa, kde plně dominuje perspektiva suverénních států jako jediné myslitelné formy legitimního politického systému.¹³⁹

Napětí mezi zpochybňováním a ožíváním suverenity nás doprovází i v každodenním životě. Zatímco v rámci „postnacionálního“ celku Evropské unie se „suverenita“ stala takřka zakázaným slovem, je-li je užíváno ve vztahu mezi nacionální a postnacionální úrovní,¹⁴⁰ ve vztahu k mezinárodní politice je nadále – i v tradičním spojení se státem – oblíbenou zbraní, jak ukázal nedávný krymský konflikt, během něž argumentace suverenitou zaznívala z úst evropských politiků snad nejhlasitěji. Stejná tenze je ostatně charakteristická pro postsuverenistické koncepty, které se snaží na jedné straně hlasitě proklamovat postnacionální řád kosmopolitního vládnutí a lidských práv bez suverenity, aby však vzápětí onen termín opět oprášily, jakkoli nejrůzněji „redefinovaný“ do tekuté a plurální podoby, a nově aplikovaly s tím, že skutečným protivníkem je vlastně pouze suverénní stát a „tradiční“ národ.

Zásadní faktor životaschopnosti suverenity spočívá v tom, že žádná z alternativních forem sociální legitimizace se z úrovně teorie dosud nebyla schopná uplatnit jako všeobecně akceptovaný princip ústavních řádů, institucionálního uspořádání politických systémů i samotného jednání politických stran a hnutí. Koncept politického národa coby výhradního zdroje legitimacy zůstává úhelným kamenem demokratického vládnutí. Dokonce i nadnárodní politické systémy svůj ústavní rámec opírají o replikaci demokratických institucí převzatých z národních států, jako by jejich legitimačním základem byl vlastní suverénní *démos*.¹⁴¹ Zakládání legitimacy v imaginativně utvářeném společenství dosud nenašlo přesvědčivou náhradu a i koncepty globální demokracie se bez této

¹³⁷ Dieter Grimm v této souvislosti trefně hovoří o dvojitěm ohrožení suverenity zvnějšku i zevnitř státu (GRIMM, D. Vorwort. In: Dieter Grimm – Evelyn Hagenath (ed.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden: Nomos, 1994, s. 9.). Srov. k tomu KOKOTT, J. Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 2004, roč. 63, s. 7–40, zde s. 20.

¹³⁸ Srov. již klasicky DEMICHEL, F. Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines. In: *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, s. 1053–1071. Podobně též HASENCLEVER et al. *The Future of Sovereignty – Rethinking a Key Concept of International Relations*. Tübingen: Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung, 1996.

¹³⁹ KRASNER, S. The Durability of Organized Hypocrisy. In: Hent Kalmo – Quentin Skinner (ed.). *Sovereignty in Fragments*, s. 96–113, zde s. 105.

¹⁴⁰ Srov. de WITTE, B. Do Not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries – Belgium and The Netherlands. In: Neil Walker (ed.). *Sovereignty in Transition*, s. 351–366.

¹⁴¹ Srov. kriticky RITTBERGER, B. „Copy and paste“: Parlamentarisierung jenseits des Nationalstaates. In: N. Dietelhoff – J. Steffek. *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*. Frankfurt/Main: Campus, 2009, s. 137–160.

vize společenství v podobě globálního dému mohou obejít jen za cenu již výše popsaného logického uchýlení se k apolitické vizi expertně odhalovaného a prosazovaného objektivního dobra.

Když se Spolkový ústavní soud ve svém maastrichtském rozhodnutí odvolal na „homogenní lid“ („*homogenes Volk*“) jako základ legitimacy jakéhokoli demokratického uskupení, vyvolal tím známou kritiku pro svůj údajný nacionalismus.¹⁴² Ta ostatně odpovídá výše zmíněné obecné výtce metodologického nacionalismu směřované U. Beckem vůči každému, kdo se drží klasických pojmů státovědy. Pomineme-li fakt, že z tohoto hlediska by byl takový nacionalismus inherentní všem ústavám národních států, a tedy i logicky nutným prvkem v judikatuře ústavních soudů, je problematické samotné východisko této kritiky. Hrozí totiž záměnou principů *ethnos* a *demos*.¹⁴³ Lid coby základní princip suverenity není v klasických teoriích suverenity empiricky přítomným, na základě objektivních faktorů jednotným celkem, ale již u Hobbese je společenstvím existujícím „*by fiction*“. Ovšem i Sieyèsova představa národa jako ústavodárné suverénní síly není založena na etnických faktorech, ale na politickém rozhodnutí v určitém sociálním antagonismu,¹⁴⁴ právě tak jako Schmittův koncept homogenního lidu.¹⁴⁵

Legitimní otázkou je, jaké jsou předpoklady, aby se určitá forma imaginace suverénního společenství – lidu – mohla empiricky prosadit. U Hobbese nejsou tyto předpoklady ještě nijak rozebrány. Otázka, kdy je reprezentativní instituce skutečně schopna utvářet „*by fiction*“ jednotný *populus*, není zodpovězena; platí pouze, že je třeba faktické akceptace ze strany populace. U Spinozy je oproti tomu již předpoklad udržení státu a suverenity spatřován ve specifickém *ingenium* určité konkrétní populace.¹⁴⁶ Hellerova teorie suverenity, na níž se odvolává zmíněné rozhodnutí Spolkového ústavního soudu, navazuje na pojetí svobody u Hegela, zdůrazňuje nezbytnost určitých sociálních, historických a kulturních předpokladů (samozřejmě nikoli ve smyslu primordiálního národa,

¹⁴² BVerfGE 89, 155. Kriticky z uvedeného pohledu viz např. WEILER, J. H. H. Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision. *European Law Journal*. 1995, roč. 1, s. 219–258, zde s. 251 a OUYEN, R. Chr. Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft. Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft. In: M. Llanque (vyd.). *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*. Baden-Baden: Nomos, 2010, s. 261–275, zde s. 265. V podobném duchu z řad německých ústavních soudců ovšem i LÜBBE-WOLFF, G. Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2007, roč. 4, s. 121–127.

¹⁴³ Zde také platí trefně konstatování Rainera M. Lepsia, že každá identifikace *dému* jako nositele suverenity s určitým specifickým národem ve smyslu *ethnos* vede k potlačení nebo nucené asimilaci odlišných etnických, kulturních, náboženských nebo socioekonomických skupin (LEPSIUS, R. M. „Ethnos“ oder „Demos“. Zur Anwendung zweier Kategorien von Emerich Francis auf das nationale Selbstverständnis der Bundesrepublik und auf die Europäische Einigung. In: TÝŽ. *Interessen, Ideen und Institutionen*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1990, s. 247–255, zde s. 249). Srov. dále klasicky FRANCIS, E. *Ethnos und Demos. Soziologische Beiträge zur Volkstheorie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1965.

¹⁴⁴ Viz LOEWENSTEIN, K. *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung. Studien zur Dogmengeschichte der unmittelbaren Gesetzgebung*. München: Drei Masken Verlag, 1922, s. 11. Podobně i NEGRI, A. *Insurgencies*, s. 212 a nově i GUILLHAUMOU, J. *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*. Paris: Kimé, 2002.

¹⁴⁵ C. SCHMITT mluví o „lidu individualizovaném politickým sebevědomím“, k němuž mohou dopomoci různé elementy „národní homogeneity“, jako je například společný jazyk, dějinné osudy, tradice a vzpomínky, společné politické cíle a naděje, aniž by však byly právě tyto elementy všechny nezbytné (*Verfassungslehre*. 4. vyd. Berlin: Duncker und Humblot, 1928, s. 231n).

¹⁴⁶ Srov. MOREAU, P.-F. *Spinoza. L'explosion et l'éternité*. Paris: PUF, 1994, s. 441–459.

nýbrž faktických předpokladů umožňujících úspěšnost prosazení jakékoli imaginativně konstituované ideje řádu).¹⁴⁷ Stále je však třeba mít na paměti, že jde o předpoklady toho, aby mohl lid být v rámci ústavního řádu představován. Nejde tedy o etnicky určené pojetí lidu coby empiricky přítomné „osoby lidu“ (*Volksperson*) či národního společenství (*Volksgemeinschaft*), jak jej známe z organologických vizí, ale i z nacistické právní vědy.¹⁴⁸

Oblíbenou výtku údajného „esencialismu“ je tedy třeba brát s rezervou. Je totiž rozdíl mezi tím, když mluvíme o sociálních předpokladech funkčnosti sociální imaginace, tedy ideje suverénního lidu jako myšleného společenství,¹⁴⁹ a když mluvíme o podstatě empiricky přítomného národa ve smyslu etnického celku.¹⁵⁰ V prvním případě totiž tázání směřuje pouze k tomu, kdo rozhoduje o způsobu imaginativní konstituce společenství jako suverénního politického celku a jej doprovázející formě inkluze a vyloučení a co vede k úspěšnosti tohoto způsobu. Radikálnědemokratické teorie, ale i radikální pluralismus tu končí proklamací o „*groundless decision*“; radikální demokraté dodávají, že toto rozhodnutí pramení z určité historické události a historického antagonismu. Otázkou však je, zda je tím skutečně odstraněn strašák esencialismu. V Ranciérově, Laclauově či Badiouově pojetí je téma předpokladů toho, která sociální diference může skutečně vést k zásadnímu antagonismu a náhlé konstituci subjektivizovaného *dému*, normativně *ex ante* negováno. Ve Walkerově a Lindahlově teorii je pak ponecháno bez odpovědi, jako by šlo o věc náhody.¹⁵¹ Avšak taková negace předpokladů úspěšnosti určité konkrétní formy imaginativní konstituce sociální reality se nezdá příliš přesvědčivá. Trefná je tu spíše konstatace Manfreda Balda: „*Určitá základní norma může být smysluplně přijata pouze tehdy, pokud existuje určitá míra překryvu mezi kolektivy, tradicemi, ekonomickými zájmy, morálními hodnotami a představami sociálního řádu převládajícími v dané společnosti.*“¹⁵² Právě sem míří Böckenfördův pojem tzv. návazných bodů („*Anknüpfungspunkte*“), které jsou nezbytné k vyvolání emočních vazeb nutných pro existenci vědomí kolektivní sounáležitosti,¹⁵³ podobně jako Grimmova teze o tom, že

¹⁴⁷ HELLER, H. *Souveränität*, s. 59nn; TÝŽ. Politische Demokratie und soziale Homogenität. In: TÝŽ. *Gesammelte Schriften II*. Leiden, 1971, s. 425). Není přitom důvod tuto pasáž zlehčovat, jak činí např. PERNICE, I. Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1995, roč. 120, s. 100–120, zde s. 104. Ačkoliv sociální homogenitu nepovažuje Heller za konstitutivní moment jednoty (stejně jako ani Schmitt či Smend), nezpochybňuje současně její významnou roli. Podobně viz též MURSWIEK, D. *Die Verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Republik Deutschland*. Berlin: Duncker und Humblot, 1978, který zdůrazňuje rozdíl ústavodárné moci jako nejvyšší konstituované moci (s. 156) a nad ní stojící první, nadpozitivní konstituující moci, opírající se však o určité předpoklady víry v ní (s. 137nn; s. 151nn).

¹⁴⁸ Viz pozn. 24.

¹⁴⁹ Viz již výše zmiňovaný B. ANDERSON (pozn. 13). Srov. též CALHOUN, C. Constitutional Patriotism and the Public Sphere: Interests, Identity, and solidarity in the integration of Europe. *International journal of politics, culture, and society*. 2006, roč. 18, s. 257–280, který ovšem vidí předpoklady sociální imaginace ve veřejném prostoru založeném na sociální solidaritě, aniž by příliš řešil otázku předpokladů takové sociální solidarity, respektive toho, v jakém prostoru je taková solidarita myslitelná.

¹⁵⁰ Viz v podobném smyslu i rozlišení empirické a hypotetické vůle lidu u E. FRAENKELa, Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat. In TÝŽ *Deutschland und die westlichen Demokratien*. 3. vyd. Stuttgart: Kohlhammer, 1968, s. 81–119.

¹⁵¹ Jak jsem již uvedl, pro Lindahla má normativní konstituce evropské jednoty v judikátu van Gend en Loos v podstatě stejnou povahu jako normativní nárok suverenity jednoty například německého ústavního řádu opřeného o Základní zákon. Otázka, zda tyto akty snesou srovnání z hlediska možnosti jejich úspěšného uplatnění právě jako nástroje imaginace, zde ale není uspokojivě řešena.

¹⁵² BALDUS, M. *Zur Relevanz*, s. 396.

¹⁵³ BÖCKENFÖRDE, E.-W. Die Nation – Identität in Differenz. In: TÝŽ. *Staat, Nation, Europa*, s. 34–58, zde s. 43n.

integrační síla ústavy může fungovat jen tehdy, pokud ústava sama reprezentuje aspirace a hodnotové postoje společnosti, jež se v ní sama rozpoznává.¹⁵⁴ Mluvit zde o inherečním nacionalismu je potom pouze důsledkem fatálního nepochopení rozdílu mezi sférou empirické reality a sociální imaginace.¹⁵⁵

ZÁVĚR

Z výše uvedeného popisu současných debat o suverenitě vyplývá, že je třeba mimořádné opatrnosti vůči všem snahám o „redefinice“ pojmů, pakliže se ze sféry politické teorie či sociologie přesunují i do oblasti práva. Znamená-li totiž redefinice nové určení významu, pak s sebou nese současně zánik původního pojmu, z něhož zůstává pouze výrazová stránka – pouhé slovo. Uzurpace výrazových prostředků může dokonce být vnímána i jako cesta k proměně celého existujícího ústavního řádu, pakliže jeho pojmový rámec najednou pod tlakem „vnější“ reality získá zcela nový kontextuální rozměr a význam.¹⁵⁶ Nejrůzněji koncipované „proměny“ pojmů státu, státnosti a s nimi spojených pojmů mohou vést ve svých důsledcích ke konečnému ortelu nad ústavním státem vykonanému zcela nenápadně, za oponou. Místo takto vznikajícího zmatení je pak vhodnější a logicky konzistentnější se rozhodnout, tak jako navrhoval ve vztahu k suverenitě J. Maritain, pro rezignaci na určitá slova a pojmy a unést důsledky, které to s sebou nese pro způsob pojmování a konstituování reality.¹⁵⁷

Namísto takové rezignace je dnes pojem suverenity pouze zásadně „reinterpretován“, a to ze dvou protikladných stran. Na jedné stojí ti, kdo se snaží suverenitu identifikovat pouze s právně zakotvenou mocí existující uvnitř ustaveného systému. Lars Vinx tak mluví o „slabé“ suverenitě, oproti suverenitě „silné“, absolutní a předústavní.¹⁵⁸ MacCormick podobně hovoří o suverenitě „právní“, oproti suverenitě „politické“.¹⁵⁹ Do stejné skupiny patří kosmopolitické koncepty, které suverenitu chtějí dělit mezi státy a nadnárodní/globální celek, avšak s tím, že i toto dělení je podřízeno „vyššímu“, univerzálně platnému objektivnímu řádu práva. Jak podotkl již Kelsen (jemuž rozhodně nelze vyčítat obhajobu klasické suverenity), vede taková redukce suverenity na označení právně zakotvené pravomoci k redundanci samotného pojmu.¹⁶⁰ Nejde pak o nic jiného než klasickou před-

¹⁵⁴ GRIMM, D. Integration durch Verfassung. Absichten und Aussichten im europäischen Konstitutionalisierungsprozess. In: TÝŽ. *Die Zukunft der Verfassung II*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2012, s. 241–261, zde s. 249.

¹⁵⁵ Srov. kritiku na adresu kritiků Spolkového soudního dvora SCHÜTZTE, R. *European Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 70.

¹⁵⁶ Takovou interpretační cestu změny ústavy ostatně navrhoval svého času již Carl Schmitt, jenž v ní viděl možnost výkladově překonat prvky parlamentní demokracie ve prospěch autoritativního státu. Tak, jak je pro Schmittovo myšlení typické, byl tento přístup v logickém napětí s jeho cílem, jímž mělo být zachování legitimacy, na níž materiální (ve Schmittově specifickém pojmosloví „pozitivní“) ústava stojí, proti legalitě jí stvořených pozitivních norem. Srov. HUBER, E. R. *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt. Blätter für deutsche Philosophie*. 1930/31, roč. 5, s. 304nn.

¹⁵⁷ MARITAIN, J. The Concept of Sovereignty. *World Politics*. 1950, roč. 44, s. 343–357, zde s. 343.

¹⁵⁸ Srov. kontra VINX, L. The Incoherence of Strong Popular Sovereignty. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, roč. 11, s. 101–124.

¹⁵⁹ Tak ovšem MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty*, s. 127nn. Podle R. PROKHOVNIK má naopak samo oddělování právní a politické suverenity politickou povahou (*Sovereignties. Contemporary Theory and Practice*. New York: Palgrave Macmillan, 2001, s. 160).

¹⁶⁰ Podobně reagoval Walter Sandelius na koncept „pluralitní suverenity“ z pera sociologa Herberta Laskiho

moderní *summa potestas* coby označení nejvyšší autority, jež však sama nevybočuje z konstituovaného řádu.

Na straně druhé stojí pak zastánci preference čisté politiky, již jakékoli právo, včetně ústavy, pokládají pouze za výsledek politického rozhodnutí, zaujetí pozice v určitém politickém antagonismu. Zde je perspektiva obrácená: na suverenitu není nahlíženo z hlediska práva, ale naopak jen jako na čisté politickou ústavodárnou moc, jež se sama neopírá o žádné právní principy. Tento pohled je vlastní současným teoretikům radikální demokracie navazujícím na Schmittův *Pojem politična*, ale právě tak i radikálním pluralistům hovořícím o ryze politických metaprávních základech suverenity a právního řádu. Základem vzniku státu, respektive politického celku, je zde sociální antagonismus, jenž může být jakékoli povahy. Politický subjekt – *démos* – tak může vzniknout kdykoli a kdekoli, aniž by mu byly vlastní jakékoli předpoklady a právní principy, byť jen v podobě Böckenfördeových návazných bodů.

Pojem suverenity v uchopení jeho klasiky od Bodina až po Hegela či Hellera, se snaží jednostranností obou zmíněných pozic vyhnout. Suverenita jako moc rozhodovat existující na úrovni imaginace či Hegelova objektivního ducha přísluší lidu coby subjektu suverenity, jenž však není pojímán jako materiální celek, ale jako myšlená entita, jíž jsou činy orgánů přisuzovány. Klíčová je zde proto sféra mezi konstituovaným řádem a výjimkou z něj, mezi ústavní normou a předústavním konstituujícím subjektem. Tuto sféru zde však nemůžeme jednoduše odbýt jako prostý politický předpoklad legitimacy, jímž se v právu nemá smysl zaobírat, jak tvrdí např. M. Henke.¹⁶¹ Právě v ní tkví struktura a základní principy ústavního řádu. H. Heller v tomto kontextu upozorňoval na nutnost rozlišování mezi pozitivními právními větami („*Rechtssätze*“) a metapozitivními právními principy („*Rechtsgrundsätze*“), které však nejsou normami přirozeného práva, nýbrž principy inherentními uspořádání konkrétního společenství, tedy jeho materiální konstituci, jež předchází psané ústavě a originárnímu ústavodárnému aktu.¹⁶² Absolutní povaha suverenity vychází právě z toho, že je již mocí tohoto společenství, respektující a naplňující jemu vlastní principy uspořádání. V jejím pojmu je proto nutné – oproti oběma výše zmíněným snahám o faktické vyprázdnění pojmu – současně vnímat jeho politickou i právní dimenzi, jež nelze oddělit do dvou vzájemně nezávislých pojmů suverenity jinak, než za cenu redukce buď na pozitivní právní řád, nebo na faktickou moc (a následné redundance).¹⁶³ Jakkoli se může na první pohled zdát, že politický prvek suverénního subjektu v klasických pojetích suverenity jednoduše dominuje nad právním,¹⁶⁴ je tento subjekt – právě díky své existenci na mimoempirické úrovni – identitou práva a moci, podobně jako koncept *nomos basileus* v tzv. Pindarově fragmentu.¹⁶⁵ To si uvědomuje také A. Negri, který právě z tohoto důvodu odděluje pojem ústavodárné

slovy, že „*The idea of „pluralistic sovereignty“ can hardly be of a juristic use*“. (SANDELIUS, W. National Sovereignty and the Rule of Law. *American Historical Review*. 1931, roč. 25, s. 1–20, zde s. 2).

¹⁶¹ HENKE, M. *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt*, s. 209.

¹⁶² HELLER, H. *Souveränität*, s. 47.

¹⁶³ Viz v podobném smyslu Martin Loughlin, jenž mluví o dvou *aspektech* suverenity – politickém a právním (LOUGHLIN, M. *Ten Tenets of Sovereignty*, s. 70).

¹⁶⁴ Tak MACCORMICK, N. *Sovereignty and after*, s. 156nn.

¹⁶⁵ Viz BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době. Proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masaryk University Press, 2009, s. 89n.

moci, jako čistě politické síly, od (jím kritizovaného) pojmu suverenity jako současně politické i právní kategorie.¹⁶⁶

Opuštění suverenity, ať již rezignací na slovo, nebo reinterpretací jeho významu v duchu jedné z obou výše uvedených linií, znamená nutnost hledání náhradního způsobu sociální legitimizace. Postnacionální kosmopolitismus, pokud pouze nereplikuje ideu suverenity na úrovni globálního *dému*, se pak uchyluje k oživení předmoderního jusnaturalismu s ideou nové, univerzální pravdy nezávislé na demokratické vůli. Jestliže J. Habermas mluví o tom, že zásadním dilematem dneška je volba mezi principem suverenity a principem lidských práv,¹⁶⁷ potom volba druhé možnosti představuje řešení, v němž na místo demokratické vůle nastupuje absolutní rozum jako zdroj legitimacy, zcela v duchu předmoderního aristotelismu. Legitimizace „dobrou správou“ je pak pouze variantou této perspektivy, v níž je demokratický element nahrazen absolutním nárokem na vládu těch, kdo jsou držitelé „poznání“ rozumu. V tomto konceptu *bonum commune* (zrcadlícího se v pojmu globálních lidských práv), již není prostor pro politický střet o určení základních principů, potažmo hranic tohoto „globálního společenství“.¹⁶⁸ Druhá z uvedených linií, jež se vůči tomuto kosmopolitismu se vši vervou vymezuje, optuje pro právě opačné řešení, tedy radikální demokracii zbavenou všeho „esencialismu“ a *ex ante* obsazení „prázdného místa moci“. Nejde však o volbu pro suverenitu (ve smyslu uvedeného Habermasem popsání dilematu), nýbrž pro vládu materializovaného *dému* bránící se jakýmkoli reprezentativním a ústavním institucím. Radikální demokraté, kteří svůj pohled prezentují jako jedinou alternativu vůči ideám pevné, již obsazené univerzality,¹⁶⁹ pokládají jakýkoli konstituovaný řád za nedemokratický, neboť na místo skutečné masy staví již jen myšlenou ideu. Důsledky této perspektivy vedou k teorii permanentní konstituující emancipační moci, jejímž cílem má být trvalá destrukce konstituované moci v duchu W. Benjamina. Jsou tak spíše politickou výzvou právu samotnému, nejen pouze suverenitě. Zatímco kosmopolitistickému diskursu vyčítají destrukci demokracie ve jménu univerzálního práva, samy demokracii radikalizují tak,

¹⁶⁶ „Everything, in sum, sets constituent power and sovereignty in opposition, even the absolute character that both categories lay claim to: the absoluteness of sovereignty is a totalitarian concept, whereas that of constituent power is the absoluteness of democratic government.“ (NEGRI, A. *Insurgencies*, s. 13).

¹⁶⁷ Habermas sám se snaží oba principy spojit do „interní souvislosti“, a to tak, že lidská práva nepředstavují omezující, ale pouze „umožňující“ podmínky (HABERMAS, J. *Über den internen Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie*. In: TÝŽ *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1996, s. 293–305). Kriticky srov. BRUNKHORST, H. *Menschenrechte und Souveränität: Ein Dilemma?* In: H. Brunkhorst – W. R. Köhler – M. Lutz-Bachmann. *Recht auf Menschenrechte*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1999, s. 157–175).

¹⁶⁸ Viz podobně kriticky MOUFFE, Ch. *On the Political*, s. 107nn.

¹⁶⁹ Kupříkladu Ernesto Laclau představuje 3 klasická pojetí vztahu mezi partikulárním a univerzálním, jež lze chápat jako 4 pojetí legitimacy konkrétního společenského řádu: antické (založené na poznatelném rozumu jako zdroji univerzality a jasněho rozdělení mezi partikularitou a univerzalitou); křesťanské (v němž místo poznatelné univerzality přejímá Bůh a rozumové poznání pak princip zjevení) a moderní (mohli bychom říci „suverenistické“, v němž je univerzální vloženo do partikulární společnosti a legitimita se stává auto-referenciální). Současně, postmodernistické a kosmopolitistické pojetí spojené se snahou postulovat samu plurální partikularitu jako jediný zdroj legitimacy, není vlastním, 4. pojetím, jak by sebe sama rádo chápalo. Naopak, jemu inherentní snaha opřít se pouze o pluralitu vede k paradoxní, veskrze logické konsekvenci v podobě hledání určitého normativního středobodu mimo rámec společnosti, analogicky k oběma předmoderním variantám. Skutečně 4. pojetí, jež Laclau prezentuje, je radikálně-demokratická postulace univerzality jako prázdného bodu bez obsahu (LACLAU, E. *Emancipace a radikální demokracie*, s. 53nn).

že právo zcela vylučují. Explicitním příkladem je Derridovo kladení (správné) spravedlnosti proti principu práva, jež je podle něj vždy násilné.

Při analýze těchto normativních důsledků všech alternativních pohledů na „klasickou“ suverenitu, jež jsem blíže popsal v tomto textu, se pojem „klasické“ suverenity nejeví jako radikální postoj, ale spíše střední varianta mezi dvěma krajními pozicemi: návratem k předmoderní koncepci přirozeného řádu, v němž je *démos* pouze objektem dobrého vládnutí a radikalizací demokracie do permanentní revoluční vlády masy vedené určitou ideou a nesvázané jakýmikoli právními mantinely. Absolutní vládu lidu totiž v situaci konstituovaného řádu totiž lokalizuje do sféry imaginace, kam patří i jeho absolutní moc – suverenita. V empirické realitě je naopak moc vždy již svázána do ústavně zakotvených hranic. Toto svázání však není samo o sobě pokládáno za absolutní a věčně platné, nýbrž jako výsledek konstituujícího aktu suverénního subjektu – lidu, jenž může být v budoucnu předmětem změn.

Suverenita je tedy především principem konstituce reality prostřednictvím idejí, jak nedávno napsal D. Philpott.¹⁷⁰ Jde však o princip spojený s určitou specifickou formou konstituce, k níž patří idea konkrétního suverénního subjektu, nikoli univerzálně platný koncept, který pouze prochází různými změnami.¹⁷¹ Změny idejí a normativních představ nejsou ani tak „*revolucemi v suverenitě*“, tedy rekonfiguracemi myšlení suverenity, ale spíše revolucemi v pojmání reality. Suverenita jako moderní pojem spojený s moderním uchopením sociálního řádu prostřednictvím myšlení jednotného společenství, pak představuje pouze epochálně vázaný koncept, který samozřejmě nemá univerzální platnost a je bytostně svázán s moderním státem. To, co Philpott pokládá za novou revoluci v suverenitě, jejímiž svědky jsme od 60. let 20. století, lze spíše chápat jako snahu o nový způsob konstituce ústavní i mezinárodněpolitické reality. Jeho průvodním jevem je ovšem nejen rezignace na „klasickou“ Hobbesovu suverenitu, ale i na koncept sekulární legitimacy opírající se o lid a v neposlední řadě na samotný princip jednoty politického a ústavního řádu, jak jsme viděli.

Jak jsem však uvedl, tato revoluce v myšlení politického řádu vede k problematickým důsledkům z hlediska legitimacy. Stojí také v ostrém rozporu s tím, jak jsou konstituovány současné ústavní řády států, jež nadále předpokládají suverénní *démos* jako svůj legitimační základ. Již tento samotný fakt vede logicky k tomu, že instituce existující v rámci těchto ústavních rádu brání svůj vlastní legitimační základ, a lze jim proto jen sotva vyčítat metodologický nacionalismus.¹⁷² Ten však nelze vytýkat ani současným liberálním i komunitaristickým obhájčům suverénního státu jako jediného nositele demokracie, jako je D. Miller, W. Kymlicka či M. Walzer.¹⁷³ Princip suverenity vlastní tomuto státu

¹⁷⁰ PHILPOTT, D. *Revolutions in Sovereignty. How Ideas Shaped Modern International Relations*. Princeton – Oxford: Princeton University Press, 2001. Zmiňovaný Elliot konstatoval ve vztahu k pojmům suverenity a konstitucionalismu již r. 1928: „*There is virtue in names if they are transformed into ideas-as-tools, and if the concept for which they stand can be shown in practice to fit the deep moral need of human nature.*“ (ELLIOT, W. Y. *The Pragmatic Revolt*, s. 496).

¹⁷¹ Philpottova analýza naopak vychází z empirické definice suverenity jako nejvyšší autority na daném území (*Ibidem*, s. 16). Ta však umožňuje suverenitu hledat v jakémkoli politickém systému. Jde pak, jak jsem uvedl výše, spíše o středověký koncept *summa potestas*, která již ve středověkých právních textech označovala nejvyšší autoritu, aniž by však šlo o suverenitu v moderním duchu.

¹⁷² Srov. GRIMM, D. Zur Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie. In: TÝŽ. *Die Zukunft der Verfassung II*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2013, s. 128–152.

není neslučitelný s nadnárodní integrací a spoluprací, jak se snaží tvrdit kritici etatismu s argumentem nenávratného konce „vestfálské éry“,¹⁷⁴ neboť suverenita jakožto imaginativní moc společenství nebrání přenosům svrchovaných pravomocí, ani výkonu státní moci nestátními orgány.¹⁷⁵ Naopak snaha trvale oddělit suverenitu od státu v konečném důsledku končí u invokace permanentní konstituující moci lidu bez konstituovaného řádu.

Pojem suverenity tak v současnosti rozhodně nemusí být „starou dámou“ odsouzenou k poklidnému dožití v zapomenutém kamrlíku státovědy, jak tvrdí J. Verhoeven.¹⁷⁶ Pokud ji budeme v souladu s klasickou teorií suverenity vnímat nikoli jako faktickou, dále dělitelnou nejvyšší moc, ale jako pojmový nástroj, jímž je sama fakticita imaginativně formována do podoby jednotného právního a politického systému, pak je pojem suverenity stále velmi životaschopným konceptem politické teorie i státovědy. Možná je proto vhodnější mluvit o „znovuobjevení“ než o „novém promyšlení“ nebo dokonce „redefinici“ suverenity.¹⁷⁷ Takové znovuobjevení samozřejmě neznamená návrat k jedinému „správnému“ výkladu suverenity, ale především osvětlení role, kterou tento pojem hrál u jeho klasických teoretiků, avšak rovněž v praxi ústavních řádů opřených právě o princip suverenity lidu. Takové oživení, když už nic jiného, alespoň zabrání používání vnitřně kontradiktorních tezí o dělení suverenity nebo o přenosech suverenity. Současně však může nabídnout alternativu vůči současným pokusům o hledání nových forem legitimacy, které tak často ústí buď do zpochybnění demokracie, nebo právního státu.

PhDr. Mgr. Vojtěch Belling, Ph.D.

Filosofická fakulta Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem

¹⁷³ MILER, D. *On Nationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004; KYMLICKA, W. *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*. Oxford: Oxford University Press, 2001; WALZER, M. *Thick and Thin. Moral Arguments at Home and Abroad*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1996.

¹⁷⁴ BUCHANAN, J. Rawl's Law of Peoples. Rules for a vanished Westphalian World. *Ethics*. 2000, roč. 110, s. 697–721. Podobně HÖLZING, P. *Republikanismus und Kosmopolitismus. Eine ideengeschichtliche Studie*, Frankfurt/Main: Campus, 2012, s. 192n.

¹⁷⁵ Judikatura Spolkového ústavního soudu, stejně jako část doktríny, tu pregnantně rozlišuje mezi přenášenými „svrchovanými právy“ („Hoheitsrechte“) a nepřenositelnou suverenitou: BVerfGE 22, 293 (296); BVergGE 37, 271 (279 f.); BVergfGE 73, 339 (375); BVerfGE 89, 155 (183). Přesto se i v maastrichtském judikátu objevuje poněkud nešťastná formulace o „společném výkonu“ suverenity (BVerfGE 89, 188), jež není přenesena na úroveň EU. Viz v k tomu GRIMM, D. Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. *Der Staat*. 2009, roč. 49, s. 476, s. 488. Grimm sám tvrdí, že tento koncept je v rozporu se starším pojmem suverenity platným do druhé světové války, pro nějž byl přenos svrchovaných práv nemyšlitelný (tak také podrobněji v jeho knize *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, s. 107). I v tomto případě by však bylo možné diskutovat nad tím, zda toto jeho určení staršího pojmu suverenity (dnes údajně „již“ neudržitelného) je zcela přesvědčivé, a zda až poněkud příliš nevychází z jeho pozitivistické formalizace 19. století. Srov. dále FLINT, T. T. *Die Übertragung der Hoheitsrechten. Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG*. Berlin, 1998, s. 136nn.

¹⁷⁶ VERHOEVEN, J. *Souveraineté et mondialisation: libres propos*. In: E. Loquin – C. Kessedjian (ed.). *La mondialisation du droit*. Dijon: Litec, 2000, s. 43.

¹⁷⁷ Srov. BALDUS, M. *Zur Relevanz des Souveränitätsproblems*, s. 381nn.

Filip Křepelka

DVACET LET SPOLUPRÁCE ČLENSKÝCH STÁTŮ PŘI KONZULÁRNÍ (NIKOLI ALE DIPLOMATICKÉ) OCHRANĚ OBČANŮ EVROPSKÉ UNIE VE SVĚTĚ

Abstrakt: *Podle zřizovacích smluv se občané Evropské unie těší diplomatické a konzulární ochraně zastupitelských úřadů jiných členských států v nečlenských státech, kde chybí zastupitelský úřad jejich domovského státu. Po dvaceti letech se nicméně ukazuje, že související spolupráce se omezuje na konzulární pomoc. Diplomatické působení ve prospěch občanů jiných členských států je vzácné. Jejich diplomatická ochrana zcela chybí. Při nich lze totiž stěží spolupracovat jak kvůli slabosti nadnárodního občanství ve srovnání se státní příslušností, tak kvůli jejich poskytování na základě uvážení. Členské státy roky zanedbávaly oznámení a ozřejnění této jedinečné mnohostranné spolupráce nečlenským státům. Nynější snaha vytvořit podrobná pravidla konzulární spolupráce prostřednictvím směrnice naráží na skutečnost, že mnohé členské státy (včetně Česka) nemají právní rámec pro mnohé druhy konzulární pomoci vlastním občanům. Členské státy také obtížně nacházejí shodu ohledně role Evropské unie. Meze integrace se ostatně odrážejí v zachování diplomatických styků mezi členskými státy samotnými a v pokračování konzulární pomoci vlastním občanům pohybujícím se v Evropské unii.*

Klíčová slova: *Evropská unie, konzulární pomoc, diplomatická ochrana, občanství a státní příslušnost*

ÚVOD

Článek 23 Smlouvy o fungování Evropské unie zakládá jejím občanům „na území třetí země, kde členský stát, jehož je občan státním příslušníkem, nemá své zastoupení, právo na diplomatickou nebo konzulární ochranu kterýmkoli členským státem“, a to „za stejných podmínek jako státní příslušníci tohoto státu“.

Ochrana se zmiňuje též ve výčtu práv ve čl. 20 Smlouvy, který zakládá občanství Evropské unie jako doplněk občanství členských států. Za základní právo ji nadto prohlašuje čl. 46 Listiny základních práv Evropské unie. Konečně čl. 35 Smlouvy o Evropské unii zmiňuje roli Evropské služby pro vnější činnost při této ochraně.

Článek 20 Smlouvy o založení Evropského společenství ve znění Maastrichtské smlouvy byl původním rámcem. Původní ustanovení Lisabonská smlouva doplnila, když uložila členským státům jednání s nečlenskými státy a vymezení rozsahu ochrany.

Dalšími právy zhmotňující občanství Evropské unie jsou svoboda pohybu mezi členskými státy a pobytu v nich, možnost volit a být volen ve volbách Evropského parlamentu a v místních volbách v bydlišti a petice orgánům Evropské unie.¹ Tato práva se využívají vzácně. Turistika je sice značná, stěhování však nikoli. Zájem přistěhovalců ovlivňovat místní politiku je malý. Evropské volby lákají jen část voličů a lze pochybovat, že přistěhovalci tvoří výjimku. Přesvědčení o významu Evropské unie a její ovlivnitelnosti peticemi je též slabé. Využívání ochrany nicméně závisí na potřebě. Lze toliko zvažovat, jak moc jsou si jí ve světě cestující a pobývající občané Evropské unie vědomi.

¹ Čl. 21, 22 a 24 SFEU.

České učebnice ochranu zmiňují.² Jakkoli je to kvůli mnoha důležitějším tématům pochopitelné, zaslouží si pozornost. Byť ji využije zlomek občanů Evropské unie, bývá pro ně důležitá. Navíc je vhodné zodpovědět některé zajímavé právní souvislosti. Dosud chybí tuzemské zpracování tématu. Chybí ostatně obecné rozpracování diplomatické a konzulární ochrany. Je tomu tak určitě rovněž proto, že Česko pro ni nemá právní rámec.

Ochranu upřesňuje sekundární právo. Kvůli chybějícímu zmocnění se jím stalo Rozhodnutí zástupců vlád členských států zasedajících v Radě 95/553/ES o ochraně občanů Evropské unie prostřednictvím diplomatických a konzulárních zastoupení.³ Toto *sui generis*⁴ rozhodnutí dohodnuvších se členských států se uplatňuje kvůli žádaným ratifikacím až od roku 2002.

Rozhodnutí upřesňuje působení v případech nouze. Pomáhat se má občanovi jiného členského státu při vážném onemocnění a úrazu či stane-li se občan obětí zločinu. Zabezpečují se jeho ostatky a vyřizují se formality při úmrtí. Důležitá je pomoc při zatčení a uvěznění.⁵ Pomoc může zahrnout zprostředkování finanční výpomoci, státy se nicméně chrání před plýtváním.⁶ Zvláště se upravilo vydání náhradního cestovního dokladu (*emergency travel document*).⁷

Po vyhotovení obvyklé zelené knihy,⁸ po Evropskou unií podpořené srovnávací studii CARE⁹ a dalších akademických a komerčních studiích,¹⁰ příspěvku ochránců lidských práv¹¹ a sdělení mezi orgány Evropské unie¹² se navrhuje zpřesnění.

Nástrojem má být díky zmocnění už směrnice schvalovaná Radou kvalifikovanou většinou a konzultovaná Evropským parlamentem.¹³ Komise návrh předložila v roce 2011.¹⁴ Evropský parlament odhalil svou představu v roce 2012.¹⁵

² Viz TOMÁŠEK, M. – TÝČ, V. a kol. *Právo Evropské unie*. Praha: Leges, 2013, s. 320–321 Občanství EU (F. KŘEPELKA); TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 6. vydání. Praha: Leges, 2010; TICHÝ a kol. *Evropské právo*. 2. vydání, 2004, s. 112 (pouze zde se výslovně uvádí rozhodnutí 95/553/ES).

³ Úřední věstník L 314 ze dne 28. 12. 1995, s. 73–76, zvláštní vydání v češtině: kapitola 20, svazek 01, s. 19–22, dále „Rozhodnutí“.

⁴ Srovnej bod 1.1 důvodové zprávy k návrhu směrnice (níže).

⁵ Čl. 1 ve spojení s definičním článkem č. 5 Rozhodnutí.

⁶ Čl. 6 Rozhodnutí.

⁷ Rozhodnutí zástupců vlád členských států, zasedajících v radě č. 96/409/SZBP, o zavedení náhradního cestovního dokladu, Úřední věstník L 168, 6. 7. 1996, s. 4.

⁸ Zelená kniha Diplomatická a konzulární ochrana občanů Unie ve třetích zemích, Úřední věstník C 30 ze dne 10. 2. 2007, s. 8.

⁹ Citizens Consular Assistance Regulation in Europe (<http://www.careproject.eu>), kterou vedli profesori E. Schweighofer (Univerzita Wien) a S. Faro (ITTIG Firenze). Hlavním výstupem byla studie *Consular and Diplomatic Protection – Legal Framework in the EU Member States*, 2010 (CARE Final Report).

¹⁰ Study on Member States' Legislations and Practices in the Field of Consular Protection, JLS/2008/C4/002 (2008–2009) provedená barcelonským Institutem Europeo de Derecho. Dle návrhu směrnice se Komise opírá rovněž o externí studie provedené poradenskou společností GHK v roce 2010 a Matrix Insight (2011).

¹¹ Specializovanou aktivistickou skupinou je britská *Fair Trials International* (<http://www.fairtrials.org>).

¹² Sdělení Komise Evropskému Parlamentu a Radě ze dne 23. 3. 2011 KOM (2011) 149 – konzulární ochrana občanů EU ve třetích zemích: aktuální stav a další vývoj.

¹³ Čl. 23 odst. 2 SFEU: „Rada může zvláštním legislativním postupem a po konzultaci s Evropským parlamentem přijímat směrnice o opatřeních v oblasti koordinace a spolupráce nezbytných pro usnadnění této ochrany“ ve spojení s čl. 289 odst. 2 SFEU stanovícím rámec zvláštního legislativního postupu.

¹⁴ Návrh Směrnice Rady o konzulární ochraně občanů Unie v zahraničí, COM (2011) 881, 2011/0432/CNS ze dne 14. 12. 2011, ve znění dodatku („návrh Směrnice“), oznámené v ÚV EU C 102, str. 19, ze dne 5. 4. 2012.

¹⁵ Legislativní usnesení Evropského parlamentu ze dne 25. 10. 2012, P7_TA(2012)0394, zveřejněné v Úředním věstníku EU teprve 2014/C 72 E/18 teprve dne 11. 3. 2014!

Během roku 2013 ale Rada návrh neprojednávála, snad také kvůli důležitějším záležitostem, zejména dluhové a měnové krizi. Překážkou schválení se jeví být ale také neexistence právního rámce konzulární ochrany v některých členských státech.¹⁶ Dá se pocítovat nechuť vytvářet její přesnější pravidla, ohledně té diplomatické nemluvě. Soudně se přezkoumává stále více záležitostí. Pro konzulární službu by soudní dohled znamenal nepříjemnou novinku, zvláště když by soudy neporozuměly povaze a možností jí poskytované ochrany.

Socioekonomická úroveň členských států a spolehlivost jejich úřadů se odlišuje. Lze předpokládat, že se to týká též konzulární služby. To se na spolupráci rovněž nutně odráží.

1. PŘIPOMENUTÍ KONZULÁRNÍ POMOCI A ODLIŠENÍ OD DIPLOMATICKÉ OCHRANY

Na počátku je třeba odlišit konzulární ochranu či snad lépe konzulární pomoc (*consular assistance*) od diplomatické ochrany a diplomatického působení.¹⁷

Pozoruhodné je v této souvislosti srovnání české verze čl. 23 s verzemi jinými, jež vesměs zmiňují ochranu bez těchto přívlastků, které váží diplomatické a konzulární úřady. Zde překlady vydařené opravdu nebyly.¹⁸ Toto napětí mezi jazykovými verzemi však nemění nic na přesvědčení, že rámec Evropské unie nevhodně směšuje tyto dvě činnosti.

Konzulární pomoc má celosvětový mezinárodní smluvní rámec. Vídeňská úmluva o konzulárních stycích sjednaná v roce 1963 a platná od roku 1967 zavazuje nyní 176 států.¹⁹ Ochranu občanů vysílajícího státu označuje za klíčový úkol konzulátů a konzulů. Podobně to stanoví dvoustranné konzulární smlouvy²⁰ či konzulární ustanovení starších smluv, zejména smluv o přátelství, obchodu a plavbě.²¹ Tyto se uplatní, když úmluva příslušné státy nezavazuje. Mohou ale též její rámec upřesnit. Především je však úmluva soubíhem konzulárních obyčejů.²² Tyto mezinárodní právní obyčeje platí nadále a zavazují též státy, jež smluvními stranami zmíněných smluv nejsou.

¹⁶ Zákony o konzulární službě a ochraně mají mimo jiné Estonsko, Finsko, Itálie, Maďarsko, Německo, Itálie, Polsko či Portugalsko. Česko, Francie, Slovensko, Španělsko mají v různých zákonech popsané některé konzulární činnosti. Přehled viz *CARE Final Report*, s. 580, 2.4.1. Legal basis of consular protection.

¹⁷ Podrobně o rozlišení a prolínání těchto činností VERMEER-KÜNZLI, A. Exercising Diplomatic Protection, the Fine Line between Litigation, Demarches and Consular Assistance. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2006, s. 321–350. Širokému okruhu českých studentů práv rozdíl vysvětluje například učebnice ČEPELKA, Č. – ŠTURMA, P. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: C. H. Beck, 1. vydání, s. 379, jakož také vydání pozdější.

¹⁸ České verzi rozlišující diplomatickou a konzulární ochranu odpovídá německá a polská, naopak ochranu bez upřesnění těmito přívlastky diplomatickými a konzulárními úřady členských států předpokládají verze anglická, francouzská, španělská, italská či slovenská.

¹⁹ Podle United Nations Treaty Collection (<https://treaties.un.org>) ke dni 25. 3. 2014. Československo úmluvu (dále „VCCR“) sjednalo v roce 1964 a smluvní stranou je od roku 1968. Doplnily ji opční protokoly o nabývání občanství (vylučující bez dalšího nabytí občanství personálem z řad občanů přijímajícího státu) a o povinném řešení sporů před Mezinárodním soudním dvorem.

²⁰ Socialistické Československo uzavřelo řadu smluv o diplomatických a konzulárních stycích s obsahem podobným VCCR. Po roce 1990 se od uzavírání těchto smluv upustilo. Nadále platné smlouvy tak pochopitelně neobsahují zmínky o ochraně občanů EU.

²¹ Například Treaty of friendship, commerce and consular rights between the United States of America and Finland (ze dne 13. 2. 1934) ve čl. XIX–XXX upravuje řadu aspektů působení konzulů ustanovených smluvními stranami, přičemž požaduje zacházení na základě doložky nejvyšších výhod.

Podoby konzulární pomoci ovšem uvádí úmluva jen stručně, když potvrzuje právo domovských států pomáhat občanům, vydávání cestovních dokladů a zajištění ochrany zájmů včetně nezbytné pomoci při obhajobě před soudy a úřady.²³ Výslovně se zakotvuje právo zadrženého občana na spojení s konzulárním úředníkem a jeho návštěvu.²⁴

Naléhavá pomoc se poskytuje zejména při zadržení, zatčení, uvalení vazby, souzení a výkonu trestu vězení a při jiných zadrženích (karanténa), při úmrtí, vážném úrazu či onemocnění žádajících si pomoci nedostupné jinak, při vážné újmě způsobené zločinem a konečně při nouzi vyvolané přírodními a jinými pohromami, nepokoji a válkami. Toto vymezení naznačují v různé míře obecnosti či podrobnosti jak zákony států, jež konzulární pomoc právně vymezují,²⁵ tak sdělení států bez konzulární legislativy včetně Česka.²⁶

Leckteří občané ovšem očekávají od konzulární pomoci více, než kolik jsou jejich státy schopny a ochotny poskytnout. To vyvolává zklamání, pochybnosti a stížnosti.

Pomoc se totiž omezuje na radu, zprostředkování právní, zdravotní, potravinové, ubytovací a peněžní pomoci. Děje se tak, pokud možno, na náklady chráněného občana samotného či kohokoli jiného. Domovský stát, pokud vůbec, tak jen přechodně hradí zdravotní péči, nouzové ubytování, stravu či převoz domů. Nechuť státu utrácet za pomoc často pošetilým občanům ukazují jak konzulární zákony, tak sdělení veřejnosti. Některé státy začaly dokonce žádat, aby se zvláště pošetilí občané podíleli na nákladech.²⁷

Konzulární pomoc pochopitelně rovněž neznamená vyjednání propuštění a beztrestnosti. Vždyť pro cizince obecně platí trestní právo hostitelského státu (teritorialita).

Konzulární agenda představuje též další působení vůči občanům pobývajícím za hranicemi, jež již naléhavé není. Je jím hlavně vydávání či zprostředkování určitých správních a soudních rozhodnutí. Uvést je třeba též mezinárodní sociálně-právní ochranu dětí. Tato agenda se pochopitelně týká hlavně občanů dlouhodobě pobývajících mimo domovinu, zatímco naléhavá konzulární pomoc slouží především turistům.

²² Podrobně o kodifikaci mezinárodních obyčejů úmluvami připravenými Komisí pro mezinárodní právo (ILC) OSN včetně těch konzulárních MEYER, T. Codifying Custom, *University of Pennsylvania Law Review*, sv. 160, s. 995–1069, 2012.

²³ Čl. 5 písm. a (ochrana občanů a příslušných korporací), d (vydávání pasů), e (pomoc), d (notářské činnosti), h (ochrana nezletilých), i (zastupování před soudy v případě nemožnosti přítomnosti) VCCR.

²⁴ Čl. 36 VCCR. Mezinárodní soudní dvůr připomněl 27. 6. 2001 práva zadržených v případě Německo v. USA po popravě K. a W. LaGrandových v Arizoně.

²⁵ Např. čl. 11–28 Ustawa o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (1984) nebo čl. 5–17 Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Německo, 1974).

²⁶ Ministerstvo zahraničních věcí zpracovalo ve vazbě na informační politiku Vlády ČR sdělení k situacím, ve kterých se může občan ocitnout v zahraničí, přičemž se uvádějí možnosti a meze pomoci zastupitelských úřadů. Jsou jimi dědictví, dopravní nehoda, hospitalizace, krach cestovní kanceláře, legalizace a vidimace dokumentů, matriční agenda, omezení svobody (zatčení, zadržení, vazba, výkon trestu), péče o děti, únos a pohřešování, pokuty, poruchy vozidel, práce a podnikání, rozvod, soudní jednání, státní občanství, superlegalizace českých a cizích listin, trestní stíhání, úmrtí, uzavření manželství, uznání školních dokumentů, vydání cestovního pasu a cestovních průkazů, změna jména, ztráta či odcizení potřeb, ztráta či odcizení peněz, ztráta nebo odcizení cestovních dokladů a živelní katastrofa.

²⁷ Německo pomocí Auslandskostengesetz (1980) otevírá prostor pro vymáhání nákladů vynaložených na konzulární pomoc. Bundesverwaltungsgericht rozhodl v roce 2009 ve věci BVerwG 7 C 13.08 o přípustnosti vymáhání nákladů na let vrtulníkem kvůli záchraně německé občanky v Kolumbii z rukou únosců-povstalců, když Německo před návštěvou uvedené oblasti varovalo.

Konzulární agenda zahrnuje konečně působení vůči cizincům, zejména pak vůči občanům přijímajícího státu. Hlavní je udělování vstupních a pobytových víz.²⁸ Také cizinců se však může týkat konzulární zprostředkování některých správních či soudních rozhodnutí.

Diplomatickou ochranou v tradičním pojetí²⁹ se rozumí využití možnosti státu vnímat újmu způsobenou porušením mezinárodněprávních závazků svému občanovi jako újmu vlastní³⁰ a domáhat se diplomatickými nástroji včetně vedení sporu před mezinárodními soudy. Předpokladem ochrany je chování občana podle práva hostitelského státu, vyčerpání dostupných opravných prostředků a skutečné státoobčanské pouto. Taková diplomatická ochrana je obyčejová, jakkoli na půdě Organizace Spojených národů byl vypracován návrh kodifikace pravidel diplomatické ochrany.³¹ Malý počet případů a jejich jen výjimečné právní hodnocení ponechávají řadu otázek otevřených. Za těchto okolností nepřekvapuje ani zavrhování tohoto nástroje kvůli údajnému zasahování do vnitřních záležitostí.

Takto chápanou diplomatickou ochranu nezastoupeným občanům jiných členských států zastupitelské úřady členských států ve třetích státech viditelně neposkytují. Byla by náročná a nákladná. Vedení sporu před mezinárodními soudy by bylo dlouhodobé, takže jej lze stěží vnímat jako okamžitou pomoc. Nikdo se této ochrany ani nedomáhá. Veřejnost nemá povědomí o možnostech a mezích této ochrany. Možnost uvážení by navíc při vzácnosti této ochrany vždy umožnila žádanému státu jejímu dovolávání se nevyhovět.

Zvážít je nicméně třeba širší chápání takové ochrany, totiž diplomatické působení či zásah (intervence). Jím je vyjednávání ve prospěch vlastních občanů nejen diplomaty, ale také při dalších příležitostech, ba za tímto účelem výjimečně přijíždějícími představiteli státu. Takové působení je představitelné rovněž na pomoc občanům jiných států.³² Předpokladem není bezúhonnost chráněných, leckdy se usiluje o shovívavost.

Diplomaté ostatně též napomáhají vývozu zboží, chrání přeshraniční podnikání a investice a propagují svou zemi – zejména pro účely turistického ruchu – a její kulturu. Ekonomická a kulturní diplomacie tu politickou v úzkém slova smyslu doprovází. Běžně se přitom působí ve prospěch konkrétních vývozců či investorů.

Za diplomatické působení ovšem ani v tom nejširším pojetí nelze jistě považovat působení osobností nepředstavujících zástupce států, jakkoli leckdy jednajících ve spolupráci s těmito státy. Stejně tak za něj nelze považovat mediální kampaně.

²⁸ EU kvůli odstranění soustavných pasových kontrol na většině hranic mezi členskými státy („Schengen“) sblíží vízovou politiku členských států. Jejich zastupitelské úřady udělují krátkodobá „schengenská“ víza občanům nečlenských států podléhajících vízové povinnosti. Případně sjednocení politiky by bylo dalším důvodem k převádění konzulární agendy zastupitelským úřadům EU (kapitola 8).

²⁹ Představení diplomatické ochrany v minulosti a současnosti podává DUGARD J. *Articles on Diplomatic Protection. United Nations – Audiovisual Library of International Law*, 2013 (<http://www.un.org/avl>).

³⁰ Podrobně k této fikci VERMEER-KÜNZLI, A. *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. European Journal of International Law*, sv. 18, č. 1, s. 37–68, 2007.

³¹ Komise pro mezinárodní právo OSN (ILC) předložila v roce 2006 Valnému shromáždění Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries (A/61/10. *Yearbook of International Law Commission*, 2006, Vol. II, part. II.), dostupné na Internetu OSN.

³² Propuštění bulharských zdravotnic z cely smrti za údajné nakažení dětských pacientů virem HIV v nemocnici v Bengházi vyjednal v rámci sblížení s bývalým libyjským režimem francouzský prezident N. Sarkozy.

Vlastní diplomatická ochrana a širěji chápané diplomatické působení je důležité zvláště vůči státům, v nichž je prostor pro zásahy moci do správních a soudních řízení dopadajících nepříznivě na chráněné občany či právnické osoby. Zde se totiž dá „přimluvit“. Úspěch je pochopitelně odvislý od řady okolností. Záleží na postavení chránícího státu stejně jako na zájmech státu ochranu připouštějícího a na aktuální politické situaci. Možnosti tradiční diplomatické ochrany stejně jako širěji pojatého diplomatického působení bývají naopak omezené vůči těm státům, jejichž úřady a soudy se řídí právem a jsou nezávislé na politice moci, jakkoli by tato snad chtěla vyjít vstříc.

2. PŘIPOMENUTÍ UZNÁNÍ DIPLOMATICKÝCH A KONZULÁRNÍCH STYKŮ MEZI STÁTY

Zamlžení rozdílů mezi diplomatickou ochranou v úzkém pojetí, diplomatickým působením jako ochranou v širším pojetí a vlastní konzulární pomocí přispělo smíšení diplomatických a konzulárních styků. Je tak třeba tyto styky rozlišit a vůbec připomenout vztahy mezi státy.

Předpokladem mezistátních styků je vzájemné uznávání. Státy se uznávají široce, nikoli ovšem bezvýjimečně. Vzájemně se uznávající státy vesměs navazují diplomatické styky.

V Evropě má diplomacie několikasetletou tradici. Hluboké kořeny mají diplomatické právo usnadňující působení diplomatů (diplomatická privilegia a imunity) stejně jako diplomatická etiketa zajišťující jejich důstojnost. Původní složitá hierarchie diplomatů a misí odrážející různé postavení států se zjednodušila, protože státy jsou si formálně rovné. Nedotknutelnost poslů vládců je však celosvětová zvyklost odedávna. Podobně jako úmluva o konzulárních stycích široce přijatá Vídeňská úmluva o diplomatických stycích je soupisem obyčejů.³³

Zde je třeba zdůraznit, že diplomatické styky neznamenají nutně provoz velvyslanectví v přijímajícím státě státem vysílajícím. Běžné je jmenování velvyslanců pro více států.

Diplomatickým misím se podobají jinak zvané mise států u mezinárodních organizací a mezinárodních organizací u států, popřípadě mise pro styk mezinárodních organizací mezi sebou. Sem lze ostatně řadit Evropskou službu pro vnější činnost Evropské unie.

Konzuláty a konzulové zajišťují občanům vysílajícího státu neodkladnou a další konzulární pomoc a úřední styk s občany přijímajícího státu a dalšími cizinci. Rovněž zde rámeček stanoví mezinárodní konzulární právo.³⁴ Existuje hierarchie konzulátů a konzulárních úředníků, konzulární privilegia a imunity. Projevem snahy řady států zajistit ochranu občanů bez drahých profesionálů jsou honorární konzulové z řad občanů přijímajícího státu.

V minulosti byly ovšem konzuláty od (vel)vyslanectví více odlišené. Původně si konzuly ustavovali obchodníci pro zabezpečování meziměstského a námořního obchodu. Až posléze je začaly ustavovat státy a tito začali pomáhat všem občanům. Během 20. sto-

³³ Sjednaná v roce 1961, platná od roku 1967 (dále „VCDR“). Preambule obyčejce uvádí na prvním místě.

³⁴ Soudobé zpracování mezinárodního konzulárního práva např. LEE, L. T. – QUINGLEY, J. *Consular Law and Practice*. 3. vydání, Oxford: Oxford University Press.

letí se obě služby dále promísily. Povoluje se, aby velvyslanectví obstarávaly konzulární agendu.³⁵ Činí tak prostřednictvím konzulárních oddělení. Naopak konzuláty napomáhají politickým stykům mimo hlavní města.³⁶ Přesto se konzulární styk od diplomatického styku nadále odlišuje. Je představitelné udržování konzulárních styků bez styků diplomatických.³⁷

Dlouhodobě je přípustná spolupráce států v konzulárních záležitostech. Tuto možnost užívají zejména nejméně lidnaté státy. Tyto státy sice vesměs provozují vlastní zahraniční službu, ta nicméně nemůže zajistit ochranu nečetných občanů ve většině zemí světa. Rovněž jejich mezinárodní postavení není silné. Zastupuje je tak klíčový soused či bývalá koloniální velmoc. V Evropské unii budiž příkladem spolupráce belgicko-lucemburská.³⁸

Pomocně tuto možnost využívají lidnatější státy. Příkladem budiž spolupráce československá.³⁹ Příslušná smlouva se sjednala při rozdělení Československa kvůli rozdělení zastupitelských úřadů. Sjednání spolupráce bylo výrazem blízkosti nástupnických států. Podobně spolupracují severské⁴⁰ či pobaltské⁴¹ státy. Dvojice států běžně spolupracují při zastupování svých občanů ve vybraných státech.⁴²

Takové zprostředkování pomoci leckdy nahrazuje pomoc zástupcem domovského státu. Je ale také představitelné jeho omezení na nezbytné kroky, dokud nemůže pomoc zajistit příjezdem ze státu sídla či na dálku zástupce domovského státu.

Možnost konzulární pomoci občanům jiných států se souhlasem přijímacího státu zmiňuje Vídeňská úmluva.⁴³ Zde zkoumaná spolupráce členských států Evropské unie je právě takovou mezistátní výpomocí.

Některé státy, jejichž vztahy jsou natolik špatné, že neudržují vůbec diplomatické styky, uznávají potřebu konzulární pomoci, když připouštějí druhou stranou domluvenou pomoc jiných států, jejichž zastupitelské úřady chrání zájmy jejich občanů. Se souhlasem dotčených států se na velvyslanectvích zprostředkujících států ustavují zájmová oddělení (*interest sections*) s úředníky jak zprostředkujícího státu, tak státu, jemuž se takto vypomáhá.⁴⁴

Podobně se přistupuje vůči státům obecně neuznaným, jakými jsou Tchaj-wan, Kosovo, Palestina, Západní Sahara, Severokyperská republika či Abcházie. Státy, jež je

³⁵ Čl. 3 odst. 4 VCDR.

³⁶ Čl. 5 písm. b VCCR.

³⁷ Čl. 2 odst. 3 VCCR, přičemž čl. 17 VCCR připouští diplomatické působení konzulů obecně.

³⁸ Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique relative à la coopération dans la domaine consulaire de 30 Septembre 1965. Podrobně CARE Final Report, s. 18.

³⁹ Ujednání mezi Ministerstvem zahraničních věcí České republiky a Ministerstvem zahraničních věcí Slovenské republiky o spolupráci v oblasti konzulárních služeb z roku 1993 (120/2001 Sb. m.s.), doplněné výměnou nót (75/2003 Sb. m. s.).

⁴⁰ Helsinská dohoda z roku 1962 (Scandinavian Convention) má širší záběr. Severské státy především sdílejí budovy zastupitelských úřadů, ale také se zastupují. Tato spolupráce je zvláště přínosná pro Island.

⁴¹ Právní rámec vyjadřuje dohoda z roku 1999 o konzulární spolupráci Estonska, Lotyšska a Litvy.

⁴² Polsko zastupuje na základě výměny nót z let 2000 a 2001 Maďarsko a jeho občany v Bělorusku a Korejské lidově demokratické republice (CARE Final Report, s. 570).

⁴³ Čl. 8 VCCR předpokládá oznámení a možnost námitky přijímacího státu.

⁴⁴ Styk Kuby a USA zprostředkovává Švýcarsko, se zmírněním napětí zájmová oddělení působí pod vedením a s úředníky státu, jehož zájmy se hájí. Úředníci jak zprostředkujícího státu, tak státu zastupovaného působí na zájmovém oddělení USA na švýcarském velvyslanectví v Teheránu, tak na zájmovém oddělení Iránu na pakistánském velvyslanectví ve Washingtonu.

uznávají, s nimi udržují běžné diplomatické a konzulární styky. Leckteré další s nimi udržují styky pomocí jinak označených úřadů, jež se ale těší srovnatelnému postavení a plní stejné úkoly. Mezi nimi bývá pomoc vlastním občanům.⁴⁵

Válečný stav mezi státy obvykle znamená přerušení diplomatických a konzulárních styků. Základní ochranu občanů státu přítomných na území nepřítele zabezpečuje humanitární právo.⁴⁶ Tuto ochranu pochopitelně nelze považovat za konzulární pomoc ani v nejšířším pojetí. Přesto je dobré zde na ni nezapomínat. Nelze vyloučit, že se některý členský stát Evropské unie ocitá s nečlenským státem ve válce. Vždyť členské státy se podílejí na kolektivních vojenských operacích, třeba v roce 2011 v Libyi.⁴⁷

3. KONZULÁRNÍ PRAXE VE SVĚTĚ, V EVROPĚ A V ČESKU

Státy zakládají a provozují velvyslanectví a konzuláty ve státech, jež považují za důležité. Zahraniční služba velmocí se liší od služby malých států.⁴⁸ Nejde jen o potřeby, ale především o možnosti. Provoz zastupitelských úřadů je drahý. Není hospodárné udržovat zastoupení ve všech státech. Běžné je proto pověřování velvyslanců pro více států. Angažování honorárních konzulů z řad občanů přijímajících států právě menšími státy více než většími je dokladem snahy styky pomoc zajistit přes omezené prostředky.

Jednotlivé státy udržují zastupitelské úřady zejména ve státech sousedních a dalších státech svého světadílu. Evropské státy se dále zaměřují na bývalé kolonie, důležité hospodářské partnery, politicky blízké státy, turistické destinace a státy, odkud přicházejí přistěhovalci.

Česko je středně lidnatou vyspělou zemí. Tomu odpovídá jeho zahraniční služba.⁴⁹ V Evropě má velvyslanectví ve všech státech kromě miniaturních. Nicméně pouze lidnatější či jinak důležité neevropské státy hostí české zastupitelské úřady (dodnes jsou patrné užší vztahy se spojenci socialistického Československa), které zabezpečují styky též se státy sousedními.

Konzulární agendu většinou vyřizují konzulární oddělení velvyslanectví. Jen v nejlidnatějších či českými turisty nejnavštěvovanějších státech jsou generální konzuláty či

⁴⁵ Tchaj-wan (Čínská republika) je uznáván pouze 23 státy. Většina světa upřednostnila vztah s lidnatější Čínskou lidovou republikou. Hospodářský význam je však značný, takže dalších 47 států udržuje styky pomocí obchodních a turistických reprezentací spravovaných přímo státy či jimi podporovaných asociací. Mezi nimi je řada evropských států a sama Evropská unie. Tyto reprezentace plní zpravidla rovněž konzulární úkoly.

⁴⁶ (Čtvrtá) Ženevská úmluva o ochraně civilních osob za války ohledně občanů nepřátelských států a (Třetí) Ženevská úmluva o zacházení s válečnými zajatci z roku 1949 (zveřejnění úředního českého překladu 65/1954 Sb.) zakládají ochranu po dobu zadržování mimo jiné pomocí tzv. ochranných mocností a pověřených organizací (Mezinárodní výbor Červeného kříže), které především zprostředkovávají styk s domovským státem a příbuznými. V prvním případě se nicméně předpokládá též angažmá diplomatických a konzulárních zástupců.

⁴⁷ Během občanské války v Libyi v roce 2011 byla evakuována drtivá většina cizinců ještě před zavedením bezletové zóny a leteckými zásahy koalice západních a arabských států proti Kaddáfího jednotkám. Evropské a další státy si přitom rozsáhle vypomáhaly. Rovněž se evakuovaly zastupitelské úřady. Diplomatické a konzulární styky však se ale nepřerušily. Režim ani povstalci nezadržovali ani netrýznili cizince – s výjimkou žoldáků.

⁴⁸ Přehledy zastupitelských úřadů všech států světa viz <http://www.embassyworld.org>.

⁴⁹ Seznam zastupitelských úřadů ČR a informace o jejich provozu a omezeních viz <http://www.mzv.cz>.

konzulární jednání v dalších městech. Česko postupně doplnilo profesionální mise několika desítkami honorárních konzulů.⁵⁰

Konzulární pomoc představuje paletu činností od rutinních, jakými jsou zajištění cestovních dokladů, poskytnutí rady, jak získat pomoc v hostitelské zemi či domluvení takové pomoci v různých stavech nouze, přes složitější, jakými je pomoc uvězněným, obětem zločinu, zraněným při přírodních pohromách, až po mimořádně náročné, jako třeba únosy.

Pomoc občanovi při dopravní nehodě, úrazu, onemocnění či dotčení zločinem hostitelský stát obecně vítá. Pomoc ostatně často zajišťují cestovní kanceláře, pojišťovny, spolupracovníci či příbuzní. Jenom někdy je třeba pomoc úřadu a vesměs zůstává jen podpůrná.

Jiné konzulární působení takto ovšem nahraditelné není. Přijímající stát ovšem za běžných okolností nijak neomezuje, naopak mu pomáhá řešit obtíže, ve kterých se cizinec ocitl. Příkladem budiž vydání náhradního cestovního dokladu.

Další pomoc ovšem mezi pomáhajícím a hostitelským státem ze samotné podstaty působí pnutí. Pomoc při zatčení, zadržení, uvěznění a během trestního řízení je pochopitelně pocítována jako ztěžování trestního stíhání a výkonu trestu. Při únosu sice státy vesměs spolupracují, ve vypjatých okamžicích ale mohou vyvstat spory ohledně postupu.

Dobré je zde zmínit dvě skupiny osob, jimž poskytování konzulární pomoci, natožpak diplomatické působení dokáže vyvolat odmítání obecně ochranu připouštějícího státu. První tvoří ve vysílajícím státu dlouhodobě pobývajícím cizinci bez státního občanství a příbuzní občanů bez občanství. Mezinárodní konzulární právo totiž jejich ochranu nepředpokládá. Druhou představují osoby mající rovněž občanství přijímajícího státu.

Diplomatické ochraně či širěji pojatému diplomatickému působení se mohou těšit též právnické osoby, zejména mezinárodně činné obchodní společnosti. Platí to ostatně rovněž pro konzulární pomoc. V našem prostředí stojí pochopitelně stranou pozornosti dohledové a pomocné působení konzulů vůči námořním lodím, jejich posádkám a provozovatelům, kterými jsou vesměs obchodní společnosti. Zde však není třeba se věnovat ochraně právnických osob. Na ně se totiž konzulární spolupráce v Evropské unii nevztahuje.

4. VYUŽÍVÁNÍ VZÁJEMNÉ KONZULÁRNÍ POMOCI OBČANY JEDNOTLIVÝCH STÁTŮ EVROPSKÉ UNIE

Ochrana dle čl. 23 je formálně vzájemná. Svědčí občanům všech členských států Evropské unie. Rychle si však domyslíme, že slouží občanům méně lidnatých členských států, které mají málo velvyslanectví.⁵¹ Příkladem budiž Francie, Německo či Velká Británie na straně jedné a Estonsko, Lotyšsko a Litva na straně druhé. Není případ, kdy by některý pobaltský stát měl zastupitelský úřad ve státě, kde by je neměl kterýkoli velký stát.

⁵⁰ Socialistické Československo podobně jako další socialistické státy honorární konzuly neustavovalo ani nepřijímalo jejich ustavení z řad svých občanů jinými státy.

⁵¹ Podrobněji se nerovnováha a její dopady uvádějí ve WOUTERS, J. – DUQUET, S. – MEUWISSEN, K. *The European Union and Consular Law*. Katholieke Universiteit Leuven – Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No. 107, roč. 2013, s. 15.

Přesnější údaje, které by vytvořily obrázek pomoci nezastoupeným občanům Evropské unie, nicméně chybějí. Autorům zmíněných srovnávacích studií se nepodařilo sestavit komplexní statistiky případů podle důvodů a způsobů pomoci (případně první hledisko) zastupitelskými úřady jednotlivých členských států (druhé hledisko) v jednotlivých nečlenských státech (třetí hledisko) občanům jednotlivých dalších členských států (čtvrté hledisko).

Mnohé případy pomoci se údajně nezaznamenávají, neboť tato nevyvolává zvláštní náklady, takže konzulové nejsou žádaní ani necítí potřebu ji hlásit ani svému ministerstvu zahraničí ani nejbližšímu zastupitelskému úřadu domovského státu.

Na počtu případů konzulární pomoci ovšem má na každý pád ochrana občanů jiných členských států zanedbatelný podíl.⁵² To platí též pro Česko samotné.⁵³

Jen předpokládat tak lze obracení se na zastupitelské úřady jazykově blízkých členských států, tedy že Slováci se obracejí na české zastupitelské úřady⁵⁴ či Rakušané na německé. Obecně lze očekávat, že nezastoupení občané Evropské unie se obracejí často na zastupitelské úřady britské či francouzské. Jejich hustá síť odráží zahraniční angažmá bývalých koloniálních velmocí. Ty první jsou navíc jazykově nejdostupnější díky široké znalosti angličtiny.

Další nezkoumanou záležitostí je dočasnost působení jiného než domovského členského státu ve prospěch občana Evropské unie při možnosti zabezpečit ochranu příjezdem konzula domovského státu ze státu působení a nyní hlavně díky snadnému spojení často dostačujícím jednáním na dálku. Jak už bylo uvedeno, velvyslanci bývají akreditováni nejen pro stát, kde sídlí velvyslanectví, ale také pro sousední státy. Obdobně to platí pro konzulární službu.

Studie konzulární pomoci potvrzují zvláštnosti krizí, za kterých je potřeba hromadná pomoc.⁵⁵ Těmi se rozumějí přírodní pohromy, nepokoje a války. Pomoc občanům se při nich poskytuje hromadně. Konzulové přijíždějí na místo. Všichni pracují naplno. Někdy se dokonce vysílají posily. V případě nezastoupených občanů Evropské unie spolupráce zastupitelských úřadů zahrnuje ustanovení *lead state* pro zajištění pomoci nezastoupeným občanům.⁵⁶

Studie naznačují pouze ojedinělý výskyt diplomatického působení nad rámec konzulární pomoci. Každé je přitom natolik jedinečné, že je nelze zařazovat ani hodnotit. Lze

⁵² Str. 578 CARE Final Report. Zjištěná data jsou shrnutá v tabulce č. 6 (str. 598). V případě Velké Británie se jeví být nepřístupnění údajů záměrné s ohledem na veřejné mínění ohledně této pomoci a citlivost ve vztahu vůči dalším členským státům, uvádí se řádově desítky případů vážné pomoci ročně (s. 528–531 *ibid.*).

⁵³ Prezentace ke každoročně pořádané tiskové konferenci MZV k zahájení turistické sezóny v rámci informování o konzulární pomoci a jejich mezích připomínají spolupráci v rámci EU jako nástroj pomoci občanům ČR ve státech bez českého zastupitelského úřadu. Jenom sporadicky se ale uvádí pomoc poskytnutá občanům dalších členských států za předchozí rok. Dostupné statistiky naznačují, že případů pomoci jsou desítky ročně. Jmenovitě se uvádí vydávání náhradních cestovních dokladů. Občanům ČR se cestovní průkazy a pasy vydávají ročně v tisících. Zcela chybějí údaje o pomoci občanům ČR zastupitelskými úřady ostatních členských států.

⁵⁴ Dle informací Ministerstva zahraničních věcí ke zpracování české zprávy CARE Final Report zastupitelské úřady v letech 2005–2007 poskytly pomoc nezastoupeným občanům EU v 98 případech, neoficiálně bylo potvrzeno pomáhání hlavně občanům Slovenska.

⁵⁵ Například po tsunami v Indickém oceánu v prosinci 2004, během eskalace napětí v Libanonu v roce 2006, po zemětřesení na Haiti v lednu 2010 či občanské a kmenové válce v Libyi v roce 2011.

⁵⁶ (Sdělení Rady) Obecné pokyny Evropské unie k provádění konzulární koncepce vedoucího státu č. 2008/C317/06 zveřejněné v Úředním věstníku dne 12. 12. 2008.

nicméně očekávat, že jiný členský stát spíše nechává jednat ve prospěch svého občana domovský stát. Vlastní diplomatická ochrana chybí zcela.

Občané Evropské unie jsou o ochraně jinými členskými státy v nečlenských státech bez zastupitelského úřadu domovského státu informováni podobně jako ohledně jiných výtěžků integrace. Tyto státy jsou ostatně označeny na obálce pasu jako členské státy Evropské unie. Cestovní pasy členských států mají sladěný vzhled.⁵⁷ Některé členské státy vydávají cestovní pasy se zmínkou o spolupráci členských států Evropské unie při ochraně.

5. ÚSKALÍ SPOLUPRÁCE A OCHRANY Z POHLEDU NEČLENSKÝCH STÁTŮ A JEJÍ NEVYJASNĚNÝ ZÁBĚH

Členské státy Evropské unie vesměs neoznamovaly státům hostícím jejich zastupitelské úřady, že budou zastupovat občany členských států bez přítomného zastupitelského úřadu. Jako by se očekávalo, že nečlenské státy tuto ve světě nemající obdobu konzulární spolupráce mnoha států bez dalšího připustí. Vídeňská úmluva přitom předpokládá jejich zřetelný souhlas. Teprve Lisabonská smlouva stanovila, že členské státy jednáním s nečlenskými státy pro ochranu vytvoří prostor. Studie naznačují, že tento úkol byl stěží započat.⁵⁸

Leckterá konzulární pomoc přijímajícím státům nicméně nevádí, pokud se vůbec o ní dozvědí. Jinak je tomu při pomoci očekávající jejich součinnost či vyvolávající napětí. Nečlenské státy přístup členských států Evropské unie mohou považovat za nepřehledný. Nejde o to, že by ji poskytovala velvyslanectví a konzuláty členských států nezastoupeným občanům dle jejich výběru. Hostitelský stát by měl ale vědět, zastupitelskému úřadu kteréhožto členského státu by měl oznamovat skutečnosti představující důvod pomoci. Podobně to platí pro strpění této pomoci, především pro návštěvy věznic.

Zvláštnosti má ochrana občanů, již mají zároveň občanství přijímajícího státu, nebo jejich příbuzných pomoc s občanstvím přijímajícího státu. Při trestním postihu příslušný stát obvykle na druhé občanství bere malý zřetel. Pomoc, kterou se vysílající stát nedostává do napětí se státem přijímajícím, se ale připouští, zvláště během pohrom, nepokojů a válek. Tato rozlišení dopadají rovněž na pomoc občanům jiných členských států Evropské unie.⁵⁹

Další neošetřenou záležitostí je případný překryv se smlouvami o konzulární pomoci mezi některými členskými státy. Příkladem budiž česko-slovenská smlouva. Taková spolupráce mezi dvěma či několika státy je z pohledu nečlenských států obvyklejší řešení.

⁵⁷ Jednotný model cestovního pasu občanů zavedly členské státy na základě prohlášení zástupců vlád členských států ES v Radě dne 23. 6. 1985 (celex 41981X0919). Na obálce se nyní uvádí nad členským státem v příslušném jazyce „Evropská unie“.

⁵⁸ Str. 668 CARE Final Report. Do roku 2010 státy vůbec nezačaly sjednávat smlouvy s nečlenskými státy, některé pouze oznámily nečlenským státům svůj úmysl. Toto se hodnotí jako nedostatečné, protože nečlenské státy mohou v jednotlivých případech pomoc v souladu s VCCR odmítnat. Zatím se tak nečelilo všeobecnému odmítnutí takové spolupráce nečlenským státem.

⁵⁹ Koordinovaná evakuace občanů členských států EU z Libanonu v roce 2006 zahrnovala nejen ty, kteří mají rovněž místní občanství, ale také příbuzné bez občanství EU. Libanon toto nijak nezpochybnil.

Vyvstává otázka, zda má dvoustranná smlouva o spolupráci při konzulární pomoci přednost před nadnárodním právem Evropské unie. Rychlá odpověď bývá záporná. Omezení na zastupitelský úřad pouze jednoho dalšího členského státu se vnímá jako snížení ochrany. Tento výklad je však třeba zpochybnit. Stejně snížení úrovně představuje též zřízení vlastního zastupitelského úřadu. Pak se také nelze obracet na zastupitelské úřady jiných členských států.

Nadto zpravidla takto spolupracují jazykově a kulturně blízké sousedící státy. Vedle česko-slovenské spolupráce se již zmínila spolupráce severských států. Výsledek tak může být z pohledu dotčených jednotlivců lepší.

Dvou- či vícestranná spolupráce by se stejně neměla přeceňovat. Česko-slovenská spolupráce je představitelná jen v několika málo státech, kde je zastupitelský úřad jen jednoho státu.⁶⁰

6. MEZINÁRODNÍ A VNITROSTÁTNÍ PRÁVO OCHRANY A POMOCI A SPOLUPRÁCE V EVROPSKÉ UNII

Mezinárodní konzulární právo zakládá možnost ochrany občanů státům. Je to obvyklý přístup. Oprávněné a povinné jsou státy. Jednotlivci jsou *destinatáři* výhod vyplývajících z mezinárodního práva. Leckteré chudé státy Asie a Afriky se o své občany nestarají ani doma. Stěží tak pak lze očekávat jejich pomoc za hranicemi. Občané se pak pomoci od svých zastupitelských úřadů ani příliš nedomáhají (a naopak občané vyspělých sociálních států se jí nezřídká domáhají nadměru).

Na akademické úrovni se uvažuje o mezinárodněprávním nároku jednotlivce na pomoc státu, jehož je dotčený občanem, v cizině.⁶¹ Zakotveno nicméně v žádné mezinárodní úmluvě není ani ve vztahu k rutinní konzulární pomoci, natož ve vztahu ke vzácné diplomatické ochraně.

Členské státy Evropské unie jsou nicméně vyspělé a poskytují svým občanům řadu služeb. Na mnohé přitom zakládají nárok. Všechny nějakou konzulární pomoc svým občanům poskytují.

Mnoho států světa včetně evropských vymezuje konzulární pomoc svých občanům zvláštními zákony.⁶² Tyto zákony jsou pochopitelně různě podrobné a vydařené. Mnohé především popisují konzulární úřady a konzulární službu.⁶³ Lze nicméně očekávat, že vhodný právní rámec zvyšuje míru porozumění možnostmi a mezi konzulární pomoci.

⁶⁰ Např. v Pákistánu, Chile, Peru či Mongolsku chybí slovenský zastupitelský úřad. Slovensko má velvyslanectví v Keni, kde pouze omezeně působí oddělení českého velvyslanectví v Etiopii. Při nepřítomnosti se odkazuje na slovenské velvyslanectví. České Ministerstvo zahraničních věcí obecně vyzdvihuje dvoustrannou spolupráci se Slovenskem při informování o konzulární spolupráci členských států EU.

⁶¹ Zvláštní zpravodaj ke Draft Articles on Diplomatic Protection (výše) navrhol povinnost států diplomaticky chránit, ILC to však zřetelně odmítla. Jako kompromis se jeví čl. 19 Draft Articles, který doporučuje státům chránit v nejzávažnějších případech a předat získané zadostiučinění chráněnému jednotlivci.

⁶² Německá a polská úprava se citují výše. Mimořádně propracovaný je estonský Konsulaarseadus z roku 2009 (RT I 2009, 29, 175), který rozlišuje konzulární služby občanům (§§ 26–51) a konzulární pomoc (§§ 52–66), přičemž pamatuje na poskytování pomoci občanům EU a zejména v případech této malé země četnější poskytování pomoci zastupitelskými úřady jiných členských států.

⁶³ Např. slovenský Zákon č. 151/2010 Z.z. o zahraničnej službe přebírá § 9 vymezení úkolů konzulárních úřadů z VCCR a nestanovuje žádné podrobnosti ohledně konzulární pomoci.

Některé státy dokonce ustavily základní právo na konzulární pomoc a další ochranu v zahraničí ústavními katalogy.⁶⁴ V dalších státech mohou být takto vykládána obecnější ustanovení ústav o úkolech států a nárocích občanů vůči němu.

Právní rámce ponechávají prostor pro zvážení. Jen málo států pojímá pomoc jako nárokovou, jehož naplnění by mohly hodnotit a vymáhat soudy. Jiné státy se takovému zákonnému upřesnění vyhýbají, možná právě kvůli obavě ze soudního zasahování.

Konzulární pomoc je totiž žádoucí hodnotit, zda se při ní správně postupovalo (požadavek chování), nikoli však, zda bylo dosaženo příznivého výsledku (požadavek výsledku), podobně jako se hodnotí zdravotní péče, vzdělávání či policejní zásah.

Česko patří mezi státy bez obecné právní úpravy konzulární pomoci vlastním občanům. Toliko některé úřední postupy jsou upravené příslušnými zákony. To se však až na výjimky – vydávání cestovních dokladů⁶⁵ – netýká naléhavé pomoci. Nemáme ostatně ani zákon o diplomatické a konzulární službě, jenom zmínku ve vymezení role Ministerstva zahraničních věcí.⁶⁶ Konzulární pomoc upravují jenom vnitřní pokyny. Je tomu tak rovněž ohledně podílu na pomoci nezastoupeným občanům Evropské unie.⁶⁷

Za těchto okolností je pochopitelné, že právo nezastoupených občanů Evropské unie na konzulární pomoc zastupitelskými úřady jiných členských států ke sblížení práva členských států zatím nevedlo. Zmíněné rozhodnutí Rady prostě očekává, že členské státy při uvedených důvodech konzulární pomoc svým vlastním občanům prostě poskytují bez ohledu na právní základ. Samotný čl. 23 vlastně žádá zrovnoprávnění občanů členských států. Zrovnoprávnění občanů jiných členských států s občany hostitelského státu je „zásadou zásad“ práva Evropské unie, jež je obecně zakotvená⁶⁸ a široce vykládaná.

Spolehlivost a úroveň pomoci zastupitelskými úřady jednotlivých členských států se ovšem dokáže lišit. Někteří cítí nebezpečí domáhání se pomoci od členského státu, který své občany zabezpečuje nejlépe.⁶⁹ Tuto obavu lze snad považovat za přehnanou. Většina nezastoupených občanů Evropské unie bude při obtížích na území nečlenských států vděčná za jakoukoli pomoc, přičemž možné rozdíly zpravidla nezná. Lze nicméně očekávat, že nezastoupený Rakušan se v nouzi v Africe spíš obrátí na francouzské než na rumunské zastoupení, už protože konzulární pomoc prvního bude považovat za spolehlivější.

Srovnatelně formulovaný čl. 46 Listiny je třeba vnímat jako položku zvláštního katalogu základních práv pro Evropskou unii. Jakákoli ustanovení pramenů práva Evropské unie stejně jako právo členských států jej provádějící bude třeba vykládat tak, aby se

⁶⁴ Např. Bulharsko, Estonsko, Litva, Lotyšsko, Polsko, Portugalsko či Rumunsko. Znění viz CARE Final Report na s. 609. Ústavní klausule zakládají ochranu jako takovou, nerozlišují konzulární a diplomatickou.

⁶⁵ Pro české občany dle zákona č. 329/1999 Sb., o cestovních dokladech, v současném znění, se vydává dle § 15 cestovní průkaz pro návrat domů s časově omezenou platností.

⁶⁶ § 6 odst. 3 Zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky: b) zajišťuje ochranu práv a zájmů České republiky a jejích občanů v zahraničí, c) řídí zastupitelské úřady v zahraničí.

⁶⁷ Po vstupu do EU interní Směrnice o konzulární ochraně občanů členských států EU č. j. 300574/2004-KO/05.

⁶⁸ Čl. 18 SFEU, dříve čl. 12 SES.

⁶⁹ Obavy vyjadřuje zejména Velká Británie, viz CARE Final Report, s. 552, rozbor viz WOUTERS, J. – DUQUET, S. – MEUWISSEN, K. *The European Union and Consular Law*. Katholieke Universiteit Leuven – Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No. 107, 2013.

zajistila konzulární pomoc občanům Evropské unie bez ohledu na státní příslušnost. Komentátoři nicméně opakují komentáře čl. 23 a odlišný význam příliš nezvažují.⁷⁰

Směrnice by vyvolala ve členských státech bez právního rámce konzulární pomoci potřebu jeho vytvoření. To lze přivítat. Působení státu by mělo mít svůj právní rámec, přestože není vrchnostenské.⁷¹ Debata při přípravě a projednávání takového rámce veřejnosti by přitom odhalila možnosti a meze konzulární pomoci a také připomněla její náklady.

7. NAVRHOVANÁ VYLEPŠENÍ SPOLUPRÁCE PŘI OCHRANĚ OBČANŮ EVROPSKÉ UNIE

Jakkoli se nadále odkazuje na starší přípravné dokumenty směřující diplomatickou ochranu a konzulární pomoc, návrh směrnice již názvem potvrzuje omezení se na konzulární pomoc. Diplomatická ochrana se nezmiňuje ani v návrhu odůvodnění, ani ve člancích návrhu.⁷²

Poskytnutí takové diplomatické ochrany se takto nevylučuje. Nárok na ni se však rozumně nezakládá, neboť každý případ je jedinečný. Pokud se jedná o úzce chápanou diplomatickou ochranu, není vzácné mínění, že ji jiný členský států vůbec poskytnout nemůže.⁷³ Navíc se lze ptát, zda diplomatické působení jako ochrana v širším pojetí může být účinné u občanů jiného členského státu srovnatelně jako konzulární pomoc. Přece jenom jednotlivé členské státy mají s příslušným nečlenským státem různě úzké a dobré vztahy.

Návrh se vyjadřuje ohledně dvoustranných či vícestranných smluv členských států o konzulární spolupráci. Mezi odůvodněním a vlastními články návrhu je napětí. Navržené odůvodnění směrnice stále naznačuje právo nezastoupeného občana obrátit se na zastupitelský úřad libovolného jiného členského státu. Navržené články však už nicméně připouštějí možnost trvalého zastupování občanů jiného členského státu podle ujednání oznámených Komisi,⁷⁴ je-li zajištěna skutečná ochrana. Toto se jeví být správné. Upřednostňují se dvoustranné smlouvy jako řešení pro nečlenské státy obvyklejší, které činí poskytování pomoci přehlednější a ve výsledku uspokojivé. Ochranu totiž zajistí stát obvykle spolupracující s domovským státem, takže se snáz překonává jazyková bariéra.

Návrh upřesňuje nedostupnost zastupitelského úřadu jako jeho nepřítomnost v příslušném členském státě. Rozumně se zmiňuje okolnost, kdy zastupitelský úřad z jakékoli příčiny nepůsobí. Zvážení skutečné snadné dostupnosti⁷⁵ zastupitelského úřadu

⁷⁰ LABAYALE, H. *Article 46 – protection diplomatique et consulaire*. In: EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS. O. Schutter (ed.) *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, s. 356–358, http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm.

⁷¹ Za obdobný rámec pro činnost státu, jež nepředstavuje výkon veřejné moci v úzkém slova smyslu, lze považovat zákon č. 130/2002 Sb., o podpoře výzkumu a vývoje z veřejných prostředků.

⁷² Návrh směrnice zřetelně navazuje na většinouvé znění čl. 23, předpokládající ochranu bez přívlastku diplomatickými a konzulárními úřady členských států (výše).

⁷³ Shrnutí převážně skeptického vnímání síly občanství EU ve srovnání se státním občanstvím (v angličtině rozdíl odrážejí slova *citizenship* a *nationality*) viz VERMEER-KÜNZLI, A. *Exercising...* (výše), s. 344.

⁷⁴ Srovnej Bod 1.1 uvozuující důvodové zprávy a čl. 4 odst. 1 návrhu směrnice na straně jedné a čl. 4 odst. 2 na straně druhé, naznačující možnost „stálého zastupování“ a rozdělení agendy, bude-li ochrana zajištěna.

domovského státu řeší případy, kdy velvyslanectví domovského státu v rozlehlém státě – jakými jsou třeba Čína, Indie, Brazílie, Rusko či Spojené státy americké – v hlavním městě občan nalezne, nicméně blíže je generální konzulát jiného členského státu.

Návrh si je vědom zapojení honorárních konzulů. Jejich podíl na ochraně nezastoupených občanů se však rozumně nepřeceňuje, jestliže se mají zohlednit přístupy jednotlivých států.⁷⁶ Honorární konzul totiž nemusí být dostupný a schopný poskytnout pomoc kdykoli. Možnost obrátit se na zastupitelský úřad jiného členského státu by tedy obecně působením honorárního konzula ve prospěch domovského státu potřebného občana neměla být vyloučena. Váhání je v případě honorárních konzulů na místě také kvůli hrozbě neúnosně zvýšené zátěže.

Návrh se nevyjadřuje ohledně dočasnosti pomoci zastupitelským úřadem jiného členského státu a možnostmi převzetí případů zastupitelským úřadem domovského státu, jehož konzul působí na dálku či by – třeba při hromadné potřebě – přicestoval. Patrně se chce ponechat prostor pro různá řešení.

Značná pozornost je ovšem věnována uvedeným krizovým situacím (*emergency situations*).⁷⁷ Ukazuje se, že konzulární služby jednotlivých členských států stejně jako leckterých dalších států mají zvláštní postupy při krizích, protože je při nich potřeba hromadné pomoci. Navržená pravidla pro výběr a působení *lead state*⁷⁸ jsou složitá. Při nezvládnutí mohou učinit spolupráci při ochraně občanů Evropské unie pro nečlenské státy nepřehlednou a tak nevěrohodnou.

Návrh potvrzuje ustavení a udržování sítí pro informování občanů Evropské unie ohledně konzulární ochrany zastupitelskými úřady domovského a při nepřítomnosti a nedostupnosti pomocně zastupitelskými úřady jiných členských států.⁷⁹

Dosavadní spolupráce ani navrhovaný právní rámec nepřináší jakékoli podněty pro rozvoj mezinárodního konzulárního práva. Ve světě není žádná jiná nadnárodní organizace. Není tak ani žádná srovnatelná mnohostranná konzulární spolupráce. Zastupování občanů nejmenších států státy obecně ochraňujícími tyto nejmenší státy či zastupování třetím státem při neudržování vzájemných styků mezi znepřátelenými státy je prostě odlišné.

Obecně lze ostatně uzavřít, že od kodifikace na půdě Organizace Spojených národů před padesáti lety nebyly navrženy žádné podstatné změny mezinárodního konzulárního práva. Vídeňská úmluva dlouhodobě představuje vrchol shody celosvětového společenství států.

Návrh směrnice uvádí své uplatnění v rámci celého Evropského hospodářského prostoru. Takové uplatnění se však zdá být sporné.⁸⁰

⁷⁵ Čl. 3 návrhu směrnice. Za dostupný se má zastupitelský úřad domovského státu, dá-li se navštívit během jednoho dne.

⁷⁶ Čl. 3 odst. 4 návrhu směrnice.

⁷⁷ Čl. 15 návrhu směrnice.

⁷⁸ Čl. 16 návrhu směrnice.

⁷⁹ Návrh směrnice uvádí „zabezpečené komunikační sítě“. Přehled stávajících sítí poskytuje Sdělení Komise KOM (2011) 149. Telekonference a výměnu dat zabezpečuje „on-line konzulární systém“ (str. 9).

⁸⁰ Viz označení návrhu na str. 10 dokumentu KOM (2011) 881. V rámci EHP totiž neexistuje odvozené občanství jako v samotné EU. Též základní smlouvy EHP spolupráci při konzulární ochraně nepředpokládají. Zapojení by přitom částečně představitelné bylo. Island a Norsko se podílejí na severské spolupráci. Lichtenštejnsko ovšem vedle malé vlastní zahraniční služby zastupuje nečlenské Švýcarsko.

8. PERSPEKTIVY CENTRALIZACE OCHRANY OBČANŮ EVROPSKÉ UNIE V NEČLENSKÝCH STÁTECH

Spojené státy americké existují dvě století. Rysem amerického federalismu je převzetí zahraniční, obchodní a obranné politiky federální mocí. Součástí je konzulární pomoc občanům Američanům v cizině. Jednotlivé státy vlastní zastupitelské úřady ve světě neměly. Ostatně samo občanství se pojímá opačně. Klíčové je občanství federální (*U. S. citizenship*), to státní se odvozuje od federálního a zakládá na ohlášeném či dovozeném pobytu (*domicile*).

Lisabonskou smlouvou předpokládanou a prováděcími předpisy dohotovenou přestavbou delegací Komise v nečlenských státech ustavená Evropská služba pro vnější činnost⁸¹ slouží udržování vztahů mezi Evropskou unií a nečlenskými státy. Přes občasnou kritiku nákladnosti je přiměřeným odrazem integrace členských států včetně snahy utvářet společnou zahraniční a bezpečnostní politiku.

Poskytování konzulární pomoci občanům Evropské unie touto službou se zatím nepředpokládalo. Evropská služba pro vnější činnost je diplomatickou službou. Napomáhá prosazování politik Evropské unie ve světě, ať už jde o politiku obchodní, rozvojovou či společnou zahraniční a bezpečnostní a ochranu základních práv dle evropských představ.

Soužití diplomacie a konzulární služby pod jednou střechou zahraniční služby států není prosté napětí. Konzulární agenda bývá ve stínu diplomacie. Na kariérním žebříčku pracovníků zastupitelských úřadů je níže. Přes vyjadřování péče o běžného Evropana ze strany Evropské unie se její diplomatická služba patrně nechce přímo angažovat.

Dalším důvodem nepředávání konzulární pomoci je malá potřeba. Většina členských států ochrání své občany ve většině nečlenských států svými velvyslanectvími a konzuláty. Jejich síť přece tyto státy budují podle potřeb svých a svých cestujících či vystěhovavších se občanů. Nejméně lidnaté státy by tak podle svých vyjádření uvítaly federalizaci konzulární ochrany svých občanů. Nesetkaly se však se vstřícností ostatních.⁸²

Jazyková rozmanitost obecně ztěžuje politickou, hospodářskou a společenskou integraci v Evropské unii. Unijní konzulární služba by musela mít rozsáhlé překladatelské zázemí, měla-li by působit mnohojazyčně, jak je v Evropské unii obvyklé.⁸³ Zde je však třeba uvést, že obracení se na zastupitelský úřad jiného členského státu si též nyní žádá překonání jazykové bariéry. Lze předpokládat, že už převládá angličtina. Současný rámec mezistátní spolupráce ale umožňuje neslučitelnost možností zastupitelských úřadů s úřední mnohojazyčností neřešit.

⁸¹ Rozhodnutí Rady 2010/427/EU ze dne 26. července 2010 o organizaci a fungování Evropské služby pro vnější činnost na základě čl. 27 odst. 3 SEU ve znění Lisabonské smlouvy.

⁸² Např. Lotyšsko vyjadřuje s ohledem na malé síly zájem na zajištění konzulární pomoci prostřednictvím (tehdy) právě ustavené Evropské služby pro vnější činnost (CARE Final Report, s. 297). Pobaltské státy a Belgie, Lucembursko a Nizozemsko vyjádřily dne 13. 12. 2012 ochotu prohloubit spolupráci při konzulární ochraně, která údajně ukáže možnosti této služby. Naopak Velká Británie vytváření jakékoli konzulární služby EU předem odmítá (ibid., s. 543). Další členské státy se zdržují vyjádření.

⁸³ Dle čl. 55 SEU je 24 rozhodných jazyků zřizovacích smluv a stejný počet je úředních jazyků dle Nařízení 1/58 o užívání jazyků v Evropském hospodářském společenství. Dle jeho čl. 2 a 3 se s jednotlivcem písemně jedná v jednom úředním jazyce dle jeho volby. Dle čl. 6 lze upřesnit jazykový režim orgánů jejich jednacími rády a dalšími předpisy. Takový řád by mohla mít pro konzulární pomoc též Evropská služba pro vnější činnost. Hierarchizace úředních jazyků je ale politicky citlivá (jak je patrné např. na záměru unijního patentu).

Posledním důvodem nesnadnosti většího konzulárního angažmá je omezenost poevropštění zahraniční a bezpečnostní politiky.⁸⁴ Míra integrace Evropské unie a autorita jejích orgánů není taková, aby byla představitelná jednotná zahraniční politika. Členské státy mají různou politiku vůči jednotlivým nečlenským státům. Dění v jednotlivých částech světa věnují různou pozornost. Ztělesněním vlastní zahraniční politiky členských států je samozřejmost udržování vlastních velvyslanectví v nečlenských státech. Pomocí jejích konzulárních oddělení se pak zajistí též pomoc vlastním občanům.⁸⁵

Užitečné se ovšem jeví propojení velvyslanectví a konzulátů členských států poskytujících ochranu občanům nezastoupených členských států. Evropská služba pro vnější činnost jistě svede zajistit výměnu informací mezi zastupitelskými úřady členských států, nejbližšími zastupitelskými úřady domovských států nezastoupených občanů a jejich ministerstvy zahraničních věcí. Stejně tak dokáže vystupovat vůči nečlenskému státu jako koordinátor pomoci občanům nezastoupených členských států Evropské unie. Počátky takové koordinace navázaly na sledování uplatňování ochrany Komisí již před Lisabonskou smlouvou.

Lze zvažovat, do jaké míry by Evropská služba pro vnější činnost či Evropská unie jako celek dokázaly diplomaticky působit ve prospěch nejen nezastoupených, ale též zastoupených občanů Evropské unie. Evropská unie by se počtem obyvatel řadila mezi nejlidnatější a hospodářským výkonem mezi největší státy světa. Státem však kvůli zásadním odlišnostem není a hned tak nebude. Je nadnárodní organizací propojující členské státy a jejich občany v míře nemající obdoby. Tyto vlastnosti však za hranicemi tak zřejmé nejsou. Nečlenské státy ji vnímají prostě jako kontinentální mezinárodní organizaci. Její autoritu pro úspěšné diplomatické působení tak nelze přeceňovat. Příležitostné působení však netřeba vylučovat.

9. OCHRANA OBČANŮ ČLENSKÉHO STÁTU EVROPSKÉ UNIE V JINÝCH ČLENSKÝCH STÁTECH

Stranou zájmu zůstává konzulární pomoc občanům členského státu, popřípadě diplomatické působení v jejich prospěch, v jiných členských státech. Je to škoda. Připomenutí si jejich zachovávání a výskytu nám totiž naznačuje míru a meze integrace Evropské unie.

Vnitřní konzulární ochrana přitom představuje většinu konzulární agendy. Občané členských států přece díky svobodě pohybu cestují a stěhují se hlavně do jiných členských států.

Členské státy Evropské unie a evropské státy obecně mezi sebou mají vůbec silné vazby. Potvrzuje to hustá síť zastupitelských úřadů. Jen výjimečně je tak potřeba zastupování. To mohou upravovat dvou- či vícestranné smlouvy, jako třeba zmíněná česko-slovenská.

⁸⁴ Po zřízení EU tvořila její druhý pilíř, jenž byl výrazně mezivládní (klíčová role Evropské rady a Rady při rozhodování o společných strategiích, respektive společných postojích a společných akcích, právo veta, nepřítomnost přímého účinku). Přes zrušení „pilířů“ Lisabonskou smlouvou a zřízení úřadu Vysokého představitele pro společnou zahraniční a bezpečnostní politiku stejně jako Evropské služby pro vnější činnost vykazují tato politika nadále zmíněné rysy. Na řadu událostí ve světě tak ve výsledku EU jednotně neodpovídá.

⁸⁵ V této souvislosti je pozoruhodné, že členské státy EU (CARE Final Report nenaznačují opak) nevyužívají možnost dvou či více států dle čl. 18 VCCR ustavit společného konzula či dle čl. 6 VCCDR ustavit společného velvyslance a prostřednictvím diplomatické mise poskytovat též konzulární ochranu.

Méně je případů, kdy je třeba náročná konzulární pomoc. Vždyť ve členských státech bývá bezpečněji než jinde ve světě. Nepůsobí zde povstalci a nevedou se občanské války. Nanejvýš se vyskytnou živelné pohromy a občas násilnosti či terorismus, jež místní úřady ale zpravidla zvládnou. Konzulární pomoc tak bývá jednodušší. Řeší se hlavně dopravní nehody, vážné úrazy a onemocnění, odcizení a ztráty cestovních dokladů či úmrtí.

Lze rovněž doufat v korektní zacházení při zadržení, zatčení, vazbě, souzení a uvěznění občana členského státu jiným členským státem. Bez přiměřené úrovně úřadů a soudů by se přece stát nemohl stát členem Evropské unie. V této souvislosti je však třeba připomenout, že ve vazbě a vězení v jiném členském státě než domovském se může občan Evropské unie ocitnout na základě evropského zatýkacího rozkazu též po vydání jeho vlastním státem.⁸⁶

Diplomatické působení na pomoc zatčeným a uvězněným úplně nevytizelo. Jedná se o případy, kdy zcela chybí pochopení pro trestní politiku jiného členského státu.⁸⁷

Základní svobody a doprovodná opatření ovšem snižují výskyt případů, kdy je konzulární ochrana potřebná. Při úrazech a onemocněních přece jen pomoc a návrat bývají jednodušší.

Jakkoli se vnitřní hranice smějí překračovat pouze s cestovním pasem nebo vnitrostátním osobním dokladem (občanským průkazem), díky nepřítomnosti soustavné kontroly⁸⁸ je ve skutečnosti lze leckdy překročit též bez nich. Ztracený či odcizený cestovní doklad se tak nemusí vždy nahrazovat.

Občan jednoho členského státu zejména ve vzdálenějších členských státech ovšem může pociťovat potřebu konzulární pomoci při zranění, onemocnění, zatčení a uvěznění či jako oběť závažného zločinu stejně naléhavě jako mimo Evropskou unii. Zpravidla se neorientuje, protože nezná místní jazyk. Podobná potřeba nastává pro pozůstalé či doprovázející při úmrtí. Proto nelze předpokládat brzké vymizení potřeby konzulární pomoci uvnitř Evropské unie.

Uvnitř Evropské unie se zvýrazňuje rozdíl mezi krátkodobě a dlouhodobě pobývajícím občany jiných členských států. Ti druzí potřebují naléhavou konzulární pomoc spíše výjimečně, neboť v hostitelském státě se zapojují do jeho hospodářského a sociálního prostředí a osvojují si místní jazyk. Ocení ovšem správné a soudní rozhodování týkající se jejich osobního postavení či jeho zprostředkování zastupitelskými úřady domovského státu, pokud ve věci nemohou rozhodnout úřady hostitelského státu.

Konzulární pomoc občanovi jiného členského státu dosud jen dílem nahrazují další způsoby spolupráce členských států. Chybí například jiný způsob vydávání cestovních pasů či průkazů, jakkoli podle obálky unijních. Nadále je vydávají konzulární oddělení velvyslanectví a konzuláty domovského státu. Vydávání hostitelským státem, ale ani

⁸⁶ Na základě rámcového rozhodnutí Rady 2002/584/SVV o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy. Nedávno přijatá Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/48/EU o právu na přístup k obhájci v trestním řízení a řízení týkajícím se evropského zatýkacího rozkazu a o právu na informování třetí strany a právu na komunikaci s třetími osobami a konzulárními úřady v případě zbytečnosti osobní svobody výslovně potvrzuje čl. 36 VCCR ve čl. 7.

⁸⁷ Vazební stíhání dvou Čechů v Řecku za údajnou špionáž spočívající ve snímkování krajiny ostrova Limnosu pro vývoj počítačových her v roce 2012 ukončilo teprve diplomatické působení ministra K. Schwarzenberga.

⁸⁸ Původně podle tzv. Schengenské úmluvy a Schengenské dohody (1985, respektive 1990), nyní podle čl. 20 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 562/2006, kterým se stanoví kodex Společenství o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex).

zprostředkování takového vydání se nepředpokládá. Jakkoli je v Evropské unii možné cestovat s osobním průkazem, vydávají jej prostřednictvím zastupitelských úřadů jen některé členské státy.

Při pozornosti konzulárním stykům uvnitř Evropské unie bychom neměli přehlížet, že členské státy se vůči sobě chovají nadále jako samostatní členové mezinárodního společenství. Jejich vztahy jsou mezinárodněpolitické stejně jako vztahy s nečlenskými státy. Diplomatické styky jsou samozřejmostí. Jen vzácně v jiném členském státě chybějí zastupitelské úřady.⁸⁹

Za nemístné je třeba považovat návrhy, aby si státy mající blízké vztahy prosté sporů nevyměňovaly velvyslance a provozovaly velvyslanectví.⁹⁰ Právě naopak. Vzájemné vztahy totiž mají výrazně širší intenzitu. Musí se tedy řešit spousta jednotlivostí.

Rovněž vztahy členských států s Evropskou unií samotnou zůstávají mezinárodněpolitické. Ve členských státech a vůči nim působí zastoupení Evropské komise.⁹¹ Také členské státy udržují mise při Evropské unii srovnatelně jako při jiných důležitých mezinárodních organizacích. Početný personál obou druhů misí odpovídá velkému významu členských států pro Evropskou unii a Evropské unie pro členské státy. Další zástupci členských států, jejich jednotlivých orgánů a územní samosprávy působí v orgánech, institucích a agenturách Evropské unie stejně jako ve výborech pro spolupráci (*komitologie*).

Jistě, ústřední moc spolkových států či států s oblastmi se srovnatelným postavením ustanovuje představitele a úřady pro dílčí státy či styk s nimi. Jedná se ovšem spíš o dozor ústřední moci než o vnitřní diplomacii. Uvést lze prezidentem Indie jmenované guvernéry států či zmocněnce prezidenta ve federálních okruzích sdružujících subjekty Ruské federace.

Dílčí státy některých federací udržují zastoupení v hlavním městě ústředního státu (například *Landesvertretungen* v Berlíně). Projevem emancipace některých celků je dokonce vlastní zahraniční zastoupení (Katalánsko)⁹² či přinejmenším zastoupení při Evropské unii (španělská autonomní společenství, německé spolkové země, Skotsko a Wales).⁹³

Vyjednávání postojů dílčích států vůči ústřednímu státu však slouží hlavně koordinační fóra (třeba *National Governors Association* ve Spojených státech amerických). Taková fóra rovněž napomáhají vzájemné spolupráci dílčích států. Ústřední stát nicméně takovou spolupráci dozoruje, neboť může obcházet jeho působnosti. Spolupráce části dílčích států může být vnímána dokonce jako hrozba jednotě celku.

Pro vzájemnou spolupráci nicméně dílčí státy ovšem nezřizují styčné úřady. Důvodem neudržování vzájemných styků je však hlavně nepřítomnost vzájemných politických vztahů, které by se podobaly různě historicky, ekonomicky, politicky a kulturně dlouho-

⁸⁹ Česko nemá v případě členských států Evropské unie velvyslanectví pouze na Maltě, ustaven je zde honorární konzul. Slovensko nemá velvyslanectví v Estonsku, Litvě, Lucembursku a na Maltě.

⁹⁰ V Česku zaznívalo ve vztahu vůči zvláště blízkému Slovensku v souvislosti s kritizovaným jmenováním L. Klausové prezidentem M. Zemanem.

⁹¹ Nejsou součástí Evropské služby pro vnější činnost. Samostatné informační kanceláře provozuje ve členských státech též Evropský parlament.

⁹² Katalánsko provozuje v nejdůležitějších evropských státech politické delegace a v dalších zemích kanceláře pro podporu hospodářské spolupráce, kultury a turismu. Snaží se rovněž navazovat intenzivní politické vztahy s generálními konzuláty v Barceloně.

⁹³ Studie regionální diplomacie v EU viz ROVE C. *Regional Representations in the EU: Between Diplomacy and Interest Mediation*. Palgrave Macmillan, 2011.

době podmíněným vztahům mezi samostatnými státy. Přes všechny oblastní odlišnosti se politický život ve federacích odehrává zejména na úrovni celku.

Občané federací jsou rovněž hlavně občany celku, kteří se vesměs těší volnému pohybu mezi dílčími státy. Rozlišování mezi občanem příslušného a občany ostatních dílčích států má malý význam. Se zatčeným a uvězněným se zachází bez ohledu na jeho vnitrostátní bydliště. Většina spolkových států má jednotné trestní právo, zbytek – třeba Spojené státy americké – podobné. Státy mají různé postupy dočasného nahrazení osobních či řidičských průkazů při ztrátě či odcizení mimo domovský dílčí stát.

Především si však obyvatelé dílčích států rozumějí. Většina federací je jednojazyčná. Ve zbylých porozumění zajistí propojovací jazyky. Jistě, problémy na druhém konci rozlehlého státu bývají náročnější, než když se stanou blízko bydliště. Dotčení nemohou dále cestovat, musejí se vracet či vyřizovat záležitosti na dálku. Pomoc, kterou by dokázaly poskytnout pouze úřady domovského dílčího státu, ovšem potřeba není.

ZÁVĚRY

Evropská unie opakovaně představovala ochranu jako základní právo občanů Evropské unie a výdobytek jí zastřešované integrace.⁹⁴ Přijetí veřejností bylo nicméně vlažné. Příčinou však není nezáměr vysvětlitelný očekáváním zanedbatelného užitku, nýbrž vzácná potřeba. Většinou je konzulární ochrana potřebná uvnitř Evropské unie. Též mimo ni ji většinou zabezpečí zastupitelské úřady domovského státu.

Omezenost potřeby by neměla být důvodem popírání smyslu. Vzácná onemocnění a úrazy se také léčí. Třeba uštknutí zmijí je v tuzemsku výjimečné. Zkušenost lékařů s ním je nutně omezená a protijed obtížně dostupný. Pozornost je tak pochopitelně malá, zvláště když život vesměs ohrožen není. Přesto se vymezují postupy pro lékaře a dávají rady veřejnosti.

Trvalo desetiletí, než si pracovníci zahraničních služeb členských států, cestovní kanceláře, ministři zahraničí, ale také učitelé a odborníci práva Evropské unie začali uvědomovat rozdíly mezi víceméně rutinní konzulární pomocí a různě chápanou, na každý pád však výjimečnou diplomatickou ochranou. Dokonce mezi nejbližšími obory chybí výměna poznatků, neboť znalci mezinárodního práva veřejného si rozdíl uvědomují a dokonce o něm vyučují.

Rozsah a meze práva nezastoupených občanů Evropské unie na ochranu podle čl. 23 Soudní dvůr nikdy neobjasňoval v řízení o předběžné otázce ani v řízení o žalobě Komise vůči členskému státu. Nevíme tak, zda by aktivisticky dovozoval nárok na diplomatickou ochranu, když jej nepřiznávají státy ani svým vlastním občanům. Občanství nadstátního svazku je přitom zřetelně slabší než státní příslušnost, takže nečlenské státy by tuto ochranu asi odmítaly strpět. Vhodnější by byl zdrženlivý výklad, jenž by v této věci na počátku 90. let zjevně nepoučené tvůrce zřizovacích smluv opravil.

⁹⁴ Informace jsou soustředěné na příslušné internetové prezentaci EU (<http://ec.europa.eu/consularprotection/>). Potřebnost spolupráce členských států a angažmá EU byly vícekrát zdůrazněné připomínkami počtů občanů EU trvale žijících v nečlenských státech či je navštěvujících a omezeností sítí zastupitelských úřadů jednotlivých členských států. Pravidelně se připomínaly politické krize a přírodní pohromy žádající si masovou konzulární pomoc, při které členské státy dokázaly spolupracovat.

Sklon široce vykládat integrační svobody a práva stejně jako vytváření a dovozování nových základních práv nejen na půdě Evropské unie a dalších mezinárodních organizací, ale také uvnitř členských států by takový střizlivý závěr ovšem ztížily. Ostatně také patrně zpomalily zmíněné uvědomování si rozdílu mezi diplomatickou ochranou a konzulární pomocí.

Zkoumání teorie a praxe ochrany nezastoupených občanů Evropské unie ukazuje nejen možnosti, ale také potřeby a meze integrace. Evropská unie sice spojuje členské státy a evropské národy v míře a nástroji, jež nemají obdobu v jiných mezinárodních organizacích. Přesto se kvůli určitým důvodům Evropská unie nedokáže stát spolkovým státem.

Spolupráci členských států a Evropské unie při konzulární pomoci zakládá její nadnárodní právo. Konzulární pomoc sama se však poskytuje v režimu mezinárodního práva. Uvědomění si jeho požadavků je proto nezbytné. Vedle toho je třeba sledovat konzulární praxi.

Právo samotné konzulární pomoci přitom zůstává v řadě členských států zlomkovité. Pouze část je totiž výkonem moci, který si žádá zřetelný právní rámec. Zbytek představuje pomoc, již poskytují leckdy též jiní. Ani správná konzulární pomoc přitom není vždy úspěšná. Občané mívají přehnaná očekávání. Nouze bývá často důsledkem jejich pošetilosti.

Soudy vyspělých států Západu nyní přitom řeší dříve nebývalé spory. Nelze se tak divit, že nad právním upřesněním konzulární pomoci se váhá, ohledně diplomatické ochrany ani nemluvě. Přitom soudní přezkum zůstává vzácný též ve státech se zákonným rámcem.⁹⁵

Česko samotné nikdy nemělo soubornou právní úpravu konzulární pomoci. Nemá ostatně ani podrobnou úpravu své zahraniční služby. Ministerstvem zahraničních věcí zadané studie potvrzují její obvyklost a vhodnost.⁹⁶ Naléhavá potřeba však nenastala, takže nepřekvapivě chybí dosud a ani se neplánuje.⁹⁷ Přijetí směrnice by si ji ovšem vyžádalo, protože směrnice se musejí provádět zákony či jinými právními předpisy, vnitřní pokyny či oběžníky nestačí.⁹⁸

Přes shodu ohledně podstaty naléhavé konzulární pomoci a spolupráci členských států při ní ve státech nečlenských jsou zjevné pochyby ohledně jejího vyjádření. Zejména Velká Británie se zpěčuje jejímu nárokovému pojetí.⁹⁹ Leckteré další státy včetně Česka¹⁰⁰ se vůči záměru rekonstrukce rámce Evropské unie pro spolupráci při konzulární pomoci

⁹⁵ Podrobně o možnostech stížností a žalob proti odepření konzulární pomoci či její nedostatečnosti CARE Final Report, s. 623 a násl., 4.1.2. Remedies against a refusal to provide consular assistance. Jenom část států připouští soudní přezkum, obvyklé jsou stížnostní mechanismy či dozor ombudsmánů. Představitelná je pocho-pitelně novinová a politická kritika konzulární služby, která může vyústit v personální opatření.

⁹⁶ BUREŠ, P. – SVÁČEK, O. *Porovnání právní úpravy konzulárního práva ve vybraných zemích EU*. RM 06/01/08, (2008–2010), shrnutí dostupné na <http://www.mzv.cz>.

⁹⁷ Podle legislativních plánů vlády na rok 2014 a výhledu legislativních prací na roky 2015–2017. Nebylo ani v legislativních plánech vlády v letech 2010–2013.

⁹⁸ Jak zdůraznil Soudní dvůr dnes učebnicovým rozsudkem 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* ze dne 8. 10. 1987.

⁹⁹ CARE Final Report, s. 526. Konzulární pomoc se poskytuje na základě uvážení (*matter of policy*). Podobně ke konzulární pomoci přistupují Irsko, Kypr či Malta. Leckteré další členské státy míní, že některé pouze některé druhy konzulární pomoci jsou nárokové. Platí dokonce tehdy, pokud konzulární činnost upravují zákony.

¹⁰⁰ Podle neoficiálních vyjádření pracovníků odboru konzulárních činností MZV.

chovají zdrženlivě. Přestože lze směrnici prosadit proti menšině členských států, bylo by politicky problematické, měly-li být ukládány úkoly bez souhlasu především právě tomu členskému státu, jehož konzulární služba by patrně byla zatížena nejvíce.

Dotvoření uvedeného rámce přitom oddaluje sklon konzultovaného Evropského parlamentu jeho prostřednictvím rozšiřovat konzulární pomoc jako takovou.¹⁰¹ Přímo volené, většinou Evropanů ovšem jako nepřilíš důležité a užitečné vnímané těleso patrně chce vyvolat dojem, že zlepšuje postavení Evropanů. Nejen v tomto případě se tak však děje bez poctivého vyhodnocení ochoty a zvládnutelnosti členskými státy. Přitom se bohužel dál přehlíží mezinárodní právo a zvyklosti konzulární ochrany ve světě.¹⁰²

doc. JUDr. Filip Křepelka, Ph.D.

Právnická fakulta Masarykovy Univerzity

¹⁰¹ Např. tlak na konzulární pomoc přijatým uprchlíkům či dlouhodobě pobývajícím cizincům (bod 9a návrhu odůvodnění směrnice), jestliže členské státy vesměs takto nechrání ani vlastní obyvatele (CARE Final Report, s. 614 – 4.1.1. Scope of consular protection *ratione personae*), rozšiřování konzulární pomoci na další pomoc poskytovanou vlastním občanům (čl. 6 původního návrhu), posilování koordinační role Evropské služby pro vnější činnost, respektive delegací Evropské unie, ba poskytování konzulární ochrany jí samotnou (čl. 2 návrhu) či zajištění dobrého zacházení při uvěznění (čl. 8 návrhu). Za užitečné lze považovat nanejvýš přenesení úkolu spojit se s příbuznými na domovský členský stát (čl. 9 odst. 2 návrhu).

¹⁰² Především rozšiřování ochrany na cizince dlouhodobě pobývajícím na území dalších členských států či uprchlíky, když mezinárodní právo a zvyklosti nepředpokládají konzulární pomoc těmto lidem a je tolerována jen v případech, kdy se nedostává do napětí s vrchnostenským působením přijímajícího/hostitelského státu.

Jan Malíř

ODPOVĚDNOST VEŘEJNÉ MOCI ZA PORUŠENÍ MEZINÁRODNÍCH ZÁVAZKŮ V ČESKÉM PRÁVU ANEB MEZI TÍM, CO JE, A TÍM, CO NENÍ

Abstrakt: V posledních letech byl podstatně redefinován vztah mezi českým a mezinárodním právem. Nyní je ČR povinna dodržovat závazky, které pro ni vyplývají z mezinárodního práva (čl. 1 odst. 2 Ústavy), vyhlášené mezinárodní smlouvy ratifikované se souhlasem Parlamentu jsou součástí právního řádu s předností před rozpornými ustanoveními zákonů (čl. 10 Ústavy) a na základě judikatury Ústavního soudu ČR mají mezinárodní smlouvy o lidských právech stejnou právní sílu jako ustanovení vnitrostátního ústavního pořádku. Právní důsledky těchto proměn jsou však stále předmětem debaty. To platí i o odpovědnosti české veřejné moci za škodu způsobenou porušením mezinárodních závazků. Tento článek se přiklání k tomu, že taková odpovědnost by měla být uznávána přinejmenším ve vztahu k mezinárodním smlouvám v působnosti čl. 10 Ústavy. Ve prospěch takového názoru svědčí srovnání s Francií a Polskem, tedy státy, které při obdobném ústavním uspořádání takovou odpovědnost uznaly, a rovněž odkaz na zásady právního státu, na které Ústavní soud ČR nahlíží jako na klíčový základ pro existenci odpovědnosti veřejné moci za škodu.

Klíčová slova: odpovědnost veřejné moci za škodu, porušení mezinárodních závazků, Česká republika, Francie, Polsko

ÚVODEM

Odpovědnost státu respektive odpovědnost veřejné moci zavdala v posledním desetiletí v české právní nauce podnět k poměrně intenzivní diskuzi. Největší pozornost, jak se zdá, se však soustředila především na odpovědnost veřejné moci za porušení práva EU a na odpovědnost za porušení ústavního pořádku zákonodárcem. Jiným větvím odpovědnosti veřejné moci byla naproti tomu věnována pozornost podstatně skromnější. To platí – s čestnou výjimkou odpovědnosti za škodu způsobenou neoprávněnou vazbou – kupř. o odpovědnosti veřejné moci za škodu způsobenou výkonem soudní moci nebo o odpovědnosti veřejné moci za škodu vyplývající z případů, kdy veřejná moc jedná *iure gestionis* a v souvislosti s plněním funkcí sociálního státu. O nic víc se až dosud nediskutovalo ani o tom, zda a případně za jakých okolností může veřejná moc odpovídat za porušení závazků, které ČR vyplývají z mezinárodního práva. Diskuze na toto téma se na první pohled může zdát fantaskní a bez souvislosti s domácí právní tradicí. Při bližším zamyšlení však taková diskuze nepostrádá smysl. Za situace, kdy český ústavodárce před více než deseti lety nemalou část těchto mezinárodních závazků inkorporoval do vnitrostátního práva, a kdy byly určité mezinárodní smlouvy zavazující ČR Ústavním soudem ČR dokonce postaveny na roveň norem českého ústavního pořádku, vnucuje se otázka, zda veřejná moc odpovídá za porušení mezinárodních závazků, více než logicky. Svůj význam nabývá tato otázka současně v tom rozsahu, ve kterém je ČR – jako malý stát uprostřed globalizovaného světa – vázána nebývalým počtem mezinárodních závazků, od jejichž dodržování se odvíjí kredibilita ČR v mezinárodních vztazích a jejichž porušení může současně namnoze vyústit v řízení před mezinárodními soudy, rozhodci či kvazisoudními orgány.

1. ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ MEZINÁRODNÍCH ZÁVAZKŮ JAKO HERETICKÝ OBRAT?

Myšlenka, že by veřejná moc mohla v souladu s pravidly odpovědnosti veřejné moci podle vnitrostátního práva odpovídat za následky, které vyplynou z toho, že poruší platné mezinárodní závazky ČR, může znít v českých poměrech hereticky.

V českém prostředí nikdo nezpochybuje, že stát odpovídá za porušení závazků stanovených mezinárodním právem.¹ Podmínky, za kterých stát tuto odpovědnost nese, rozsah této odpovědnosti, jakož i způsob, jak se tato odpovědnost uplatňuje, jsou ale obecně dovozovány z práva mezinárodní odpovědnosti států. Pravidla této odpovědnosti – necháme-li stranou úpravy ve zvláštních systémech typu práva EU nebo WTO² – pro ČR stejně jako všechny další státy současného světa vyplývají z obecného mezinárodního práva, v němž se tato pravidla zrodila a v němž během posledních dvou staletí nabyla ucelené podoby.³ Tuto podobu se na základě téměř půlstoletí kodifikačních prací pokusila v psané podobě s určitými inovacemi konzervovat Komise OSN pro mezinárodní právo.⁴ Jde-li o odpovědnost za porušení platných mezinárodních závazků států, vychází návrh článků Komise OSN pro mezinárodní právo z pojetí, že velmi široce chápaný stát odpovídá až na výjimky za porušení jakéhokoli platného mezinárodního závazku, a to bez ohledu na zavinění a existenci újmy.⁵ Právní vztah, který v důsledku porušení vznikne, však bude obecně chápán jako vztah, který nastupuje mezi státem, kterému je porušení mezinárodního závazku přiřitatelné, na straně jedné a jiným státem, mezinárodní organizací či případně jednotlivcem v postavení regulovaném mezinárodním právem na straně druhé jako následek porušení primárních norem mezinárodního práva, a bude převažovat představa, že takto vzniklý právní vztah se realizuje v rámci mezinárodního práva výlučně na mezinárodní úrovni. Představa, že by v případě porušení mezinárodních závazků mohl stát – nezávisle na právu mezinárodní odpovědnosti – nést odpovědnost za jejich porušení i na základě svého vnitrostátního práva na vnitrostátní úrovni, a to zejména ve vztahu k vlastním i cizím státním příslušníkům, kteří jsou porušením dotčeni, se tedy bude v českém kontextu jevit jako na první pohled nepřipadná. Odkaz na to, že odpovědnost za porušení mezinárodních závazků se má realizovat na mezinárodní úrovni, bude přitom patrně prvním argumentem, který bude proti takové představě vznesen.

¹ Jakkoli alespoň část české nauky bude mít nepochybně problém s principem přednosti mezinárodního práva před vnitrostátním právem, ze kterého mezinárodní právo dlouhodobě vychází a o kterém se na rozdíl od přednosti práva EU před vnitrostátním právem debatuje nesrovnatelně méně, ač přednost mezinárodního práva může mít dopady na výkon řady pravomocí státu respektive veřejné moci.

² SIMMA, B. – PULKOWSKI, D. *Leges Speciales and Self-Contained Regimes*. In: J. Crawford – A. Pellet – S. Olleson (eds). *The Law of International Responsibility*. Oxford, 2010, s. 139–163.

³ DAILLIER, P. The Development of the Law of Responsibility through the case law. In: J. Crawford – A. Pellet – S. Olleson (eds). *The Law of International Responsibility*. Oxford, 2010, s. 37–44; viz též BROWN, Ch. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford – New York, 2007, s. 198–209.

⁴ Srov. zejména Zpráva Komise OSN pro mezinárodní právo. 53. zasedání, ILC Yearbook 2001, Vol II (2), s. 26–143; k jejich genezi viz zejména PELLET, A. The ILC's Articles on State Responsibility For Internationally Wrongful Acts and Related Texts. In: J. Crawford – A. Pellet – S. Olleson (eds). *The Law of International Responsibility*. Oxford, 2010.

⁵ Srov. zejména CRAWFORD, J. – PELLET, A. – OLLESON, S. (eds). *The Law of International Responsibility*. Oxford, 2010.

Na druhém místě bude jistě akcentováno, že představa o tom, že by veřejná moc měla odpovídat za následky způsobené porušením mezinárodních závazků, není součástí domácí tradice a že došlo-li v minulosti k tomu, že veřejná moc výjimečně za takové následky poskytovala kompenzace, dělo se tak výlučně *ex gratia*. Nahlédneme-li do klasických prací věnovaných odpovědnosti veřejné moci v československém právu, mezi nimiž zaujímá zvláštní místo především práce J. Matějky, budeme výslovný odkaz na to, že by odpovědnost státu mohlo založit porušení mezinárodních závazků státu, hledat marně.⁶ Stejný obraz pak poskytnout i stati, jež pojednávají o odpovědnosti veřejné moci v právu předlitavské části habsburské monarchie,⁷ na níž československé právo navazovalo.

Jakkoli nelze upřít, že oba výše popsané argumenty mají své odůvodnění, lze proti nim za současného právního stavu postavit argumenty jiné, které naopak dost silně vynívají ve prospěch toho, aby veřejná moc za porušení mezinárodních závazků ČR přímo na základě českého práva odpovídala. Tyto argumenty jsou, jak se domníváme, nejméně dvojího druhu. Jak přitom v obdobném kontextu výstižně uvádějí zahraniční autoři, kteří rozhodně nepatří k programovým internacionalistům, i když budeme trvat na rozlišování realizace dodržování mezinárodního práva na mezinárodní úrovni a realizace tohoto dodržování na vnitrostátní úrovni, „je v zájmu soudržnosti a harmonie práva žádoucí, aby mezi oběma rovinami existovala korelace“.⁸

2. EVOLUTIVNÍ ARGUMENT

Zaprvé, jestliže veřejná moc v českých zemích historicky za porušení mezinárodních závazků neodpovídala, korespondoval tento stav s přístupem, který právní řády, jež v českých zemích v průběhu času platily, k místu a účinkům mezinárodního práva ve vnitrostátním právním řádu zaujímaly. Tento přístup byl, jak známo, velmi opatrnický, a to přesto, že zejména habsburská monarchie se jako kontinentální velmoc na rozvoji klasického mezinárodního práva nezpochybnitelně podílela. Ačkoli rezervovanost k mezinárodnímu právu nedosáhla alespoň v Předlitavsku takového stupně jako v Německé říši a v habsburské monarchii před první světovou válkou existoval silný internacionalistický proud,⁹ byl přístup monarchie k mezinárodnímu právu silně dualistický.¹⁰ Ve formě považované některými zahraničními komentátory už počátkem 30. let za poněkud anachronickou¹¹ pak dualistický přístup k mezinárodnímu právu uplatňovaly i všechny další režimy, které se v českých zemích vystřídaly do roku 1989.¹²

⁶ MATĚJKA, J. *Povinnost státu k náhradě škody způsobené výkonem veřejné moci (podle práva československého, francouzského a německého)*. Praha, 1923.

⁷ Srov. MISCHLER, E. – ULBRICH, J. (eds). *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes*. Díly I–IV, 2. vydání, Wien, 1905–1909.

⁸ FAVOREU, L. (ved. aut. kol.). *Droit constitutionnel*, 15. vydání, Paris, 2013, s. 191.

⁹ Jehož nejznámějším představitelem byl Heinrich Lammasch (1853–1920), profesor na univerzitě ve Vídni a poslední ministerský předseda Rakousko-uherského mocnářství.

¹⁰ Viz např. heslo *Staatsverträge*. In: E. Mischler – J. Ulbrich (eds). *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes*. Díl IV, 2. vydání, Wien, 1909.

¹¹ Srov. např. CHAILLEY, P. *La nature des traités internationaux selon le droit contemporain*. Paris, 1932, s. 299 a s. 325.

¹² Základní přehled viz např. MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné. Jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*, s. 460–464.

Od té doby však z řady důvodů došlo k podstatným posunům, které by tak měly v platném českém právním řádu také přímo rezonovat.

2.1 Proměna postavení mezinárodního práva v českém právním řádu

Zprvde, dne 1. června 2002 nabyla účinnosti „euronovela“ Ústavy ČR.¹³ Na jejím základě byly nejen položeny ústavní předpoklady pro členství ČR v EU, ale mělo také dojít k radikální léčbě chudokrevnosti, jíž český ústavní pořádek přes dílčí posuny vnesené po roce 1989 ve vztahu k mezinárodnímu právu trpěl.¹⁴ Ačkoli znění, ve kterém nakonec Parlament ČR euronovelu schválil, se v některých nepřehlédnutelných ohledech vydalo jiným směrem, než který původně předpokládala vláda ČR, jež návrh euronovely předložila,¹⁵ znamenala euronovela nesporně historický posun. Jakkoli euronovela výslovně neodpověděla na všechny otázky, které s místem a účinky mezinárodního práva v českém právním řádu souvisejí,¹⁶ a ve spojení se svou důvodovou zprávou je dodnes podnětem k nekončící debatě, šlo vlastně o první ústavní zákon, který se ve stopadesátileté historii moderního konstitucionalismu v českých zemích pokusil vztah mezi mezinárodním a vnitrostátním právem výslovně a v ucelené podobě vymezit.¹⁷

Z hlediska tématu, které nás zajímá na tomto místě, se jeví nejpodstatnější, že přinejmenším část platných mezinárodněprávních závazků ČR euronovela předně prohlásila za přímou součást českého právního řádu. To je v souladu s „euronovelizovaným“ zněním čl. 10 Ústavy ČR nepochybně případ závazků plynoucích z vyhlášených mezinárodních smluv, jimiž je ČR vázána, k jejichž ratifikaci dal souhlas Parlament ČR a jež byly řádně vyhlášeny. Týž čl. 10 Ústavy navíc na základě euronovely stanovil i to, že v případě rozporu mezi ustanoveními takových mezinárodních smluv a českým zákonem, mají přednost ustanovení mezinárodních smluv. Za těchto okolností se mezinárodní smlouvy, na které se působnost čl. 10 Ústavy vztahuje, stávají „součástí práva země“¹⁸ v tom smyslu, že mohou vyvolávat v českém právním řádu přímé právní účinky a je jim garantována přednost před běžnými zákony a podzákonnými právními předpisy.¹⁹ Kromě toho nelze

¹³ Ústavní zákon č. 395/2001 Sb., kterým se mění ústavní zákon České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

¹⁴ MALENOVSKÝ, J. O „chudokrevnosti“ mezinárodního rozměru české ústavy a možných terapiích. *Právník*, 1997, č. 7, s. 537–556.

¹⁵ Srov. Poslanecká sněmovna, 3. volební období, sněmovní tisk č. 884.

¹⁶ Některé jsme se pokusili načrtnout ve stati MALÍŘ, J. Mezinárodní právo a jak je (ne)používáme. *Právník*, 2011, č. 5, s. 417–447.

¹⁷ Tuto snahu o ucelenost postrádal ústavní zákon č. 23/1991 Sb., jímž byly v odezvě na proměny politického systému vyvolané pádem komunismu do vnitrostátního práva recipovány ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech.

¹⁸ Tento pojem si vypůjčujeme z anglického práva, kde se užívá ve vztahu k obecnému mezinárodnímu právu, srov. k tomu např. FOX, H. – GARDNER, P. – WICKREMASINGHE, Ch. United Kingdom. In: P. M. Eisemann (ed.). *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*. The Hague – London – Boston, 1996, s. 517 a násl.

¹⁹ Z početné literatury k důsledkům euronovelizovaného znění čl. 10 Ústavy příkladmo MIKULE, V. In: V. Sládeček – V. Mikule – J. Syllová. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha, 2007, s. 75–84; MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné. Jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. dílo cit., s. 476–488; KÜHN, Z. Aplikace mezinárodního práva v České republice. In: A. Gerloch (ved. aut. kol.). *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha, 2008, s. 254–279; KLÍMA, K. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vydání, Plzeň, 2009, s. 120–141; KNĚŽÍNEK, J. – MLSNA, P. Mezinárodní smlouvy v českém právu. Praha 2009, s. 191–220; MOLEK, P. In: L. Bahýlová et al. *Ústava ČR. Komentář*. Praha, 2010, s. 177–202; ŠTURMA, P. – ČEPELKA, P. – BALÁŠ, V. *Právo*

přehlédnout ani to, že euronovela do Ústavy vložila i nový čl. 1 odst. 2. Ten by měl být podle našeho názoru s ohledem na historické i systematické souvislosti interpretován jako ustanovení, které umožňuje, aby účinky v českém právu mohla vyvolávat i jiná pravidla mezinárodního práva, než jimiž jsou pravidla z mezinárodních smluv ve smyslu čl. 10 Ústavy, tedy např. pravidla obecného mezinárodního práva.²⁰

Zadruhé, do úpravy postavení a místa mezinárodního práva v českém právním řádu podstatně zasáhl také český ústavní soudce. Ten se totiž, jak je dobře známo, v návaznosti na nabytí účinnosti euronovely nad rámec většinového očekávání i dikce samotné euronovely vydal tou cestou, že s odkazem na čl. 1 odst. 2 a čl. 9 odst. 2 Ústavy postavil ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách na roveň norem ústavního pořádku ČR.²¹ To má podle Ústavního soudu (ÚS) v právní rovině za následek nejen to, že vznikne-li pochybnost o slučitelnosti běžného českého zákona s takovými mezinárodními smlouvami, jsou obecné soudy povinny iniciovat přezkum takového zákona před Ústavním soudem, což je postoj, o jehož správnosti se dosud diskutuje,²² nýbrž nutně i to, že při kontrole ústavnosti českého práva představují mezinárodní smlouvy o lidských právech jedno z obecných referenčních hledisek, podle kterých sám ÚS přezkum ústavnosti českého práva provádí.²³

mezinárodních smluv. Plzeň, 2011, s. 228–238; TÝČ, V. *Mezinárodní, české a unijní právo mezinárodních smluv*, Brno, 2013, s. 85–101; MALENOVSKÝ, J. Euronovela Ústavy ČR v pěti obrazech. In: A. Gerloch – J. Kysela (ved. aut. kol.). *20 let Ústavy České republiky – Ohlédnutí zpět a pohled vpřed.* Plzeň, 2013, s. 176–208.

²⁰ V tomto ohledu budeme pouze aktualizovat, co jsme uvedli již dříve, totiž, že jde-li o povahu a právní následky čl. 1 odst. 2 Ústavy, existují v české nauce v zásadě tři přístupy: první, který je příznačný zejména pro konstitucionalisty, přikládá čl. 1 odst. 2 Ústavu převážně jen deklaratorní význam a vnímá jej jako ustanovení směřované především do mezinárodního společenství, viz např. MIKULE, V. In: V. Sládeček – V. Mikule – J. Syllová. *Ústava České republiky. Komentář.* Praha, 2007, s. 12–13; druhý, který je příznačný zejména pro internacionalisty, naopak pojímá toto ustanovení konstitutivně a považuje jej za základ pro to, aby v českém právu vyvolávaly účinky i další pravidla mezinárodního práva, než jimiž jsou mezinárodní smlouvy ve smyslu čl. 10 Ústavy, viz např. MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné. Jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému.* 5. vydání, Brno, 2008, s. 471–472 a s. 505–506; ŠTURMA, P. – BALAŠ, V. – ČEPELKA, Č. *Právo mezinárodních smluv.* Praha, 2011, s. 239–240; MALÍŘ, J. *Mezinárodní právo a jak je (ne)používáme.* dílo cit., s. 439–445; třetí pak stojí kdesi na půli cesty, je ochoten ustanovení přisuzovat více než jen deklaratorní význam, avšak spíše jen ve formě zohledňování mezinárodního práva při výkladu vnitrostátního práva, viz MOLEK, P. In: L. Bahýlová et al. *Ústava ČR. Komentář.* Praha, 2010, s. 30–35; jde-li o judikaturu, pozice ÚS není dosud dost jednoznačná, spíše konstitutivní vidění naznačil ale Nejvyšší správní soud, viz např. NSS, 9 Azs 23/2007; rozhodně ale nejde o teoretickou otázku a její řešení si na straně českého práva vyžaduje mnohem jasnější postoj.

²¹ Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. června 2002 a Pl. ÚS 44/03 ze dne 5. dubna 2005; k debatě o okolnostech a důsledcích tohoto posunu a její základní ose viz přehledně např. MOLEK, P. In: L. Bahýlová et al. *Ústava ČR. Komentář.* Praha, 2010, s. 186–193.

²² Dosud neskončenou debatu vyvolává v ČR otázka, zda a na kolik mohou vyloučit aplikaci zákona odporujícího mezinárodní smlouvě obecné soudy, viz k tomu též dále v tomto článku na s. 685–686; s ohledem na vůli ústavodárce vyjádřenou v důvodové zprávě k euronovele (mj. výslovný odkaz na obavu z nepřiměřené délky řízení před obecnými soudy a přetížení ÚS v případech, že by vylučnou pravomoc rozhodovat o přesnosti měl ÚS), jakož i na to, co je obvyklé ve státech, které volí obdobnou úpravu vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva jako ČR, působí neochota připustit pravomoc obecných soudů vyloučit aplikaci neslučitelného vnitrostátního zákona v konkrétním případě (též difuzní či disperzní kontrola souladu s mezinárodními smlouvami) překvapivě, a to i proto, že tuto pravomoc mají obecné soudy ČR v případě rozporu s právem EU přímo na základě práva EU; doktrinárně k tomu viz naposledy např. MALENOVSKÝ, J. Euronovela Ústavy ČR v pěti obrazech. In: A. Gerloch – J. Kysela (ved. aut. kol.). *20 let Ústavy České republiky – Ohlédnutí zpět a pohled vpřed.* dílo cit., s. 193.

²³ Srov. k tomu např. WAGNEROVÁ, E. et al. *Zákon o ÚS s komentářem.* Praha, 2007, s. 239–256 a s. 307–308.

Jestliže tedy euronovela do českého práva inkorporovala přinejmenším část mezinárodních závazků ČR – odhlédneme-li od sporů o právní důsledky čl. 1 odst. 2 Ústavy, nesporně závazky plynoucí z mezinárodních smluv ve smyslu čl. 10 Ústavy – rozhodovací činností ÚS byla část z těchto mezinárodních závazků – tedy těch, které plynou z mezinárodních smluv o lidských právech²⁴ – navíc postavena na roveň norem českého ústavního pořádku, což je v dějinách konstitucionalismu v českých zemích bezprecedentní,²⁵ jakkoli tento krok a jeho důsledky jsou v některých ohledech předmětem podstatné kritiky nauky, které si jsou vědomy i některé formace ÚS.²⁶ Zvlášť výrazné místo přitom ÚS přiznává zejména Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod a spolu s ní také judikatuře Evropského soudu pro lidská práva.²⁷

Oproti situaci, která v českém právu existovala historicky, a přes spory, které o přesné účinky některých druhů mezinárodních pravidel v ČR dosud trvají, je ale zřejmé, že mezinárodní právo dnes zavazuje ČR nejen v jejích vztazích s jinými subjekty mezinárodního práva na mezinárodní úrovni, ale mezinárodní právo zcela evidentně – jde-li přinejmenším o mezinárodní smlouvy podle čl. 10 Ústavy a, *a fortiori*, o mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách – nabylo povahy práva, které vyvolává účinky v právu ČR. Orgány veřejné moci by tak měly být povinny k dodržování přinejmenším mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy a, *a fortiori*, mezinárodních smluv o lidských právech ve srovnatelném rozsahu, v jakém jsou povinny k dodržování ryze vnitrostátního práva. Ve prospěch takového názoru svědčí okolnost, že účelem ustanovení euronovely bylo podle výslovných odkazů obsažených v důvodové zprávě k ní rozšířit koncept právního státu, což je postoj, který sdílí i ÚS.

Za těchto okolností by se zdálo, že jedním z důsledků proměny místa mezinárodního práva – přinejmenším mezinárodních smluv ve smyslu čl. 10 Ústavy – v českém právním řádu bude i to, že dojde-li v důsledku jednání nebo opomenutí orgánů veřejné moci v ČR k porušení takových mezinárodních závazků a toto porušení založí újmu jednotlivcům, bude zakládat povinnost veřejné moci k náhradě takové újmy.

2.2 Aplikační povaha přednosti jako překážka pro uznání odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků?

Z hlediska vnitrostátního práva lze proti tezi o tom, že porušení mezinárodního práva – přinejmenším mezinárodních smluv ve smyslu čl. 10 Ústavy – za současného právního stavu zakládá povinnost veřejné moci k náhradě tím způsobené škody, vznášet, jak se lze domnívat, jedinou podstatnou okolnost. Od doby, kdy euronovela deklarovala

²⁴ V tomto ohledu nelze přehlédnout, že hranice mezi mezinárodními smlouvami o lidských právech a těmi ostatními je neostrá, takže v některých případech mohou vznikat spory ohledně toho, zda je konkrétní mezinárodní smlouva smlouvou o lidských právech, a tedy zda je součástí českého ústavního pořádku či nikoli; tyto spory dokladuje např. spor o povahu Aarhuské úmluvy, viz ÚS, I. ÚS 2553/07 ze dne 15. února 2010.

²⁵ Ač nelze pominout, že nejsou vyloučeny situace, kdy garance plynoucí z mezinárodních smluv o lidských právech a svobodách budou mít jiný rozsah, než garance plynoucí z LZPS; kontroverze pak vyvolává také situace, kdy by nastal rozpor mezi mezinárodní smlouvou o lidských právech a jinou mezinárodní smlouvou podle čl. 10 Ústavy, což je situace, kterou poněkud ilustruje např. náleží I. ÚS 752/02 ze dne 15. dubna 2003.

²⁶ ÚS, I. ÚS 2881/09 ze dne 29. 11. 2010, bod 44.

²⁷ ÚS, Pl. ÚS 26/11 ze dne 28. února 2012, bod 21 nebo ÚS, Pl. ÚS 13/06 ze dne 6. května 2008, bod 14; doktrínálně viz např. POSPÍŠIL, I. Vliv Úmluvy a její aplikace ESLP na judikaturu Ústavního soudu. In: M. Bobek (ed.). *Dvacet let Evropské úmluvy v České republice a na Slovensku*. Praha, 2013, s. 97–111.

přednost mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy před běžným zákonem a *eo ipso* podzákonými právními předpisy ČR, klade nezanedbatelná část české právní nauky důraz na to, že tato přednost je výlučně předností aplikační. Z toho se dovozuje, že mezinárodní smlouvy podle čl. 10 Ústavy nejsou formálním pramenem českého práva.²⁸ Ačkoli není zřejmé, že by takové pojetí nutně vycházelo z vůle ústavodárce – v normativním znění euronovely ani v důvodové zprávě k ní není přívlastek aplikační výslovně použit a důvodová zpráva naopak zdůrazňuje, že „jakmile se mezinárodní smlouva, s jejíž ratifikací vyslovil souhlas Parlament, stane závaznou pro Českou republiku, nic nestojí v cestě jejímu uplatňování uvnitř státu“²⁹ – lze se ptát, zda by aplikační pojetí přednosti odpovědnost veřejné moci za porušení mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy skutečně nezbytně vylučovalo.

V tomto ohledu nelze přehlédnout, že názory na to, co ona aplikační povaha přednosti znamená, se v české nauce různí. Zatímco některé názory na aplikační přednost nabývají až lehce neuchopitelný rozměr,³⁰ za nejracionálnější považujeme ty, podle kterých „aplikační koncept přednosti mezinárodních smluv před zákony je postaven na postupu, že každý orgán aplikace práva je oprávněn posoudit soulad mezi smlouvou a zákonem a v případě, že dojde k závěru, že zde je rozpor mezi těmito dvěma formami právních norem, aplikovat normy obsažené v mezinárodní smlouvě na úkor zákonných ustanovení. Formálně však není zákon rušen, pouze nejsou jeho ustanovení aplikována v té míře, v níž se nalézají v rozporu se smlouvou.“³¹ V tomto pojetí tedy přednost znamená, že při aplikaci práva v konkrétním případě dostanou ustanovení mezinárodní smlouvy podle čl. 10 Ústavy přednost před zákonem a podzákonými právními předpisy, aniž by to *eo ipso* implikovalo neplatnost zákona nebo podzákoného právního předpisu v tom rozsahu, ve kterém jsou jejich ustanovení neslučitelná s ustanoveními mezinárodní smlouvy.³²

Za těchto okolností se ale nezdá, že by aplikační přednost odpovědnost veřejné moci nutně vylučovala. Existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodního závazku totiž nemusí nutně splývat s otázkou platnosti či neplatnosti ustanovení vnitrostátního práva. Za situace, kdy jsou orgány veřejné moci vázány mezinárodními závazky ČR, jejichž dodržování rozšiřuje, jak jsme zmínili výše, koncept právního státu, pokud orgány veřejné moci mezinárodní závazky ČR – přinejmenším mezinárodní smlouvy podle čl. 10 Ústavy – v konkrétním případě nedodrží a nedají jim nejen v konkrétním případě přednost před vnitrostátním zákonem či podzákoným právním předpisem³³

²⁸ Srov. příkladmo MIKULE, V. In: V. Sládeček – V. Mikule – J. Syllová. *Ústava České republiky. Komentář*. dílo cit., s. 82–83; KLÍMA, K. (ved. aut. kol.). *Komentář k Ústavě a Listině*. dílo cit., s. 126, nebo MOLEK, P. In: L. Bahýlová et al. *Ústava ČR. Komentář*. dílo cit., s. 180–181.

²⁹ Důvodová zpráva k euronovele, cit. v pozn. pod čarou č. 15.

³⁰ Viz k tomu např. KUČEROVÁ, D. Aplikace mezinárodních úmluv podle čl. 10 Ústavy ČR. s. 5–6, článek dostupný na http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2011/files/prispevky/05%20Rodina/08%20DITA%20Kucerova.pdf.

³¹ KOCOUREK, T. *Vnitrostátní účinky mezinárodních smluv ve vnitrostátním právu. ČR a Francie*. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Brno, 2007, s. 95, dostupná na http://is.muni.cz/th/61242/pravf_m/; obdobně.

³² Zajímavé je, že v internacionalistické literatuře se takové přístupy shrnují někdy pod pojem „disapplication“ vnitrostátního práva, který je – nikoli nedůvodně – považován vlastně za projev restituce v situaci, kdy stát porušil svůj mezinárodní závazek (tím, že nevedl své právo do souladu s mezinárodním právem jako nadřazeným právním systémem) a vyloučení aplikace vnitrostátního práva je vlastně způsobem, jak toto porušení zhojit, viz k tomu NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford – New York, 2011, s. 197–204.

nebo – což bude v praxi častější – nevyloží vnitrostátní právo v souladu s mezinárodními závazky ČR nebo nepřiznají ustanovením mezinárodních závazků přímý účinek, půjde o jednání, které je v rozporu s právními povinnostmi, které na orgánech veřejné moci na základě norem českého ústavního pořádku spočívají, aniž by v tomto ohledu hrálo roli, zda bude zákon či podzákonný právní předpis pro rozpor s mezinárodní smlouvou zrušen, respektive shledán za neplatný.³⁴ I kdyby se tedy vycházelo z toho, že český ústavní pořádek dává mezinárodním závazkům, respektive mezinárodním smlouvám podle čl. 10 Ústavy pouze aplikační přednost, která vylučuje nahlížet na ně jako na formální pramen českého práva, neplyne z toho podle nás, že porušení těchto mezinárodních smluv nemůže za žádných okolností odpovědnost veřejné moci založit. Podstatnější tak bude, jak lze soudit, daleko spíše otázka, zda z mezinárodního závazku plyne právo nebo povinnost, které má vliv na právní postavení jednotlivce či nikoli.

V tomto ohledu může být mimochodem zajímavý i postoj, který zaujal Soudní dvůr EU, když byl konfrontován s otázkou, zda členský stát EU odpovídá za újmu vyplývající z porušení práva EU, jehož se dopustí vnitrostátní soudy poslední instance. Část členských států v tomto ohledu argumentovala, že možnost domáhat se náhrady újmy by v takovém případě zpochybňovala platnost rozhodnutí soudů poslední instance a princip *res iudicata*. To ale Soudní dvůr odmítl a výslovně konstatoval, že „řízení, jehož smyslem je dosáhnout odpovědnosti státu, nemá týž účel a nutně nezahrnuje tytéž strany jako řízení, v němž bylo vydáno rozhodnutí, jež nabylo povahy *res iudicata*. Žalobce v řízení o odpovědnost státu si v případě úspěchu zajistí výrok proti státu k náhradě vzniklé škody, nikoli ale nutně určení, jež by zpochybňovalo, že soudní rozhodnutí, jež způsobilo škodu, má povahu *res iudicata*.“³⁵ Jinak řečeno, Soudní dvůr EU dal ve velmi podobném kontextu na srozuměnou, že neplatnost a právo na náhradu škody nemusí být totéž.

Ještě zajímavěji však v tomto ohledu vyznívá srovnání s přístupy, které se volí ve státech, které vztah mezinárodního a vnitrostátního práva vymezují podobně jako ČR. Jejich příklad je zajímavý nejen s ohledem na debatu o tom, zda aplikační povaha přednosti mezinárodních závazků představuje zásadní překážku pro žaloby na náhradu škody, ale přirozeně s ohledem na debatu o povinnosti veřejné moci k náhradě škod způsobených porušením mezinárodních závazků vůbec.

3. KOMPARATIVNÍ ARGUMENT

Odkazujeme-li na příklad jiných států, situace, kdy porušení platných mezinárodních závazků státu zakládá odpovědnost orgánů veřejné moci na základě právního řádu takového státu, není ve skutečnosti tak neobvyklá, jak by se v českém kontextu mohlo zdát.³⁶

³³ Přičemž v tomto ohledu není relevantní, zda tak mohou učinit samy nebo pouze ÚS.

³⁴ V řadě případů ani žádný rozpor dán nebude, mezinárodní smlouva bude stanovovat práva a povinnosti ve vztazích, které nebudou vnitrostátním právem vůbec upraveny, nebo bude možné vnitrostátní právní předpis vyložit způsobem slučitelným s mezinárodní smlouvou.

³⁵ Soudní dvůr EU, C-224/01 G. Köbler v. Republik Österreich, 2003, bod 39.

³⁶ V obecné rovině k tomu, proč a jak vnitrostátní soudy přistupují k mezinárodnímu právu, viz nově např. CONANT, L. Whose Agents? The Interpretation of International Law in National Courts. In: J. L. Dunoff – M. A. Pollack (eds). *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*. New York, 2013, s. 394–420.

To jasně ukazuje srovnávací materiál, jaký v poslední době shromáždil mj. A. Nollkaemper³⁷ nebo D. Sloss³⁸, a to ze států řazených jak do monistické, tak dualistické říše. Soudy ve státech, které takovou odpovědnost uznávají, jsou při posuzování a zejména nápravě porušení mezinárodních závazků někdy dokonce ochotny jít nad rámec toho, co by bylo jinak nutné podle práva mezinárodní odpovědnosti.

Z hlediska diskuze o odpovědnosti za porušení mezinárodních závazků v českém právu lze však za signifikantní považovat zejména příklad Francie a Polska. To proto, že vztah mezinárodního a vnitrostátního práva je v právních systémech obou těchto států upraven způsobem, kterému se přístup českého práva v základních směrech podobá, a to přinejmenším, jde-li o místo a účinky mezinárodních smluv. Tato podobnost není nahodilá, neboť právní řády obou států sloužily českému ústavodárci jako vzor, když euronovelou redefinoval vztah českého a mezinárodního práva.³⁹

Za situace, kdy tedy místo mezinárodních závazků a zejména mezinárodních smluv ve vnitrostátním právu vymezují Francie i Polsko srovnatelně jako ČR, je dnes – na rozdíl od ČR – možné se v obou těchto státech domáhat náhrady újmy, která porušením alespoň některých mezinárodních závazků těchto států vznikne, a to na základě jejich vnitrostátního práva vztahujícího se k odpovědnosti veřejné moci.

3.1 Francie

Dovoláváme-li se relevance francouzského příkladu, připomeňme, že podobně jako dnes v českém ústavním pořádku se vymezení vztahu mezi vnitrostátním a mezinárodním právem ve Francii opírá o dva hlavní prvky. Prvním je ustanovení obsažené v alinea 14 preambule Ústavy IV. republiky z roku 1946 převzatého i do tzv. bloku ústavnosti V. republiky zřízené Ústavou z r. 1958.⁴⁰ Podle tohoto ustanovení „Francouzská republika, věrna svým tradicím, zachovává pravidla mezinárodního práva veřejného“. Na toto obecné ustanovení, s nímž se přinejmenším formulačně shoduje čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR, navazuje čl. 55 Ústavy z r. 1958, který coby *lex specialis* stanoví, že „řádě ratifikované nebo schválené smlouvy a dohody mají od okamžiku, kdy jsou vyhlášeny, vyšší právní sílu než zákony s tou výhradou, že dohoda či smlouva je uplatňována i další stranou“. S ohledem na čl. 55 Ústavy z r. 1958 tak předně platí, že součástí francouzského právního řádu jsou a přímé účinky v něm vyvolávají mezinárodní smlouvy, které toto speciální ustanovení pojmenovává. Totéž ustanovení současně těmto mezinárodním smlouvám výslovně přiznává přednost před běžnými zákony a, *a fortiori*, podzákonnými právními předpisy, jakož i veškerými individuálními právními akty. To francouzské orgány

³⁷ NOLLAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. dílo cit., s. 208–210.

³⁸ SLOSS, D. (ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A comparative study*. Cambridge, 2009, s. 61–119; viz ibid. zejména MURPHY, S. D. Does International Law Obligate States to Open Their National Courts to Persons for the Invocation of Treaty Norms That Protect or Benefit Persons? a jednotlivé národní zprávy.

³⁹ Poslanecká sněmovna, 3. volební období, sněmovní tisk č. 884, cit. v pozn. pod čarou č. 15; odvolává-li se český ústavodárci zejména na ústavodárci polského, nelze navíc přehlédnout, že polská konstrukce vztahu mezi mezinárodním a vnitrostátním právem byla ovlivněna právě francouzským vzorem.

⁴⁰ K pojmu viz např. FAVOREU, L. (ved. aut. kol.). *Droit constitutionnel*. 15. vydání, Paris, 2013, s. 121–128; v češtině např. BELLING, V. – MALÍŘ, J. – PÍTROVÁ, L. *Kontrola dělby pravomocí v EU se zřetelem ke kompetenčním excesům*. Praha, 2010, s. 47–48.

a zejména soudy opravňuje zejména k tomu, aby v případě rozporu vyloučily aplikaci vnitrostátního právního předpisu nebo případně zrušily individuální právní akt, pokud tyto odporují mezinárodní smlouvě. Nejnápadnější rozdíl proti dnešnímu českému řešení spočívá v tom, že aplikace mezinárodních smluv ve francouzském právním řádu je podmíněna dodržáním zásady reciprocit dalšími smluvními stranami.⁴¹ Jde-li o pravidla plynoucí z jiných pramenů, než jimiž jsou mezinárodní smlouvy, tedy zejména pravidla z mezinárodního obyčeje a obecných zásad mezinárodního práva, ta jsou za součást francouzského práva považována s ohledem na alinea 14 preambule Ústavy z roku 1946, až na výjimky s nimi ale není spojován přímý účinek a není jim také přiznávána přednost před vnitrostátními právními předpisy.⁴² Za této situace, aniž by se Francie v převažující míře přiklonila k monistickému řešení,⁴³ je mezinárodní právo nepřehlédnutelně vtaženo do vnitrostátního práva. Tato skutečnost se postupně projevila mj. tím, že veřejná moc začala odpovídat za škodu, kterou jednotlivci způsobí porušením platných mezinárodních závazků, a to přímo na základě francouzského práva.

Samotné odpovědnosti veřejné moci za škodu způsobenou porušením mezinárodních závazků ve francouzském právu ve skutečnosti vývojově předchází odpovědnost veřejné moci za škodu vyplývající z účasti Francie na mezinárodních smlouvách nebo jiných mezinárodních závazcích. To je sám o sobě ve srovnávacím světle dost výjimečný institut, který do francouzského práva ve druhé polovině 60. let uvedl přelomový rozsudek Státní rady, jejíž judikatura se – zcela v rozporu s tradiční představou o francouzském právu jako o vzorově legicentristickém právním systému – podstatnou měrou podílela na konstituování odpovědnosti veřejné moci ve francouzském právu.

Jde-li o odpovědnost za škodu způsobenou účastí na mezinárodních závazcích, ve francouzském právu vládla a dodne vládne představa, že právní akty orgánů veřejné moci, které souvisejí se vstupem Francie do mezinárodních závazků a s jejich existencí, mají výsostně politickou povahu, takže nemohou podléhat soudnímu přezkumu jako tzv. *actes de gouvernement*.⁴⁴ To brání nejen tomu, aby soudy takové akty rušily, ale také tomu, aby je kvalifikovaly jako akty stížené *faute*, tedy pochybením. Pochybení je přitom základní skutková podstata, která ve francouzském právu zakládá odpovědnost veřejné moci za způsobenou škodu (*responsabilité pour faute*). V roce 1966⁴⁵ však dala Státní rada na srozuměnou, že ačkoli vstup Francie do takového mezinárodního závazku, jakým je mezinárodní smlouva, nemůže založit odpovědnost veřejné moci v rámci odpovědnosti

⁴¹ FAVOREU, L. (ved. aut. kol.). *Droit constitutionnel*. dílo cit., s. 195–203 nebo DAILLIER, P. – FORTEAU, M. – QUOC DINH, N. – PELLET, A. *Droit international public*. 8. vydání, Paris, 2009, s. 311–319.

⁴² FAVOREU, L. (ved. aut. kol.). *Droit constitutionnel*. dílo cit., s. 193–194 nebo DAILLIER, P. – FORTEAU, M. – QUOC DINH, N. – PELLET, A. *Droit international public*. dílo cit., s. 376–379.

⁴³ PELLET, A. Vous avez dit 'monisme'? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française. In: D. Béchillon de (ed.). *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. Paris, 2006, s. 827–857.

⁴⁴ Podrobněji k *actes de gouvernement* viz např. BINCZAK, P. *Actes de gouvernement*. In: D. Béchillon de (ved. aut. kol.). *Répertoire Dalloz de contentieux administratif en ligne*. Paris, 2006, odst. 30–40; jde o koncept, který je srovnatelný s u nás známější americkou doctrine of political question, v jejímž rámci Nejvyšší soud USA odmítá provádět soudní přezkum vybraných politických aktů, k ní viz v češtině blíže zejména ONDŘEJEK, P. Omezování prosaditelnosti práv a role nejvyšších soudních instancí v kontinentálním typu právní kultury. In: P. Svoboda – P. Ondřejek – P. Šustek a kol. *Filozofické a právně teoretické aspekty lidských práv*. Praha, 2013, s. 93–104.

⁴⁵ Státní rada, Ass., 30. březen 1966, Compagnie générale d'énergie radio-électrique, č. 50515.

za pochybení, může být veřejná moc přesto povinna k náhradě škody, která z uzavření mezinárodní smlouvy vzniká, a to z titulu odpovědnosti bez pochybení (*responsabilité sans faute*).⁴⁶ Odpovědnost bez pochybení je druhou, vývojově mladší skutkovou podstatou, za níž veřejná moc ve Francii odpovídá za škodu. I ona se konstituovala v judikatuře Státní rady a na jejím základě začala od třicátých let 20. století veřejná moc odpovídat zejména za škodu způsobenou při výkonu zákonodárné moci, pokud v důsledku výkonu této moci byla vybraná skupina subjektů práva nepřiměřeně zatížena oproti ostatním a došlo k narušení rovnosti při ukládání veřejných břemen (*rupture de l'égalité devant les charges publiques*).⁴⁷ Rozsudkem z roku 1966 byla působnost odpovědnosti bez pochybení nově vztažena i na škodu vyplývající z aktů souvisejících s účastí Francie na mezinárodních závazcích za předpokladu, že vznik této odpovědnosti mezinárodní závazek sám nebo zákon, jimž se ve Francii ratifikuje, výslovně nevyloučil, a dále, že v přímé příčinné souvislosti s takovými akty vznikne určitému jednotlivci nebo skupině jednotlivců škoda, která je abnormální, tedy taková, jež je svou povahou zvláště závažná a jde nad rámec obvyklých veřejných břemen, a současně škoda, která je zvláštní, tedy taková, jež vzniká jen určitému jednotlivci nebo skupině jednotlivců.⁴⁸

Od druhé poloviny 60. let tak francouzské právo umožňuje, aby odpovědnost veřejné moci založily akty francouzské veřejné moci, které směřují ke vzniku, změně nebo zániku mezinárodních závazků, působí-li škodu, byť požadavek existence abnormální a zvláštní škody je reálně splnitelný jen výjimečně. Za více než půlstoletí, po které tato odpovědnost ve francouzském právu existuje, tak uspěly jen pouhé dvě žaloby podané na tomto základě.⁴⁹ To vede některé autory k tomu, že tuto odpovědnost nepovažují za víc než „hezkou intelektuální konstrukci“,⁵⁰ což ale na přístupu francouzských soudů nic nemění.⁵¹ Na druhé straně v posledních letech francouzské soudy byly ochotny připustit, že veřejná moc by mohla z titulu odpovědnosti bez pochybení odpovídat nejen za škodu vyplývající z existence mezinárodních závazků smluvní povahy, ale rovněž za škodu způsobenou dodržováním pravidel plynoucích z mezinárodního obyčeje.⁵²

Na genezi odpovědnosti veřejné moci za škodu plynoucí z účasti na mezinárodních závazcích ale v posledních dvou desetiletích navázal vývoj, který vede k uznání odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků Francie v pravém slova smyslu. A právě to je pro českou debatu bezprostředně významné.

Základy odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků položily rozsudky Státní rady z kraje 90. let. Tyto rozsudky se sice striktně vzato týkaly odpovědnosti

⁴⁶ Což ale podle Státní rady nevylučuje, že náprava škody může být realizována restitucí a teprve tehdy, není-li tato možná, v penězích.

⁴⁷ Srov. k ní např. HENNETTE-VAUCHEZ, S. *Responsabilité sans faute*. In: D. Béchillon de (ved. aut. kol.). *Repertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique en ligne*. Paris, 2010, odst. 53 a násl.

⁴⁸ *Ibid.*, odst. 41–45.

⁴⁹ Státní rada, 29. říjen 1976, Ministerstvo zahraničních věcí v. Consorts Burgat a Státní rada, č. 94218, a Státní rada, 29. prosinec 2004, Almayrac, č. 262190.

⁵⁰ SEILLER, B. *Droit administratif, L'action administrative*. 3. vydání, Paris, 2010, s. 300.

⁵¹ Státní rada, 11. únor 2011, Mlle Susilawati, č. 325253; k tomu viz např. MAZIAU, N. – CAZALA, J. – MARIE, A. – TRIGEAUD, L. *Jurisprudence française relative au droit international (année 2011)*. *Annuaire française de droit international*. ročník LVIII, Paris, 2012, s. 837–838.

⁵² Státní rada, 14. říjen 2011, Om Hashem Saleh a další, č. 329788; k tomu viz např. *Jurisprudence française relative au droit international (année 2011)*, dílo cit., s. 842–843.

francouzského státu za porušení závazků plynoucích z práva ES jako zvláštní formy mezinárodních závazků. Přesto se z nich dalo dovozovat přinejmenším to, že dojde-li k porušení mezinárodního závazku při výkonu veřejné správy, založí toto porušení pochybení a toto pochybení bude mít za následek povinnost veřejné moci k náhradě škody, kterou budou správní soudy ochotny konstatovat. V roce 1992 se tak Státní rada na tomto základě vyhnula tomu, aby se musela vyjádřit k tomu, zda odpovědnost veřejné moci může založit vnitrostátní zákon odporující právu ES. Za příčinu vzniku škody v konkrétním případě „zástupně“ označila raději prováděcí právní akty přijaté exekutivou a dala na srozuměnou, že odporují-li takové akty komunitárním závazkům, zakládá jejich přijetí pochybení, a tedy i odpovědnost veřejné moci.⁵³ O čtyři roky později pak Státní rada judikovala, že pochybení znamená i vydání individuálních aktů včetně soudních rozhodnutí, jež odporují komunitárním závazkům Francie, jakož i opomenutí k těmto závazkům přihlížet.⁵⁴

Na tyto základy pak spektakulárně navázal rozsudek ve věci Gardedieu z roku 2007.⁵⁵ Jeho přínos je dvojitý. Zaprvé, Státní rada v něm potvrdila, že odpovědnost veřejné moci skutečně zakládá nejen porušení komunitárních respektive unijněprávních závazků, nýbrž porušení mezinárodních závazků obecně. Zadruhé, odpovědnost veřejné moci byla tímto rozsudkem vztažena i na případy, kdy k porušení mezinárodních závazků dojde při výkonu zákonodárné moci, neboli kdy porušení vyplýne z jednání nebo opomenutí parlamentu.

Podstatou věci Gardedieu byl spor o náhradu škody, jež měla vyplývat ze zvýšení odvodů na důchodové pojištění pro stomatology, zavedeného na základě dekretu z poloviny 80. let. Dekret sice Státní rada počátkem 90. let shledala za neplatný, zákon přijatý v roce 1994 však zvýšení odvodů retroaktivně potvrdil. Tímto zákonem tak došlo podle jednoho ze stomatologů, A. Gardedieu, k nepřijatelnému zásahu do probíhajících soudních řízení vedených v souvislosti s nelegálním zvýšením odvodů a stomatolog proto proti státu uplatnil nárok na náhradu škody, který nakonec dospěl před Státní radou. Odpovědnosti veřejné moci se stomatolog původně dovolával z titulu tradičního konceptu porušení rovnosti při ukládání veřejných břemen v rámci odpovědnosti bez pochybení, v průběhu řízení však za druhý titul, o který se povinnost státu k náhradě škody měla v jeho případě opírat, označil i porušení mezinárodních závazků Francie, konkrétně porušení práva na spravedlivý proces garantovaného čl. 6 odst. 1 EÚLP. Tuto tezi Státní rada také aprobovala, když s odkazem na judikaturu ESLP konstatovala, že zásah do probíhajících soudních řízení, byť provedený zákonem, odporuje čl. 6 odst. 1 EÚLP, přičemž neshledala, že by v konkrétním případě byl existoval naléhavý důvod související s ochranou veřejného zájmu, který by takové porušení mohl ospravedlnit. Z hlediska vlastní odpovědnosti veřejné moci bylo klíčové to, že Státní rada výslovně konstatovala, že odpovědnost veřejné moci v případě výkonu zákonodárné moci „může vznikat na prvním místě na základě rovnosti občanů při ukládání veřejných břemen ... na místě druhém z důvodu závazků, které má (veřejná moc – *doplnil JM*) s ohledem na zajištění dodržování mezinárodních smluv orgány veřejné moci za účelem náhrady veškerých škod, které

⁵³ Státní rada, Ass., 28. únor 1992, Société Arizona Tobacco Products, č. 87753.

⁵⁴ Státní rada, Ass., 30. říjen 1996, Société Jacques Dangeville, č. 141043.

⁵⁵ Státní rada, Ass., 8. únor 2007, Gardedieu, č. 279522.

vyplývají z účinků zákona přijatého v rozporu s mezinárodními závazky Francie“. To také v témže rozsudku Státní rada prokázala v praxi, když stomatologovi náhradu škody skutečně přiznala. Rozsudek Gardedieu tak spustil novou fázi ve vývoji odpovědnosti veřejné moci ve francouzském právu.

Až dosud se ve Francii vede žhavá debata o tom, do jaké kategorie odpovědnosti veřejné moci v Gardedieu stanovená odpovědnost za škodu způsobenou porušením mezinárodních závazků při výkonu zákonodárné moci vlastně náleží. Podle některých názorů jde o zvláštní formu odpovědnosti bez pochybení navazující na odpovědnost za porušení rovnosti při ukládání veřejných břemen,⁵⁶ podle jiných je naopak rozsudkem Gardedieu porušení mezinárodních závazků při výkonu zákonodárné činnosti postaveno na roveň pochybení a jde tedy o formu odpovědnosti za pochybení.⁵⁷ Nezanedbatelná část názorů se však kloní také k názoru, že rozsudek Gardedieu zavedl skutkovou podstatu odpovědnosti veřejné moci *sui generis*, která existuje vedle odpovědnosti veřejné moci za pochybení a její odpovědnosti bez pochybení.⁵⁸ Tento názor, který předznamenalo stanovisko vládního komisaře ve věci Gardedieu, má podle nás své odůvodnění už proto, že, jak se zdá, nejpřesněji koresponduje s dikcí rozsudku Státní rady. Ať je tomu ale v teoretické rovině jakkoli, jisté je, že rozsudek Gardedieu otevřel cestu k žalobám o náhradu škody, která vyplývá z toho, že orgány veřejné moci ve Francii poruší platné mezinárodní závazky, ať jde o mezinárodní právo nebo systémy, které s ním mají filiaci, jako je právo EU. To jasně potvrzuje další judikatura Státní rady⁵⁹ i judikatura nižších francouzských správních soudů, ve které se se skutkovou podstatou podle rozsudku Gardedieu nyní už běžně pracuje,⁶⁰ ačkoli nelze přehlédnout, že její uplatňování si vyžádá další zpřesnění. Potenciální význam rozsudku Gardedieu – a spolu s tím i představu, že jde o odpovědnost *sui generis* – navíc zvyšuje fakt, že vznik odpovědnosti není, na rozdíl od odpovědnosti za pochybení, podmíněn existencí abnormální a zvláštní škody.⁶¹

Existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků se tak v posledních dvou desetiletích stala ve Francii realitou, a to na prvním místě jde-li o porušení mezinárodních smluv, byť extenze této odpovědnosti i na porušení dalších pravidel mezinárodního práva bude věcí dalšího vývoje.

3.2 Polsko

Jde-li o polskou situaci, úprava vztahu mezi mezinárodním a vnitrostátním právem vychází primárně z ustanovení zánovní polské Ústavy z roku 1997. I tato Ústava předně ve svém čl. 9, který je součástí základních ustanovení o Polské republice, obecně stanoví, že „Polská republika dodržuje mezinárodní právo, které ji zavazuje“. Ustanovení čl. 9

⁵⁶ BROUELLE, C. *La semaine juridique A*. 2007, poznámka č. 2083.

⁵⁷ Viz např. MELLERAY, F. Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? In: R. Hostiou – P. Cassia (eds). *Terres du droit: Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*. Paris, 2009, s. 489 a násl.

⁵⁸ Viz např. LEMAIRE, F. La responsabilité de l'état en cas de violation de la convention européenne des droits de l'homme par une loi: quel fondement. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. 2007, Vol. 71, s. 909–924 nebo SIRINELLI, J. Responsabilité pour faute du fait des lois ? *Revue générale du droit on line*. 2008, č. 1926.

⁵⁹ Státní rada, 17. prosinec 2008, Société La Clinique des Charmilles, č. 307469.

⁶⁰ HENNETTE-VAUCHEZ, S. *Responsabilité sans faute*. dílo cit., odst. 78–80.

⁶¹ Tribunal d'Appel de Saint-Denis de la Réunion, 18. říjen 2010, č. 901373, SCM Gervais Scemama.

Ústavy z roku 1997 je tak obdobou alinea 14 preambule francouzské Ústavy z roku 1946 a čl. 1 odst. 2 Ústavy ČR. Shodně s francouzskou situací a na rozdíl od toho, co převažuje přinejmenším doktrinárně v ČR, je však toto ustanovení dost zřetelně vykládáno nejen jako deklaratorní poselství adresované navenek mezinárodnímu společenství, nýbrž jako konstitutivní v tom, že zavazuje orgány polské veřejné moci k dodržování pravidel mezinárodního práva i ve vnitrostátní rovině.⁶² To platí bez ohledu na to, z jakého pramene tato pravidla vyplývají, tedy včetně obecného mezinárodního práva, které je na základě tohoto ustanovení implicitně vtaženo do polského právního řádu,⁶³ ač nelze přehlédnout, že na rozdíl od francouzské situace není v Polsku dosud jasno v tom, v jakém rozsahu mohou a mají orgány veřejné moci pravidla obecného mezinárodního práva přímo aplikovat.⁶⁴ Opět shodně jako v případě Ústavy V. republiky a Ústavy ČR pak polská Ústava z roku 1997 obsahuje zvláštní ustanovení vymezující místo a účinky mezinárodních smluv jako privilegovaného nástroje mezinárodních vztahů v polském právním řádu. Jde v první řadě o čl. 87 odst. 1 Ústavy, který ratifikované mezinárodní smlouvy výslovně označuje za součást pramenů práva platných v Polsku. V návaznosti na to čl. 91 Ústavy ve svém odst. 1 stanoví, že ratifikovaná mezinárodní smlouva,⁶⁵ která byla řádně vyhlášena, „tvorí součást právního pořádku země a je přímo použitelná, ledaže její použitelnost závisí na vydání zákona“, a ve svém odst. 2 dále upřesňuje, že „mezinárodní smlouva, která byla ratifikována s předchozím souhlasem vyjádřeným zákonem, má přednost před zákonem, jestliže takový zákon nelze uvést do souladu se smlouvou“. Mezinárodní právo je tak součástí polského práva, v případě ratifikovaných mezinárodních smluv⁶⁶ pak polská Ústava výslovně předpokládá, že tyto smlouvy jsou přímým pramenem polského práva a že připouští-li to jejich povaha, mohou zakládat práva a povinnosti jednotlivcům. Jde-li o smlouvy ratifikované se souhlasem Parlamentu, těm je navíc garantována přednost před běžnými zákony a podzákonnými právními předpisy. Předmětem polemik – našinci ne nepovědomých – dosud v Polsku zůstává otázka, zda v případě rozporu se zákonem jsou obecné soudy omezeny na iniciování řízení o zrušení neslučitelného zákona před Ústavním tribunálem, nebo zda mohou samy vyloučit aplikaci rozporného zákona v konkrétním případě.⁶⁷

S tím, že pravidla mezinárodního práva jsou součástí polského práva – jde-li o řádně vyhlášené mezinárodní smlouvy ratifikované se souhlasem Parlamentu dokonce s přesně vymezeným místem v hierarchii pramenů polského práva – koresponduje, že v případě, kdy se veřejná moc v Polsku dopustí porušení pravidel mezinárodního práva, může veřej-

⁶² Ústavní tribunál, 27. dubna 2005, P 1/05.

⁶³ MASTERNAK-KUBIAK, M. *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*. Wrocław, 2013, s. 55 a dále s. 73–78.

⁶⁴ MASTERNAK-KUBIAK, M. *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*. dílo cit., s. 86–88.

⁶⁵ Zdůraznit je třeba, že toto ustanovení dopadá na všechny mezinárodní smlouvy ratifikované Polskem, a tedy nejen na mezinárodní smlouvy ratifikované se souhlasem Parlamentu, ale i na mezinárodní smlouvy ratifikované jinými způsoby, viz k tomu MASTERNAK-KUBIAK, M. *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*. dílo cit., s. 57 a násl.

⁶⁶ A podle čl. 241 Ústavy z roku 1997 též některých mezinárodních smluv, které vstoupily v platnost předtím, než Ústava z roku 1997 nabyla účinnosti.

⁶⁷ GARLICKI, L. – MASTERNAK-KUBIAK, M. – WOJTOWICZ, K. Poland. In: D. Sloss (ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*. dílo cit., s. 380; srov. též KRZYŻANOWSKA-MIERZEWSKA, M. *The Reception Process in Poland and Slovakia*. In: H. Keller – A. Stone Sweet (eds). *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford – New York, 2008, s. 545–546.

ná moc odpovídat za škodu, kterou tím způsobí jednotlivcům v jurisdikci polského státu, a to v souladu s pravidly o odpovědnosti veřejné moci podle polského práva. Základem pro tuto odpovědnost je zejména rozhodovací činnost Ústavního tribunálu, která ale přinejmenším zčásti reflektuje stav psaného práva, na prvním místě Ústavy z roku 1997.

Na rozdíl od Francie má odpovědnost veřejné moci v Polsku základ přímo v ústavním textu, když Ústava z roku 1997 v rámci ustanovení o prostředcích ochrany svobody a základních práv ve svém čl. 77 odst. 1 stanoví, že „každý má právo na náhradu škody, která mu byla způsobena jednáním orgánu veřejné moci, které odporuje právu“. Na tento ústavní základ bezprostředně navazují ustanovení čl. 417–421 polského Občanského zákoníku, významně novelizována v roce 2004, která podmínky vzniku odpovědnosti veřejné moci konkretizují. Odpovědnost veřejné moci tato ustanovení přitom spojují jak s aktivním jednáním orgánu veřejné moci, které je v rozporu s právem, tak s pasivním jednáním, respektive opomenutím orgánů veřejné moci, které je v rozporu s právem.

Z hlediska odpovědnosti za škodu způsobenou porušením mezinárodních závazků bylo zásadní, že již před novelizací Občanského zákoníku z roku 2004 se Ústavní tribunál jednoznačně přiklonil k právnímu názoru, že pojem rozporu s právem, od kterého článek 77 odst. 1 Ústavy odvozuje vznik povinnosti veřejné moci k náhradě škody, je třeba vykládat v souladu s ústavním pojetím pramenů práva, jak jsou zakotveny v čl. 87–94 Ústavy z roku 1997.⁶⁸ V tom rozsahu, ve kterém článek 87 odst. 1 Ústavy za součást pramenů práva v Polsku výslovně označuje ratifikované mezinárodní smlouvy, bylo tedy už brzy po nabytí účinnosti Ústavy z roku 1997 zřejmé, že odpovědnost veřejné moci v Polsku podle vnitrostátního práva odpovědnosti veřejné moci založí nesporně i takové jednání nebo opomenutí orgánu veřejné moci, které bude odporovat závazkům, které Polsku plynou přinejmenším z ratifikovaných mezinárodních smluv.

Tento právní názor potvrdil i další vývoj psaného práva. Na základě novely z roku 2004⁶⁹ reagující jak na nutnost zohlednit novou koncepci odpovědnosti veřejné moci zavedenou Ústavou z roku 1997, tak na imperativy spojené s přistoupením Polska do EU,⁷⁰ byla do Občanského zákoníku vložena mj. ustanovení o odpovědnosti veřejné moci za škodu způsobenou výkonem zákonodárné moci. Tu tedy dnes Polsko zná shodně jako Francie a a rozdíl od nejednoznačné situace, která panuje v ČR, a to ať už je škoda důsledkem přijetí normativního právního aktu nebo naopak normativní nečinnosti. V souvislosti s definováním podmínek vzniku této odpovědnosti však především čl. 417¹ odst. 1 polského Občanského zákoníku výslovně upřesnil, že odpovědnost veřejné moci v takovém případě založí nejen výkon normativní činnosti nebo normativní nečinnost, pokud odporují normám polského ústavního práva, nýbrž také normativní činnost nebo normativní nečinnost, jsou-li v rozporu s ratifikovanými mezinárodními smlouvami, které Polsko zavazují.

Z těchto okolností se tak celkově podává, že „lze-li prokázat, že veřejná moc jednala v rozporu s ustanoveními mezinárodního či supranacionálního práva, může se tím

⁶⁸ Ústavní tribunál, 4. prosinec 2011, SK 18/00; Ústavní tribunál, 23. září 2003, K 20/02.

⁶⁹ Zákon ze dne 17. června 2004 o změně zákona – Občanského zákoníku a některých dalších zákonů, Dz. U. 2004 č. 162 poz. 1692.

⁷⁰ Návrh zákona a důvodovou zprávu k němu viz na [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/%28\\$vAllByUnid%29/50FE398C4F4090C5C1256DA600492360/\\$file/2007.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/%28$vAllByUnid%29/50FE398C4F4090C5C1256DA600492360/$file/2007.pdf).

dotčená osoba domáhat náhrady škody“.⁷¹ Lze-li toto hodnocení považovat za možná až příliš plošně v tom rozsahu, ve kterém pravidla plynoucí z jiných pramenů mezinárodního práva, než jimiž jsou ratifikované mezinárodní smlouvy, jsou do polského práva vtažena implicitně na základě čl. 9 Ústavy a čl. 87 odst. 1 je mezi prameny polského práva nezahrnuje explicitně, není sporu, že přinejmenším v případě porušení závazků plynoucích z ratifikovaných mezinárodních smluv, odpovědnost veřejné moci v Polsku nastupuje. Význam existence této formy odpovědnosti veřejné moci zvyšuje navíc to, že Ústavní tribunál pojímá veřejnou moc extenzivně v tom smyslu, že její součástí jsou nejen orgány státu a samospráv, nýbrž veškeré entity, které jsou pověřeny výkonem veřejné moci nebo na které je výkon veřejné moci přenesen.⁷² Ústavní tribunál navíc zdůrazňuje, že odpovědnost veřejné moci je nutným důsledkem principu právního státu.⁷³

Odpovědnost veřejné moci za porušení mezinárodních závazků, respektive mezinárodních smluv přitom nezůstává v polském právu teoretickou možností. Patrně nejznámějším případem, ve kterém polská veřejná moc čelila žalobám o náhradu škody vyplývajícím z porušení mezinárodních smluv, byly spory o náhradu za majetek zanechaný na územích za řekou Bug, která byla na konci druhé světové války tzv. republikánskými dohodami postoupena SSSR. Podle těchto dohod mělo náhradu za zanechaný majetek jednotlivcům poskytnout Polsko, která tak ale neučinilo důsledně. Náhrada škody však byla nakonec přiznávána na jiném právním základě, než je porušení ratifikovaných mezinárodních smluv, protože Ústavní tribunál odmítl, že by se tyto republikánské dohody staly součástí polského práva,⁷⁴ jelikož nebyly nikdy řádně ratifikovány a vyhlášeny, a zpochybnil současně i to, že byly platně uzavřeny.⁷⁵ Tím ale nebylo v žádném ohledu zpochybněno, že kdyby základem povinností polské veřejné moci byly platné, ratifikované a řádně vyhlášené mezinárodní smlouvy, odpovědnost veřejné moci by byla nastupovala. Zdrojem početných sporů se v polském případě stalo také porušení mezinárodních smluv o lidských právech garantujících právo na spravedlivý proces, a to zejména článku 6 EÚLP. Množství těchto sporů vedlo už na úrovni roku 2004 k přijetí zvláštního zákona,⁷⁶ který jednotlivcům umožňuje, aby se v případě zjištění nepřiměřené délky řízení domáhali finanční náhrady podle kritérií stanovených tímto zákonem.⁷⁷ Takto legislativně vytvořený právní titul je sice považován za titul *sui generis*, přesto má s porušením kvalifikované kategorie mezinárodních závazků Polska přímou vazbu.

Je tedy zřejmé, že jak tvůrci psaného polského práva, tak polský ústavní soudce považovali, jde-li o odpovědnost veřejné moci, za nezbytné reflektovat proměnu, ke které došlo ve vymezení vztahu polského a mezinárodního práva na základě Ústavy z roku

⁷¹ GARLICKI, L. – MASTERNAK-KUBIAK, M. – WOJTOWICZ, K. Poland. In: D. Sloss (ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*. dílo cit., s. 409.

⁷² Ústavní tribunál, 20. ledna 2004, SK 26/03.

⁷³ Ústavní tribunál, 1. dubna 2008, SK 77/06.

⁷⁴ Ústavní tribunál, 19. prosince 2002, K 33/02; doktrinálně k němu MASTERNAK-KUBIAK, M. *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, dílo cit., s. 71–72.

⁷⁵ Srov. k tomu zejména ESLP, Broniowski v. Polsko, 22. červen 2004, body 98–102.

⁷⁶ Zákon ze dne 17. června 2004 o stížnosti na porušení práva strany na přezkum věci v soudním řízení bez nepřiměřené délky, Dz. U., č. 179, poz. 1843.

⁷⁷ Viz k němu též Ústavní tribunál, 1. dubna 2008, SK 77/06 a ESLP, Krasuski v. Polsko, 14. červen 2005; doktrinálně pak KRZYŻANOWSKA-MIERZEWSKA, M. *The Reception Process in Poland and Slovakia*. In: H. Keller – A. Stone Sweet (eds). *A Europe of Rights: the Impact of the ECHR on National Legal Systems*. dílo cit., s. 556–558.

1997. Polské právo tak dnes garantuje jednotlivci právo na náhradu škody přinejmenším tehdy, kdy veřejná moc tuto škodu způsobí tím, že poruší závazky, které Polsku plynou z vyhlášené a ratifikované mezinárodní smlouvy. Možnost extenze této odpovědnosti na porušení pravidel plynoucích z dalších pramenů mezinárodního práva pak zůstává výzvou pro další rozhodovací činnost Ústavního tribunálu i obecných polských soudů.

4. VÝCHODISKA PRO PŘÍPADNOU ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ MEZINÁRODNÍCH ZÁVAZKŮ V ČESKÉM PRÁVU

S ohledem na vše, co bylo výše řečeno, je, jak se zdá, na místě skutečně uvažovat, o jaký právní základ by se žaloby o náhradu škody způsobené porušením mezinárodních závazků mohly opírat v ČR, a to přinejmenším mezinárodních smluv ve smyslu čl. 10 Ústavy.⁷⁸

Jde-li o východiska pro veškeré úvahy o odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků v ČR, je třeba předeslat, že psané české právo – stejně jako v případě odpovědnosti za škodu způsobenou porušením práva EU nebo v případě odpovědnosti za škodu způsobenou protiústavním výkonem zákonodárné činnosti v ryze vnitrostátní rovině – poskytuje ve své platné podobě pro tuto odpovědnost chatrné základy. Je pravda, že ČR náleží mezi ty státy, které právu na náhradu škody způsobené výkonem veřejné moci dávají ústavní rozměr, když je toto právo na základě čl. 36 odst. 3 Listiny základních práv a svobod (LZPS) zahrnuto do okruhu základních práv a svobod.⁷⁹ Toto ustanovení, které zůstává shodné od okamžiku, kdy LZPS nabyla účinnosti, je však formulováno restriktivně,⁸⁰ dost pravděpodobně proto, že bylo ve skutečnosti koncipováno pod vlivem „jednoduchého práva“, a to obecného zákona o odpovědnosti státu z konce 60. let, který v době přípravy LZPS platil.⁸¹ S ohledem na takto pojatý ústavní základ předpokládá zákon č. 82/1998 Sb.,⁸² který čl. 36 odst. 3 LZPS nyní naplňuje, že odpovědnost veřejné moci zakládají v zásadě pouze dvě skutečnosti, a to buď nezákonné rozhodnutí, nebo nesprávný úřední postup.

Už dost inkoustu tak bylo v první řadě vypsáno na téma toho, že zákon č. 82/1998 Sb. v duchu tradic práva platného v českých zemích, avšak v evropském kontextu stále anachroničtější⁸³ vůbec nepočítá s odpovědností veřejné moci za škodu způsobenou vadným

⁷⁸ V tom rozsahu, ve kterém není dosud jasná shoda na tom, zda a v jakém rozsahu jsou součástí vnitrostátního práva i pravidla plynoucí z jiných pramenů mezinárodního práva zavazujícího ČR.

⁷⁹ Srov. např. MALÍŘ, J. *Odpovědnost členských států za škodu v právu Evropské unie. Studie ze soudcovské tvorby práva*. Praha, 2008, s. 174–175.

⁸⁰ Viz k němu obecně např. KLÍMA, K. et al. *Komentář k Ústavě a Listině*, dílo cit., s. 1328–1332 nebo POSPÍŠIL, I. *Komentář k čl. 36 LZPS*. In: E. Wagnerová a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha, 2012, s. 746–755.

⁸¹ MALÍŘ, J. *Odpovědnost členských států za škodu v právu Evropské unie. Studie ze soudcovské tvorby práva*. dílo cit., s. 175.

⁸² Zákon č. 82/1998 Sb., odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem; k němu viz zejména VOJTEK, P. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci*. Komentář. 3. vydání, Praha 2012; k jeho soudnímu výkladu již stárnoucí ONDRUŠ, R. *Přehled judikatury. Odpovědnost státu za nesprávný výkon veřejné moci*. Praha 2004.

⁸³ V češtině k tomu srov. z poslední doby např. TICHÝ, L. – HRÁDEK, J. (eds). *Odpovědnost státu za legislativní újmu*. Praha, 2012.

výkonem zákonodárné moci, ať už aktivním nebo pasivním (opomenutí zákonodárce), přičemž občasně úvahy o možnosti překonat tuto mezeru odkazem na nesprávný úřední postup se nejeví příliš přesvědčivě.⁸⁴ Za těchto okolností tedy psané české právo evidentně nepředpokládá, že kdyby došlo k porušení platných mezinárodních závazků ČR při výkonu zákonodárné moci ze strany orgánů ČR, založilo by to odpovědnost veřejné moci.

Ponecháme-li stranou situaci porušení mezinárodních závazků při výkonu zákonodárné moci a omezíme-li se na druhém místě „pouze“ na případnou odpovědnost veřejné moci za porušení mezinárodních závazků, k němuž by došlo při výkonu správních nebo soudních pravomocí, popř. při výkonu samosprávy v ČR, zásadní otázkou z hlediska psaného českého práva je, zda by takové porušení mezinárodního závazku mohlo být zahrnuto do konceptu nezákonnosti nebo do konceptu nesprávného úředního postupu ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb. Sám zákon č. 82/1998 Sb. – což je jen symptomatické – však v tomto ohledu jakákoli výslovnější vodítka nedává a za použití ustálených výkladových metod se tak lze přít o to, zda a v jakém rozsahu porušení mezinárodních závazků – a to přinejmenším těch, na které dopadá čl. 10 Ústavy ČR – může spadnout pod pojem nezákonnost,⁸⁵ popřípadě, pod pojem nesprávný úřední postup.⁸⁶

Restriktivnost koncepce odpovědnosti veřejné moci „vrozená“ psanému českému právu však nemusí nutně znamenat, že žaloby na náhradu škody způsobené porušením mezinárodních závazků ze strany orgánů veřejné moci nemohou mít v ČR – do doby, než zasáhne zákonodárce a nejspíše též ústavodárce⁸⁷ – absolutně žádné vyhlídky na úspěch. Nelze totiž přehlédnout, že česká koncepce odpovědnosti veřejné moci v posledních deseti letech opakovaně generuje spory před Ústavním soudem. Přinejmenším některé závěry ÚS týkající se odpovědnosti veřejné moci přitom mohou podle názoru autora této stati svědčit ve prospěch existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků.

Už v roce 2004 tak třetí senát ÚS výslovně konstatoval, že jelikož v důsledku nečinnosti obecného soudu v trestní věci bylo porušeno právo občana na přiměřenou délku řízení plynoucí nejen z LZPS, ale také z EÚLP, zakládá nečinnost soudu jako orgánu veřejné moci způsobilý právní titul, který se může „projevit v právní sféře stěžovatele v souvislosti s uplatněním nároku ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb. ... dojde-li ke splnění (prokázání) ostatních tímto zákonem předpokládaných podmínek nutných ke vzniku nároku na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem“.⁸⁸ Třetí senát

⁸⁴ Jednak s ohledem na historické aspekty (protože taková odpovědnost se u nás historicky neuznávala a ústavodárce ani zákonodárce ji evidentně neměli na mysli), jednak s ohledem na věcné aspekty (kvalifikovat parlament coby sbor přímo volených zástupců politického národa, jejichž posláním je formulovat obecnou vůli, jako úřad a jeho zákonodárnou činnost jako úřední postup, se nejeví jako případné); takový pohled zaujímá i ÚS, viz Pl. ÚS-st. 27/09 ze dne 28. 4. 2009, bod 13.

⁸⁵ Což je málo pravděpodobné i s ohledem na to, že převážná část české doktríny s ohledem na aplikační povahu přednosti mezinárodních smluv nedovozuje neplatnost běžných zákonů a podzákoných právních předpisů, byť je otázka, zda by tomu nemohlo být jinak přinejmenším u mezinárodních smluv o lidských právech, jež jsou dle ÚS součástí ústavního pořádku.

⁸⁶ Srov. ÚS, IV. ÚS 1521/10 ze dne 9. 2. 2011; doktrinálně nově např. FRUMAROVÁ, K. Náhrada škody a nemajetkové újmy způsobené nezákonnou nečinností veřejné správy. *Správní právo*. 2012, č. 4, s. 193–220.

⁸⁷ V tom rozsahu, ve kterém se základní rysy české koncepce odpovědnosti veřejné moci odvíjejí od čl. 36 odst. 2 LZPS.

⁸⁸ *Ibidem*.

ÚS zdůraznil, že když do výroku nálezu zařazuje autoritativní konstatování o průtazích v řízení, děje se tak „jednak proto, že ... výlučným posláním (ÚS – *doplnil JM*) je adekvátním způsobem vyjadřovat porušení ústavnosti ... jakož i z důvodů, podávajících se z důsledků plynoucích z judikatury Evropského soudu pro lidská práva ... máje na zřeteli i mezinárodněprávní odpovědnost České republiky (čl. 1 odst. 2 Ústavy)“.⁸⁹ Třetím senátem formulovaný výrok totiž „umožňuje předcházet realizaci této ochrany (základních práv a svobod – *doplnil JM*) na mezinárodní úrovni“.⁹⁰ V podobném duchu vyzněl také náleží dalšího senátu ÚS z téhož roku, v němž se konstatovalo, že právo na náhradu škody podle českého práva by jednotlivci mohlo vznikat i v případě, kdy by se orgány ČR dopustily porušení čl. 5 EÚLP garantujícího osobní svobodu.⁹¹ Už výroky senátů ÚS z roku 2004 se tak zdají naznačovat, že ústavní soudce odpovědnost veřejné moci za porušení mezinárodních závazků kategoricky nevylučuje. Lze jistě namítnout, že EÚLP není mezinárodní smlouva jako každá jiná zejména v tom, že výslovně předpokládá povinnost k nápravě újmy, která bude způsobena porušením práv a svobod, jež jsou v ní garantovány, a současně vyžaduje, aby smluvní státy do svých právních řádů zavedly účinné prostředky ochrany těchto práv a svobod,⁹² a že vykládat judikaturu z roku 2004 lze tedy jako specifický základ pro odpovědnost za porušení EÚLP. Odkaz na čl. 1 odst. 2 Ústavy by však umožňoval extenzivnější náhled.

Svůj význam mohou mít dále nálezy ÚS, které dávají na srozuměnou, že právo na náhradu škody způsobené výkonem veřejné moci nemusí plynout jen z čl. 36 odst. 3 LZPS, ale subsidiárně též z ustanovení o jednotlivých ústavním pořádkem garantovaných právech a svobodách. V tomto ohledu je nutné zmínit především náleží pléna ÚS z roku 2009. V něm ÚS v souvislosti se sporem o náhradu škody způsobené nečinností zákonodárce v prvním plánu odmítl, že by čl. 36 odst. 3 LZPS bylo možné interpretovat tak, že by toto ustanovení zakládalo odpovědnost veřejné moci za škodu způsobenou protiústavním výkonem zákonodárné moci, ať už by šlo o zákonodárnou činnost nebo nečinnost.⁹³ ÚS se tak zřetelně přiklonil k restriktivnímu výkladu tohoto ustanovení. S vědomím mezery, která by s ohledem na restriktivní výklad čl. 36 odst. 3 LZPS v právní ochraně jednotlivců vznikala, však ÚS ve druhém plánu tento restriktivní výklad čl. 36 odst. 2 LZPS vyvážil tím, že dal na srozuměnou, že žaloby o náhradu škod způsobených protiústavní nečinností zákonodárce by mohly být v daném případě subsidiárně opírány o čl. 11 odst. 4 LZPS a že náhrada škody by tak na veřejné moci mohla být vymáhána z titulu protiústavního zásahu do vlastnického práva jednotlivce.⁹⁴ Byť se uvedený náleží odpovědnosti za porušení mezinárodních závazků netýkal, skutečnost, že ÚS projevil ochotu překonat restriktivnost koncepce odpovědnosti veřejné moci v psaném českém právu tím, že povinnost veřejné moci k náhradě škody dovodil subsidiárně z jiných ustanovení ústavního pořádku,⁹⁵ se zdá být logickým základem pro tvrzení, že takový subsidiární

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ ÚS, II. ÚS 75/04 ze dne 23. 9. 2004.

⁹² Srov. zejména čl. 13, čl. 41 a čl. 46 EÚLP.

⁹³ ÚS, Pl. ÚS-st. 27/09 ze dne 28. 4. 2009, bod 13.

⁹⁴ *Ibidem*, bod 14.

⁹⁵ Je otázka, zda by ÚS byl ochoten svou argumentaci přenést i na situaci škody způsobené porušením jiných základních práv a svobod, třeba osobní svobody.

právní základ by mohl hrát i ve prospěch uznání povinnosti veřejné moci nahradit škodu, která by vznikla v důsledku porušení platného mezinárodního závazku ČR. Kromě toho připouští-li se na základě tohoto nálezu odpovědnost veřejné moci za výkon zákonodárné moci, umožňoval by takový náleží i závěr, že veřejná moc by odpovídala nejen za porušení mezinárodních závazků způsobené výkonem správních a soudních pravomocí, ale také přijetím právních předpisů odporujících mezinárodním závazkům anebo opomenutím přijmout právní předpisy nutné k provedení mezinárodních závazků.

Silně ve prospěch existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků vyznívá rovněž náleží čtvrtého senátu ÚS z roku 2011. Ten je zajímavý i proto, že byl vydán ve věci, jejíž okolnosti se situaci porušení mezinárodních závazků podstatně blíží, totiž ve věci týkající se odpovědnosti veřejné moci v ČR za porušení závazků plynoucích z práva EU.⁹⁶ V rámci úvah o této odpovědnosti totiž čtvrtý senát ÚS výslovně konstatoval, že ačkoli psané české právo s odpovědností veřejné moci za porušení unijního práva dost výslovně nepočítá, za „situace, kdy je Česká republika demokratickým právním státem, dodržujícím závazky, které pro něj vyplývají z mezinárodního práva (srov. čl. 1 odst. 2 Ústavy České republiky), nemůže na plnění závazků plynoucích z mezinárodního (tzn. I evropského) práva rezignovat jen proto, že na národní úrovni výslovná právní úprava umožňující dovolávat se vůči České republice povinnosti za škodu způsobenou porušením závazků, k nimž se sama a otevřeně hlásí, neexistuje“.⁹⁷ Z toho čtvrtý senát ÚS následně dovodil, že obecné soudy musejí české právo odpovědnosti veřejné moci vykládat a aplikovat s přihlédnutím k závazkům plynoucím z práva EU.⁹⁸ Taková argumentace je ale podle názoru autora tohoto článku použitelná i ve vztahu k ryze mezinárodním závazkům ČR, o nichž čtvrtý senát v náleží vlastně obecně hovořil. Neméně významné je, že v témže náleží ÚS navíc potvrdil, že s režimem odpovědnosti veřejné moci stanoveným zákonem č. 82/1998 Sb. navazujícím na čl. 36 odst. 3 LZPS mohou v ČR koexistovat relativně autonomní režimy odpovědnosti veřejné moci. Za takový autonomní režim přitom čtvrtý senát označil jednak odpovědnost za nucené omezení vlastnického práva plynoucí z výše uvedeného plenárního náleží z roku 2009, jednak výslovně odpovědnost za škodu způsobenou porušením práva EU. Představa o autonomních režimech odpovědnosti veřejné moci, ne nepodobná náhledu francouzské Státní rady ve výše popsaném rozsudku *Gardedieu*, by umožňovala závěr, že takovým autonomním režimem odpovědnosti veřejné moci by mohla být i odpovědnost za porušení mezinárodních závazků, a to přinejmenším mezinárodních smluv podle čl. 10 Ústavy ČR.

Jde-li o to, z jakého subsidiárního ústavního základu by taková odpovědnost mohla plynout, necháme-li stranou možnost dovolávat se čl. 1 odst. 2 Ústavy a v případě vyhlášených mezinárodních smluv ratifikovaných se souhlasem Parlamentu čl. 10 Ústavy, je ale skutečně podstatný především jeden z náleží prvního senátu ÚS z roku 2012.⁹⁹ Ani okolnosti tohoto náleží se sice odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárod-

⁹⁶ ÚS, IV. ÚS 1521/10 ze dne 9. února 2011.

⁹⁷ ÚS, IV. ÚS 1521/10, část V.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ ÚS, I. ÚS 529/09 ze dne 13. března 2012.

ních závazků bezprostředně netýkají, nad odpovědností veřejné moci se však tento náleží zamýšlí ve velmi obecném kontextu.

Uvedený náleží především klade důraz na to, že v oblasti odpovědnosti veřejné moci je třeba hledat mnohem větší sepjetí s ústavním právem než v jakékoli jiné oblasti, a to s ohledem na vrchnostenské postavení veřejné moci.¹⁰⁰ Podstatné je přitom to, že na odpovědnost veřejné moci nahlíží tento náleží otevřeně jako na nutný důsledek zásady důvěry občanů v právo a instituce státu, respektive orgány veřejné moci, což náleží považuje za stěžejní zásadu plynoucí ze samotného principu právního státu, jak je zakotven v čl. 1 odst. 1 Ústavy.¹⁰¹ ÚS přitom akcentuje, že tato důvěra nemůže být dána „tam, kde nezákonnost či nesprávnost aktů veřejné moci není sankcionována v podobě odpovědnosti za škodu“.¹⁰²

Výrazem zásady důvěry občanů v právo je podle prvního senátu ÚS zákon č. 82/1998 Sb., který „vedle odpovědnosti za škodu způsobenou nezákonným rozhodnutím (specifickou součástí je odpovědnost za škodu způsobenou nezákonným rozhodnutím o vazbě nebo trestu) zavádí i druhý důvod objektivní odpovědnosti státu, která je spojena s nesprávným úředním postupem“.¹⁰³ Nesprávný úřední postup v návaznosti na starší rozhodnutí vymezuje senát ÚS tak, že „podle konkrétních okolností může jít o jakoukoliv jinou než rozhodovací činnost spojenou s výkonem pravomocí státního orgánu, dojde-li při ní nebo v jejím důsledku k porušení pravidel předepsaných právními normami pro počínání státního orgánu nebo k porušení pořádku určeného povahou a funkcí postupu“.¹⁰⁴

Vnímáme-li ale odpovědnost veřejné moci zejména jako nutný odraz obecného principu právního státu zakotveného čl. 1 odst. 1 Ústavy, jak to činí popsáný náleží čtvrtého senátu ÚS, pak je jednoznačně na místě ptát se, zda – necháme-li stranou čl. 1 odst. 1 a čl. 10 Ústavy – právě tento princip nezavazuje veřejnou moc v ČR k tomu, aby odškodňovala i porušení pravidel mezinárodního práva zavazujících ČR, a to přinejmenším porušení pravidel plynoucích z mezinárodních smluv ratifikovaných se souhlasem Parlamentu. Ty čl. 10 Ústavy výslovně inkorporoval do vnitrostátního práva a podle vůle ústavodárce vyjádřené v důvodové zprávě k euronovele tím zavázal orgány veřejné moci k jejich dodržování, takže lze dost těžko zpochybňovat, že nejde o „pravidla předepsaná právními normami pro počínání“ orgánu veřejné moci v ČR. Tvrzení, že za těchto okolností – nadto s vědomím takto úzké existenciální vazby mezi principem právního státu a odpovědností veřejné moci – by porušení mezinárodních závazků nemělo vliv na důvěru občanů v právo v právním státu a nemohlo tedy nikdy založit odpovědnost veřejné moci za škodu způsobenou jejich porušením, by se jevílo jako přinejmenším málo soudržné.

Přes existenci těchto výroků lze narazit na postoje, které stávající judikaturu ÚS chápu jinak. Na okraj analýzy náleží ÚS o protiústavnosti veřejné služby konstatovala nedávno jedna autorka, že „za nesprávný úřední postup nelze považovat ani to, že správní orgán ... neaplikoval přednostně mezinárodní smlouvu ...“, a to proto, že „i po euro-

¹⁰⁰ *Ibidem*, bod 18.

¹⁰¹ *Ibidem*, bod 22.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*, bod 24.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

novele ... Ústavy totiž ÚS i přes nesouhlas některých soudců Nejvyššího správního soudu trvá na tom, aby se soudy v případě, že shledají rozpor zákona s mezinárodním lidsko-právním závazkem, obracely podle čl. 95 odst. 2 Ústavy na ÚS, a nikoliv samy přednostně aplikovaly mezinárodní závazek¹⁰⁵. Na podporu tohoto závěru se autorka dovolává zejména senátního nálezu I. ÚS 2881/09,¹⁰⁶ v němž ÚS „dovodil povinnost obecného soudu předložit věc, v níž shledal rozpor vnitrostátní právní úpravy s Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod, Ústavnímu soudu“¹⁰⁷. Takový postoj ÚS podle autorky totiž neumožňuje obecnému soudu, a tím méně správnímu orgánu vyloučit z vlastního podnětu aplikaci vnitrostátního práva, pokud odporuje mezinárodním závazkům, a odpovědnost těchto orgánů tedy podle ní nemůže vznikat.

Odhlédneme-li od toho, že lze polemizovat, zda je skutečně nepřijatelné, aby obecné soudy samy vyloučily aplikaci českého zákona, odporuje-li mezinárodní smlouvě, a musely se v takových případech soustavně obracet na ÚS,¹⁰⁸ a pomineme-li, že orgány veřejné moci jsou, jak bylo zmíněno výše v této stati, mezinárodní závazky ČR povinny respektovat namnoze v situacích bez existence jakéhokoli konfliktu s vnitrostátním právem tím, že vykládají vnitrostátní právo v souladu s mezinárodními závazky nebo že mezinárodním závazkům dávají přímý účinek, přehlíží popsaný postoj to, že odpovědnost veřejné moci za porušení mezinárodních závazků ČR by nemusela nutně spadat do režimu odpovědnosti za nesprávný úřední postup *stricto sensu*, ale mohla by aspirovat na další „relativně autonomní“ režim odpovědnosti veřejné moci toho typu, o jakých judikoval čtvrtý senát ÚS v roce 2011.

Ve světle popsané judikatury ÚS se proto zdá celkově odůvodněný závěr, že stávající nálezy ÚS umožňují přinejmenším implicitně určitou existenci odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků v českém právu opatrně postulovat. Plošné odmítání této odpovědnosti by bylo každopádně jen málo soudržné s tím, jaké funkce odpovědnost veřejné moci v demokratickém právním státu podle ÚS plní. V tomto ohledu je významné to, že za právní základ této odpovědnosti lze přitom považovat zdaleka nejen ústavní ustanovení zavazující k dodržování mezinárodních závazků, tedy čl. 1 odst. 2 ve spojení s čl. 10 Ústavy, ale zejména princip právního státu zakotvený v čl. 1 odst. 1 Ústavy. Lze se současně domnívat, že odpovědnost veřejné moci za porušení mezinárodních závazků by měla konstituovat autonomní režim odpovědnosti veřejné moci. Zda tomu ale tak skutečně je a jaké přesné kontury taková odpovědnost má mít, to však přese všechno vyžaduje jednoznačné upřesnění ze strany ÚS a také spolupráci ze strany soudů obecných.

¹⁰⁵ HILŠEROVÁ, E. Důsledky zrušení povinné veřejné služby ÚS. *Bulletin advokacie*. 24. červen 2013, dostupné na <http://www.bulletin-advokacie.cz/dusledky-zruseni-povinne-verejne-sluzby-ustavnim-soudem>.

¹⁰⁶ I. ÚS 2881/09 ze dne 29. listopadu 2010.

¹⁰⁷ HILŠEROVÁ, E. *Důsledky zrušení povinné veřejné služby ÚS*. dílo cit.

¹⁰⁸ Stranou necháváme to, že při tomto pojetí hrozí evidentně přetížení ÚS, který by mohl být snadno zavalen podněty pro rozpor zákona s mezinárodními smlouvami, což je okolnost, které chtěl ústavodárce výslovně zabránit, jak plyne z důvodové zprávy euronovely, podle které: „Důsledkem přednosti mezinárodních smluv jsoucích součástí právního řádu před zákonem bude i vázanost soudce těmito mezinárodními smlouvami. Nejeví se jako praktické z hlediska budoucích závazků České republiky plynoucích z členství v Evropské unii a ani jako právně možné, aby v případě nesouladu zákona s mezinárodní smlouvou jsoucí součástí právního řádu, rozhodoval ÚS. V opačném případě by hrozilo jednak zdržení mnoha soudních sporů, jednak neúměrné přetížení ÚS.“ Viz sněmovní tisk č. 884, cit v pozn. pod čarou č. 15.

ZÁVĚR

Jestliže si podtitul této stati vypůjčuje z díla velkého českého znalce baroka, Zdeňka Kalisty,¹⁰⁹ neděje se tak nahodile. Debata o vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva často působí jako vpravdě barokní a jen nesnadno uchopitelná. Přes tento barokní rozměr se autoru této stati zdá, že absolutně odmítat existenci odpovědnosti veřejné moci za škodu způsobenou porušením mezinárodních závazků za situace, kdy tak činí ti, od nichž jsme naši dnešní konstrukci vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva do značné míry převzali, a kdy jsme současně součástí vnitrostátního práva učinili přinejmenším mezinárodní smlouvy ratifikované se souhlasem Parlamentu podle čl. 10 Ústavy, není ani příliš soudržné ani příliš udržitelné. Bez této odpovědnosti není totiž možné považovat právní ochranu subjektů práva před veřejnou mocí za ucelenou v tom rozsahu, ve kterém se shodujeme na tom, že přinejmenším mezinárodní smlouvy podle čl. 10 Ústavy jsou součástí českého právního řádu a vyvolávají v něm právní účinky, a to zejména tehdy, pokud se více či méně přímo dotýkají právního postavení jednotlivců.

Na druhé straně nelze skrývat, že jednoznačné uznání takové odpovědnosti je bez nejmenších pochyb zásadním právněpolitickým krokem, který s sebou nese rizika, na něž by bylo třeba reagovat.

Začneme-li riziky, to nejpodstatnější by plynulo zajisté ze skutečnosti, že existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků podstatně zesiluje tlak na to, aby se orgány veřejné moci ve státě mezinárodními závazky důsledně řídily. V politické rovině lze namítat, že by se tím ČR stala pro jiné státy příliš čitelnou, v právní rovině pak to, že mezinárodní závazky jsou právem, které přese vše přichází z vnějšku a vliv ČR na jeho podobu může kolísat. Necháme-li stranou politické argumenty proti existenci odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků, jež budou vlastní zejména skalním realistům a proti nimž lze naopak postavit argument o vlivu dodržování mezinárodních závazků na budování prestiže a kredibility státu, o němž hovoří konstruktivisté,¹¹⁰ a omezíme-li se jen na právní rovinu, existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků by ve skutečnosti mohla mít za následek, že mnohem důsledněji než dosud bude ČR zvažovat, zda se bude podílet na vzniku určitého mezinárodního závazku či nikoli, tedy bude zvažovat, zda a za jakých okolností se skutečně stane stranou určité mezinárodní smlouvy, zda v mezinárodní organizaci podpoří přijetí určitého právního aktu, ale také, zda bude uplatňovat soustavnou námitku respektive protest (*persistent objector*) proti faktickému vzorci chování, který aspiruje na to stát se obecným mezinárodním obyčejem. Oproti praxi, kdy se ČR v rétorické rovině ochotně hlásí k dodržování mezinárodního práva a stále novým závazkům, avšak jejich reálné budoucí důsledky nebere nutně v úvahu, by vědomí rizika odpovědnosti mohlo mít pozitivní vliv na českou mezinárodní praxi a její střízlivost.

Jde-li o rizika v poněkud techničtější rovině, v případě jasného uznání odpovědnosti veřejné moci za škodu způsobenou porušením mezinárodních závazků by bylo třeba

¹⁰⁹ KALISTA, Z. *Cesta po českých hradech a zámcích aneb mezi tím, co je, a tím, co není*. 2. vydání, Praha, 2003.

¹¹⁰ BREWSTER, R. Reputation in International Relations and International Law Theory. In: J. L. Dunoff – M. A. Pollack (eds). *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, dílo cit., s. 524–543.

reagovat na situaci, kdy by se této odpovědnosti v ČR dovolával státní příslušník státu, který ale českým státním příslušníkům ve svém právu dosáhnout náhrady škody za stejných podmínek neumožňuje. Tento problém by podle všeho bylo možné překlenout uplatňováním principu reciprocit na způsob, jak ho zná, jak bylo uvedeno výše, Francie. Odpovědnost veřejné moci by navíc měla nastupovat především v případech, že účelem mezinárodního závazku skutečně je založit práva jednotlivcům nebo přinejmenším chránit jejich legitimní zájmy. Prostřednictvím pravidel o způsobech nápravy lze současně zabránit tomu, aby forma kompenzace nebyla nepřiměřená.

Na druhé straně existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků by měla i své přínosy. Odhlédne-li od posílení ochrany práv subjektů v jurisdikci ČR a od zvýšení obezřetnosti v mezinárodní praxi ČR, ke kterým by existence odpovědnosti veřejné moci za porušení mezinárodních závazků vedla a které byly naznačeny výše, existence takové odpovědnosti by znamenala také to, že jednotlivec má možnost domoci se v ČR nápravy porušení mezinárodních závazků. To by s ohledem na požadavek vyčerpání účinných vnitrostátních prostředků ochrany práv respektive místního pořádku práva (*exhaustion of domestic remedies, épuisement des voies de recours internes*), který je obecnou podmínkou pro přístup jednotlivce před mezinárodní soudy, rozhodčí panely a orgány dohlížejících na dodržování vybraných mezinárodních závazků, ale také předpokladem k výkonu diplomatické ochrany ze strany jiných států,¹¹¹ podstatně snižovalo počet a vyhlídky žalob a stížností, které jednotlivci proti ČR na mezinárodní úrovni uplatňují. V případě určitých mezinárodních smluv, z nichž plyne povinnost zavést účinné prostředky ochrany práv ve vnitrostátním právu, se dokonce zdá, že zakotvení takové odpovědnosti by s těmito smlouvami přímo konvenovalo, typicky v případě odpovědnosti za porušení EÚLP.¹¹² Je sice pravda, jak říká klasik, vše není vhodné pro všechny stejně, v případě odpovědnosti za porušení mezinárodních závazků se ale zdá, že taková odpovědnost by nemusela být pro ČR apriorně nevhodná.

Vznik této stati byl podpořen grantem GAČR č. P408/12/2564. Za velmi cenné komentáře a podněty k prvotní verzi této stati autor děkuje Jiřímu Malenovskému, soudci Soudního dvora EU a profesoru Právnické fakulty Masarykovy univerzity, a Pavlu Ondřejkovi, odbornému asistentu na Právnické fakultě UK. Platí však, že všechny ve stati vyslovené názory padají výlučně na autorovu hlavu.

JUDr. Jan Malíř, Ph.D.

Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.

¹¹¹ K ní viz v historické perspektivě v češtině KUČERA, B. *Základní problémy mezinárodního soudního procesu*. 2. vydání, Praha, 1938, s. 127–130 a 232–233; k dnešnímu pojetí viz např. OKOWA, P. Admissibility and the Law on International Responsibility. In: M. D. Evans (ed.). *International Law*. 3. vydání, Oxford – New York, 2010, s. 494–500, ve vazbě na diplomatickou ochranu, nebo SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 11. vydání, Paris, 2012, s. 790–800, ve vazbě na stížnosti pro porušení lidských práv.

¹¹² Obecněji viz doporučení R (2004) 6 Výboru ministrů Rady Evropy členským státům ohledně zlepšení vnitrostátních prostředků ochrany práv ze dne 12. května 2004.

DISKUSE

Karel Svoboda

PROCESNÍ PŘIPOMÍNKY K NOVÉMU REŽIMU OSVOJENÍ NEZLETILÉHO

Abstrakt: Osvojení nezletilého patří mezi právní instituty, jejichž podstata byla v souvislosti s přijetím nového občanského zákoníku pozměněna zásadním způsobem. Proto autor článku přistoupil k bližší analýze tohoto institutu a pokusil se předpovědět, zda a do jaké míry půjde o pozitivní změny. Článek pojmenoval problematické body nové úpravy osvojení. Zdůraznil zejména, že nová úprava může vést k rozmělnění řízení o osvojení na jednotlivá dílčí řízení (§ 427 ZŘS), což povede k prodloužení procesu osvojení. Autor článku je přesvědčen, že nově koncipovaná povinnost soudu ustanovit osvojenci i několik opatrovníků zároveň, nezabezpečí zájmy osvojence lépe než dosavadní úprava. Kriticky se staví i k řízení o dohledu nad úspěšností osvojení (840 NObčZ) v podobě, v níž byl do nového práva zanesen. Také časově neomezenou možnost osvojence a osvojitele podat návrh na zrušení nezrušitelného osvojení „pro rozpor se zákonem“ autor nepokládá za vykročení správným směrem.

Klíčová slova: osvojení, opatrovník, zákonný zástupce, osvojitel, osvojenec, nezletilý

ÚVODEM

Již na první pohled je nová právní úprava osvojení komplikovaná a přináší řadu změn. V tomto článku upozorním na ustanovení, která pokládám za nejasná, a pokusím se nalézt jejich výklad, který nepovede k většímu znepráhlednění řízení o osvojení, než z nových norem nepochybně vyplývá, a zároveň bude respektovat základní princip řízení o osvojení, jímž je rozhodnutí v zájmu osvojence (§ 795 NObčZ). V rámci článku se zabývám výhradně osvojením nezletilého.

1. PŘÍLIŠ MNOHO DÍLČÍCH ŘÍZENÍ

Ustanovení § 427 ZŘS obsahuje výčet jednotlivých řízení o osvojení. Za řízení „ve věcech osvojení“ pokládá zejména prohlášení o udělení souhlasu rodiče k osvojení, předání dítěte do péče před osvojením, určení, zda je třeba souhlasu rodičů k osvojení, o návrhu rodičů na vydání dítěte, řízení o vlastním osvojení, řízení o utajení osvojení a o nařízení dohledu nad úspěšností osvojení.

Tento výslovný a navíc pouze demonstrativní seznam řízení navozuje dojem, že proces osvojení se od 1. 1. 2014 rozkládá do řady na sobě formálně nezávislých řízení. Pokud by tomu tak bylo, museli bychom trvat na tom, že každé jednotlivé řízení související s osvojením musí být zahájeno na návrh (§ 429 odst. 1 ZŘS), nestanoví-li zákon výjimečně jinak (např. § 823 odst. 1 NObčZ, podle něhož k umístění osvojence do předběžné péče osvojitele může dojít i bez návrhu, postačí souhlas osvojitele). Tento fakt by sám o sobě nebyl významným problémem, pokud by zároveň neustavil i otázku, do jaké míry je třeba provádět v každém dílčím řízení souvisejícím s osvojením separátní dokazování,

aniž by soud mohl čerpat z důkazních prostředků, které již provedl dříve, avšak při jiném dílčím řízení týkajícím se osvojení. Pokud bychom dílčí řízení vyjmenovaná v § 427 ZŘS pokládali za navzájem nezávislá a nepropojená řízení, museli bychom také uzavřít, že jejich výsledkem je, formálně vzato, rozhodnutí ve věci samé. Ust. § 19 ZŘS přitom sděluje, že k projednání věci samé soud musí nařídit jednání. To znamená, že např. rozhodnutí o předání osvojence do péče budoucího osvojitele (§ 823, § 826 NOBČZ) by nemohlo být uskutečněno „od stolu“ a na základě obsahu spisu, ale až po rokování, kde by byly provedeny veškeré důkazní prostředky, včetně obligatorního výsledku rodičů osvojence a manžela osvojitele (§ 19 ZŘS). Tyto výsledky by musely být prováděny opakovaně, v rámci každého z řízení vyjmenovaných v § 427 ZŘS. Např. jednání o předání dítěte do předběžné péče osvojitele by muselo proběhnout i tehdy, když s předáním dítěte všichni účastníci a opatrovníci souhlasí a když je ze spisu nepochybné, že předání osvojence do péče je zcela v souladu s jeho zájmy. Rozklad procesu osvojení do dílčích řízení by znamenal i to, že pro projednání každého z nich by mohl být místně příslušný jiný soud, a to vždy podle aktuálního bydliště osvojence k okamžiku zahájení každého jednotlivého separátního řízení (§ 428 odst. 1 ZŘS).¹

S ohledem na výše uvedené zásadní komplikace, které by znamenal separátní přístup k řízením o osvojení vyjmenovaným v § 427 ZŘS uzavírám, že fakt, že konkrétní řízení konané v rámci procesu osvojení je výslovně uvedeno ve výčtu řízení dle § 427 ZŘS, sám o sobě neznamená, že tato řízení se konají mimo rámec vlastního řízení o osvojení. Tak je tomu jen tehdy, když to stanoví výslovně zákon (rozhoduje-li soud o tom, zda k osvojení je či není třeba souhlasu rodičů, viz § 821 odst. 1 NOBČZ), nebo je-li řízení o osvojení pravomocně skončeno, a proto již není možné konat dílčí řízení v rámci vlastního řízení o osvojení (tak je tomu např. v případech, že soud rozhoduje o nařízení dohledu nad úspěšností osvojení nebo o odtajnění okolností osvojení po právní moci rozsudku o osvojení). Již jsem zmínil, že uceleného a ze své podstaty nedílného procesu osvojení je na základě ust. § 821 odst. 1 NOBČZ vyděleno jen řízení o tom, zda je či není třeba souhlasu rodičů s osvojením. To však neplatí pro následné rozhodování o ustanovení opatrovníka, který je oprávněn dát souhlas s osvojením za rodiče. Tento verdikt již činí z moci úřední soud, který vede vlastní řízení o osvojení (viz § 821 odst. 2 NOBČZ).

Může se rovněž stát, že návrh na zahájení řízení o svěřeni dítěte do péče budoucího osvojitele (§ 823, § 826 NOBČZ) je podán ještě před podáním návrhu na osvojení. To však

¹ Důvodová zpráva k zákonu o zvláštních řízeních soudních k problematice rozkladu procesu osvojení do řady dílčích řízení sděluje, že „řízení ve věcech osvojení je novým souhrnným řízením, ve kterém budou probíhat samostatná řízení dílčí, zejména pak řízení o určení, zda je třeba souhlasu rodičů k osvojení a řízení o osvojení“. Taková formulace však není přehledná a jednoznačná. Na jedné straně totiž zmiňuje, že osvojení je třeba pokládat za vnitřně nedílný celek, na druhé straně z ní vzápětí plyne, že dílčím řízením je i samotné řízení o osvojení, a staví je na roveň řízení o určení, zda je třeba souhlasu rodičů k osvojení. Důvodová zpráva dále podotýká, že „řízení ve věcech osvojení bude obdobou řízení ve věcech péče soudu o nezletilé a povede se o něm jeden spis, jenž bude obsahovat dílčí spisy pro jednotlivá řízení“. Skutečnost, že veškerá řízení o osvojení konkrétního dítěte budou obsahem jediného spisu, ještě neznamená, že se z procesního hlediska nejedná o samostatná řízení. Řízení ve věcech péče o nezletilé jsou rovněž součástí jediného spisu, ale každé z nich je ve své podstatě samostatným řízením. Např. prvotní řízení vedlo k rozhodnutí o svěřeni dítěte do výchovy matky a otcí bylo stanoveno výživné. Vzápětí otec požádal o úpravu svého styku s dítětem (nebo o snížení výživného). Toto nové řízení, i když je vkládáno do původního spisu, je z procesního hlediska nezávislé na původním řízení, což se projeví např. ve skutečnosti, že se koná nové ústní jednání, účastníci jsou opětovně vyslechnuti, soud vydává nové meritorní rozhodnutí atd. Důvodová zpráva tedy není jasným výkladovým vodítkem, na jehož základě by bylo možné pochopit význam § 423 ZŘS.

neznamená, že by toto dílčí (předběžné řízení, lépe řečeno rozhodnutí) bylo vyděleno z procesu osvojení jako takového a že by na ně mělo být nahlíženo jako na rozhodnutí ve věci samé, které je třeba uskutečnit výhradně po předchozím jednání (§ 19 ZŘS). Tato rozhodnutí jsou prozatímní povahy, jsou do jisté míry obdobou předběžného opatření. Proto o nich soud, který je věcně a místně příslušný k vlastnímu řízení o osvojení může rozhodnout tzv. „od stolu“.

Také jiná „řízení“ (lépe řečeno rozhodnutí), která sice nejsou vyjmenována v ust. § 427 ZŘS, avšak jsou nezbytná pro završení procesu osvojení, podle mého názoru vede nebo je činí soud, který rozhoduje o vlastním osvojení. Tak je tomu např. v řízení o ustanovení opatrovníků, kteří jsou oprávněni k vyslovení postoje k osvojení za dítě, za manžela osvojitele i rozhodnutí o ustanovení opatrovníka oprávněného udělit souhlas s osvojením za rodiče. Opačný postoj, podle něhož jsou tito opatrovníci ustanovováni ve zvláštním opatrovnickém řízení podle § 44 a násl. ZŘS, by vedl k nepřipustnému prodlužování procesu osvojení a zároveň by nerespektoval, že osvojení je uceleným a nedílným procesem, který má proběhnout v jediném řízení, které není rozmělněno. I když je opatrovník, který má právo za konkrétní osobu vyjádřit souhlas s osvojením, ustanoven v rámci vlastního řízení o osvojení, které je výhradně návrhové (§ 429 odst. 1 ZŘS), ustanoví jej soud z úřední povinnosti, jakmile jsou pro toto rozhodnutí splněny zákonné podmínky. Ustanovení opatrovníka a zjištění jeho postoje k osvojení je totiž předpokladem pro další procesní postup a v konečném následku i pro rozhodnutí ve věci samé.

Jestliže vlastní řízení o osvojení je pravomocně skončeno, aniž by došlo k pozitivnímu rozhodnutí o osvojení dítěte (např. návrh na osvojení je zamítnut nebo řízení o osvojení je zastaveno pro zpětvzetí), není důvod pokračovat v dílčích řízeních, která se konají v rámci primárního řízení o osvojení (např. soud již nerozhoduje o tom, zda k osvojení není třeba souhlasu rodiče nebo o předání dítěte do péče před osvojením). Tato řízení není třeba zvlášť zastavovat podle § 104 odst. 1 OSŘ, k jejich ukončení dochází již rozhodnutím, kterým se primární řízení o osvojení končí. Je tomu tak opět proto, že jsou nedílnou součástí řízení o osvojení.

Výjimku tvoří řízení o ustanovení opatrovníka, jenž může dát souhlas s osvojením za rodiče osvojence, které z mého pohledu zbytečně probíhá formálně nezávisle na řízení o osvojení (§ 821 odst. 1 NObčZ). Pokud je návrh na osvojení zamítnut, soud toto řízení zastaví (nikoliv zamítne návrh na jeho ustanovení), neboť není splněn základní předpoklad pro jeho další trvání (§ 104 odst. 1 OSŘ). Nelze si představit, že soud ustanoví opatrovníka, který za rodiče může projevit souhlas s osvojením, pokud byl vlastní návrh na osvojení pravomocně zamítnut. O zastavení řízení o ustanovení opatrovníka, který je oprávněn dát souhlas s osvojením za rodiče, soud rozhoduje usnesením (§ 25 odst. 1 ZŘS), proti němuž je odvolání přípustné (§ 202 odst. 1 OSŘ).

2. PŘÍLIŠ MNOHO OPATROVNÍKŮ

Tvůrci nového civilního kodexu při normování procesu osvojení postupovali tak, že při pochybnostech o tom, zda by soud v průběhu řízení sám od sebe poskytl dostatečnou ochranu zájmům osvojence nebo jeho rodičů, případně i manžela osvojitele, vložili do zákona ustanovení, podle něhož je třeba osvojenci nebo jeho rodiči ustanovit zvláštního (evidentně hmotněprávního) opatrovníka, který jejich zájmy bude obhajovat (§ 807 odst. 1,

§ 811 odst. 2, § 818 odst. 2, § 821 odst. 2 NObčZ). Takový přístup povede ke zmnožení počtu opatrovníků, kteří jsou během procesu osvojení ustanoveni. S ohledem na možnou kolizi jejich zájmů a jejich odlišnou roli v procesu osvojení často nebude možné, aby funkci opatrovníků převzala jedna a tatáž osoba. Navíc si tvůrci kodexu neuvědomili, že opatrovník, který je ustanoven k obhajobě konkrétního subjektivního (hmotného) práva zastoupeného, se automaticky nestává i procesním opatrovníkem zastoupeného osvojence nebo jeho rodiče. Procesního opatrovníka je totiž třeba ustanovit zvlášť, podle předpisů procesního práva (§ 434 ZŘS).

Takže bude běžné, že během osvojení bude např. osvojenci ustanoven procesní opatrovník podle § 434 ZŘS a i specifický hmotněprávní opatrovník, který je oprávněn jeho jménem udělit souhlas s osvojením (§ 807 odst. 1 NObčZ). I když v některých případech bude možné, aby hmotněprávní i procesní opatrovnictví vykonávala tatáž osoba (orgán sociálně právní ochrany dětí), bude potřeba hned dvou usnesení, vůči nimž je odvolání přípustné, což samo o sobě prodlouží proces osvojení. Také není vyloučeno, že se soudní praxe přikloní k závěru, že k ustanovení opatrovníka, který je oprávněn za dítě mladší dvanácti let poskytnout souhlas s osvojením (§ 807 odst. 1 NObčZ), má dojít ve zvláštním opatrovnickém řízení konaném odděleně od řízení o osvojení (§ 44 a násl. ZŘS). Takový přístup by znamenal další prodloužení procesu osvojení. Procesní předpisy účinné do 31. 12. 2013 byly k ustanovování dalších a dalších opatrovníků střídmejší (srov. s § 68b ZoR, který předpokládal, že pokud bude rozhodnuto o tom, že souhlasu rodičů s osvojením není třeba, může souhlas namísto nich udělit opatrovník, který byl osvojenci ustanoven pro řízení o osvojení).

3. K DOHLEDU NAD ÚSPĚŠNOSTÍ OSVOJENÍ

Hmotněprávní základ dohledu nad úspěšností osvojení je ustaven v § 839 odst. 2 NObčZ, podle něhož odůvodňují-li to okolnosti případu, nařídí soud i bez návrhu nad osvojitelem a osvojencem dohled na dobu nezbytně nutnou, jejíž délku zároveň určí; dohled vykonává zpravidla prostřednictvím orgánu sociálně právní ochrany dětí. Ust. § 19 odst. 1. písm. ZSPOD bez bližšího rozvedení sděluje, že úřad obce s rozšířenou působností (tedy orgán sociálně právní ochrany dětí) je povinen vykonávat na žádost soudu dohled nad úspěšností osvojení a podávat soudu na jeho žádost nebo i bez této žádosti zprávy o průběhu dohledu.

Ust. § 839 NObčZ naznačuje, že existují dva typy dohledu nad osvojením. Jednak jde o „dohled nad úspěšností osvojení“ (§ 839 odst. 1 NObčZ), vyvstane-li komplexní potřeba posouzení účinků osvojení, jednak o „dohled nad osvojitelem nebo osvojencem“ (§ 839 odst. 2 NObčZ) pro případ, že se jedná o prověření účinků osvojení na konkrétní osoby. Domnívám se však, že zákonodárce neměl v úmyslu zřídit dva různé typy dohledů nad osvojením a že má existovat jen jediný, komplexní dohled nad úspěšností osvojení, který se zabývá veškerými účinky osvojení jak na osvojitele, tak na osvojence. Prezentovaný náhled podporují i ust. § 429 odst. 3 a ust. § 427 písm. g) ZŘS, z nichž je zřejmé, že procesní předpisy znají jen jeden, a to komplexní typ dohledu nad osvojením.

Z dikce § 839 odst. 2 NObčZ plyne, že dohled nad úspěšností osvojení nelze naříditi již v průběhu tzv. předadopční péče, ale až poté, co je o osvojení pravomocně rozhodnuto. Zákon nepředpokládá, že by soud mohl z moci úřední na základě výsledku dohledu

zahájit řízení o zrušení osvojení. Osvojení lze zrušit z důležitých důvodů jen na návrh osvojence nebo osvojitele po dobu tří let od rozhodnutí o osvojení (§ 840 NObčZ), nedošlo-li na základě rozhodnutí soudu k dřívějšímu ustavení nezrušitelného osvojení (§ 844 NObčZ). Za takových okolností se oprávnění soudu i bez návrhu rozhodnout o dohledu nad osvojením jeví jako neúčinný institut, protože soud nemá oprávnění aktivně zužitkovat informace, které na základě jím nařízeného dohledu získal, v rámci řízení o zrušení osvojení, které by mohl zahájit z moci úřední.

Aby byl institut dohledu nad vztahem osvojitel–osvojenec funkční, bylo by třeba poskytnout soudu pravomoc (na základě výsledků dohledu nad osvojením) zahájit z moci úřední i řízení o zrušení osvojení, případně posunout dobu, kdy lze zahájit nad „osvojením“ dohled, do období, kdy má budoucí osvojitel osvojence v předadopční péči (§ 826 NObčZ) nebo v prozatímní péči (§ 823 NObčZ). Dokud k takové legislativní změně nedojde, je dohled nad úspěšností osvojení pouze pomocným institutem, na jehož základě vzniká orgánu sociálně právní ochrany dětí právo spolupracovat s osvojitelem, aby byl naplněn účel osvojení. Osvojení ani osvojiteli zřejmě nevzniká právem vynutitelná povinnost spolupracovat s orgánem sociálně právní ochrany dětí v rámci nařízeného dohledu nad osvojením. Poznatky orgánu sociálně právní ochrany dětí o průběhu dohledu mohou být jedním z podkladů pro rozhodnutí o zrušení osvojení, jen pokud byl podán návrh na zrušení osvojení osvojencem nebo osvojitelem. Dohled nad úspěšností osvojení ovšem není možné nařídit, když je třeba nařídit nad dítětem dohled dle § 925 NObčZ v rámci řízení ve věcech péče o nezletilé. Dohled nad úspěšností osvojení je na místě jen tehdy, když případné obtíže ve vztahu mezi osvojencem a osvojitelem vyplývají z osvojení jako takového (např. dítě se komplikovaně vyrovnává s tím, že bylo osvojeno), nikoliv z příčin, které mají jinou podstatu spočívající v neschopnosti osvojitele se o dítě postarat nebo v závažném konání osvojence, které není osvojitel schopen zvládnout.

4. PROBLÉM S NAPLNĚNÍM AKTIVNÍ LEGITIMACE OSVOJENCE K NÁVRHU NA ZRUŠENÍ OSVOJENÍ

Protože k návrhu na zrušení osvojení je aktivně legitimován i osvojenec, je třeba řešit, jak starý osvojenec má procesní způsobilost podat návrh na zrušení osvojení, případně zda jménem nezletilého osvojence může podat návrh na zrušení osvojení opatrovník, kterého soud ustanoví za účelem zvážení, zda je na místě takový návrh podat. Odpověď nalezneme v analogickém využití § 806 až 807 NObčZ, podle nichž dítě může relevantně vyjádřit svůj postoj k osvojení, pokud dosáhlo alespoň věku dvanácti let. Jménem mladšího dítěte může s osvojením souhlasit opatrovník, kterého soud za tím účelem ustanoví z moci úřední. Jestliže alespoň dvanáctileté dítě je způsobilé s osvojením souhlasit, je schopno vyjádřit i svůj nesouhlas s dalším pokračováním osvojení a má tedy samostatnou procesní způsobilost podat návrh na zrušení osvojení podle § 840 odst. 1 NObčZ. Je-li dítě mladší dvanácti let, není vyloučeno, že návrh jeho jménem podá soudem ustanovený opatrovník, k jehož jmenování dojde ve zvláštním opatrovníckém řízení dle § 44 a násl. ZŘS. Takového opatrovníka lze ustanovit také osvojení staršímu dvanácti let, jestliže pro duševní poruchu není schopen posoudit důsledky dalšího pokračování nebo naopak zrušení osvojení (§ 806 odst. 1 NObčZ). Jiný než výše uvedený náhled by znamenal, že právo nezletilého osvojence podat návrh na zrušení osvojení zůstává jen na papíře.

5. ROZPAKY NAD ZRUŠITELNOSTÍ NEZRUŠITELNÉHO OSVOJENÍ PRO „ROZPOR SE ZÁKONEM“

Již jsem zmínil, že návrh na zrušení osvojení „z důležitého důvodu“ (např. proto, že osvojení zjevně neplní svůj účel) může podat jen osvojenec nebo osvojitel (§ 840 odst. 1 NObčZ). Je-li návrh podán po uplynutí tří let od právní moci rozhodnutí o osvojení, soud řízení zastaví, protože nejsou splněny podmínky pro vynesení meritorního rozhodnutí. Výjimkou je případ, kdy k osvojení došlo v rozporu se zákonem (§ 840 odst. 2 NObčZ). Právě popsané ust. § 840 odst. 2 NObčZ je z procesního pohledu problematické, protože případné nedostatky ve skutkových zjištěních, v právním posouzení projednávané záležitosti, nebo procesní vady, které mohly mít za následek nesprávnost pravomocného rozhodnutí ve věci samé, mohou být podle procesněprávní logiky řešeny jen prostřednictvím mimořádných opravných prostředků, pokud to zákon výslovně nevylučuje. Z ust. § 29 ani ze žádného jiného ustanovení ZŘS přitom nevyplývá, že by rozsudek o osvojení nebylo v obecné rovině možné napadnout cestou mimořádných opravných prostředků, s jistou výjimkou v případech dovolání (§ 30 ZŘS) a obnovy (viz níže). Při zachování procesních lhůt pro podání mimořádných opravných prostředků se tedy osvojenec i osvojitel mohou domáhat jak zrušení osvojení, tak mohou podat i žalobu pro zmatečnost. Jde-li o návrh na obnovu, je třeba respektovat § 230 odst. 2 OSŘ a konstatovat, že takový návrh podat nelze, protože zrušení původního rozhodnutí o osvojení lze dosáhnout jinak, a to právě návrhem na zrušení osvojení podle § 840 NObčZ.

Ust. § 840 odst. 2 NObčZ tedy ustavuje mimořádný opravný prostředek *sui generis*, kterým je právě návrh na zrušení osvojení. Je korektní dodat, že nejde o jediný skrytý mimořádný opravný prostředek v české procesní úpravě, obdobnou procesní konstrukci má i žaloba o hmotněprávní neplatnost smíru podle § 99 odst. 3 OSŘ. V případě smíru jde však o určitou kompenzaci skutečnosti, že vůči usnesení o schválení smíru není odvolání přípustné (§ 202 odst. 1 písm. f) OSŘ), takže procesní možnosti účastníků řízení zakončeného smírem domoci se revize nezákonného soudního rozhodnutí jsou podstatně omezeny. Skrytý mimořádný opravný prostředek, který obsahuje ust. § 840 odst. 2 NObčZ navíc není nijak časově limitován a ani nesděljuje, že rozpor osvojení se zákonem má být zcela zásadní. Tím se pohybuje mimo rámec standardů českého civilního procesu a znamená podstatný zásah do právní jistoty účastníků řízení o osvojení. Nelze z něho dovodit nic jiného, než že nezrušitelné osvojení od 1. 1. 2014 v Čechách reálně neexistuje, protože hmotněprávní i procesní zákonnost rozsudku o osvojení lze kdykoliv zpochybnit.

„Rozpor se zákonem“ je podle mého názoru dán, jestliže je naplněn některý z důvodů, pro které v obecné rovině lze podat jakýkoliv ze stávajících mimořádných opravných prostředků, tedy návrh na obnovu (§ 228 OSŘ), žalobu pro zmatečnost (§ 229 OSŘ) nebo dovolání (§ 237 OSŘ). Pokud došlo k osvojení dítěte manžely jako jejich společného dítěte, lze toto osvojení zrušit i jen v části týkající se vztahu osvojence k jednomu z dosavadních dvou osvojitelů, a to k návrhu osvojence nebo k návrhu alespoň jednoho z osvojitelů (stanovisko NS Cpj 64/83 z 15. 12. 1983).

Jistou pojistkou, jež omezuje nadužívání ust. § 840 odst. 2 NObčZ je fakt, že soud nevhodí návrhu na zrušení osvojení po uplynutí tří let od právní moci osvojení, nejsou-li splněny dvě kumulativní podmínky – jednak již zmíněná okolnost, že o osvojení bylo

rozhodnuto v rozporu se zákonem, jednak existence důležitého skutkového důvodu pro zrušení osvojení. Osvojení by nemělo být zrušeno, pokud to není v zájmu osvojence.

ZÁVĚR

Právní úprava procesu osvojení účinná od 1. 1. 2014 je příliš složitá, ve srovnání s úpravou účinnou do 31. 12. 2013 rozsahem více než dvojnásobná. Z článku vyplývá, že řada nových ustanovení jak v civilním kodexu, tak v ZŘS způsobí významné výkladové komplikace. Řízení o osvojení se následkem nové úpravy pravděpodobně prodlouží. Tvůrci norem upravujících osvojení v novém občanském zákoníku nedocenili převážně procesní charakter řízení o osvojení. Normy hmotného práva upravující osvojení nekoncipovali tak, aby byly bez zásadních problémů aplikovatelné během soudního řízení o osvojení. Výše v článku jsem v této souvislosti upozornil např. na nejasný mechanismus ustanovování opatrovníků v procesu osvojení. Předpoklad tvůrců nového civilního kodexu, podle něhož účel řízení o osvojení bude zabezpečen tím lépe, čím více různých opatrovníků bude osvojenci nebo jeho rodičům ustanoveno, nepokládám za správný.

V úvodu jsem odůvodnil, proč hrozí, že dosud jednotný proces osvojení se vlivem nové úpravy rozmělní do celé řady dílčích řízení, v jejichž rámci bude docházet k opakování již provedených důkazních prostředků, které soud již uskutečnil prakticky v tomtéž čase, avšak v jiném dílčím řízení týkajícím se osvojení. Nová úprava vzbuzuje i pochyby o tom, která dílčí rozhodnutí „ve věcech osvojení“ (§ 427 ZŘS) soud může uskutečnit bez jednání na základě skutečností nepochybně vyplývajících z obsahu spisu, nebo zda musí i v takových případech činit dílčí rozhodnutí na základě ústního jednání. Ustanovení § 427 ZŘS je třeba zrušit bez náhrady, jinak budou právě zmíněné pochybnosti přetrvávat.

Moderní předpisy týkající se civilního práva by neměly zavádět instituty, které jsou obsolentní. Institut dohledu nad úspěšností osvojení ve své aktuální podobě mezi takové nadbytečné instituty patří. Soudu ani orgánu sociálně právní ochrany dětí totiž na základě výsledků nařízení dohledu nevznikají žádná oprávnění, aby na základě informací získaných dohledem zahájily řízení směřující ke zrušení osvojení, které zjevně nesplnilo svůj účel.

Zákon dává osvojiteli i osvojenci časově neohraničený prostor domáhat se zrušení osvojení, došlo-li k osvojení „v rozporu se zákonem“. Není logické, že tento ve své podstatě mimořádný opravný prostředek ustavují normy hmotného a nikoliv procesního práva (§ 840 odst. 2 NObčZ), a to způsobem, který podle mého názoru nepřiměřeným způsobem zasahuje do samotné podstaty nezrušitelného osvojení. Pokládám za nesprávné, že možnost podat návrh na zrušení osvojení pro rozpor osvojení se zákonem nemají ostatní účastníci řízení o osvojení (např. rodiče osvojence), kteří mohli být porušením zákona při osvojení postiženi i zásadnějším způsobem, než osvojenec nebo osvojitel.

JUDr. Bc. Karel Svoboda, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

MORS VENIT VELOCITER

ZA MARIÍ KALENSKOU

Dne 18. května 2014 zemřela po krátké nemoci ve věku 92 let univerzitní profesorka JUDr. Marie Kalenská, Dr.Sc. (narozena 23. listopadu 1921 v Nové Vsi).

Poté, co Marie Kalenská ukončila v roce 1943 svá středoškolská studia maturitou, vystudovala Masarykovu školu zdravotní a sociální péče. Studia na Právnické fakultě Karlovy univerzity absolvovala v letech 1945–1948. Poté nastoupila do právního a legislativního oddělení Ústřední rady odborů. Odtud v roce 1960 přešla jako interní vědecká aspirantka na Ústav státu a práva ČSAV, kde byl jejím školitelem Viktor Knapp a kde v roce 1963 obhájila titul kandidátky věd. V ústavu působila jako vědecká pracovnice do roku 1964. Ačkoli Marie Kalenská začala v roce 1965 pedagogicky působit na své alma mater – ještě v tom roce byla jmenována docentkou – kde na katedře pracovního práva a sociálního zabezpečení vyučovala až do roku 2004 (do roku 1999 působila jako vedoucí katedry), své vazby k Ústavu státu a práva ČSAV nepřerušila a vědecky s ním spolupracovala i nadále. Za svého působení na fakultě vychovala velké množství studentů, z nichž někteří jsou nyní již významnými odborníky v oboru pracovního práva, na jehož konstituci a rozvoji má Marie Kalenská významnou účast. Podílela se také na tvorbě řady učebnic pracovního práva a práva sociálního zabezpečení, počínaje tou, která byla po přijetí zákoníku práce vydána jako první v roce 1967. Mnozí z jejich někdejších studentů stále vzpomínají, jak velký vliv měla Marie Kalenská na jejich profesní profilaci. Svými životními zkušenostmi a laskavým chováním byla nejen velkou pomocnicí při veškeré činnosti, ale až do konce svého života i příkladem pro všechny, s nimiž se setkávala. Vědeckou hodnost doktorky věd získala v roce 1969 obhájením spisu *Základní teoretické otázky pracovního poměru*. Následujícího roku měla být jmenována profesorkou, jmenování se však dočkala až v roce 1990. V roce 2007 byla jmenována emeritní profesorkou Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Za aktivní přínos vědě pracovního práva a za pedagogickou činnost na Karlově univerzitě udělil profesor Kalenské rektor univerzity Václav Hampl v roce 2011 stříbrnou medaili.

Vědecký profil Marie Kalenské je spojen s pracovním právem a právem sociálního zabezpečení. V těchto disciplínách publikovala přes 250 studií a statí, její vystoupení na vědeckých konferencích čítají hodně přes stovku, účastnila se studijních pobytů a vědeckých stáží na řadě evropských univerzit (Terst, Utrecht aj.), vytvořila několik monografií. Z těch, které vznikly před rokem 1990, je namístě uvést její práce *Socialistická pracovní kázeň* (1965), *Pracovní právo v nové soustavě řízení* (1965), *Kolektivní smlouvy* (1966), *Základní teoretické otázky pracovního poměru* (1969), *Sociální politika a kádrový, personální a sociální rozvoj pracovních kolektivů* (1983) nebo *Pracovní poměr v socialistickém právu* (1984). Po roce 1989 se profesorka Kalenská významně angažovala v diskusích a pracech sledujících přízpůsobení pracovního práva změnám hospodářským a společenským podmínkám. Kromě řady článků se značnou měrou podílela na tvorbě nových učebnic pracovního práva a práva sociálního zabezpečení a náleží jí také spoluautorství publikace *The Czechoslovak Labour Law* vydané v Haagu nakladatelstvím Kluwer Law International v roce 1998.

Marie Kalenská byla dlouhá léta významnou přispěvatelkou časopisu *Právník* a v průběhu čtyřiceti let zde publikovala na dvacet statí. Poprvé jí *Právník* otiskl již v roce 1957 studii *O zaměstnávání dětí a mládeže*, naposledy profesorka Kalenská uveřejnila v našem časopisu v roce 1997 polemické pojednání *Zachováme zákoník práce?* Název této stati ukazuje na

základní vědecké krédo Marie Kalenské. Stála při vzniku zákoníku práce, usilovala o jeho zachování a samostatnost a vystupovala na jeho obranu, kdykoli měla za to, že je kodex pracovního práva ohrožen. Od roku 1990 působila jako členka expertních komisí při federálním i českém ministerstvu práce a sociálních věcí zabývajících se novelami zákoníku práce i přípravou nového zákoníku práce z roku 2006; tehdy významně ovlivnila jeho původní koncepci postavenou na metodě delegace. Pro pracovní právo se profesorka Kalenská angažovala i jinde. Působila ve správním výboru Mezinárodní společnosti pro právo a sociálního zabezpečení, v roce 1991 se podílela na založení české Společnosti pro pracovní právo a sociální zabezpečení, byla členkou redakční rady časopisu *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* i některých dalších, včetně *Bulletinu advokacie*. Za svoji činnost obdržela Marie Kalenská četná uznání a vyznamenání, mimo jiné také stříbrnou medaili Antonína Randy, kterou jí v roce 1997 udělila Jednota českých právníků za celoživotní činnost.

Zbylo-li profesorce Kalenské v jejím bohatě naplněném životě něco volného času, věnovala se cestování, čtení nebo zahrádkářství. Do posledních chvil se však intenzivně zajímala o odbornou činnost v juristických oblastech, jimž se celý život naplno věnovala, a zájemcům o pracovní právo a právo sociálního zabezpečení pomáhala radou i skutky.

Život Marie Kalenské je spojen s oborem právní vědy, který v letech, kdy jej vzdělávala, prošel složitým a nejednou rozporuplným vývojem. Vědecké dílo Marie Kalenské – a hlavně její zásadní práce vznikající v turbulentním půlstoletí života naší společnosti – mapuje nejednoduchou cestu pracovního práva od poloviny XX. století k současnosti i názorové proměny, kterými pracovní právo formovaly a provázely juristická doktrína i politika. V každém případě představuje profesorka Kalenská nepřehlédnutelnou osobu zdejší nauky pracovního práva a práva sociálního zabezpečení a její rozsáhlé dílo se nabízí k analýze a nestrannému zhodnocení.

Vědecká komunita pozbyla v profesorce Marii Kalenské významnou osobnost a ti, kdo se s ní blíže znali a spolupracovali s ní, ztrácejí obětavou a moudrou kolegyni a také vzácného člověka, na kterého nelze zapomenout.

ZEMŘEL JÁN ŠVIDROŇ

V pátek 20. června zemřel následkem tragické události krátce po svých šedesátých druhých narozeninách významný civilista, právní vědec, ředitel Ústavu štátu a práva Slovenskej akadémie vied profesor Ján Švidroň. Slovenská právní věda v něm ztratila všestranného badatele, česká akademická obec pak významného kolegu a vstřícného spolupracovníka.

Ján Švidroň, rodák ze Staré Lubovně (15. 6. 1952) získal juristické vzdělání v roce 1976 na Právnické fakultě Univerzity Pavla Josefa Šafárika v Košicích. O rok později absolvoval na Právnické fakultě v Bratislavě přísnou doktorskou zkoušku, při níž obhájil rigorózní práci *Machiavelli, machiavellismus a súčasnosť*. Po ukončení studia pracoval jako podnikový právník v Zemědělském nákupním a zásobovacím podniku v Košicích, od roku 1977 ve Slovenské národní galerii v Bratislavě, poté v podniku zahraničního obchodu Slovart. Souběžně byl v letech 1977–1986 činný jako přisedící občanskoprávního senátu Okresního soudu v Bratislavě I. Na přelomu 70. a 80. let absolvoval dvojí postgraduální studium na Právnické fakultě Univerzity Komenského v Bratislavě. V roce 1988 nastoupil jako vědecký pracovník do Ústavu štátu a práva SAV v Bratislavě, kde působil až do své smrti; od 1. 4. 2011 jako ředitel ústavu. Kromě toho byl pedagogicky činný na právnických fakultách v Bratislavě (1993–1998), Banské Bystrici (1998–2003) a v Trnavě (1999–2011), kde založil ústav práva duševního vlastnictva a působil tam v letech 2007–2011 jako jeho první ředitel. Na Trnavské univerzitě vedl větší počet doktorandů a nejen z jejich řady se vytvořila Švidroňova škola práva duševního vlastnictví hlásící se k svému učiteli.

Odborný růst Jana Švidroně dokládají jeho postupně získané vědecké a vědeckopedagogické tituly. Cesta k nim nebyla snadná. Švidroň sám vzpomíná na svůj – jak to nazval – „orwelllovský rok 1984“, kdy byla jeho žádost o přijetí k vědecké aspirantuře odmítnuta s tím, že jeho pracovní zařazení takové vzdělání nutně nevyžaduje. Kandidátem věd se stal až v roce 1992 po úspěšné obhajobě spisu o právní ochraně výsledků tvůrčí činnosti v československém právu (přípravné studie k této práci o autorství filmového díla, o právech příbuzných autorskému právu nebo o právní ochraně duševní tvorby publikoval již v roce 1987 a 1988 v našem časopisu). Titul docenta získal v roce 1994, kdy obhájil habilitační spis *Tvorba a právo*. Tuto první zásadní Švidroňovu monografii, dodnes citovanou, autor uveřejnil v nakladatelství Slovenskej akadémie vied VEDA ještě jako vědecký aspirant již v roce 1991. Práce byla oceněna premií Slovenského literárního fondu pro oblast vědecké literatury. Profesorem byl Ján Švidroň jmenován v roce 2002. Jeho profesorská přednáška *Konštituovanie vedy práva duševného vlastníctva v podmienkach Slovenskej republiky* byla v roce 2001 vydána tiskem. V témže roce vydal v nakladatelství Kluwer Law International soubornou monografii *Slovak Republic: Intellectual Property* (The Haag – London – Boston) přijatou s uznáním i v mezinárodních odborných kruzích.

Osobnost profesora Švidroně se spojuje především s oblastí práva duševního vlastnictví. Dokládají to jeho pedagogické působení a také jeho nejznámější literární výstupy, zejména jeho *Základy práva duševného vlastníctva* (poprvé vydané v roce 2000), jakož i jeho spoluautorství a editorství knihy *Právo duševného vlastníctva v informačnej spoločnosti a v systéme práva* (2009), v níž nalézáme jeho rozsáhlou a myšlenkově bohatou studii Právohistorické a právnoteoretické základy práva duševního vlastnictva a jeho miesto v systéme práva. Právo duševního vlastnictví a jeho dějiny však nepředstavovaly jediný předmět Švidroňova zájmu: věnoval se rovněž příbuzným tématům, např. právu soutěžnímu a mediálnímu, i obecným otázkám, k nimž patří např. problematika právního systému, hodnotové ukotvení soukromého práva, juristické aspekty kulturního rozvoje společnosti nebo aspekt morálky v civilním právu. Významná a počtem textů i výběrem námětů bohatá je produkce méně

rozsáhlých Švidroňových studií uveřejněných ve sbornících z konferencí nebo časopisecky na Slovensku i v zahraničí. Jejich podstatný počet najdeme především v časopisech *Duševné vlastníctvo* a *Právny obzor*, v jejichž reakčních radách byl Ján Švidroň činný (působil rovněž jako člen redakční rady časopisu *Acta Universitatis Olomucensis – Iuridica* vydávaném Právníckou fakultou Univerzity Palackého). Zvláště *Právny obzor*, v jehož redakční radě působil Ján Švidroň dlouhodobě, uveřejnil od roku 1985, kdy v něm publikoval poprvé, několik desítek jeho textů.

Profesor Švidroň reprezentoval slovenskou vědu i Ústav štátu a práva SAV díky svým jazykovým schopnostem na mnoha zahraničních konferencích a v zahraničí absolvoval i nemálo studijních pobytů a stáží, kde navázal řadu osobních i profesionálních kontaktů, mj. s významnými představiteli nauky práva duševního vlastnictví, z nichž uvedme alespoň profesora Josepha Strause. Své zahraniční aktivity využil k rozšiřování kontaktů slovenských akademických institucí se světem. Byl členem mezinárodních vědeckých organizací, např. International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP) nebo Society of European Contract Law (SECOLA); od roku 1998 působil jako korespondent UNIDROIT. Švidroň své multilingvální vzdělání využil také k překladatelské činnosti a překládal z angličtiny, němčiny i francouzštiny pojednání eminentních zahraničních odborníků, aby je na stránkách *Právneho obzoru* i jinde zprostředkoval slovenským čtenářům. Nejvýznamnější Švidroňův počín na tomto poli představuje translace *Zásad mezinárodních obchodních smluv zpracovaných Mezinárodním ústavem pro sjednocení soukromého práva* (UNIDROIT), knižně vydaná v bratislavském Iura Edition v roce 1996. Z ocenění, jež obdržel za svoji vědeckou činnost, si profesor Švidroň velmi vážil zejména čestného uznání od generálního ředitele Světové organizace duševního vlastnictví (WIPO) za podporu rozvoje tvorivosti prostřednictvím zdokonalování ochrany duševního vlastnictví ve Slovenské republice.

Na konci března tohoto roku se profesor Švidroň naposledy loučil s někdejší ředitelem Ústavu štátu a práva SAV profesorem Jánem Azudem. Kdo by se byl nadál, že se vědecká komunita bude za necelý čtvrtrok loučit s Jánem Švidroněm! Neštěstí na bratislavských Dlhých dieloch ukončilo život významného právního vědce, který se na Slovensku zasloužil o konstituci a rozvoj práva duševního vlastnictví jako vědního oboru, o známost slovenské nauky v mezinárodním prostředí i o spolupráci s ním a výměnu poznatků a zkušeností.

JUBILEUM

VÁCLAV PAVLÍČEK OSMDEŠÁTILETÝ

Profesor Václav Pavlíček, nestor české konstitucionalistiky, oslavil 8. srpna významné životní jubileum. Rodák z Bukovna, nevelké obce poblíž Mladé Boleslavi, vzpomíná, jak jako jedenáctiletý přišel 5. května 1945 v poledne domů z biřmování a dozvěděl se z rozhlasu, že vypuklo Pražské povstání. O pět dní později dorazily do Bukovna první jednotky Rudé armády.

Jubilant přiznává, že v mládí svou budoucnost nespojoval s právníctvím. Místní farář v něm viděl budoucího kněze, on sám chtěl být učitelem, ale když se v roce 1953 blížil k maturitě, vymluvili mu to jeho učitelé, a tak skončil na právnické fakultě. Málokdo si dnes uvědomuje, jak malou prestiž právnická profese tehdy měla a jak bylo právo podceňováno. V průběhu právnických studií vstoupil v roce 1954 do komunistické strany, odkud byl v roce 1971 vyloučen pro postoje, které zaujímal ve druhé polovině 60. let. Na Právnickou fakultu Univerzity Karlovy nastoupil Václav Pavlíček v roce 1961, od roku 1963 působil jako odborný asistent na katedře správního práva. Sám uvádí, že ho k průniku do ústavního práva přivedly spolupráce s profesorem Pavlem Peškou a zájem o politická práva a jejich novou interpretaci. Tehdy vznikla první velká Pavlíčkova práce *Politické strany po Únoru* (Příspěvek k problematice Národní fronty), jejíž první svazek vydaný v roce 1966 čítá přes 300 stran. Vydání druhého svazku bylo zakázáno. Snaha o změny je patrná především z Pavlíčkovy další činnosti. Zapojil se do aktivit Společnosti pro lidská práva, účastnil se práce rehabilitačních komisí (1967–1968) a předsedal komisi pro obnovu řeholí (1968–1969). Podílel se na založení Sociologické společnosti i Politologické společnosti, při obnově České společnosti pro politické vědy stál i v roce 1990. Jeho reformní úsilí je zřejmé i z většiny jeho publikačních výstupů z té doby v našem časopisu, kde se – vyjma statí o únoru 1948 z roku 1968 – soustředěně zaměřil na problematiku spolčovacích a shromažďovacích práva. Hned v prvním ze svých textů v *Právníku* vyzval v roce 1965 k nové úpravě práva sdružovacího a zdůraznil, že jeho text inspirovala předcházející spolupráce s Pavlem Peškou. V širším záběru se jubilant věnoval problematice spolčovacích a shromažďovacích práva v Československu znovu na stránkách *Právníka* v roce 1967 a naposledy v roce 1970. Poté byl z politických důvodů umlčen, řízení o jeho jmenování docentem zastaveno a v roce 1971 byl donucen odejít z univerzity.

Události v závěru roku 1989 zastihly Václava Pavlíčka jako zaměstnance podniku Janka Radoťín. Od roku 1988 přispíval do samizdatových *Lidových novin* a na jaře 1989 se zapojil do činnosti Helsinského výboru. Vzpomíná, jak po událostech spojených s Palachovým týdnem zaslal do časopisu *Tvorba* článek, v němž podrobil kritice zásahy proti demonstrantům z hlediska platného shromažďovacího zákona; článek byl po několika týdnech odmítnut. Událostí roku 1989 se jubilant zúčastnil různými formami a na různých místech. Byl to právě Ústav státu a práva ČSAV, který ještě v prosinci 1989 nabídl Václavu Pavlíčkovi zaměstnání a v lednu 1990 jej o návrat požádala i Právnická fakulta UK. V Ústavu státu a práva jubilant působil jako člen její vědecké rady. Profesor Pavlíček nepůsobil jako člen vědeckých rad jen v právnických institucích – stále je členem vědecké rady Právnické fakulty Karlovy univerzity – byl rovněž v letech 2003 až 2010 činný ve vědecké radě Národní galerie v Praze a v současné době je členem vědecké rady Národního technického muzea v Praze. Řadu let byl také členem Legislativní rady vlády.

Neobyčejně důležité je jubilantovo působení v čele správní rady Nadání Josefa, Marie a Zdeňky Hlávkových; předsedou správní rady nadace je profesor Pavlíček od roku 2000.

Sám se vyjádřil, že ho tato práce a pomoc nadaným a potřebným studentům podle Hlávka odkazu velmi uspokojuje.

Rozsáhlá je jubilatova publikační činnost. Po návratu k pedagogickému a vědeckému působení na pražské právnické fakultě se profesor Pavlíček věnoval i literární tvorbě. Nejvýznamnější díla, na nichž se podílel, jsou dvousvazkový komentář k Ústavě ČR a k Listině základních práv a svobod vydaný pod názvem *Ústava a ústavní řád České republiky* v roce 1994, opakovaně vydávané – naposledy v roce 2009 a 2011 – *Ústavní právo a státověda* a také souborné vydání statí *O české státnosti* ve třech svazcích z let 2002 a 2009. V roce 1990 se Václav Pavlíček znovu zařadil mezi přispěvatele *Právnicka*, kde postupně uveřejnil šestnáct textů, z nichž k nejvýznamnějším patří *Koncepce reformy vzdělávání na právnické fakultě Univerzity Karlovy* (1991) a *K posouzení vlastizrady* (1992).

Velmi známá jsou veřejná vystoupení profesora Pavlíčka k nejrůznějším otázkám ústavního i politického rozměru: k dekretům prezidenta republiky, k majetkovému vyrovnání s církvemi, známy jsou jeho názory na osud německé minority v Československu po druhé světové válce, na intervenci NATO v Jugoslávii nebo na mezinárodní smlouvu České republiky a Vatikánu. V těchto názorech je konzistentní a nalézá pro ně podpůrce i odpůrce. Ti druzí mnohdy poukazují na to, co lze kritizovat nebo i skandalizovat, ať již jde o jeho postoje nebo některé texty. Sám jubilant veřejně uvedl, že se dostává do kontroverzí a polemik. To ostatně ovlivnilo i jeho neúspěch v kandidaturách na soudce Ústavního soudu z let 1991 a 2003. Výrazná osobnost nutně vyvolává různá mínění a mnohdy provokuje k nesouhlasu. Ale ani ti, kdo Pavlíčkovi oponují, nemohou přehlížet, že jeho mínění nepodléhají konjunkturálním proměnám. Vědecká komunita ctící názorovou pluralitu bere v úvahu, že cesty k poznání nejsou přímočaré a že mnohost názorů spojená s respektem k oponentům jsou předpokladem rozvoje svobodného bádání.

Přejeme profesoru Pavlíčkovi do dalších let pevné zdraví, tvůrčí úsilí a vše dobré.

RECENZE

**Hamulák O. Integrovaná se Evropa a suverenita České republiky.
Olomouc: Acta Iuridica Olomucensia, 2013, 133 s.**

Ondrej Hamulák je, svému mládí navzdory, výrazným reprezentantem skupiny akademiků, díky nimž má olomoucká právnická fakulta zřetelnou přidanou hodnotu oproti starším a větším sestrám. Jako vnějšmu pozorovateli se mi tou přidanou hodnotou jeví být invenčnost, didaktické inovace, otevřenost, pěstování různorodých zahraničních kontaktů, literární píle, zkrátka zapálenost pro věc. Snad to nebude vnímáno jako nekorektní agismus, ale po mém soudu to souvisí i s tím, že v Olomouci mají mladí a mladší učitelé pozice zřetelně silnější než jinde. Díky tomu může dobře fungovat symbióza zkušenosti, rozhledu a nadhledu s ambicí něco dokázat tady a teď. V takovém vztahu samozřejmě zaslouží ocenění obě strany.

O. Hamulák má za sebou již nemalou řádku článků tuzemských i zahraničních, také však knihy o „evropské“ judikatuře Ústavního soudu ČR a o soudní reflexi evropského zatýkacího rozkazu. Nyní přidává knihu další, v níž svůj osvědčený zájem o evropské a ústavní právo posouvá výše, k teoretické reflexi suverenity státu.

Suverenita je velkým tématem ústavní a politické teorie a díky různým ústavním odkazům i ústavně-právní dogmatiky. Patří k profilovým pojmům éry moderního státu, s jejímiž modifikacemi (soumrakem?) se ocitá v „ohrožení“: podle různých skupin autorů se na ní mnoho nemění, podle jiných je třeba ji nově definovat, nemalý počet ji ovšem odkazuje už jen do minulosti. Suverenita samozřejmě nemusí být vázána pouze na stát, ale i na lid, panovníka, právní řád, právní normu či parlament, recenzovaná kniha je však věnována suverenitě státu, která je vzhledem k měnícím se poměrům nejvíce vystavena reformulačním tendencím. A prozradíme rovnou, že autor se hlásí k přístupu prostřední názorové skupiny: suverenita tu s námi stále je, ale vypadá jinak než dříve. Vliv má na to především existence Evropské unie, z čehož ovšem – v knize spíše implicitně – vyplývá, že ne všude musejí být změny stejně významné.

Monografie sestává z předmluvy, úvodu, devíti kapitol, závěru, seznamu literatury, referenční judikatury, klíčových slov a anglického shrnutí. Prvních šest kapitol vytváří část nazvanou *Proč se o Evropské unii mluví jako o hrozbě pro suverenitu členských států?*, další tři kapitoly tvoří část druhou, jež je nadepsána opět otázkou: *Proč lze Českou republiku i nadále považovat za suverénní stát?*.

Knihy se čte velmi dobře, autorův styl je svěží, s náznaky odlehčení, ba vtipu, zvláště v zápisech (čarodějnický slet právníků, další kohout na dvorku aj.). Nikterak to ovšem nebrání důkladnosti argumentů, ať už vlastních, nebo převzatých a komentovaných. Argumentační bohatost, související s rozsáhlým záběrem referenční literatury, je bezesporu silnou stránkou knihy. Rušivě nepůsobí ani vady textu, neb tu – snad s výjimkou přechodníku a výjimečného překlepu – nejsou.

Autor se postupně vypořádává s tématy „ústavního příběhu“ EU, supranacionality, faktické federalizace, dominance evropského práva, unijní ochrany základních práv, ústavního napětí mezi EU a členskými státy, zachování (změněné) suverenity států, nedotknutelnosti ústavního jádra a vlivu na osud EU. Průřezovou linkou je teze o stupňovité suverenitě, díky níž lze za suverénní považovat jak členské státy, tak EU. Pro tuto tezi *O. Hamulák* postupně schraňuje různé argumenty.

Je zřejmé, že se pokouší reflektovat rozdíl mezi členskými a nečlenskými státy EU, jež se dozajista liší ve svém manévrovacím prostoru či právní nezávislosti. Stejně tak se snaží uchopit podstatu EU, která má nejen právní subjektivitu, ale rovněž vykazuje značnou míru autonomie na členských státech. Otázkou ovšem je, zda pojem suverenita je synonymem pro nezávislost, autonomii nebo dominanci, případně je dělená suverenita synonymem pro dělbu pravomocí či vertikální dělbu moci („slitá suverenita“, anebo „společný výkon přenesených pravomocí“?).

Stejně tak je podstatné, mluvíme-li o suverenitě v kontextu právním, anebo politickém, což z citace *M. Povolného* na straně 10 není tak úplně patrné (expozice rozdílu teorie a praxe). V reálné politice totiž není a nejspíše ani nebyl žádný stát suverénní nikdy, pokud bychom suverenitou mínili nezávislost na čemkoliv mimo tento stát (vazby duchovní, politické, hospodářské aj.).¹ Na základě téhož východiska bychom i v EU odlišili státy „suverénnější“ a „méně suverénní“, protože mají přece jen různé založené ekonomiky, jejichž výkon je výrazně odlišný, a mají také nejednotnou politickou váhu (faktickou, v Radě, v Evropském parlamentu).

O. Hamulák líčí v úvodních partiích knihy připodobňování EU státům, čemuž říká – jistě nejen on – konstitucionalizace. Nemusí ovšem jít o pojetí jediné možné. Každopádně předpokládá substantivní nahlížení na to, co ústava je. Současně možná trochu podceňuje přístupy ústavního pluralismu, které jsou mu jinak evidentně blízké, protože celý koncept víceúrovňového konstitucionalismu a konstitucionalismu bez státu právě předpokládá, že ne vše, co je konstitucionalizováno, musí být státem. A to z toho důvodu, že stát je do značné míry historickou nahodilostí a jen jednou z možných forem politické organizace lidí (v moderní podobě tu nebyl vždy, zřejmě tu ani vždy být nemusí, t. č. je však fakticky modelem universálním a stále atraktivním: viz snahy různých separatistů mít vlastní stát). Pro přesvědčené pluralisty už suverenita států zřejmě neexistuje. Ledaže by ústavní pluralisté byli ve skutečnosti skrytými federalisty: po zpochybnění konečného slova států v modelu síťových vztahů mj. s EU by mohli dojít ke konečnému slovu EU – v podobě státu. Vyloučit to jistě nejde.

Autor dále stručně a srozumitelně popisuje prohlubování procesu evropské integrace až po stádium něčeho na způsob faktické federace. Tady stojí za zmínku přinejmenším teze o demokratické legitimizaci na vstupu i na výstupu provedené Lisabonskou smlouvou, spojená zde s *K. Lenaertsem* a *N. Cambienem*.² To první má obnášet příklon k parlamentarismu, to druhé ochranu práv jednotlivců. Uvádím to proto, že ochranu práv jednotlivců považují za hodnotu náležející spíše k právnímu státu: práva jednotlivců efektivně chrání soudy, což neznamená, že jde o demokratické instituce. Efektivita je klíčovým legitimizačním argumentem EU (se samostatnou působností v oblasti vytváření vlastností evropského práva), sama o sobě však Unii demokratickou nečiní. EU jistě demokratická být nemusí, jen nám to ve světě, kde se za „pravé“ demokraty prohlašují i různí odpudiví diktátoři připadá nemístné. Konečkonců právě existence EU je impulsem, proč se v modifikované podobě vrací idea smíšené vlády, z níž v 18. století vyrostla dělba moci: relevantní je tu nejen lid a jeho reprezentanti, ale i soudci, technokraté apod., a k tomu se mísí úroveň vládnutí.

Jak už bylo naznačeno, je podstatou knihy obhajoba suverenity členských států (včetně samostatného rozboru dopadů materiálního jádra české Ústavy), ovšem při současném přiznání suverenity EU. Autor se vlastně pokouší státy chránit, současně se však cítí potřebu

¹ Ani Japonsko za šógunů z rodu Tokugawa nebylo světu uzavřeno úplně, KLDK se dnes neobejde bez Číny apod.

² K. Lenaerts je klíčová postava Evropského soudního dvora, platí za proevropského nadšence.

vypořádat se změněným prostředím. Rozcháším se s ním nicméně v tom, že vhodným nástrojem uchopení zkoumané změny je suverenita, jež je tu představena v koncepci klasické i novější, funkcionální. Výklad svářících se koncepcí je v knize podán, a to nejen se zřetelem k literatuře, ale i judikatuře ústavních soudů. Záleží samozřejmě na definicích.

Je-li suverenita nejvyšší a konečnou mocí, nemůže ji mít současně členský stát i EU. Souhlasím s autorem, že ČR je nadále suverénní. „Jen“ z toho pro mne plyne, že EU nikoliv. Samozřejmě se to může změnit bezvýhradným podřízením se České republiky Evropské unii, což by ovšem znamenalo její přeměnu ze samostatného státu ve federativní jednotku. K tomu může dojít různými cestami, ne všechny jsou však legitimní. Asi by to předpokládalo referendum a zásadní revizi stávajícího ústavního rámce. Mj. by zmizel důvod prohlašovat se za svrchovaný stát; to ale není totéž, jako tvrdit, že dokud se za suverénní prohlašujeme, suverénní také jsme. Jistě by nemělo smysl provádět změny tohoto typu bez koordinace s ostatními členskými státy.

Jenže *Hamulákovo* pojetí evropské suverenity je měkčí: EU je samostatná entita, autonomní subjekt založený na toleranci členských států, nový suverén svého druhu. Vychází totiž z toho, že suverenita je schopností plnit regulační funkce (na jiném místě knihy „schopností zabezpečovat potřeby společnosti“). Obávám se ovšem, že toto pojetí je příliš široké: vedle suverénních států i EU bychom se mohli dobat i k suverénním obcím nebo krajům. Mísí se tu také normativita s fakticitou. Lze snad dodat i to, že EU je odvozena ze smluv, tedy od států. Za znak „klasické“ suverenity naproti tomu byla považována její neodvozenost.

Přes tento názorový rozdíl se shodujeme v realistickém, a nikoliv idealistickém, hodnocení střetů evropského a národního práva (realismus a idealismus ve smyslu teorií mezinárodních vztahů: ve zkratce „zájmy versus hodnoty“). Nedá se vystavět všemi akceptovaná teorie přednosti, není tu definitivní vítěz. Po mém soudu je to konflikt, do něž v konečném důsledku vstupuje politika, jež by určila řešení zásadního konfliktu Evropského soudního dvora a ústavního soudu členského státu.

Pohybujeme-li se ovšem v běžných poměrech právních, tj. mimo revoluci v právním smyslu, „máme svůj osud“ v rukou v míře limitované interpretací evropského práva Evropským soudním dvorem. Do značné míry totiž záleží na interpretovi, co prohlásí za smysl pravidla stanoveného někým jiným. Nedá se přitom říci, že by Evropský soudní dvůr měl v případných tenzích mezi EU a (některými) členskými státy pověst neutrála. Reagovat na jeho rozhodnutí změnami primárního práva je zčásti protismyslné (on je vykladačem práva), zčásti nepraktické (ustavující mocí jsou tu státy jako celek, nikoliv stát jednotlivý: vždy se najde někdo, třeba Belgie, komu rozhodnutí ESD vyhovuje, i kdyby bylo leckým jiným považováno za excesivní).

Hamulákova kniha je hutná a informačně bohatá. Dozvíme se v ní leccos o vývoji evropského práva i jeho vztazích s národními právními řády. Vrhá světlo na vztah mezi změnou poměrů a klasickými pojmy, respektive na to, zda jsou pojmy odrazem reality, anebo ji rovněž konstituují. Po pravdě řečeno je totiž z hlediska obvyklého fungování jedno, je-li EU suverénní, čili nic. Pokud ji ovšem za suverénní prohlašujeme, posilujeme (a legitimizujeme) její pozici pro případ střetů s členskými státy. Suverenita, to přece zní!

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

doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

**Gábriš T. Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861.
Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, 508 s.**

Vo februári 2014 bola publikovaná vedecká monografia Tomáša Gábriša nazvaná *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861*. Autora tejto monografie širokej právnickej verejnosti netreba obzvlášť predstavovať: Doc. JUDr. PhDr. Tomáš Gábriš, PhD., LL.M., MA, vedecky a pedagogicky pôsobí na Katedre právnych dejín Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave. Vo svojej vedeckej práci sa venuje dejinám štátu a práva na území Slovenska. Zameriava sa primárne na dejiny súkromného práva, dejiny riešenia sporov ako aj na otázky metodológie právnych dejín. Tomáš Gábriš je autorom štyroch vedeckých monografií a viac ako stovky vedeckých a odborných príspevkov. (Verejnosti však môže byť známy aj svojím autorstvom niekoľkých publikácií venujúcich sa problematike športového práva.)

O vývoji práva v Uhorsku bolo napísaných mnoho publikácií, a preto by sa mohlo zdať, že uhorské právne dejiny už nemôžu poskytnúť dostatok priestoru na solidný a jedinečný vedecký výskum. Monografia Tomáša Gábriša *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861* však svedčí diametrálne o niečom inom. Nepochybne je to dané aj osobou autora, ktorý k spracovaniu problematiky pristúpil nielen inovatívnym spôsobom, ale v spojení s ním predostrel aj mnoho nových pohľadov, ktorých charakteristickým znakom je ich ucelenosť. A to bez ohľadu na to, či s nimi súhlasíme alebo o niektorých vyjadrujeme pochybnosť. Nemožno však poprieť, že autor v posudzovanej monografii predkladá argumentačnú kvantitu spojenú s kvalitou ako výraz celkovej hĺbky poznania zvolenej problematiky. Tomu zodpovedá aj zvolené štrukturálne členenie práce.

Autor rozdelil publikáciu do troch nosných kapitol. V prvej z nich s názvom *Kontext a analýza Dočasných súdnych pravidiel* sa pomerne podrobne snaží uviesť do pertraktovanej problematiky. Druhá kapitola s názvom *Dočasné súdne pravidlá : Historickoprávny komentár* je nosnou časťou práce, a je deskripciou ako aj analýzou jednotlivých právnych inštitútov Dočasných súdnych pravidiel. Tretia kapitola – ako už naznačuje jej názov – *Ideiglenes Törvénykezési Szabályok: Originálne znenie* je pôvodným znením samotných Dočasných súdnych pravidiel.

Podkapitolu 1.1 s názvom *Metodológia právnohistorických komentovaných edícií* začína autor sumarizujúcim pohľadom na právnu históriu (dejiny štátu a práva, históriu práva) vyúsťujúcim do zásadných postojov o jej pozíciách v kontexte metodologických východísk a stavov v rovinách úvah: právne odvetvie, právna disciplína? Hoci sa jedná o časť práce zaujímavú a dobre spracovanú, sme toho názoru, že táto časť monografie má k tematickému zameraniu práce do určitej miery charakter nezapadajúci do celkového sledovaného kontextu. Naproti tomu časť 1.2 s názvom *Uhorsko medzi neoabsolutistickým centralizmom a liberálnym konštitucionalizmom v rokoch 1848–1867* metodologicko-logicky nezameniteľne participuje s hlavným cieľom práce. Výstižný náčrt spoločensko-politického rámca rokov, v ktorých je zasadené gro predpolia nutnosti i opodstatnenosti toho, čo je skutočným jadrom záujmu práce. A to všetko bez vypätej aktivizácie snáh o prílišnú detailizáciu súvzťažných javov.

Do tohto rámca v časti 1.3 *Judexkuriálna konferencia a Dočasné súdne pravidlá* zasadzuje autor Judexkuriálnu konferenciu a Dočasné súdne (právne) pravidlá v historickom poukaze na obdobie od modernizácie uhorského feudálneho práva počnúc štyridsiatimi rokmi 19. storočia. Cennými sú úvahy i následná polemika o postavení Dočasných súdnych (právnych) pravidiel vo vzťahu k prameňom práva. Námiety však vyslovujeme k vysvetľovacím častiam ohľadom prameňov práva, ktoré do značnej miery pôsobia učebnicovo a narúšajú tak nevyhnutný, ale v práci aj obsiahnutý, prevažne vedecký charakter publikácie.

V časti práce 1.4 s názvom *Dočasné súdne pravidlá ako nástroj právnej (dis)kontinuity* rieši autor otázku kontinuity a diskontinuity vo vzťahu k Dočasným súdnym (právnym) pravidlám. Za pozoruhodnú považujeme skutočnosť, že autor zároveň rozprúdil do značnej miery pojmomologicky bohatú teoreticko-právnu dišputu nielen v rovine predchádzajúcich úvah, ale tieto prekračuje. A to všetko s použitím rovnakej, nami už v predchádzajúcom namietaní spomenutej, metodológie – pojmomologické rozboru a definície. V súvislosti s autorom prezentovanými úvahami v kontexte prezentovania názorov popredných maďarských právnych historikov, i historikov všeobecných, však absentuje nešpekulatívne vyriešenie dôsledkov porážky uhorskej revolúcie rokov meruôsmych z pohľadu víťaza v reálno-pragmatickej rovine. K tejto časti vyslovujeme ešte jednu úvahu: Je nesporne správne, že v prvej časti práce sa jej autor venoval rozboru postavenia Dočasných súdných (právných) pravidiel v historicite existencie uhorského právneho poriadku i práva na území Uhorska. Je otázkou, či nešlo až o myšlienkovú „preplnenosť“ teoretického rozboru v danej kvantitatívnej oblasti navonok pôsobiacej ako podoba „vynucovanej ekvilibristiky“ na úkor väčšej zrozumiteľnosti a tým aj prístupnosti i vyťažiteľnosti.

Zaujímavou časťou práce je podkapitola 1.5 nazvaná *Záujmy a hodnoty v Dočasných súdnych pravidlách: Medzi tradíciou a modernizáciou*. Autor tu do istej miery poukazuje na kontroverznosť uhorského práva nachádzajúceho sa medzi zakorenenou tradíciou a nevyhnutnými snahami o jeho modernizáciu. A to v širokom historickom diapazóne od prastarých právnych úprav a obyčají. Vyúsťujúcim záverom tohto konfliktu sú Dočasné súdne (právne) pravidlá obsiahnuté v časti 1.6 (*Dočasné súdne pravidlá vo vývoji uhorského práva „dlhého 19. storočia“*) svojou prelomovou štruktúrou, ktorá historicky prvýkrát vyjadruje členenie uhorského právneho poriadku na moderné právne odvetvia. Zároveň autor využil vhodný kontext Dočasných súdných (právných) pravidiel a zasadil ho do vývoja komplexu uhorského práva v relácii 19. storočia. To v konečnom dôsledku prispelo k tomu, že sa dosiahla nielen prehľadnosť a ucelenosť s vysokou mierou vypovedateľnosti o nezameniteľnom medzníkovovo-progresívnom vplyve Dočasných súdných (právných) pravidiel v rovine uhorského práva do roku 1848 a počas neoabsolutizmu, ale aj vývoja uhorského práva po tomto období a tiež proces jeho ďalšej významnej premeny v rokoch dualistického štátneho rakúsko-uhorského usporiadania. Hodnotiaci je potrebné konštatovať, že nielen toto všetko autor podáva so znalosťou veci, s vysokým nasadením svojho nemalého vedeckého potenciálu. Akceptovateľne tak pre oblasť právnej histórie, ako aj pre jednotlivé právne odvetvia.

Osobitnú pozornosť zasluhuje druhá časť práce subsumujúca Dočasné súdne (právne) pravidlá: Historickoprávny komentár. Bez zveličovania ju možno označiť za jedinečný a zásadný prínos pre právnu historiografiu.

Celkovo monografiu Tomáša Gábrisa *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861* i s ostatnými jej na tomto mieste nemenovanými prvkami (poznámkový aparát, literatúra atď...) hodnotíme vysoko pozitívne. Konštatujeme, že publikácia je rozhodne obohatením nášho právno-historického poznania, a posúva ho o značnú dĺžku ďalej. Publikáciu hodnotíme pozitívne aj z pohľadu formy akou je písaná. Autor sa vyvaroval ťažkopádny nezrozumiteľným termínom a práca je (s výnimkou vyššie uvedenej) zrozumiteľná. *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861* sú vhodným doplnkom literatúry mapujúcej vývoj štátu a práva (a jeho aplikácie) na našom území.

prof. JUDr. Dr.h.c. Peter Mosný, CSc.

Právnická fakulta Trnavské univerzity v Trnave

JUDr. PhDr. Róbert Jáger, PhD.

Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Mezinárodní seminář „Vývoj práva v propojeném světě“ Soul, 12. května 2014

Pojem globalizace, a globalizace v právu vůbec, je v posledních letech v právní nauce vyjadřován různě. Organizátoři semináře na toto téma z Právnického výzkumného ústavu na jihokorejské *Hankuk University of Foreign Studies* sáhli po trefném vyjádření „propojený svět“. Díky informačním technologiím, ale také díky rostoucí celosvětové komunikaci právníků v anglickém jazyce sílí vzájemné poznávání a vzájemné ovlivňování různých právních systémů a kultur.

Hankuk University of Foreign Studies letos slaví 60. výročí svého vzniku. Rok po příměří mezi Severní a Jižní Koreou s novým názvem pro Jižní Koreu „Hankuk“, neboť původní, historické označení korejského státu „Čoson“ si přivlastnila Korea severní. Se svými 640 akademickými pracovníky je největší univerzitou svého druhu v Jižní Koreji, z nichž 30 % jsou cizinci. Spolupracuje s 522 univerzitami z 84 zemí a studuje na ní přes 21 tisíc studentů. Měsíc po oslavě výročí této univerzity, na níž promluvil i prezident USA Barack Obama, uspořádal její Právnický výzkumný ústav tento mezinárodní seminář, jehož se zúčastnili řečníci z různých koutů světa od USA přes Turecko, Egypt, Mongolsko až, samozřejmě, po Jižní Koreu. EU měl tu cest zastupovat autor této zprávy. Právnický výzkumný ústav hraje v současné době významnou roli v oblasti srovnávací právní vědy v Jižní Koreji, zejména pokud jde o výzkum právních transplantátů.

Ředitel Právnického výzkumného ústavu profesor *Jaewan Moon* připomněl ústavní vývoj své země po roce 1988, kdy vznikl v Jižní Koreji ústavní soud. Tím se Jižní Korea nejen opět trochu více odlišila od Japonska, které má americký systém nejvyššího soudu, ale současně si vytvořila potenciál pro četné kompetenční spory mezi ústavním soudem a nejvyšším soudem. Ostatně recepce německého modelu ústavního soudu (a profesor Moon neopomněl připomenout i význam koncepce československého ústavního soudnictví podle naší ústavní listiny z roku 1920 pro korejskou ústavní doktrínu) naznačil úvodní řečník nosné téma semináře, totiž působení právních transplantátů v hostitelském právním prostředí. V roce 1948 napsal významný německý právní filozof Gustav Radbruch o vlivu německého práva v Koreji, že bylo v zemi tak hluboce zakořeněno, že se Američanům nepodařilo nahradit ho americkým systémem. I když ten se prosadil v posledních letech v právu veřejném, hlavně v trestním procesu. Japonsko považoval Radbruch za „nepříjemného zprostředkovatele“ německého práva a vyzýval k přímé recepci dalších právních transplantátů z Německa.¹ I Hans Kelsen byl v padesátých letech minulého století připraven zapojit se do formování nového korejského práva, ovšem za předpokladu, že země bude sjednocena.²

Profesor *Murat Sen*, děkan Právnické fakulty *Meliksah University* v tureckém Kayseri na vývoji tureckého právního systému předvedl recepční téma velmi názorně. Současné turecké právo je složeno vesměs z právních transplantátů kontinentální Evropy, které ovšem čelí konkurenci islámského práva a islámského právního výkladu. *In margine* je třeba poznamenat,

¹ RADBRUCH, G. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Heidelberg, 1948, s. 51–52.

² CHONKO, Choi. East Asian Encounters with Western Law and the Emergence of Assian Jurisprudence. In: M. Tomášek – G. Mühleman. *Interpretation of Law in China – Roots and perspectives*. Praha: Karolinum, 2011, s. 97–108.

že turecká doktrína, ale i Turecko samo, se v jižní Koreji těší velké vážnosti. V roce 1950 to byla právě turecká armáda, která se v rozhodující bitvě o přístav Pusan zasloužila o zásadní obrát v korejské válce.

Profesor *Sherif Heikal* z Egypta, tč. působící na *Hankuk University of Foreign Studies* navázal na výklad tureckého předřečníka srovnáním ústavního vývoje v těch zemích arabského světa, které si prošly tzv. „arabským jarem“. Předvedl, že přes vnějškově dokonalý soulad ústavních dokumentů těchto zemí se západními předobrazy fakticky obtížně fungují některé principy parlamentní demokracie, jakož i dokonalá dělba moci. Arabské republikánské ústavy vykazaly historickou tendenci posilovat politickou moc vládnoucích elit. Pokusilo se o to i Muslimské bratrstvo po svržení *Husního Mubáraka*. Ústavní technologie, jak omezovat prezidentské pravomoci, nebyly v arabském světě příliš úspěšné. Naopak se mnohdy prosazovaly technologie omezování základních svobod, demokracie a pluralismu. Podrobněji profesor Heikal komentoval zejména ústavu vlastní země Egypta z roku 2014 a její odklon od původního prezidentského systému k systému parlamentnímu.

Hospodářská a měnová unie EU je do jisté míry také právním transplantátem. Snaží se dosáhnout měnové unifikace jako v USA, ale v Evropské unii se nepodařilo nalézt mezi členskými státy shodu postavit proti unifikaci měnové též unifikaci rozpočtovou tak, jako je tomu právě v USA. Na tuto i další příčiny krize eurozóny upozornil v Soulu autor této zprávy. Řešení krize eurozóny se na počátku našeho desetiletí soustředilo směrem k posílení exekutivních pravomocí orgánů EU tak, aby se koordinované rozpočtové pravomoci dostaly pod větší tlak, aniž by tím byla dotčena konstrukce Smlouvy o fungování EU. Perspektiva, že by se protipólem měnové unie s jednotnou měnou, jednotnou měnovou politikou a jednou centrální bankou mohla stát rozpočtová unie s centrálním rozpočtem, jednotnou rozpočtovou politikou a centrální rozpočtovou vládou se v této chvíli jeví jako utopie. Takové řešení by znamenalo zásadní změnu koncepce a znění zakládacích smluv, s níž by řada členských zemí, včetně Česka, určitě nesouhlasila. Proto se zatím realizovala jen dílčí řešení, která sice vykročila naznačeným směrem, ale nepřekračují rámec platného primárního práva EU. I když jsou často na jeho hraně.³ V následně diskusi upozornili zejména američtí účastníci semináře, že i v případě rozpočtové harmonizace nebo dokonce unifikace by EU měla k americkému modelu stále poměrně daleko. V EU se zatím například nepočítá se vznikem analogonu americké federální daně. Také systémy sociálního a zdravotního pojištění nebudou ani ve výhledu unijní pravomocí tak, jako jsou v USA pravomocí federální. A právě tyto systémy jsou v podmínkách evropských států sociálního blahobytu jedním z největších zdrojů rozpočtových deficitů.

Profesor *Doljin S.* z Právnické fakulty Mongolské národní univerzity v Ulánbátaru informoval o novém systému zahraničních investic v Mongolsku po přijetí investičního zákona z roku 2013. Ten má podpořit příliv investorů, ochranu jejich práv a majetku, ale také zachovat státní regulaci investic. V Mongolsku byl už v roce 2006 zrušen diskriminační přístup k zahraničním investorům. Ovšem vyžaduje se, aby cizinci investovali minimálně 100 tisíc USD. Cizí subjekty mohou vlastnit i 100 % jakéhokoli registrovaného podniku, aniž by jakkoli musely začlenit mongolský subjekt. Mongolská strana si neprověřuje ani investice, ani investory, jen zjišťuje, zda je navrhovaná aktivita podniku legální. Mongolský systém je zjevným transplantátem čínského postupu vůči zahraničním investorům, o čemž svědčí nejméně dvě skutečnosti: zahraniční subjekty nesmějí, stejně jako v Číně, vlastnit půdu a pro těžbu vyhrazených nerostů, třeba uranu, musí být dán souhlas potvrzený Agenturou pro jadernou energetiku.

³ TOMÁŠEK, Michal. The Crisis of the Economic and Monetary Union and its Solution (or Dissolution?). *The Lawyer Quarterly*. 2014, č. 2, s. 74–90.

Seminář v Soulu byl méně analytickou akcí, nicméně byl mimořádně zajímavým souhrnem poznatků, jak fungují právní transplantáty v různých právních kulturách. Stále častěji se mluví o rozporu mezi psanou normou „*law in books*“ a jejím výkladem „*law in action*“ právě v takových zemích, jako je Jižní Korea, Japonsko nebo Čína. Z vystoupení bylo zřejmé, že k obdobným střetům mezi literou zákona a jejím výkladem dochází také v prostoru vlivu islámského myšlení i jinde, což je jistě podnět pro další zkoumání právní vědy.

Příspěvek vznikl v rámci programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově PRVOUK 06 „Veřejné právo v kontextu europeizace a globalizace“.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.
Právnícká fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Výroční konference o evropském právu 2014

Dne 21. února 2014 pořádalo renomované akademické pracoviště King's College v samotném srdci Londýna *Výroční konferenci o evropském právu (Annual European Law Conference)*. Tato konference má dlouholetou tradici a jejím hlavním smyslem je seznámit její účastníky s aktuálním vývojem na poli unijního práva. O tom, že se jedná o akci velmi významnou a široce uznávanou, svědčí nejlépe seznam hostů, kteří jsou každoročně na akci zváni, aby tam aktivně vystupovali (tento rok např. soudce Soudního dvora *Marek Safjan* nebo akademická legenda unijního práva prof. *Takis Tridimas*). Pasivně se konference každý rok účastní velký počet zástupců jak z akademické sféry, tak i právní praxe (nejen) z mnoha členských států EU (letos např. Francie, Spojeného království, ČR, Dánska atd.).

Dopolední části konference předsedal prof. *Sir Francis Jacobs QC*, předseda The Centre of European Law na King's College a bývalý dlouholetý generální advokát při Soudním dvoru. Odpolední části předsedal Mr Justice *Nicholas Green QC*, člen Vrchního soudu (Queen's Bench Division) a hostující profesor na Durham Law School. Konference byla zahájena prof. *Francisem Jacobsem*, který v krátkosti pohovořil o významu a smyslu tohoto setkání, jakož i o historii King's College. Po něm promluvil čestný host *Marek Safjan*, soudce Soudního dvora EU, který se ve své řeči soustředil na otázky spojené s čl. 47 Listiny základních práv EU, zejména na právo na spravedlivý proces.

Poté vystoupil prof. *Takis Tridimas* (King's College), který ve svém příspěvku rozebíral recentní judikaturu SDEU v oblasti soudní ochrany poskytované právem EU. V rámci svého příspěvku věnoval zvláštní pozornost mimo jiné vyústění tzv. „protiteroristické judikatury“ v případě Kadi II (C-584/10 P, C-593/10 P a C-595/10 P). Taktéž se obšírně věnoval otázce uplatňování Listiny základních práv EU (zejména případům C-617/10 Fransson a C-176/12 AMS).

Po krátké přestávce se slova ujala prof. *Eleanor Spaventa* (Durham University) na téma unijního občanství a otázek s ním spojených. V rámci své prezentace detailně rozebrala judikaturu ze tří oblastí spojených s unijním občanstvím. Za prvé se věnovala otázce přiznávání podpor studentům (případy C-275/12 Elric, C-220/12 Thiele Meneses a C-523/11 Prinz). Za druhé zmínila odklon SDEU od jeho dřívější judikatury reprezentované případem Zambrano (případ C-86/12 Alokpa). Konečně za třetí kritizovala přístup SDEU ve věci výkladu čl. 28 odst. 3 písm. a) směrnice 2004/38/ES (případ C-400/12 G).

Následující prostor byl vyhrazen uznávanému odborníkovi na právo životního prostředí *Robertu McCrackenovi QC* (Francis Taylor Building). Ten ve své řeči zejména zdůraznil obrat

v neochotě britských soudů přijímat a aplikovat právo životního prostředí EU (případ *Walton v Scottish Ministers* 2013 UKSC 44). Dále se věnoval např. problematice EIA (případ C-177/09 *Solvay*) nebo otázkám spojeným se směrnicí 2003/35/ES (případ C-72/12 *Altrip*) a se směrnicí 2001/42/ES (případ C-567/10 *Inter-Environnement Bruxelles ASBL*).

Odpolední část konference, které předsedal Mr Justice *Nicholas Green* QC, zahájila uznávaná odbornice na soutěžní právo prof. *Alison Jones* (King's College). Ve svém příspěvku komentovala judikaturu SDEU vztahující se k čl. 101 a 102 SFEU (případy C-179/12 P *The Dow Chemical Company*, C-32/11 *Allianz Hungaria*, C-439/11 P *Ziegler SA*). Zaměřila se taktéž na otázky vymáhání soutěžního práva (případy C-501/11 P *Schindler Holding SA* a C-536/11 *Donau Chemie*). Zabývala se také návrhem směrnice o pravidlech upravujících žaloby o náhradu škody v případech porušení právních předpisů v oblasti hospodářské soutěže, která byla představena 11. 6. 2013 (COM/2013/404 final). Závěrem se i stručně zmínila o vývoji v oblasti spojování soutěžitelů (případ T-79/12 *Cisco*).

Prof. *Alison Jones* tematicky vhodně doplnil bezprostředně navazující referát *Robina Griffitha* (King's College), který nabídl svůj pohled na problematiku veřejných podpor v právu EU. Téma pokryl takřka kompletně. Od samotného pojmu veřejných podpor, přes výklad pojmu podnik (případ C-113/07 P *Selex Sistemi Integrati*) a poskytování státních záruk (případ C-214/12 P *Land Burgenland*) až po povolení odpočtu ztrát pro daňové účely (případ C-6/12 P *OY*). Rovněž se zamyslel nad procesními aspekty nařízení 734/2013 a nakonec okomentoval korespondenci mezi místopředsedou komise *Joaquínem Almuníou* a francouzským ministrem *Arnaudem Montebourgem* na téma modernizace regulace veřejných podpor v EU.

Po krátké přestávce předestřel své úvahy nad právem na ochranu spotřebitele přední odborník na danou problematiku prof. *Hans Micklitz* (European University Institute). Zamýšlel se přitom především nad otázkami spojenými se směrnicí 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách (případy C-618/10 *Banco Español de Crédito*, C-453/10 *Pereničová a Perenič*, C-92/11 *RWE Vertrieb AG*, C-413/12 *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*).

Konferenci završil *Kieron Beal* QC (Blackstone Chambers) tématem aplikace unijního práva anglickými soudy. Ve své zajímavé prezentaci zmínil náhled anglického tisku na aplikaci Listiny základních práv EU ve Spojeném království. Vztah práva EU a anglických soudů přirovnal k etapám lidského života, přičemž v současnosti lze dle něho hovořit o krizi středního věku. Obsáhle se také věnoval Protokolu č. 30 o uplatňování Listiny základních práv EU v Polsku a Spojeném království.

Přínos této konference lze zejména spatřovat v obšírném seznámení s aktuální judikaturou SDEU v podání předních teoretiků i praktiků daných oborů. V rámci jednodenní konference se přednášejícím podařilo stručně a srozumitelně představit základní trendy vývoje klíčových oblastí unijního práva. Závěrem lze proto shrnout, že konference pořádaná akademickým pracovištěm King's College v Londýně představuje nanejvýš úspornou cestu jak získat aktuální a hodnotné vědecké poznatky z mnoha oblastí práva EU.

Mgr. et Mgr. Petr Navrátil

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Vojtěch Belling

The Concept of Sovereignty and Its Relevance in the Era of Post-National Governance

Abstract: It became a topos of academic debate of last two decades to question or even contest “traditional” concepts of the political theory and constitutional law like the (nation-)state and the sovereignty, whose notion became the focal point of the debate about post-Westphalian statehood. While David Held stated yet in 1996, that the scholars on democracy “have not seriously questioned whether the nation-state itself can remain at the centre of democratic thought,” the relation between nation-state, democracy and sovereignty had been elaborated in several major works since then. The poststructuralist critic of sovereignty, the redefinition of its term in “methodological cosmopolitanism” as well as radical-pluralist transformation of sovereignty into multiple “sovereignty claims” are challenging classical understandings of sovereignty. However, the new approaches to the “late” sovereignty of post-Westphalian period cannot escape major logical difficulties in dealing with critical situations, in which political units are either re-constituting themselves or are saving themselves before a destruction with the means of emergency measures breaching their own rules. In this article, I try to defend the relevance of the concept of sovereignty, not as a description of the material quality of power relations but as a normative concept whose sense consists in the imagination of social and political reality as a unity. This form of imagination is a precondition for any conception of legitimacy of a constituted order with a balance between the rule of law and democracy. It is precisely this balance, that is endangered by current alternative conceptions of legitimacy without sovereignty.

Key words: sovereignty, state, sovereignty, cosmopolitanism, radical democracy

Filip Křepelka

Twenty Years of Cooperation of the Member States in Consular Protection (but not in Diplomatic Protection) of Citizens of the European Union in the World

Abstract: According to the founding treaties, citizens of the European Union enjoy diplomatic and consular protection by missions of other member states in non-member states where a mission of their home state is absenting. Twenty years later, however, it is obvious that related cooperation is restricted to consular assistance. Diplomatic interventions in favour of nationals of the other member states are rare. Their diplomatic protection is missing absolutely. It is hard to cooperate in these activities due to weakness of supranational citizenship if compared with nationality and due their discretionary nature. The member states failed for years to notify and clarify this specific multilateral cooperation to non-member states. Recent effort to set detailed rules of consular cooperation with a directive encounters lack of legislation addressing many types of consular assistance to their own nationals in many member states (included Czechia). The member states also hardly find consensus on the role of the European Union. The limits of integration are reflected in retention of diplomatic relations among the member states and in continuation of consular assistance to their own nationals moving within the European Union.

Key words: European Union, consular assistance, diplomatic protection, citizenship and nationality

Jan Malíř

State Liability in Tort with Respect to Breaches of International Undertakings under Czech Law, or between What Is And What Is Not

Abstract: In the last years, the relationship between Czech and international law has been substantially redefined. By now, The Czech Republic shall be obliged to respect its undertakings under international law (Art 1-2 Constitution), published treaties ratified upon the consent of the Parliament shall be “the part of the legal order” with precedence over any conflicting provision of the Acts of the Czech Parliament (Art 10 Constitution), and, under the case-law of the Czech Constitutional Court, treaties on human rights shall have the same rank as the provisions of domestic constitutional law. However, legal consequences of these transformations are still subject to debate. This is also true of the liability of the Czech State in tort for breaches of its international undertakings. The present article argues such liability shall be recognized at least with regard to treaties coming in the ambit of Art 10 Constitution. This view is supported by comparison with France and Poland, or States, which, under comparable constitutional setting, have come to recognize such liability in tort, an, also by reference to the rule of law principles which the Czech Constitutional Court views as the key legal ground for the existence of the State liability in tort.

Key words: State liability in tort, breach of international undertakings, Czech Republic, France, Poland

Karel Svoboda

Procedural Comments on the New Regime of Adoption of a Minor Child

Abstract: Adoption of a minor child is one of the legal institutions was significantly changed with the adoption of the new Civil Code (NCC). This is why the author of this article closely analyzes the institute in order to be able to predict whether such changes will bring about positive change or not. This article highlights that the new rules could lead to the dilution of the adoption procedure (§ 427 NCC). This would lead to an extension of the process of adoption. The court is required to establish several guardians at the same time for one child. This fact, however, does not automatically lead to the improvement of the status of the adopted child. Author also critiques the procedure for supervision success of the rate of adoption (§ 840 NCC) in the form in which it was entered into the new law. Also the time-unlimited possibility possibility for the adoptee and the adopter to submit a proposal for the abolition of irreversible adoption due to violation of the law, “ reasons is something the author does not consider as a step in the right direction.

Key words: adoption, guardian, legal representative, adoptive, adoptee, minor child