

LIDSKÁ PRÁVA A ROZHODOVÁNÍ V REFERENDU

Jan Wintr* – Daniel Askari**

Abstrakt: Článek se věnuje problematice konfliktu ochrany lidských práv a rozhodování v referendu. Nejprve jsou představeny příklady stejnopohlavních manželství ve Spojených státech a zákazu stavby minaretů ve Švýcarsku. Ve Spojených státech dochází ke konfliktu ústavních dodatků jednotlivých států schválených v referendu, v nichž je manželství definováno jako svazek muže a ženy, a judikatury federálních soudů, které považují tyto dodatky za rozporné s principem rovnosti garantovaným federální ústavou. Ve Švýcarsku byla přijata v referendu změna federální ústavy zakazující stavbu minaretů, jež vyvolala debatu o možnosti nerespektování rozhodnutí ústavodárce Spolkovým soudem. V kontextu uvedených aktuálních případů článek nejprve rozebírá možnost úplného vyloučení konání referend o lidských právech. Vyluka z možnosti konat referendum může mít řadu podob, které jsou popsány s uvedením praktických problémů slovenské a slovinské úpravy. V zásadě jde o škálu pěti možností, z nichž ta nejméně restriktivní umožňuje v referendu přijmout jakoukoliv úpravu neodporující materiálnímu jádru ústavy, zatímco ta nejvíce restriktivní zakazuje konání referend jakkoliv se dotýkajících rozsahu lidských práv. Závěrečná kapitola obsahuje teoretické pojednání o legitimitě rozhodnutí přijatých v referendu jako takových s ohledem na možnost jejich aposterioriho soudního přezkumu a apriorních výluk.

Klíčová slova: přímá demokracie, základní práva, ústavní přezkum, práva LGBT osob, ústavní principy

ÚVOD

Lid je v demokratickém státě suverénním, ale základní práva a svobody jsou nezadatelné a nezrušitelné. Tyto dvě klíčové zásady moderního státu se dostávají poměrně často do kolize, a to jak při hlasování parlamentu o omezení základních práv, tak – ještě citelněji – při přímém hlasování lidu v referendu o lidskoprávních tématech. Právě rozhodování referendem o lidských právech se budeme věnovat.

Konkrétních případů z poslední doby není málo. V roce 2009 švýcarští voliči většinou 58 % hlasů¹ v referendu odhlasovali novelu, kterou bylo do ústavy vloženo ustanovení, jež zní: „*Stavba minaretů se zakazuje*“.² V roce 2008 se v Kalifornii konalo referendum o schválení dodatku kalifornské ústavy, který by definoval manželství jako svazek muže a ženy (*Proposition 8*); dodatek ústavy byl schválen většinou 52 % hlasů voličů.³

Na stejné téma proběhlo referendum 7. února 2015 na Slovensku. Předcházelo tomu rozhodnutí slovenského *Ústavného súdu* Pl. ÚS 24/2014 z 28. října 2014, v němž tři

* Doc. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: wintr@prf.cuni.cz. Zpracováno v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, s názvem *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu* a projektu SVV č. 260 139, *Teorie ústavy a lidských práv*.

** Daniel Askari, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: askari.daniel@gmail.com. Zpracováno v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, s názvem *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu* a projektu SVV č. 260 139, *Teorie ústavy a lidských práv*.

¹ Schweizerische Bundeskanzlei: Vorlage Nr. 57. *Ergebnisse der Volksabstimmung vom 29. 11. 2009*.

² „*Der Bau von Minaretten ist verboten.*“ BV 72 III (Bundeverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999).

³ California Secretary of State: Statement of Vote: 2008 General Election, 13. prosince 2008.

z otázek byly shledány slučitelnými s čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy, podle něhož předmětem referenda nemohou být základní práva a svobody; jednu otázku *Ústavný súd* nepřipustil. Slovenské referendum bylo nakonec neplatné pro nedostatečnou účast občanů. Referendum o definici manželství jako svazku muže a ženy se konalo i v Chorvatsku 1. prosince 2013; 66 % voličů hlasovalo pro tuto definici. Slovenské referendum z 25. března 2012 a z 20. prosince 2015 odmítlo většinou 55 %, respektive 63 % hlasů nový kodex rodinného práva přijatý parlamentem, mimo jiné rozšiřující práva registrovaných partnerů. 22. května 2015 Irové většinou 62 % hlasů při šedesátiprocentní účasti potvrdili oběma komorami parlamentu schválený⁴ třicátý čtvrtý dodatek irské ústavy, podle kterého sňatek může být uzavřen mezi dvěma osobami bez ohledu na pohlaví; jde tak o vůbec první zavedení „*same-sex marriage*“ na světě, které se událo cestou referenda.

Státy přistupují k možným kolizím demokratické legitimacy rozhodnutí v referendu na straně jedné a nezadatelnosti a nezrušitelnosti základních práv a svobod na straně druhé různě. Můžeme vysledovat tři typická řešení:

- 1) V některých státech se referenda nekonají. Tak tomu je například na celostátní úrovni v Německu, v Belgii nebo v USA. Ve Velké Británii se referenda konají jen z vůle suverénního parlamentu.⁵ Těmito státy se zabývat nebudeme.
- 2) V některých státech je sice referendum možné konat, ale z možných otázek jsou vyloučeny ty, které se týkají základních práv a svobody. Článek 93 odst. 3 slovenské ústavy už byl zmíněn. O podobné vyluce se uvažuje v připravovaném českém vládním návrhu ústavního zákona o celostátním referendu. Nad dodržováním výluk bdí ústavní soudy. Varianty těchto výluk si rozebereme níže.
- 3) Některé státy či země jsou proslulé velmi širokým používáním referend, platí to zejména o Švýcarsku a o Kalifornii. I v těchto případech však existují instance, které přípustnost případného zásahu do základních práv a svobod mohou přezkoumat. Ve Spojených státech amerických to jsou federální soudy interpretující Ústavu USA a ve vztahu ke Švýcarsku Evropský soud pro lidská práva, který interpretuje Úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod.

Od této specifické konstelace (ad 3) začneme a poznatky zde získané pak využijeme v dalších úvahách o lidskoprávních výlukách, jejich vhodnosti a způsobu interpretace (ad 2). V závěru článku pak zasadíme zmíněnou kolizi do širšího ústavněteoretického kontextu.

Není naším úkolem vyjadřovat zde svůj politický názor, zda jsou referenda obecně přínosná, či ne. Ostatně takový soud lze těžko učinit nezávisle na historickém kontextu té či oné země a ústavy. Ačkoli se ústavní systémy jednotlivých států vzájemně ovlivňují a určité instituty se inspiřují v jiných ústavách či přímo transplantují,⁶ přece jen i nadále

⁴ Podle čl. 46 a 47 irské ústavy vyžaduje změna ústavy souhlas obou komor parlamentu a většiny občanů hlasujících v referendu.

⁵ K suverenitě parlamentu ve Velké Británii aktuálně PÍŠA, R. Je suverenita Parlamentu stále živá? *Právník*. 2014, roč. 153, č. 11, s. 988–1006; KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 165–172.

⁶ Srov. v české právní vědě texty Kristiána Léka, např. LÉKO, K. Zahraniční inspirace při změnách ústav. In: J. Wintř – M. Antoš (eds). *Ústavní právo v mezinárodním kontextu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická

matkou ústavy je historie.⁷ Řešení fungující v jednom státě nejsou snadno přenositelná jinam. Referenda v jednotlivých státech jsou také různě konstruována, jsou decisní či poradní, obligatorní či fakultativní, vázaná na různé podmínky atd.; i toho se dotkneme jen okrajově tam, kde konkrétní podoba referenda má zásadní význam pro naše téma.

Zde se zaměříme jen na jeden dílčí problém – na možnou kolizi demokratického rozhodování v referendu a ochrany základních práv a svobod – a budeme sledovat různé řešení tohoto problému, judičiální i legislativní.

1. EXTERNÍ PŘEZKUM VÝSLEDKU REFEREND O LIDSKÝCH PRÁVECH

Zmíněný kalifornský a švýcarský případ spojuje jeden relativně nový fenomén – střet práv či zájmů příslušníků určité, v dané společnosti zpravidla nepopulární, menšiny a vůli většiny, která prosazuje omezování (či nerozšiřování) těchto práv demokratickými mechanismy. Podívejme se, jak rozhodují soudní orgány, které poměřují výsledek referenda požadavky federálními nebo mezinárodními standardy ochrany lidských práv.

Soudní orgány, které mají pravomoc taková opatření *ex post* externě přezkoumávat, totiž stojí před dilematem, jak zároveň chránit základní práva dotčených jednotlivců a přiměřeně respektovat silně vyjádřený názor demokratické většiny.⁸

1.1 Manželství osob stejného pohlaví v USA

Ve Spojených státech v posledních přibližně deseti letech probíhá intenzivní společenská diskuse o tom, zda mají být uzákoněny manželské svazky osob stejného pohlaví. Poprvé se tak stalo v roce 2004 na základě rozhodnutí massachusettského Nejvyššího soudu,⁹ který konstatoval, že omezení institutu manželství jen na osoby odlišného pohlaví odporuje principu zákazu diskriminace garantovanému státní ústavou. Toto rozhodnutí vyvolalo bouřlivou reakci v řadě dalších států USA, přičemž ještě v roce 2004 byla v jedenácti státech konána úspěšná referenda o ústavních dodatcích, které omezovaly institut manželství na páry odlišného pohlaví.¹⁰ Obdobně jako v Massachusetts rozhodl ještě Nejvyšší soud New Jersey v roce 2006,¹¹ kalifornský Nejvyšší soud v roce 2008 (k tomu viz níže) a o rok později Nejvyšší soud státu Iowa.¹² Až po těchto rozhodnutích byly svazky osob stejného pohlaví poprvé schváleny zákonodárci ve státě Vermont.¹³

fakulta, 2013, s. 7–16, a LĚKO, K. Srovnávací argumentace před ústavními soudy (zahraniční inspirace při interpretaci ústav). In: M. Antoš – J. Wintr (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 107–117.

⁷ LLOMPART, J. *Die Geschichtlichkeit der Prinzipien*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1976, s. 160.

⁸ K možnosti řešit toto dilema pomocí principu proporcionality srov. ASKARI, D. Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou. In: M. Antoš – J. Wintr (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 17–30.

⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N. E. 2d 941 (Mass. 2003).

¹⁰ CBS News: 11 States Ban Same-sex Marriage, článek z 30. září 2004. Dostupný z: <<http://www.cbsnews.com/news/11-states-ban-same-sex-marriage/>> (cit. 29. března 2015).

¹¹ *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N. J. 2006).

¹² *Varnum v. Brien*, 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009).

¹³ An Act to Protect Religious Freedom and Recognize Equality in Civil Marriage, Act 3, Regular Session, Session Laws of Vermont 2009.

Kalifornie

Spolu s podzimními volbami v roce 2008 se v Kalifornii konalo referendum o schválení dodatku kalifornské ústavy, který by definoval manželství jako svazek muže a ženy (*Proposition 8*). Referendum bylo po velice vyhrocené kampani úspěšně s podporou 52 % voličů.¹⁴ Tím byly v Kalifornii vytvořeny tři skupiny párů: sezdané páry odlišného pohlaví, sezdané páry stejného pohlaví¹⁵ a páry stejného pohlaví, které po přijetí ústavního dodatku již nemohly uzavřít manželství, ale na základě zákona jen občanský svazek (*civil union*). Přijetí ústavního dodatku bylo napadeno před kalifornským Nejvyšším soudem, který se nacházel v překerní situaci: necelý rok předtím rozhodl, že nedovolení manželství osob stejného pohlaví odporuje zákazu diskriminace obsaženému ve státní ústavě,¹⁶ načež voliči do ústavy dopsali pravý opak.

S tímto dilematem se soudci vypořádali tím, že respektovali výsledek referenda a konstatovali, že do ústavy byla zakotvena pouze velice úzká výjimka ze zásady rovnosti, která se vztahuje výlučně na způsobilost párů stejného pohlaví uzavřít manželství – nikoliv na jakákoliv jiná práva z manželství plynoucí.¹⁷ Tím tedy všechny tři výše uvedené skupiny získaly totožná práva a svazky osob stejného pohlaví se od svazků osob opačného pohlaví lišily výlučně tím, že se nesměly jmenovat manželství. Je třeba zmínit disentní stanovisko soudce Carlose R. Morena,¹⁸ který byl přesvědčen, že voliči neměli právo zasáhnout do ústavně garantované zásady rovnosti. S odvoláním na článek XVIII kalifornské ústavy tvrdil, že referendum znamenalo tak významnou změnu ústavy, že bylo třeba svolat ústavodárný konvent.¹⁹ Podle soudce Morena je smyslem ústavního zakotvení zásady rovnosti ochrana menšin proti rozhodnutí většiny, a tudíž z ní nelze připustit žádné výjimky. Z procedurálních důvodů tedy navrhol prohlásit celý ústavní dodatek za neplatný.

Následně se problém kalifornského dodatku dostal před federální soudy, které měly posoudit jeho soulad se 14. dodatkem federální Ústavy, jenž zakotvil (v roce 1868) rovnost před zákonem (*equal protection of the laws*). Federální obvodní soud a následně Federální odvolací soud 9. obvodu se shodly na tom, že kalifornský dodatek omezující manželství jen na páry odlišného pohlaví je v rozporu s federální ústavou a prohlásily jej za neplatný.²⁰ Argumentovaly však nikoliv rovností před zákonem, ale právní jistotou (*due proces clause*) osob stejného pohlaví, které chtějí uzavřít manželství. Odvolací soud se explicitně odmítl vyjádřit k problematice zákazu manželství osob stejného pohlaví obecně a vystačil si se závěrem, že není přípustné, aby manželství osob stejného pohlaví, která jsou již jednou uzákoněna, byla zase zrušena. Touto argumentací však soud ignoroval skutečnost, že manželství osob stejného pohlaví nebylo v Kalifornii zakotveno rozhodnutím zákonodárce, nýbrž soudu, a nevypořádal se příliš přesvědčivě s tím, zda není vyšší legitimita rozhodnutí voličů v referendu o ústavním dodatku.

¹⁴ California Secretary of State: Statement of Vote: 2008 General Election, 13. prosince 2008.

¹⁵ Nejvyšší soud Kalifornie totiž rozhodl, že manželství osob stejného pohlaví uzavřená v mezidobí, tj. do přijetí ústavního dodatku, jsou i nadále platná. *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009), IX. výrok.

¹⁶ *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).

¹⁷ *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009), I. a II. výrok.

¹⁸ *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48, 129 (Cal. 2009), Concurring and Dissenting Opinion by MORENO, J.

¹⁹ Čl. XVIII kalifornské Ústavy totiž rozlišuje mezi dodatkem (*amendment*) a změnou (*revision*). Zatímco dodatek je možné schválit referendem, k provedení hlubší změny musí být svolán ústavodárný konvent.

²⁰ *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 C. A. 9 (Cal. 2011).

Ve věci *Hollingsworth et al. v. Perry*²¹ potom rozhodoval Nejvyšší soud Spojených států, ale vyhnul se meritornímu přezkoumání. Všechna řízení jsou totiž v americkém právním systému koncipována jako sporná, a tak ve sporu o soulad státního práva s federální ústavou vystupuje jako žalovaný samotný stát (respektive některý jeho orgán), který má za úkol svůj právní řád hájit. Jelikož však politická reprezentace státu Kalifornie odmítla nadále ústavní dodatek hájit s tím, že jej sama považuje za diskriminační a homofobní, hrozilo „kontumační“ vítězství navrhovatelů. Proto se přezkoumání rozhodnutí federálního odvolacího soudu domáhala skupina soukromých osob, která tvrdila, že hájí zájem kalifornských voličů, kteří ústavní dodatek schválili. Nejvyšší soud však v těsném rozhodnutí (pět ku čtyřem) konstatoval, že navrhovatelé nemají aktivní legitimaci (*standing*), neboť nejsou napadeným rozhodnutím odvolacího soudu nikterak přímo dotčeni. Tentýž den také Nejvyšší soud vynesl rozsudek,²² jímž prohlásil za protiústavní část federálního zákona na ochranu manželství (*The Defense of Marriage Act*, DOMA), která znemožňovala uznání manželství osob stejného pohlaví pro účely federálního práva.²³ Argumentace soudu se však opírala o povinnost federace respektovat svobodu jednotlivých států manželství osob stejného pohlaví uzákonit.

Nejvyšší soud se tak nevyjádřil explicitně k protiústavnosti zákazu manželství osob stejného pohlaví. Ačkoliv tak učinil za pomoci formálních argumentů, které se nedotýkaly přímo jádra věci, jednoznačně otevřel cestu k vývoji doktríny rovného manželství (*equal marriage*), která je v americké společnosti čím dál více přijímána. Skutečnost, že se Nejvyšší soud k věci nevyjádřil přímo, však vedla k poněkud nepřehlednému právnímu procesu, pomocí nějž bitva o uzákonění manželství osob stejného pohlaví probíhala v každém státě zvlášť.

Další státy

Výše popsany vývoj otevřel cestu k soudním sporům v dalších státech USA, kde navrhovatelé již přímo argumentovali, že omezení institutu manželství na různopohlavní páry odporuje právu na rovnost před zákonem. Většina federálních soudů prvních i druhých stupňů tuto argumentaci přijala a Nejvyšší soud se opět ve všech případech odmítl příslušnými věcmi zabývat s odkazem na skutečnost, že nebyl v předchozích řízeních vysloven odlišný názor soudem prvního a druhého stupně. Znovu se tedy Nejvyšší soud vyhnul meritornímu rozhodnutí ohledně tohoto závažného tématu rozdělovacího americkou společností. Tímto postupem byly svazky osob stejného pohlaví uzákoněny celkem ve 35 státech (počítaje v to i státy, které přijaly příslušnou změnu legislativní cestou), což v Alabamě vedlo dokonce k nevídané revoltě státního Nejvyššího soudu proti federálním soudům (viz níže).

Konečně až Federální odvolací soud 6. obvodu odmítl na doktrínu rovného manželství přistoupit a zrušil rozhodnutí soudu prvního stupně, který prohlásil za protiústavní úpravu státu Ohio, která omezovala manželství na páry odlišného pohlaví.²⁴ Za těchto

²¹ *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 U. S. (2013).

²² *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 U. S. (2013).

²³ *The Defense of Marriage Act of 1996*, 110 Stat. 2419, Art. 3.

²⁴ *DeBoer v. Snyder*, 772 E.3d 388 C. A. 6 (Mich. 2014).

okolností již Nejvyššímu soudu nezbývalo než souhlasit s tím, že případ projedná, a konečně nařídil ústní jednání ve spojené věci *Obergefell v. Hodges* na 28. dubna 2015.²⁵ Bylo těžko představitelné, že by Nejvyšší soud *de facto* převrátil judikaturu většiny odvolacích soudů, která považovala zákaz manželství osob stejného pohlaví za rozporný se 14. dodatkem Ústavy USA. Takovým rozhodnutím by se totiž řada států ocitla ve stejné situaci jako Kalifornie v roce 2008, kdy by přistoupily k opětovnému zrušení manželství osob stejného pohlaví poté, co byla na základě pravomocných rozhodnutí federálních soudů zavedena. Nejvyšší soud by pak musel zase řešit otázku, zda je takový postup přijatelný – Federální odvolací soud 9. obvodu byl přinejmenším v kalifornském případě přesvědčen, že nikoliv.

Nejvyšší soud USA 26. června 2015 ve věci *Obergefell v. Hodges*²⁶ rozhodl, že osoby stejného pohlaví napříč Spojenými státy mají ústavně zaručené právo uzavřít manželství, čímž dovršil sérii zákonů a rozsudků na toto téma. Rozhodl tak poměrem pět ku čtyřem; disentující soudci zdůrazňovali právě demokratický argument, totiž, že o tak závažné otázce, jako je změna definice manželství, které existuje po tisíciletí, mají rozhodovat reprezentanti lidu v zákonodárných sborech států, a nikoli federální soud. Majorita Nejvyššího soudu se však opřela o 14. dodatek Ústavy USA („*Žádný stát... nemá právo zbavit jakoukoli osobu, podléhající jeho pravomoci, stejné ochrany zákona*“) a argumentovala, že manželství sice je tradiční instituce, ale přece jen se v čase mění (např. zákaz sňatků mezi bělochy a černochoy zrušil Nejvyšší soud definitivně pro celé USA až v roce 1967). Jednotlivec přitom má svobodu rozhodovat o svém životě, včetně intimních rozhodnutí, s kým a jak bude žít. Instituce manželství představuje podporu a ochranu společného života i stabilního prostředí pro děti, které v homosexuálních vztazích tak jako tak vyrůstají. Zdůrazněno bylo rovněž, že rodina je základ státu, že společnost závisí na fungování a stabilitě rodin. Upírání manželství celé velké skupině lidí považovala majorita Nejvyššího soudu za dnes už nepřijatelný zásah do jejich důstojnosti.

Detailněji toto významné rozhodnutí rozebírat nebudeme, avšak dilema ochrany základních práv na straně jedné a respektu k demokratické vůli občanů oněch států, které manželství osob stejného pohlaví odmítaly, je v něm důležitým faktorem.

1.2 Zákaz minaretů ve Švýcarsku a podobné evropské případy

V roce 2009 švýcarští voliči většinou 58 %²⁷ v referendu odhlasovali novelu, kterou bylo do ústavy vloženo ustanovení, jež zní: „*Stavba minaretů se zakazuje*“.²⁸ Příznivci iniciativy proti minaretům argumentovali, že minarety jsou „*symbolem nároku islámu na politicko-spoolečenskou moc*“, přičemž minarety podle nich „*neslouží žádnému náboženskému účelu*“.²⁹ Tím vznikla ve Švýcarsku zvláštní situace, kdy součástí ústavy, jež jinak

²⁵ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 1039 U. S. (2015).

²⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ____ (2015). Informaci o tomto rozhodnutí podává ONDŘEJJEK, P. Případ *Obergefell v. Hodges* před Nejvyšším soudem USA – k otázce diskriminace párů osob stejného pohlaví. *Bulletin Výzkumného centra pro lidská práva*, č. 3–4/2015. Dostupné z: <http://files.vclp.cz/200000089-a2f46a4eb1/Bulletin_UNCE_3_4_2015.pdf>, s. 16–17.

²⁷ Schweizerische Bundeskanzlei: Vorlage Nr. 57. *Ergebnisse der Volksabstimmung vom 29. 11. 2009*.

²⁸ „*Der Bau von Minaretten ist verboten.*“ BV 72 III (Bundeverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999).

²⁹ *Volksabstimmung vom 29. November 2009, Erläuterungen des Bundesrates*, 26. října 2009, s. 27.

garantuje náboženskou rovnost,³⁰ je ustanovení přinejmenším podezřelé z nepřímé diskriminace jedné náboženské skupiny.

Obecný zákaz stavby minaretů platí na celém území Švýcarska bez vázanosti na ochranu krajiny nebo památkově chráněných oblastí, navíc bez definice toho, co je to minaret. Přitom navrhovatelé ani nepopírali, že svou iniciativu namířili přímo proti muslimské menšině; použili přitom argument, že minarety jako součást mešit, tedy staveb sloužících pro náboženské účtování, neslouží náboženským, nýbrž politickým cílům. Ačkoliv pro tento návrh hlasovala při účasti 53,76 % jen přibližně čtvrtina švýcarských obyvatel, stala se příslušná norma součástí ústavního textu. Spolkový soud Švýcarska jako jediná federální soudní instance přitom nemá pravomoc do celého procesu zasáhnout, a to *a priori* ani *ex post*.³¹

Ve Švýcarsku aktuálně probíhá debata o případné změně pravidel vypisování referend s možností vyloučení některých otázek a soudního přezkumu.³² Vzhledem k současné politické situaci však takové návrhy zůstávají pouze v rovině úvah, které pravděpodobně nenajdou reflexi v legislativních změnách.³³ Uvažuje se však, že by švýcarský Spolkový soud mohl alespoň v určitém rozsahu vyslovit neaplikovatelnost tohoto čl. 72 odst. 3 ústavy pro rozpor s evropskou Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod.

Navázal by tak na své kontroverzní rozhodnutí z roku 2012, kde konstatoval, že mezinárodní lidskoprávní smlouvy, kterými je Švýcarsko vázáno, mají vyšší právní sílu než švýcarské právo, dokonce i na ústavní úrovni.³⁴ To bylo reakcí na referendum z 28. listopadu 2010, v němž 52,3 % hlasujících prosadilo do článku 121 švýcarské ústavy ztrátu práva pobytu cizinců, kteří se dopustili určitých trestných činů nebo zneužívali sociální dávky. Spolkový soud v tomto rozhodnutí z 12. října 2012 vyslovil, že toto ústavní ustanovení není až do přijetí prováděcího zákona použitelné.

Soud se však vyjádřil k situacím, kdy nastává konflikt mezi ustanovením ústavy (přijatým v referendu) a mezinárodní smlouvou, již je Švýcarsko vázáno. Poukázal na skutečnost, že sám je podle Ústavy vázán jak spolkovým, tak mezinárodním právem,³⁵ a navázal na svou předchozí judikaturu týkající se vztahu podústavního spolkového práva a práva mezinárodního. Zdůraznil, že ústavní text je nutné vykládat jako celek za použití všech interpretačních metod a neplatí zde bez dalšího zásada *lex posterior derogat priori*.³⁶

V případě ústavního článku upravujícího pobyt cizinců na území Švýcarska soud přímo vyslovil, že „*text ústavy je v jednoznačném napětí ve vztahu k základním hodnotám uznaným ve Švýcarsku ústavním a mezinárodním právem*“.³⁷ Při použití takového ustanovení, byť včleněného referendem do ústavy, je soud povinen pohybovat se výhradně v mezích mezinárodních smluv závazných pro Švýcarsko, mezi něž patří i Evropská úmluva. Soud ve svém rozsudku uvedl, že se cítí být vázán i veškerou judikaturou ESLP

³⁰ BV 8 II.

³¹ BV 189.

³² MOECKLI, D. Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2011, Vol. 11, Issue 4, s. 785–789.

³³ Ibidem, s. 792.

³⁴ BGE 139 I 16; 2C 828/2011, Urteil vom 12. Oktober 2012, Bundesgericht der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

³⁵ BV 190.

³⁶ BGE 139 I 16, body 4.2.1 a 5.1.

³⁷ BGE 139 I 16, bod 4.3.3.

k Úmluvě a výslovně dodal, že bude brát zřetel na rozhodnutí ústavodárce jen do té míry, do jaké nebudou s judikaturou ESLP v rozporu.³⁸

Švýcarský zákaz minaretů dosud nebyl meritorně přezkoumán Evropským soudem pro lidská práva, existují jen dvě rozhodnutí, v nichž byla konstatována nepřijatelnost stížnosti *ratione personae*, neboť stěžovatelé nebyli přímo dotčeni.³⁹ V případě, že by však Evropský soud pro lidská práva někdy v budoucnu rozhodl, že plošný zákaz stavby minaretů odporuje Úmluvě, musel by se Spolkový soud Švýcarska v návaznosti na vlastní rozsudek z roku 2012 tomuto rozhodnutí podřídit. Neměl by potom jinou možnost, než ustanovení ústavy přijaté v referendu neaplikovat, případně jej vyložit značně restriktivně, respektive v rozporu s jeho smyslem a účelem.

Je ale otevřenou otázkou, jak by se Evropský soud pro lidská práva k možnému střetu mezi vůlí švýcarských občanů vyjádřenou v referendu a článkem 14 Evropské úmluvy postavil. Ve známém případě *S. A. S. proti Francii*⁴⁰ rozhodl ve prospěch zákazu zahalování obličeje na veřejnosti, který zavedl za značné podpory veřejnosti téměř jednomyslně francouzský parlament. ESLP se uchýlil k uplatnění širokého pole uvážení (*margin of appreciation*) a argumentoval, že zákaz ob stojí v testu proporcionality, neboť slouží k ochraně práv jiných, totiž práva ostatních členů společnosti vidět obličeje lidí, které potkávají na veřejnosti. Z odůvodnění rozsudku ESLP ale lze téměř mezi řádky vyčíst, že soud chtěl respektovat demokratické rozhodnutí francouzských zákonodárců se silnou legitimitou, avšak jeho dosavadní striktní judikatura mu to příliš neumožňovala.

Ukazuje se tak, že silná demokratická legitimita aktu omezujícího základní práva může být soudy brána v potaz jako důvod ve prospěch takového aktu. Na druhou stranu jsou však základní práva tradičně chápána jako obrana jednotlivce proti možné tyranii většiny. K tomuto dilematu se vrátíme ve třetí kapitole.

2. APRIORNÍ VYLOUČENÍ REFEREND O LIDSKÝCH PRÁVECH

Nyní se přesuňme od otázky aposterioriálního soudního přezkumu výsledku referenda k apriorním zákazům konání referend k určitým tématům.

Jak už bylo řečeno v úvodu, některé státy ve svých ústavách či ústavních zákonech výslovně vylučují konání referend o základních právech a svobodách. Již zmíněný čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy zní: „*Predmetom referenda nemôžu byť základné práva a slobody, dane, odvody a štátny rozpočet.*“

V čl. 8 odst. 3 nové maďarské ústavy z roku 2011 je stanoveno, že nelze konat celostátní referendum mimo jiné o otázkách změny ústavy a o závazcích vyplývajících z mezinárodních smluv. Ústavním zákonem z 24. května 2013 byla do článku 90 slovenské ústavy doplněna pasáž, podle které nemůže být vypsáno referendum o zákonech odstraňujících protiústavnost v oblasti lidských práv a základních svobod nebo jinou protiústavnost.⁴¹ Na základě tohoto ustanovení slovenský parlament 26. března 2015 zablokoval referen-

³⁸ BGE 139 I 16, bod 5.

³⁹ Dvě rozhodnutí ESLP z 28. června 2011, *LA LIGUE DES MUSULMANS DE SUISSE a ostatní proti Švýcarsku* (č. 66274/09), a *Hafid OUARDIRI proti Švýcarsku* (č. 65840/09).

⁴⁰ Rozsudek ESLP ze dne 1. července 2014, *S. A. S. proti Francii*, č. 43835/11, bod 83.

⁴¹ „*Referenduma ni dopustno razpisati: – o zakonih, ki odpravljajo protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost.*“

dum proti dalšímu přijatému zákonu rozšiřujícímu práva párů osob stejného pohlaví. Slovenský ústavní soud ovšem 28. září 2015 shledal toto usnesení parlamentu protiústavním, byť s řadou odlišných stanovisek,⁴² referendum z 20. prosince 2015 pak odmítlo schválený zákon většinou 63 % hlasů.⁴³

Slovenský *Ústavný súd* podobnou otázku rozhodoval 28. října 2014 nálezem Pl. ÚS 24/2014. Věnujme se nyní tomuto rozhodnutí detailněji. Střetly se v něm dvě možné interpretace čl. 93 odst. 3 slovenské ústavy.

Slovensko

Referendum může na Slovensku iniciovat parlament nebo petice nejméně 350 000 občanů (čl. 95 odst. 1 ústavy). *Aliancia za rodinu* nasbírala do srpna 2014 téměř 390 000 platných podpisů pod petici požadující referendum o čtyřech otázkách, formulovaných poněkud kuriózně negativním způsobem.⁴⁴ 4. září 2014 se prezident Andrej Kiska obrátil na *Ústavný súd* s návrhem na přezkum ústavní konformity otázek. *Ústavný súd* první, druhou a čtvrtou otázku akceptoval jako ústavně konformní, třetí odmítl.

Majorita *Ústavného súdu* viděla při interpretaci čl. 93 odst. 3 ústavy následující dilema: „Príliš široký výklad tejto ústavnej normy by mohol viesť k znefunkčneniu inštitútu fakultatívneho referenda, pretože je málo takých otázok, ktoré by sa aspoň čiastočne nedotýkali základných práv a slobôd. Na druhej strane je zreteľné, že ústavodarca nechcel podriaďiť problematiku základných práv a slobôd... výlučne vôli väčšiny.“ (bod 32 nálezu) Došla k závěru, že čl. 93 odst. 3 brání referendům s takovými otázkami, „ktorých úspech by znamenal narušenie konceptu základných práv a slobôd v podobe znižovania ich štandardu vyplývajúceho z medzinárodnoprávnej úpravy i úpravy vo vnútroštátnom právnom systéme, a to v miere ohrozujúcej charakter právneho štátu“ (bod 37 nálezu).

Podle dosavadní judikatury *Ústavného súdu* a zvláště Evropského soudu pro lidská práva slovenská ústava ani Evropská úmluva nezaručují právo párů osob stejného pohlaví na uzavření manželství (první otázka, bod 57 nálezu), ani na osvojení dítěte za situace, kdy slovenský právní řád toto právo nepřiznává nesezdaným párům opačného pohlaví, a nemůže tak jít o diskriminaci ve smyslu případu X proti Rakousku⁴⁵ (druhá otázka, bod 70 nálezu).

Třetí otázka ale byla shledána rozpornou s ústavním principem právní jistoty, neboť tak, jak je doslovně formulována, by mohla zasáhnout do řady práv přiznaných například

⁴² *Odločitev Ustavnega sodišča v zadevi U-II-1/15 z dne 28. 9. 2015*. Dostupné z: <<http://www.us-rs.si/aktualno/novice/odlocitev-ustavnega-sodisca-v-zadevi-u-ii-115-z-dne-28-9-2015/>>.

⁴³ Týž ústavní zákon z 24. května 2013 doplnil do čl. 90 odst. 4 slovenské ústavy jako podmínku platnosti referenda, že proti zákonu hlasovalo 20 % všech oprávněných občanů. Při účasti 36 % oprávněných občanů celkový podíl občanů hlasujících proti zákonu dosáhl 23 %, takže i tato podmínka byla splněna.

⁴⁴ „1. Súhlasíte s tým, aby sa manželstvom nemohlo nazývať žiadne iné spoložitie osôb okrem zväzku medzi jedným mužom a jednou ženou? 2. Súhlasíte s tým, aby párom alebo skupinám osôb rovnakého pohlavia nebolo umožnené osvojenie (adopcia) detí a ich následná výchova? 3. Súhlasíte s tým, aby žiadnemu inému spoložitiu osôb okrem manželstva neboli priznané osobitná ochrana, práva a povinnosti, ktoré sú právnyimi normami k 1. 3. 2014 priznané iba manželstvu a manželom (najmä uznanie, registrácia či evidovanie ako životného spoločenstva pred verejnou autoritou, možnosť osvojenia dieťaťa druhým manželom rodiča)? 4. Súhlasíte s tým, aby školy nemohli vyžadovať účasť detí na vyučovaní v oblasti sexuálneho správania či eutanázie, ak ich rodičia alebo deti sami nesúhlasia s obsahom vyučovania?“ Srov. citovaný náleží *Ústavného súdu*.

⁴⁵ Rozsudek ESLP z 19. února 2013, X. proti Rakousku, č. 19010/07.

osobám blízkým, a tím nepřipustně omezovat základní právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života (čl. 19 odst. 2 ústavy, body 88 a 89 nálezu). Naproti tomu kladná odpověď na čtvrtou otázku podle vóta majority není s to nepřipustně omezit základní práva rodičů a dětí v oblasti vzdělávání a případný prováděcí zákon by mohl být přezkoumán *Ústavným súdem* (bod 103 nálezu).

Shrneme-li, většina *Ústavného súdu* interpretovala ústavní lidskoprávní výlukou tak, že není možné konat referendum s otázkou, u níž by úspěch znamenal snížení standardu základních práv, vyplývajících z ústavy a mezinárodních smluv o lidských právech tak, jak jsou vykládány ústavním a mezinárodními soudy.

Odlíšné stanovisko k nálezu připojili soudci Ladislav Orosz a Lajos Mészáros. Soudce Orosz by odmítl i druhou otázku ohledně osvojení, neboť otázka podle jeho názoru neodpovídá přiměřené úctě a respektu k právům člověka a dotýká se i práv a zájmů dětí, potenciálních osvojenčů. Podle soudce Mészárose ústavodárce vyloučil referenda o lidských právech mimo jiné, proto, aby objektem rozhodování většiny nebyla práva a svobody menšin; za vhodnější fórum k diskusi o limitech základních práv považuje parlament: „*Ústavodarca mal podľa môjho názoru pri tejto výluke tiež asi na myslí aj reprezentatívnejšiu, deliberatívnejšiu legitimitu parlamentu, ktorý v ústavných limitoch (napr. čl. 12 ods. 1 ústavy) o ľudských právach diskutovať a rozhodovať môže.*“ (bod 3 disentu) Shodně ve prospěch parlamentní deliberace hovoří i právní teoretička Lucia Berdisová.⁴⁶

Lajos Mészáros odhaluje slabinu většinového vóta položením otázky, co kdyby v hlasování zvítězila záporná odpověď (bod 16 disentu). Tím by se vůle hlasujících (manželstvím se může nazývat i jiné soužití osob) dostala do přímého rozporu s první větou čl. 41 odst. 1 ústavy ve znění ústavního zákona č. 161/2014 Z. z.: „*Manželstvo je jedinečným vzťahom medzi mužom a ženou.*“ Toto ustanovení je přitom jednoznačně v hlavě druhé slovenské ústavy, nazvané „*Základné práva a slobody*“. Druhá referendová otázka je zase podle Mészárose v rozsahu (*scope*) práva na ochranu soukromého a rodinného života (bod 17 disentu), jak dokládá judikatura Evropského soudu pro lidská práva.⁴⁷

Shrneme-li minoritní vóta, podle jejich výkladu čl. 93 odst. 3 ústavy se nemá konat referendum o rozsahu (*scope, ambit*⁴⁸) základních práv a svobod, protože hrozí utlačování menšiny většinou, jemuž právě nezadatelnost a nezrušitelnost základních práv a svobod má bránit.

Minoritní vótum lépe odpovídá doslovnému výkladu čl. 93 odst. 3 ústavy, ale hrozí znemožněním téměř jakéhokoli referenda, protože téměř každá otázka se dnes tak či onak dotýká rozsahu základních práv a svobod. Majoritní vótum více chrání prostor pro demokratické rozhodování, vylučuje jen ta referenda, která by omezovala základní práva a svobody způsobem odporujícím ústavě a mezinárodním úmluvám o lidských právech; není však imunní vůči obtížím, které odhalila námitka, že odpověď „ne“ by u první otázky rozpor s ústavou znamenala. Souvisejícím problémem majoritního vóta je okolnost, že rozšíření některé základního práva často znamená zúžení jiného.

⁴⁶ BERDISOVÁ, L. K ne/súladu referenda o ochrane rodiny s Ústavou Slovenskej republiky. *Justičná revue: časopis pre právnú prax*. 2014, č. 10, s. 1246–1255.

⁴⁷ Rozsudek ESLP ze dne 22. ledna 2008, *E. B. proti Francii*, č. 43546/02. Shodně opět BERDISOVÁ, L. K ne/súladu referenda, s. 1253.

⁴⁸ Srov. texty Davida Kosaře a Michala Bobka v KMEC, J. – KOSAŘ, D. – KRATOCHVÍL, J. – BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 102–103, 1215–1216.

Referendum se třemi otázkami se nakonec konalo 7. února 2015, ale ztroskotalo na podmínce účasti nadpoloviční většiny oprávněných voličů (čl. 98 odst. 1 ústavy); navzdory ostré kampani⁴⁹ se počítadlo účasti zastavilo na 21,41 % oprávněných voličů (jasná většina účastníků odpověděla třikrát „áno“).

Slovenský případ a české úvahy de lege ferenda

V České republice ústavní zákon o celostátním referendu byl vícekrát navržen, ale dosud vždy neúspěšně.⁵⁰ Opoziční návrh ČSSD z roku 2011 (sněmovní tisk 520) v čl. 1 odst. 2 zakazoval otázku pro referendum, která by směřovala ke změně podstatných náležitostí demokratického právního státu, „*ke zrušení nebo omezení ústavně zaručených základních práv a svobod*“ nebo k rozhodnutí, které by bylo v rozporu se závazky, které pro Českou republiku vyplývají z mezinárodního práva; shodně formulace obsahoval opoziční návrh ČSSD z roku 2007 (sněmovní tisk 192), jakož i pozdější návrh Úsvitu přímé demokracie z roku 2014 (sněmovní tisk 114). Návrh Nečasovy vlády z roku 2012 (sněmovní tisk 661) obsahoval čl. 1 odst. 2, podle kterého v celostátním referendu nešlo rozhodnout o změně podstatných náležitostí demokratického právního státu. Komunistický návrh z roku 2014 (sněmovní tisk 116) vyšel v zásadě ze slovenské textace: „*Předmětem referenda nemohou být ústavně zaručená základní práva a svobody*“.

Připravovaný návrh Sobotkovy vlády postupně vystřídal formulace, podle nichž nelze v referendu rozhodovat o „*zásahu do ústavně zaručených práv a svobod*“,⁵¹ o „*zrušení nebo zúžení rozsahu ústavně zaručených základních práv a svobod nebo o nepřijatelném zásahu do nich*“⁵² a o „*základních právech a svobodách*“;⁵³ tento text se nakonec objevil v čl. 2 odst. 1 písm. a) vládního návrhu ústavního zákona o celostátním referendu (sněmovní tisk 559).⁵⁴

Pokusme se konfrontovat tato znění lidskoprávní vyluky s výsledky slovenské ústavně-právní debaty.

Problémem slovenského i navrhovaného českého pojetí referenda je neurčitost obsahu závazného výsledku v situaci, kdy se rozhoduje o „*důležitých otázkách veřejného zájmu*“ (čl. 93 odst. 2 ústavy) nebo o „*věcech vnitřní nebo zahraniční politiky státu*“,⁵⁵ místo aby se v referendu rozhodovalo o zákonu, ať už formou zamítnutí zákona schváleného parlamentem (jako je tomu např. ve Slovinsku), potvrzení zákona schváleného parlamentem (typické u ústavních změn, např. v Irsku), popřípadě schválení vládního návrhu zákona zamítnutého parlamentem (§ 46 československé Ústavní listiny z roku 1920).⁵⁶ K tomu se ještě vrátíme ve třetí kapitole.

⁴⁹ Srov. např. pastýřský list biskupů Slovenska ze dne 7. února 2015, čtený v kostelích napříč celou zemí: „*Siedmeho februára dostávame príležitosť ustať a konať; vykročiť k urnám a prispieť k záchrane mladých životov i rodín... Nie každej generácii sa dostáva možnosť rozhodovať o budúcnosti svojej vlasti; my sa ocitáme pred výzvou vyjadriť svoj postoj voči najzákladnejším hodnotám života.*“

⁵⁰ Přehled starších návrhů podává PECHANEC, P. *Přímá demokracie v České republice*. Praha: Wolters Kluwer, 2011. Zde se zaměříme na novější návrhy.

⁵¹ Verze předložená Legislativní radě vlády 15. 12. 2014, čl. 2 odst. 2 písm. c).

⁵² Verze předložená Legislativní radě vlády 15. 5. 2015, čl. 2 odst. 1 písm. c).

⁵³ Verze předložená Legislativní radě vlády 19. 6. 2015, čl. 2 odst. 1 písm. a).

⁵⁴ Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR, sněmovní tisk 559, rozeslaný 28. 7. 2015. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7&CT=559&CT1=0>>, čl. 2 odst. 1 návrhu.

⁵⁵ Ibidem, návěti čl. 2 odst. 1 návrhu.

V našich českých poměrech si lze představit zhruba pět pojetí lidskoprávní výluky v závislosti na tom, jaký typ rozhodování o lidských právech chceme vyloučit. Seřadíme si je od nejméně omezující k nejvíce omezující: a) změnu podstatných náležitostí demokratického právního státu, b) změnu textu Listiny včetně její nepřímé novelizace, c) přijetí zákona (nebo rozhodnutí o stejné váze), které nepřipustně omezuje základní práva podle Listiny a mezinárodních úmluv, včetně jejich soudního výkladu, d) jakékoli omezení základního práva (i kdyby zákonem přípustné bylo), e) jakékoli rozhodování spadající do rozsahu (*scope, ambit*) základního práva. Podívejme se na tyto výluky detailněji:

a) Všechny návrhy obsahují zákaz rozhodovat v referendu o změně podstatných náležitostí demokratického právního státu, jejichž změnu „klauzule věčnosti“ v čl. 9 odst. 2 Ústavy vylučuje.⁵⁶ Sama Ústava blíže nespecifikuje, co je obsahem podstatných náležitostí demokratického právního státu a tedy nedotknutelným jádrem českého ústavního pořádku. Ústavní soud sice odmítá poskytnout výčet ústavních ustanovení, zakotvujících tyto podstatné náležitosti demokratického právního státu, v nálezu Pl. ÚS 19/08 (č. 446/2008 Sb., kauza Lisabon I) ale naznačuje obsah tohoto pojmu: „*Vůdčím principem je nepochybně zásada nezadatelných, nezczizitelných, nepromlčitelných a nezrušitelných základních práv a svobod jednotlivců, rovných v důstojnosti a právech; k jejich ochraně je budován systém opírající se o zásady demokracie, svrchovanosti lidu, dělby moci, respektující zejména zmíněné materiální pojetí právního státu.*“ Je-li čl. 9 odst. 2 Ústavy nepřekročitelnou mezí pro veškerou veřejnou moc, je zjevné, že ji nelze překročit ani prostřednictvím referenda. Jinak tomu bude ve státech, které klauzuli věčnosti nepoužívají, i tam ale mohou být limitem mezinárodní lidskoprávní závazky, popřípadě (u členských států federací) federální ústava, jak jsme to viděli v předchozí kapitole.

b) I kdyby bylo možné v referendu přijmout ústavní zákon nebo rozhodnutí, které má fakticky obdobnou právní sílu (srov. čl. 99 odst. 1 slovenské ústavy: „*Výsledok referenda môže Národná rada Slovenskej republiky zmeniť alebo zrušiť svojím ústavným zákonom po uplynutí troch rokov od jeho účinnosti.*“), může být zakotvena výluka, která znemožňuje měnit či prolamovat tu část ústavního pořádku, která zakotvuje základní práva a svobody. Takovou změnu ústavy sice může provést ústavodárce,⁵⁸ ovšem je možné ji odepřít referendu, jemuž nepředchází parlamentní deliberace a nevyžaduje se v něm kvalifikovaná většina chránící menšinu.

c) Kdyby bylo možné v referendu přijmout zákon nebo rozhodnutí, které má fakticky obdobnou nebo vyšší právní sílu, měla by být zakotvena výluka zakazující takové omezení základního práva či svobody, které je podle Listiny a mezinárodních úmluv (včetně jejich soudního výkladu) nepřipustné. Jinak by to totiž přijatý zákon či rozhodnutí byly

⁵⁶ Různé varianty ratifikačních referend namísto vágního rozhodování o zásadních otázkách veřejného zájmu, respektive vnitřní a zahraniční politiky státu, uvádí např. KYSELA, J. Referendum opět na scéně. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2002, č. 1, s. 53–59.

⁵⁷ Např. MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, 2014.

⁵⁸ Neexistuje totiž obecný zákaz snížení již dosaženého standardu ochrany základních práv a svobod; ostatně kontroverzní nález Ústavního soudu Pl. ÚS 36/01 (č. 403/2002 Sb.) hovoří jen procedurální úrovni ochrany („*V nepřipustnosti změny podstatných náležitostí demokratického právního státu je obsažen i pokyn Ústavnímu soudu, dle kterého žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod.*“). Ústavním zákonem č. 162/1998 Sb. koneckonců už jednou ke snížení standardu došlo.

protiústavní a měl by je aposteriorně zrušit či prohlásit za neaplikovatelné Ústavní soud. Vhodnější však je zabránit konání takového referenda apriorně. Toto řešení je blízké závěrům nálezu slovenského *Ústavného súdu* Pl. ÚS 24/2014. Pokusem je uchopit legislativně byla (nakonec Poslanecké sněmovně nepředložená) varianta, podle níž v referendu nelze rozhodovat o „zrušení nebo zúžení rozsahu ústavně zaručených základních práv a svobod nebo o nepřipustném zásahu do nich“.

d) Výluka může případně zakázat jakýkoli zásah referenda do ústavně chráněných základních práv a svobod. Zde je třeba zmínit klasické schéma soudního přezkumu ohledně základních práv a svobod. Soud nejprve posoudí, zda dané opatření zasahuje do chráněného základního práva nebo svobody. Pokud ano, pak testuje, zda se jedná o přípustný zásah.⁵⁹ Zatímco výluka ad c) bránila jen nepřipustným zásahům, výluka ad d) brání jakýmkoli zásahům. Opřela by se o výhradu zákona (základní práva a svobody lze omezit pouze zákonem, srov. např. čl. 4 odst. 2 Listiny), přičemž zákon může být vydán jen zákonodárným sborem po předchozí parlamentní rozpravě a deliberaci. Provedením této výlučky by byla například formulace „*Otázka pro referendum nesmí směřovat ke zrušení nebo omezení ústavně zaručených základních práv a svobod*“. z návrhu ČSSD z roku 2011 (sněmovní tisk 520) nebo výše uvedená zavřená varianta zakazující rozhodovat v referendu o „*zásahu do ústavně zaručených práv a svobod*“.

e) Asi nejširším omezením možnosti konat referendum o základních právech a svobodách by bylo vyloučení otázek, které by se jakýmkoli způsobem týkaly rozsahu (*scope, ambit*) některého základního práva či svobody. Taková výlučka nepřipouští ani případné rozšiřování základních práv a svobod cestou referenda, základní práva a svobody jako téma referenda by byly vyloučeny. K tomuto závěru vede doslovný výklad slovenské výlučky („*Predmetom referenda nemôžu byť základné práva a slobody...*“), jakož i výklad podaný disentujícím soudcem Mészárosom.

Formulace ve vládním návrhu ústavního zákona o celostátním referendu ve sněmovním tisku 559 z roku 2015 je v zásadě obdobná slovenskému článku 93 odst. 3 ústavy. Její doslovný výklad vede k nejširšímu omezení popsanému výše pod písmenem e). Vyloučeno ale není ani převzetí slovenské judikatury, a to s ohledem na podobnost ústavních textů i právní kultury; důvodová zpráva ale slovenskou inspiraci výslovně nezmiňuje. Pak bychom se dostali do situace popsané výše pod písmenem c).

Jednotlivá tato řešení mají své výhody i nevýhody, které se ostřeji projeví především v konfrontaci s ústavněteoretickým kontextem těchto úvah.

3. LEGITIMITA ROZHODNUTÍ PŘIJATÝCH V REFERENDU

V diskurzu o povaze rozhodování lidu v referendu se objevuje otázka, zda má takové rozhodnutí samo o sobě vyšší legitimitu než rozhodnutí přijatá parlamentem. Na první pohled pro kladnou odpověď na tuto otázku existují poměrně přesvědčivé argumenty založené na východisku, že reprezentativní forma demokracie vychází z předpokladu, že lid z nejrůznějších, především praktických důvodů nevládne sám, nýbrž prostřednictvím zástupců, které si za tím účelem volí. Pokud tedy lid v referendu vyjádří určitou vůli

⁵⁹ Srov. např. Kosařův rozbor v KMEC, J. – KOSAŘ, D. – KRATOCHVÍL, J. – BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech*, s. 99–116.

týkající se konkrétní politické otázky, těžko mohou jeho reprezentanti dojít k odlišnému závěru. Pavel Pečanec parafrázuje soukromoprávní zásadu „*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*“ a tvrdí, že rozhoduje-li lid jako nejvyšší suverén formou referenda, „*mělo by jeho rozhodnutí být nejméně stejně závazné jako rozhodování jeho zástupců*“.⁶⁰

Tato zdánlivě jednoznačná logika však dle našeho názoru neplatí, neboť je založena na směřování lidu jako aktéra moci ustavující a lidu jako nositele určitých rozhodovacích oprávnění (kvazipravomocí) vyplývajících mu z platného ústavního řádu.⁶¹ Lid jako svrchovaná moc ustavující je oprávněn konstituovat stát a pravidla, jimiž se má řídit výkon moci v rámci něj. Tento lid nad státem bdí jako nejvyšší suverén a zasáhne jen v případě, že stát selže či zcela vybočí z pravidel, na nichž je založen.⁶² Prostřednictvím referenda se může projevat například při jednostranné secesi, kterou s odvoláním na právo na sebeurčení vzniká nový stát. Rozhodne-li o secesi lid v referendu, bývá s tím spojována vyšší legitimita vzniku nového státu, než dojde-li k tomuto rozhodnutí jinak, například prostřednictvím orgánu reprezentativního.⁶³ To ostatně potvrdil i Nejvyšší soud Kanady, když vyslovil, že k odtržení Quebecu nemůže dojít jinak než prostřednictvím referenda, a zároveň že rozhodnutí o odtržení přijaté v referendu nemůže být federálními orgány ignorováno.⁶⁴ Podle německého Spolkového ústavního soudu zase německé zastupitelské orgány za stávajícího Základního zákona nemohou na Evropskou unii přenést tolik pravomocí, aby ta již začala být federativním státem, neboť „*takový krok je vyhrazen bezprostředně projevené vůli německého národa, a to z důvodu neodvratitelného přenesení suverenity na nový subjekt legitimize, které by s tím bylo spojeno*“.⁶⁵

Kromě takovýchto výjimečných případů však ve fungujícím ústavním řádu nemá lid automatické právo rozhodovat prostřednictvím referenda, ačkoliv je považován za zdroj státní moci, nýbrž záleží na konkrétní ústavní úpravě. Existuje řada demokratických republik, mezi něž patří Spolková republika Německo a doposud i Česká republika, v nichž institut obecného celostátního referenda nefunguje, a přesto není o demokratičnosti těchto států pochyb. Pokud se tedy ústavodárce rozhodne, že referendum zavede, má také k dispozici širokou škálu možností, jak upravit míru závaznosti rozhodnutí v referendu přijatého (viz druhou kapitolu). Uskuteční-li se potom referendum, jedná se o ústavní postup jako každý jiný, v němž lid nevystupuje jako nejvyšší suverén, nýbrž jako ústavní orgán svého druhu, který vykonává svou pravomoc. Oproti argumentům uváděným k obhajobě vyšší legitimacy výsledku referenda uvádí například Kysela, že hlasující lidé zde nejsou ostatními k rozhodování nijak zmocněni, a lze tudíž tvrdit, že

⁶⁰ PECHANEC, P. *Přímá demokracie*, s. 17.

⁶¹ Jan Kysela představuje dokonce sedm různých pojetí lidu: „*Hypotetický lid společenské smlouvy, reálný, avšak obvykle dávný lid státotvorný, lid ústavodárný, lid legitimizující systém jako deklarovaný zdroj moci, lid volící reprezentanty a jimi reprezentovaný, lid vykonávající moc hlasováním v referendu, lid přítomný na ulicích a podobných místech.*“ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 117.

⁶² Vojtěch Šimíček v BAHÝLOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. a kol. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 48.

⁶³ RADAN, P. Secessionist Referenda in International and Domestic Law. *Nationalism and Ethic Politics*. 2012, Vol. 18, Issue 1, s. 12.

⁶⁴ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S. C. R 217, 423–31.

⁶⁵ Srov. rozhodnutí *Lissabon* z 30. 6. 2009, BVerfGE 123, 267, bod 228, v překladu Jana Grince v KUST, J. (ed.). *Evropská inspirace z Karlsruhe*. Praha: OEZ, 2009, s. 67.

nahodilé množství lidí vyjadřujících svůj osobní názor v referendu může mít i menší legitimitu než rozhodnutí skutečně reprezentativní.⁶⁶ Legitimita výsledku referenda tak nemusí být nutně vyšší než legitimita rozhodnutí zákonodárných orgánů, neboť hlasující nemají nutně vyšší míru legitimacy než reprezentativní orgány a nelze je ani považovat za svrchovaný lid stojící nad státem. Je tomu tak i proto, že zatímco ke změně ústavy (a základní práva jsou obvykle zakotvena na ústavní úrovni) se téměř vždy požaduje kvalifikovaná většina a případně i souhlas dvou parlamentních komor nebo ještě složitější schvalovací proces, v referendu zpravidla dostačuje prostá nadpoloviční většina.

Z těchto obecnějších úvah vyplývají důsledky jak pro možnost soudního přezkumu rozhodnutí přijatých v referendu (viz první kapitolu), tak pro možnost stanovení otázek, o nichž referendum konat nelze (viz druhou kapitolu).

Aposteriorní soudní přezkum

Lze mít za to, že vyjádří-li lidé určitou vůli například prostřednictvím ústavního referenda, nemohou tuto skutečnost ostatní ústavní aktéři zcela ignorovat. Ukazuje se totiž, že pokud soudy zvýšenou legitimitu určitého rozhodnutí (které však nemusí být nutně přijaté v referendu) ignorují, mohou být považovány za natolik nepřesvědčivé, že na jejich rozhodnutí v krajním případě nebude brán zřetel. To platí i v případě, že se odvolají na vyšší normu, kterou nelze změnit vůbec nebo je to prakticky vyloučené. V USA stojí nad státními ústavami federální ústava, kterou lze podle pravidel jejího článku V. změnit jen s velikými obtížemi,⁶⁷ v Evropě zase může být právo členských států Rady Evropy předmětem přezkumu z hlediska souladu s Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod. Přitom oba tyto dokumenty jsou pravidelně vykládány velmi široce. V zásadě tedy platí, že demokratické rozhodnutí na jakékoliv úrovni lze vždy přebít přezkumem jeho souladu s lidskoprávními garancemi. Otázka je, zda mají soudy při takovém přezkumu přisuzovat nějakou hodnotu silné legitimitě demokraticky přijaté normy, kterou posuzují, popřípadě jak vysoká má tato hodnota být.

Je zřejmé, že odkazem na vyšší, v praxi nezměnitelnou normu je sice možné rušit demokratická rozhodnutí směřující proti právům příslušníků menšin, která jsou popsána v předchozí kapitole, ovšem pokud soudy v tomto rozhodování vykročí z rámce, který je ještě všeobecně považován za legitimní, vystavují se riziku neblahých reakcí. V USA je v současné době možné sledovat bezprecedentní případ, kdy ve státě Alabama není respektováno pravomocné a vykonatelné rozhodnutí federálních soudů. Odvolací federální soud 11. obvodu potvrdil rozhodnutí, podle něhož je protiústavní, aby ve státě Alabama bylo zakázáno manželství osob stejného pohlaví. Stát Alabama toto rozhodnutí napadl u Nejvyššího soudu USA, avšak ten nepřiznal oprávněnému prostředku odkladný účinek.⁶⁸ Nejvyšší soud Alabamy však následně vydal rozhodnutí, kterým nařídil státním úředníkům nevydávat osvědčení o manželství osob stejného pohlaví, a to s velmi nepře-

⁶⁶ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 103.

⁶⁷ Ve Spojených státech byl opakovaně navrhován dodatek k federální ústavě, který by definoval manželství jako svazek muže a ženy. Naposledy byl tento návrh učiněn začátkem roku 2015 členem Sněmovny reprezentantů Timem Huelskampem z Kansasu (114th Congress, H.J.Res. 32), avšak je zcela zřejmé, že mimořádně náročná kritéria pro schválení dodatku k federální ústavě nemůže nikdy splnit.

⁶⁸ *Strange v. Searcy*, 135 S.Ct. 940 U. S. (2015).

svědčivou a nepřipadnou argumentací, podle níž jsou státní orgány vázány v první řadě právem státu a až v druhé řadě federální ústavou, kterou nadto může státní soud interpretovat odlišně od státu federálního.⁶⁹

Alabamský vývoj tedy ukazuje, že i když je autorita rozhodování vyšších soudních instancí formálně nezpochybnitelná (o primátu federálních soudů nad soudy státními nemůže být pochyb), pakliže jejich rozhodnutí směřují přímo proti silně pocítované a jednoznačně vyjádřené vůli obyvatel, nemusí být zcela respektována ani ve Spojených státech, pro něž je vláda práva jedním ze stěžejních principů.⁷⁰

Odpůrci manželství osob stejného pohlaví se v tom odvolávají na rozhodnutí Nejvyššího soudu, kterým byl zrušen federální zákon na ochranu manželství (DOMA).⁷¹ Soud v tomto rozhodnutí vyzdvihl hodnotu diverzifikované demokratické debaty, kdy v jednotlivých státech docházejí občané k odlišným závěrům. Považoval za rozporné s ochranou demokratického procesu, aby do něj Kongres vstupoval tím, že označí výsledek demokratické diskuse některých států (v tomto případě New Yorku, kde bylo manželství osob stejného pohlaví umožněno zákonodárným rozhodnutím) za méně přijatelný než jiný. Nyní se však situace obrátila – pokud by se Nejvyšší soud držel stejně argumentace jako v rozhodnutí *Windsor*, musel by přirozeně dojít k závěru, že nemůže zadusit demokratickou debatu tím, že prohlásí za protiústavní právní úpravu států, které umožňují jen heterosexuální manželství. Na to upozorňovali právní zástupci státu Ohio v případě *Obergefell v. Hodges* a dodávali, že „*demokracie nadto není hra s nulovým součtem. Umožňuje širší perspektivu než úzké okolnosti jednotlivého soudního případu. Není tudíž překvapivé, že z přibližně tuctu států, které přijaly manželství osob stejného pohlaví demokraticky, většina zároveň přijala i zákony chránící svobodu vyznání*“.⁷²

Jak už víme, Nejvyšší soud rozhodl poměrem hlasů pět ku čtyřem ve prospěch názoru, že právo osob stejného pohlaví na uzavření manželství vyplývá z federální ústavy, argument ochranou demokratické diskuse a demokratického rozhodování se však vyskytl v odlišných stanoviscích všech čtyř disentujících soudců.

Opačně lze tento fenomén ilustrovat na rozhodnutí ESLP ve věci *S. A. S. proti Francii*,⁷³ kde soud uplatnil neobvyklou míru sebeomezení. Rozhodl se respektovat „*ustálený konsensus*“, podle kterého je ve Francii odhalená tvář natolik důležitá pro zachování pospolitého charakteru společnosti, že je třeba přistoupit k omezení jednotlivců ve formě zákazu zahalování tváře na veřejnosti.⁷⁴ Soud také došel k závěru, že musí respektovat silnou demokratickou legitimitu státních zákonodárných orgánů v tak citlivé věci, jako jsou

⁶⁹ *Ex parte State ex rel. Alabama Policy Institute*, __ So.3d __ (Ala. 2015); dosud nepublikováno, zde citováno podle elektronického právního systému Westlaw International.

⁷⁰ Ani po definitivním rozhodnutí ve věci *Obergefell v. Hodges* není jednoznačné, jaký bude další vývoj. Přibližně šestina alabamských okresů v současné době (září 2015) odmítá vydávat osvědčení o uzavření manželství komukoliv, aby nemusela přistoupit k vydávání těchto osvědčení párům stejného pohlaví. Jedná se o totožný postup, který zvolily před rozhodnutím Nejvyššího soudu Alabamy, na něžž bylo odkázáno výše. Nejvyšší soud Alabamy zatím neměl příležitost se k takovému postupu po definitivním rozhodnutí Nejvyššího soudu USA vyjádřit.

⁷¹ *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2689 U. S. (2013).

⁷² *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556 In the Supreme Court of the United States, Brief of the Respondent, Michael Dewine, Attorney General of Ohio, s. 27.

⁷³ Rozsudek ESLP ze dne 1. července 2014, *S. A. S. proti Francii*, č. 43835/11.

⁷⁴ *Ibidem*, bod 122.

otázky pozice náboženství.⁷⁵ Tím tedy ESLP přistoupil na argumentaci, kterou v jiném kontextu uplatnil výše citovaný právní zástupce státu Ohio a disentující soudci Nejvyššího soudu USA: ve sporných hodnotových otázkách je třeba přísně zvažovat, zda zájem na ochraně (či rozšiřování) základních práv převáží nad demokratickou volbou lidí, kteří se rozhodli v danou chvíli individuální práva (či zájmy) příslušníků menšin upozadit pro jiný princip.⁷⁶

Nastíněné dilema tak nemá jednoduché řešení a musí být patrně posuzováno případ od případu.

Apriorní vyluka

Jak již bylo řečeno, jiné státy se pokoušejí dilematu vyhnout tím, že lidskoprávní otázky předem vyloučí z okruhu přípustných předmětů referenda.

Vydeme-li z výše uvedeného předpokladu, že referendum konané na základě ústavy v běžné nerevoluční situaci není projevem moci ustavující, nýbrž aktem moci ustavené, při němž hlasující občané jednají jako ústavní orgán svého druhu, pak záleží jen na ústavodárci, jakou právní sílu výsledku referenda přiřkne a jak vymezí okruh přípustných předmětů rozhodování v referendu. Výsledek referenda může mít ustavující význam, pokud je mu předem připisován, např. při hlasování o nové ústavě. Jinak ho nemá, tudíž je dobře myslitelné omezení v zájmu ochrany jiných ústavních hodnot, tedy i základních práv a svobod.

Již jsme uvedli, že není naším úkolem vyjadřovat zde svůj politický názor, zda jsou referenda obecně přínosná, či ne. Jisté závěry však učinit lze. Budeme se v nich vztahovat především k aktuální diskusi *de lege ferenda* v České republice.

Má-li být referendum decisní a nikoli poradní, je nanejvýš vhodné, aby z důvodu právní jistoty byl jasný předmět rozhodování. Toho lze těžko dosáhnout hlasováním o abstraktně formulovaných otázkách, jak tomu je ve slovenské praxi⁷⁷ a v českých návrzích. Jasný předmět referenda dává například hlasování o souhlasu s ratifikací mezinárodní smlouvy (čl. 10a Ústavy) nebo hlasování o zákonu schváleném parlamentem nebo třeba navrženém parlamentu vládou.

Pak by bylo věcí ústavodárce, zda připustí hlasování v referendu i o ústavních zákonech, nebo jen o běžných zákonech. Pro omezení předmětu referenda jen na běžné zákony by svědčila zkušenost posttotalitního státu, zdůrazňující ochranu základních práv a svobod i před tyraníí většiny.⁷⁸ Zde specifická lidskoprávní vyluka není nezbytná, běžný zákon podléhá klasickému ústavnímu přezkumu, přičemž v případě referenda by byla vhodná předběžná kontrola ústavnosti. Vhodné by ale bylo doplnit slovinskou vyluku, která neumožňuje v referendu odmítnout přijatý zákon, jehož cílem bylo odstranit protiústavní stav; i zde by posouzení, zda tomu tak skutečně je, náleželo ústavnímu soudu.

⁷⁵ Ibidem, body 129–131.

⁷⁶ Srov. též Kyselovo varování před „politikou práv“, viz KYSELA, J.: *Ústava mezi právem a politikou*, s. 269–271.

⁷⁷ Srov. velmi složité diskuse o právním významu a závaznosti referenda v citovaném nálezu Pl. ÚS 24/2014.

⁷⁸ Srov. např. nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 19/93 (č. 14/1994 Sb., k zákonu o protiprávnosti komunistického režimu). Je třeba vidět, že základní práva a svobody chrání především menšinu, většina se ochrání sama demokratickým hlasováním (srov. i čl. 6 Ústavy).

Pokud by bylo možné hlasovat v referendu i o ústavních zákonech či změnách ústavy, bylo by důležitou okolností, zda by se ke změně ústavy požadoval kumulativně souhlas parlamentu a v referendu (jako například v Irsku), nebo zda by mohla být ústavní změna schválena jen v referendu bez souhlasu parlamentu (jak je to možné ve Švýcarsku podle čl. 140 odst. 2 písm. b) tamní ústavy). Zvláště v druhé variantě se z výše uvedených důvodů ochrany menšiny jeví (alespoň v postkomunistických zemích) jako vhodná přinejmenším vyluka znemožňující měnit či prolomovat tu část ústavního pořádku, která zakotvuje základní práva a svobody (viz pojetí ad b) v třetí kapitole). I zde by byla namíste předběžná kontrola ústavním soudem.

Velkým problémem vládního návrhu ústavního zákona o celostátním referendu (sněmovní tisk 559), stejně jako naprosté většiny předchozích návrhů, je nejasnost právní síly a vlastně i formy rozhodnutí přijatého v referendu. Výsledek referenda je závazný (čl. 9), zavazuje vládu, aby toto rozhodnutí v rámci své působnosti provedla (čl. 9 odst. 1), a komory Parlamentu, aby nejméně po dobu tří let nepřijaly usnesení, které by bylo v rozporu s rozhodnutím přijatým v referendu (čl. 9 odst. 2). Zároveň ale referendem nelze schvalovat právní předpisy (čl. 2 odst. 2).

Rozhodnutím přijatým v referendu tedy nelze derogovat zákon; pokud by dosavadní zákon byl v rozporu s rozhodnutím přijatým v referendu, patrně platí dál a Parlament není povinen takový zákon zrušit. Vláda bude v obtížné situaci, kdy má provádět jak zákon, tak s ním rozporný výsledek referenda.

Pokud se ale bude konat referendum k otázce zákonem dosud neupravené, nebude možné rozhodnutí přijaté v referendu překonat po dobu tří let zákonem ani ústavním zákonem. Otázkou ale je, zda bude rozhodnutí přijaté v referendu vynutitelné, bude-li věcně obsahovat pravidlo chování typické pro zákon. Vláda má sice takové rozhodnutí provést, ale zákon to nebude (vylučuje se schvalovat referendem právní předpisy) a každý občan může činit, co zákon nezakazuje a nesmí být nucen činit, co zákon neukládá (čl. 2 odst. 4 Ústavy). To odhaluje problematickou konstrukci článku 9 návrhu ústavního zákona, jejíž rozplétání by ale dalece přesahovalo téma tohoto našeho článku.

Nejasnost právní síly i formy závazného výsledku referenda je zároveň podle našeho názoru dobrým důvodem k opatrnosti ve vymezení okruhu přípustných předmětů referenda. Mimořádně nešťastné by bylo vyvolávání velkého očekávání, že lidové vótum kolidující se základními právy a svobodami převáží nad ústavní či zákonnou úpravou nebo judikaturou ústavních a mezinárodních soudů. Stejně nešťastné by bylo uvržení lidového vóta do nekončících aposteriorních soudních a politických sporů ohledně jeho právního významu.

Nedojde-li tedy k projasnění formy a právní síly závazného výsledku referenda, je vhodné omezit možnost hlasovat v takovém referendu o základních právech a svobodách, a to přinejmenším formulací uvedenou ve druhé kapitole pod písmenem c), tedy, že nelze v referendu o „zrušení nebo zúžení rozsahu ústavně zaručených základních práv a svobod nebo o nepřípustném zásahu do nich“. To odpovídá i závěrům slovenského Ústavního soudu v citovaném nálezu Pl. ÚS 24/2014 z 28. října 2014. Navržená formulace, podle které nelze v referendu rozhodovat o základních právech a svobodách, povede k obdobným dilematům, před kterými stál slovenský Ústavní soud, s dvěma možnými výsledky popsanými ve druhé kapitole – buď se tato vyluka bude vykládat obdobně jako slovenská, tedy podle varianty c), nebo bude možnost konat referenda dotýkající se problematiky základních práv a svobod omezena ještě zásadněji.

ZÁVĚR

Na řadě konkrétních případů jsme tedy ukázali, že kolize demokratického rozhodování v referendu a ochrany základních práv a svobod je možná a v posledních letech i poměrně častá. Dokonce i ve státech s velmi širokou možností referend, jako je Švýcarsko či Kalifornie, se výsledky referend stávají předmětem aposteriorního soudního přezkumu právě z lidskoprávního hlediska; rekapitulovali jsme rozhodnutí švýcarského Spolkového soudu a Nejvyššího soudu USA a myslitelný je v případě Švýcarska i meritorní přezkum před Evropským soudem pro lidská práva. Je otázkou, zda lze formulovat obecné kritérium, podle kterého mají soudy tuto kolizi řešit; mladší ze spoluautorů v již citovaném článku navrhl použití testu racionality.⁷⁹

Některé státy se snaží této kolizi předejít tím, že vyloučí rozhodování o lidských právech z předmětu referenda. Protože se však téměř každá politická otázka více či méně dotýká lidskoprávních otázek, je hlavním problémem těchto apriorních ústavních výluk hledání střední cesty tak, aby základní práva byla dostatečně chráněna, aniž by se však institut referenda obsahově vyprázdnil. Souvisejícím praktickým právním problémem je forma a právní síla případného závazného výsledku referenda.⁸⁰

Český Parlament bude při projednávání vládního návrhu ústavního zákona o celostátním referendu (sněmovní tisk 559) vhodnou podobu této apriorní výluky ještě hledat, a jistě se přitom může opřít o výše rozebrané rozhodnutí slovenského ústavního soudu a zmíněné rozhodnutí slovinského ústavního soudu, jakož i o tyto naše úvahy a o výsledky zmíněné brněnské listopadové konference.

⁷⁹ ASKARI, D. Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou. In: M. Antoš – J. Wintř (eds). *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 17–30. Článek vychází z referátu na výjezdním semináři Právnické fakulty UK a jeho autor s ním v roce 2015 zvítězil v soutěži SVOČ na Právnické fakultě UK a obsadil 2. místo v Česko-slovenské právnícké soutěži o nejlepší studentskou práci.

⁸⁰ I těmto tématům se věnovala brněnská konference Přímá demokracie dne 26. 11. 2015, pořádaná Mezinárodním politologickým ústavem MU ve spolupráci s Katedrou ústavního práva a politologie Právnické fakulty MU.

EXTENZE KRIMINALIZACE VE VZTAHU K MOŽNOSTEM TRESTNÍ JUSTICE

Filip Ščerba*

Abstrakt: *Proporcionalita trestní represe bývá zpravidla pojímána ve smyslu posuzování adekvátnosti míry trestního postihu z hlediska respektování práv a svobod jednotlivce, principů humanity, jakož i z hlediska dodržování zásady podpůrné role trestního práva. Poněkud opomíjena je potřeba proporcionality také mezi rozsahem trestní odpovědnosti a kapacitními možnostmi orgánů tvořících systém trestní justice. Rozpínání trestní represe zvyšuje zátěž orgánů činných v trestním řízení, a je tak jedním z významných faktorů negativně ovlivňujících délku trestního řízení, což vede zákonodárce k potřebě zavádět a prosazovat nové, zkrácené formy trestního řízení. Hlavním cílem tohoto článku je alespoň přibližně kvantifikovat, jak výrazně některá rozšíření trestní odpovědnosti zatížila trestní justici. Za tímto účelem je nabídnuta analýza statistických údajů o vyřizování některých trestných činů, jichž se toto rozšiřování trestní represe týkalo. Její výsledky mohou být vnímány jako potvrzení toho, že i zdánlivě drobná novelizace trestněprávních předpisů může výrazně zvýšit zátěž orgánů činných v trestním řízení a negativním způsobem tak ovlivnit fungování celého systému trestní justice.*

Klíčová slova: *trestní represe, kriminalizace, ohrožení pod vlivem návykové látky, kriminalita*

1. EXTENZE KRIMINALIZACE A JEJÍ DŮSLEDKY

Problém nastavení míry kriminalizace bývá vnímán zejména v souvislosti s jedním ze základních principů trestního práva, a to subsidiaritou, respektive pomocnou úlohou trestní represe, podle kterého má trestní represe fungovat až jako prostředek *ultima ratio*, tj. má nastupovat pouze v případech, že k ochraně daných zájmů či hodnot nepostačují jiné prostředky poskytované jinými právními odvětvími.¹ Přílišná extenze kriminalizace se tak může dostat do konfliktu s takovými základními pilíři demokratického právního státu, jako je humanita a důraz na zachování a respektování práv a svobod jednotlivce v tom nejširším možném rozsahu.² Míra kriminalizace je tak jedním z indikátorů úrovně společnosti ve vztahu k rozsahu svobody občanů, míry tolerance a humanity či respektu k základním lidským právům a svobodám.

Bylo by však pochopitelně příliš zjednodušující tvrdit, že každé zavedení nové skutkové podstaty trestného činu do trestního zákoníku s sebou přináší úbytek svobody jednotlivce. Kriminalizace určitého jednání totiž často představuje pouze zpřísnění postihu za jeho uskutečňování, prováděné ve snaze zdůraznit ochranu určitého právního statku, tzn., že jde o jednání, které bylo i před novelizací trestněprávních předpisů protiprávní a postizitelné (typicky jako přestupek či jiný správní delikt) a jehož postih byl „pouze“

* Doc. JUDr. Filip Ščerba, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: filip.scerba@upol.cz.

¹ Srov. např. SOLNÁŘ, V. – FENYK, J. – ČÍSAŘOVÁ, D. – VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva. Část první. Trestní právo a trestní zákony*. Praha: Novatrix, 2009, s. 35–38; KRATOCHVÍL, V. a kol. *Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 26–29; FUCHS, H. *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. Wien: Springer, 2008, s. 18; JIŘÍČEK, P. – MAREK, T. *Řešení bagatelních deliktů*. Praha: Leges, 2014, s. 27. an. aj.

² Srov. např. ASHWORTH, A. – HORDER, J. *Principles of Criminal Law*. Seventh edition. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 31–35.

posunut do roviny trestního práva (v následujícím textu bude uvedeno hned několik takových případů).

Podobně ani vypuštění určité skutkové podstaty z trestního zákoníku nepřináší nutně jednotlivci více svobody, neboť takový krok nemusí znamenat prohlášení určitého jednání za dovolené, ale jeho postih je pouze zmírněn, tedy přesunut například do roviny správněprávní odpovědnosti. Příkladem může být např. jednání spočívající v hrubé urážce či pomluvě veřejného činitele (respektive úřední osoby podle dnešní terminologie), které až do konce roku 1997 bylo trestným činem (srov. § 156 odst. 3 tr. zákona³ č. 140/1961 Sb., ve znění účinném do 31. 12. 1997), zatímco od roku 1998 je postižitelné pouze jako přeštepke proti občanskému soužití (srov. § 49 odst. 1 písm. a) zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů, dále i jen „zákon o přestupcích“).

Částečně opomíjen je však další důsledek extenze kriminalizace, který se týká vlivu na fungování a účinnost systému trestní justice a jeho jednotlivých částí. Značná část legislativních aktivit vyvíjených v posledních letech v trestní oblasti směřuje k tzv. racionalizaci trestní justice, jejímž hlavním cílem je hledání, zavádění a prosazování metod podporujících zvýšení efektivity justice, v tom smyslu, že přispívají ke zkrácení a také ke zjednodušení trestního řízení.⁴ Jde o reakci na jeden z nejpálčivějších a nejsložitějších problémů, které v posledních dekáдах sužují trestní justici nejen v České republice, a tím je příliš dlouhá doba provádění trestního řízení. Potřeba zjednodušení a zrychlení trestního řízení je vyvolávána (mimo jiné) jednak samotnou podobou trestně procesní úpravy, která v některých ohledech možná až příliš trestní řízení komplikuje a formalizuje, ale také právě rozšiřováním trestní represe, což lze spolehlivě prokázat prostřednictvím analýzy statistických údajů (viz níže).

Orgány tvořící součásti systému trestní justice jsou nuceny zabývat se v nemalém rozsahu touto novou trestnou činností, která doposud byla povětšinou postihována v rovině správněprávní odpovědnosti. Pokud stát zároveň nezlepší personální kapacitu těchto orgánů (což je z rozpočtových důvodů vždy problematický krok), je logickým důsledkem snížení účinnosti trestní justice, minimálně právě v podobě delší doby vyřizování jednotlivých trestních věcí. V legislativní (procesní) rovině pak daný jev vyvolává zmíněnou potřebu tzv. racionalizovat trestní justici.

Na tomto místě je důležité podotknout, že rozpínání kriminalizace jistě není jediným důvodem pro zavádění nových, alternativních způsobů řešení trestních věcí. Příkladem může být skupina institutů označovaná jako odklony v trestním řízení, tj. podmíněné zastavení trestního stíhání (§ 307 a § 308 tr. řádu), podmíněné odložení podání návrhu na potrestání (§ 179g a § 179h tr. řádu), narovnání (§ 309 a násl. tr. řádu) a v řízení proti mladistvým i odstoupení od trestního stíhání (§ 70 zák. č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, ve znění pozdějších předpisů). Jejich využívání nejen přispívá k rychlejšímu vyřizování trestních věcí, ale je spojeno s dalšími výhodami, typicky např. poskytuje poškozenému lepší možnosti pro dosažení materiální i morální satisfakce a v některých případech představuje účinné výchovné působení na pachatele činu.⁵

³ Zde i v dalším textu se pod pojmem „trestní zákon“ rozumí zák. č. 140/1961 Sb.; „trestním zákoníkem“ se pak rozumí zák. č. 40/2009 Sb.

⁴ Viz např. ŠČERBA, F. a kol. *Dohoda o vině a trestu a další prostředky racionalizace trestní justice*. Praha: Leges, 2012, s. 13–17.

⁵ Blíže viz ŠČERBA, F. *Alternativní tresty a opatření v nové právní úpravě*. 2. vydání. Praha: Leges, 2014, s. 53.

Na druhou stranu, implementace některých nových prostředků racionalizace trestní justice (nejen) do českého trestního práva byla motivována prakticky výhradně právě snahou o jednodušší a rychlejší vyřizování trestních věcí. Nejvýraznějším příkladem je zřejmě nepochybně zavedení institutu dohody o vině a trestu, ke kterému došlo – v prostředí českého trestního práva – novelou trestního řádu č. 193/2012 Sb.

Výše uvedenou tezi, že jednou z významných příčin postupně se zvyšující zátěže trestní justice je rozšiřování dosahu trestněprávní represe, lze zřejmě považovat za obecně akceptovanou. Cílem tohoto článku je tuto tezi nejen potvrdit, ale také prostřednictvím analýzy statistických údajů kvantifikovat míru zátěže orgánů činných v trestním řízení, která je důsledkem vytváření nových, respektive rozšiřování stávajících skutkových podstat trestných činů. Je totiž velmi žádoucí vystihnout, jak výrazný je tento efekt rozšiřování kriminalizace. Je to totiž v podstatě cena, kterou společnost musí zaplatit za snahu chránit určitý zájem tím nejdůležitějším prostředkem, který má k dispozici, tj. prostřednictvím trestního práva. A podobně jako to činí v běžném životě jednotlivci, i zákonodárce by měl zvažovat, zda je tato cena adekvátní ve vztahu k zamýšlenému cíli.

2. K VÝVOJI TZV. TRADIČNÍCH (OBECNÝCH)⁶ FOREM KRIMINALITY

Ještě před analýzou důsledků rozšiřování kriminalizace pro systém trestní justice je třeba poukázat na to, že zvyšování počtu trestních věcí, kterými se orgány činné v trestním řízení musí zabývat, není primárně způsobeno nárůstem tradičního (obecného) typu kriminality (při současné relativně konstantní úrovni její kriminalizace). Tuto tezi lze také prokázat na základě statistických údajů, z nichž je zřejmé, že počet trestných činů, které lze zařadit právě do kategorie tradiční kriminality, dlouhodobě žádným výrazným způsobem neroste.

Pro tyto účely bylo zvoleno deset trestných činů (různé typové závažnosti), které do této skupiny lze bezpochyby zařadit, a v tabulce č. 1 jsou zachyceny údaje o tom, v jaké kvantitě byly tyto trestné činy řešeny jak v přípravném řízení, tak ze strany soudů v letech 2000, 2009 a 2012. Je ještě třeba vysvětlit, že nejaktuálnější statistické údaje zveřejněné k datu předání tohoto článku k publikaci se sice vztahují k roku 2013, avšak tento rok byl významným způsobem ovlivněn nestandardní událostí, kterou byla amnestie prezidenta republiky z 1. 1. 2013 (srov. rozhodnutí prezidenta republiky č. 1/2013 Sb.); právě tato amnestie je totiž pravděpodobně nejvýznamnější (ne-li jedinou) příčinou výrazného nárůstu případů řešených v roce 2013, takže údaje z tohoto roku lze považovat za v jistém smyslu mimořádné a zkreslující.⁷

Z údajů uvedených v tabulce č. 1 je tedy patrné, že pokud jde o vybraných deset deliktů, počet těchto případů řešených jak v roce 2009, tak v roce 2012 byl dokonce výrazně menší v porovnání s údaji za rok 2000. Největší podíl na tomto poklesu sice měly základní majetkové trestné činy (krádež, zpronevěra, podvod), což bylo způsobeno pravděpo-

⁶ Srov. NOVOTNÝ, O. – ZAPLETAL, J. a kol. *Kriminologie*. 3. přepracované vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 61, 310.

⁷ Zatímco v roce 2012 bylo v přípravném řízení vyřízeno celkem 119.950 trestných činů, v roce 2013 to bylo 121.226 trestných činů – zde tedy nejde o tak markantní nárůst. Avšak pokud jde o počet odsouzených osob, ten činil v roce 2012 celkem 71.471 osob, ale v roce 2013 pak 77.976 osob, takže tento nárůst (o více než 9 %) již zanedbatelný není.

dobně zejména tím, že s účinností od roku 2002 (v důsledku novely trestního zákona a trestního řádu provedené zákonem č. 265/2001 Sb.) došlo ke zvýšení hranice škody nikoli nepatrné (a tedy v podstatě hranice mezi trestným činem a přestupkem) z 2.000 Kč na 5.000 Kč, avšak mírný pokles je patrný i u dalších trestných činů, jako např. u ublížení na zdraví, loupeže či vydírání. V souhrnu lze tedy zřejmě konstatovat, že zátěž trestní justice mezi lety 2000 a 2012 skutečně nevzrostla v důsledku potřeby řešit tradiční formy trestné činnosti.

Tabulka č. 1.: Údaje o počtech řešených vybraných trestných činů v letech 2000, 2009 a 2012⁸

Trestný čin	Počet trestných činů známých pachatelů řešených v přípravném řízení / Počet trestných činů osob odsouzených soudem		
	rok 2000	rok 2009	rok 2012**
Vražda	298/176	205/112	214/110
Úmyslné ublížení na zdraví	6648/2830	4249/2372	4604/2638
Úmyslné těžké ublížení na zdraví	1037/509	774/433	791/526
Loupež	2799/1485	2922/1426	2257/1417
Vydírání	2573/1050	1549/762	1865/910
Krádež	52033/22756	32129/16533	35288/19742
Zpronevěra	7609/3507	3783/2266	3377/1984
Podvod*	18084/6726	6728/3146	8109/3270
Znásilnění	517/167	435/172	554/230
Výtržnictví	7543/4215	6632/4093	7590/5074
Celkem za uvedené trestné činy	99141/43421	59406/31315	64649/35901

* Údaje jsou uváděny pouze ve vztahu k tzv. obecnému podvodu podle § 250 tr. zákona, respektive § 209 tr. zákoníku, tedy bez údajů vztahujících se ke speciálním případům podvodu, tj. podvodu pojistnému, úvěrovému a dotačnímu.

** Uváděné údaje jsou vždy souhrnné pro trestný čin daného druhu, bez ohledu na to, zda byla právní kvalifikace prováděna dle trestního zákoníku, anebo podle předchozího trestního zákona č. 140/1961 Sb.

3. VÝVOJ EXTENZE TRESTNÍ REPRESE Z HLEDISKA DOPADŮ NA TRESTNÍ JUSTICI

Jak již bylo uvedeno, snaha o hodnocení vývoje míry trestní represe a její proporcionality ve vztahu ke kapacitním možnostem trestní justice prakticky nutně předpokládá alespoň přibližné vyjádření kvantitativního dopadu prováděných změn v oblasti trestního práva hmotného, a to s využitím statistických údajů. Jde přitom o nelehký úkol zejména proto, že ne vždy lze vysledovat průkaznou příčinnou souvislost mezi některou takovou změnou trestněprávních předpisů a změnou příslušných statistických údajů.

V průběhu uplynulého čtvrtstoletí, tedy poté, co byla provedena demokratizace československého trestního práva a byla zrušena celá řada skutkových podstat trestných činů,

⁸ Údaje převzaty ze Statistických ročenek kriminality za příslušné roky. Dostupné z: <<http://cslav.justice.cz/InfoData/statisticke-rocenky.html>>.

kteří byly součástí socialistického trestního práva a představovaly nástroj pro potlačování práv a svobod občanů (např. trestné činy podvracení republiky podle § 98 tr. zákona ve znění účinném do 30. 6. 1990, pobuřování podle § 100 citovaného zákona, poškozování zájmů republiky v cizině podle § 112 citovaného zákona a řada dalších), došlo k opětovné nemalé extenzi českého trestního práva. Novelizacemi trestního zákona i přijetím nového trestního zákoníku došlo k vytvoření a zavedení řádově desítek nových skutkových podstat trestných činů, výrazné rozšíření dopadu trestněprávní represe lze spatřovat také v zavedení trestní odpovědnosti právnických osob (přijetím zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob).

Jen pro úplnost lze poznamenat, že některé novelizace trestního zákona přinesly i zmírnění trestní represe cestou částečné dekriminalizace, např. když byl novelou č. 253/1997 Sb. z trestního zákona vypuštěn trestný čin hanobení republiky a jejího představitele (srov. § 102 a § 103 tr. zákona ve znění účinném do 31. 12. 1997); stejnou novelou došlo také – jak již bylo výše zmíněno – ke zrušení ustanovení § 156 odst. 3 tr. zákona, na základě kterého bylo trestně postihováno jednání spočívající v hrubé urážce či pomluvě veřejného činitele. Pravděpodobně k nejvýraznějšímu zmírnění trestní represe došlo v důsledku novely trestního zákona a trestního řádu provedené zákonem č. 265/2001 Sb., která přinesla (jak již bylo zmíněno) mj. posunutí hranice nikoli nepatrné majetkové škody (respektive majetkového prospěchu a hodnoty věci) z 2.000 Kč na 5.000 Kč; od účinnosti této novelizace (tj. od 1. 1. 2002) proto byla řada případů dříve posuzovaných jako trestný čin (krádeže, zpronevěry, podvodu, poškozování cizí věci, apod.) kvalifikována pouze jako přestupek. Celkově je však možné konstatovat, že k zúžení trestní represe docházelo jen ojediněle a v minimálním rozsahu.

A konečně je sledování kvantitativního dopadu rozšiřování trestní represe na trestní justici komplikováno i tím, že minimálně v první polovině 90. let minulého století byl nárůst kriminality (za dané, relativně konstantní úrovně kriminalizace) alespoň zčásti důsledkem změny a uvolnění společenských poměrů a v neposlední řadě byl ovlivněn i (z kriminologického hlediska) výjimečnými okolnostmi v podobě poměrně rozsáhlých amnestií (srov. rozhodnutí prezidenta Československé socialistické republiky č. 1/1990 Sb. a rozhodnutí prezidenta republiky č. 56/1993 Sb.). Z tohoto důvodu je proto například velmi těžké odhadovat, jak se na nárůstu počtu stíhaných trestných činů projevila jedna z novel trestního zákona, která byla provedena zákonem č. 557/1991 Sb. a která významným způsobem rozšířila trestní represi doplněním skutkové podstaty krádeže o další případy, kdy pachatel činem nezpůsobil škodu nikoli nepatrnou (srov. § 247 odst. 1 písm. b), d) a e) tr. zákona, ve znění účinném od 1. 1. 1992).

Z těchto důvodů bude zřejmě vhodnější demonstrovat vliv rozšiřování kriminalizace na zatížení orgánů trestní justice jen na některých změnách českého trestního práva hmotného. Pozornost přitom bude samozřejmě zaměřena na ty změny, které lze považovat za diskutabilní z hlediska samotné racionality jejich provedení, tzn., že se jedná o případy, kdy zákonodárce prohlásil za trestné i jednání, jehož závažnost je spíše nižší, a lze proto racionálně uvažovat i o jeho postihu jinými, netrestními prostředky.

První z těchto vybraných změn byla provedena zákonem č. 253/1997 Sb., kterou byly mj. do trestního zákona zakotveny dva nové trestné činy, a to pojistný podvod (§ 250a trestního zákona ve znění účinném od 1. 1. 1998) a úvěrový podvod (§ 250b trestního zákona ve znění účinném od 1. 1. 1998). Represivní pojetí těchto skutkových podstat,

a zároveň důvod, pro který bylo jejich zavedení kritizováno,⁹ spočívá zejména v tom, že k jejich spáchání (v některých z jejich variant) se nevyžaduje způsobení žádné majetkové škody. Je vhodné připomenout, že u obou těchto zvláštních případů podvodu Ústavní soud rozhodoval o návrzích na jejich zrušení, kdy těmto návrhům sice nevyhověl, avšak v jeho rozhodnutích je rovněž patrná určitá kritika zavedení a existence skutkových podstat postihujících i jednání, jímž není způsobována žádná majetková škoda (srov. nálezy Pl. ÚS 5/2000 a I. ÚS 631/05). Skutkové podstaty trestných činů pojistného a úvěrového podvodu byly převzaty i do nového trestního zákoníku (srov. § 210 a § 211 tr. zákoníku), a byly navíc doplněny i o podvod dotační (§ 212 tr. zákoníku).

Další významné a v jistém ohledu i problematické rozšíření trestní odpovědnosti představovalo zavedení trestnosti držení drog (v množství větším než malém) pro vlastní potřebu. K tomu došlo novelou trestního zákona provedenou zákonem č. 112/1998 Sb. Není účelem této stati hodnotit racionalitu a oprávněnost tohoto nasměrování proti drogové politice státu, neboť to představuje samo o sobě poměrně složitý problém, jemuž bylo věnováno v rámci odborné literatury i judikatury mnoho prostoru.¹⁰ Z hlediska dopadu tohoto rozšíření trestní represe na trestní justici postačí poukázat na to, že trestný čin přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu podle § 284 tr. zákoníku (dříve trestný čin nedovolené výroby a držení omamných a psychotropních látek a jedů podle § 187a tr. zákona ve znění účinném od 1. 1. 1999) musí být orgány činnými v trestním řízení řešen v nemalém množství (viz dále tabulku č. 2).

Třetí rozšíření kriminalizace, kterému je vhodné věnovat pozornost, bylo provedeno novelou trestního zákona č. 139/2001 Sb. a spočívalo ve vytvoření nové, zvláštní skutkové podstaty trestného činu poškozování cizí věci. Tato skutková podstata byla zakotvena v ustanovení § 257b tr. zákona, byla převzata i do nového trestního zákoníku (do ustanovení § 228 odst. 2) a spočívá v tom, že pachatel poškodí cizí věc tím, že ji postříká, pomaluje či popíše barvou nebo jinou látkou. Právě proto bývá tento trestný čin někdy označován jako sprejství a jeho přísnost (podobně jako u pojistného a úvěrového podvodu) vyplývá z toho, že znakem jeho skutkové podstaty není způsobení škody v určité výši, takže formální znaky tohoto trestného činu jsou naplněny i v případech, kdy škoda způsobená posprejováním či podobným jednáním je zcela minimální. Také u tohoto trestného činu Ústavní soud rozhodoval o návrhu na jeho zrušení, přičemž opět tento návrh sice odmítnul, avšak zároveň vyjádřil pochybnosti o efektivitě přístupu zákonodárce spočívajícího ve zmožování skutkových podstat v trestním zákoně a jejich nesystematické diferenciaci (srov. usnesení Pl. ÚS 4/03).

Největší zatížení trestní justice způsobené rozšiřováním trestní represe lze prokazatelně spojit s novelizací zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích,

⁹ Srov. např. JELÍNEK, J. *Novelizace trestního práva v roce 1997*. Praha: Linde, 1998, s. 37–39; VANTUCH, P. K trestnému činu úvěrového podvodu podle § 250b TZ. *Trestní právo*. 2000, č. 10, s. 4–5.

¹⁰ Srov. např. RŮŽIČKA, M. K problematice trestného činu nedovolené výroby a držení omamných a psychotropních látek nebo jedů podle ustanovení § 187a trestního zákona. *Trestní právo*. 1999, č. 6, s. 8–13; JURÁKOVÁ, I. Několik poznámek ke kriminalizaci držení drog pro vlastní potřebu. *Právní rozhledy*. 1999, č. 1, s. 15–18; ČENTĚŠ, J. *Hmotněprávní aspekty trestnej činnosti páchanej v súvislosti s nealkoholovou toxikomániou v Slovenskej republike*. Bratislava: Úrad vlády Slovenskej republiky, 2007, s. 56–57; SOTOLÁR, A. et al. *Trestná činnosť spojená se zneužíváním drog a formy jejího řešení. Svazek první*. Praha: Institut vzdělávání Ministerstva spravedlnosti, 2002, s. 62; usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu, sp. zn. 15 Tdo 1003/2012 ze dne 27. 2. 2013.

provedenou zákonem č. 411/2005 Sb., kterou došlo také ke změnám v trestním zákoně. První z nich spočívala ve vytvoření nové skutkové podstaty trestného činu řízení motorového vozidla bez řidičského oprávnění (srov. § 180d tr. zákona ve znění účinném od 1. 6. 2006); protože však tato skutková podstata nebyla převzata do nového trestního zákoníku, nebude jí na tomto místě věnována pozornost, neboť cílem tohoto rozboru je hodnotit *aktuální* míru zátěže orgánů trestní justice.

Druhá změna, k níž došlo v důsledku novely č. 411/2005 Sb., už však při této snaze opomíjena být nemůže. Týkala se trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky podle § 201 tr. zákona. Od účinnosti zmiňované novely totiž ke vzniku trestní odpovědnosti stačí „pouhé“ vykonávání potenciálně nebezpečné činnosti ve stavu vylučujícím způsobilost, aniž by musela být splněna některá z dalších podmínek, které byly do té doby alternativně stanoveny v základní skutkové podstatě a které byly novelou transformovány na okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby a staly se tedy součástí kvalifikované skutkové podstaty tohoto trestného činu. Jelikož tento delikt je v drtivé většině páchan řidičem motorového vozidla, spočíval hlavní důsledek dané novely v tom, že trestný čin spáchá řidič, který řídí motorové vozidlo ve stavu vylučujícím způsobilost způsobeném vlivem návykové látky (pokud jde o ovlivnění alkoholem, rozumí se tím dle praxe zpravidla stav, kdy má pachatel v krvi alespoň 1 promile alkoholu¹¹), aniž by jízdou způsobil jakoukoli poruchu či konkrétní ohrožení v podobě dopravní nehody, ublížení na zdraví apod.

Zbývá dodat, že v rámci rekodifikace trestního práva hmotného byla skutková podstata trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky mírně zúžena, neboť nový trestní zákoník již pro spáchání tohoto deliktu vyžaduje výhradně úmyslné zavinění (srov. § 274 odst. 1 tr. zákoníku), zatímco předchozí trestní zákon připouštěl i zavinění nedbalostní (srov. § 201 tr. zákona ve znění účinném do 31. 12. 2009, srov. však i právní úpravu účinnou do 30. 6. 2006). Spíše na okraj lze poznamenat, že tato změna neměla až tak velký dopad na počet řešených trestných činů tohoto typu.¹²

Rozšíření skutkové podstaty trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky navíc způsobilo extenzi trestní represe ještě jedním, nepřímým způsobem. Kromě prudkého a skokového nárůstu počtu stíhaných trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky totiž došlo k postupnému nárůstu počtu stíhaných trestných činů maření výkonu úředního rozhodnutí podle § 171 tr. zákona, respektive maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání podle § 337 tr. zákoníku. Šlo o důsledek logický a předvídatelný, neboť jednou z nejčastějších sankcí, která byla a je ukládána za trestný čin ohrožení pod vlivem návykové látky, je trest zákazu činnosti.¹³ A jelikož samozřejmě vždy určitá část odsouzených

¹¹ Srov. např. ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2790–2791.

¹² Podle Statistických ročenek kriminality (dostupné z: <<http://cslav.justice.cz/InfoData/statisticke-rocenky.html>>) bylo v roce 2009 odsouzeno celkem 15.361 trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky, v roce 2011 to bylo 12.384 trestných činů tohoto typu a v roce 2012 celkem 11.838 těchto trestných činů; oproti roku 2009 tedy počet odsouzených trestných činů ohrožení pod vlivem návykovou látkou poklesl asi o 21% (v roce 2011), respektive o 23% (v roce 2012).

¹³ Např. v roce 2013 byl za trestný čin ohrožení pod vlivem návykové látky uložen trest zákazu činnosti (ať už jako hlavní sankce, anebo uložený vedle jiné sankce) uložen v 10.606 případech, což představuje 98% ze všech osob odsouzených v tomto roce za tento trestný čin. Zdroj: Statistická ročenka kriminality 2014. Dostupné z: <<http://cslav.justice.cz/InfoData/statisticke-rocenky.html>>.

prokazatelně poruší podmínky výkonu tohoto trestu, tzn. nejčastěji, že jsou přistiženi při řízení motorového vozidla, i když jim tato činnost byla zakázána, naplní tak právě skutkovou podstatu trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí (a vykázání), což vyvolává povinnost orgánů činných v trestním řízení takové jednání stíhat. Popsaný efekt se navíc zvyšuje tím, že i za trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání je často znovu ukládán trest zákazu činnosti,¹⁴ takže opět dochází k tomu, že část odsouzených tento trest nerespektuje a spáchá tím další trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání.

Kromě toho nelze přehlédnout postupné rozšiřování skutkových podstat samotného trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí (a vykázání). Zmínit lze zejména novelu trestního zákona provedenou v rámci přijetí zákona č. 129/2008 Sb., o výkonu zabezpečovací detence a změně některých souvisejících zákonů, kdy za tento trestný čin bylo (mimo jiné) označeno i jednání spočívající v tom, že pachatel bez závažného důvodu nenastoupí na výzvu soudu trest odnětí svobody nebo se jiným způsobem neoprávněně brání nástupu výkonu tohoto trestu (srov. § 171 odst. 1 písm. g) tr. zákona ve znění účinném do 31. 12. 2009, respektive v současnosti § 337 odst. 1 písm. f) tr. zákoníku). Další rozšíření trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání pak přinesl i nový trestní zákoník, kdy je tímto způsobem postihováno mj. i nerespektování uloženého trestu zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce (srov. § 337 odst. 1 písm. e) tr. zákoníku).

Zejména první zmíněné rozšíření dosahu trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání lze rovněž považovat za (do jisté míry) problematické, tedy možná nikoli nezbytné. K dosažení sledovaného cíle, tj. řádného a včasného nastoupení odsouzeného k výkonu trestu odnětí svobody, totiž trestní řád nabízí jiné nástroje, které systém trestní justice zatěžují v menší míře (srov. zejména § 321 odst. 3, § 69 odst. 3 a § 83c odst. 2 tr. řádu).

Je ještě nutno poznamenat, že nemalá část zmíněných trestných činů, které byly vybrány jako výrazné případy rozšiřování trestní represe cestou kriminalizace, je řešena některým ze způsobů, jež nepředpokládají provedení trestního řízení v jeho plné, standardní formě. Často je taková věc řešena některým z odklonů v trestním řízení již v přípravném řízení, když už je podána obžaloba či návrh na potrestání, samosoudce zpravidla využije možnosti vyřídit věc vydáním trestního příkazu; zřejmě u nemalé části těchto trestných činů dochází k fakultativnímu zastavení trestního stíhání podle § 172 odst. 2 tr. řádu, popřípadě k postoupení věci na základě závěru o nutnosti aplikovat na případ materiální korektiv v podobě zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku.

I tyto jednodušší způsoby vyřizování trestních věcí však pochopitelně představují zátěž pro orgány činné v trestním řízení, zejména pak pro policejní orgán a státní zástupce, kteří realizují přípravné řízení.

¹⁴ Opět lze odkázat na statistické údaje, z nichž vyplývá, že např. v roce 2013 byl za trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání uložen trest zákazu činnosti (ať už jako hlavní sankce, anebo uložený vedle jiné sankce) uložen v 10.606 případech, což představuje více než 64 % ze všech osob odsouzených v tomto roce za tento trestný čin. Zdroj: *Statistická ročenka kriminality 2014*. Dostupné z: <<http://slav.justice.cz/Info/Data/statisticke-rocenky.html>>.

4. KVANTIFIKACE ZÁTĚŽE TRESTNÍ JUSTICE V DŮSLEDKU ROZŠIŘOVÁNÍ TRESTNÍ REPRESE

Jak již bylo uvedeno, na tomto místě má být usilováno o kvantifikaci *aktuální* zátěže orgánů tvořících systém trestní justice v důsledku vybraných případů rozšiřování trestní represe cestou kriminalizace, a to na základě statistických údajů. V následujících tabulkách č. 2, 3 a 4 jsou vždy uváděny dva základní údaje. První z nich se týká počtu trestných činů daného typu vyřízených v příslušném období v rámci *přípravného řízení*. Tento souhrnný údaj lze považovat pro daný účel za vyhovující, neboť určitá zátěž pro orgány činné v přípravném řízení vzniká, ať už je způsob vyřízení věci v přípravném řízení jakýkoli, i když pochopitelně (jak již bylo uvedeno) některé z těchto způsobů jsou pro orgány činné v přípravném řízení jednodušší a méně zatěžující.

Druhý uváděný údaj vyjadřuje zátěž, kterou daný trestný čin představuje pro orgány podílející se na realizaci fáze trestního řízení probíhající *před soudem*, tedy zejména zátěž pro soud prvního stupně. Tento údaj je tvořen součtem všech způsobů vyřízení věci v rámci řízení před soudem, tzn. počtem osob odsouzených pro daný trestný čin a počtem případů, kdy věc skočila zprošťujícím rozsudkem, zastavením trestního stíhání či postoupením věci. Opět lze totiž vycházet z toho, že i když je určitý případ vyřešen poměrně jednoduchým způsobem (např. vydáním trestního příkazu, který není napaden odpořem), představuje pro orgány činné v trestním řízení (primárně pro soud) určitou zátěž.

Ve vztahu ke speciálním případům podvodu (tj. podvodu pojistnému, úvěrovému a dotačnímu) a k trestnému činu přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu podle § 284 tr. zákoníku jsou uváděny údaje pro rok 2012; údaje pro rok 2013 lze z důvodu amnestie prezidenta republiky opět považovat za poněkud zkreslující (viz výše). V souvislosti se speciálními variantami podvodu je ještě nutno poznamenat, že údaje, které jsou k nim uváděny, lze skutečně považovat za vypovídající z hlediska zvýšení zátěže orgánů činných v trestním řízení; vytvoření těchto speciálních skutkových podstat totiž nemělo za důsledek snížení počtu projednávání případů posuzovaných jako tzv. obecný podvod (podle § 250 tr. zákona respektive § 209 tr. zákoníku).¹⁵

Pokud jde o tzv. trestný čin sprejství, uváděné údaje (viz tabulku č. 3) se vztahují k roku 2009. Důvod spočívá v tom, že nový trestní zákoník již toto jednání uvádí jako druhou základní skutkovou podstatu trestného činu poškození cizí věci, která je obsažena v ustanovení § 228 odst. 2 tr. zákoníku. Statistické ročenky kriminality však uvádí údaje souhrnně pro trestný čin podle § 228 tr. zákoníku, takže z nich nelze vysledovat, jaká část z nich se týká právě tzv. sprejství. Předchozí trestní zákon z roku 1961 uváděl skutkovou podstatu tohoto trestného činu v samostatném ustanovení § 257b, takže byly využity údaje pro poslední rok účinnosti tohoto trestního zákona, kterým byl právě rok 2009, s tím, že do roku 2012 se počet těchto deliktů pravděpodobně příliš zásadním způsobem nezměnil.

¹⁵ Např. v roce 1996 bylo za trestný čin podvodu podle § 250 tr. zákona odsouzeno 3.500 osob, v roce 1997 to bylo 3.635 osob. V roce 2000 (tedy v době, kdy již existovaly speciální skutkové podstaty pojistného a úvěrového podvodu a údaje, které se k nim vztahují, už jsou evidovány ve Statistických ročenkách kriminality) bylo za podvod podle § 250 odsouzeno 6.034 osob, v roce 2001 šlo 5.491 osob, atd. Počet osob odsouzených za tzv. obecný podvod se tedy po vytvoření konstrukce zvláštních případů podvodu nejenže nesnížil, ale naopak vzrostl. Zdroj: *Statistické ročenky kriminality*. Dostupné z: <<http://cslav.justice.cz/InfoData/statisticke-rocenky.html>>.

Míra zatížení orgánů trestní justice způsobená rozšířením skutkové podstaty trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky je v tabulce č. 4 vyjádřena rozdílem mezi údaji pro rok 2012 a rok 2005, tedy mezi údaji relativně nejaktuálnějšími (a zároveň neovlivněnými amnestií) a údaji vztahujícími se k poslednímu celému roku před předmětnou novelizací trestního zákona. Pochopitelně ne všechny případy, které tvoří tento rozdíl, musí nutně připadat na jednání, které před novelou nebylo trestné (a bylo pouhým přestupkem), avšak přesto lze tímto způsobem nejspíše nejvíce kvantifikovat míru zátěže orgánů činných v trestním řízení zapříčiněnou zpřísněním základní skutkové podstaty trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky.

Obdobným způsobem, tedy rozdílem mezi údaji pro rok 2012 a pro rok 2005, je kvantifikováno i zatížení trestní justice, které bylo vyvoláno nutností častěji řešit případy trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání podle § 337 tr. zákoníku. Jak již bylo zmíněno, největší nárůst těchto deliktů lze totiž spojovat s větším množstvím spáchaných trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky, respektive s ukládáním trestu zákazu činnosti za tento trestný čin a jeho následným nerespektováním. Z tohoto důvodu lze za relevantní opět považovat rozdíl mezi počtem řešených trestných činů maření výkonu úředního rozhodnutí podle § 171 tr. zákona v roce 2005 a počtem řešených trestných činů maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání podle § 337 tr. zákoníku v roce 2012.

Je však třeba samozřejmě dodat, že nárůst počtu řešených činů tohoto typu nebyl způsoben výhradně rozšířením a častějším postihem trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky, ale také rozšířením dosahu samotného trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání, které bylo popsáno výše. Jelikož však i tyto změny v právní úpravě trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání lze považovat minimálně zčásti za sporné či problematické, není od věci zahrnout je do snahy o vyjádření míry zvýšení zátěže orgánů činných v trestním řízení.

Údaje obsažené v tabulkách č. 2, 3 a 4 jsou čerpány ze Statistických ročenek kriminality.¹⁶

Tabulka č. 2: Údaje o vyřizování vybraných trestných činů v roce 2012

Trestný čin*	Počet trestných činů vyřizovaných v přípravném řízení	Počet trestných činů vyřizovaných soudy**
Pojistný podvod (§ 210 tr. zákoníku)	449	331
Úvěrový podvod (§ 211 tr. zákoníku)	3298	1932
Dotační podvod (§ 212 tr. zákoníku)	43	17
Přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu (§ 284 tr. zákoníku)	385	264

* Přestože je právní kvalifikace uváděna podle trestního zákoníku, uváděné údaje jsou vždy souhrnné pro trestný čin daného druhu, bez ohledu na to, zda byla právní kvalifikace prováděna dle trestního zákoníku, anebo podle předchozího trestního zákona č. 140/1961 Sb.

** Údaje představují součet počtu odsouzených osob, zprošťujících rozsudků, zastavení trestního stíhání a postoupení věci.

¹⁶ Dostupné z: <<http://cslav.justice.cz/InfoData/statisticke-rocenky.html>>.

Tabulka č. 3: Údaje o vyřizování tzv. sprejerství v roce 2009

Trestný čin	Počet trestných činů vyřizovaných v přípravném řízení	Počet trestných činů vyřizovaných soudy*
Poškozování cizí věci – sprejerství (§ 257b tr. zákona)	977	408

* Údaje představují součet počtu odsouzených osob, zprošťujících rozsudků, zastavení trestního stíhání a postoupení věci.

Tabulka č. 4: Údaje o nárůstu vyřizování vybraných trestných činů mezi roky 2005 a 2012

Trestný čin	Počet trestných činů vyřizovaných v přípravném řízení			Počet trestných činů vyřizovaných soudy*		
	2005	2012	Rozdíl	2005	2012	Rozdíl
Ohrožení pod vlivem návykové látky**	2584	12184	9600	2104	11684	9580
Maření výkonu úředního rozhodnutí (a vykázání)***	11443	12191	758	8998	9989	991

* Údaje představují součet počtu odsouzených osob, zprošťujících rozsudků, zastavení trestního stíhání a postoupení věci.

** Podle § 201 tr. zákona, respektive § 274 tr. zákoníku.

*** Podle § 171 tr. zákona, respektive § 337 tr. zákoníku.

Provedeme-li součet všech údajů uvedených v tabulkách č. 2 až 4 (příčemž z tabulky č. 4 je za rozhodující považován údaj uvedený v kolonkách „Rozdíl“), dospíváme k zajímavým zjištěním.

Pokud jde o počet sledovaných trestných činů vyřizovaných v přípravném řízení, dosahuje součet těchto údajů čísla **15.510**. Ve vztahu k celkem 119.950 trestným činům, které byly v roce 2012 vyřizovány v rámci přípravného řízení, představují sledované trestné činy podíl **12,93 %**.

Součet všech údajů o sledovaných trestných činech vyřizovaných soudy pak činí **13.523** případů. Jestliže v roce 2012 soudy vyřídily celkem 83.600 trestných činů, podíl sledovaných trestných činů dosáhl dokonce **16,18 %**.

Na tomto místě je třeba připomenout, že uvedené údaje nemohou vyjadřovat zvýšení zátěže trestní justice v důsledku zpřísnování trestní represe (cestou kriminalizace) zcela přesně, neboť nárůst počtu řešených deliktů daného typu mohl být ovlivněn i jinými faktory, než samotným zpřísněním trestní represe (to se týká zejména trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky a maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání). Avšak i na základě těchto přibližných dat lze tedy jednoznačně konstatovat, že sledované novelizace českého trestního práva hmotného skutečně způsobily značný nárůst zátěže orgánů trestní justice. Zhruba každý sedmý případ, kterým se trestní justice musela v roce 2012 zabývat, byl (z právního hlediska) důsledkem některé z těchto novelizací. Uvážíme-li, že tento efekt způsobilo pouhých sedm trestných činů (či spíše jen šest, protože na dotační podvod připadá jen marginální podíl), jeví se tento závěr jako skutečně zásadní.

Jednoznačně největší podíl na tomto nárůstu zátěže trestní justice mělo rozšíření skutkové podstaty trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky, výrazným způsobem však v tomto směru přispělo i vytvoření skutkových podstat úřadového podvodu a tzv. sprejství. Jen pro srovnání lze např. uvést, že pokud nárůst počtu trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky vyřizovaných v přípravném řízení, který nastal mezi roky 2005 a 2012, činil 9.600 případů, blíží se toto číslo dvojnásobku všech hospodářských trestných činů vyřizovaných v rámci přípravného řízení v roce 2012.¹⁷ Je samozřejmé, že náročnost objasňování hospodářské trestné činnosti je (obecně řečeno) extrémně vyšší než objasňování trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky, nicméně i tak lze soudit, že eliminace potřeby řešit tento druh bagatelní protiprávní činnosti v rámci trestního řízení by znatelným způsobem uvolnila kapacitu orgánů činných v trestním řízení pro stíhání závažnější a složitější trestné činnosti. Logickým důsledkem by pak mohlo být zkrácení průměrné doby trestního řízení i bez zavádění a využívání alternativních způsobů řešení trestních věcí.

Zvýšení zátěže trestní justice v důsledku značného nárůstu řešených trestných činů ohrožení pod vlivem návykové látky navíc ani nelze považovat za cenu, kterou je nutné platit za znatelné snížení počtu dopravních nehod způsobených pod vlivem alkoholu. Ze Statistické ročenky České republiky za rok 2013¹⁸ sice vyplývá, že oproti roku 2005 se celkový počet nehod v silniční dopravě značně snížil (v roce 2005 jich bylo evidováno 199.262, v roce 2013 pouze 84.398), avšak snížení počtu nehod zaviněných v důsledku vlivu alkoholu již tak výrazné není. Ze statistik nehodovosti Policie České republiky¹⁹ totiž vyplývá, že v roce 2007²⁰ bylo takových nehod evidováno 7.466 (a šlo o 4,3 % z celkového počtu nehod v tomto roce), v roce 2014 bylo evidováno 4.637 nehod zaviněných pod vlivem alkoholu (šlo o 6 % z celkového počtu nehod). Určitý pokles tedy sice lze zaznamenat, avšak nejde o pokles nijak markantní, a navíc jej lze spojovat spíše s jinými změnami, které zmíněná novela č. 411/2005 Sb. provedla v zákoně o provozu na pozemních komunikacích, zejména se zavedením systému bodového hodnocení řidiče či se zavedením obligatorního ukládání zákazu činnosti za určité přestupky spáchané při provozu na pozemních komunikacích (srov. § 125c odst. 5 a 8 zák. č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů); tomuto závěru nasvědčuje zejména zmíněný výrazný pokles celkového počtu dopravních nehod.

ZÁVĚR

Nejprve je třeba připomenout, že výsledkem výše uvedené analýzy nemůže a nemá být zjednodušující závěr o tom, že sledované trestné činy představují jednoznačné přepětí trestní represe. Podkladem pro takový závěr může být až podrobné a důkladné

¹⁷ V roce 2012 bylo v rámci přípravného řízení vyřízeno celkem 5.562 hospodářských trestných činů, tj. trestných činů obsažených v hlavě VI. zvláštní části trestního zákoníku, respektive v hlavě druhé zvláštní části trestního zákona. Zdroj: *Statistická ročenka kriminality 2013*. Dostupné z: <<http://cslav.justice.cz/InfoData/statisticke-rocenky.html>>.

¹⁸ Viz *Statistická ročenka České republiky – 2014*, kapitola 27. „Soudnictví, kriminalita, nehody“. Dostupné z: <https://www.czso.cz/csu/czso/320198-14-r_2014-2700 – cit. 8. 9. 2015>.

¹⁹ Dostupné z: <<http://www.policie.cz/clanek/statistika-nehodovosti-900835.aspx?q=Y2hudW09MQ%3d%3d>>.

²⁰ Starší statistiky nehodovosti na webu www.policie.cz nejsou dostupné.

vyhodnocení dalších faktorů, zejména nutnosti důrazné ochrany daných zájmů, potřeba a možnosti odrazení potenciálních pachatelů od škodlivého jednání určitého typu prostřednictvím hrozby trestněprávního postihu a v neposlední řadě i hledisko adekvátní a spravedlivé reakce na toto jednání ze strany státu, a to mj. s přihlédnutím k intenzitě zásahu do práv poškozených osob.

Uváděné údaje však mohou být vnímány jako potvrzení toho, že při posuzování proporcionality trestní represe nelze opomíjet i dopady stanovení rozsahu trestní odpovědnosti na systém trestní justice. I zdánlivě vedlejší a drobná novelizace trestněprávních předpisů totiž může způsobit nutnost zabývat se novým typem trestné činnosti v takovém rozsahu, který může ohrožovat kvalitní fungování trestní justice, tedy způsobit její „přehřátí“.

Nejlepším příkladem takové „drobné“ změny může být nepochybně již několikrát zmiňovaná novela trestního zákona č. 411/2005 Sb., která zásadním způsobem rozšířila dopady skutkové podstaty trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky. Přírůstek více než devíti a půl tisíců nových případů lze považovat za tak obrovský, že v novodobé historii českého, respektive československého trestního práva by jej předčilo možná jen již zmiňované rozšíření základní skutkové podstaty krádeže, ke kterému došlo novelou č. 557/1991 Sb.

V tomto konkrétním případě proto přece jen je možné *de lege ferenda* doporučit návrat k právní úpravě účinné do 30. 6. 2006, kdy za trestný čin byly považovány až kvalifikované případy výkonu potenciálně nebezpečné činnosti (zejména řízení motorového vozidla) ve stavu vylučujícím způsobilost způsobeném návykovou látkou, především tedy případy, kdy tímto jednáním bylo způsobeno ublížení na zdraví, majetková škoda, apod.

Je vhodné však připomenout, že i při akceptování tohoto návrhu by trestným činem bylo i takové jednání, kdy by pachatel vykonával potenciálně ohrožující činnost ve stavu vylučujícím způsobilost navzdory tomu, že byl za obdobný čin spáchaný pod vlivem návykové látky v posledních dvou letech postižen (srovnej § 201 písm. b) tr. zákona ve znění účinném do 30. 6. 2006). Opakování protiprávního jednání tohoto typu už by tedy zakládalo trestní odpovědnost, což se jeví jako přijatelné a adekvátní nastavení z hlediska proporcionality trestní represe.

Tento krok by skutečně výrazným způsobem odbřemenil trestní justici, byť samozřejmě nelze hovořit obecně o odbřemenění státního aparátu, protože např. případy „obyčejného“ řízení vozidla ve stavu vylučujícím způsobilost by musely být řešeny v rámci přestupkového řízení. Nicméně lze prakticky s jistotou soudit, že vedení přestupkového řízení představuje pro orgány státu výrazně nižší zatížení, než vedení řízení trestního. V této souvislosti navíc nelze opomenout čerstvou novelizaci zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, která byla provedena zákonem č. 204/2015 Sb. Od této novelizované právní úpravy si lze slibovat efektivnější postih přestupkových jednání, přičemž poukázat lze zejména na skutečnost, že nově se bude přerušovat běh lhůty pro projednání přestupku, a to zahájením řízení o přestupku, jakož i vydáním rozhodnutí o přestupku, jímž byl obviněný uznán vinným ze spáchání přestupku (srovnej § 20 odst. 2 zákona o přestupcích, ve znění novely č. 204/2015 Sb.); odpovědnost za přestupek tedy již nebude automaticky (bez ohledu na okamžik zahájení přestupkového řízení či vydání rozhodnutí) zanikat po uplynutí jednoho roku od jeho spáchání, jako tomu bylo doposud, ale až po dvou letech, jak to vyplývá z § 20 odst. 3 zákona o přestupcích.

Míra zvýšení zátěže orgánů tvořících systém trestní justice by dále jistě měla být (více než doposud) zohledňována při jakýchkoli úvahách o dalším rozšiřování trestní represe. Lze proto s povděkem kvitovat, že český zákonodárce odolal (alespoň prozatím) např. snaze prosadit návrh, aby se v budoucnu opakované přestupky (zejména proti majetku) mohly posuzovat jako trestný čin, což prosazoval zejména Svaz měst a obcí ČR.²¹ Akceptování podobného návrhu by s největší pravděpodobností razantním způsobem zvýšilo nápad trestních věcí, a proto lze skutečně pozitivně hodnotit, že se zákonodárce tentokrát přiklonil k řešení problematiky méně závažné (byť opakované) protiprávní činnosti cestou zpřísnění a zefektivnění správněprávního postihu takového jednání, k čemuž došlo již zmiňovanou novelou přestupkového zákona provedenou zákonem č. 204/2015 Sb.

²¹ Tato iniciativa byla prezentována zejména v podobě petice „Řešení problematiky veřejného pořádku a sociálních záležitostí“ – odkázat lze za záznam z veřejného slyšení k této petici, které se konalo v Senátu Parlamentu České republiky dne 4. 2. 2015 – blíže viz <<http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/finddoc>> [cit. 8. 9. 2015].

DISKUSE

NA ZÁPADE NIČ NOVÉHO (KOPERNIKOVSKÝ OBRAT V ONTOLOGII PRÁVNÝCH NORIEM)

Lucia Berdisová* – Marek Káčer**

Abstrakt: Cieľom tohto textu je dokázať nasledujúce tri tézy: 1. Pýtať sa na umiestnenie právnej normy v rozlíšení „Existuje právna norma vo formálnom prameni práva alebo v ľudskej myslí?“ je zmaťoché, ak nevymedzíme právno-filozofický problém, ktorý sa môže danou otázkou riešiť. 2. Nie je neplodné, ani nesprávne vnímať (právnú) normu (aj) ako vieru, presvedčenie, či motív ľudskeho správania. 3. Ak aj na úrovni ontológie noriem prijme, že norma ako fakt „existuje v ľudskej myslí“, potom to neznamená, že právnici strácajú dôvod hľadať právne normy v oficiálnych prameňoch práva – právna prax „beží“ ako doposiaľ. Tento text je koncipovaný ako polemická reakcia na článok *Kde je právo?*, v ktorom Dr. Eduard Bárány prezentoval názor, v zmysle ktorého uvedený ontologický prístup k normám oslabuje právo ako prostriedok sociálnej kontroly.

Kľúčové slová: interpretácia práva, normativita, objektivita/subjektivita práva, ontológia noriem, platnosť práva, záväznosť práva

EXPOZÍCIA PROBLÉMU

Dr. Bárány v texte *Kde je právo?*¹ konštatuje, že právnici si zvyčajne nekladú otázku, kde sa nachádza „normatívny systém právo“, pričom ako vec samozrejmosti ho „umiestňujú“ do prameňov práva vo formálnom zmysle.² V rámci jednotlivých smerov v právnom myslení Dr. Bárány identifikuje tie, ktoré sa rozchádzajú s týmto tradičným náhľadom. Tieto nové koncepcie „umiestnili právne normy do ľudskej mysle a tým nastolili otázku „Kde je právo?““.³ Zároveň, právnú normu často považujú za výsledok interpretácie, nie za predmet interpretácie. Ako doktrínálnu podporu pre tento smer Bárány cituje rad teoretikov. Za hlavného exponenta tézy, podľa ktorej normy existujú v ľudskej myslí, Bárány identifikuje talianskeho teoretika Enrica Pattara, ktorého teóriu označuje za „individualistickú“ a „subjektivistickú“.⁴ Takéto teórie sa podľa Bárány neodchýlili len od tradičného právneho myslenia, ale aj od právnej praxe.⁵

* Mgr. Lucia Berdisová, PhD., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied. Tento príspevok vznikol v rámci projektu VEGA „Nové v právnom myslení. (Reakcia právneho myslenia na nové v spoločnosti, iných vedných oblastiach a prírode)“ č. 2/0073/14. E-mail: lucia.berdisova@yahoo.com.

** Mgr. Marek Káčer, PhD., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied. Tento príspevok vznikol v rámci projektu VEGA „Nové v právnom myslení. (Reakcia právneho myslenia na nové v spoločnosti, iných vedných oblastiach a prírode)“ č. 2/0073/14. E-mail: humnox@gmail.com.

¹ BĀRĀNÝ, E. Kde je právo? *Právnik*. 2015, roč. 154, č. 4, s. 281–295.

² *Ibidem*, s. 281.

³ Časť teórií umiestňuje právne normy do spoločenského vedomia. *Ibidem*, s. 282.

⁴ *Ibidem*, s. 284.

⁵ *Ibidem*, s. 282.

Podľa Bárányá platí, že ak prijmeme takúto subjektivistickú ontológiu noriem, výrazne to zasiahne do „*architektúry prevládajúceho chápania práva v teórii i v praxi*“.⁶ Bárány sa to snaží demonštrovať poukazom na to, že táto ontológia je nekompatibilná so špecifickými znakmi právnej normy, tak ako sa väčšinou tradujú v tuzemských učebniciach. V nasledujúcej citácii si ukážeme, ako by sa to malo podľa Bárányá so všeobecnou záväznosťou právnych noriem, ak by sme prijali názor, že normy existujú len v ľudskej myšli:

„*Definičný znak záväznosti právnej normy sa mení na subjektívny pocit či presvedčenie jej nositeľa, že má právnu normu dodržiavať. ... So všeobecnosťou či všeobecnou záväznosťou právnej normy je nezlučiteľná jej záväznosť len pre jediného človeka, v ktorého myslí sa nachádza. ... Aj keby malo viacero ľudí v myšliach totožnú právnu normu, čo nie je vylúčené vzhľadom na socializáciu, tak dôvody jej záväznosti budú vnútornou vecou každého z nich. ... To čo je len v myšli jednotlivca nemôže byť všeobecne záväzné, lebo to môže plne poznať len on sám. Nemôže to byť záväzné v spoločenských vzťahoch, do ktorých vstupuje nad mieru jeho moci (autority) a hlavne nad mieru reálnej poznateľnosti tejto jeho, internej právnej normy inými.*“⁷

Bárány však pripúšťa, že v jednom prípade možno hovoriť o právnych normách ako umiestnených v ľudskej myšli/mysliach. Je tomu tak pri právnej obyčaji.⁸ Smerom k právnym predpisov však Bárány, aj s odkazom na Savignyho, konštatuje, že „*[p]rávna norma je prítomná v texte normatívneho právneho aktu a výklad práva je jej poznávaním a rekonštrukciou*“.⁹ A hoci z viacerých dôvodov nie vždy existuje jediný správny výklad právnej normy, nič to podľa Bárányá nemení na tom, že sídlom právnej normy je normatívny právny akt. A hoci priznáva, že právna norma sa môže nachádzať aj v texte aj v ľudskej myšli, pre „*právnosť*“ normy je podstatné to, že sa nachádza vo formálnom prameni práva. Inak by bola stratená aj záväznosť práva, a tak aj jeho spoločenská funkcia.

Náš príspevok je rozdelený do troch častí. V prvej časti argumentujeme, že pýtať sa na umiestnenie právnej normy v rozlíšení „*Existuje právna norma vo formálnom prameni práva alebo v ľudskej myšli?*“ je nefunkčné, ak nevymedzíme právno-filozofický problém, ktorý sa môže danou otázkou riešiť. Umiestňovanie právnych noriem do akéhosi časopriestoru bez rešpektovania spomenutej požiadavky upotrebitelnosti na riešenie problému, vedie k ďalším zmätkom. Rovnako argumentujeme, že Dr. Bárányom odmietnuté teórie v mnohom nie sú odmietnutím „*tradičného*“ pohľadu na právo, ale jeho doplnením o nový rozmer. V druhej časti príspevku tvrdíme, že nie je neplodné, ani nesprávne vnímať (právnú) normu (aj) ako vieru, presvedčenie, či motív ľudského správania. Zameriavame sa v nej na prístup E. Pattara a vysvetľujeme, v akom smere ho Dr. Bárány dezinterpretuje. Ukáže sa tak, že Bárányom citované Peczenikovo tvrdenie – „*Právo existuje, lebo ľudia veria v právo, ale právo nie je identické s týmito vierami*“¹⁰ – nie je v rozpore s Pattarovou teóriou, ako konštatuje Bárány. Taktiež ukazujeme, že takpovediac spor

⁶ Ibidem, s. 284.

⁷ Ibidem, s. 285–286.

⁸ „*Právna obyčaj predstavuje dôkaz, že právna norma môže existovať aj výlučne v ľudských myšliach, čo jej však zdanlivo paradoxne neuberá spoločenský charakter ani heteronómnosť. Aj keď človek normu občajového práva prijal za svoju, tak pre neho platí bez ohľadu na túto interiorizáciu pre spoločenský charakter svojej záväznosti.*“ Ibidem, s. 289.

⁹ Ibidem, s. 291.

¹⁰ Ibidem, s. 293. Bárány cituje PECZENIK, A. A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*. 2001, Vol. 14, No. 1, s. 89.

o interpretáciu – Je norma predmetom alebo výsledkom interpretácie? – je v kontexte umiestňovania právnej normy v podstate pseudoprotblémom súvisiacim s rozličným používaním slova „interpretácia“ a čiastočne slova „norma“. Jednoducho, rôzne „javy“ sú pomenované rovnako a naopak. Taktiež sa venujeme ontológii práva, ktorá by „podržala“ otázku Dr. Bárány a objektivite práva, ktorú by mal Pattarov prístup narušiť. V tretej časti príspevku dôvodíme, že ak aj na úrovni ontológie noriem predsa len prijmeme, že norma ako fakt „existuje v ľudskej mysli“, potom to neznamená, že právnici strácajú dôvod hľadať právne normy v oficiálnych/formálnych prameňoch práva – právna prax „beží“ ako doposiaľ. Rozšírime tak argumentáciu druhej časti príspevku. „Nové“ teórie práva tak nijako neoslabujú jeho záväznosť ani jeho funkciu ako prostriedok sociálnej kontroly.

1. KDE JE PRAVO?

1.1 Prečo sa vôbec pýtať?

Analytická filozofia nás už na začiatku dvadsiateho storočia poučila, že aj filozofi by sa mali zaoberať otázkami, na ktoré sa dá očakávať explicitná odpoveď. Robila tak spočiatku prostredníctvom vymedzenia kritérií *rozumnosti* otázok.¹¹ Analytíckí filozofi nabádali, aby sme pred tým, ako začneme hľadať odpoveď na nejakú otázku, bezpodmienečne skúmali, či „*táto otázka dáva dobrý zmysel, či je zrejmé, že slová v nej obsiahnuté majú jasný význam a či je jasné, ako by vôbec mohla vyzerat prijateľná odpoveď na takú otázku*“, čím sa vyhneme, možno príliš prísne povedané, filozofickému „tliachaniu“.¹² Tento prúd myslenia mal byť reakciou na filozofiu, ktorá sa odtrhla od života, zaoberala sa umelými problémami a používala na to jazyk, ktorý je nefilozofom nedostupný. Analytická filozofia chcela brať bežný/obyčajný jazyk vážne.¹³ Jedným z predstaviteľov tohto prúdu, hoci nie úplne neproblematicky, mal byť aj Rakúšan Ludwig Wittgenstein. Cieľ filozofie videl vo svojom neskorom období v rozpletaní filozofickým problémov, ktoré vznikli tým, že sme sa zaplietli do svojho jazyka – jeho slovami ide o zapletanie sa do gramatiky nášho jazyka. Totižto, podľa jeho názoru mnohé problémy, ktoré filozofi riešia, sú problémami fakticky jazykovými, nie empirickými. Preto chcel „*uniest' istý poriadok do nášho vedenia o používaní jazyka: poriadok pre istý účel, jeden z mnohých možných poriadkov, nie poriadok ako taký*“.¹⁴ A filozofické problémy a zmätky nevznikajú vtedy, keď jazyk pracuje, ale keď „*jazyk beží akoby naprázdno*“.¹⁵

Uvedme príklad. Gramatika slova „merať“ v spojení „merať dĺžku“ je iná ako gramatika tohto slova v spojení „merať čas“. A analógia štruktúr v jazyku nás v tomto prípade vedie k otázke: „Čo je to čas?“ alebo „Ako možno merať čas?“. Veď minulosť už bola, nemožno ju už odmerať, budúcnosť ešte nie je, tak ju ešte nemožno odmerať a prítomnosť nemá rozmer, takže ju tiež nemožno merať. Ako teda merať čas? Ak sa však pozrieme na pravidlá, akým sa slovo „čas“ používa v jazyku, zistíme, že sa líšia. V našom bežnom jazyku

¹¹ PEREGRIN, J. *Kapitoly z analytické filozofie*. Praha: Filosofia, 2005, s. 14–15.

¹² PEREGRIN, J. *Filozofie a jazyk*. Praha: TRITON, 2003, s. 25.

¹³ Ibidem, s. 16.

¹⁴ WITTGENSTEIN, L. *Filozofické skúmania*. Bratislava: Pravda, 1979, § 132, s. 77.

¹⁵ Ibidem, s. 78.

nemáme problémy s použitím slova „čas“, ale žiadna definícia nevyhovuje všetkým použitiam. Definícia tak nemôže vysvetliť to, čo sme na základe toho, že sme podľahli analógii, vysvetliť chceli.¹⁶

Obdobne je možné kritizovať napríklad Dworkinovu teóriu jednej správnej odpovede.¹⁷ Dworkin sa totiž fakticky pýta „Čo je to správna odpoveď v zložitých prípadoch?“ rovnako, ako by sme sa na základe tohto obrazu pýtali otázky „Čo je čas?“, „Čo je to dĺžka?“ atď. a boli by sme zmätení. Takto zmätený Dworkin si potom nevšimne, že „*žiadna otázka o význame výrazu „správna odpoveď“ nevyvstane, kým si ju sami nepoložíme, a tiež, že zmysel akejkoľvek otázky, ktorú si položíme je úzko zviazaný s metódou, ktorú máme pre odpovedanie na ňu*“.¹⁸ A i keď Dworkin hovorí, že významom slov „správna odpoveď“ nie je objekt, teda niečo „tam vonku“ a treba sa pozrieť na používanie tohto slova právnikmi, zo zmätku ho to nevyvedie.¹⁹ Ak totiž chce skúmať používanie slov „správna odpoveď“, aby zistil význam týchto slov, potom hľadá *niečo*, čo nie je použitím, ale čo sa v použitíach nachádza, a to niečo sa nazýva „význam“.²⁰ Dworkin teda z významu výrazu „správna odpoveď“ urobil entitu, ktorá sa nazýva „význam“. Keďže sa táto entita nachádza v používaní slov, bude význam niečím, čo majú tieto použitia rovnaké, ale potom, ako pripomína Wolcher, význam spočíva na *konsenze v použití* výrazu „správna odpoveď“, a nie na konsenze v názore, či v interpretácii, a preto by sa ukazoval v tom, čo hovorcovia *robia*, nie v tom, že hovorcovia sa zhodujú v tom, čo *hovorí*.²¹

Táto expozícia nám poslúžila hneď trojako.

Jednak je otázka „Kde je právo?“, „Kde je právna norma?“ pripodobniteľná otázka „Čo je čas?“, „Kde je čas?“. Zmätko tu vzniká tak, že sa zapletieme do jedného obrazu jazyka, a to takého, že významom slova „právna norma“ musí byť niečo, čo tento výraz zastupuje. No a ak je významom slova niečo, to niečo je *niekde*. Takéto premýšľanie nás potom vedie k čudovaniu sa, kde to niečo je, lebo ak je niečím, je aj *niekde*. To neznamená, že za istých okolností nie je zmysluplné sa pýtať na lokáciu právnej normy. Nemalo byť však ísť o situácie, kedy jazyk beží naprázdno. Inými slovami (ak chceme pripomenúť titulku slovenského denníka v deň tzv. referenda o ochrane rodiny) – na nezmyselné otázky neexistujú správne odpovede.

Dodajme ešte, že je zjavné, že právnici bežne nemajú problém chápať časovo-priestorové určenie práva v rovine jeho časovej a miestnej pôsobnosti. V tomto zmysle však pôsobnosť právnej normy neodpovedá na otázku „Kde sa norma nachádza?“ ale na otázku „Pre koho norma platí?“ Po druhé, pripomenuli sme navonok samozrejmu vec, že zmysluplné pýtanie sa predpokladá existenciu metódy na odpovedanie. Pri otázke: Kde sú kľúče od auta? je metóda bez ďalšieho vysvetľovania predstaviteľná ľahko (Zrakom prebieham po poličkách v byte, prehmatávam vrecká nohavíc a kabátu, pýtam sa partnera (to prinajhoršom) atď.). Akú metódu však zvoliť na odpovedanie na otázku „Kde je právna norma?“. Čomu nám vlastne taká odpoveď poslúži? Po tretie: Dostali sme „do hry“

¹⁶ Pre túto analógiu pozri: WITTGENSTEIN, L. *Modrá a Hnedá kniha*. Bratislava: Kalligram 2002, s. 58–59.

¹⁷ WOLCHER, L. E. Ronald Dworkin's Right Answers Thesis Through the Lens of Wittgenstein. *Rutgers Law Journal*, 29, s. 43–65.

¹⁸ *Ibidem*, s. 47.

¹⁹ *Ibidem*, s. 47.

²⁰ *Ibidem*, s. 47–48.

²¹ *Ibidem*, s. 51.

prostredníctvom Dworkina aj problematiku interpretácie práva a diskusiu o objektivite či subjektivite práva, ku ktorej sa neskôr krátko vrátime.

Ešte raz, za akých okolností je teda zmysluplné pýtať sa na lokáciu právnej normy? Za takých, že daná otázka (respektíve odpoveď na ňu), je súčasťou riešenia nejakého problému a zároveň existuje jasná metodológia na zistenie odpovede na túto otázku. Aký problém Dr. Bárány položením si danej otázky rieši? V podstate žiadny, v ktorom sa potreboval takúto otázku pýtať. Zdá sa, že Bárány sa jednoducho stretol s teóriami práva, ktoré definujú právnu normu inak, ako zvykla byť definovaná a áno, niektoré o nej hovoria ako nachádzajúcej sa v mozgu. Neskôr sa v našom príspevku ukáže, že ide skôr o to, že (právnou) normou nazývajú iný fenomén. Doktor potom domýšľa (bez negatívnych konotácií), čo je výslednicou takéhoto chápania právnej normy najmä čo sa týka všeobecnosti a záväznosti práva. Kontext toho, prečo bola právna norma vymedzená u niektorých autorov „netradične“ sa však stráca. Hádám aj preto sa mu dané poňatia javia ako nesprávne, hoci zaujímavé.²² A daným kontextom je práve problém/problémy, ktoré títo autori riešili. Už tu spomeňme Pattarovu ambíciu. Pattaro sa totiž snaží vysvetliť a popísať ako *fungujú* normy, dané však nechce justifikovať, pričom na niektorých miestach vyslovene píše, že to, čo hovorí o normách sa bez ďalšieho nevzťahuje na právo ako také.²³ Ide mu o to, ako normy pôsobia, i. e. o to, ako/že pôsobia ako motívy.²⁴

1.2 Aspektové videnie

Ak prehladame kontext otázok, a teda aj odpovedí, prehladame uhol pohľadu autora na skúmaný objekt. Potom sa stane, že za odporujúce si pokladáme teórie/pohľady, ktoré sa v skutočnosti dopĺňajú. V dejinách myslenia o práve nie je výnimkou, že kritika nie je priamou kritikou správnosti istej teórie, ale kritikou jej ne/kompletnosti. Jednoducho, H. L. A. Hart v mnohom nekritizoval J. Austina preto, že sa mylí, ale preto, že jeho pohľad je zužujúci. Ronald Dworkin zas kritizoval Harta v mnohom nie preto, že sa mylí, povedzme ohľadom pravidiel, ale preto, že ešte zabudol na princípy. Ďalšie príklady možno poľahky poskytnúť. Pre ilustrovanie takejto situácie je hádam vhodný obraz z *Vln* Virginie Woolfovej. Bernard, Louis, Neville, Percival, Susan, Rhoda a Jinny sa po dlhšom čase stretávajú, aby spolu povečerali. Na stole v reštaurácii je váza s červeným karafiátom. Bernard premýšľa: „*Zišli sme sa (zo severu, z juhu, zo Susaninho statku, z Louisevej obchodnej ríše), aby sme utvorili jednu vec, nie trvalú – lebo čo vytrvá? – ale videnú viacerými očami. Vo váze je červený karafiát. Jediný kvet, ako tu sedíme čakajúc, ale teraz je to kvet so siedmymi stranami, s mnohými lupeňmi, červený, hnedofialový, s nachovými okrajmi, tuhý, so striebřistými listami – celý kvet, ku ktorému príspeje každé oko.*“²⁵ Sedem pohľadov, sedem charakteristík, sedem kvetov a predsa jeden. Aspektové videnie. Ako sme už spomenuli, Pattaro sa pozerá na právo v kontexte jeho fungovania, v internom pohľade. V takom kontexte, v akom nie je zmysluplné sporiť sa o to, že karafiát má

²² Pozri BĀRĀNY, E. *Kde je právo?*, s. 295.

²³ Pozri PATTARO, E. *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 93 pozn. 5, 98–99.

²⁴ Dané Pattara napríklad vedie k rozlišovaniu „efficiency“ od „effectivity“. Ibidem, s. 109.

²⁵ Preklad autorov podľa WOOLF, V. *The Waves*. Wordsworth Editions Limited, 2000, s. 70. a WOOLFOVÁ, V. *Vlny*. 2. vydanie. Doubice: One Woman Press, 2008, s. 93–94.

povedzme osem lupeňov (videných z pozície Nevilla) a nie dajme tomu päť lupeňov (videných z pozície Susan), nie je zmysluplné sporiť sa ani o to, kde sa právna norma nachádza. Iný uhol pohľadu, iný kontext, prinesie inú odpoveď. Len prepojením rôznych uhlov získame komplexnejší obraz. „Netradičné“ teórie tak vo svojej podstate často nie sú odmietnutím tých „tradičných“, ale ich doplnením o nový uhol pohľadu. Platí to aj pre Pattara. Navyše, konfrontácia je spravidla nezmyselná o to viac, že nie výnimočne používame iný pojem (právnej) normy. Pattaro napríklad sám pripomína: „V podstate je objekt skúmania interpretácie právnych textov (...) odlišný od objektu pýtania sa po motívoch, ktoré vedú ľudí k správaniu súladnému s právom. Napokon, slovo „norma“ môžeme použiť tak, že nebude odkazovať ani na vety a propozície, ktoré sú zaujímavé pre teórie interpretácie, ani na špecifické motívy konania, ktorými sa zaoberám v tejto knihe ja pod termínom „norma“. Obe sú hodné skúmania. Mali by sme ustanoviť nové a odlišné termíny odkazujúce na ne oddelene?“²⁶

2. SPOR O ONTOLOGIU PRÁVA

2.1 Dezinterpretovaný Pattaro

Pattarova teória nestojí na tom, že jednoducho začne tvrdiť, že (právne) normy sa nachádzajú v hlavách ľudí. Pattaro síce uvádza, že normy sú presvedčeniami a motívmi správania sa, ktoré konajúce subjekty internalizujú vo svojich mozgoch, a ktoré sa tak stanú operatívnymi rôznymi spôsobmi,²⁷ zavádza tým však iný pojem normy. Ešte viac nový pojem normy (nie právnej normy) hádam objasňuje jeho konštatovanie, že slovo „norma“, tak, ako ho používa, je aplikovateľné len na relevantné psychologické stavy ľudí, ktorí sú „veriacimi“, respektíve lepšie povedané „vlastníkmi“ danej normy.²⁸ Takéto normy nie sú nezávislé od empirickej reality a nevytvárajú samostatnú „metafyzickú“ realitu, ktorá by ich obsah robila normatívnym. Ich obsah je normatívny preto, že je pokladaný za normatívny.²⁹

Pattaro zároveň zavádza nový pojem platnosti. Nehovorí o platnosti noriem, a to ani len v metonymickom zmysle.³⁰ Platný alebo neplatný, a len metonymicky, môže byť právny text. A to vtedy, keď jeho prijatie ako Je-aktivity je platným alebo neplatným tokenom typu danej činnosti.³¹ Obdobne je zjavné, že Pattarove analýzy sa často netýkajú „bežného“ právneho kontextu z nasledujúcej časti jeho textu: „[V]eta môže byť platným alebo neplatným tokenom typu ‚príkaz‘ (orig. directive). ‚Prikazujúcu vetu‘ budem (...) charak-

²⁶ PATTARO, E. *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, op. cit. s. 188 pozn. 4.

²⁷ Ibidem, s. XXIV.

²⁸ Ibidem, s. 99.

²⁹ Ibidem, s. 100.

³⁰ Platnosťou Pattaro označuje zhodu stavu vecí alebo udalostí (tzv. token) s typom, a neplatnosťou nezhodu tokenu s typom. Napríklad, ukradnúť motorku je tokenom typu „spáchať krádež“. Pozri bližšie tamže, napríklad s. 14, s. 23, s. 47, s. 59. Inde v texte Pattaro píše: „Právne normy nie sú ani platné, ani neplatné, a to ani metonymicky. V skutočnosti, normy nemôžu byť vydané (orig. issued) ani prijaté (orig. enacted), pretože nie sú výsledkami (Je-účinkami) istej Je-udalosti (orig. Is-event) alebo činností. Normy sú skôr Má-byť-účinkami (alebo Má-byť-výsledkami) (orig. Ought-effects a Ought-outcomes) vyplývajúcimi z iných noriem v spojení s vykonaním určitých Je-činností, ktoré platne založia typ okolnosti ustanovenej v týchto iných normách.“

Ibidem, s. 149.

³¹ Ibidem, s. 149.

*terizovať: Určitá veta bude vzhľadom na tento typ kongruentným alebo nekongruentným tokenom príkazu; bude sa rátať alebo nerátať za príkaz. Napríklad, príkaz vydaný niekým, kto je nútený urobiť tak proti svojej vôli bude tak či tak platný vzhľadom na tento typ (...). V kontexte práva však príkaz vydaný niekým proti jeho alebo jej vôli spravidla nebude platným príkazom.*³²

Pattaro tiež pripomína, že to, čo píše o koncepte normy fungujúcej (orig. *in force*) v človeku neplatí, keď hovoríme o koncepte platnosti práva (orig. *being-in-force of law*).³³ Tá druhá je totiž skôr viacúrovňovým prepojením normativity a organizovanej moci.³⁴ Neznamená to ale, že prijímanie právnych textov neovplyvňuje normatívny „vesmír“ individuí, že tento „vesmír“ je, ako sme už spomenuli, nezávislý od empirickej reality, do ktorej patria aj právne texty. Pattarovi ide o popis normativity práva a právo je podľa neho normatívne nie o sebe, ale preto, že ho niekto vníma ako normatívne, teda vďaka „veriacim“ a vo „veriacich“.³⁵ Preto je dôležitý jeho pojem normy. Preto je Pattarova teória zmysluplná pre komplexnejší popis fenoménu práva. Ak však pre niekoho nie je nejaká časť práva normatívna, napr. nejaký zákon, keďže nie je „veriacim“ v tejto časti, nič to nemení na tom, že proti nemu bude rešpektívne môže byť vymáhané. Neznamená to, že sa majú vykonávatelia práva k nemu alebo nej správať, akoby táto časť právneho poriadku nebola pre túto osobu záväzná. Prax ostáva taká, aká bola. Ak použijeme alúziu na Kafku, zákon sa vpiše do tela „neveriacich“ rovnako ako veriacich, hoci bude zapísaný v mysliach/srdciach iba tých, ktorí v neho veria. Záväznosť práva a jeho fungovanie ako prostriedok spoločenskej kontroly nie sú nijako oslabené. Nemožno tiež opomenúť, že Pattaro nestotožňuje právo a (právne) normy. Právo je širší fenomén ako summa právnych noriem: „Právo je súčasťou kultúry a preto sa podieľa na takej realite a na takom živote ako ďalšie kultúrne fenomény a kultúry vo všeobecnosti. Takže, rovnako, je udomáčené na rovnakom mieste, konkrétne, v mozgoch, či, v súčasnosti zväčša skôr, je zaznamenané na nosičoch odlišných od ľudí, ku ktorým majú ľudia prístup: na dreve, kameni (príkladmo na rímskych dvanástich tabuliach), papieri, digitálnych médiách atď.“³⁶

Nie je tiež náhodou, že na záver knihy Pattaro necháva dlho prehovoriť Savignyho, a to na podporu svojich téz, nie ako proponenta odlišného názoru. Dr. Bárány však tvrdí, že práve Pattaro má byť so Savignym v konflikte.³⁷

Ešte raz, Pattaro sa snaží o pritiahnutie pozornosti k tomu, čo bolo opomínané aj ako negatívny dôsledok viacerých prúdov analytickej filozofie – vnútorný pohľad a jeho psychologické aspekty.³⁸ Ide mu o to uvoľniť putá redukcie, na ktorej sa podieľal napríklad aj Hart a Alf Ross.³⁹ Vidieť normy ako motívy, ako viery, tento pohľad rozširuje a nemá

³² Ibidem, s. 148.

³³ Ibidem, s. 109.

³⁴ Ibidem, s. 409.

³⁵ Ibidem, s. 168.

³⁶ Ibidem, s. 408.

³⁷ Pozri: BÁRÁNY, E. *Kde je právo?*, s. 289.

³⁸ PATTARO, E. *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. kap., 15.3. a 15.4.

³⁹ „Behaviorizmus, tak ako bol podľa niektorých vyjadrený G. Ryleom (...) a inými, je jednou z ciest, Searlovými slovami, eliminatívny redukcionizmus vyvstal z analytickej filozofie. Tento redukcionizmus odmieta skúmanie vnútorného pohľadu a odmieta aj internalistické prístupy akéhokoľvek druhu. (...) Samozrejme, vonkajšie ľudské činnosti a správanie je prístupnejšie pozorovaniu a empirickým pokusom a je nepochybne ľahšie vedecky sa ním zaoberať, ak ho považujeme za oddelené od toho, čo sa deje, alebo čo si vieme predstaviť, že sa

negatívne dôsledky pre záväznosť práva, právnu prax, či jeho regulatívnu funkciu a nijako neodporuje vyššie spomínanému Peczenikovmu tvrdeniu, že „[p]rávo existuje, lebo ľudia veria v právo, ale právo nie je identické s týmito vierami.“

2.2 Spor o interpretáciu

Doktor Bárány vo svojej štúdií argumentuje, že právna norma sa nachádza v právnom predpise respektíve v texte právneho predpisu, ktorý je jej nosičom. Je tak predmetom interpretácie, nie výsledkom interpretácie. Ak je totiž interpretácia rekonštrukciou myšlienky obsiahnutej v zákone, rekonštruovať sa dá len to, čo je už v texte prítomné.⁴⁰ Tí, ktorí umiestňujú právne normy do mysli však majú tvrdiť, že právna norma je výsledkom interpretácie. Spor o to, či je právna norma predpokladom alebo výsledkom interpretácie, či niečím iným podľa nášho názoru v mnohom vzniká z dôvodu odlišného používania slov „norma“ a „interpretácia“. Ako špecificky slovo „norma“ používa Pattaro sme už vysvetlili vyššie. Taktiež sme spomenuli, že Pattaro sa nezaobrá otázkou interpretácie v práve. Doktor Bárány v súlade so zdravým rozumom tvrdí, že z ničoho nič nevzide – neexistujúca myšlienka sa nedá zrekonštruovať. Môžeme tak povedať, že interpretácia je potom procesom rekonštrukcie myšlienky, v podstate porozumením textu, kde výsledkom (najmä ak hovoríme o rozhodovacej činnosti súdov) môže byť nový text vyjadrujúci právnu normu, „jasnejšie“. Je však zjavné, že interpretácia nemôže priniesť porozumenie významu, ak by sme ju pokladali iba za preklad. Totižto, „[r]iadenie sa pravidlom nespočíva v tom, že do pravidla vložíme interpretáciu. Interpretovať znamená jednoducho preložiť a preklad samotný nemôže vytvoriť porozumenie, pretože samotnej novej formulácii musí byť porozumené. Prekladáme – interpretujeme – s cieľom posunúť sa do nového rámca pre rozhodnutie, a to z dôvodov, ktoré nemajú nič spoločné s porozumením. Ak nerozumieme pôvodnému výroku, nemôžeme ho preložiť. Povedať, že interpretácia umožňuje riadenie sa pravidlom, predpokladá, že riadenie sa pravidlom je už umožnené v prekladanej veci.“⁴¹ Ak však textu rozumieme, prekladať, teda vyjadrovať ho inými slovami, ho budeme asi len s cieľom vysvetliť jeho význam iným. Doktor Bárány vlastne o interpretácii hovorí ako o procese porozumenia textu. To, že niekto iný bude interpretáciou nazývať výsledok porozumenia textu, nie je spor, ale iné použitie slova „interpretácia“. Ak Dr. Bárány bude tvrdiť, že právna norma je predpokladom interpretácie a niekto iný bude tvrdiť, že je výsledkom interpretácie, potom tento pseudospor vzniká len v dôsledku zamerania sa na inú časť rovnakého procesu, a to v rozdielnom kontexte. Zmysluplné je hádam konštatovať, že ak hovoríme, že interpretujeme *právny text*, výsledkom bude zistenie významu textu – právna norma. Ak hovoríme, že interpretujeme *právnu normu*, (i) buď stotožňujeme právnu normu s právnym textom respektíve normatívnou vetou a potom výsledkom interpretácie bude zas len právna norma, ktorú vieme vyjadriť aj iným ako pôvodným textom, prípadne (ii) hovoríme o právnej

deje vo vnútri ľudskej bytosti: v ľudskom mozgu. Ale nič z toho nie je dostatočným dôvodom na odmietanie či odrazovanie iných od toho, aby brali do úvahy psychologické aspekty vnútorného pohľadu v snahe lepšie porozumieť jednotlivcovi a spoločenskému správaniu. Toto branie do úvahy môže postúpiť na takú úroveň, akú umožňuje veda a filozofia, a to vo forme dohadov, špekulácie alebo kultúrnych predpokladov.“ Ibidem, s. 400.

⁴⁰ Pozri: BÁRÁNY, E. *Kde je právo?*, s. 289–290.

⁴¹ BOBBITT, P. What it Means to Follow a Rule of Law? In: L. Meyer (ed.). *Rules and Reasoning: Essays in Honor of Fred Schauer*. Oxford: Hart Publishing, 1999, s. 58.

norme (ako význame textu, alebo iného rečového aktu) v kontexte aplikovateľnosti na konkrétny prípad a pýtáním sa po interpretácii právnej normy sa tak vlastne pýtame na aplikáciu „textu“ na skutkovú situáciu. Načo inak by sme interpretovali *právnu normu* aj ak ju vnímame ako myšlienku obsiahnutú v zákone?

Pripúšťame teda, že existuje rozdiel medzi interpretáciou právneho pravidla „ukrytého“ v texte zákona a medzi interpretáciou textu zákona. Podľa nášho názoru má však tá prvá riešiť dilemu – poznám právne pravidlo, ale neviem ho aplikovať na túto situáciu. Druhá má riešiť problém – poznám text zákona, ale nie som si istý, aké pravidlo „ukrýva“ – je totiž interpretovateľný/preložiteľný viacerými spôsobmi.

Slovo „interpretácia“ je tak používané rôznymi spôsobmi, a to ako (i) aktivita umožňujúca porozumenie významu textu právneho predpisu, (ii) aktivita prekladania, i. e. nahradzovania jedného výrazu pravidla inými, ktorá však o sebe neprináša porozumenie, keďže to je jej predpokladom, (iii) zisťovanie limitov aplikácie právnej normy na konkrétnu skutkovú situáciu, či (iv) výsledok aktivít (i) a (ii).

2.3 K metafyzike, ontológii a epistemológii práva (objektivita a subjektivita)

V nasledujúcej podkapitole článku sa zameriame na to, za predpokladov akej ontológie práva by dávala otázka Dr. Bárányi sama o sebe zmysel tak, aby zároveň bola podržaná normativita práva. Kontext ontologický však predpokladá vytvorenie metafyzickej teórie, ktorá danú ontológiu takpovediac podrží. A s metafyzikou sa nami už viackrát spomínaná analytická filozofia nepriatelí. Práve na istej koncepcii ontológie práva však musí stáť odpoveď na Bárányho otázku Kde je právna norma?, keďže je aj otázkou Kde je právo?. Ak hľadáme lokáciu právnej normy tak, ako Bárány vo svojom článku, potom časovo-priestorové určenie znamená, že hľadáme niečo ako fyzikálny bod, ktorý vyplní určitú časť priestoru v určitom čase. Ak máme otázku položenú týmto spôsobom, implicitne predpokladáme, že norma, ktorej „umiestnenie“ hľadáme, má podobu faktu. V časo-priestore vo fyzikálnom zmysle slova sa totiž nevyskytuje nič iné, iba fakty.

Ak by sme neprijali tvrdenie, že normy sú faktami vo vyššie popísanom zmysle, mohli by sme sa pýtať sa na lokáciu entity, ktorá nie je faktom v tom, zmysle, že sa nachádza v 3D svete, ale že má metafyzickú existenciu. Ide o „objekty“ existujúce mimo ríše prírody, napríklad v platónskom svete ideí.

2.3.1 Metafyzika (ontológia)

Podľa niektorých ľudí má zmysel pýtať sa, kde sa nachádzajú myšlienky, hoci sami pripúšťajú, že myšlienky nie sú fakty, prírodné objekty s časovo-priestorovým určením ich výskytu. Aby však dávalo zmysel pýtať sa, kde sa nachádzajú myšlienky, potrebujeme vybudovať určitú podobu metafyziky, priestoru, či módu existencie mimo prírodu. Pre lepšiu ilustráciu tohto problému si zacitujeme G. E. Moora z jeho knihy *Principia Ethica*:

„M e t a f y z i c k ý m i nazývam v prvom rade tých filozofov, ktorí si čo najjasnejšie uvedomili, že nie všetko, čo je, je nutne prírodným objektom. M e t a f y z i c i majú veľké zásluhy, pretože trvali na tom, že naše poznanie sa neobmedzuje na veci, ktorých sa môžeme dotýkať, ktoré môžeme vidieť či cítiť. Títo filozofi sa vždy zaoberali nielen tou triedou prírodných objektov, ktoré spočívajú v mentálnych faktoch, ale aj tou triedou objektov alebo vlastnosťami objektov, ktoré určite neexistujú v čase a ktoré preto ani nie

*sú súčasťou Prírody, a ktoré v skutočnosti ani vôbec neexistujú. ... Najprominentnejšími prvkami danej triedy objektov sú azda čísla. ... Dva a dva sú štyri. Ale to neznamená, že buď dva alebo štyri existujú. Aj napriek tomu však tieto objekty niečo znamenajú. Číslo dva nejako je, hoci neexistuje.*⁴²

Ak prijmeme predpoklad, že právne normy sú myšlienky, napríklad tak, že ich chápeme ako vylučujúce dôvody pre vykonanie určitého správania, a zároveň ak zotrváme pri klasickom predpoklade, že myšlienky nie sú prírodné objekty, potom sa môžeme pýtať otázku „Kde sa nachádzajú právne normy?“ iba za predpokladu, ak postulujeme „existenciu“ nejakej metafyzickej reality, do ktorej dané normy (ako myšlienky) „umiestnime“.

Väčšina praktikov práva pri kvalifikovanom výkone svojej profesie nepotrebuje postulovať nejakú metafyzickú realitu, v ktorej by sme našli „situované“ právne normy ako nejaké mimo-prírodné objekty. Ak by takáto metafyzická realita existovala a ak by mali právnici príslušné kognitívne schopnosti ju rozpoznávať, bolo by pre nich mimoriadne užitočné venovať jej pozornosť. A to z dôvodu, že takáto realita by podstatne znižovala mieru ich neistoty pri predkladaní a obhajovaní ich tvrdení *de lege lata*. Tieto tvrdenia by boli v oveľa väčšej miere verifikovateľné, pretože by sa dali konfrontovať s „realitou“ podobne, ako zvyčajne konfrontujeme s realitou naše tvrdenia o faktickom stave vecí (výroky). Na tomto predpoklade stoja aj niektoré verzie tzv. „morálneho realizmu“. Napr. Michael Moore je toho názoru, že hodnoty ako „dobro“ alebo „právo“ reálne existujú, pričom z jeho pohľadu nejde len o bezvýznamnú špekuláciu, pretože „morálna realita“ dáva ľuďom podklad pre to, aby mohli argumentovať v prospech „dobra“ s istotou, že majú pravdu, že to, čo tvrdia nie sú len ilúzie alebo prejavy ich súkromného vkusu.⁴³

Na takéto realistické argumenty existuje štandardný protiargument, ktorý formuloval John Mackie, a síce ide o „argument zo zvláštnosti“ („*argument from queerness*“). Podľa Mackieho ak by mala existovať nejaká „morálna realita“, respektíve „morálny fakt“, išlo by vskutku o veľmi zvláštny druh faktov, ktorý by bol celkom odlišný od vecí, ktoré bežne za fakty považujeme. Ruka v ruku s touto námietkou ide aj tvrdenie, že ak by sme chceli tento zvláštny druh reality poznávať, museli by sme byť vybavení vskutku zvláštnymi poznávajúcimi schopnosťami. Zvláštnosť morálnej reality by spočívala v tom, že na rozdiel od bežných faktov, by „morálne fakty“ mali samostatnú motivačnú silu. Akoby však fakt o sebe (teda bez vzťahu k vedomiu) mohol k niečomu motivovať?⁴⁴ Z uvedeného si môžeme urobiť záver, že žiadna objektívna „morálna realita“ neexistuje a analogicky nemôže existovať ani žiadna objektívna realita noriem.

2.3.2 Metafora (epistemológia)

Užitočným však môže byť skôr praktický/epistemologický rozmer nastolenej otázky. Predstavme si situáciu, že právnik sa pýta na to, kde nájde právnu normu aplikovateľnú na nejakú skutkovú situáciu. Tu máme kritéria jasné – bude konzultovať pramene práva. V takomto rozmere však opytovacie zámeno „Kde?“ v otázke „Kde je právo?“ len vzdialene, takpovediac metaforicky, pripomína časovo-priestorové určenia. Nejde totiž o to „Kde je norma?“ ale skôr o to „Kde je adekvátne vyjadrenie normy?“.

⁴² MOORE, G. E. *Principia Ethica*. Revised edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, s. 161–162.

⁴³ Pozri bližšie: MOORE, M. S. *Moral Reality Revisited*. *Michigan Law Review*. 1992, Vol. 90, No. 8, s. 2447 an.

⁴⁴ MACKIE, J. L. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books, 1990, s. 38 an.

Ako konštatovali Stelmach a Brožek v práci *Methods of Legal Reasoning*: „*Ontologické debaty napokon nevedli nikam. (...) Neexistuje všeobecne platné metateoretické kritérium určenia „správnej“ ontológie práva. Obdobné platí pre právnu axiológiu. (...) Ak je nemožné skonštruovať všeobecne akceptovateľnú filozofiu práva (inými slovami, odpoveď na otázku „Čo je právo?“) ostávajú nám už len epistemologické úvahy.*“⁴⁵

Podme teda bližšie k epistemologickému rozmeru cez jeden príklad. Takmer každému z nás sa v minulosti stalo, že riešil nejaký matematický príklad, avšak ani po úmornej snahe sa mu ho nepodarilo vyriešiť. V niektorých cvičebniciach z matematiky zvyknú byť správne riešenia príkladov uvedené na konci knihy. Teda po tom, ako nám pri lúskaní matematického príkladu dôjdu nervy, dáva zmysel obrátiť sa na spolužiaka a spýtať sa ho: „Kde nájdem správne riešenie?“ Zmysluplná odpoveď spolužiaka, ktorý stratil nervy dávno pred vami, by mohla byť napríklad: „Správne riešenie nájdeš na strane 343.“ Čo sa v tomto dialógu malo na mysli opytovacím zámenom „Kde?“ Išlo o pýtanie sa na časovo-priestorové určenie nejakého objektu?

Je skutočne pravda, že správne riešenie matematického príkladu je „umiestnené“ na strane 343? Aj keby sme správne riešenie našli na príslušnej strane, daná strana nebude miestom výskytu daného riešenia. Prečo? Pretože ak mala matematická úloha iba „jedno riešenie“, potom ak by sme trvali na tom, že jej riešenie je umiestnené na strane 343, potom by sa riešenie vyskytovalo minimálne na toľkých miestach, koľko sa v danom časovom okamihu zachovalo výtlačkov z príslušnej cvičebnice. Ako by sa však jeden a ten istý objekt mohol nachádzať na viacerých miestach súčasne? Navyše, predstavme si situáciu, že nejaký neurotický matematikár po tom, ako cvičebnica vyšla z tlače, vtrhol do skladu tlačiarne, povytrhával zo všetkých výtlačkov stranu 343, dal ich na kopu a spálil. Má takáto situácia za následok, že správne riešenie matematického príkladu už nie sme schopní nájsť? Že riešenie prestalo existovať? Určite nie. Ako si to máme vysvetliť?

To, čo hľadáme na strane 343, keď sme vzdali našu snahu vyriešiť matematický príklad, nie je riešenie daného príkladu, ale len jeho vyjadrenie, jeho symbolické zachytenie na papieri, na hmotnom nosiči či médiu. Časovo-priestorové určenie, a s ním aj zmysluplnosť kladená otázky „Kde to je?“, má práve a len fyzické zachytenie myšlienky, nie myšlienka samotná. Ak sa aj napriek tomu zvykneme v bežnej hovorovej praxi pýtať „Kde nájdem tú myšlienku? Kde nájdem riešenie matematickej úlohy alebo odpoveď na právny problém?“ tak je to len v dôsledku toho, ako funguje náš bežný jazyk. Totižto nie každému slovu musí nevyhnutne korešpondovať nejaká vec mimo jazyka – významom slova nie je vždy vec, ktorú zastupuje, jazyk nie je kalkul, a slová používame často „metaforicky“. Pýtať sa slovom „kde“ na umiestnenie kľúčov a odpovedať, že sú na poličke, a pýtať sa slovom „kde“ na umiestnenie správneho riešenia a odpovedať, že je na strane 343 sú navonok rovnaké činnosti. Slovo „kde“ má prakticky, ale nie teoreticky rovnakú funkciu.

Aký záver z tejto odbočky vyplýva pre našu diskusiu o právnych normách? Trúfame si povedať, že ak sa pri riešení praktických problémov právnik obracia k zbierke zákonov, tak konkrétny výtlačok tejto zbierky v tomto kontexte nepredstavuje časovo-priestorové určenie výskytu konkrétnej právnej normy o nič viac ako strana 343 predstavuje časovo-priestorové určenie správnej odpovede na matematický príklad. Ak sa klient spýta

⁴⁵ STELMACH, J. – BROŽEK, B. *Methods of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 216.

advokáta „Kde sa nachádza právna norma, ktorá upravuje môj prípad?“, pričom advokát ho odkazuje na jeden z formálnych prameňov práva platných pre danú jurisdikciu, potom to nerobí z dôvodu, že v tomto formálnom prameni práva je „umiestnená“ príslušná právna norma, ale preto, že v tomto prameni je „umiestnené“ len a len jej vyjadrenie. Prostredníctvom formálnych prameňom práva vieme určiť obsahy právnych noriem. V zbierke zákonov sa *v skutočnosti* „nachádza“ výlučne iba text, avšak žiadne myšlienky. V tomto kontexte sú myšlienky, na rozdiel od ich vyjadrenia, potenciálne všadeprítomné. Zničiť výtláčok zbierky zákonov znamená zničiť nosič (obdobne CD), ale nie zničiť právnu normu (hudbu).

2.3.3 Neobjektívne právo?

Jedným zo základných nepriaznivých implikácií tvrdenia, že normy sa nachádzajú v ľudskej mysli má byť podľa Dr. Bárányu subjektívita práva, nie síce arbitrárnosť, ale subjektívita. Ak je právna norma výsledkom interpretácie textu, potom môže byť takýchto výsledkov viacero. Objektívita práva sa tak stráca. Dr. Bárány v tomto kontexte musí pripustiť, že môže existovať aj právna norma, ktorej obsah nebol nikdy spoznaný a aplikovaný, nebola nikdy správne „skonštruovaná“. Kritériom správneho zistenia normy totiž nemôže byť spoločenstvo, ani jednotlivec. Aj väčšina sa môže myliť. Bárány tak, zdá sa, zastáva pozíciu, že právo je metafyzicky objektívne, hoci epistemologicky je subjektívne (existujú faktory brániace nám zistiť správne odpovede o obsahu právnej normy, teda aj o správnej odpovedi).

Čoho sa Dr. Bárány obáva je, zdá sa, tvrdenie, že právo je aj metafyzicky subjektívne, a to sa má stať práve vtedy, ak umiestnime právnu normu do ľudskej mysle. Diskusia o objektívite v práve je veľmi bohatá. Na tomto mieste je však užitočnejšie pripomenúť, že existujú aj pokusy o prekonanie dištinkcie objektívny v. subjektívny. Ten, ktorým sa budeme zaoberať pochádza od Dennisa Pattersona.⁴⁶ Patterson sa totiž snaží vyriešiť otázku, či je správny objektivizmus alebo naopak subjektivizmus tak, že nás uvedie do novej analógie, až celá otázka zmizne. Objektivizmus tvrdí, že vonkajšie fakty sú tým, čo robí tvrdenia pravdivými alebo nepravdivými. Objektivisti teda hovoria, že niečo nazývame jablkom, lebo to je skutočne jablko. Ak by nebol štandard pravdivosti výrokov mimo našich myslí, potom by neexistoval žiaden štandard. Možno by sme si mysleli, že niečo je jablkom, ale jablko by to v skutočnosti nebolo. Obdobne, Dr. Bárány, ako zdá sa metafyzický objektivista, hovorí, že to, že ak niečo nazveme právnu normou aplikovateľnou v nejakom prípade, ešte to právnu normou byť nemusí. Ak chceme udržať objektívitu práva, presvedčenie o tom, že niečo je právnu normou nemusí byť totožné s tým, čo právnu normou v skutočnosti je. Objektivisti sa však podľa Pattersona mýlia, keďže hoci si určili štandard, aj ten môže byť videný/interpretovaný rôzne, napokon totiž objektivizmus chápe normatívu ako operáciu mysle. Ak majú subjektivisti tvrdiť, že význam je vždy výsledkom interpretácie, potom stoja pred problémom, že ani interpretácie samé nemôžu určiť význam, keďže vedú k nekonečnému regresu – interpretácia interpretácie, atď. Takže ani subjektivizmus nie je pravdivý. Totižto, oba prístupy sa mýlia v tom, že

⁴⁶ PATTERSON, D. Normativity and Objectivity in Law. *William and Mary Law Review*. 2001, Vol. 43, No. 1, s. 325–363.

vnímajú riadenie sa pravidlom ako operáciu mysle. Patterson však navrhuje, aby sme sa pozreli, čo sa vlastne deje, keď sa učíme pravidlám – trénujeme ich, praktizujeme, cvičíme, atď. Riadenie sa pravidlom preto potom nie operáciou mysle, ale je to konanie, aktívita, cvik. Práve toto má byť prínos Wittgensteinových poznámok o riadení sa pravidlami. Ak sa pozrieme na to, ako prebieha právnické vzdelávanie v USA, vidíme, že právnikov vybavuje špecifickými zručnosťami: „*Praktický rozmer výkonu právnického povolania je vecou poskytovania presvedčivých argumentov s cieľom, aby právnikove výroky o tom, čo právo povoľuje, vyžaduje alebo zakazuje boli správne (,correct‘)*“.⁴⁷ Patterson tak následne identifikuje tzv. formy argumentu (textuálny, historicky, doktrinálny...), ktoré umožňujú, aby sme sa vôbec dokázali (právnymi) pravidlami riadiť a právo tak bolo možné. Práve tieto formy argumentu umožňujú určiť, či tvrdenia o práve sú správne, nesprávne, pravdivé či nepravdivé. Sú síce relatívne vzhľadom na právnu kultúru, a ich nositeľmi sú právnici, tak či tak však podľa Pattersona zabezpečujú istý druh objektivity, ktorá je špecifická pre právo.

V čom je teda najväčší Pattersonov prínos? V zmene pohľadu. Ak chceme „podržať“ objektivitu práva, nehladajme odpovede v móde karteziánskeho *res cogitans, res extensa*. Pozerajme sa, čo právnici robia. A to ani tvrdenie, že (právne) normy sa nachádzajú v ľudských mysliach, ani tvrdenie, že sa nachádzajú vo formálnych prameňoch práva nijako neovplyvňuje.

3. NORMA AKO FAKT – NORMA AKO PRESVEDČENIE JEDNOTLIVCA O TOM, ČO JE SPRÁVNE

Skúsme sa v našom rozbere posunúť ďalej. Zatiaľ čo doteraz sme predpokladali, že norma nie je faktom, teda prírodným objektom, ktorý sa vyskytuje v čase a priestore, v nasledujúcich riadkoch budeme uvažovať nad tým, v akom zmysle možno normu ako fakt predsa len chápať.

Odhliadnuc od objektivistických teórií, akou je napríklad aj vyššie spomínaný morálny realizmus či z nášho pohľadu oveľa plauzibilnejší pragmatizmus Dennisa Pattersona, pre uvažovanie o norme ako fakte sa prirodzene núkajú subjektivistické teórie, teda teórie, podľa ktorých faktickým prejavom noriem sú subjektívne predstavy konkrétnych ľudí o normách. Môžeme sa pýtať, prečo sa takéto subjektivistické teórie „núkajú prirodzene“.

Keď sme v časti 2.3 rozmýšľali o normách, považovali sme ich za myšlienky. Na mieste tak stojí otázka, kde inde by sa mohli „nachádzať“ ľudské myšlienky, ak nie v ľudských hlavách. Ak sa vrátíme k vyššie uvedenému citátu G. E. Moora, nájdeme tam, že jednou z tried prírodných objektov sú aj tzv. „mentálne fakty“. To, že nejaká konkrétna osoba zastáva v konkrétnom čase určité bližšie špecifikované presvedčenie či vieru, je jedno-ducho niečo, čo je spôsobilé javiť sa v čase a priestore. Takýto objekt podlieha (okrem iného aj) zákonu kauzality a je zmysluplné pýtať sa na jeho časovo-priestorové určenie.

Samozrejme ide o kontroverzný prístup, a to z toho dôvodu, že sa tu obsah konkrétneho vedomia, ktoré si myslí niečo pod určitým slovným výrazom, stotožňuje s významom daného výrazu. Táto kontroverzia prišla na svet niekedy ku koncu 19. storočia

⁴⁷ Ibidem, s. 350.

v rámci časti novokantovskej tradície. Rozdiel medzi úsudkom („*Urteil*“) a usudzovaním („*Beurteilung*“) si prvýkrát uvedomili filozofi Lotze a Sigwart.⁴⁸ Azda najznámejší útok proti subjektivistickému poňatiu významu slov v analytickej filozofii zahájil Frege. Ten jasne rozlišoval medzi zastávaním určitej vety a obsahom zastávanej vety, pričom sa snažil dokázať, že ak by sme obsah vety stotožnili so subjektívnou predstavou o obsahu danej vety zo strany jej autora, potom takáto veta by nemohla byť súčasťou logicky platného úsudku vo forme *modus ponens*.⁴⁹

Bez toho, aby sme čitateľa príliš obťažovali zachádzaním do podrobností, odvážime sa tvrdiť, že subjektivistické poňatie právnych noriem má svoje opodstatnenie, čím rozširujeme aj argumentáciu časti 2.1 príspevku. Pre toto tvrdenie uvádzame dva dôvody:

Konštrukcia normatívnych sylogizmov nie je výlučne len doménou logiky. V rovine sloganu si možno spomenúť na O. W. Holmesa, ktorý prehlásil, že život práva nie je o logike, ale o skúsenosti. Udržateľnosť právnych záverov je v podstatnej miere závislá od kultúrnych vzorcov prevažujúcich v danej spoločnosti, ktoré nie je možné vyčerpávajúcym spôsobom formalizovať do podoby symbolického zápisu premís. Aj napriek tomu však tieto implicitné predpoklady hrajú kľúčovú úlohu pri určovaní toho, či je určitý úsudok platný alebo nie. Pri analýze významov jednotlivých normatívnych viet nám teda (niekedy) neostáva nič iné, len sa spýtať ľudí, ktorí dané vety používajú, čo pod nimi myslia. To, čo si ľudia fakticky myslia o významoch viet, ktoré používajú, má v konečnom dôsledku prevahu nad nejakým pomyselným objektívnym významom, respektive logickými pravidlami úsudku, ktorého sú dané významy súčasťou. Túto tézu možno ilustrovať na príklade kmeňa Azande.

Azande bol malý prírodný národ, ktorý používal špeciálne rituálne orákulum na to, aby zistil, kto z členov kmeňa je zapletený do čarodejníctva. Systém usudzovania, ktorý príslušníci kmeňa používali pri tomto rituáli však nevyhnutne viedol k protirečeniam. Keď sa im logicky demonštrovalo, že podľa tohto systému je čarodejníkom úplne každý člen spoločenstva, Azandania tento záver neprijali a trvali na tom, že v ich systéme myšlienok žiadne protirečenie nie je. Stephen Turner, ktorý túto situáciu analyzoval, si dovoľil predložiť nasledujúcu hypotézu: „Ak ide výlučne len o súhlas skupiny, zdá sa, že fenomén správnosti usudzovania sa redukuje na prírodný fakt – schvaľujúce správanie členov danej skupiny.“⁵⁰ Z nejakej objektivistickéj pozície sa dá ľahko predpokladať, že v systéme myšlienok každej kultúry sa nájdu logické protirečenia, ktoré si príslušníci danej kultúry ani neuvedomujú. Na čom však dokážeme vierohodne založiť tvrdenie, že určitá kultúra v nejakej svojej myšlienkovvej sústave padla do hromadného omylu? Odkiaľ čerpáme istotu, že významy, ktoré *my* pripisujeme slovám v danej sústave, sú objektívne, zatiaľ čo významy, ktoré slovám pripisujú *oni*, sú subjektívne? A ako vôbec dokážeme príslušníkom danej kultúry vysvetliť, že sa nachádzajú v omyle, ak dopredu vylúčime možnosť, že sa pri podávaní tohto vysvetlenia budeme môcť spoľahnúť aspoň na časť ich vlastných (subjektívnych) predstáv o významoch slov, ktoré používajú?⁵¹

⁴⁸ Pozri: KÖHNKE, K. CH. *The Rise of Neo-Kantianism: German Academic Philosophy between Idealism and Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s. 270.

⁴⁹ Pozri viac heslo „Frege-Geach problem“ v: KALDERON, M. E. *Moral Fictionalism*. New York: Oxford University Press, 2005, s. 54 an.

⁵⁰ TURNER, S. P. *Explaining the Normative*. Cambridge: Polity Press, 2010, s. 104.

⁵¹ Porovnaj: *Ibidem*, s. 156.

Môžeme sa pokúsiť tomuto problému vyhnúť tak, ako to vyskúšal Patterson, keď tvrdil, že pre identifikáciu objektivity v práve nie je dôležité to, čo si myslíme, ale to, čo konáme. Avšak nie pre každého je takáto úniková stratégia presvedčivá. Ako inak totiž dokážeme poznávať to, čo konáme, ak nie prostredníctvom našej (subjektívnej) predstavy o vlastnom konaní? Obzvlášť keď azda väčšina z nás pozná z osobne zažitej skúsenosti, že aj vlastné ľudské konanie podlieha rozmanitým interpretáciám, či už zo strany viacerých ľudí, alebo zo strany jedného človeka v rôznych časových okamihoch. Zo subjektivistckej perspektívy sa „objektivita“ významu jazykových výrazov musí aspoň v určitej miere opierať aj o to, čo si o týchto významoch skutočne myslíme. To samozrejme neznamená, že „objektivitu“ významu normatívnych viet možno automaticky stotožniť výlučne len so subjektívnou predstavou náhodne vybraného jednotlivca. Pri určovaní tejto „objektivity“ bude kľúčová aj spätná väzba spoločenstva, v rámci ktorého jednotlivec vety predkladá, ich kompatibilita so zabehnutou spoločenskou praxou, ich trvácnosť a pod. Tak či onak, presvedčenie ľudí o tom, čo je správne, je nutnou, no nie dostatočnou podmienkou pre určenie objektivity významu normatívnych viet používaných v príslušnej spoločenskej skupine.

To, že je zmysluplné redukovať normy na subjektívne presvedčenia ľudí o tom, čo je správne, má svoje opodstatnenie aj z toho dôvodu, že normy nie sú iba myšlienky, abstraktné entity, významy slovných či iných výrazov, ktoré používame. Normy sú špecifické myšlienky, chápu sa ako samostatné dôvody pre vykonanie operácií, ktoré sú jej predmetom.⁵² Pattaro za definičný znak noriem považoval to, že sú to motívy správania. Teda ide o dôvody, ktoré môžu mať faktický vplyv na správanie konkrétneho jednotlivca.⁵³ Ak chceme „situovať“ normu mimo ľudskú myseľ, treba sa pýtať, čo z vonkajšieho sveta, ktorý prírodný objekt, dokáže samostatne (bez spojenia s individuálnym vedomím) plniť funkciu „motívu“. Tu sa môžeme vrátiť k Mackieho argumentu zo zvláštnosti, v zmysle ktorého takýto potenciálny prírodný objekt by mal vskutku veľmi zvláštnu povahu. Inými slovami – taký objekt neexistuje. Druhá alternatíva je, že normy za dôvody či motívy považovať nebudeme, avšak v tomto prípade ide o definičný spor, pre ktorý je podľa nás rozhodujúce to, čo získame tým, ak pretneme analytické spojenie medzi normou a dôvodom/motívom. Z článku Dr. Bárányi vyplýva, že tým získame priestor na to, aby sme mohli právo považovať za efektívny systém sociálnej kontroly. Lenže to, či nazveme základnú stavebnú jednotku právneho systému „normou“, „pravidlom“, „regulatívom správania“, nemá bezprostredný dopad na to, či bude daný právny systém spoločensky účinný. Pointa terminológie, ktorú používal Enrico Pattaro spočívala v tom, že nie každý regulatív správania, ktorého vyjadrenie nachádzame vo vetách právnych textov, je normou.⁵⁴ Niektoré právne regulatívy správania jednoducho normami nie sú. To, čo tvrdí Pattaro v celkovej zhode s H. L. A. Hartom je, že každý právny poriadok sa aspoň z časti musí skladať aj z noriem, teda z internalizovaných regulatívov správania, ktoré pôsobia ako samostatné dôvody na vykonanie určitého správania.⁵⁵ Pattaro zastáva túto tézu práve a len vďaka tomu, že v opačnom prípade by právny systém stratil svoju spoločenskú

⁵² RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 73 an.

⁵³ PATTARO, E. *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. s. 94.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 155.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 168.

účinnosť, a preto by ako právny systém zanikol. Ide teda o záver celkom protikladný k záverom Dr. Bárány. Totiž systém práva, ktorý by sa neskladal aj zo subjektívnych presvedčení o tom, čo je správne, teda systém práva bez noriem, by bol len obrovským kolosom, ktorého účelom by bolo aplikovať sankcie za správanie, ktoré je v rozpore s príslušnými právnymi regulatívmi. Takýto systém by sa však nevyhnutne dostal do neriešiteľného problému tzv. nekonečného reťazenia sankčného mechanizmu – Kto by mal na starosti aplikovať sankcie voči tým, ktorých starostou je aplikovať sankcie? Takúto reťaz je možné useknúť iba v prípade, ak sa niektoré regulatívy správania chápu ako normy – ak ich ľudia (najmä sudcovia a úradníci) chápu ako samostatné dôvody na vykonanie určitého správania *bez ohľadu na to, či v prípade porušenia daných regulatívov bude alebo nebude aplikovaná príslušná sankcia*.

Dr. Bárány si vo svojom článku robí veľké starosti so všeobecnou záväznosťou práva v prípade, ak normy chápeme subjektivisticky. Tvrdí, že v tomto prípade by dôvody záväznosti normy boli „vnútornou vecou každého“ z nás. Takáto norma by mohla zaväzovať len toho, v koho myslí sa nachádza, ak tento verí v jej právnu záväznosť. Z uvedeného Bárány vyvodzuje, že takýto stav vecí je nezlučiteľný so všeobecnou záväznosťou noriem.

Môžeme sa však odôvodnene pýtať, či to so záväznosťou noriem niekedy bolo inak. Trúfame si povedať, že záväznosť normy je a musí byť „vnútornou vecou každého“ z nás. Každý z nás, či sme pozitivistu alebo jusnaturalisti, konzervatívci alebo socialisti, si musíme sami za seba vyriešiť otázku, či a prečo budeme dodržiavať právo. Ak bude právo od nás vyžadovať správanie, ktoré sa nám z najhlbších kútov našej duše bridí, nikto nás nedokáže prinútiť k tomu, aby sme ho považovali za záväzné. Také právo jednoducho nebudeme rešpektovať a v prípade, že máme v povahe politický aktivizmus, budeme bojovať za to, aby sa zmenilo. Tento postoj samozrejme nijako nevyučuje, že ak sa budeme správať v rozpore s právnym pravidlom, s najväčšou pravdepodobnosťou budeme čeliť sankcii. Sankcia uložená za porušenie práva však nie je vecou jeho záväznosti, je to vecou pravdepodobnosti. Dostávame sa tu do známej pozície „zloducha“, ktorý na právo pozerá len ako na predpoveď o tom, čo urobia súdy, ak dané právo porušíme.⁵⁶ Z tejto pozície na právne regulatívy nepozieráme ako na normy, ale len ako na podklad pre predikcie možných budúcich nežiaducich stavov.

Z uvedeného si možno vyvodíť záver, že Dr. Bárány používa termín záväznosť vo význame, ktorý bol pre právny pozitivizmus typický najmä v 19. storočí. Bol to Jeremy Bentham a John Austin, ktorí tvrdili, že záväznosť práva znamená len toľko, že porušenie práva má v konečnom dôsledku spustiť výkon štátneho donútenia.⁵⁷ Ako vyplýva z dosiaľ povedaného, s takouto formou „záväznosti“ nie je subjektivistické chápanie noriem v nijakom rozpore. Treba však opäť zdôrazniť, že aj aplikácia sankcie za porušenie práva je predmetom právnej povinnosti. Ak sa však orgány aplikácie práva zdráhajú dané sankcie aplikovať, kto je schopný voči nim uplatniť zodpovednosť? A kto uplatní zodpovednosť voči tomu, kto má uplatňovať zodpovednosť? Takéto otázky sa zákonite musíme pýtať *ad infinitum*, ak nie sme ochotní pripustiť, že na konci tohto reťazenia sankčného mechanizmu je človek, ktorý dodržiava právo nie preto, že sa bojí sankcie, ale preto, že ho považuje za normy; teda človek, ktorý sa cíti byť právom viazaný z dôvodu, že je v súlade

⁵⁶ Pozri: HOLMES, O. W. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*. 1997, Vol. 110, No. 5, s. 993.

⁵⁷ Pozri: OLIVECRONA, K. *Law as Fact*. London: Stevens & Sons, 1971, s. 32, 40.

s jeho subjektívnym presvedčením o tom, čo je správne. V konečnom dôsledku tak dospievame k záveru, a to už vlastne opakujeme myšlienku, ktorá zaznela pred chvíľkou, že subjektivistické chápanie noriem je nutnou podmienkou všeobecnej záväznosti práva.

Na margo všeobecnosti práva si dovoľíme ešte jednu poznámku. Aj keby mali byť právne pravidlá správania sa, respektíve pravidlo uznania, internalizované iba v jednej ľudskej myšli (napr. v myšli Führera), čo je extrémne nepravdepodobná až fiktívna situácia, potom treba zdôrazniť, že aj v takomto prípade správnosť automaticky implikuje rovnakosť. Ak konanie X zo strany subjektu Y, považujeme za správne, musíme považovať za správne aj konanie X zo strany subjektu Z. Subjektívne presvedčenie o správnosti určitého konania smeruje k všeobecnej pôsobnosti tohto presvedčenia.⁵⁸

ZÁVER

V príspevku sme argumentovali, že otázka „umiestňovania“ právnych noriem nie je bez vymedzenia jej kontextu zmysluplná, pričom aj v prípade, ak vymedzíme jej kontext snažením E. Pattara, ktorého koncepciu Dr. Bárány kritizuje, ukáže sa, že koncepcia normy ako možného motívu správania, teda koncepcia umiestňujúca normy do mysli je popisom fenoménu práva z iného uhla pohľadu, aký poskytuje Dr. Bárány. Tento popis je explanačne hodnotný, nie len zaujímavý. Zároveň sme ukázali, že ani isté „subjektivistické“ teórie práva neoslabujú platnosť práva, jeho záväznosť, všeobecnosť, či jeho funkciu prostriedku sociálnej kontroly. Nijako tak neovplyvňujú právnu prax a nie je potrebné prepracovať významné časti „štandardnej teórie práva“. Kopernikovský obrat sa tak nekoná.

⁵⁸ Pozri napr.: MACKIE, J. L. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books, 1990, s. 83 an.

DOBROVOLNÁ ODPOVĚDNOST STÁTU ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU NOTÁŘSKÝM ZÁPISEM O PRÁVNÍM JEDNÁNÍ

Vítězslav Němčák*

***Abstrakt:** Vytváření notářských zápisů je v České republice široce pojímáno jako veřejnoprávní proces. Z toho důvodu stát odpovídá za škodu způsobenou chybným notářským zápisem o právním jednání. Autor tohoto příspěvku argumentuje, že sepisování notářského zápisu nemá být hodnoceno jako výkon veřejné moci. Podrobná analýza ukazuje, že sepisování notářského zápisu má více soukromoprávních prvků než veřejnoprávních charakteristik. Z toho pak plyne, že neexistuje ústavním pořádkem daná povinnost státu nést odpovědnost za škodu způsobenou notářským zápisem. Nicméně zákonodárce může rozšířit rozsah odpovědnosti státu za škodu, což není v případě dnešní české právní úpravy odpovědnosti za notářský zápis v rozporu s ústavními zásadami.*

***Klíčová slova:** odpovědnost státu za škodu, notářský zápis, nesprávný úřední postup, právní dualismus, Soudní dvůr Evropské unie*

ÚVOD

Otázkou, kterou se zabývám v tomto článku, je, zda má stát povinnost za sepisování notářského zápisu o právním jednání odpovídat. Odpověď se skrývá ve vyhodnocení právního charakteru jeho sepisování. Pokud je to činnost spjatá s výkonem veřejné moci, pak stát nese odpovědnost za škodu způsobenou notářem na základě čl. 36 odst. 3 Listiny základních práv a svobod (dále také „Listina“). Jedná-li se však o činnost spadající do oblasti práva soukromého, pak stát podle Listiny za škodu odpovídat nemusí.

V textu rozeberu právní podstatu (sepisování) notářského zápisu o právním jednání a vyhodnotím, zda je v současnosti zastáváný názor o veřejnoprávnosti jeho sepisování neochvějný. V návaznosti na to se snažím odpovědět, zda je současný přístup k odpovědnosti za notářský zápis akceptovatelný.

1. ODPOVĚDNOST STÁTU ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU VÝKONEM VEŘEJNÉ MOCI

Listina základních práv a svobod v čl. 36 odst. 3 stanoví, že každý má právo na náhradu škody způsobenou výkonem veřejné moci, respektive rozhodnutím soudu, jiného státního orgánu či orgánu veřejné správy nebo nesprávným úředním postupem. Jedná se o ústavním pořádkem zaručené právo, které zakládá jednotlivci (poškozenému) nárok na náhradu škody (nebo nemajetkové újmy) ze strany státu bez ohledu na to, kdo tuto škodu způsobil. Této odpovědnosti se stát nemůže v zásadě vůbec zprostit, nehledí se na zavinění. Veřejnou moc vykonává stát buď prostřednictvím svých orgánů, nebo jiných subjektů, které jsou při výkonu přenesené působnosti považovány za orgány veřejné moci.

* Mgr. Vítězslav Němčák, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Článek vyjadřuje názory autora. E-mail: vitezslav.nemcak@gmail.com.

Současná právní úprava podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), dále také „OdpŠk“, která provádí ustanovení čl. 36 odst. 3 Listiny, pak stojí na principu, že stát hradí škodu přímo poškozenému a má možnost vymáhat uhrazenou škodu vůči skutečnému původci (ať už je to státní úředník nebo notář); nicméně pouze za předpokladu, že škoda byla způsobena zaviněným porušením jeho právních povinností.

2. NOTÁŘSKÁ ČINNOST A ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU V MINULOSTI

Zajímavý je pro nás pohled na vývoj základních parametrů odpovědnosti notářů za škodu a souběžně s tím odpovědnosti státu za škodu způsobenou výkonem veřejné moci.

V případech odpovědnosti státu za škodu byla situace taková, že až do roku 1969 stát (československý) za výkon veřejné moci obecně neodpovídal. Odpovědnost státu za škodu z výkonu veřejné moci byla sice i v českých zemích již v rámci rakousko-uherské monarchie ústavně deklarovaná, ale nenalezla obecnou zákonnou oporu (a tudíž tedy reálně neexistovala). Právní úprava odpovědnosti státu za škodu byla přijata jen v některých specifických případech, k nimž výkon notářství nepatřil.¹ Teprve zákon č. 58/1969 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou rozhodnutím orgánu státu nebo jeho nesprávným úředním postupem, znamenal zavedení obecné odpovědnosti státu za škodu způsobenou výkonem veřejné moci.

To ovšem neznamená, že by škoda způsobená notářem nepodléhala povinnosti ji nahradit. Toto břímě nesli samotní notáři. Říšský nový řád notářský z roku 1871 později recipovaný do práva československého jim ukládal povinnost uhradit škodu způsobenou při notářské činnosti jejich zaviněním.²

Tato právní úprava platila relativně dlouho a doznala systémové změny až ve zcela nových společenských a právních podmínkách socialistického Československa po 2. světové válce. Přes přechodnou právní úpravu podle zákona č. 201/1949 Sb., o notářství, se základním stavebním kamenem na dlouhou dobu stala státní notářství zakotvená zákonem č. 116/1951 Sb., o státním notářství. Státním notářstvím byly na rozdíl od předchozího období přímo svěřeny rozhodovací pravomoci a stala se součástí systému státních orgánů.

Odpovědnost těchto státních notářství proto bylo nutné ztotožnit s odpovědností státu samotného. Jejich odpovědnost za způsobenou škodu však byla upravena až společně se zmíněným zákonem č. 58/1969 Sb. Tento zákon výslovně hovořil o odpovědnosti státu za řízení vedeném státním notářstvím (§ 1) a o odpovědnosti státu za jejich nesprávný úřední postup (§ 18). Škodu mělo povinnost nahradit státní notářství, které mělo podobně

¹ NĚMČÁK, V. Odpovědnost veřejné moci jako materie veřejného práva. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 3, s. 223 an.

² Říšský zákon č. 75/1871 ř. z., jímž se zavádí nový řád notářský, který platil rovněž na území českých zemí, stanovil v § 5, že „[n]otářové mají jako jiní zástupcové pod přísahou vzati tyto práce poctivě, bedlivě a pilně dle zákonů vykonávati, všelikého spolupůsobení k jednání zapovězeným, podezřelým nebo na oko předstíraným odeprítí a stranám z každé škody zaviněním svým způsobené právi býti.“ (citováno podle elektronické verze zákoníku. In: J. Tauchen – P. Salák. *Říšská sbírka zákonů, Moravská sbírka zákonů (1849–1918) – virtuální knihovna*. Brno: Masarykova univerzita, 2010. Dostupné z: <<https://is.muni.cz/elportal/?id=871314>>).

jako jiné státní orgány právní subjektivitu. Státním notářstvím však byl zachovaný regres vůči zaměstnancům, pokud škodu způsobili zaviněně. Notář byl také podle § 10 zákona č. 116/1951 Sb., o státním notářství, státní zaměstnanec. Nutno však zdůraznit, že socialistické právo bylo postaveno na myšlence jednotného právního řádu, ve kterém neexistuje právo veřejné a právo soukromé, ale pouze právo socialistické (oproti právu buržoaznímu). Právní řád se nedělil na dvě základní větve (soukromoprávní a veřejnoprávní), ale pouze na tzv. právní odvětví, která zahrnovala část právního řádu podle předmětu regulace. Obecným rysem socialistického práva bylo upozadění klasického soukromého práva, jak ho známe dnes.³

Po roce 1989 se změnilo mnohé. Notářskou činnost přestala koncem roku 1992 vykonávat státní notářství a jeho výkon měli (staro)nově zabezpečovat notáři jako svobodné povolání.⁴ Se zpožděním na to pak reagovala právní úprava odpovědnosti veřejné moci upravená v zákoně č. 82/1998 Sb. (OdpŠk), který nahradil do té doby platný zákon č. 58/1969 Sb.⁵ Odpovědnost notářů se touto novou právní úpravou rozdělila na dvě části: odpovědnost notářů z jejich činnosti, za kterou stát neodpovídá (viz § 57 notářského řádu), a odpovědnost státu za škodu způsobenou notářem při sepisování veřejných listin o právních úkonech anebo způsobenou úkony notáře jako soudního komisaře (viz § 4 OdpŠk v původním znění). Toto základní dělení odpovědnosti za činnost notářů na dvě části zůstalo zachováno do dnešních dnů.

Vedle toho se také po roce 1989 do českého právního systému vrátil dualistický přístup k právnímu řádu, který dělí právo na soukromé a veřejné.

Otázkou, kterou si kladu, je, zda existence odpovědnosti státu za škodu způsobenou „vadným“ notářským zápisem o právním jednání je opodstatněna jeho veřejnoprávní podstatou nebo lze naopak notářský zápis vyhodnotit jako principiálně soukromoprávní jednání.

3. SEPISOVÁNÍ NOTÁŘSKÝCH ZÁPISŮ O PRÁVNÍM JEDNÁNÍ JAKO VÝKON VEŘEJNÉ MOCI?

Českou právníkovou veřejností i soudy je široce přijímáno, že sepisování notářských zápisů o právním jednání⁶ spadá do oblasti výkonu pravomocí přenesených státem na

³ K tomu blíže viz VEDRAL, J. Správní právo. In: M. Bobek – P. Molek – V. Šimíček (eds). *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Mezinárodní politologický ústav, Masarykova univerzita, 2009, s. 611–612. Dostupné z: <www.komunistickepravo.cz>. Obdobně také GÁBRIŠ, T. Posilňovanie roly štátu a veřejného práva v Československu v rokoch 1948–1989. In: M. Bobek – P. Molek – V. Šimíček (eds). *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Mezinárodní politologický ústav, Masarykova univerzita, 2009, s. 154–156. Dostupné z: <www.komunistickepravo.cz>.

⁴ Viz zákony č. 264/1992 Sb., kterým se mění a doplňuje občanský zákoník, zrušuje zákon o státním notářství a o řízení před státním notářstvím (notářský řád) a mění a doplňují některé další zákony, a zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád).

⁵ Alespoň v poznámce je třeba zmínit „přechodné období“ mezi přijetím notářského řádu (účinný od 1. 1. 1993) a přijetím nového OdpŠk (účinný od 15. 5. 1998), kdy nebyla odpovědnost notářů a státu zákonodárcem vyjasněna, jelikož původní zákon o odpovědnosti státu č. 58/1969 Sb. nebyl novelizován a hovořil pouze o zrušených státních notářstvích. Vedle toho byl však již přijat nový notářský řád.

⁶ V celém textu příspěvku, vyjma přímých citací, bude vždy užíváno slovní spojení „notářský zápis o právním jednání“ případně „právní jednání“, i když judikatura či některé zákony používají původní terminologii „notářský zápis o právním úkonu“ či „právní úkon“.

notáře.⁷ Takovým závěrům samozřejmě velmi napomohl zákonodárce, když stanovil v § 4 odst. 1 OdpŠk, že se sepis notářského zápisu o právním jednání považuje za výkon státní správy.

Zařazení sepisování notářských zápisů o právních jednáních do sféry (přeneseného) výkonu státní moci však nemusí být jednoznačné. O právní povaze notářské činnosti se vedla diskuze i v minulosti. V článku z období první Československé republiky J. Čulík konstatuje, že teoretické vymezení postavení notáře není jednoduché a shrnuje názory na povahu výkonu notářské činnosti, ze kterých je však patrné, že pohled na notáře jako „úředníky“ převažoval.⁸

Rozlišení konkrétních činností, které jsou úředním postupem (respektive výkonem veřejné moci) a které nikoliv, je v mnohých případech složité. Nelze vést přesnou hranici mezi soukromoprávním a veřejnoprávním. Dualismus práva soukromého a práva veřejného nás však nutí k třídění případů mnohdy velmi blízkých.⁹

Rozborem institutu notářského zápisu o právním jednání s ohledem na jeho právní charakter se přímo zabýval Soudní dvůr Evropské unie (dále také „Soudní dvůr“). Tento soud se v sérii v podstatě totožných rozhodnutí zabýval otázkou charakteru výkonu notářství v některých členských státech v kontextu čl. 45 Smlouvy o založení Evropského společenství (dnes čl. 51 Smlouvy o fungování Evropské unie). Tento článek stanoví, že se ustanovení kapitoly o právu usazování nevztahují na činnosti, které jsou v příslušném členském státě spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci. Prakticky z tohoto ustanovení například plyne, že členský stát může omezit vstup do povolání, která jsou spjata s výkonem veřejné moci, pouze pro své státní občany.

Lucemburský soud konstatoval, že výkon notářství ve všech zažalovaných státech (ve Francii, Lucembursku, Belgii, Rakousku, Německu, Řecku a Portugalsku) není spjatý s výkonem veřejné moci, a proto je stanovení podmínky státního občanství pro možnost jeho výkonu v rozporu s čl. 45 Smlouvy o založení Evropského společenství.¹⁰

Soudní dvůr nejdříve shrnul svou judikaturu, která vymezuje termín výkon veřejné moci ve smyslu primárního práva EU. Pojem výkon veřejné moci je podle soudu třeba vykládat restriktivně vzhledem k tomu, že je kritériem pro výjimku ze základního pravidla svobody usazování. Soudní dvůr judikoval, že pojem výkon veřejné moci je potřeba vymezit na činnosti, které jsou samy o sobě přímo a specificky spjaty s výkonem veřejné moci. Dále však upřesnil, že pod výkon veřejné moci nelze zahrnout ty činnosti, které mají pouze přípravný charakter nebo ty, jež nezahrnují výkon rozhodovacích nebo donucovacích pravomocí.¹¹

V odůvodnění se pak Soudní dvůr zabýval povahou notářských zápisů o právním jednání, které tvoří podstatnou část výkonu notářství. Tento institut je ve všech zmíně-

⁷ Nejcitovanějším pramenem je v tomto případě publikace BÍLEK, P. – FIALA, R. – JINDŘICH, M. – WAWERKA, K. a kol. *Notářský řád a řízení o dědictví. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, například v částech BÍLEK, P. Komentář k § 1, s. 9 nebo JINDŘICH, M. Komentář k § 2, s. 27–28.

⁸ ČULÍK, J. O notářství. *Ad Notam*. 1997, roč. 3., č. 5, s. 111 (republika historického článku).

⁹ HRDLIČKA, V. K otázce mimosmluvního ručení státu za výkon veřejné správy a soudnictví. *Právní obzor*. 1938, roč. 21, č. 11–12, s. 333.

¹⁰ Viz rozsudky velkého senátu Soudního dvora ze dne 24. 5. 2011 ve věcech sp. zn. C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 a C-52/08 (Komise vs. Belgie, Komise vs. Francie, Komise vs. Lucembursko, Komise vs. Rakousko, Komise vs. Německo, Komise vs. Řecko a Komise vs. Portugalsko).

¹¹ Rozsudek soudního dvora (velkého senátu) ze dne 24. 5. 2011 ve věci C-53/08, odst. 83–85.

ných státech velmi podobný (a česká úprava je rovněž v podstatných rysech totožná). Soudní dvůr bral v potaz, že za účelem sepisování listin o právních jednáních musí notář především ověřit splnění všech právem požadovaných podmínek pro uskutečnění jednání i to, že tato listina má kvalifikovanou důkazní sílu.¹² Soudní dvůr zdůraznil, že předmětem notářského zápisu jsou jednání nebo dohody, které strany činí nebo uzavírají dobrovolně a svobodně volí obsah. Ke změně stanoviska nepřiměl Soudní dvůr ani fakt, že o některých právních jednáních nebo dohodách musí být notářský zápis proveden obligatorně ze zákona. Kontroval totiž argumentem, že platnost různých právních jednání je ve vnitrostátních právních řádech podmíněna formálními požadavky nebo postupy při jejich uzavírání.¹³

K otázce kvalifikované důkazní síly Soudní dvůr dodal, že důkazní síla přiznaná listině nemá přímý dopad na otázku, zda činnost zahrnující sepsání této listiny sama o sobě představuje přímou a specifickou účast na výkonu veřejné moci. Navíc důkazní síla notářského zápisu není bezbřehá, a je možné prokázat nesprávnost obsahu notářského zápisu.¹⁴

Podtrženo, Soudní dvůr Evropské unie ústy velkého senátu vyložil, že sepisování notářského zápisu není v daných státech výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 Smlouvy o založení Evropského společenství. Má však tento závěr dopad na českou právní úpravu notářských zápisů o právním jednání?

Lze s vysokou pravděpodobností předpokládat, že sepisování notářských zápisů v České republice by Soudní dvůr hodnotil totožně jako ve výše uvedených rozhodnutích a že tedy sepisování notářských zápisů o právních jednáních není výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 Smlouvy o založení Evropského společenství. Právní úprava tohoto institutu je u nás v podstatě totožná jako v odsouzených státech. Je však potřeba si vyjasnit, zda závěry ve vztahu k čl. 45 Smlouvy o založení Evropského společenství mají obecný dopad na právní řád členského státu.

Vztah evropského práva a práva členského státu má mnoho rozměrů. Systém evropského práva je odlišný od systému právního řádu členského státu, je s ním ale velmi úzce propojený.¹⁵ Platí, že právo EU má přednost před právem vnitrostátním, avšak pouze v mezích své působnosti.¹⁶ Tato přednost práva EU je označována jako přednost aplikační, kdy stát musí dostát svým závazkům ve vztahu k EU, ale nemá povinnost uvést celý svůj právní řád do souladu s právem unijním.¹⁷ Každý z těchto dvou právních systémů je svrchovaný v mezích své působnosti.¹⁸

Z toho plyne, že jestliže Soudní dvůr došel k závěru, že notář při sepisování notářských zápisů o právních jednáních nevykonává veřejnou moc, musí členský stát aplikovat svou vnitrostátní úpravu tak, aby například nevyžadovala pro výkon tohoto povolání

¹² Ibidem, odst. 88.

¹³ Ibidem, odst. 92.

¹⁴ Ibidem, odst. 99 a 100.

¹⁵ TÝČ, V. In: V. Týč – D. Sehnálek – R. Charvát. *Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 30.

¹⁶ BOBEK, M. – BRÍZA, P. – KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 11.

¹⁷ TÝČ, V. In: V. Týč – D. Sehnálek – R. Charvát. *Vybrané otázky působení práva EU ve sféře českého právního řádu*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, zejm. s. 40 a tam uvedená literatura.

¹⁸ BOBEK, M. – BRÍZA, P. – KOMÁREK, J. *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 12.

podmínku státního občanství. Nicméně tento závěr Soudního dvora členský stát dále nezavazuje k tomu, aby ve všech oblastech svého právního řádu odmítl tuto činnost pojmout jako výkon veřejné moci. Odpovědnost státu za škodu (myšleno obecná odpovědnost podle čl. 36 odst. 3 Listiny a nikoliv odpovědnost za porušení unijního práva) je sféra práva vnitrostátního, která nenáleží do působnosti práva EU.

Lze tedy uzavřít, že výklad pojmu „výkon veřejné moci“ podle čl. 45 Smlouvy o založení Evropského společenství nedopadá automaticky na charakter sepisování notářských zápisů o právních úkonech ve vztahu k odpovědnosti státu podle čl. 36 odst. 3 Listiny.

Posoudím proto s vlastní argumentací detailněji sepisování notářských zápisů o právním jednání z hlediska jeho právního charakteru. Jinak řečeno budou zkoumat, zda je sepisování v právním řádu České republiky nutno pojímat jako vrchnostenskou činnost respektive jako výkon veřejné moci, za kterou stát odpovídá.

Pojem veřejná moc Ústavní soud definuje tak, že se jí „rozumí taková moc, která autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech subjektů, ať již přímo, nebo zprostředkovaně. Subjekt, o jehož právech nebo povinnostech rozhoduje orgán veřejné moci, není v rovnoprávném postavení s tímto orgánem a obsah rozhodnutí tohoto orgánu nezávisí od vůle subjektu“.¹⁹ Ústavní soud také rozvádí, že veřejnou moc vykonává stát buď prostřednictvím svých orgánů, nebo jiných subjektů; tento jiný subjekt je považován za orgán veřejné moci, pokud rozhoduje o právech a povinnostech jiných osob a tato jeho rozhodnutí jsou státní mocí vynutitelná, což znamená, že stát může do těchto práv zasahovat.²⁰ Tato definice pojmu veřejná moc je aplikací mocenské teorie.

Obdobně pak například Nejvyšší soud konstatoval v rozhodnutí sp. zn. 30 Cdo 3119/2011 ze dne 18. 4. 2012, že „[z]a výkon státní moci je obvykle považováno vnucování vůle vyjadřující státní (resp. veřejný) zájem jednotlivcům, sociálním skupinám i celé společnosti. O výkon státní (veřejné) moci oproti tomu nepůjde tam, kde stát nevystupuje v tzv. vrchnostenské pozici, nýbrž kde vstupuje do právních vztahů jako jejich účastník rovný s účastníky ostatními, tedy jako subjekt občanskoprávních vztahů...“.²¹

Výše uvedené judikatorní definice pojmu veřejná moc nicméně neobstojí jako obecné kritérium pro posuzování sféry činnosti, v rámci které má stát nebo jiný orgán veřejné moci nést odpovědnost za způsobenou škodu na základě čl. 36 odst. 3 Listiny. Odpovědnost státu za škodu není možné svazovat do takto úzkého pojetí veřejné moci. I praxe zřetelně ukazuje, že pod kategorií „úřední postup“ jsou podřazovány činnosti, při kterých se nerozhoduje o právech a povinnostech osob. Soudy takto uznaly odpovědnost státu za to, že Česká obchodní inspekce poskytla tisku sdělení o tom, že vzorky benzínu z čerpací stanice provozované poškozeným nevyhovují normě, ačkoli normě vyhověly při použití jiné metody zkoumání vzorků.²² Stát je povinen k náhradě škody i v případě vydání výpisu z Rejstříku trestů, který obsahoval objektivně nesprávné údaje²³ nebo při

¹⁹ Například usnesení ze dne 25. 11. 1993, sp. zn. II. ÚS 75/93 nebo usnesení ze dne 14. 7. 1997, sp. zn. IV. ÚS 172/97 obdobně také již citovaný náleží sp. zn. II. ÚS 99/07, odst. 24. Ústavní soud se tímto přihlásil k rozhodovací praxi federálního Ústavního soudu (usnesení ze dne 9. 6. 1992, sp. zn. I. ÚS 191/92).

²⁰ Nálež Ústavního soudu ze dne 3. 2. 2009, sp. zn. I. ÚS 2783/08.

²¹ Nejvyšší soud přitom odkazoval na publikaci VOJTEK, P. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 17 an.

²² Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 12. 2006, sp. zn. 25 Cdo 2840/2004.

²³ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 12. 2006, sp. zn. 25 Cdo 642/2005.

chybném sdělení Pozemkového úřadu Pozemkovému fondu v rámci lustrace pozemků při restitučních nárocích.²⁴ Tyto konkrétní případy nelze podle mého zcela zřejmě podřadit pod výše uvedené „mocenské“ definice veřejné moci, ale přesto za ně musí stát na základě čl. 36 odst. 3 Listiny odpovídat jako za činnost úřední. Jak zdůraznil i Ústavní soud, účelem existence institutu náhrady škody způsobené činností státu není pouze reparace, ale také důvěra ve stát a jeho instituce.²⁵

Z tohoto důvodu je správné vykládat případy hodné náhrady škody široce. Ve všech případech, ve kterých činnost opravdu souvisí s vrchnostenskou činností vykonávanou přímo státem nebo jinými subjekty, musí být prostor pro náhradu. Jak ale tuto vrchnostenskou činnost podléhající náhradě ze strany státu odlišit od nevrchnostenské?

Zdá se, že soudy zjišťují nejčastěji, zda je určitá činnost spojena s výkonem veřejné moci, prostřednictvím rozboru právního charakteru a právních důsledků, které vyvolává. Takto postupoval zvláštní senát pro řešení kompetenčních sporů například při hodnocení právní povahy tvorby certifikátu autorizovaného inspektora vydaného podle stavebního řádu (rozhodnutí zvláštního senátu ze dne 6. 9. 2012, č. j. Konf 25/2012-9), podobný postup nalezneme také při analýze postavení insolvenčního správce při uznávání pohledávek věřitelů provedené Ústavním soudem (nález ze dne 1. 7. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 14/10). Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu se zase v rozhodnutí č. j. 4 As 47/2003 – 125 ze dne 12. 10. 2004 vydal při hodnocení povahy výroku stavebního úřadu o zřízení věcného břemene cestou zohlednění různých právních teorií k odlišení soukromého a veřejného práva.

Jinou perspektivu než úzké pojetí mocenské teorie nám nabízí zájmová teorie, pro kterou je odlišujícím znakem veřejného a soukromého práva chráněný zájem. V některých případech si strany smlouvy zvolí svobodně notářský zápis jako formu právního jednání, a pak jsou notářským zápisem chráněny především soukromé zájmy stran smlouvy. Veřejný zájem se více prosazuje v případech obligatorního sepisování notářských zápisů o právním jednání (například při zakládání kapitálových společností). Notář zde působí jako garant zákonnosti procesu. Z řad notářského stavu se objevuje názor, že „[n]otářské zápisy ve věcech obchodních společností slouží jako nástroj, který napomáhá rozvoji podnikatelského prostředí v České republice s tím, že jeho přidanou hodnotou je nestranná právní rada profesionála v oboru práva, ochrana „slabší“ strany a zvýšení právní jistoty nejen pro účastníky notářského zápisu, ale i pro celou společnost.“²⁶ Tento názor lze do určité míry vztáhnout na jakýkoliv notářský zápis o právním jednání. Rozvádí se tím idea celospolečenského zájmu na jistotě právních vztahů.²⁷ Proti tomu lze však namítat,

²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 3. 2014, sp. zn. 28 Cdo 1119/2012.

²⁵ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 13. 3. 2012, sp. zn. I. ÚS 529/09, odst. 22: „*Tam, kde jednotlivec jedná s důvěrou ve věcnou správnost aktů státu či jeho postupů a rovněž s důvěrou v jejich soulad s právem, musí být současně garantováno právo na náhradu škody, pokud se ukáže, že presumpce správnosti či zákonnosti byla klamná. Jinak řečeno, taková důvěra je možná pouze tehdy, pokud stát či subjekty, na něž stát přenesl výkon některých svých pravomocí, odpovídají za škodu vzniklou jednotlivci jejich činností v případě, že tyto činnosti se posléze ukáží jako nezákonné či jinak vadné. Udržování důvěry občanů v právo je jedním z podstatných pilířů odpovědnosti státu za škodu a, vice versa, nemůže být dána důvěra tam, kde nezákonnost či nesprávnost aktů veřejné moci není sankcionována v podobě odpovědnosti za škodu.*“

²⁶ TLÁŠKOVÁ, Š. Proč mají notáři a notářské zápisy v dnešní době stále smysl. *Ad Notam*. 2009, roč. 15, č. 1, s. 5.

²⁷ JINDŘICH, M. Komentář k § 62. In: P. Bílek – R. Fiala – M. Jindřich – K. Wawerka a kol. *Notářský řád a řízení o dědictví. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 235.

že právní jistota je sice celospolečenským zájmem, ale ne každý společenský (neboli veřejný) zájem je automaticky indikací výkonu veřejné moci. Právní jistota je samozřejmě nejen veřejným zájmem, ale také imanentním rysem právního státu. Z toho důvodu ale nemůžeme jakýkoliv institut, který zvyšuje právní jistotu, prohlásit za veřejnoprávní. Například obligatorní písemná forma právního jednání také zvyšuje právní jistotu, a je tedy celospolečenským zájmem, aby byla tato forma v určitých případech vyžadována, ale soukromoprávní jednání v písemné formě zůstávají soukromoprávní. Z hlediska zájmové teorie je tedy notářský zápis o právním jednání poněkud dvojaký a leží na hranici mezi právem veřejným a soukromým.

Podle Nejvyššího správního soudu²⁸ je nejspolehlivější rozlišovat soukromé a veřejné právo v závislosti na uplatňující se metodě právního regulování. Metodou právní úpravy se zde rozumí specifický způsob právního regulování, vyjadřující povahu a míru působení jednotlivých účastníků právního vztahu na vznik a rozvíjení tohoto vztahu, respektive vyjadřující povahu a míru účasti subjektů právního vztahu na formování jeho obsahu.²⁹ Jak uvádí Nejvyšší správní soud, zpravidla platí, že soukromoprávní metoda právní regulace je metodou rovnosti: žádný účastník soukromoprávního vztahu nemůže druhému účastníku jednostranně ukládat povinnosti, zatímco veřejnoprávní metoda právní regulace je naopak vertikální: jeden ze subjektů právního vztahu vystupuje jako nositel veřejné moci a může jednostranně ukládat povinnosti druhému účastníku právního vztahu, mnohdy nejen bez jeho vůle, ale i proti jeho vůli. V roli notáře při sepisování notářského zápisu o právním jednání se mísí právně poradenské služby směrem k obsahu právního jednání a role osvědčovací (naplnění formálních požadavků na notářský zápis), přičemž notář je při své činnosti podřízen požadavkům notářského řádu, což je veřejnoprávní předpis. Musí být přitom nestranný a v případě, že právní jednání odporuje zákonu, odmítne notářský zápis sepsat [§ 2 a § 53 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád)].³⁰ Nejvyšší soud tyto povinnosti dále přibližuje tak, že notář musí dodržet nejen formální náležitosti kladené notářským řádem na notářské zápisy, ale musí brát v úvahu též obsahovou stránku právního jednání. Je povinen dbát i na objektivní právní pomoc účastníkům tak, aby jimi zamýšlené jednání odpovídalo obecně závazným právním předpisům a aby nebylo zpochybnitelné po stránce formální ani hmotněprávní.³¹ I přesto však není podle mého názoru možné hovořit o těchto pravidlech vztahujících se na sepisování notářských zápisů o právním jednání jako o veřejnoprávní metodě právního regulování. Účastníci vstupují do vztahu s notářem naprosto dobrovolně (i při vědomí toho, že některá právní jednání mají povinně formu notářského zápisu) a notář nemůže ovlivňovat žádným způsobem, kromě odborné rady, obsah právního jednání v notářském zápisu. Ani roli osvědčovací při plnění formálních požadavků notářského zápisu nelze podle mého názoru považovat za uplatňování jakékoliv pravomoci notáře vůči účastníkům; je to naplnění požadavků zákona.

²⁸ Usnesení rozšířeného senátu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 4 As 47/2003 – 125.

²⁹ MACUR, J. *Občanské právo procesní v systému práva*. Brno: UJEP, 1975, s. 111 an. Citováno v usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 4 As 47/2003 – 125.

³⁰ JINDŘICH, M. Komentář k § 62. In: P. Bílek – R. Fiala – M. Jindřich – K. Wawerka a kol. *Notářský řád a řízení o dědictví. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 235.

³¹ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 3. 2011, sp. zn. 28 Cdo 2217/2009, a tam uvedené odborné publikace.

Zákon často stanoví detailní požadavky na výkon určité regulované činnosti, která však není výkonem veřejné moci. Můžeme zde použít příklad profese znalce provádějícího znalecký posudek. Znalecký posudek má určité veřejnoprávní prvky; má vyšší důkazní sílu (Nejvyšší správní soud například konstatoval, že správci daně nepřísluší bez dalšího rozhodovat, který z předložených znaleckých posudků je důkazem v daňovém řízení a který nikoliv³²). Platí rovněž, že znalecký posudek musí splňovat formální náležitosti stanovené zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, a prováděcím předpisem a v neposlední řadě musí znalec v souladu se svým slibem postupovat nestranně (§ 6 zákona o znalcích a tlumočnících) obdobně jako notář při soupisu notářského zápisu. Činnost soudního znalce však přesto není považována i podle Ústavního soudu za výkon veřejné moci.³³

Jedním z argumentů, proč je soupis notářského zápisu o právním jednání považován za výkon veřejné moci, je i to, že má charakter veřejné listiny.³⁴ Jsem však toho názoru, že tato skutečnost je jen velmi slabým důvodem pro závěr o veřejnoprávnosti procesu jeho sepisování. Veřejnou listinou jsou i listiny, jejichž sepsání jistě není výkonem vrchnostenské činnosti. Veřejnými listinami jsou zákonem prohlášeny například rejstříkový list, lodní deník, strojní deník, rádiový deník nebo kniha nalodění podle zákona o námořní plavbě (§ 25 odst. 3 zákona č. 61/2000 Sb.). Dokonce ani sepisování jiných veřejných listin notáři (než listin o právním jednání) není podřazeno pod pojem úřední postup podle zákona č. 82/1998 Sb. a odpovědnost za ně nesou notáři samostatně.³⁵ Pokud by sepisování těchto jiných veřejných listin bylo přeneseno státní mocí, stát by za ně musel podle čl. 36 odst. 3 Listiny také odpovídat.

Že k sepisování notářského zápisu o právním jednání nepřistupuje právní řád (vždy) jako k výkonu veřejné moci, je patrné při pohledu do odvětví trestního práva. Trestní zákoník pod pojem úřední osoba (§ 127) zařazuje pouze notáře jako soudního komisaře v řízení o dědictví a sepisování notářských zápisů o právním jednání za výkon činnosti úřední osoby nepovažuje.³⁶

Na základě výše provedených úvah se domnívám, že sepisování notářského zápisu o právním jednání je výkonem soukromého (byť regulovaného) povolání. Veřejnoprávní rozměr v podobě posílení právní jistoty není převažujícím rysem. Naopak se zde plně uplatňuje autonomie vůle stran právního jednání, která je charakteristická pro soukromé právo.

³² Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2010, č. j. 7 Afs 50/2010-60.

³³ Viz usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 75/93 ze dne 25. 11. 1993: „Za orgán veřejné moci nelze proto z tohoto pohledu považovat například soudního znalce, jehož posudek může sloužit nejvýše jako podklad pro určité rozhodnutí nebo opatření.“

³⁴ Viz důvodová zpráva k § 4 zákona č. 82/1998 Sb.

³⁵ K tomu více JANOVEC, M. Kdy za škodu odpovídá sám notář a kdy stát?. *Právní fórum*. 2011, roč. 8, č. 1, s. 1–5. Viz také Nejvyššího soudu České republiky ze dne 17. 12. 2009, sp. zn. 25 Cdo 176/2008: „notářský zápis o rozhodnutí orgánu právnícké osoby, ať spadající od 1. 1. 2001 pod režim ustanovení § 80a § 80g či sepsaný před tímto datem, nemá charakter zápisu o právním úkonu ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 zákona č. 82/1998 Sb., s jehož vadami zákon spojuje odpovědnost státu za škodu.“

³⁶ Nutno doplnit, že se jedná o jistý posun, kdy pod dříve používaný pojem veřejný činitel bylo podle stanoviska Nejvyššího státního zástupce ke starému trestnímu zákonu nutno zařadit i sepisování notářských zápisů o právních úkonech (viz výkladové stanovisko č. 5/2007. Dostupné z: <<http://www.nsz.cz>>, citováno dne 7. 9. 2014).

4. SEPISOVÁNÍ NOTÁŘSKÝCH ZÁPISŮ PRO ZÁPIS DO VEŘEJNÉHO REJSTŘÍKU NEBO SEZNAMU

Při výše vedených úvahách byla prozatím ponechána stranou relativně nově zavedená kategorie notářských zápisů o právním jednání, které mají být podkladem pro zápis práv nebo skutečností do veřejného seznamu nebo veřejného rejstříku (viz § 70 a 70a notářského řádu). Tento typ notářského zápisu o právním jednání se od jeho obecné podoby odlišuje zejména tím, že notář k němu připojuje vyjádření o tom, zda právní jednání splňuje předpoklady pro provedení zápisu do veřejného rejstříku nebo seznamu.

Pokud se notář domnívá, že předpoklady pro takový zápis nejsou naplněny, pak sepíše zápis jen na žádost klientů s uvedením důvodů, pro které se domnívá, že zápis nesplňuje požadavky (viz § 70a odst. 3 notářského řádu). Podle mého názoru „doložka“ s vyjádřením o předpokladech pro sepsání notářského zápisu je nikoliv aktem soukromoprávním, ale zhodnocením této listiny vrchnostenského charakteru. V případě zápisu notáře do veřejného rejstříku fyzických a právnických osob například platí, že pokud je vyjádření notáře pozitivní, zápis provede, pokud je negativní tak jej neprovede (viz zejména § 108 zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob). Na obsah vyjádření nemají soukromoprávní subjekty, které jednání činí, žádný vliv a je pouze na notáři, jak obsah listiny právně vyhodnotí. Neuplatňuje se zde autonomie vůle stran právního jednání.

Pokud by v důsledku nesprávného vyjádření notáře došlo ke škodě, tak je to podle mého názoru nutné hodnotit jako škodu způsobenou vrchnostenskou činností a stát by za ni mohl nést odpovědnost na základě čl. 36 odst. 3 Listiny, budou-li splněny i další předpoklady pro vznik odpovědnosti státu za škodu.

5. ÚSTAVNOST ÚPRAVY ODPOVĚDNOSTI STÁTU ZA NOTÁŘSKÉ ZÁPISY

Je však dnešní právní úprava odpovědnosti státu za notářských zápisů o právním jednání v souladu s ústavním pořádkem, když není, jak jsem výše dovodil, úředním postupem?

Ustanovení § 4 OdpŠk říká, že za výkon státní správy (za kterou stát odpovídá) se považuje i sepsování veřejných listin o právních úkonech, zápisy skutečností do veřejného rejstříku provedené notářem podle zákona upravujícího veřejné rejstříky právnických a fyzických osob, úkony notáře jako soudního komisaře. Vzhledem k výše uvedenému je nutno konstatovat, že se v ustanovení směřují úkony notáře, které jsou výkonem veřejné moci (zápisy skutečností do veřejného rejstříku a soudní komisariát), a jednání, která se za výkon veřejné moci pouze pro účely odpovědnosti státu považují.³⁷

Zákonodárce tedy vztáhl úpravu odpovědnosti státu i na sepsování notářských zápisů o právním jednání, přestože se nejedná o požadavek ústavodárce podle čl. 36 odst. 3 Listiny. Sepisování těchto zápisů není výkonem veřejné moci, a tedy není úředním postupem ani rozhodnutím. Rozšíření odpovědnosti státu však není v rozporu s Listinou.

³⁷ Srov. také rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1620/2007 ze dne 17. 6. 2009. Nejvyšší soud v rozsudku uvádí, že § 3 písm. b) OdpŠk „nehovoří přímo o notářích a exekutorech, ale pouze o úředních osobách, kterým byl výkon státní správy svěřen zákonem nebo na základě zákona; znamená to tedy, že z a „ ú ř e d n í o s o b y “ se pro účely tohoto zákona považují i notář a exekutor při určitých úkonech. Spojka „i“ tak nesměřuje k činnosti, nýbrž k subjektu.“

Zákonodárce může užití institutu odpovědnosti státu za škodu vztáhnout i na situace, které nespádají do rámce „úředního postupu“ nebo „rozhodování“. Takto například zákonodárce stanovil, že stát odpovídá i za škodu způsobenou vykonáním vazby, o níž bylo rozhodnuto zcela v souladu se zákonem (§ 9 OdpŠk), za kterou podle Listiny stát odpovědnost nést nemusí (viz náleze Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2004, sp. zn. II. ÚS 596/02).³⁸ Stát tedy v případě notářů nad rámec povinností plynoucích z Listiny jejich určitou činnost garantuje prostřednictvím své vlastní odpovědnosti za škodu (při zachování regresních nároků vůči notáři). Vzhledem k roli notářských zápisů o právním jednání (posílení právní jistoty) je možné tento přístup zákonodárce hodnotit jako účelný a nikoliv jako libovolné zvýhodňování notářů. Odpovědnost státu za notářské zápisy posiluje důvěryhodnost notářských zápisů o právním jednání (neboli posiluje veřejnou víru v úkony notáře).

6. DŮSLEDKY PŘIJETÍ SOUKROMOPRÁVNÍHO POHLEDU NA NOTÁŘSKÝ ZÁPIS

Sepisování notářského zápisu o právním jednání se tedy považuje za výkon veřejné moci nikoliv z důvodu své skutečné právní povahy, ale z vůle zákonodárce a pouze pro účely odpovědnosti státu za škodu. Jinak by se tato činnost neměla považovat za výkon veřejné moci. Odlišně je pak nutné přistupovat k notářovu vyjádření, které je imanentní součástí notářských zápisů o právním jednání, které mají být podkladem pro zápis práv nebo skutečností do veřejného seznamu nebo veřejného rejstříku podle § 70 a následujících notářského řádu. Toto vyjádření má vrchnostenskou povahu a stát za něj musí nést odpovědnost.

Zákonodárce se může v budoucnu rozhodnout právní úpravu změnit tak, že ponechá odpovědnost za sepisování notářských zápisů o právním jednání pouze na notářích. Rozsah odpovědnosti za škodu způsobenou notářem při sepisování notářského zápisu o právním jednání by se však jejím ponecháním pouze na notářích změnil.

Dnes je odpovědnost státu za škodu způsobenou notářem při sepisování těchto zápisů objektivního charakteru a stát se této odpovědnosti nemůže v zásadě vůbec zprostit.

Ústavní soud (viz náleze ze dne 13. 3. 2012, sp. zn. I. ÚS 529/09) dnes vychází striktně z vrchnostenského pohledu na sepisování notářských zápisů. Argumentuje, že správný úřední postup musí být poměřován i hlediskem účelu, k jehož dosažení postup směřuje.³⁹ Účelem notářského zápisu o právním jednání je vytvoření veřejné listiny, která nese písemný projev o takovém jednání. Proto například za situace, kdy notář přijme

³⁸ Ústavní soud konstatoval v bodě IV.: „Základní právo na odškodnění ve smyslu čl. 36 odst. 3 Listiny má pouze ten, jemuž byla škoda způsobena nezákonným rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem. (...) Jestliže zákon č. 58/1969 Sb. [dnes zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů] zakládá odpovědnost státu za škodu způsobenou vedle nezákonného též zákonným rozhodnutím o vazbě, pokud byl obžalovaný později zproštěn obžaloby, poskytuje vyšší zákonný standard ochrany práv. Jde bezpochyby o moudrý a vítaný počín zákonodárce, který si nadevše cení osobní svobody jednotlivce, nikoli však o plnění závazného pokynu podle čl. 36 odst. 3 Listiny.“

³⁹ Odkazoval se přitom na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 8. 2000, sp. zn. 25 Cdo 1099/99.

nepravou plnou moc, v jejímž důsledku je notářský zápis neplatný, nese stát za škodu tím způsobenou odpovědnost.⁴⁰ Zda postupoval notář s řádnou péčí (zda mohl vůbec poznat nepravost plné moci) má vliv pouze na případný regres vůči notáři, ale nikoliv na odpovědnost státu.

Pokud by však odpovídal za sepisování notářských zápisů o právním jednání pouze notář, uplatnila by se právní úprava odpovědnosti notáře za újmu. Podle ustanovení § 57 notářského řádu notář odpovídá za újmu, kterou způsobil v souvislosti s výkonem činnosti notáře, přičemž jde také o odpovědnost objektivní (bez ohledu na zavinění). Této odpovědnosti se však může notář zprostit, prokáže-li, že újme nemohl zabránit ani při vynaložení veškerého úsilí, které na něm bylo možno požadovat. Standard odpovědnosti za škodu způsobenou sepisováním notářských zápisů o právním jednání by tedy odpovídal tomu, jak k němu přistoupil Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 25 Cdo 1384/2006 (zrušeným později výše uvedeným nálezem Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 529/09). Notář by odpovídal tehdy, pokud by nepostupoval v souladu s běžnou obezřetností a profesní zkušeností. Jinak řečeno by notář odpovídal pouze, pokud by nepostupoval *de lege artis*, což je z hlediska poškozeného jistě nižší standard odpovědnosti, než dnešní objektivní odpovědnost státu za výsledek v zásadě bez liberačních důvodů.

ZÁVĚR

Posuzování notářských zápisů o právním jednání optikou veřejného práva vychází podle mého názoru primárně ze skutečnosti, že OdpŠk je za výkon státní správy výslovně označuje. Dalším aspektem může být vývoj českého notářství, které po určitou dobu fungovalo v podobě státních notářství, jež byla součástí státních úřadů. Podíváme-li se však na podstatu těchto notářských zápisů, tak dojdeme k názoru, že jejich právní povaha je soukromoprávní. Podobnými argumenty, kterými na poli evropského práva vyhodnotil nevrchnostenský charakter notářských zápisů Soudní dvůr Evropské unie, můžeme k tomuto závěru dospět i v rámci českého právního prostředí. Notářské zápisy o právním jednání jsou výsledkem činnosti (regulovaného) povolání notáře a nikoliv přeneseným výkonem vrchnostenských pravomocí. I přesto stát může za tuto činnost odpovídat.

Je dáno na vůli zákonodárce, zda přenesení břímě odpovědnosti za tuto činnost na stát, jelikož je tento přenos veden podle mého názoru ústavně aprobovatelným záměrem (garance notářských zápisů, které samy o sobě posilují právní jistotu účastníků soukromoprávních jednání). Pokud by však zákonodárce zvolil cestu ponechat odpovědnost pouze na notářích, mohlo by to za současné právní úpravy znamenat mírné zúžení rozsahu odpovědnosti za notářské zápisy o právním jednání, jelikož notáři mají možnost (na rozdíl od státu) se za určité situace odpovědnosti za škodu zprostit.

⁴⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 13. 3. 2012, sp. zn. I. ÚS 529/09, odst. 30.

OTÁZKA VZNIKU ČESKOSLOVENSKEJ REPUBLIKY NA ÚZEMÍ SLOVENSKA

Štefan Siskovič*

Abstrakt: V predložennom článku sa snažím obhájiť tézu, že prvá Československá republika nemohla na území Slovenska právne vzniknúť už vyhlásením recepčnej normy neskôr prijatej ako zákon č. 11/1918 Sb. z. a n., teda už 28. októbra 1918. Obsah článku je štruktúrovaný tak, aby na jednej strane vynikla historická diskusia (deskriptívna úroveň článku), ktorá sa o uvedenom probléme v minulosti viedla, ale zároveň tak, aby závery vyplývajúce z uskutočnenej analýzy boli aplikovateľné aj na iné podobné prípady v rámci súčasnej argumentácie (preskriptívna úroveň článku). V článku preto postupujem najskôr od analýzy argumentácie podporujúcej tézu, že prvá Československá republika právne vznikla už 28. októbra 1918, pričom sa pokúšam vyrovnať s dôvodmi, ktoré uvádzali zástancovia tejto právnej fikcie. Následne sa venujem rozboru tézy, že prvá Československá republika nemohla na území Slovenska právne vzniknúť už 28. októbra 1918, pretože v uvedenom období ešte Československá republika na Slovensku nevykonávala efektívne svoju štátnu moc. V rámci argumentácie pritom využívam aj stabilnú judikatúru Najvyššieho správneho súdu. V závere článku sa snažím zhrnúť predchádzajúcu argumentáciu a poukázať tak nedostatočnú explanačnú silu právnej fikcie, ktorá považuje 28. október 1918 za dátum právneho vzniku prvej Československej republiky.

Kľúčové slová: kontinuita, normatívna teória, derogačná klauzula, vznik prvej ČSR, recepčná norma

EXPOZÍCIA PROBLÉMU

V právnovedeckej obci sa všeobecne považuje dátum 28. október 1918 za vznik prvej Československej republiky. Najčastejším argumentom uvádzaným na podporu tézy, že prvá ČSR musela vzniknúť v tento deň, je vyhlásenie a znenie recepčnej normy, zákona č. 11/1918 Sb. z. a n. o zriadení samostatného československého štátu. Jej ustanovenia vytvárajú právny základ: a) pre *materiálnu kontinuitu* novovznikajúceho československého právneho poriadku s právnym poriadkom rozpadajúceho sa Rakúsko-Uhorska, ako aj b) pre *formálnu diskontinuitu* a teda štátoprávny rozchod Československa s Rakúsko-Uhorskom. Novým normatívnym ohniskom, od ktorého prevzaté československé právne normy začali odvodzovať svoju platnosť, sa tak stala samotná recepčná norma. Uvedená skutočnosť založila tradíciu, ktorá s najväčšou pravdepodobnosťou spôsobila, že sa vznik ČSR stotožnil s *právnym vznikom ČSR*.

Ak odhliadneme od vzniku prvej ČSR, a na pojem vzniku štátu sa pozrieme zo širšej perspektívy, tak síce zistíme, že vznik štátu súvisí s právnym vznikom štátu, no v žiadnom prípade nejde o totožné pojmy a nie je možné ich zamieňať. Poznáme totiž rôzne druhy vzniku štátov, napr.: politický vznik štátu,¹ medzinárodný vznik štátu,² faktický vznik štátu,³ kauzálny vznik štátu,⁴ historicko-politický vznik štátu,⁵ kalendárny vznik štátu,

* JUDr. Mgr. Štefan Siskovič, PhD., Katedra dejín práva Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave. Článok je písomným výstupom projektu APVV vedeným pod reg. č. APVV-0562-11s názvom „Právne argumenty a právne princípy ako pramene práva“. E-mail: ssiskovic@gmail.com.

¹ DNISTRJANSKY, S. Právni vznik československého štátu. *Právnik*. 1929, roč. LXVIII, s. 358–359.

² BROWNLIE, I. *Princípy medzinárodného verejného práva*. Eurokodex, 2013, s. 22.

³ LACO, K. *Ústava predmníchovskej ČSR a ústava ČSSR*. Bratislava: Pravda, 1966, s. 127–145.

⁴ WEYR, E. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 93–94.

právny vznik štátu a určite aj ďalšie iné. Hoci som s najväčšou pravdepodobnosťou nevymenoval všetky druhy vzniku štátu je dôležité, že z uvedeného demonštratívneho výpočtu môžeme odvodiť záver, že právny vznik štátu sa v systéme všeobecný/jednotlivý javí skôr ako jeden zo špecifických druhov vzniku štátu. Pojem vzniku štátu je teda k pojmu právneho vzniku štátu všeobecnejším pojmom a preto je stanovisko stotožňujúce pojmovo *vznik štátu s právnym vznikom štátu* nesprávne. Nasledujúce riadky budú rešpektovať uvedenú dištinkciu, pričom predmetom analýzy bude právny vznik československého štátu na území Slovenska. Mojm hlavným cieľom však bude obhájenie tézy, podľa ktorej prvá ČSR nemohla právne vzniknúť 28. októbra 1918 na celom svojom neskôr uznanom území, za predpokladu, že platia závery súčasnej právnej vedy pokladajúce právo za spoločenský fakt⁶ a štát nielen za právny ale aj sociálny koncept.⁷ Nasledujúca argumentácia preto nebude orientovaná deskriptívne ale normatívne. Jej cieľom nebude komplexne mapovať diskusiu o tejto problematike, ale skôr ukázať dôvody, prečo sa téza o právnom vzniku ČSR na území Slovenska dňa 28. októbra javí ako nepresvedčivá z pohľadu súčasnej právnej vedy. Nasledujúce argumenty sú preto vybrané typovo, tak aby reprezentovali aj tých autorov, s ktorých prácami priamo nepracujem.

1. PRVÝ POHĽAD: ČSR VZNIKLA 28. OKTÓBRA 1918

1.1 Argument normativistov

Štruktúra argumentácie normativistického prístupu je postavená na inštitúte recepcie, ktorý bol priamo súčasťou zákona o zriadení samostatného štátu Československého č. 11/1918 Sb. z. a. n. V *Slovníku veřejného práva* je recepcia definovaná ako „*vedomé prevzatie určitého práva (jeho obsahu) z jedného právneho poriadku do iného, pričom právnemu poriadku je potrebné rozumieť v jeho širšom zmysle – vo význame právnych pomerov*“.⁸

Uvedená definícia teda pracuje s dvoma základnými pojmami. Prvým je *materiálna kontinuita*, ktorá je charakteristická prevzatím obsahu právneho poriadku. Druhým zase *formálna (dis)kontinuita*, respektíve to, čo definícia nazýva právnymi pomermi. V prípade evolučného vývoja právneho poriadku je materiálna kontinuita sprevádzaná formálnou kontinuitou. Príkladom môže byť klasická kodifikácia určitého právneho odvetvia, výsledkom ktorej je síce prijatie nového zákonníka, no s totožnou úpravou niektorého z pôvodných inštitútov. Zároveň sa formálna kontinuita prejavuje tak, že nedochádza k zmene právnych pomerov, pretože nová norma alebo predpis stále odvodzuje platnosť od pôvodného normatívneho ohniska. Vznik Československa je však príkladom revolučného vývoja právneho poriadku. Pendantom materiálnej kontinuity sa stala zmena právnych pomerov, ktorá viedla k nahradeniu pôvodného normatívneho ohniska novým, ktorý bol označený zákonom č. 11/1918 Sb. z. a. n. a nazvaný zákon o zriadení samostatného štátu Československého (recepčná norma).

⁵ WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 75–81.

⁶ KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, s. 16.

⁷ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 29–31.

⁸ HÁCHA, E. – HOETZEL, J. – WEYR, F. – LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek III., P až Ř. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 715, heslo: *Recepce*.

Recepčná norma upravovala v čl. 2 inštitút recepcie,⁹ ktorého účelom bolo zabezpečiť kontinuitu právneho poriadku zanikajúceho Rakúsko-Uhorska s právnym poriadkom vznikajúceho Československa. Uvedená právna kontinuita sa javí ako materiálna, pretože aj v spojitosti s tvrdením F. Weyra, vznik ČSR bol charakteristický tým, že došlo k prevzatíu obsahu právneho poriadku jedného štátu do právneho poriadku druhého štátu, ktorý naň časovo nadväzoval.¹⁰ Nejde preto o kontinuitu vo formálnom slova zmysle, pretože právne normy už po vyhlásení recepčnej normy nemohli z čisto formálno-právneho hľadiska odvodzovať svoju platnosť od základného zákona – ústavy zanikajúceho štátu.¹¹ Materiálna kontinuita obsiahnutá v čl. 2 recepčnej normy bola preto sprevádzaná formálnou diskontinuitou. Záver, ktorý z uvedenej argumentácie vyplýva je, že československé normy sa stali obsahovo totožné s normami rozpadajúceho sa Rakúsko-Uhorska, no formálne začali svoju platnosť odvodzovať od recepčnej normy ako nového „ohniska“ československého právneho poriadku.

Predchádzajúce riadky v spojitosti s nadpisom naznačili, že predmetom nasledujúcej analýzy nebude evolučný vývoj československého právneho poriadku. Rozpad Rakúsko-Uhorska a vznik ČSR bol a je reprezentatívnym prípadom revolučného¹² vývoja právneho poriadku. Ak sa však zameriavame na analýzu právneho vzniku ČSR a nielen na konštatovanie ako vznikla ČSR a jej právny poriadok, a teda snažíme sa odpovedať na otázku odkedy ČSR právne existovala, tak je nevyhnutné stanoviť okamih začiatku platnosti československých právnych noriem. Dôvodom je, že platnosť je v práve považovaná za vyjadrenie existencie, čo znamená, že stanovenie okamihu začiatku platnosti právnych noriem, je stanovením začiatku ich existencie. Zástancovia normatívnej školy, ktorí vo všeobecnosti aplikovali skôr deduktívnu metódu poznávania práva, pritom stotožňovali okamih začiatku platnosti právnych noriem s okamihom právneho vzniku štátu. Uvedená téza bola priamo odvodená z predstavy, že právo a štát sú dve stránky tej istej mince, pretože poznávaním práva poznávajúci subjekt spoznáva štát a naopak.¹³ Po aplikácii uvedeného vzťahu medzi platnosťou právnych noriem a právnym vznikom štátu na prípad, keď sa jeden štát rozpadá a druhý vzniká, pričom dochádza k recepcii obsahu právneho poriadku rozpadajúceho sa štátu do právneho poriadku vznikajúceho štátu (materiálna kontinuita sprevádzaná formálnou diskontinuitou), tak bolo pochopteľné, že argumentácia normatívistov smerovala a bola v tomto bode postavená na koncepcii zmeny tzv. „normatívneho ohniska“ právnych noriem. Zmena „normatívneho ohniska“ sa uskutočňovala vždy prostredníctvom revolúcie, ktorá sa prejavovala ako formálna diskontinuita, kedy sa jedno „normatívne ohnisko“ nahradzovalo iným.¹⁴ Problém však spočíval v tom, že „normatívne ohnisko“ bolo koncepčne prezentované ako metanormatívny princíp. Nebolo teda niečím právnym, ale mimoprávnym, čím sa celá štruktúra vzťahov normatívnej teórie ešte viac skomplikovala. Ak totiž právo vnímame

⁹ Doslovné znenie čl. 2 zák. č. 11/1918 Sb. Z. a n. znie: „*veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají prozatím v platnosti*“.

¹⁰ HÁCHA, E. – HOETZEL, J. – WEYR, F. – LAŠTOVKA, K. *Slovník veřejného práva československého*. Svazek II. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1932, s. 365, heslo: *Kontinuita právní*.

¹¹ Pozri bližšie ibidem, s. 364–366.

¹² „*Revoluce jest taktó negací práva čili negací dosavadního jeho ohniska*.“ WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 233.

¹³ WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 228–229.

¹⁴ Ibidem, s. 233.

normativisticky, a teda ako čisto formálny systém oddelený od skutočnosti sociálneho života, tak nám v konečnom dôsledku vznikajú až tri úrovne, nazvime ich „*reality*“, ktorých vzájomné vzťahy nie sú celkom presne uchopiteľné. Na jednej strane tu máme kauzálnu realitu, ktorá je oddelená od právnej (normatívnej) reality. Na druhej strane pre zdôvodnenie platnosti/existencie právnej reality normativisti vymysleli ešte tretiu metanormatívnu realitu na čele s normatívnym ohniskom, ktorú však nebolo možné spoznať dostupnými spôsobmi poznávania a dokonca ani prostredníctvom normatívnej metódy. Vo filozofii by pritom metanormatívnu realitu pravdepodobne nazvali metafyzikou, a teda niečím, čo je za hranicami nášho poznania. Otázkou preto je, prečo v našom prípade vôbec musíme postulovať existenciu metanormatívnej reality, ak ju v zásade nemôžeme spoznať ani poznávať. Jediné možné zdôvodnenie existencie metanormatívnej úrovne je preto čisto metodologické. Aj fyzici často vytvárajú a postulujú existenciu objektov, ktoré nie sú v súčasnosti pozorovateľné dostupnými prostriedkami. Príkladom môžu byť struny, ktorých niektoré dimenzie sú principiálne nepozorovateľné. No aj napriek tomu predpokladáme, že existujú a dokonca, že sú základom celého pozorovateľného sveta okolo nás.¹⁵ Podobne to teda môže byť aj s nepoznatelnou metanormatívnou úrovňou a *normatívnym ohniskom*. Normativisti túto úroveň postulovali, aby udržali vnútornú konzistenciu jednotlivých téz normatívnej teórie a oddelenosť právnej a kauzálny reality. *Normatívne ohnisko* je preto ich axiómou, Newtonovým bodom, na ktorom vystavali svoju interpretáciu sveta. „*Normatívne ohnisko*“ sa tak nakoniec stáva čisto hypotetickým konceptom používaným zástancami normativizmu ako zdôvodnenie platnosti právnych noriem v ich ihlanovej štruktúre právneho poriadku.¹⁶ Napokon s hypotetickou úrovňou výkladu sa môžeme stretnúť aj v spoločenských vedách. Príkladom môže byť teória spoločenskej zmluvy, ktorá používa ako zdôvodnenie existencie štátu a prenosu moci zo suverénneho ľudu na ich zástupcov.

Hoci F. Weyr formuloval normatívnu teóriu ako čisté právnické poznávanie, ktoré nemá nič spoločné s empirickým svetom, ani on sa neubránil a neváhal svoju teóriu použiť ako hodnotiace kritérium skutočnosti. Ekvivalent svojho „*mimoprávneho normatívneho ohniska*“ a „*nepoznatelného*“ metanormatívneho princípu našiel v recepcnej norme.¹⁷ V jej úvode sa konštatovalo, že „*samostatný štát československý vstúpil v život*“ (proklamácia formálnej diskontinuity). Potom nasledovali články II upravujúci recepciu právneho poriadku (vyjadrenie materiálnej kontinuity). *Obsah vyhlásenia v recepcnej norme tak bol z pohľadu normatívnej teórie revolučnou zmenou normatívneho ohniska a preto bolo vyhlásenie recepcnej normy 28. októbra 1918 považované za začiatok právnej existencie prvej ČSR.*

¹⁵ Dôvodom ich nepozorovateľnosti je skutočnosť, že struny nedosahujú veľkosť Planckovej dĺžky. „*Planckova dĺžka je však najmenší možný rozmer, ktorý môže byť principiálne pozorovateľný, resp. presne vymedziteľný (pri kratších dĺžkach, resp. časových intervaloch menších, ako je čas, ktorý potrebuje svetlo na prekonanie tejto vzdialenosti (Planckov čas) sú klasické predstavy o spojitom priestore a čase neplatné), a preto existencia strún menších ako je táto veľkosť, sa nedá overiť. Napriek tomu práve struny by mali byť základ všetkého toho, čo je pozorovateľné.*“ DĚMUTH, A. *Filozofické aspekty dejín vedy*. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Filozofická fakulta, 2013, s. 17.

¹⁶ Podobne však uvažoval aj T. Akvinský, ale aj Aristoteles, ktorí existenciu tohto sveta zdôvodnili tým, že ak je svet súborom príčin a následkov a každý následok má svoju príčinu, bolo by porušením logických zásad ísť až do nekonečna, pretože svet musí mať svoj začiatok, ergo musí existovať prvotná príčina, ktorá je zdôvodnením existencie ostatných vecí vo svete.

¹⁷ WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 230 a 233, ale tiež WEYR, F. *Soustava československého práva státního*. Praha: Fr. Borový, 1924, s. 81–83.

1.2 Nenormativistický koncept vzniku ČSR 28. októbra 1918

V právnej vede môžeme pozorovať, že hlavným predmetom sporu, pokiaľ ide o vznik ČSR, sa stal práve koncept tzv. „*normatívneho ohniska*“,¹⁸ ako mimoprávneho princípu, od ktorého mali ostatné právne normy odvodzovať svoju platnosť. Všeobecne môžeme povedať, že jednotlivé koncepty právnych vedcov, ktorí sa venovali problematike vzniku Československej republiky a za okamih jej vzniku považovali 28. október 1918, môžeme zaradiť do dvoch skupín. Na jednej strane stáli normativisti, zastávajúci pozície právneho idealizmu, oddeľujúci normatívny svet od kauzálneho. Na druhej strane to boli sociologickejšie ladení právnici, ktorí na štát, právo a spoločnosť nazerali ako na vzájomne sa podmieňujúcu a ovplyvňujúcu nerozlučnú jednotu označovanú tiež ako klasickí právní pozitivistí.

F. Weyr patril medzi normativistov. Je preto pochopiteľné, že vo svojej argumentácii vychádzal z rozdelenia sveta na normatívny a kauzálny.¹⁹ Oddelenosť týchto svetov ho viedla k tomu, že otázka právneho vzniku štátu, bola otázkou spadajúcou výlučne do sveta normatívneho a nie kauzálneho. Výsledkom bolo potom tvrdenie, že tak ako je *normatívny svet oddelený od toho kauzálneho, tak je aj právny vznik štátu oddelený od toho kauzálneho*. Kým právny vznik štátu súvisel, ako sme už vyššie uviedli, s pojmom normatívneho ohniska, tak ďalšia právna existencia štátu bola spätá aj ešte s iným fundamentálnym tvrdením objavujúcim sa v normatívnej teórii. Bola ním téza, že *pojem normy a normotvorcu je možné odvodiť iba ak je postulovaná existencia pôvodnej normy*, ktorá mala v rámci právnej existencie štátu postavenie „*normatívneho ohniska*“. Z toho vyplýva, že právny vznik každého štátu sa nutne viaže vždy na splnenie určitých podmienok (jednou z nich je existencia pôvodnej normy, ku ktorej sa pri vzniku nového štátu pridáva aj nutnosť zmeny normatívneho ohniska ergo nutnosť zmeny respektíve vytvorenia pôvodnej normy vznikajúceho štátu). Od právneho vzniku je tak kauzálny vznik štátu principiálne odlišný. Ten je podľa F. Weyra výsledkom v zásade nekonečného radu príčin,²⁰ ktoré vyvrcholili napr. pri Československu samostatnosťou a vyhlásením recepčnej normy na Staromestskom námestí.²¹ Je zrejmé, že normativistický koncept je postavený na striktnom oddelení formy od obsahu, pričom je vopred vylúčené ich vzájomné ovplyvňovanie. Právo tak bolo chápané ako čistý, formálny a od spoločnosti odtrhnutý fenomén, pričom právny vznik štátu sa viazal iba na zmenu normatívneho ohniska bez toho, aby sa preukazovalo, či k zmene na skúmanom území skutočne došlo, alebo nie. A práve kvôli tomu nastali mnohé interpretačné problémy, ktoré súviseli s tým, že recepčná norma mala byť síce podľa vlastného znenia platná a účinná dňom jej vyhlásenia, no je zrejmé, že pokiaľ ide o Slovensko je jej platnosť a účinnosť diskutabilná.²² Zdá sa, že normativistický pohľad je ako teoretický konštrukt udržateľný, no nie je schopný

¹⁸ WEYR, F. Sukcesořství československého státu a recepční zákon č. 11 z r. 1918. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1938, roč. 21, s. 2.

¹⁹ Ide o klasické Kantovské rozdelenie sveta na svet kauzality (prírodný svet – „to, čo je“) a svet noriem (normatívny svet – „to, čo má byť“).

²⁰ WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 92–93.

²¹ WEYR, F. *Soustava československého práva státního*. Praha: Fr. Borový, 1924, s. 75–81.

²² Aj podľa Harta je predpokladom platnosti noriem nielen to, že prešli systémovými kritériami platnosti ale aj skutočnosť, že verejné osoby tieto normy rešpektujú tým, že ich aplikujú. HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 122.

vysvetliť niektoré rozpory a paradoxy prinášajúce so sebou právnohistorické dianie. Podľa môjho názoru, je tak tvrdenie, oddeľujúce kauzálny a právny vznik štátu, síce vnútorne konzistentné, ale ako abstrakcia neodráža skutočnosť.²³ Štáty vznikajúce revolučnou cestou nevznikajú a zdá, že ani nemôžu právne vzniknúť v okamihu ale v procese.

Moje presvedčenie vychádza z nasledujúcich dôvodov.

Použitím Weyrovej optiky sa konceptu „*normatívneho ohniska*“ najviac približuje zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. tzv. recepčná norma. Ak je *recepčná norma normatívnym ohniskom československého právneho poriadku, tak potom musela plniť v zmysle normatívnej teórie dve funkcie. V prvom rade musela obsahovať ustanovenia, z ktorých bol zrejmý vznik formálnej diskontinuity. V druhom rade musela určovať, ktoré recipované normy sú platné a spolu s ním sa stávajú súčasťou československého právneho poriadku, čím sa mala prejavovať aj ako pôvodná norma.* Na prvý pohľad sa preto zdá, že vyhlásením recepčnej normy a vytvorením Národného výboru boli splnené všetky podmienky nutné pre právny vznik ČSR a jeho verejnej správy aj na území Slovenska. Problém sa zreteľne ukáže až po tom, čo si uvedomíme, že recepčná norma explicitne neobsahovala ustanovenie, tzv. *derogačnú klauzulu*, schopnú zrušiť platnosť tých právnych predpisov, ktoré by s ňou boli v rozpore.²⁴ Tú obsahovala až Ústavná listina Československej republiky zákon č. 121/1920 Sb. z. a n. v čl. I. ods. 1.²⁵ Jedným zo základných znakov pôvodnej normy pritom podľa F. Weyra bola schopnosť určovať medze platnosti od nej odvodených platných noriem. Inými slovami mala schopnosť určiť, že normy nižšej právnej sily musia byť v súlade s ňou, pretože konanie nižšieho normotvorcu je vždy viazané hranicami, ktoré mu v rámci jeho činnosti vymedzil vyššie postavený normotvorca.²⁶

Derogačná schopnosť recepčnej normy však bola otázná, pretože samotná recepčná norma explicitne žiadnu derogačnú klauzulu neobsahovala. Až neskôr bola judikatúrou potvrdená prítomnosť tzv. *implicitnej derogačnej klauzuly*.²⁷ Túto skutočnosť spomínam, práve preto, lebo účinky akejkoľvek derogačnej klauzuly, či už explicitnej alebo implicitnej, je možné vnímať ako normatívnu silu, spôsobujúcu zánik platnosti – existencie noriem, ktoré sú s ňou v rozpore. Prejavy akejkoľvek derogačnej klauzuly je však možné pozorovať v spoločnosti, za predpokladu, že štát vykonáva svoju jurisdikciu efektívne. To znamená, že aj *účinky derogácie v implicitnej podobe je možné akémukoľvek zákonu,*

²³ Na tomto mieste sa vynára otázka, akú právnú vedu chceme mať. Či ju budeme budovať ako systém nedosiahnuteľných platónskych ideí, alebo ako koncept uchopiteľných aristotelovských kategórií.

²⁴ Pozri bližšie BEŇA, J. *Vývoj slovenského právneho poriadku*. Banská Bystrica: Univerzita Mateja Bela, 2001, s. 19 a 22.

²⁵ Celé znenie predmetného odseku článku I uznesenia Ústavného zboru Československej republiky: „*Zákony odporujúce ústavným listinám, jejím součástkám a zákonům jí měnícím, jsou neplatné.*“

²⁶ F. Weyr rovnako ako H. Kelsen vytvoril hierarchickú štruktúru právneho poriadku, v ktorej hierarchicky nižšia norma musela byť v súlade s normou vyššou. WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 126–127.

²⁷ Išlo o rozhodovaciu činnosť Najvyššieho súdu, ktorý sa priklonil k záveru, že recepčná norma a jej obsah, predovšetkým jej úvod, implicitne predpokladal derogáciu tých právnych noriem, ktoré boli v rozpore s existenciou novovzniknutého štátu. Napr. v rozhodnutí Najvyššieho súdu ČSR č. R II 28/28 zo dňa 3. februára 1928, č. 7751 (VÁŽNÝ, F. (ed.). *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech občanských*. Roč. 10. Praha: V. Tomsa, 1929, s. 177 alebo tiež v rozhodnutí Najvyššieho súdu ČSR č. R I 530/30 zo dňa 4. septembra 1930, č. 10107 (VÁŽNÝ, F. (ed.). *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech občanských*. Část II. Roč. 12. Praha: V. Tomsa, 1930, s. 1077), pozri bližšie LACLAVÍKOVÁ, M. *Pramene súkromného práva platného na území Slovenska, ich postavenie, význam a uplatnenie s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Najvyššieho súdu československej republiky (1918–1938)*. Dizertačná práca. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2006, s. 55–59.

ktorý je obdobou recepcnej normy, priznať, až keď je revolúcia, t. j. formálna zmena normatívneho ohniska, uskutočnená aj fakticky. Za fakticky uskutočnenú revolúciu pritom môžeme považovať stav, kedy štát, ktorý vyhlásil samostatnosť, začal vykonávať správu nad určitým územím, prostredníctvom orgánov, ktoré sám ustanovil.²⁸ V prípade právneho vzniku ČSR teda až vtedy, keď jednotlivé orgány verejnej správy na území Československa začali akceptovať a aplikovať právo prevzaté Národným výborom a jeho nástupcami, respektíve zástupcami.²⁹ Z predchádzajúcej úvahy vyplýva, že kým nebol revolučný vznik Československa vyhlásením recepcnej normy zavŕšený aj fakticky a bolo zrejmé, že nový štát si svoju vnútroštátnu aj medzinárodnoprávnu pozíciu udrží, tak dovtedy bol postulát implicitnej derogáčnej klauzuly len mýtom. Napokon v histórii objavíme mnoho právnych dokumentov aj ústavného charakteru, ktoré boli revolučnými vyhláseniami a neobsahovali explicitnú derogáčnú klauzulu,³⁰ no z dôvodu, že sa nestali platnými, nevznikla potreba postulovať existenciu implicitnej derogáčnej klauzuly. Vychádzal som pritom z toho, že odtrhnutie Československa od rozpadajúceho sa Rakúsko-Uhorska bolo spojené s tromi nezmeniteľnými faktami. Prvým bolo vyhlásenie recepcnej normy 28. októbra 1918 na Staromestskom námestí, druhým jej vyhlásenie bez explicitnej derogáčnej klauzuly a tretím faktické zavŕšenie odtrhnutia Československa od Rakúsko-Uhorska. Ak by sme ale na chvíľu zabudli na fakt, že ČSR si nakoniec svoju pozíciu v strednej Európe udržala a vydali by sme sa cestou myšlienkového experimentu na cestu, kde by nebolo potrebné vysvetľovať rozsah recepcie zákona č. 11/1918 Sb. z. a n., pretože revolúcia by nebola fakticky zavŕšená rovnako ako v roku 1848, tak by sme sa ocitli na mieste, kde zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. by bol len ďalším revolučným pokusom, ktorý sa nepodarilo zrealizovať. Tým by zároveň bola odstránená potreba postulovať existenciu implicitnej derogáčnej klauzuly, ktorá by vysvetľovala rozpor medzi faktom vzniku ČSR a generálnou recepciou pôvodných Rakúsko-Uhorských noriem.

Na základe uvedených skutočností som preto dospel k záveru, že recepcná norma v čase jej vyhlásenia nespĺňala všetky stanovené požiadavky kladené na pôvodnú normu (statické³¹ ale aj dynamické³² hľadisko), a to tak po normatívnej aj faktickej stránke, aby sme mohli tvrdiť, že na jej základe sa Československo na celom svojom neskôr uznanom území právne kreovalo 28. októbra 1918. Z tohto dôvodu ju v čase vyhlásenia samostatnosti Československa nemôžem charakterizovať a to ani cez optiku normatívnej teórie, ako pôvodnú normu respektíve jej prisúdiť postavenie normatívneho ohniska.³³ Myslím

²⁸ Bližšie pozri príklad Aalandských ostrovov, kde výbor právnikov poverený Spoločnosťou národov vydal stanovisko, že Fínska republika nemohla právne vzniknúť v deň keď vyhlásila samostatnosť (15. novembra 1917), ale až keď bola dostatočne silná na to, aby začala vykonávať správu prostredníctvom vlastných orgánov (máj 1918). Dostupné z: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland1.pdf>>, [cit. 2014-08-25]. Uvedenú argumentáciu môžeme nájsť aj u BROWNLIE, I. *Princípy medzinárodného verejného práva*. Eurokodex, 2013, s. 22.

²⁹ Pod zástupcami mám na mysli hlavne tzv. neúspešnú Skalickú vládu a Ministerstvo s plnou mocou pre správu Slovenska.

³⁰ Príkladom môže byť vyhlásenie slovenskej nezávislosti 1849, ale aj prijatie Stadionovej ústavy a následná detronizácia Habsburgovcov.

³¹ Všetky normy odvodzujú svoju platnosť od pôvodnej normy.

³² Normy nižšej právnej sily musia byť v súlade s normami vyššej právnej sily, pričom všetky normy právneho systému musia byť v súlade s pôvodnou normou. V prípade rozporu je pôvodná norma schopná derogovať od nej odvodené normy.

³³ WEYR, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, s. 126.

si, že z právnohistorického hľadiska došlo k odstráneniu neexistencie derogačnej klauzuly až ústavodarnou činnosťou dočasného Národného zhromaždenia, napriek tomu, že sudy začali neskôr hovoriť o implicitnej derogačnej klauzule obsiahnutej už v recepcnej norme. Všetkým požiadavkom, ktoré mala splňať pôvodná norma totiž vyhovovala až Ústavná listina Československej republiky – zákon č. 121/1920 Sb. z. a n. Uvodzovací zákon k Ústavnej listine explicitne rušil tie predpisy, ktoré boli v rozpore s Ústavnou listinou a republikánskym zriadením ČSR ako aj kategoricky všetky predošlé ústavné zákony aj keby ich ustanovenia neboli v priamom rozpore s Ústavnou listinou. Jej prijatie tak znamenalo naplnenie podmienok stanovených pre vznik „*normatívneho ohniska*“. Musíme preto konštatovať, že normatívna teória neposkytuje dostatočnú odpoveď na to, kedy právne vznikla Československá republika a jej organizačno-normatívny substrát, ani keď sledujeme čisto formálno-logickú líniu argumentácie.

Ďalším obdobným argumentom proti normatívnemu zdôvodneniu právneho vzniku prvej ČSR 28. októbra 1918 bol postoj S. Dnistrjanského. Z jeho sociologicky ladených úvah je zrejmé, že F. Weyrovi a normativistom vyčítal logickú nekonzistentnosť. *Podstata jeho argumentu spočívala v tom, že ak prijmeme stanovisko, že norma nemôže byť príčinou vo svete kauzálnom, tak ako je možné, že kauzálny svet môže byť príčinou vzniku noriem.* Je zrejmé, že recepcná norma bola ohniskom a základom materiálnej kontinuity československého právneho poriadku. Vo svojej podstate podľa S. Dnistrjanského preto nemohla byť iba revolučným aktom, ktorý by bol mimo práva samotného – tzv. mimoprávneho ohniskom. *Téza o oddelenosti normatívneho a kauzálného sveta je preto podľa neho neplatná, pretože pri analýze recepcnej normy nevyhnutne smeruje ku contradictio in adjecto, kedy z mimoprávneho ohniska rešpektíve nepráva vzniká právo.*³⁴

S. Dnistrjansky zastával názor, že právny vznik štátu nie je nikdy odtrhnutý od života spoločnosti – národa, a teda od jeho politického vzniku. Dôkazom je aj samotný vznik československého štátu. Napokon v znení recepcnej normy sa objavila formulácia, že „*československý štát vstúpil v život*“. A práve na prepojení práva a spoločnosti S. Dnistrjanský postavil svoj názor, že národná spoločnosť mala bezprostredný vplyv na vznik nového štátu v právnom zmysle. Na národnom území sa vytvorila národná vláda³⁵ a recepcná norma a jej revolučná proklamácia, preto nebola a ani nemohla byť mimoprávnym ale právnym ohniskom vzniku československého štátu.³⁶ Dôvodmi boli:

- 1) recepcná norma bola vyjadrením vôle československého národa vytvoriť vlastný štát;
- 2) vyhlásením recepcnej normy došlo podľa Dnistrjanského k faktickému prevzatiu moci od pôvodných orgánov a ich následnému podriadeniu pod nový vrcholný reprezentatívny orgán – Národný výbor.³⁷

³⁴ DNISTRJANSKY, S. Právni vznik československého štátu. *Právník*. 1929, roč. LXVIII, s. 359–360.

³⁵ *Ibidem*, s. 364.

³⁶ Obdobný názor nájdeme aj u F. Roučka: „*veškerá ustanovení právní v Československé republice platí jen z autority této revoluční proklamace, necht' jde o právní normy, které byly vydány po oné proklamaci... tedy i změněný zákon č. 11, či již před onou proklamací... Tudíž i právní normy, které tato proklamace zde převzala z Rakouska nebo z Uher, platí jen z autority této proklamace.*“ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi*. Svazek I. Praha: Eurolex Bohemia, 2000, s. 28.

³⁷ B. Klineberger v tejto súvislosti uvádza, že po rozpade Rakúsko-Uhorska boli národné územia vyhlásené za územia štátne a zvrchovaná moc prešla na každom tomto území do rúk národnej individuality. KLINBERGER, B. *Stát jako subjekt práv*. *Právník*. 1919, roč. LVIII, s. 146.

Hoci je Dnistrijanského prístup podľa môjho názoru správny, pretože od seba neoddeľuje právnú a sociálnu skutočnosť, sú jeho závery o faktickom prevzatí moci, pokiaľ ide o územie Slovenska, nesprávne. Historickou realitou je, že *Národný výbor neprevzal moc, a tým ani efektívnu správu nad celým územím Československa v jeden a ten istý okamih*. Existuje síce všeobecná zhoda o tom, že na území dnešnej Českej republiky (okrem niektorých oblastí severných Čiech)³⁸ síce došlo vyhlásením samostatnosti takmer k okamžitému prevzatiu moci od rakúskych úradov, ale na území Slovenska to tak jednoznačné nebolo. Prevzatie moci od uhorských orgánov bolo na našom území zavŕšené až v polovici roku 1919. Okamih faktickej okupácie, s ktorým je spojený efektívny výkon štátnej moci, bol preto na Slovensku oproti českým krajinám výrazne časovo posunutý. S uvedeným problémom sa snažil počas existencie prvej ČSR vyrovnáť až Najvyšší správny súd Československej republiky.

2. DRUHÝ POHĽAD: ČSR NEVZNIKLA 28. OKTÓBRA 1918³⁹

2.1 Argument sociologický

V rámci záveru predchádzajúcej časti tohto článku som naznačil, že ak považujeme za správnu tézu, že sociálna skutočnosť nie je oddelená od tej právnej a že medzi nimi existuje vzájomné prepojenie a interakcia,⁴⁰ tak potom sa javí téza o vzniku prvej ČSR 28. októbra 1918 problematickou.

Viedli ma k tomu tri základné dôvody:

- 1) Recepčia práva, ktorá bola obsiahnutá v čl. 2 zákona č. 11/1918 bola sprevádzaná recepciou správy, ktorú upravoval čl. 3. Ide o dve strany tej istej mince, pretože recepciu práva nie je možné oddeliť od recepcie správy, rovnako ako nie je možné pri revolučnom vzniku štátu oddeliť materiálnu kontinuitu a formálnu diskontinuitu. Myslím si však, že kým účelom recepcie práva podľa recepčnej normy bolo predovšetkým prevzatie obsahu noriem z právneho poriadku rozpadajúceho sa Rakúsko-Uhorska do vznikajúceho právneho poriadku Československa, tak účelom recepcie správy bolo predovšetkým zabezpečiť, aby sa verejné osoby, ktoré pôsobili ako vykonávatelia prevzatých noriem, podriadili novému štátu, ktorého reprezentoval Národný výbor.
- 2) Podľa môjho názoru ak právo nie je oddelené od skutočnosti (právo je spoločenský fakt), tak potom sa Československo nemohlo *de iure* kreovať skôr než na našom území vznikla správa, ktorá začala prostredníctvom verejných osôb aplikovať právo Československa a prestala aplikovať právo Rakúsko-Uhorska.

³⁸ KLIMKO, J. *Vývoj územia Slovenska a utváranie jeho hraníc*. Bratislava: Obzor, 1980, s. 91; LACO, K. *Ústava predmníchovskej ČSR a ústava ČSSR*. Bratislava: Pravda, 1966, s. 141.

³⁹ Niektorí autori zastávajú názor, že vznik ČSR je potrebné hodnotiť aj z pohľadu Martinskej deklarácie. Pozri k tomu MOSNÝ, P. – LACLAVÍKOVÁ, M.: *Dejiny štátu a práva na území Slovenska (1848–1948)* Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2014, s. 47–48. Považujú ju totiž za originárny dokument vzniku československej štátnosti. Na druhej strane však existujú autori, ktorí pri porovnávaní postavenia Národného výboru a SNR prichádzajú k záveru, že SNR nemala ani objektívne ani subjektívne predpoklady na to, aby sa stala slovenskou obdobou Národného výboru. Pozri bližšie HRONSKÝ, M.: *Slovensko na rázcestí*. Košice, 1976, s. 87–96. Jej ohlasy a deklarácie preto nemohli mať zo štátoprávneho hľadiska rovnakú váhu tie, ktoré vydal Národný výbor.

⁴⁰ Inak povedané, ak považujeme právo za spoločenský fakt.

- 3) Myslím si, že by bolo v rozpore s právnou istotou, ak by sme požadovali, aby adresáti práv a povinností rešpektovali normy štátu, ktorý nevykonáva na danom území efektívnu moc a nerešpektovali normy štátu, ktorý naopak na danom území vykonáva efektívnu moc. Požiadavka na poslušnosť voči normám československého štátu, ktorý nevykonával na slovenskom území moc hneď od jeho vyhlásenia je preto nelogická.

Napriek uvedeným dôvodom a aj skutočnosti, že osobne sa skôr prikláňam k tomu, že ČSR nemohla na Slovensku vzniknúť hneď 28. októbra 1918, nie je otázka právneho vzniku ČSR na území Slovenska taká jednoznačná. Zložitosť riešenia problému právneho vzniku Československa dokazuje aj nejednotná judikatúra, tak najvyšších súdnych inšancií navzájom,⁴¹ ako aj samotného Najvyššieho správneho súdu. Ten vychádzajúc z textu recepčnej normy, najprv vo svojom rozhodnutí zo dňa 16. októbra 1919 pokladal za formálne založenie exekutívnej a zákonodarnej právomoci Národného výboru, faktické prevzatie moci – deň štátneho prevratu 28. októbra 1918,⁴² ale neskôr sa priklonil v rozhodnutí zo dňa 24. marca 1921 k záveru, že „*státní moc ČSR síce vznikla, pokud jde o bývalé království České, markrabství Moravské a vévodství Slezské v jejich historických hranicích, rozpadnutím bývalé monarchie rakousko-uherské, tedy fakticky již státním převratem ze dne 28. října 1918, pokud jde však o Slovensko, území do té doby cizímu státu náleževší, teprve postupem faktické okupace jednotlivých žup. Okupaci té které župy sluší bráti za provedenou, když ústřední správa byla v župě zřízena, to jest, když župan nastoupil svůj úřad.*“⁴³ Najvyšší správny súd síce rozlišoval medzi formálnym a faktickým založením štátnej moci, no z uvedeného rozhodnutia vyplýva, že pri vzniku štátu nie je možné oddeliť *faktickú* – *materiálnu* a *formálno-právnu* stránku *právneho vzniku štátu*. Z toho vyplýva, že *Najvyšší správny súd zastával názor, že pre vznik štátu de iure sa vyžaduje, aby bol schopný efektívneho výkonu vlastnej štátnej moci*. V rámci svojich rozhodnutí sa preto pridržal úvahy, ktorá síce akceptovala za právny vznik štátu 28. október 1918, ale iba za podmienky, že na danom území došlo k faktickému prevzatiu moci a okupácii spojenej s ustanovením správy. Podľa názoru Najvyššieho správneho súdu až splnenie oboch uvedených podmienok, a síce vyhlásenie samostatnosti – formálno-právna podmienka právneho vzniku štátu a faktické prevzatie moci – materiálno-právna podmienka právneho vzniku štátu, viedlo na konkrétnom území *de iure* k založeniu existencie suverénneho československého štátu a v našom prípade aj k vzniku československej správy aplikujúcej normy československého štátu.

⁴¹ Pozri k tomu LACLAVÍKOVÁ, M. *Pramene súkromného práva platného na území Slovenska, ich postavenie, význam a uplatnenie s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Najvyššieho súdu československej republiky (1918–1938)*. Dizertačná práca. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2006, s. 55–59.

⁴² Nález Najvyššieho správneho súdu Československej republiky zo dňa 16. októbra 1919, č. 114, BOHUSLAV, J. V. *Sbírka nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech finančních. Nálezzy z roku 1919 (čís. 1–134)*. Svazek I. Praha: Právnické vydavatelství, 1920, s. 199.

⁴³ BOHUSLAV, J. *Sbírka nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech finančních. Nálezzy z roku 1921 (čís. 397–682)*. Svazek III. Praha: Právnické vydavatelství, 1923, s. 130. Ide o potvrdenie jeho zásadného uznesenia zo dňa 14. apríla 1919, v ktorom sa vyslovil, že „1. *zákony Československé republiky platí v okupovaném území teprve od té doby, kdy okupace byla provedena. 2. Dobou provedení okupace je doba kdy ústřední správa byla tam etablována, t. j. kdy župan byl jmenován a nastoupil svůj úřad.*“ BOHUSLAV, J. *Sbírka nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních. Nálezzy z roku 1918–1919 (čís. 1–289)*. Svazek I. Praha: Právnické vydavatelství, 1920, s. 558.

Judikatúra Najvyššieho správneho súdu sa snažila vysvetliť fakt, že územie Slovenska, ktoré bolo neskôr medzinárodne uznaným územím ČSR, nebolo ihneď od vyhlásenia recepčnej normy priamo podriadené Národnému výboru.⁴⁴ Je faktom, že proces jeho začleňovania do československého štátu nebol okamžitý, ale mal pozvoľný priebeh. Pričom efektívny výkon československej štátnej moci môžeme na niektorých územiach Slovenska preto zaznamenať až v prvej polovici roku 1919.⁴⁵

ZÁVER

Z vyššie uvedených dôvodov sa prikláňam skôr k právnemu názoru a záveru Najvyššieho správneho súdu, ktorý má v súvislosti s právnym vznikom Československa na celom jeho neskôr uznanom území svoje opodstatnenie. Jeho tvrdenia však majú závažné právno-teoretické dôsledky:

1) Ak sa na svet pozeráme očami normativistov, tak pri ich formálno-logickom pohľade na štát a právo dôjdeme k záveru, že na Slovensku síce *platil* od vyhlásenia recepčnej normy 28. októbra 1918 do faktického prevzatia moci československom na Slovensku právny poriadok Československej republiky, no *uplatňoval* sa uhorský právny poriadok a orgány verejnej správy rozhodovali podľa toho, komu boli na konkrétnom mieste a čase fakticky podriadené. Ich základná téza počíta totiž s tým, že stanovenie nového normatívneho ohniska (recepčná norma) je v rámci formálno-právnej diskontinuite (vznik nového štátu) jedinou podmienkou, podľa ktorej určujeme okamih právneho vzniku štátu. Z toho potom vyplýva, že okamihom právneho vzniku ČSR bol deň vyhlásenia novej ohniskovej normy československého právneho poriadku neskôr prijatej ako zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. Normativisti tak svoju argumentáciu právneho vzniku ČSR postavili na predpoklade, že samotný inštitút recepcie (prevzatie obsahu právnych noriem) sa neviaže na akt faktickej okupácie územia štátom, ale na okamih, ktorý je vymedzený právom. Uvedená krajne idealistická téza neberie do úvahy a preto ani nie je schopná vysvetliť vlastné dôsledky, že na našom území musel platiť československý právny poriadok, no v skutočnosti sa aplikoval uhorský právny poriadok. Pričom rozhodným kritériom pre posudzovanie účinných noriem, podľa ktorých orgány verejnej správy konali, bola iba miera efektivity štátnej moci toho ktorého štátu na konkrétnej časti územia Slovenska. Vysvetlenie, ktoré ponúka právna fikcia právneho vzniku Československa 28. októbra 1918,

⁴⁴ Dohodové mocnosti dokonca zvažovali, že územie Slovenska vôbec nebude pripojené k českým krajinám. LACO, K. *Ústava predmníchovskej ČSR a ústava ČSSR*. Bratislava: Pravda, 1966, s. 133.

⁴⁵ Napríklad v Tekovskej župe od 31. decembra 1918, Ohlas. 1/1919. *Úradné noviny župy Tekovskej*. 1919, č. 1, v Prešporskej župe až od februára 1919, STRELKA, J. *Úradné noviny župy bratislavskej*. Bratislava, 1919, č. 6–8, Abauj-Turnianskej župe až od 12. marca 1919, nariadenie Ministerstva s plnou mocou pre správu Slovenska č. 1793 a 1794, *Úradné noviny Abauj-Turnianskej župy a mesta Košíc*. 1919, č. 1 a Komárňanskej župe až od mája 1919, *Úradné noviny komárňanskej župy a mesta Komárna*. 1919, č. 16, s. 89–91, hoci minister s plnou mocou jednotlivých županov (okrem župy Abauj-Turnianskej) vymenoval už 11. decembra 1918. *Úradné noviny Ministerstva s plnou mocou pre správu Slovenska*. Roč. 1, č. 1, s. 3. Do úradu v uvedených župách však županí nastúpili až neskôr nie ihneď po vymenovaní. Nepriamym dôkazom nástupu župana, ktorý bol podriadený Ministerstvu s plnou mocou pre správu Slovenska je, že s nástupom do úradu sa v úradných novinách vydávaných aj v maďarčine prestáva používať maďarský ekvivalent slova hlavný župan (*főispán*) a podžupan (*alispán*), ale začína sa používať slovo župan (*zsúpán*) Pozri *Úradné noviny župy Tekovskej*. 1919, č. 1 a 4, STRELKA, J. *Úradné noviny župy bratislavskej*. Bratislava, 1919, č. 6–8, *Úradné noviny komárňanskej župy a mesta Komárna*. 1919, č. 15–16, *Úradné noviny Abauj-Turnianskej župy a mesta Košíc*. 1919, č. 1.

je preto pre právnikov bizarné. Musí totiž prijať záver, že na našom území v čase od vyhlásenia recepcnej normy do faktického prevzatia moci československými orgánmi boli normy jedného štátu účinné a efektívne aplikované a normy druhého štátu boli zase platné.

Ešte bizarnejšou sa však stáva argumentácia normativistov až vtedy, keď si v spojitosti s uvedenou dilemou položíme otázku či na Slovensku vznikla verejná správa spolu s vyhlásením recepcnej normy, alebo až jej faktickým podriadením pod vrcholný reprezentatívny orgán?⁴⁶ Je totiž všeobecne prijímané, že československá verejná správa na našom území vznikla spolu s Československom. Avšak podobne ako neskôr Benešovo Dočasné štátne zriadenie v období druhej svetovej vojny, nemohla na celom svojom území vykonávať správu. Tento argument je využiteľný na vysvetlenie určitého typu faktov, napríklad, že v úradných novinách Komárňanskej župy sa objavovali ešte v januári 1919 nariadenia vydané maďarským ministrom vnútra?⁴⁷ Týmto spôsobom sa však zastiera základný problém. Je totiž otázne či verejná správa môže existovať ak jej orgány správu vôbec nevykonávajú, hoci formálno-právne niekde existujú. Argumentácia Najvyššieho správneho súdu preto odhaľuje nedostatky formálno-logického vysvetlenia vzniku prvej ČSR, ktorý nie je možné spájať na území Slovenska výlučne s 28. októbrom 1918. Argumentácia prevažne normativistickej školy sa tak javí ako nedostatočná a odtrhnutá od reality a sociálneho života, ak ju použijeme na vysvetlenie diania na území Slovenska v období od vyhlásenia samostatnosti Československa do faktického prevzatia moci na celom jeho neskôr uznanom území.⁴⁸

2) Pri sociologickom prístupe (argumentácia Najvyššieho správneho súdu) je v súvislosti s právnym vznikom štátu dôležité, či je recepcia práva na konkrétnom území spojená s podriadením verejnej správy pod vrcholné štátne orgány vznikajúceho štátu. Podľa záverov súčasnej právnej vedy totiž platnosť akejkoľvek právnej normy závislá aj od správania sa verejných osôb aplikujúcich právo.⁴⁹ Z hľadiska zavŕšenia formálnej diskontinuity a odtrhnutia vznikajúceho štátu od zanikajúceho na konkrétnom území je preto potrebné, aby verejné osoby uznávali právne normy upravujúce ich konanie novovzniknutého štátu. Pre platnosť československého práva na území Slovenska z uvedeného vyplýva, že začalo platiť až od faktického prevzatia moci československým štátnym aparátom, a teda až keď župan nastúpil na svoj úrad. Inštitút recepcie je tak nielen že na našom území odtrhnutý od právneho vzniku štátu, ale podmienkou platnosti československého práva na konkrétnom území Slovenska prestáva byť výlučne vyhlásenie recepcného zákona. *Prípad vzniku Československa na území Slovenska je tak názorným príkladom, kedy je inštitút recepcie podmienený tak faktickým prevzatím moci ako aj stanovením nového normatívneho ohniska. Okamih právneho vzniku Československa na území Slovenska preto závisel od naplnenia dvoch podmienok, a to od vyhlásenia recepcnej normy, ktorá sa stala novým normatívnym ohniskom československého právneho*

⁴⁶ Podľa zástancov súčasného pozitivizmu sa pre platnosť právnej normy vyžaduje, aby spĺňali základné kritéria platnosti určené právnym systémom a zároveň, aby verejní činitelia uznávali, respektive boli poslušní normám upravujúcim ich konanie. HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 122. Postoj normativistov je síce v súčasnosti prekonaný, no napriek tomu sa v právnej vede udržal názor, že prvá ČSR na našom území vznikla 28. októbra 1918.

⁴⁷ *Úradné noviny komárňanskej župy a mesta Komárna*. 1919, č. 1.

⁴⁸ Pozri k tomu bližšie LACO, K. *Ústava predmníchovskej ČSR a ústava ČSSR*. Bratislava: Pravda, 1966, s. 150–155.

⁴⁹ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 122.

poriadku a zároveň aj od faktického prevzatia moci československou verejnou správou, a teda nastúpením župana na svoj úrad.

Je pochopiteľné, že obidva smery uvažovania vychádzajú z odlišnej predstavy o tom, čo je právny vznik štátu, pretože majú odlišné predstavy o tom, čo je podmienkou platnosti právnej normy. Platnosť je totiž v právnom jazyku vyjadrením existencie a „skutočného jestvovania“ právnej normy. Vymedzenie platnosti právnej normy preto prináša čiastočné vyriešenie problému kedy štát vzniká z právneho hľadiska. Formálno-logický prístup považuje za platnú právnu normu tú, ktorá svoju platnosť odvodzuje od normatívneho ohniska, resp. spĺňa znaky, určené rekogničnou normou.⁵⁰ Sociologický prístup považuje za dôležitý znak platnosti právnych noriem (vrátane tých stanovených rekogničnou normou) aj to, či je právna norma v spoločnosti dodržiavaná alebo nie, resp. minimálne požaduje existenciu predpokladu logickej možnosti jej dodržiavania. Na území Slovenska až do prevedenia faktickej okupácie Československou republikou vykonával efektívne štátnu moc uhorský štát. Aký záver potom dostanem ak, vychádzam z toho, že štát a právo nie je možné odtrhnúť od skutočného života a že štát nemôže prostredníctvom práva zaviazat' seba alebo ostatných adresátov právnych noriem k nemožnému plneniu. V súvislosti so vznikom ČSR a jej zvrchovanosťou na území Slovenska preto vyvstáva otázka či, nebolo nemožným také plnenie, ktoré požadovalo, aby sa adresáti práv podriadili príkazom štátu, ktorý na skúmanom území nevykonával svoju jurisdikciu (ČSR) a naopak sa nepodriadili štátu, ktorý jurisdikciu na danom území vykonával (Uhorsko). V tejto polemike je jednoznačná iba skutočnosť, že na území Slovenska od vyhlásenia recepcnej normy do faktickej okupácie vykonával efektívne štátnu moc uhorský štát, čo podľa nás logicky vylučuje, aby na našom území efektívne vykonávala štátnu moc Československá republika. Zároveň uvedený fakt robí logicky nemožným, aby sa na našom území dodržiavalo právo československé, keď štátnu moc vykonával uhorský štát.

Dilema, ktorú som uvedenými úvahami otvoril, ma privádza k záveru, že teoreticky nie je možné, resp. je to viac než problematické, presne právne stanoviť a vymedziť okamih recepcie rakúsko – uhorského právneho poriadku do československého na celom jeho neskôr uznanom území, a to nielen priestorovo ale aj časovo. Faktom je, že podľa názoru jednej z najvyšších súdnych inšancií bol okamih recepcie na území Slovenska spojený s faktickým podriadením jednotlivých orgánov pod Národný výbor, resp. jeho splnomocnených zástupcov. Uvedený okamih považoval Najvyšší správny súd vo svojich nálezochoch za právny vznik československého štátu na danom konkrétnom území.⁵¹ V konečnom dôsledku však jeho argumentácia vedie k tomu, aby sme v revolučných časoch prestali rozlišovať medzi okamihom skutočného (historického) a právneho vzniku štátu, pretože právny vznik ČSR na území Slovenska bol podmienený tak faktickým prevzatím moci ako aj na formálno-právnym vyhlásením samostatnosti na Staromestskom námestí. Právny vznik ČSR sa preto, ak berieme do úvahy celé jeho neskôr priznané územie, nespája s okamihom, ale je skôr potrebné vnímať ho ako proces.

⁵⁰ K výkladu rekogničnej normy pozri bližšie PRUSÁK, J. *Teória práva*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995, s. 209.

⁵¹ Rozhodnutie č. 4253, zo dňa 20. decembra 1924, BOHUSLAV, J. *Sbírka nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních. Nálezy z roku 1924 (čís. 3047–4288)*. Svazek VI., část II. Praha: Právnické vydavatelství, 1925, s. 2344.

RECENZE

Smejkal Vladimír. Kybernetická kriminalita. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, 636 s.

Loňského roku spatřila světlo světa mimořádně zdařilá rozsáhlá publikace o kybernetické kriminalitě. Autorem je *Vladimír Smejkal*, známý odborník v této oblasti a soudní znalec. Třeba říci, že obsáhlá kniha (636 stran) představuje literární završení dosavadních autorových odborných prací počínaje koncem 80. let. Kniha se tak stává zásadní literaturou, která by neměla chybět nikomu, kdo se zabývá trestním právem, ale i kriminalistickými technikami, forenzními disciplínami apod. Zejména mám na mysli orgány činné v trestním řízení, ale i advokáty, znalce apod. Autor patří mezi průkopníky oboru počítačového práva u nás. Dnes ale věcně správně již nehovoří o „počítačovém právu“ či o „počítačové kriminalitě“, nýbrž o „kriminalitě kybernetické“, chápané v širokém pojetí kyberprostoru, zejména sítí elektronických komunikací. Změna názvu tak vystihuje i poslední věcný vývoj a jeho směřování. Srovnej například různé společenské sítě, elektronickou poštu apod., kde i sám pojem a význam počítače je tak trochu upozaděn (a zejména chápán velmi široce, vícefunkčně, včetně tzv. chytrých mobilních telefonů, tabletů apod.). Recenzovanou knihu můžeme řadit do poměrně širokého rámce prakticky uchopeného víceodvětvového oboru práva informačních a komunikačních technologií, pokud o jeho veřejnoprávní část a mimoprávní přesahy technické.

Po stránce obsahové kniha zahrnuje veškeré možné oblasti i témata, která se týkají kybernetické kriminality nebo širšího pojetí kyberprostoru samého. V úvodu jsou podrobně vysvětleny základní pojmy včetně různých definic, začasto ryze technických. Druhá kapitola je již věnována kriminalitě v prostředí informačních systémů a na internetu včetně jejích různých podob. Dozvíme se tak o kyberterorismu, kybernetickém bezpečí včetně poměrně nové české zákonné a podzákonné úpravy. Velmi podrobně jsou komentovány jednotlivé skutkové podstaty trestního zákoníku, které se týkají zvoleného tématu práce. Uváděny jsou přehledy judikatury včetně obsáhlých citací právních vět nebo částí celých rozhodnutí, což poskytuje čtenáři i jistý druh komfortu (skutečný odborný servis po ruce). Další kapitola je zaměřena na odhalování a vyšetřování kybernetické kriminality. Zabývá se například kriminalistickou expertízou, jednotlivými důkazy a dokazováním vůbec. Dovíme se mnohé i z kriminalistické historie daného oboru, která je přitom mladá. Do této kapitoly patří i relativně samostatná část o znalcích v režimu zákona o znalcích a tlumočnících. Zde musím, na okraj recenze, kriticky poukázat na znalecké postavení Kriminalistického ústavu, který spadá pod Policii České republiky, což není vhodné z hlediska možných pochyb o znalecké nezávislosti na policejních orgánech činných v trestním řízení. Kriminalistickému ústavu by slušela právní samostatnost, tzn. alespoň formální (ale i materiální) odloučení od policejních orgánů, služebních postupů apod. Různé právní formy právnických osob by se k tomu nabízely. Jedná se ovšem o politické (i finanční) rozhodnutí, které je v rukou Ministerstva vnitra. Nemalou část knihy zahrnuje prognóza dalšího vývoje kybernetické kriminality, která se týká i elektronických peněz a jiné „měny“. Autor se zabývá i právní povahou bitcoinů, které nesplňují veřejnoprávní měnová ani peněžní kritéria. Otázkou zůstává, zda a nakolik bychom vůbec mohli hovořit o pohledávkách na peněžní plnění. Bez ohledu na hospodářský význam. Jedná se „jen“ o hru (§ 2881 o. z.)? Některé podobné otázky by si ještě vyžádaly podrobnější právní, zejména soukromoprávní, rozbor, zvláště z pohledu herního práva.

Výklad autora je koncipován ve stylu historie, současnost a budoucnost kybernetické kriminality. Veden je od obecného (definice) ke zvláštnímu (zevrubný popis jednotlivých skutkových podstat včetně forem a způsobů páchaní trestných činů, které představují naplnění skutkových podstat kybernetické kriminality, nebo se vyskytují v souběhu s nimi.) Autor se ale neomezuje pouze na jednání, které je podřaditelné pod „kyberparagrafy“, ale systematicky probírá všechna ustanovení zvláštní části trestního zákoníku, která komentuje z hlediska jejich možného vztahu k moderním informačním technologiím. Nalezneme zde skutky, které bychom zřejmě předpokládali (neoprávněné nakládání s osobními údaji, šíření a držení pornografie nebo porušování autorských práv). Daleko zajímavější je ale výklad toho, jak se skutkově i právně promítají informační a komunikační technologie do poškození a ohrožení provozu obecně prospěšného zařízení či cizí věci obecně, jaká může být trestná činnost spojená se získáváním a šířením informací nebo další trestné činy související s počítači; např. neoprávněné opatření, padělání a pozměnění platebního prostředku nebo vývoz zboží a technologií dvojího užití. Nejvíce je zřejmě třeba ocenit pozornost, kterou autor věnoval dnes nejpálčivější a nejaktuálnější problematice – kyberterorismu a asymetrickým hrozbám.

Každá podkapitola rozebírající jednotlivé skutkové podstaty je doplněna obsáhlou citací aktuální judikatury; zde autor neuvádí pouze právní větu, ale tam, kde to je účelné, zahrnul do textu i podstatné části odůvodnění soudního rozhodnutí. Judikaturu také opatřil vlastními poznámkami, které zaujímají stanovisko k průběhu věci anebo k vlastnímu rozhodnutí.

Neméně významná je další část knihy, která se zabývá metodologií odhalování a vyšetřování kybernetické kriminality. Autor vychází z vlastních rozsáhlých zkušeností, neboť se podílel na vyšetřování mnoha případů kybernetické kriminality. Jeho typologie pachatelů kybernetické kriminality a jejich motivace je proto podložena empirickými poznatky. Významná kapitola v této části je věnována problematice kriminalistické expertizy v oblasti kybernetické kriminality. Popsány jsou zde jednotlivé fáze trestního řízení a jejich specifika v souvislosti s kybernetickou kriminalitou, jakož i zvláštní charakter důkazů a dokazování v prostředí informačních technologií.

Od současnosti se ve čtvrté části knihy, nazvané *Prognóza dalšího vývoje kybernetické kriminality*, čtenář přesune do budoucnosti, kterou autor nevidí jako příliš vzdálenou a na podporu svých tvrzení uvádí skutečné případy, které se již odehrály. Nejedná se ale, jako konečně nikde v tomto díle, o „sběr zajímavostí z internetu“, ale opět o systematicky koncipovaný výklad. Začíná úvahou o možnostech postihu útoků typu DoS/DDoS, s nimiž se potýkal náš stát před rokem, v rámci českého trestního zákoníku. Ještě zajímavější je následující část, zabývající se pojmy jako virtuální svět a virtuální kriminalita. Autor zde rozebírá různé aspekty virtuality, jako jsou virtuální vlastnictví a virtuální majetek a jejich interakce se světem reálným. Virtuální svět definuje jako „*počítačově implementovaná simulovaná prostředí, která se nacházejí v prostředí kyberprostoru*“. Dále dochází k závěru, že objekty ve virtuálním světě jsou produkty, které se za určitých okolností mohou stát zbožím, majícím svoji tržní a směnnou hodnotu (cenu), což dokládá řadou příkladů. Nelze se proto divit, jestliže se v návaznosti na virtuální majetek v další části přesuneme k virtuálním měnám, což není pouze známý *bitcoin*. Profesor *Smejkal* definuje peníze veřejné a soukromé, upozorňuje na to, že dnešní veřejné (státní) peníze „*existují na základě rozhodnutí státu (právních předpisů) a žádný stát ani centrální banka dnes nebude peníze vyměňovat za zlato ani za žádné jiné aktivum, a to přes různá oficiální tvrzení, mnohdy surrealistického charakteru*“. Od toho logicky dochází k závěrům, že mohou existovat soukromé peníze a peníze virtuální. Protože kniha je zaměřena především na trestnou činnost, autor neopomíná upozornit na to, s čím se již dnes stále více setkáváme, tj. že tzv. kryptoměny mohou být užívány pro podporu a páchaní trestné

činnosti, zejména pak praní špinavých peněz, daňové úniky včetně sázek online, financování terorismu, nákupy nelegálního zboží apod. Závěr této části je věnován novým technologickým jevům, které budou mít podle autora nepochybný vliv na zvýšení rizika v kyberprostoru a vytvoří další živnou půdu pro kybernetický zločin. Jsou to dnes tak populární cloudy, internet věcí anebo útoky na technologické řídicí systémy (od elektráren a pecí až po řízení letového provozu). Autor zdůrazňuje, že čím více věcí bude připojeno (stane se součástí kyberprostoru), s tím větším nebezpečím zneužití musíme počítat.

V poslední kapitole najdeme i další témata, která nějakým způsobem s kybernetickým zločinem a kybernetickou bezpečností souvisí. Jsou to odpovědnost za škodu způsobenou provozem nezabezpečeného informačního systému, střet mezi anonymitou a ochranou soukromí v prostředí zejména internetu, včetně stále sílících pokusů různých států, označovaných jako demokratické, nejen sledovat veškerou komunikaci občanů jako takovou, ale i dalších kroků, jako je např. povinnost poskytnout hesla či šifrovací klíče. Autor recenzované práce toto chápe jako porušení zákazu sebeobviňování, respektive zákazu donucování k poskytnutí důkazů proti sobě samému.

Recenzovaná publikace do značné míry představuje až téměř encyklopedický souhrn všeho podstatného, co se jejího záběru týká. Můžeme ji používat i jako dílčí komentář k vybraným částem trestního zákoníku, které věcně souvisí nebo v praxi mohou alespoň potenciálně souviset s kybernetickou kriminalitou. Zároveň autor dílem proniká i do jiných právních oblastí, jako je zejména autorské právo nebo právní ochrana před nekalou soutěží na trhu. Užitečné jsou kupříkladu mnohé srovnávací tabulky, byť v nich autor nemusí přinášet nic nového. Důležité je již samo shrnutí kupříkladu různých definic a jejich vzájemné porovnání, a to i s ohledem na jejich možnou využitelnost v právní praxi (nebo naopak nevyužitelnost).

Na přínosu recenzované knihy nic nemění, že některé dílčí otázky mohou vést k odborným diskuzím. Tak kupříkladu diskuzní může být již sama otázka soukromoprávní povahy internetu neboli sítě elektronických komunikací. Autor dospívá k závěru, že se nejedná o věc v právním slova smyslu, a to ani v podobě veřejného statku určeného k obecnému užívání kýmkoli. Diskuzní může být, zda takováto síť sama o sobě (odmyslíme-li si k ní připojené koncové přístroje, obslužné počítače apod.) je či není ovladatelná. Na rozdíl od autora se domnívám, že síť jako taková (zasítěnost) je „něčím“ ovladatelným, ať již signál proniká po kabelu (po drátě), anebo bezdrátově. Vlastnost ovladatelnosti se mi zde technicky jeví jako dokonce příznačná. Jiným znakem by mohlo být, zda se jedná o „přírodní“ sílu. V široce chápaném slova smyslu by sem spadaly veškeré ovladatelné energie včetně různých vln (vlnění). Srovnej též televizní a rozhlasový signál jako takový a kmitočety. Úvaha o tom, že by se v takovém případě mohlo jednat o věc nehmotnou ve smyslu občanského zákoníku, by proto nemusela být zcela od věci. Jinou otázkou by bylo, zda se jedná o veřejný statek určený k obecnému užívání kýmkoli, anebo nikoli, a to za stavu, kdy zde je poskytovatel signálu a jeho příjemce jakožto konkrétní osoby (strany závazku). Otázkou ale je, nakolik je tato záležitost vůbec právně významná. Zda se nejedná jen o „akademické“ dělení, kterého ovšem není prost ani sám občanský zákoník, jenž k něčemu takovému dokonce přímo navádí. Jiný předměťový úhel právního pohledu na internet je naopak závazkový. Takovýto pohled více méně rezignuje na rozdělení věcí z hlediska absolutních majetkových práv (systémově řešené různými atypy) a naopak zdůrazňuje předmět plnění, tedy sám signál jako předmět jeho dodávání. Předmět plnění (signál) tak může být například i vadný. Posledně zmíněný pohled přináší i bezprostřední právní význam z hlediska řádného a včasného (anebo naopak vadného) plnění závazku založeného smlouvou. Při různých diskuzích ohledně nového občanského zákoníku a jeho roztržidění věcí v právním smyslu spíše převážil, poněkud pragmaticky, právě pokud jde o internet, tento poslední právní náhled.

Kromě ryze právních témat se dočteme mnohé z mimoprávních oborů. Právě zde leží největší přínos recenzované publikace, totiž její obsahové prolnutí mezi právem a technikou. Málokterému autorovi a málokdy se něco takového podaří. Srovnej např. výhody a nevýhody *cloud computingu* (strana 56 a násl.). Poznatky tohoto druhu mohou mít bezprostřední vliv i na uzavření určité smlouvy, či nikoli.

Recenzovaná kniha je obsáhlým kompendiem, syntézou právních, kriminalistických a technologických aspektů nelegálních aktivit v kybernetickém prostoru. Jedná se o dílo na vysoké odborné úrovni, které by se mělo stát základním zdrojem informací z této oblasti pro právníky a bezpečnostní manažery.

Závěrem mi nezbyvá nežli konstatovat, že recenzovaná publikace nejen shrnuje dosavadní stav poznání na pomezí mezi právem a technickou, ale zároveň jej rozhojňuje. Současně též provokuje k dalším odborným diskuzím. Již proto si zaslouží pozornost.

Ivo Telec*

* Prof. JUDr. Ivo Telec, CSc., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: ivo.telec@upol.cz.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva z konference *8th worldwide Global Alliance for Justice Education Conference* a *13th International Journal of Clinical Legal Education Conference „Justice Education for a Just Society“*

Před organizátory konference věnované právnímu a zejména klinickému právnímu vzdělávání, která se konala v tureckém Eskişehiru (městě přibližně 350 km východně od Istanbulu) ve dnech 22.–25. července 2015, stála nemalá výzva: vytvořit otevřenou, multikulturní či dokonce přátelskou atmosféru i v čase, kdy byla nejen tamní média plná zpráv o teroristickém útoku na východu země a odvetných náletech, které Turecko začalo organizovat na pozice Islámského státu. Zpravidla úvodní projev děkana hostitelské univerzity nezmiňuje počty osob, které v jeho zemi před pár dny zemřely. Tím spíš, že v hostitelském městě leží rozsáhlá letecká základna, takže běžně nad městem přelétají stíhačky, na což lecjaký konferenční návštěvník není zvyklý (na rozdíl od místních, kteří při průletu letounů již ani nezvednou hlavu). Nutno říci, že organizátoři uspěli. Bez rozsáhlých bezpečnostních opatření (a pokud, tak dobře skrytých), s entusiasmem a třícítkou místních studentů – dobrovolníků pomohli vytvořit standardně výbornou atmosféru, kterou tyto konference mívají.

V pořadí osmá konference pod záštitou GAJE (*Global Alliance for Justice Education*), organizace sdružující ty, kteří mají zájem zlepšovat právní vzdělávání zejména pomocí právních klinik, se konala v nádherném kampusu *Anadolu University*. Zároveň se jednalo o třináctou konferenci *International Journal of Clinical Legal Education*, odborného časopisu věnujícího se právnímu vzdělávání, který je vydáván *Northumbria University* v britském Newcastleu. Program byl opravdu nabitý, o čemž svědčí množství paralelních sekcí (bylo jich celkem devět) a řada témat, kterým se konference věnovala. Na jednom místě se setkala přes 350 delegátů z celého světa (o množství zastoupených zemí svědčil jeden z kulturních večerů, kdy bylo na programu taneční či hudební vystoupení delegátů z každé země a program se táhl hluboko do noci). Svým zaměřením se konference, jak je již patrné z názvu, soustředila na mapování stavu klinického právního vzdělávání ve světě, sdílení nápadů a dobrých postupů pro zavádění nových trendů ve vzdělávání, ale také prezentaci empirických výzkumů zaměřených na právní kliniky.

Na konferenci měla Česká republika silné zastoupení, a to zejména díky olomoucké výpravě vedené manžely *Maximem* a *Veronikou Tomoszkovými* a *Lucií Madleňákovou*. Jejich patnáctičlenná sestava odráží velký příklon Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci ke klinickému právnímu vzdělávání a také její investici do studentů, které na konference tohoto typu vysílá (ostatně, loňský ročník této zřejmě nejprestižnější světové konference věnované klinickému právnímu vzdělávání pořádala právě olomoucká fakulta, poslední konferenční den poté hostila fakulta pražská). Česká delegace celkově konferenci obohatila sedmi příspěvky – dva z nich byly z dílny zástupců z pražské Právnické fakulty Univerzity Karlovy, zbytek pak v režii Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci.

Z bohatého programu konference vybíráme několik inspirací, které nás zaujaly.

Richard Grimes, *Rebecca Parker* a *Frank Dignan* představili zajímavý britský výzkum o rozšíření *pro bono* aktivit na britských univerzitách. Pomocí dotazníkového šetření v roce 2014 zjistili, že za poslední čtyři roky počet právních klinik ve Spojeném království vzrostl natolik, že se stávají normou daleko spíš než výjimkou. Zapojeny jsou přitom nové i staré univerzity a zjištěný trend ukazuje, že právní kliniky budou nejspíše i nadále posilovat, a to i přesto, že na ně univerzity získávají (zřejmě v důsledku finanční krize) stále méně externích financí.

Profesorka *Sue Schechter* z *University of Berkeley* se podělila o své pětadvacetileté zkušenosti s organizováním stáží pro americké studenty. Popsala, že organizovat stáže pro své studenty je na amerických univerzitách nepochybný trend, přičemž řada univerzit (včetně té její) organizuje stáže i v zahraničí – v nevládních organizacích i státních institucích. V *Berkeley* pojmají stáže jako značně intenzivní, od svých studentů vyžadují alespoň 16 hodin práce týdně, za což dostanou třetinu až dvě třetiny všech kreditů, které za daný semestr potřebují. Aby mohli učitelé dobře sledovat praxi všech svých studentů, nechávají je někdy vyplňovat elektronické tabulky obsahující činnosti, kterým se na stáži věnují, včetně krátkých reflexí. Pokud pak učitel vidí, že student například na praxi jen kopíruje či nedostává žádnou opravdu právníckou práci, může zasáhnout dřív, než studentovi praxe skončí. I v USA samozřejmě řeší otázku odpovědnosti školy za případné škody, které student při stáži způsobí nebo utrpí – zejména pokud se jedná například o stáž v méně bezpečných státech světa. Nikoli překvapivě využívají pojištění, které univerzity mívají. Zkušenosti profesorky *Schechter* nicméně mluvíly poměrně optimisticky: za celé čtvrtstoletí, které se stáží věnuje, slyšela o jediném americkém studentovi, který měl s odpovědností za škodu potíže. Pokud i soudním řešením posedlá Amerika ve výsledku řeší negativní následky studentských praxí tak minimálně, nemělo by to blokovat zavádění praxí ani v Evropě.

Stále více konferenčních příspěvků probíhá méně formou klasické prezentace a více formou workshopu, na kterém jsou účastníci vyzváni k zapojení se a sdílení svých zkušeností. Často je jejich součástí i řízená diskuze ve dvojicích či menších skupinách, poskytování zpětné vazby navzájem či přímo skupinová práce. Tak tomu bylo i v příspěvku *Jennifer Lyman* (*DC Office of Bar Counsel* ve Spojených státech), který se věnoval přízpůsobování se klinického právního vzdělávání různým změnám, které mohou v jeho průběhu nastat (ať už je to změna vedení fakulty či změna politického systému). Účastníci měli za úkol hovořit o různých změnách, které mají vliv na vzdělávání, posléze celá skupina hledala odpovědi na nápady, se kterými přišly jednotlivé skupiny. Pozitivem tohoto workshopu bylo zjištění mnoha názorů a pohledů na věc a poznání, s jak podobnými výzvami se potýkají lidé doslova ve všech koutech světa.

Velmi zajímavým a v západních zemích rozšířeným fenoménem je interdisciplinární výuka. Jedná se o propojení studia například právníků a lékařů, kteří společně pracují na různorodých kauzách a navzájem se obohacují o vědomosti a přístupy svých předmětů. Ukázkou propojení a fungování této formy výuky představila *Carol Suzuki* z *University of New Mexico School of Law* ve svém příspěvku s názvem *Increasing Access to Justice and Social Justice Education Through a Medical-Legal Partnership*.

Některé příspěvky se týkaly otázky korupce. Jak zdůraznili *Nigel Dunken* a *Sally Hughes* z Velké Británie, předně se korupce – zejména v západní Evropě – stále často považuje především za problém rozvojových či postkomunistických zemí. Ve svém příspěvku jednak ukázali, že korupce se týká i západních zemí, byť bývá skrytější, často oblečená do hezčího hávu (či obleku). Druhou zajímavou informací bylo, že korupce se často pojmá jako problém zkažených jednotlivců, přestože je daleko častěji zkažený (korupční) celý systém, což ovšem máme tendenci přehlížet. Není také bez zajímavosti, že právní systémy mnohdy jednají s jednotlivci daleko přísněji než s korporacemi. Zatímco proti lidem zneužívajícím sociální dávky dokážeme docela dobře a přísně zakročít (byť ani v této oblasti není efektivita práva uspokojivá), daleko méně odvahy a schopnosti úřady osvědčují ve vztahu k firmám, které zneužívají daňový systém.

Profesor *David McQuoid Mason* z Jihoafrické republiky (*Centre for Socio-Legal Studies, University of KwaZulu-Natal*) má své příspěvky tradičně založené na metodě *learning-by-doing*. Pomocí tří vybraných případů (*Chicago Seven, Nelson Mandela, Saddám Husajn*), konkrétně citací ze soudního procesu, které nechal dramatizovat vybranými zájemci z řad konferenčního publika, ukazoval možnost výuky práva na spravedlivý proces, postavení soudců, obhájců

a obviněných v trestním procesu, stejně tak jako etické stránky obhajoby a profesní etiky zúčastněných.

Nebývá tradicí, že součástí konference je i série workshopů zaměřených na výuku konkrétních témat, které jsou od začátku pojaty jako výuka (*Training of the Trainers*). A to ani na konferencích věnovaných právnímu vzdělávání. Jak nicméně ukázala rozsáhlá účast na seminářích navazujících na konferenci, více než polovina všech účastníků měla i po čtyřech dnech příspěvků a prezentací chuť strávit další dva dny společným objevováním toho, jak rozvinout své učitelské schopnosti. Hlavní důraz v seminářích i zprávách z průzkumů provedených na studentech práv či právnících ukazovala na dvě hlavní témata. Prvním je nutnost přemýšlet o tom, jací jsou naši studenti, jak reagují na naši výuku a jak se proměňují. Není příliš objevené konstatovat, že dnešní studenti jsou jiní než ti v 19. století. Otázkou ovšem zůstává, jestli mohou naše metody výuky zůstat stejné, tj. založené především na přednášení. Jak reportovali jednotliví účastníci, na řadě fakult jsou přednášky stále hlavní výukovou metodou a pokud zařazují semináře, bývá v nich mnoho desítek studentů. Druhé téma táhnoucí se semináři se odkazovalo na rozdíl motivace vnější a vnitřní. Řada výukových metod, včetně řady alternativních, je používána tak, že rozvíjí vnější a nikoli vnitřní motivaci. Mnoho konkrétních zkušeností jednotlivých vyučujících i empirické studie ukazují, že zejména v nejistém 21. století je více než kdy klíčové rozvíjet vnitřní motivaci studentů, neboť vnější motivace nejenže funguje většinou jen u jednodušších, mechanických úkolů, ale v řadě složitějších úkolů funguje dokonce kontraproduktivně. Zejména ve větších skupinách či tradičněji orientovaných právnických fakultách může být značně obtížné pokusit se učit tak, abychom zejména rozvíjeli vnitřní motivaci studentů snažit se lépe rozumět právu (nejen znát jednotlivá právní ustanovení), osvojit si právní dovednosti a zvnitřňovat žádoucí právní postoje, hodnoty demokratického právního státu.

Na závěr uvedme ještě několik postřehů, které přesahují téma konference, ale byly zajímavým doplňkem pro nejednoho účastníka jakožto návštěvníka Turecka. Na všech úrovních se zahraniční návštěvník setkává s poměrně špatnou úrovní angličtiny. Od taxikářů přes lidi pracující v cestovním ruchu a prodavače až po studenty a učitele na univerzitě. Na vině je prý školský systém, který klade primární důraz na výuku turečtiny. Neustále nás zde napadala otázka, jak si Turci představují své potenciální členství v Evropské unii, když je jejich země natolik odlišná od zbytku Evropy a navíc neovládají žádný evropský jazyk? Přes všechny nedostatky českého školského systému mohou být české právnícké fakulty vděčné za to, jak v porovnání s Tureckem dobře jazykově připravené studenty mohou přijímat.

Ve všech významnějších místnostech nad přednášejícími visel přísně vyhlížející portét *Mustafy Kemala (Atatürka)*. Jeho posmrtná maska je na každém významném místě nejen na univerzitě, ale i například na soudě (v kancelářích advokátů a soudců visí obrazy ze života Atatürka téměř stejně, jako visí obrazy ze života Ježíše v kancelářích mnoha církevních hodnostářů v našem prostředí). V soudní místnosti ho najdeme na místě, kde v České republice visí státní znak. Jelikož se jedná o zakladatele moderního Turecka, které vzniklo po první světové válce a pokusilo se oddělit stát od církve, naléhavě to otvírá úvahy nad tím, zda mají být státní symboly spíše abstraktní (např. státní znak) či personifikované.

Michal Urban*, Tereza Krupová**

* JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. Text vznikl v rámci realizace Programu rozvoje vědních oblastí Univerzity Karlovy (PRVOUK) číslo 17 s názvem „*Vědy o společnosti, politice a médiích ve výzvách doby*“. E-mail: urbanm@prf.cuni.cz.

** Mgr. Ing. Tereza Krupová, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Ministerstvo spravedlnosti. Text vznikl v rámci realizace Programu rozvoje vědních oblastí Univerzity Karlovy (PRVOUK) číslo 17 s názvem „*Vědy o společnosti, politice a médiích ve výzvách doby*“. E-mail: tkrupova@gmail.com.

**Správa z medzinárodnej vedeckej konferencie:
„Daňové úniky, daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania“**

V dňoch 14.–16. septembra 2015 sa uskutočnila XIV. medzinárodná vedecká konferencia z daňového práva pod názvom „*Daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania*“ na Štrbskom Plese vo Vysokých Tatrách. Konferenciu organizovala Katedra finančného práva a daňového práva Právnickej fakulty UPJŠ v Košiciach v spolupráci s *Centrum Informacji i Organizacji Badań Finansów Publicznych i Prawa Podatkowego Krajów Europy Środkowej i Wschodniej* so sídlom na *Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku*.

Ústrednou témou štrnásteho ročníka tejto konferencie sa stali „*Daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania*“ („*Tax Law and its Possibilities of Prevention of Tax Evasions and Tax Frauds*“) a je vhodné hneď úvodom poznamenať, že samotná téma bola organizátormi, ako aj samotnými účastníkmi hodnotená ako mimoriadne aktuálna. Načrtla totižto široký priestor pre výmenu skúseností a poznatkov v oblasti právnych možností nástrojov a inštitútov v boji proti daňovým únikom a daňovým podvodom nielen v rámci regiónu strednej a východnej Európy (Česka, Poľska, Ruska, Ukrajiny, Maďarska a Slovenska), ale aj pre skúmanie právnych možností ich predchádzania na nadnárodnej (medzinárodnej i úniovej úrovni).

Konferencia bola z časového hľadiska rozdelená do štyroch tematicky nadväzujúcich blokov prebiehajúcich v rámci dvoch dní. Konferenciu slávnostne zahájil 15. septembra 2015 vedúci Katedry finančného práva a daňového práva – čestný predseda organizačného výboru, *prof. Vladimír Babčák*, ktorý spolu s *doc. Máriou Bujňákovou* – predsedníčkou organizačného výboru – privítali hostí a vyjadrili presvedčenie o prínose konferencie a výmene poznatkov v boji proti daňovým únikom v rámci regiónu. Na vystúpenie profesora *Babčáka* nadviazal tiež prezident *Centrum Informacji i Organizacji Badań Finansów Publicznych i Prawa Podatkowego Krajów Europy Środkowej i Wschodniej*, *prof. Eugeniusz Ruśkowski* z Univerzity v Białymstoku, ktorý tiež privítal účastníkov konferencie a pozitívne ocenil tradíciu každoročnej organizácie medzinárodnej konferencie v regióne Strednej a Východnej Európy.

Prvý blok rokovania otvoril moderujúci – *prof. V. Babčák*, ktorý oboznámil účastníkov konferencie s programom a predstavil vystupujúcich hostí. Ako prvá vystúpila *prof. M. Karfiková* (*Univerzita Karlova v Praze*), ktorá vo svojom príspevku načrtla postavenie daňového práva v systéme práva v Českej republike a jeho možnosti pri predchádzaní daňovým únikom a daňovým podvodom. *Prof. K. Piotrowska-Marczak* (*Wyższa Szkoła Bankowa w Toruniu*) vo svojom príspevku načrtla teoretické východiska a príčiny nedodržiavania a neplnenia daňových povinností. Následne vystúpil *prof. V. Matchekin* (*Kutafin Moscow State Law University*), ktorý vo svojej prezentácii venoval pozornosť ruským nástrojom a pravidlám proti zneužívaniu práva pod vplyvom internacionalizácie, neopomínajúc komparatívne aspekty. S nemenej zaujímavou problematikou vystúpila *prof. T. Famulska* (*Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach*), ktorá predstavila vybrané problémy daňových únikov na dani z pridanej hodnoty z hľadiska jej aktuálnej právnej konštrukcie, zamýšľajúc sa jednak nad aktuálnym právnym stavom tejto úniovej dane a jej „vyhliadkami“ do budúcnosti. Rokovanie prvého bloku uzatvoril *prof. A. Gorgol* (*Uniwersytet Zielonogórski*), ktorý sa vo svojom príspevku venoval interpretácii poľských daňových ustanovení v daňových predpisoch ako nástroja eliminácie daňových únikov.

Druhý blok rokovania moderoval *prof. J. Głuchowski* (*Wyższa Szkoła Bankowa w Toruniu*), ktorý predstavil účastníkom konferencie ďalších vystupujúcich. Ako prvý v tomto bloku rokovania vystúpil *prof. W. Nykiel* (*Uniwersytet Łódzki*), ktorý vo svojom príspevku bližšie predstavil problematiku premien daňových systémov v krajinách strednej a východnej Európy

a v krajinách BRICS za uplynulé obdobie vyše 25 rokov, s osobitným ohľadom na 4 aspekty – postavenie daňového práva ako právneho odvetvia v právnych poriadkoch jednotlivých štátov, ako aj aspekty daňovej politiky jednotlivých štátov, daňové právo hmotné, daňové právo procesné a medzinárodné daňové právo vrátane jeho nástrojov v súvislosti s predchádzaním daňovým únikom a daňovým podvodom. Načrtnutá problematika bola predmetom osobitnej komparatívnej konferencie, ktorá sa konala v Lodži v októbri 2015 a bola jedinečným priestorom pre výmenu skúseností a poznatkov najvýznamnejších predstaviteľov vedy daňového práva za jednotlivé členské štáty, a to pokiaľ ide o všetky štyri vyššie uvádzané aspekty (panely). So zaujímavým príspevkom vystúpila následne *prof. M. Sentsova* (Voronezh State University), ktorá priblížila aktuálny právny stav pravidiel proti zneužívaniu práva v ruskom právnom poriadku (GAAR, CFC pravidlá, „beneficial owner“ koncept) v zmysle ich vývoja a aktuálnych právnych východísk. *Doc. M. Vernarský* (Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach) vo svojom príspevku kriticky skúmal inštitút daňovej licencie v slovenskom právnom poriadku, neopomínajúc komparatívne aspekty s rakúskou právnou úpravou inštitútu. *Dr. Z. Papoušková* (Univerzita Palackého v Olomouci) sa vo svojom príspevku zamyslela nad problematikou subjektov daňových únikov a rokovanie tohto bloku ukončila svojim vystúpením *doc. S. Kubincová* (Univerzita Mateja Bela, Banská Bystrica), ktorá sa netradičným, podnetným spôsobom zamyslela nad otázkou právnej istoty adresátov noriem daňového práva v súvislosti s bojom proti daňovým únikom.

Rovnako zaujímavé príspevky boli prednesené aj v druhý deň konferencie. Pozíciu moderátora v rámci prvého bloku rokovania zaujal *doc. M. Radvan* (Masarykova Univerzita v Brně), ktorý oboznámil účastníkov konferencie s programom. Prvým vystupujúcim bol *prof. J. Stieranka* (Akadémia Policajného zboru v Bratislave) ktorý načrtnol platné daňové trestné činy a postup odhaľovania daňových únikov z pohľadu finančnej správy. Ďalší príspevok predniesol *prof. V. Nazarov* (Plekhanov Russian University of Economics, Moscow) a oboznámil v ňom účastníkov konferencie s inštitútom daňového monitoringu ako prostriedku eliminácie daňových únikov. *Prof. A. Nita* (Uniwersytet Jagiellonski w Krakowie) následne svojou prezentáciou poskytol účastníkom konferencie komparatívny náhľad na problematiku administratívno-právnych a trestných sankcií v poľskom daňovom práve. Problematiku škodlivej daňovej konkurencie vo svojom príspevku predstavila *Dr. M. Wróblewska* (Uniwersytet Gdański) a svojím vystúpením týkajúcim sa manažmentu výpadku príjmov pri dani z pridanej hodnoty ako nástroja limitujúceho verejný dlh v Poľsku ukončila rokovanie *Mgr. E. Lotko* (Uniwersytet w Białymstoku).

Posledný blok príspevkov na konferencii moderoval *prof. E. Ruškowski* – prezident Centrum Informacji i Organizacji Badań Finansów Publicznych i Prawa Podatkowego Krajów Europy Środkowej i Wschodniej so sídlom na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Ako aj predošlé rokovania, aj v rámci posledného bloku sa otvoril priestor pre prezentáciu zaujímavých problematík. Po vystúpení *prof. A. Kostiukova* (Omsk F. M. Dostoevsky State University) zameranom na problematiku možnosti zabezpečenia právnej istoty v daňových otázkach v štáte sa *prof. A. Jurkowska-Zeidler* (Uniwersytet Gdański) venovala predstaveniu navrhovanej právnej úpravy dane z finančných transakcií v EÚ a jej významu v súvislosti s predchádzaním daňovým únikom a daňovým podvodom. *Prof. A. Zalcewicz* (Politechnika Warszawska) vo svojom príspevku ozrejmla povinnosti finančných inštitúcií z hľadiska daňového práva – ako nástroj prevencie pred daňovými únikami. Nakoniec tohto bloku rokovania sa komparáciou českej a slovenskej právnej úpravy trestnoprávnych dôsledkov daňových únikov a daňových podvodov zaoberala posledná vystupujúca – *Dr. H. Skalická* (ŠKODA AUTO Vysoká škola, o. p. s.).

Záverečné slovo na konci konferencie patrilo čestnému predsedovi organizačného výboru konferencie – *prof. V. Babčákovi*, ktorý spolu s prezidentom Centra – *prof. E. Ruškowskim*

poďakovali účastníkom konferencie za účasť, vyzdvihli medzinárodný a vedecký charakter konferencie, ako aj niekoľkoročnú tradíciu jej usporadúvania. Konferencia nemôže byť hodnotená inak ako veľmi pozitívne. Predstavovala totiž aktuálnu medzinárodnú platformu pre výmenu poznatkov a skúseností v predchádzaní daňovým únikom a daňovým podvodom v rámci regiónu strednej a východnej Európy a zároveň poskytla priestor pre utuženie a nadviazanie medzinárodnej vedeckej spolupráce do budúcnosti. Ako uviedol v záverečnom prejave *prof. Ruškowski*, význam konferencie umocnil aj vznik „dohody“ ohľadne tematického zamerania už v poradí jubilejnej – XV. medzinárodnej vedeckej konferencie z finančného a daňového práva, ktorá sa bude konať v obdobnom čase na budúci rok a bude venovaná procesným aspektom daňového práva, najmä daňovým poriadkom jednotlivých štátov – účastníkov konferencie.

František Bonk*

* JUDr. František Bonk, Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. E-mail: frantisek.bonk@student.upjs.sk.

Human Rights and Deciding in a Referendum

Jan Wintr – Daniel Askari

Abstract: *The paper deals with the topic of conflicts between human rights protection and referendums. Firstly, the examples of same-sex marriage in the United States and a ban on building minarets in Switzerland are introduced. In the U. S., a conflict has recently arisen between state constitutional amendments passed in a referendum banning same-sex marriage on the one hand, and case law of a number of appellate courts who believe such amendments to be in breach of the Fourteenth amendment of the Federal Constitution. Switzerland has recently passed, also in a referendum, a constitutional change banning the building of minarets, which has triggered a debate about the possibility of the Federal Court to ignore the will of the people. In the context of those examples, the paper goes on to discuss the different modalities of exclusion of human rights issues from the scope of referenda. Five different models are described in the context of the Slovenian and Slovakian constitutions, ranging from the least restrictive allowing a referendum on almost any topic besides the essential constitutional guarantees, to the most restrictive excluding any issue within the scope of human rights. In its final chapter the paper discusses the theory of legitimacy of decisions passed in a referendum in general, while also mentioning the issues of a posteriori judicial review and a priori material exclusions.*

Key words: *direct democracy, fundamental rights, constitutional review, LGBT rights, constitutional principles*

Extension of Criminalization in Relationship to the Limits of Criminal Justice

Filip Ščerba

Abstract: *Proportionality of criminal repression is usually viewed in terms of assessing the adequacy of the level of criminal sanctions in terms of respect for individual rights and freedoms, principles of humanity, and respect for the principle of the supportive role of criminal law. Somewhat overlooked is the need for application of the principle of proportionality also between the scope of criminal responsibility and the capacity of bodies constituting the criminal justice system. Expansion of criminal repression increased the workload of law enforcement and is thus one of the major factors negatively affecting the length of the criminal proceedings, which leads to the need for the legislature to introduce and promote new, shortened form of criminal proceedings. The main objective of this article is, at least approximately, to quantify how much would some expansions of criminal liability burden on the criminal justice system. For this purpose, it offers an analysis of statistical data on the settlement of certain crimes to which this expansion of criminal repression applies. The results can be seen as confirmation that even seemingly minor amendments to criminal legislation could significantly increase the workload of law enforcement and negatively affect the functioning of the entire criminal justice system.*

Key words: *penal repression, criminalisation, under the influence of drugs, criminality*

All Quiet on the Western Front (Copernican Turn in the Ontology of Legal Norms)

Lucia Berdisová – Marek Káčer

Abstract: *The aim of this paper is to back up three following theses: 1. To search for a location of legal norm in the context of distinction "Does legal norm exist in a formal source of law or rather in a human mind?" is confusing unless we delimitate a legal-philosophical puzzle which can be solved by answering such a question. 2. It is neither vain, nor wrong to conceive (legal) norm (also) as a belief*

or motive of human behaviour. 3. If we accepted at the level of ontology of norms that norm is a fact that “exists in a human mind” then it would not mean that lawyers lose the reason to look for legal norms in official sources of law – legal practice would “go on” as usual. This paper is conceived as a polemical reaction to the article *Where is the law?* in which Dr. Eduard Bárány argues that the aforementioned ontological approach towards norms weakens law as a means of social control.

Key words: interpretation of law, normativity, objectivity/subjectivity of law, ontology of norms, validity of law, bindingness of law

Voluntary State Liability for the Damage Caused by Notarial Act on Legal Proceedings

Vítězslav Němčák

Abstract: Creating notarial acts in the Czech Republic is broadly conceived as a public process. For this reason, the state is liable for damages caused by faulty notarial acts. The author of this paper argues that the drafting of a notarial deed does not qualify as exercise of public authority. Detailed analysis shows that the drafting of a notarial deed has more private law than public characteristics. It follows from this that there is no constitutional obligation for the on State to bear responsibility for the damage caused by a notarial deed. However, the legislature may extend the scope of State liability, which is not, in the case of today's Czech legislation on the responsibility for the notarial act contrary to the constitutional principles.

Key words: State liability for damage, notarial, maladministration, legal dualism, Court of Justice of the European Union

The Question of the Formation of the Czechoslovak Republic on the Slovak Territory

Štefan Siskovič

Abstract: In the presented article I try to defend the thesis that from legal point of view the first Czechoslovak Republic could not come to life on the territory of Slovakia on 28th of October in 1918. The content of the article is structured in order to present on the one hand, the historical discussion (descriptive level), that was held about this problem in the past, but at the same time to formulate conclusions that could be applied in other similar cases within present discussion (prescriptive level). In the beginning of the article we proceed from the analysis of an argument that supports the thesis that the first Czechoslovak Republic was created on 28th of October in 1918, while trying to come to terms with the arguments that support this legal fiction. Then I analyse the thesis that the first Czechoslovak Republic could not legally be created on the territory of Slovakia on 28th of October in 1918, because at that time Czechoslovak Republic didn't execute its effective power in the territory of Slovakia. To support this thesis I use also the stable practice of the Supreme Administration court. At the end of the article I try to summarise previous arguments and point out the lack of explanatory power of legal fiction that the Czechoslovak republic was created on 28th of October in 1918.

Key words: continuity, normative theory, derogatory clause, creation of first Czechoslovak Republic, reception standard



VÝZVA K ZASLÁNÍ PŘÍSPĚVKŮ

16. října 2016 uplyne 170 let od narození *Jiřího Pražáka*, významného představitele nauky veřejného práva, jednoho z dlouholetých redaktorů našeho časopisu, profesora a děkana pražské právnické fakulty a rektora české univerzity Karlo-Ferdinandovy, který u nás položil základy vědeckého pěstování vědy ústavního a správního práva.

Redakce Právnicka má v úmyslu připomenout toto výročí uveřejněním vědeckých statí odrážejících *soudobý stav* právních disciplín, kterým se Jiří Pražák věnoval, zaměřených na *konkrétní a aktuální právní otázky* týkající se zejména problematiky ústavního uspořádání státu, samosprávy, střetu kompetencí správních úřadů a soudů, soudního přezkumu právních předpisů nebo procesních institutů významných pro správní řízení. Redakci nejde o statí zaměřené historicko-právně, ale o doložení současné úrovně právní vědy v oborech správního a ústavního práva.

Anotaci příspěvku v rozsahu maximálně pěti stran s uvedením hlavních tezí a literatury, již autor zamýšlí použít, je možné zaslat redakci nejpozději do **26. února 2016**. Redakce na základě předběžného posouzení osloví vybrané autory, aby svou stať zpracovali nejpozději do 10. června 2016, přičemž její rozsah by neměl přesáhnout 20 normostran. Příspěvky budou následně recenzovány v rámci standardního recenzního řízení a otištěny u příležitosti výročí narození Jiřího Pražáka, tj. v čísle **10/2016**.

Redakce vítá i kratší příspěvky, které by mohly být zařazeny do rubriky *Glosy* či *Informace*.

Články přijaté k publikaci budou komisionálně posouzeny a příspěvek vyhodnocený jako nejlepší ocení **Randova nadace** při Spolku českých právníků Všehrd *finanční odměnou ve výši 12 000 Kč*.

Redakce časopisu Právník
pravnik@ilaw.cas.cz