

## TŘI VÝROČÍ ANTONINA SCALII

Martin Dostál\*

**Abstrakt:** Autor se v článku věnuje analýze ústavněprávní interpretace a výkladu zákonů, které používal jeden z nejpobulárnějších soudců Nejvyššího soudu USA, výjimečný člověk Antonin Scalia, intelektuální vůdce konzervativního křídla soudu, jenž 12. února 2016 nečekaně zemřel. Za dlouhou dobu, kterou sloužil u soudu (téměř třicet let), sepsal více odlišných a konkurujících stanovisek než kterýkoli jiný soudce. Jeho styl psaní byl květnatý a vášnivý, používal výstřední analogie, jakož i široké znalosti historie. Scalia nedělal kompromisy se svými názory a věrností Ústavě Spojených států, aby k sobě přitáhl ostatní soudce. Výtrvale oponoval teorii „živé Ústavy“, kterou někteří soudci používali pro ospravedlnění rozhodnutí, která nebyla založena na textu Ústavy a doktríně materiálně pojatého řádného procesu. Zdůrazňoval striktní oddělení moci jednotlivých větví vlády; podle jeho názoru jasné meze oddělení zákonodárné, výkonné a soudní moci vycházejí přímo z Ústavy. Scalia tvrdil, že neexistuje žádné ústavní právo na interrupci a hlasoval proti zákonům, založeným na rozdílech mezi rasami, pohlavím nebo sexuální orientací. Autor se snaží ukázat Scaliovu metodologii a stylistického génia v případech *Morrison v. Olson* (1988), *City of Richmond v. J. A. Croson* (1989), *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990), *Barnes v. Glen Theater* (1991), *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* (1992), *Lee v. Weisman* (1992), *United States v. Virginia* (1996), *Troxel v. Granville* (2000), *Martin v. PGA Tour* (2001), *Kyllo v. United States* (2001), *Atkins v. Virginia* (2002), *McConnell v. FEC* (2003), *Lawrence v. Texas* (2003) a *Obergeffell v. Hodges* (2015). Článek ukazuje také Scaliovu dobrou povahu a charakter. Byl to brilantní, polemicky založený člověk s nenapodobitelným smyslem pro humor, muž pevných zásad, včetně estetických. Scalia byl tradicionalistický katolík, hluboce věřící, podporující dlouhodobou americkou tradici nesektářských veřejných modliteb k Bohu. Necht odpocívá v pokoji.

**Klíčová slova:** výklad ústavního textu, výklad zákona, odlišné stanovisko, souhlas s výrokem rozhodnutí, nesouhlas s odůvodněním, metoda výkladu, zaměřená na textu předpisu, metoda výkladu, založená na chápání slov a vět v době přijetí předpisu, metoda hledající vůli zákonodárce či ústavodárce, výklad zaměřený na účel předpisu, teorie živé Ústavy, materiálně pojatá klauzule řádného procesu ve čtrnáctém dodatku

*„Vládní omezení svobody jsou vždy doprovázena halasně sdělovanými nejlepšimi záměry; diktátor slibuje zavést pořádek, nikoliv tyranii.“<sup>1</sup>*

### ÚVODEM

Letošní rok měl být pro Antonina Scaliu – jednoho z neznámějších soudců amerického Nejvyššího soudu – mimořádný, přinejmenším kvůli dvěma kulatým výročím. V březnu by se dožil osmdesát let a v září by dosáhl třiceti let práce u Nejvyššího soudu. V polovině února přibýlo třetí výročí tohoto roku, lidsky přirozené, které ale mohlo ještě

\* JUDr. Martin Dostál, Ústavní soud České republiky. E-mail: Martin.Dostal@usoud.cz.

<sup>1</sup> Takto volně překládám větu ze Scaliova odlišného stanoviska ve věci *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* 494 U. S. 652 (1990), která v originále zní: „Governmental abridgment of liberty is always undertaken with the very best of announced objectives; dictator promise to bring order, not tyranny.“ Předesílám, že v článku se snažím čtenáři na mnohých místech (obvykle pod čarou) poskytnout také anglický text, aby si mohl ověřit, zda cituji korektně. V anglosaském, a zejména americkém právu (termínem „americký“ rozumím pro tento článek samozřejmě jen Spojené státy americké a ne třeba Latinskou Ameriku) jsou určité vžitě výrazy a slovní spojení někdy komplikovaně přeložitelné do jiných jazyků v rámci kontinentálního právního systému, tak aby vystihovaly podstatu věci.

počkat; Scalia nečekaně zemřel.<sup>2</sup> Nekrology vyznívaly v tendenčním stylu, podle ideologického zaměření autora, neboť Scalia značně polarizoval odbornou i laickou veřejnost. Vyšlo mnoho oslavných článků i kritických pojednání; pro liberály a levicově orientované to byl ultrakonzervavec, pro pravici byl zase tím, kdo přes svoji značnou erudici nedokázal zvrátit některé soudní precedenty, které této skupině nevyhovovaly. Prezident Obama teď dostane šanci jmenovat nějakého liberálně orientovaného soudce a vychýlit tak poměry u Nejvyššího soudu.<sup>3</sup> Domnívám se, že je na místě pokusit se pro českou odbornou veřejnost zpracovat obsáhlejší článek, věnovaný Scaliovu životu, právní filozofii a přínosu ústavnímu právu, jenž by jeho osobnost postihoval vyváženěji, než pouze z ideologických pozic a nashromážděných předsudků. Text je primárně zaměřen na vidění práva samotným Scaliou a představuje jeho metodologii a odborné názory. Pokud jde o kritiku, tu v zásadě přenechávám povolanejším. Nemyslím, že je nutné článek vždy koncipovat jen polemicky a shrnout suchá fakta pro a proti, aby mohl být označen za přísně vědecký. Zejména levicovými publicisty nebyl žádný ze současných soudců Nejvyššího soudu více kritizován, k tomu lze nalézt spoustu čtiva.<sup>4</sup>

Pro větší objektivitu ale možno poukázat na to, že odborná kritika Scalii (když vynecháme čistě ideologicky podmíněné ataky) se koncentrovala v podstatě do tří okruhů: prvním byla již výše zmíněná skutečnost, že Scalia častokrát nedokázal získat na svoji stranu většinu soudců, a to právě ve věcech, na kterých konzervativcům ve Spojených státech nejvíce záleželo (potraty, práva homosexuálů, pozitivní diskriminace, právo na soukromí a další). V těchto záležitostech však chci ukázat, že Scaliova věrnost Ústavě a jejímu textu ukazuje zároveň jeho zásadovost. Neuměl dělat kompromisy, aby k sobě přilákal středově založené soudce a budoval si konsensem spřízněnou skupinu, kterou by mohl využít pro překonání nějakého nepohodlného precedentu. Byl tak pravým opakem třeba liberálního soudce Williama Brennana, který se podle Scalii projevoval u soudu spíše jako vůdce většiny v Kongresu.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Došlo k tomu v noci ze 12. na 13. února 2016 na ranči v texaském Shafteru, kde se Scalia den předtím účastnil honu. Do pozdního dopoledne nepřicházel na snídani, a tak byl jeho apartmán otevřen. Bylo zjištěno, že Scalia zemřel ve spánku. Cizí zavinění bylo vyloučeno, ani pitva nemusela být provedena, i když měl jako každý známý a vlivný člověk mnoho nepřátel (samozřejmě se hned vyskytla řada konspiračních teorií). Scalia se ale již delší dobu potýkal s problémy se srdcem a s vysokým krevním tlakem a bylo známo, že operaci, která by mu ulevila, se nemohl kvůli zdravotnímu stavu podrobit. O necelý týden později se soudce Scalia naposledy dotkl půdy Nejvyššího soudu. Dne 19. února byla rakev s jeho tělesnými pozůstatky vystavena ve Velké hale, aby bylo umožněno širší veřejnosti rozloučit se s ním. Pohřeb a katolická mše za zesnulého se konala o den později.

<sup>3</sup> Když hovořím o liberálech a konzervativcích, nutno vymezit, v jakém politickém smyslu: dnes mají američtí liberálové (sdružení v demokratické straně) blíže k evropské konstruktivistické levici, jednající ve prospěch státních zásahů do hospodářství a obsáhlých sociálních programů, tedy toho, co by Hayek a ostatní klasičtí liberálové označili za pseudoliberalismus. Od padesátých let 20. století se konzervativci (zástupci republikánské strany) vyhranili především jako odpůrci regulované ekonomiky a zastánci nízkých daní. Ale demokratická i republikánská strana měly tradičně svá konzervativní a liberální křídla (docházelo tedy k názorovému sblížení konzervativněji laděných demokratů a liberálnějších republikánů). Při výběru soudců Nejvyššího soudu zaznávají samozřejmě také hlasy, aby stěžejní roli hrála jen odborná kvalifikace kandidáta, který by měl být apolitický. Federální soudnictví je však natolik zapojeno do řešení otázek, úzce souvisejících s politikou, že jde spíše o nerealistické přání.

<sup>4</sup> Namátkou třeba KANNAR, G. The Constitutional Catechism of Antonin Scalia. *Yale Law Journal*. 1990, No. 61, s. 1301–1357; GERHARDT, M. J. A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia. *Boston University Law Review*. 1994, No. 74, s. 25–66. BISKUPIC, J. Scalia and His Scorchers. High Court Justice Vehemently Upholds Values in His Opinions. *Houston Chronicle*. July 4, 1996; BASSHAM, G. Justice Scalia's Equitable Constitution. *Journal of College and University Law*. 2006, Vol. 33, No 1.

Druhá oblast, za kterou by Scalia kritizován, byla pro něj zvláště citlivá; šlo o jeho soudcovskou filozofii. Paradoxně, navzdory shora řečenému, byl napadán, že při její aplikaci není zcela konzistentní a svůj přístup účelově koriguje, pokud by výsledek kolidoval s politicky důležitou konzervativní agendou. Objektivně nutno přiznat, že některé případy tak na první pohled mohou působit, více však bylo těch, kde Scalia sice nerad, ale vzhledem ke své textualistické metodologii rozhodl konzistentně a hlasoval třeba s liberálním blokem. Konečně – za třetí – mu také bylo vyčítáno, že ačkoliv sám kritizuje aktivistické soudce, stává se jedním z nich, když má možnost zvrátit nějaký zákon nebo rozhodnutí, které se nelíbí konzervativním politikům. V další části tohoto článku se naznačené problematiky dotkneme na konkrétních případech, kde budou v rámci výkladu jednotlivých kauz obsaženy také odlišné názory od Scaliových (obvykle většinové stanovisko) a bude tak možno konfrontovat rozdílná východiska ve vzájemné interakci s ostatními soudci Nejvyššího soudu, s nimiž Scalia polemizoval.

Pro vysvětlení koncepce daného textu uvádím, že jsem považoval za vhodné jej částečně sepsat ve formě *laudatia*, přinejmenším proto, že zemřel výjimečný soudce (který svými rozhodnutími i odbornými texty ovlivňoval justici nejen ve Spojených státech) a čestný muž, ať již si o něm jeho názoroví oponenti mysleli cokoliv. S tím souvisí další skutečnost: Myslím, že k celkovému poznání rozhodování konkrétního soudce slouží i snaha o jeho psychologické vystižení a zdůraznění výrazných povahových vlastností. Osobnost je v psychologii chápána jako celek zděděných a získaných duševních vlastností, které jsou pro člověka příznačné a činí jej jedinečným.

## 1. SCALIŮV ŽIVOT, TEMPERAMENT, CHARAKTEROVÉ VLASTNOSTI A PROFESNÍ NÁZORY

Antonin Gregory Scalia se narodil 11. března 1936 v Trentonu, stát New Jersey a základní i střední katolickou školu absolvoval v Queensu v New Yorku, kam se jeho rodiče přestěhovali.<sup>6</sup> Na Georgetownské univerzitě získal titul v oboru historie, pokračoval na Freiburské univerzitě ve Švýcarsku a po návratu z Evropy nastoupil na Harvardskou právnickou školu; roku 1960 zde promoval *magna cum laude*. Na Harvardu tehdy vrcholil rozkvet tak zvané „procesně-právní“ školy (*Legal process school*), která reagovala na právní realismus.<sup>7</sup> Svoje rané názory Scalia doplnil o teze profesora Kolumbijské právnické fakulty

<sup>5</sup> Nejvyšší soud USA je dlouhodobě tvořen devíti soudci a mnoho významných rozhodnutí bylo přijato poměrem 5 : 4. „*Jde o to získat pět hlasů, pak je možné cokoli*“ (*You can do anything around here with five votes*), říkal Brennan k velké zlosti konzervativců, kterým takové věty, patřící do ranku výroku předsedy Hughese „*Ústavou je to, co Nejvyšší soud za ústavu prohlásí*“, připadaly velmi neseriózní a cynické. Ani Brennan ani Hughes však tyto věty nemysleli úplně doslova, šlo jim spíše o to ve výbušné zkratce vyjádřit obecnou podstatu věci, což se jim, jak je zřejmé z reakcí konzervativních „inženýrů práva“, podařilo. Na rozdíl od absolutistických pozic, nepřipouštějících kompromis, byl Brennan ochoten v mnohém ustoupit aby mohl být mezi většinou.

<sup>6</sup> Jako jediné dítě italského přistěhovalce ze Sicílie Salvatora Eugena Scalii, profesora románských jazyků na Brooklynské koleji, a Catheriny Panarové, dcery italských imigrantů, učitelky na základní škole, měl veškerou péči a podporu svých erudovaných rodičů. Scalia velmi obdivoval své rodiče, zejména mimořádně vzdělaného otce. „*Vždy měl před obličejem knihu*“, říkal o něm a dodával: „*naučil mne komunikovat přímo s originálním textem a nespolehat se na překlad.*“

<sup>7</sup> Pionýři procesní školy, profesori Henry Hart a Albert Sacks, trvali na tom, že kongresmani jsou lépe kvalifikovaní pro politická rozhodnutí než soudci. Právní realisté naproti tomu podle nich jen hledají způsoby, jak vložit svoje politické preference do práva. Scalia vzal tento přístup za svůj, neboť odpovídal jeho přesvědčení,

Herberta Wechslera: Soudci Nejvyššího soudu by měli zakládat svoje rozhodnutí na „neutrálních principech“, bez vlastních preferencí. Jen osobní nezainteresovanost může soud zachránit od pokušení stát se zcela mocenským orgánem.

Profesní kariéru Scalia zahájil v ohioském Clevelandu; pracoval v renomované advokátní kanceláři, kde se očekávalo, že se brzy stane partnerem. Chtěl však raději učit a tak se přestěhoval do Virginie (Charlottesville), na jejíž univerzitě se stal profesorem práva. Roku 1971 za prezidenta Nixona nastoupil do veřejných služeb.<sup>8</sup> Po nástupu Ronalda Reagana Scalia usiloval o získání funkce *Solicitor General of the United States*,<sup>9</sup> ale byla k jeho zklamání nabídnuta jinému; náplast v podobě místa soudce federálního apelačního soudu pro sedmý okruh se zdála Scaliovi méně významná a raději si počkal na slíbenou funkci soudce u vlivného apelačního soudu pro okruh *District of Columbia (D. C. Circuit)*, kam byl prezidentem Reaganem nakonec jmenován v říjnu 1982. Zde se proslavil konzervativními názory, které vkládal do svých rozhodnutí, psaných jasným jazykem a přitom odborně na výši. Byl kritický k některým rozhodnutím Nejvyššího soudu, která musel následovat jako precedenty, a tak si ho Reaganovi poradci zapsali na užší seznam (*short list*) kandidátů pro Nejvyšší soud. Na tomto seznamu se dostal na první místo před svého kolegu u *D.C. Circuit* Roberta Borka.

Když roku 1986 oznámil předseda Nejvyššího soudu Warren Burger, že hodlá rezignovat, prezident Reagan nejdříve nominoval stávajícího soudce Rehnquista na místo nového *Chief Justice* a na jeho původní křeslo navrhl Scaliu.<sup>10</sup> Scalia měl kus štěstí v tom, že

---

že soudci musí následovat striktní procedurální pravidla spíše než používat vlastní diskreci. Konzervativce vždy nejvíce dráždil směr jiné školy na Yale, tvrdící, že soudce se nejdříve rozhoduje a pak odůvodňuje. Vychází se ze zmíněného právního realismu, kde guruem byl zejména Jerome Frank (*Law and Modern Mind*, 1930), zdůrazňující psychologii a emoce konkrétního soudce a skepsi vůči logice a precedentům. Šlo zejména o kritiku tak zvané mechanické jurisprudence a deduktivismu; zastřešujícím pojmem pro označování oponentů byl „právní formalismus“, a je jím dosud.

<sup>8</sup> Začal v úřadu pro telekomunikace (*Office of Telecommunications Policy*) a posléze předsedal Administrativní konferenci Spojených států, což byla navzdory svému honosnému názvu poměrně malá nezávislá agentura, mající potírat federální byrokracii. Za Nixonova nástupce Geralda Forda byl Senátem konfirmován jako zástupce ministra spravedlnosti (*Assistant Attorney General*). Na ministerstvu Scalia absorboval náladu, vyjadřující podezření ke Kongresu a podporu silné exekutivy, kterou sdílel s ostatními konzervativci té éry, jako byl *Solicitor General* Robert Bork, šéf štábu Bílého domu Dick Cheney nebo ministr obrany Donald Rumsfeld.

<sup>9</sup> Po ministru spravedlnosti (*Attorney General*) a jeho přímému náměstkovi (*Deputy Attorney*) je nejvyšším funkcionářem Ministerstva spravedlnosti *Solicitor General* (u nás málo přesně přirovnávaný k Nejvyššímu státnímu zástupci či dokonce náměstkovi generálního prokurátora), který zejména zastupuje Spojené státy v řízení před Nejvyšším soudem. Rozhoduje také, proti čemu se federace odvolá, tedy co nechá ústavněprávně přezkoumat. Úřad *Solicitor General* navíc vystupuje v mnoha případech, ve kterých je poměřována pozice federální vlády jako účastníka v řízení před nižšími soudy. Zde mu pomáhají na případu zainteresovaní *U. S. Attorneys*, působící u každého federálního distriktního soudu. *Solicitor General* má také svůj vlastní tým právníků – „*attorneys*“, kteří častěji než on sám před Nejvyšším soudem vystupují jako jeho zástupci. Je snad zbytečné připomínat, že tato funkce byla pro některé úspěšnou předehrou pro získání nominace na soudce Nejvyššího soudu a vykonávali ji mimo jiné předsedové Taft a Hughes, stejně jako soudci Stanley Reed, Robert H. Jackson nebo Thurgood Marshall. Scalia do té doby zastupoval vládu před Nejvyšším soudem jen v jediné kauze, *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba* (1976), ale s úspěchem.

<sup>10</sup> Jelikož se Reaganovi poradci (zejména *Attorney General* Edwin Meese) domnívali, že to může být poslední příležitost pro prezidenta jmenovat soudce Nejvyššího soudu (do konce funkčního období mu zbývaly jen dva roky), upřednostnili Scaliu před Borkem, a to zejména ze tří důvodů: za prvé byl Scalia o deset let mladší než Bork a byl zde tedy předpoklad, že bude u soudu prosazovat hodnoty republikánů po delší dobu, za druhé se zdál méně kontroverzní pro liberály, jelikož neseřpsal tolik ostrých článků jako Bork, a za třetí se všichni shodovali na tom, že by bylo pěkné mít konečně prvního italo-amerického soudce.

demokraté se zaměřili na Rehnquistovu nominaci, které chtěli hlavně zabránit, a se Scaliou se smířili. Získal si senátory svým humorem, všeobecným rozhledem a vzdělaností, doprovázen na slyšení svojí velikou rodinou, ženou s devíti dětmi, kteří tatínkovi způsobilně fandili. Výsledek hlasování v Senátu byl jednoznačný: 98 : 0 pro Scaliu.

Antonin Scalia, přáteli zvaný „Nino“, patřil k soudcům, kteří očekávání svého prezidenta nezklamali.<sup>11</sup> Předpokládalo se, že bude hájit hodnoty konzervativní Ameriky a on tak činil s obdivuhodnou vervou tři desítky let. Na ústní jednání přicházel nabitý energií; někdo napsal, že připomíná středověkého rytíře, navlečeného v plné zbroji a vzrušeného nastávajícím bojem. Žádný soudce nepoložil tolik otázek, nikdo si neodpustil tolik komentářů a nikdo neuměl svými vtipnými poznámkami vzbudit v soudcovské síni tolik smíchu.<sup>12</sup> Scalia byl zkrátka dalším z řady sympatických typů rodu „*enfant terrible*“, kterých se v historii Nejvyššího soudu USA vystřídalo několik, a pro svoji svéráznost nebyl vždy lehce zařaditelný. Jeho italský původ byl zřejmý z jeho vzhledu i povahy. Extrovertní, pyknický typ s černými vlasy a tmavýma očima, stálým širokým úsměvem a rozmáchlými gesty. Měl rád společnost, dobré jídlo a pití, cigarety a dýmku, oslavy a rauty, divadlo a operu; baseball, poker, lov a hru na klavír.<sup>13</sup>

Scalia sepsal mnoho odlišných stanovisek – *dissenting opinions*, která jsou mimořádně čtivá; používal nečekané analogie a vtipná přirovnání, do hry vložil svoje široké znalosti historie a encyklopedickou paměť. Není to sucharský právnícký žargon a přitom jde o odůvodnění na vysoké odborné úrovni. Když se rozhodl napsat si odlišné stanovisko,

<sup>11</sup> V samotném výběru konkrétního soudce není americký prezident v zásadě ničím omezen. Protože soudcové jsou jmenováni doživotně, pokud se chovají dobře (*under good behaviour*), obvykle mnohonásobně přežijí funkční období prezidenta, jenž je vybral. Ten má tedy možnost ovlivnit směřování Nejvyššího soudu na mnoho let dopředu. Demokratičtí prezidenti tak vybírají liberální soudce, republikánští hledají konzervativce, přesto jsou pak mnohdy překvapeni, jak soudce rozhoduje. V období sporů Nejvyššího soudu s prezidentem Franklinem Delano Rooseveltem se soudce Stone, jmenovaný předchozím republikánským prezidentem, přiklonil na stranu liberálů, až jej F. D. Roosevelt dokonce jmenoval předsedou soudu, a naopak, jeden z největších Rooseveltových odpůrců McReynolds byl původně jmenovaný demokratem Woodrovem Wilsonem jako domnělý liberál. Jiným příkladem je slavný soudce Louis D. Brandeis, který se sám politicky označoval za republikána, ale přitom sdílel nebo dokonce překonával ekonomické a sociální víze prezidenta Wilsona. Prezident Eisenhower jmenoval předsedou Earla Warrena, a nestačil se divit, jaký aktivistický liberál se z něho vyklubal. Tak bychom mohli ještě dlouho pokračovat.

<sup>12</sup> Jeho otázky a postřehy byly typické jistou naléhavostí – teď jde o všechno, jako by varoval před hrozícím požárem. Jindy ale uvolnil atmosféru dobře načasovanou poznámkou. Když jednou jistý právník dlouho nemohl ve svých papírech najít, co hledal, Scalia do napjatého ticha pronesl: „*Až to najdete, zavolejte bingo!*“ Když byl Scalia ve formě a šlo o důležitou věc pro konzervativce (a pak byl ve formě vždycky), dominoval ústním jednáním a někdy se až zdálo, že se přestává kontrolovat. Agresivními otázkami napadal advokáty a okázale je shazoval, když něco zapoměli, nebo nevěděli kudy kam s argumentací. Pak se neohlížel ani na kolegy v soudní lavici. Předseda Rehnquist mu jednou pohrozil prstem jako neposlušnému žákovi, když Scalia skočil do řeči soudci Kennedymu. Také jeho přednášky a diskuse byly poznamenány konfrontačním stylem, lidé se však cítili – více než napadeni – spíše poučení a pobaveni. Ale všechna tato představení byla změkčována Scaliovým důvtipem a inteligencí. Jedináček z učitelské rodiny, sám učitel, rád vyučoval druhé. Po soudu rozeslal krátká memoranda se svými záměry, zvané „Ninogramy“. Bojoval, aby přesvědčil kolegy o jediném správném názoru na věc, tom svém, a pak teatrálně nařikal, když nebyl většinou. Jak již řečeno, odmítal totiž dělat kompromisy se svým právním závěrem, jen aby se k němu některý nesouhlasící soudce přiklonil. Pro Scaliu byla nejdůležitější jeho doktrinární konzistence. To na rozdíl třeba od Williama H. Rehnquista, který, zejména poté, co se stal předsedou soudu, byl zaměřen více na důležitost a jednotu soudu jako instituce. K tématu např. SCALIA, A. – GARNER, B. A. *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*. St. Paul: Thomson Wes, 2008.

<sup>13</sup> Vášnivě a dobře také zpíval při různých slavnostních příležitostech (například vánočních večercích pořádaných Nejvyšším soudem), a se soudkyní Ginsburgovou jednou dokonce vystoupil na scéně ve Washingtonské opeře.

tak to byl ale obvykle také pěkně ostrý disent, který si jeho odpůrci nedali za rámeček.<sup>14</sup> Ale nad to vše se Scalia uměl povznést. Tento v Boha silně věřící člověk, s láskou k umění a k historii, měl také nemalý smysl pro sebeironii. Přes svůj vysoký věk si stále dobře rozuměl s mladými lidmi a když se objevil ve vysokoškolském kampusu, hned byl kolem něj hlouček studentů, rozveselených Scaliovými průpovídkami.

## 2. SCALIOVA PRÁVNÍ FILOZOFIE, PRÁCE NA NEJVYŠŠÍM SOUDU A PŘÍNOS ÚSTAVNÍMU PRÁVU

Nejdříve vymezím Scaliův přístup obecně a posléze se budu snažit vyložit jej na konkrétních pasážích z odůvodnění jeho rozhodnutí, a nebude náhodou, že to budou vesměs odlišná stanoviska. Zde se totiž mnohem lépe projeví individualita soudce, který se nemusí ohlížet na kompromisy, nutné ve většinovém rozhodnutí, kde není soudce osamělý. Konkurencí právní názory jsou obsaženy právě v popisu podstaty těchto většinových stanovisek, což je zároveň polemika se Scaliovými závěry.

Scalia se zaměřoval na text právního předpisu. Metodou interpretace Ústavy mu tedy byl *textualismus*, doplněný *originalismem* – chápáním jejich slov a vět jako v době, kdy byla přijata, jak jim rozuměli lidé, kteří ji ratifikovali. Další dodatky k Ústavě pak musí být obdobně vykládány v tom smyslu, jaký měly v době, kdy došlo k jejich ratifikaci. Ale pozor, platí jen to skutečně vyjádřené v ústavním textu, a jak by mu bylo tehdy rozuměno; kdyby někdo třeba objevil, že tajný záměr otců zakladatelů byl jiný než slovně vyjádřený, nic by to nezměnilo.<sup>15</sup> Jedná se tedy vlastně o textualismus, vztažený k době ratifikace, vycházející z toho, co bylo skutečně publikováno; někdy se to nazývá literárním originalismem (*literaristic originalism*; můžeme-li text předpisu interpretovat tak snadno, tak vlastně k výkladu ani nedochází, vše je jasné). Teprve když text není úplně jednoznačný nebo umožňuje více než jeden závěr, soud by měl zjistit, zda lze nalézt podporu pro nárokované právo, svobodu či výkon moci v právních a společenských tradicích Spojených států amerických. Nedostatek takové textuální, historické a společenské podpory vedl Scaliu k tomu, že na rozdíl od liberálních soudců neshledal, mimo jiné, v Ústavě žádné „právo“

<sup>14</sup> Scaliu, který jak shora konstatováno, sám rád nesouhlasil, paradoxně rozčiloval každý nesouhlas s jeho odbornými východisky, podobně jako jiného mimořádného intelektuála americké historie, Thomase Jeffersona. Některé jeho disenty tak mohly znít až urážlivě pro kolegy a oponenty, ale ti jej již znali. „Nino“ si ulevil, vypsal se, a pak z něj byl zase kamarád. Neměl natolik nesnášenlivou povahu, se kterou by, třeba jako soudci Frankfurter nebo McReynolds, přenášel svůj odborný nesouhlas do osobní roviny. Například ho pojilo již zmíněné upřímné přátelství se soudkyní Ruth Bader Ginsburgovou, členkou levého, liberálního křídla soudu. Navštěvovali spolu operní představení a na Nový rok se rodiny Ginsburgových a Scaliových tradičně setkávaly na společném slavnostním obědě. Přitom pokud jde o právo, nesouhlasili spolu ani v jediné významné záležitosti. Proslavené bylo přátelské ideologické poštuchování, které Scalia provozoval s liberálním soudcem Breyerem. Bývali oba zvaní na různé přednášky a posluchači tak získali v brilantní, vtipné formě diametrálně odlišné úhly pohledu na určitou právní problematiku. Srov. např. Transcript of Discussion between Antonin Scalia and Stephen Breyer. *Washington College of Law*. 2007, January 13. Znamé byly také Scaliovy pohrdavé útoky na pragmatickou jurisprudenci soudkyně Sandry Day O'Connorové.

<sup>15</sup> Jde totiž o originalismus (*original meaning*), nikoliv o interpretaci typu „*original intent*“, intencionalismus, hledající skutečnou vůli těch, kteří Ústavu psali a přijímali. I když originalista a právník vyznávající přístup *original intent* mnohdy nahlížejí do stejných historických zdrojů a pramenů, činí tak z rozdílných důvodů. Originalista jejich pomocí nehledá záměr otců zakladatelů, ale lepší porozumění tomu, jak byl ve své době chápán určitý pojem.

na potrat nebo „právo“ zemřít. Scalia byl tedy za první textualistou, a originalismus mu jen pomáhal tomuto textu správně porozumět, zejména když věty nebyly zcela jasné.

Zde je nutno učinit vysvětlující odbočku, protože se nacházíme v kontinentálním právním systému, a použitým výrazům by nemuselo být adekvátně porozuměno. Názvy metod interpretace v americkém právu jsou jiné než v evropské teorii práva, kde je základem stále K. F. von Savigny, velký prorok právního formalismu (*Begriffjurisprudenz*).<sup>16</sup> V angloamerické literatuře se traktují tři podobné, leč jinak označované metody: Textualismus (text předpisu, jazykový výklad), purposivismus (účel předpisu, objektivní metoda, zaměření na vykladače předpisu) a intencionalismus (záměr toho, kdo předpis přijal, subjektivní metoda, soustředění se na autora předpisu). V časovém smyslu se připojuje tzv. originalismus (jde o něco jiného než uvedený „*original intent*“), popsany doplněk Scaliovy metody. Při zkoumání textu, účelu a záměru tvůrce se jím bere do úvahy stav, jaký tu byl v době přijetí inkriminovaného právního předpisu.<sup>17</sup>

Všichni právníci stejně s výkladem začínají u textu právního předpisu, tedy jako textualisté. Kdo je ale ve zkoumané věci moudřejší, či „racionálnější“, tvůrce předpisu či jeho adresát? Tu nastupují interpreti, argumentující (také) účelem, teleologicky, jako například Stephen Breyer.<sup>18</sup> Ale soudce, který musí rozhodnout a ne teoretizovat, ví, že v praxi je vyložená vědecká problematika, ostře se snažící oddělovat jednotlivé metody interpretace, poněkud nereálná, protože soudce se obvykle zamyslí nad kombinací těchto metod (pokud se vůbec v tomto směru zamyslí), a nějak rozhodne. Nelze ale také nikdy zapomínat, že každý výklad práva by měl zahrnovat i úvahy, jaké by právo mělo být, aby bylo ve shodě se spravedlnostními představami (Ronald Dworkin, Lon Fuller a další). A jsme u věčného návratu přirozeného práva, významné součásti *philosophia perennis*.

Scalia jako metodologický textualista věděl, že právní předpisy jsou výsledkem střetu různých zájmů a zmatených kompromisů, a proto snažit se zjistit skutečný záměr záko-

<sup>16</sup> Formuloval metodu gramatickou, systematickou, historickou a logickou, opatrně zmínil i teleologickou. Dnes jde o jazykový výklad (verba a gramatika), systematický (jednota ústavního textu), teleologický (účel), historický (doba, kdy byla ústava přijata) a komparativní (srovnávací).

<sup>17</sup> Aby to nebylo tak jednoduché, existuje samozřejmě přístup, který vychází z aktuálního stavu – stavu v době interpretace, a právní vědci přišli pochopitelně i na další metodu, která je kombinací originalismu a aktualismu. Mnohost teorií umožňuje vědeckým pracovníkům amerických právnických škol škatulkovat jednotlivé soudce, ale život vždy překvapí, když náhle rozhodnou jinak. Klasický textuální originalista vykládá text právního předpisu podobně jako vyznavači rakouské teorie „zkamenění“ (*Versteinerungstheorie*), podle stavu, za kterého byl předpis přijímán. To Scalia používal jen ve vztahu k ústavním textům, ale ne důsledně, jak dále vyloženo; interpretoval si jej extenzivním způsobem, aby docházel k racionálně obhajitelným výsledkům.

<sup>18</sup> Breyer je asi jediným současným soudcem Nejvyššího soudu, který si vypracoval vědeckou metodu výkladu, která mohla konkurovat Scaliově metodě, a aplikoval ji ve svých rozhodnutích. Jeho právní pragmatismus byl považován za intelektuální protiváhu Scaliově textualismu (Scalia samozřejmě nesouhlasil, že by šlo o filozofie stejně „váhové kategorie“). Breyer při interpretaci jak ústavního textu, tak statutárních předpisů používá čtyři nástroje, totožné v zásadě se Scaliovými: nejdříve hledí na text předpisu, pak se zabývá historií, otázkou tradice a dále bere do úvahy sílu precedentu. Na rozdíl od Scalii však doplňuje další dva přístupy; za první je to smysl či účel přijetí právního předpisu (*the purpose of the statute or legislative intent*) a za druhé zvažuje důsledky při použití některé z interpretací, přicházejících v úvahu (*the consequences of competing interpretations*). Breyer zdůrazňuje, že mu to umožňuje zajistit výkladu větší objektivitu, než když se soustředíte pouze na mnohdy nejednoznačný text. Svoji právní a soudcovskou filozofii vyložil nejlépe sám Breyer v knize *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* z roku 2005. Jde o svým způsobem odpověď na Scaliovu knihu *A Matter of Interpretation* z roku 1997 a polemiku s přístupem, zdůrazňujícím pouze text předpisu a jeho *original meaning*. (SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey: Princeton Uni Press, 1997).

nodárce, složeného z protichůdných sil, je nemožné. Právem je jenom vyjádřený text. Nejde však o to, co se nazývá doslovným výkladem, jasný text ostatně není třeba interpretovat; moderní textualista bere do úvahy také kontext předmětné právní úpravy, nicméně ne tak vášnivě, jako někteří více pragmaticky zaměřeni soudci. Když si rozumně vyloží smysl právního předpisu, textualista nepokračuje, aby se dostal tam, kam by ideově chtěl. *Judicial self-restraint*, soudcovské sebeomezení, chápe jako základní vyjádření svého úkolu.

Scalia říkal, že právní předpisy, a zejména nejvyšší právní předpis, známý jako Ústava Spojených států amerických, prostě „říkají, co míní a míní, co říkají“. Samozřejmě počítal s vývojem v tom smyslu, že třeba pod pojem „dopravní prostředek“ zahrnul i auta a letadla, které nebyly otcům zakladatelům, ani těm, kteří Ústavu ratifikovali, známy, nebo tiskovou svobodou chránil i „*online press*“, ačkoliv komputery rovněž v době přijetí Ústavy neexistovaly. V tomto smyslu aktualizoval text právního předpisu. Například ve věci *Kyllo* z roku 2001 byl Scalia autorem většinového stanoviska, ve kterém vyslovil, že ve 21. století je nutno chránit soukromí stejně jako ve století osmnáctém, přičemž autoři čtvrtého dodatku nemohli předpovídat moderní přístroje, umožňující získávat informace, aniž dojde k fyzickému vniknutí do domu.<sup>19</sup>

Naopak při interpretaci zákonů, ať již federálních či státních,<sup>20</sup> používal Scalia čistý textualismus – prosté chápání slov a vět, jak k němu běžně dochází v době, kdy je výklad podáván, nevracel se k době přijetí textu předpisu a už vůbec nevyhledával jejich legislativní historii. To je jediná cesta, jak zabezpečit, že demokratická většina skutečně zakotví svoji vůli do práva, říkal. Jeho nechuť k soudci, který pátrá v takových zdrojích, vedla dokonce k tomu, že za léta postupně poklesla citace legislativní historie v odůvodněních, protože nikdo se nechtěl dostat do v zásadě zbytečného sporu s tak vynikajícím oponentem. „*Zákonodárci mají různé důvody, proč hlasují pro jistý zákon, nebo dokonce nemají žádný důvod. Vládne nám právo, nikoliv záměry jeho tvůrců*“, zdůrazňoval Scalia a s humorem, využívajícím postřehy z historie, dodával: „*demokratická a spravedlivá vláda nemůže připustit, aby bylo znění zákona determinováno tím, co zákonodárce zamýšlel, spíše než tím, co publikoval. To je ještě horší než známý trik římského císaře Nera, který nechal texty zákona pověsit tak vysoko, že byly těžké přečtení*.“ Text právního předpisu nutno podle Scaliie interpretovat nikoliv striktně nebo volně, ale smysluplně, v souladu s obvyčejným chápáním slov a vět. Zde často sahal po slovníku, vydaném v době přijetí určitého zákona. Pokud je však text jasný, nelze jeho vyznění nějak opravovat, i když je zákon hloupý, protože to samo o sobě ještě neznamená vždy protiústavnost.

Podle Scaliie mají lidé v Americe zaručeno právo na rovné a konzistentní postavení před právem, čemuž odpovídá garance, aby nebyli vystaveni různým úvahám a názorům

<sup>19</sup> *Kyllo v. United States* (2001) 533 U.S. 27 (2001) byl případ, ve kterém Nejvyšší soud nepřipustil použití high-tech přístroje, zkoumajícího teplotu v uzavřené místnosti, bez příkazu k prohlídce (*search-warrant*). Těsným poměrem 5 : 4 tak zvrátil odsouzení muže ze státu Oregon, potrestaného za pěstování marihuany, což policie zjistila pomocí uvedeného přístroje, signalizujícího bez vniknutí dovnitř zvýšenou teplotu v domě.

<sup>20</sup> Nejvyšší soud Spojených států není exkluzivním ústavním tribunálem, specializovaným primárně jen na ústavněprávní problematiku, jako je tomu u většiny evropských ústavních soudů. Kromě toho, že *Judicial Review* vykonávají i ostatní soudy, každoročně vydává nezanedbatelnou část rozhodnutí, zahrnujících širokou škálu otázek, týkajících se statutárního práva nebo dokonce *common law* (*statutory and common law issues*). Individuální spor tak rozhodne pouze na základě zákonných a jiných pramenů práva (jak se v Evropě pod vlivem německé judikatury říká, „jednoduchého práva“), aniž se vůbec dotkne ústavního práva.



soudců, nebo měnícím se náladám veřejnosti. Proto nesnášel koncept „živé Ústavy“ (*living Constitution*), dávající soudcům možnost modifikovat smysl ústavních článků, aby došlo k jejich adaptaci na měnící se dobové okolnosti reflexí vývoje názorů ve společnosti. Zde srovnával Ústavu se zákony, které se také neinterpretují se změnou jejich smyslu v časovém vývoji. Varoval, že „*jakmile jednou připustíme, že ústavní standardy se vyvíjejí v souladu s dospívající společností, riskujeme, že velmi rychle uvěříme v jejich kulminaci v našich vlastních názorech*“. Hrozí pak nebezpečí, že „*vláda práva se změní ve vládu právníků; nejhorší na teorii živé Ústavy je, že chce vlastně Ústavu zničit. Přitom celý smysl Ústavy tkví v tom, zabránit budoucí společnosti, dělat si co chce*.“ Právě proto podle Scalii otcové zakladatelé přijali Ústavu a dali soudcům Nejvyššího soudu benefit doživotního jmenování – aby zabránili společnosti přijmout zákony, které porušují přetrvávající či věčné hodnoty národa. Demokratický stát nepotřebuje psanou Ústavu, aby zaručil současné, nové, moderní hodnoty. Od toho jsou volby. Psaná Ústava je nutná právě proto, aby chránila určité hodnoty před převažujícími názory ve společnosti.

Scalia rovněž zásadně nesoúhlasil s koncepcí, kterou Nejvyšší soud dal původně pouze procedurálním garancím v klauzulích řádného procesu a stejné ochrany čtrnáctého dodatku – *due process of law and equal protection* – materiální obsah (*substantive*). Tím se podle Scalii stal tvůrcem práva, nikoliv jeho pouhým vykladačem (nebo maximálně tím, kdo právo dotváří), a vstoupil tak do oblasti vyhrazené zákonodárci a politice. Podle teorie *substantive due process* v sobě slovo „svoboda“ ve zmíněné klauzuli zaručující „řádný proces“ zahrnuje také materiální omezení státní moci regulovat lidské chování, bez toho, aby byla tato konkrétní práva výslovně, třeba jen obecně, zmíněna v Ústavě. Takto bylo (vy)nalezeno třeba právo na soukromí (*right of privacy*).<sup>21</sup> S tím mají textualisté jako Scalia samozřejmě problém.<sup>22</sup> Scalia zdůrazňoval, že text klauzule *due process* nechrání jednotlivce před porušováním jejich svobody bez dalšího (*simpliciter*); chrání jej před porušováním jejich svobody „bez řádného právního procesu“. Ústavní text garantuje určitá materiální práva výslovně, a nadto zaručuje právo na řádný proces, pokud jde o život, svobodu nebo majetek.

K tomu, že byl v daném názoru Scalia konzistentní, lze uvést věc *Troxel v. Granville* (2000) 530 U.S. 27 (2000), ve které se Nejvyšší soud zabýval rodičovskými právy. Většina soudců dospěla k závěru, že rodič má ústavně zaručené právo omezit u svých dětí návštěvy prarodičů. Následoval tak předchozí rozhodnutí Nejvyššího soudu státu Washington, který shledal tomu odporující zákon neústavním, protože porušoval materiální právo matky řídit výchovu svých dětí, garantované prý čtrnáctým dodatkem. Scalia, sám otec devíti dětí, u kterého by tedy bylo možno předpokládat, že podpoří svobodu rodičů vychovávat své děti, jak uznají za vhodné, si podal odlišné stanovisko. V souladu se svojí textualistickou metodologií neshledal takové právo ani v textu Ústavy, ani v historických tradicích. Takže jakkoliv mohl pociťovat jisté sympatie pro dosažený výsledek, věren své

<sup>21</sup> Stalo se tak ve věci *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) kde Nejvyšší soud poměrně jednoznačně (7 : 2) prohlásil za neústavní zákon státu Connecticut, který paušálně zakazoval použití prostředků proti početí (tedy např. i manželským párům). Konzervativce dráždilo hlavně odůvodnění, sepsané soudcem Douglasem, argumentující složitě nalezeným právem na soukromí každého jedince v Ústavě.

<sup>22</sup> „*The lack of textual basis for creating new rights gives unelected judges too much discretion to advance their sense of right and wrong, undermining the rule of law*“. Blíže Scalia, A.: *The Rule of Law as a Law of Rules*, University of Chicago Law Review 56. 1989, Fall.

doktríně konstatoval, že daná otázka měla být v demokracii ponechána na rozhodnutí lidu.<sup>23</sup>

Scalia netvrdil, že se Ústava nemůže měnit, k tomu však slouží proces přijímání dodatků. Může být doplňována v oblasti dělby moci a vymezení kompetencí nejvyšších státních orgánů (*frame of government*), jako když například sedmnáctý dodatek zavedl přímou volbu senátorů, nebo může dojít k rozšíření základních práv (*bill of rights*), jako když ratifikací devatenáctého dodatku bylo ženám garantováno volební právo.<sup>24</sup> Scalia se trochu ve výše uvedeném přístupu podobal soudci Hugo Blackovi, který také kritizoval ideu „živé Ústavy“, ale Scalia byl přísnější, bez Blackovy pragmatické citlivosti k politickému kontextu. Scaliův přístup nelze popsat jako soudcovské sebeomezení – naopak byl ve snaze zlikvidovat federální a státní zákony, se kterými se neztotožnil, aktivistický. Tady by Scalia zřejmě nesouhlasil: pokud se někdy zdá, že vystupuje aktivisticky a nerespektuje doktrínu dodržování předchozích rozhodnutí (*stare decisis*) a předchozí precedenty Nejvyššího soudu, činil tak jenom tehdy, když jeho metodologická analýza prokázala, že určité soudní rozhodnutí nemá oporu v textu Ústavy ani v amerických právních a společenských tradicích. Říkal, že vlastně tímto postupem „*deaktivuje předchozí soudní aktivismus*“.<sup>25</sup>

Jak již výše zmíněno, Scaliovi názorovi oponenti se jej samozřejmě pokoušeli chytit za slovo a ukázat, že jeho právní filozofie a metodologie zase tak konzistentní a neideologická není. Podobně Scaliu pozlobil soudce Breyer, jenž ho ve veřejné diskusi konfrontoval se skutečností, že ti, kteří ratifikovali čtrnáctý dodatek, neměli v úmyslu tímto způsobem zcela ukončit segregaci ve školách, jako se stalo ve slavném případě *Brown* z roku 1954. Scalia na to reagoval tak, že by se připojil ke starému soudci Harlanovi v jeho slavném disentu v kauze *Plessy v. Ferguson* z roku 1896, který byl případem *Brown* překonán, a vůbec by se úmyslem těch, co přijali předmětný dodatek, nezabýval.<sup>26</sup>

Bylo mu ale také třeba připomínáno, že jeho *podpora ústavních práv korporací* neodpovídá originalistickému přístupu k ústavnímu textu, když v době ratifikace čtrnáctého dodatku bylo obecně zastáváno, že korporace nejsou nositeli ústavních práv. Scalia to překlenoval výkladem, že v době přijetí Listiny práv byla ústavní práva přiznávána „skupinám, složeným z jednotlivců“ a neexistencí výslovné výjimky pro subjekty jako jsou

<sup>23</sup> Scalia předmětné rodičovské právo nalezl mezi „*unalienable Rights*“ v Deklaraci nezávislosti, konstatující „*all Men...are endowed by their Creator*“ a mezi právy, jejichž výčet v ústavě nesmí být vykládán jako popření nebo zlehčení (*deny or disparage*) ostatních práv náležejících lidu. Ale Deklarace nezávislosti neváže přímo soudy (*the Declaration of Independence is not a legal prescription conferring powers upon the courts*), a soudci nejsou oprávněni identifikovat nová práva podle devátého dodatku k Ústavě a napravovat tak zákony, „*hloupě přijaté lidem*“ („*laws duly enacted by the people*“).

<sup>24</sup> Někteří jsou toho názoru, že otázku *women suffrage* bylo možno vyložit širší interpretací jiných částí Ústavy bez přijetí dodatku, třeba z klauzule *equal protection* čtrnáctého dodatku. K tomu Scalia říkal: „*ale tehdejší Nejvyšší soud se necítil oprávněn nalézat nová práva bez textuální a historické podpory*“ („*Yet the Supreme Court in those days did not feel empowered to establish new rights without textual or historical support*“).

<sup>25</sup> Jeho metodologie jej také odlišovala od tak zvaných „striktních konstrukcionistů“, kteří používají zužující výklad; například pod svobodu projevu prvního dodatku zařazují pouze skutečný veřejný projev. Scalia byl přesvědčen, že první dodatek kryje oblasti komunikace mnohem širěji, a zahrnoval pod jeho ochranu třeba i psaný dopis.

<sup>26</sup> Případ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), ve kterém Nejvyšší soud formuloval pokryteckou doktrínu *separate but equal* („oddělení, ale rovni“). Jediným disentuujícím byl soudce John Marshall Harlan I, jenž zde vyslovil často citovanou větu, že Ústava USA je barvoslepá a jakékoli oddělování občanů na rasovém základě je projevem otroctví, neslučitelného s občanskou svobodou. Jde o jeden z nejslavnějších a nejlivnějších disentů v historii Nejvyššího soudu.

korporace v klauzuli garantující svobodu projevu prvního dodatku. V oblasti svobody projevu se Nejvyšší soud zabýval také financováním politických stran. Ve věci *McConnell v. Federal Election Commission* 540 U.S. 93 (2003) schválil dvě nejdůležitější opatření příslušného zákona.<sup>27</sup> Zákon byl velmi rozsáhlý a upravoval celou problematiku komplexně, ale těmi dvěma nejdůležitějšími kapitolami byl za prvé zákaz toho, čemu se říkálo „měkké peníze“ (*soft money*), což byly dary od jednotlivců a korporací národním politickým stranám (to bylo dosud neregulované, ale objem těchto příspěvků se velmi zvýšil a tím i obavy z korumpování legislativního procesu) a za druhé došlo k regulaci druhu politické reklamy, zacílené na určitou oblast veřejných otázek.<sup>28</sup> Kongres tedy zakázal zmiňovat jméno kandidáta šedesát dnů před volbami. Skupiny politických aktivistů namítaly, že takové opatření porušuje jejich práva zaručené prvním dodatkem, seznamovat voliče o konkrétním politikovi v nejlépe efektivním čase. Jak řečeno, Nejvyšší soud danou úpravu podržel. Vyslovil, že enormní příspěvky politickým stranám (*soft-money*), zejména od korporací, mají korozivní efekt na legislativní proces a na důvěru voličů v integritu jejich vlády. Boj proti této korupci tak reprezentuje „významný vládní zájem“ (*compelling government interest*) a je proto zcela legitimní.

Nejvýraznějším disenterem byl Scalia. Uvedl, že rozhodnutí soudu nebylo věrné textu ani duchu prvního dodatku Ústavy ani předchozím precedentům. První dodatek znamená především právo kritizovat vládu. Scalia připustil, že někteří členové Kongresu mohli být vedeni ušlechtilými motivy, ale mnozí se spíše chtěli vyhnout nepříjemné kritice. Vystihl, že zákon přijali stávající členové Kongresu (samozřejmě), kteří budou usilovat o znovuzvolení, a jsou tedy favorizováni. Vyzyvatelé to mají vždy těžší, a každá restrikce v oblasti svobody projevu tenduje k úspěchu těch, co usilují o další mandát. Není náhodou, že vydají na svoji kampaň až třikrát více z „tvrdých peněz“ (*hard money*; přímé příspěvky kandidátům), které nejsou legislativou regulovány, než jejich vyzyvatelé. Ale podpora národních stran (*national-party funding*) je daným zákonem limitována; to slouží zase spíše stávajícím kongresmanům.<sup>29</sup> Restrikce vydávání peněz na podporu určitého projevu jsou podle Scalii ekvivalentní restrikcím svobody slova. První dodatek chrání politické shromažďování stejně jako politické projevy. Právo sdružovat se zahrnuje i právo shromažďovat finanční prostředky. Také druh asociace jakým je korporace musí požívat plné ochrany prvního dodatku, neboť stejně jako jiná sdružení nebo jednotlivci přispívá k veřejné diskusi.

K riziku korupce Scalia uvedl: kandidáti by neměli být izolováni od neefektivnější podpory projevu, kterou jim mohou poskytnout hlavní hráči v ekonomice a spojené zájmové skupiny. Premisa prvního dodatku počítá s tím, že Američané nejsou ovce ani hlupáci. Jestli je tato premisa chybná, má naše demokracie větší problém než politický

<sup>27</sup> „*Bipartisan Campaign Finance Reform Act*“ (BCRA, také známý jako „*McCain-Feingold Act of 2002*“).

<sup>28</sup> Tak zvaná „*issue advocacy*“. Jejich sponzoři mohli zůstat v utajení, jenom reklamy, výslovně doporučující voličům koho volit nebo nevolit, byly regulované. To se však dalo obcházet – místo výslovného „*nevolte senátora Jacksona*“ – například takto: „*přísnější podmínky pro ochranu životního prostředí vedou k uzavírání továren. To vede k nezaměstnanosti. Kongresman Jackson podporuje životní prostředí. Zavolejte mu a sdělte, že nechcete být na dlažbě.*“

<sup>29</sup> Zákon o kolkovním z roku 1712 uložil daň z reklamy. To vedlo ke konci poloviny časopisů tehdy v Anglii. Podobně postupoval roku 1765 anglický parlament proti koloniím, použil Scalia své oblíbené argumentace dějinami a připomenul i slavné rozhodnutí *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), ve kterém bylo mimo jiné uvedeno, že placená inzerce v tisku je plně chráněna prvním dodatkem.

vliv pomocí koncentrace majetku. Každá „co za to“ dohoda (*quid-pro-quo agreement*) porušuje zjevně trestní právo. K argumentu, že v politice se točí již příliš peněz, Scalia napsal: „*Jestli se naše demokracie topí v množství finančních příspěvků, pak prostě neumí plavat*“. Uzavřel tím, co již uvedl; ve skutečnosti jde o prevenci kritiky vládnoucích a připomenul tzv. „fenomén Charlieho Wilsona“ (dřívějšího prezidenta General Motors), jenž řekl: „*Co je dobré pro General Motors, je dobré pro zemi*.“ Scalia konstatoval, že mocní brzy inklinují k tomu věřit, že co je dobré pro ně, prospívá i státu. Prvním instinktem mocných je udržet si moc. Pokud Ústava vyžaduje periodické volby, nejlépe se toho dosáhne omezením volebních projevů.<sup>30</sup>

Dále bylo, jak jsem uvedl výše, Scaliovi předhazováno, že mu „konzistentní originalismus“ byl jen zástěrkou pro jeho skutečný záměr – zvrátit co nejvíce zásadních rozhodnutí, přijatých zejména Warrenovým a raným Burgerovým soudem a dosáhnout toho, co se konzervativcům nepodařilo politicky. Scalia se bránil, že i tam, kde jeho pravicové přesvědčení bylo v nesouladu s originalistickým přístupem, rozhoduje jako originalista, i když třeba nerad. Například považoval pálení americké vlajky, která je jinak pro konzervativce posvátná, za součást *svobody projevu*.<sup>31</sup> Ostatně, Scalia byl konzistentním podporovatelem politického projevu, který podle něj leží v centru prvního dodatku a svobodu slova chápal, jak již shora naznačeno, širěji, včetně projevů spojených s určitým jednáním; nepříznával však takovou ústavní ochranu pornografii a jiným druhům neslušností (*indecenty*). Např. ve věci *Barnes v. Glen Theater, Inc.* 501 U.S. 560 (1991) šlo o to, že stát Indiana přijal zákon, zaměřený proti neslušnému chování na veřejnosti, jenž mimo jiné zakazoval nahotu. Dva striptýzové bary a jejich tanečníci zákon napadli pro jeho údajný nesoulad s právem na svobodné vyjádření názoru podle prvního dodatku. Nejvyšší soud poměrem 5 : 4 zákon podržel. Většina soudců sice uznala, že tanec nahých lidí představuje výrazné chování (*expressive conduct*), leč patří do toho druhu projevu, který pro svoji obscenitu může být státními zákony limitován. Zákaz nahoty, a ne tanec, byl objektem předmětného zákona.

Scalia hlasoval s většinou, ale nesouhlasil s odůvodněním rozhodnutí, a tak si podal konkurující stanovisko – *concurring opinion*. Soud vůbec podle něho neměl zjišťovat, zda omezení této činnosti je v důležitém zájmu státu; první dodatek se zde podle něho

<sup>30</sup> Scalia se chystal na příležitost, která se naskytl v podobě kauzy *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010). Obchodní korporace mohou nyní poskytovat neomezené příspěvky na volební kampaně, jde o svobodu projevu, což Scalia považoval za mimořádně důležité.

<sup>31</sup> Notoricky známá vlajka s hvězdami a pruhy je pro většinu Američanů předmětem mimořádné úcty. Nejvyšší soud shledal v případech pálení vlajky (*Flag Burning Cases*) symbolický projev, chráněný prvním dodatkem. Ve věci *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989) byl zákon státu Texas o hanobení vlajky označen za neústavní, kolidující s možností realizace svobody projevu; skutečností však je, že pan Gregory Johnson, původně podle předmětného zákona potrestaný, vlajku nejen páčil (symbolický projev), ale také u toho sprostě pokřikoval. Těsnou většinou pěti soudců vedl Bill Brennan, se kterým samozřejmě hlasovali liberálové Marshall a Blackmun, ale majoritu pomohl vytvořit i soudce Kennedy a zejména Scalia. Brennan konstatoval, že stát nesmí omezovat vyjádření určitých myšlenek jenom proto, že většina společnosti zvolený projev považuje za urážlivý (*the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive*). Proti tomuto rozhodnutí se zvedl velký odpor z řad amerických vlastenců a Kongres proto rychle přijal obdobný zákon jako stát Texas (*federal Flag Protection Act*), který však opět Nejvyšší soud stejným poměrem (5 : 4) prohlásil za neústavní ve věci *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990). Poté pokus o přijetí ústavního dodatku na ochranu vlajky nezískal potřebnou dvoutřetinovou většinu v obou komorách Kongresu. Scalia se trápil a nadával: „*Nesnám špinavé, vosaté, sandály nosící muže, kteří páli naši drahou vlajku. Ale jsem přesvědčen, že to směji dělat v rámci svobody slova*.“

vůbec neaplikuje. Indiana neregulovala tanec, ale nahotu na veřejnosti, v souladu s dlouhou tradicí takových zákonů, tvořících porušení obecného práva („*an offense at common law*“). Svým typickým způsobem Scalia napadal myšlenku disentujících soudců, že pouze ublížení druhým je důvodem k restrikci nudismu na veřejných místech. Ono Thoreauovské „*můžeš si dělat, co chceš, dokud tím neublížíš jiným*“ je pěkná idea, ale není vepsána do Ústavy. „*Zákon státu Indiana by byl porušen, i kdyby se skupina tisíců lidí rozhodla v centru města ukazovat si svoje genitálie, a v tomto davu by nebyl ani jediný neviný poškozený. Naše společnost, a všechny humánní společnosti, zakazují takové aktivity, neboť jsou nemorální, podobně jako zakazuje sadismus, kohoutí zápasy nebo zneužívání drog.*“ Indiana může podle Scalii vynutit zákaz nudismu na veřejnosti i proti těm, kteří tvrdí, že tímto způsobem hodlali komunikovat (něco vyjádřit, třeba že na nahotě není nic neslušného); na podstatě to nic nemění, nejde o projev, ale nepřístojné jednání. A stát reguloval toto chování, ne nějaké vyjádření.

Pokud jde o *pravomoci exekutivní větve* národní vlády, byl Scalia jejich horlivým zastáncem, prosazujícím, že moc prezidenta musí ve většině případů převážet. V oblasti dělby moci jsou podle něj stanoveny Ústavou jasné linie, oddělující legislativu, exekutivu a justici, a proto není žádná z těchto větví oprávněna užívat moci vyhrazené jiné větvi. V kauzách, týkajících se federalistických otázek, byl zase často na straně konkrétního státu proti federální vládě. Scalia byl toho názoru, že ústavní struktura, garantující horizontální a vertikální dělbu moci (federalismus), je mnohem důležitější pro zajištění individuálních svobod než Listina práv (*Bill of Rights*). Přitom články Listiny práv považoval za vysoce zavazující a interpretaci nezměnitelné; text je jasný, právo je garantováno, nic více, nic méně (*text is clear, right is guaranteed, no more, no less*), říkal. Soudci nemohou jeho vyznění změkčovat nebo přitvrzovat, jak se jim to v konkrétním případě hodí.<sup>32</sup>

Ilustrací Scaliova přístupu v popsané oblasti je jeho dissent v kauze *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654 (1988). Nejvyšší soud tu schválil deset let staré rozhodnutí Kongresu, pocházející z doby, řešící dozvuky aféry *Watergate* přijetím zákona o vládním etickém kodexu.<sup>33</sup> Závěr Nejvyššího soudu (přijatý poměrem 7 : 1), za který sepsal stanovisko předseda Rehnquist, byl postaven na ústavní pravomoci Kongresu jmenovat nižší soudní úředníky a na odmítnutí názoru, kterým před soudem argumentoval Reaganův *Solicitor General*, že zákon porušuje prezidentovu schopnost zajistit „věrné vykonávání zákonů“ (*faithful execution of laws*), když mu nedává možnost ani jmenovat, ani odvolat nezávislého poradce či vyšetřovatele. Soud konstatoval, že prezidentovi zůstává dostatečná moc k výkonu ústavních povinností. „*Independent counsel*“ má omezenou jurisdikci, dobu působnosti i pravomoc, takže nemůže nijak uškodit systému dělby moci.

Jediným disentujícím byl Antonin Scalia. Sepsal obsáhlé nesouhlasné stanovisko, ve kterém poukázal nejen na ústavně strukturální inkompabilitu instituce nezávislého vyšetřovatele, ale předvídal i reálné problémy, které to přinese. Předně zdůraznil, že kriminální vyšetřování je výkonem čistě exekutivní moci (*purely executive power*)

<sup>32</sup> Ústavu Spojených států následuje 27 dodatků (*amendments*), z nichž prvních deset je nazýváno Listinou práv (*Bill of Rights*), přijatých s účinností od 15. prosince 1791.

<sup>33</sup> Zmíněné rozhodnutí Kongresu autorizovalo vznik speciálního tříčlenného soudního panelu, určeného ke jmenování nezávislého vyšetřovatele (*independent counsel*) pro účely zjišťování nezákonností exekutivy. Zákon umožňoval odvolání vyšetřovatele pouze ministrem spravedlnosti (*Attorney General*), a jen z „dobrých důvodů“ (*for a good cause*).

a prezidentovi zákon odnímá exkluzivní kontrolu nad touto mocí, která mu má náležet. Případy alokace moci mezi Kongres, prezidenta a soudy, dotýkající se její vyváženosti, přicházejí před Nejvyšší soud pro svoji důležitost, tak říkajíc, „v rouše beránčím“ (*in sheep's clothing*), a jejich potenciál zasáhnout vyváženost mocí nemusí být evidentní a zjistí se až po pečlivé analýze, ale, jak Scalia zdůraznil se smyslem pro gradaci textu, „tento vlk přichází jako vlk“ (*but this wolf comes as a wolf*). Připomněl, že politické tlaky vedly již v minulosti ke jmenování speciálních vyšetřovatelů (*special prosecutors*), třeba pro aféry *Teapot Dome* a *Watergate*, takovým postavením jako nynější „nezávislý vyšetřovatel“ ale nedisponovali. Poznamenal, že vyšetřovatel, který nebude součástí exekutivní větve moci – jak Ústava vyžaduje – se bude chovat jako nevypočitatelný inspektor Javert z Hugových *Bídníků*, zuřivě usilující o to, někoho dostat (*running wild in order to „get“ someone*). Scalia uzavřel: „*Vláda práva znamená vládu pravidel. Dnešní rozhodnutí o základní problematice fragmentace exekutivní moci není ovládána pravidly, ani právem... Preferuji spolehnout se raději na závěry moudrých mužů, kteří zkonstruovali náš systém, lid, který jej potvrdil a dvě století historie, která prokázala, že funguje.*“<sup>34</sup>

Scalia byl ostrým odpůrcem soudci nalezeného *práva na interrupci*; byl přesvědčen, že takto uměle nelze vytvořit ústavní právo, které není obsaženo ani v textu Ústavy, ani není zakořeněné v amerických tradicích – naopak, taková jednání byla v minulosti vždy proskribována. Výsledkem byla podle Scalii konstantní konfuze a inkonzistence v rozhodnutích, týkajících se potratů. Věc měla být ponechána rozhodnutím státních legislatur nebo lidu, a ne soudu. Scalia se dlouhá léta snažil vytvořit na Nejvyšším soudu většinu, která by zvrátila rozhodnutí ve věci *Roe*.<sup>35</sup> Připomínal, že překonání tohoto precedentu by nevedlo k tomu, že by se rázem staly interrupce nezákonné; jen by to umožnilo státům přijmout takovou legislativu.<sup>36</sup> Politikaření a lobbismus v této citlivé otázce ale změnily

<sup>34</sup> Pravdivost Scaliových předpovědí si připomněli republikáni v podobě nezávislého vyšetřovatele Lawrence Walshe roku 1992 (snaha znovu žalovat dřívějšího ministra obrany Caspara Weinberga pro aféru *Irán-Contras* krátce před volbami), a zejména demokraté při impeachmentu prezidenta Clintona, kam jej dotlačil *independent counsel* Kenneth Starr, vyšetřující po čtyři roky Clintonovy obchody s pozemky a mimomanželské vztahy. Kongres nakonec mlčky uznal Scaliovy námitky a platnost zákona neprodloužil.

<sup>35</sup> Případ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), založený na kontroverzní „*trimester analysis*“, mnozí emotivně přirovnávají k tak ostudné kauze, jako byla *Dredd Scott case*, ve které bylo před občanskou válkou rozhodnuto ve prospěch otrokářů. Skutečně, tento případ rozdělil veřejné mínění v USA ve 20. století téměř tak ostře, jako otázka otroctví o století předtím. Nejvyšší soud, paradoxně pod předsednictvím Warrena E. Burgera, který měl vést soud konzervativním směrem, přiznal ženám ústavní právo na potrat (*constitutional right to abortion*) a velmi tak rozšířil právo na soukromí, nalezené Warrenovým soudem. Společenská, odborná i politická kritika rozhodnutí přetrvává a zápas mezi podporovateli potratů a jejich odpůrci se nepodařilo zvrátit ani pokusem o přijetí ústavního dodatku. Autor stanoviska soudu Harry Blackmun, na kterého se trochu nespravedlivě soustředila zejména cílená palba konzervativců (přitom rozhodnutí bylo přijato poměrem 7 : 2), o tématu potom často přednášel, bylo mu však předhazováno, že argumentoval spíše morálně než právně, když zdůrazňoval význam rozhodnutí jako milníku na cestě ženy ke skutečné rovnoprávnosti. V odborných kruzích si neposloužil dokonce ani u mnohých liberálních právníků. I podle levicového Marka Tushneta je zdůvodnění z čistě řemeslného hlediska hrozné. Podle nejhalasnějšího kritika z konzervativních pozic Roberta Borka zde nejsou žádné právní argumenty; právo na interrupci prostě v ústavě není a soudci sledovali jen ideál neomezeného individualismu a soud se dopustil libovůle, kterou si přisvojil moc, patřící americkému lidu. Nejspíše lze sdílet názor Johna Elyho, podle kterého *Roe* leží již za přijatelnou hranicí, kdežto *Griswold case* se k ní jen blíží; Douglas byl zkrátka talentovanější než Blackmun. V *Griswoldovi* 1965 bylo nalezení a použití práva na soukromí ještě oprávněné, zde již bylo spíše zneužito.

<sup>36</sup> Jako křesťan byl Scalia zásadově proti interrupcím, ale jako právník bral ohled i na jiné názory ve společnosti. Nesouhlasil jen s nadekretovaným příkazem Nejvyššího soudu, bez podpory v ústavním textu, a přitom závazným pro všechny státy.

i poměry, panující na Nejvyšším soudu, jehož soudce chtěli mít otcové zakladatelé co nejvíce izolované od veřejnosti. Nyní propukají před soudem masové demonstrace obou nesmířitelných táborů, kdykoliv rozhoduje o tomto tématu, které se plete i do způsobu výběru budoucích soudců, konstatoval Scalia; svoje právní názory vyjádřil zejména ve stanoviscích k případům Webster 1989 a Casey 1992.

Ve věci *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989) se konzervativcům zdařilo vytvořit těsnou většinu (5 : 4) a shledat tak ústavním základní články zákona státu Missouri, který potraty trochu omezoval. Zákon zakazoval provádět interrupci ve státních zařízeních, na které přispívají daňoví poplatníci a ukončení těhotenství od určité doby (od dvaceti týdnů těhotenství) podmiňoval stanoviskem lékaře, testujícího životaschopnost plodu, přičemž zakazoval doporučovat tento postup ženám ze strany veřejných zaměstnanců (pokud nejde o život matky) a používat k tomu veřejné prostředky. Tento výsledek ale neuspokojil nikoho, pro příznivce práva volby ženy (*pro-woman choice*) zašel soud příliš daleko, zatímco pro odpůrce interrupcí by bylo vítězstvím jen překonání závěru vysloveného v případě *Roe*. O to se z majority pěti soudců ve Websterovi poctivě pokusil jen Antonin Scalia. Trojice Rehnquist, White a Kennedy přijala pluralitní stanovisko, ve kterém restriktivní podmínky přezkoumávaného zákona shledala ústavními, pokud jsou založeny na racionálním základě (*rational basis test*). Soudkyně O'Connorová vytvořila vlastní koncepci, když výslovně odmítla zasahovat do precedentu *Roe* a zákon státu Missouri podpořila na základě ještě užšího standardu, než byl použit v pluralitním stanovisku: přijaté restrikce nesmí vést k „nevhodnému břemenu“ (*undue burden*) vzhledem k přiznanému právu na potrat.

Scalia, frustrovaný z neúspěchu zvrátit kauzu *Roe* a z názorů soudkyně O'Connorové, sepsal konkurující stanovisko, ve kterém napadl téměř všechny body jejího odůvodnění. Úvodem konstatoval, že tato kauza bude bezpochyby mnohými vítána jako triumf soudního státnického přístupu (*today's case will doubtless be heralded as a triumph of judicial statemanship*). Podle Scalii „tím tedy není, ledaže je státnickým počinem prolongovat tímto soudem samým si udělenou suverenitu v oblasti, ve které nemá co dělat“. Jestliže O'Connorová uvedla, že věc nebylo nutno rozhodovat z hlediska ústavního práva, Scalia ocitoval nedávné kauzy, ve kterých O'Connorová autorizovala zrovna opačný přístup. Uvedl, že takový názor nemůže brát vážně. Soud podle Scalii neměl s touto kauzou disponovat na zákonném základě, ale posoudit, zda zákon státu Missouri je či není v souladu s Ústavou. Poté odmítl teorii přílišného břemena („*undue burden*“) která podle něj nemůže být vůdčí metodou, jak řešit právní otázky interrupcí. Závěrem si Scalia povzdechl, že ze čtyř možností, které soud mohl zvolit – znovu potvrdit *Roe*, výslovně jej zvrátit, překonat jej mlčky nebo se této otázce zcela vyhnout – je ta poslední (a zvolená) nejméně odpovědná.

Další republikánský prezident George Bush starší se pokusil posílit tábor odpůrců interrupcí jmenováním Clarence Thomase (to se mu z jeho hlediska povedlo) a Davida H. Soutera (to se mu nepovedlo, protože Souter se přidal k liberálům). Nejvážnější pokus konzervativců byl učiněn ve věci *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), ve kterém byl napaden interrupce omezující pensylvánský zákon. Poprvé zde čtyři soudci (Rehnquist, Scalia, Thomas a White) jednoznačně hlasovali pro zvrácení kauzy *Roe*. Většina se však opřela o stanovisko majoritního jádra tří soudců ve svém středu, tvořeného O'Connorovou, Souterem a Kennedym, ve kterém měl hlavní slo-

vo shora zmíněný test soudkyně O'Connorové, zvaný „*neobvyklé či neúměrné břemeno*“ (*undue burden*), kterým byla poměřována regulace interrupcí.<sup>37</sup>

Byla přitom použita rétoricky pěkně znějící slova: „*V samotném srdci svobody se nachází právo rozhodnout se pro svůj koncept existence, myšlení, univerza, a tajemství lidského života*“ (*At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life*). Takové poetické zdůvodnění, spolu s nedostatečnou ústavněprávní argumentací, rozčílilo Scaliu, který neváhal do boje opět nasadit svůj sarkastický jazyk. Ve svém obsáhlém odlišném stanovisku, plném historických ohlédnutí a kontextů, konstatoval, že jeho názory jsou neměnné; státy mohou, pokud chtějí, povolit interrupce, nebo je zakázat, a Ústava jim v této oblasti nic nepřikazuje. Umožnění potratů nebo jejich omezení je otázkou demokracie: občané se snaží navzájem přesvědčit a volit. Jak soud sám přiznal, „*tam, kde rozumní lidé zastávají různé názory, vláda se může přiklonit k jedné pozici, nebo ke druhé*“. Tohle je podstata zkoumané problematiky, zdůraznil Scalia, a ne zda má žena právo nechat potratit své dítě jako výkon své „svobody“ v absolutním smyslu. Jde o to, zda je taková svoboda chráněna Ústavou Spojených států. „*Isem si jist, že nikoli*“, pokračoval Scalia, „*stejně jako není ústavně chráněna třeba bigamie, a to ze dvou jednoduchých důvodů: 1) Ústava o tom neříká absolutně nic a 2) dlouholetá tradice americké společnosti takové jednání zakazuje a potlačuje*.“

Scalia pak zopakoval, že rozhodnutí ve věci Roe bylo od základu chybné, a to jak v metodologii, užití soudem, tak v podstatných textových kritériích a tradici. Citoval soudce Curtise, disentujícího před 135 lety ve věci Dreda Scotta: „*Již nemáme Ústavu; jsme pod vládou jednotlivců, kteří čas od času deklarují, co je Ústava, podle jejich vlastních názorů na to, čím by měla být*“.<sup>38</sup> Pokud jde o aplikaci doktríny *stare decisis* na zachování

<sup>37</sup> O takové břemeno se podle tohoto testu jedná, pokud záměr zákona nebo jeho efekt vede k umístování materiálních překážek do cesty ženě, která hodlá za povolených podmínek podstoupit interrupci (*to place substantial obstacles in the path of a woman seeking an abortion*). Takto uvedení tři soudci shledali ústavními zákoněné restriktce, stanovující pro ženy 24 hodinovou čekací dobu, povinnost vyslechnout lékařské poučení a pro nezletilé souhlas rodičů s vykonáním potratu. Se soudci Blackmunem a Stevensem se však spojili ve věci zákoněné úpravy vyžadující, aby těhotná žena povinně sdělila svůj záměr podstoupit interrupci manželovi, a prohlásili je za neústavní (*husband notification provision constitutes an undue burden, and is therefore invalid*). Soudci, kteří se rozhodli zachovat rozhodnutí Roe v platnosti, také vyslovili sporný názor, že vytvoření ústavního práva na potrat se stalo součástí právních pravidel (*rule of law*), akceptovaných většinou Američanů. Zásada dodržování precedentů (*stare decisis*) byla podle nich zvláště důležitá v dané věci, jelikož mnoho lidí přijalo legalitu interrupcí, a proto, navzdory možným pochybnostem o rozhodnutí ve věci Roe, bylo důležité zachovat jeho podstatu (*to preserve its central holding*). Pluralitní majorita soudců se také zabývala pokusem definovat umístění práva na potrat do oblasti základního práva na soukromí (*right to privacy*).

<sup>38</sup> Jedním z mála soudců Nejvyššího soudu Spojených států, který na funkci rezignoval nikoliv ze zdravotních či kariérních důvodů, nebo pod tlakem skandálu, ale z principu, byl Benjamin Robbins Curtis z Massachusetts. Právníckou kariéru zahájil v bohatém Bostonu a stal se přítelem slavného Daniela Webstera, který jej v roce 1851 doporučil prezidentu Millardu Fillmoremu na místo, uvolněné soudcem Woodburym, aby jmenováním whiga došlo alespoň k nějakému omezení tehdejší dominance jižanských demokratů u Nejvyššího soudu. Přesvědčený odpůrce otroctví Curtis si v tomto ohledu nebral u Nejvyššího soudu servítky, což v souvislosti s kauzou Dreda Scotta vedlo až k jeho rezignaci v září 1857. Curtis byl svěhlavý solitér jako Scalia, nerad se podřízoval nějakému týmu, a jak sám doplnil, „*zejména ne takovému týmu, jaký tehdy působil u Nejvyššího soudu*“. Některé zdroje sice uvádějí, že byl také nespokojen se svým platem i s namáhavou praxí předsednictví v soudních obvodech (neoblíbená praxe povinného objíždění soudních obvodů – *riding circuits*), jiné že jej k rezignaci donutil předseda Taney, který nechtěl u soudu tak rušivý element, ale nejpravděpodobněji v pozadí tohoto činu byla skutečně pouze otázka zastávané ideologie.



precedentu *Roe*, Scalia uvedl: „*Přisáhám, nikdy jsem neslyšel o nové verzi této doktríny, znějící – vyber si co chceš a ostatní verze odhod*“ („*keep-what-you-want-and-throw-away-the-rest-version*“). Zůstat u rozhodnutí *Roe*, to není principem práva (o čem asi soud mluvil), ale principem chybně pojaté „reálpolitiky“. Máme tu nový způsob ústavněprávního uvažování, opřený nikoliv o text nebo tradici, ale o tak zvané „racionální rozhodnutí“ (*reasoned judgment*), které není ničím jiným, než filozofickým předpokladem a morální intuicí. „*Jestliže svobody, chráněné Ústavou, jsou, jak soud řekl, nedefinované a neohraničené, pak by lidé mohli protestovat, že jsme neimplementovali jejich hodnoty, na rozdíl od našich. Z této arény, kde nemáme co dělat, bychom měli rychle vykročit*“, uzavřel.

Scalia zrovna tak jako údajnému právu na potrat oponoval *afirmativním akcím* (pozitivní diskriminací) a dalším politickým rozhodnutím, které upřednostňují minority jako feministky nebo homosexuály. Jakékoli rozlišování nebo zvýhodňování mezi rasami, sexuální orientací a pohlavími (*race, gender and sexual orientation*) Scalia nepřipouštěl; říkal tomu „kulturní válka“ či přesněji „boj kultur“ (někdy používal dokonce přímo německý výraz „*Kulturkampf*“).<sup>39</sup>

V oblasti genderových klasifikací podle klauzule o stejné ochraně (*equal protection*) čtrnáctého dodatku používal Scalia test, zvaný *intermediate scrutiny*, který nebyl tak přísný jako *strict scrutiny standard*, aplikovaný na rasové a etnické klasifikace a základní práva (protože ženy nejsou minoritou, ale většinou skupinou voličů). Koncem 20. století však podle Scalii tyto testy pozbyly smysl a jakékoli vědecké pozadí, jelikož si je majorita Nejvyššího soudu upravuje podle svých potřeb. Nejvyšší soud aplikoval svůj *intermediate-scrutiny test* (viz také kauzu *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 1976) ve věci *United States v. Virginia* 518 U.S. 515 (1996), ve které se jednalo o státem Virginie podporovanou tradiční vojenskou školu (*Virginia Military Institute*, VMI), která však přijímala pouze muže. Stát obhajoval tuto diskriminační politiku mimořádně rigorózním fyzickým tréninkem, omezením soukromí studentů a psychickým nátlakem, blízkým šikaně, tedy metodami, kterými se měli absolventi zocelovat. Pro ženy by mohly ale být podobné metody příliš náročné a ponižující. Soud ve stanovisku sepsaném soudkyní Ginsburgovou, která se touto problematikou zabývala již jako advokátka spolu s Americkou unií občanských práv a svobod (*American Civil Liberties Union*, ACLU), přikázal VMI buď přijmout ke studiu ženy, nebo se vzdát státní finanční podpory. Příjímací politika byla podle majority soudu založena zejména na široké generalizaci otázky, do jaké míry je žena schopna zvládnout fyzicky i psychicky náročný program. I když soud připustil, že většina žen nebude skutečně schopna absolvovat, není důvodu, aby byly připraveny o možnost alespoň se o to pokusit. Pokud stát chce přijmout jakýkoli zákon, kde je s ženami a muži nakládáno odlišně, musí použít velmi přesvědčivé ospravedlnění pro takové jednání (*exceedingly persuasive justification*). Rozhodnutí bylo přijato v poměru 7 : 1, jelikož soudce Thomas se prohlásil za podjatého, neboť jeho syn tuto školu právě navštěvoval.

<sup>39</sup> Scalia měl na mysli ostře vyhraněné a navzájem nesouladné životní postoje. K původu pojmu „*Kulturkampf*“: Tzv. „kulturní boj“ proti katolické církvi v Německu zahájil kancléř Bismarck, což režim zdůvodňoval vyhlášením dogmatu o papežské neomylnosti na prvním vatikánském koncilu, čímž se prý římská církev stala nekulturní. Byl přijat zákon, podobný komunistickému „zákonu o státním dozoru nad církvemi“; bez státního souhlasu se nikdo nemohl stát farářem, církevní školy byly uzavřeny, katolický tisk byl cenzurován. Ale Bismarck po asi deseti letech „*Kulturkampf*“ ukončil a uzavřel dokonce dohodu s papežem. Podobně probíhal tento boj ve Francii za ministerského předsedy Leona Gambetty, krátce v Belgii, ve Švýcarsku a zejména v Latinské Americe.

Osamělým nesouhlasícím byl Antonin Scalia, absolvent vojenské přípravky (*a military prep school*) St. Francis Xavier na Manhattanu, který závěr většiny trpce zkritizoval a konstatoval, že to povede ke konci veškerých státem podporovaných škol, určených tradičně jen pro některé pohlaví. Ve svém obsáhlém disentu napadl téměř každou část zdůvodnění majority. Použil podobné argumentace, jaké používal ve věcech religiózní svobody, založené na tom, že Ústava by neměla být vykládána tak, aby vyřadila programy, opírající se o staleté tradice národa. Začal typicky „scaliovsky“: „*Dnes soud sestřelil (shuts down) instituci, sloužící s hrdoostí lidem a pro dobro státu Virginie více než půldruhého století. Aby dosáhl tohoto obdivuhodného výsledku, odmítl fakta, nalezená dvěma nižšími soudy, přeskočil vlastní precedenty a ignoroval historii našeho lidu.*“ Novou zátěž pro stát, který musí dokázat aplikovat shora uvedenou „*exceedingly persuasive justification*“ v případech týkajících se diskriminace na základě pohlaví, označil Scalia za redefinici testu *intermediate scrutiny*, která jej učinila zbytečným, neboť není odlišitelný od přísného testu *strict scrutiny*. Scalia doplnil, že nemá problém s takovými abstraktními testy, ale nemohou si hrát na vědecké metody, když je soud aplikuje, jak se mu zachce. Podle něho je funkcí Nejvyššího soudu zachovat (*to preserve*) určité společenské hodnoty, a nikoliv je revidovat (*not to revise them*). „*Právní kultura, která zapoměla na koncept res ipsa loquitur (věc hovoří sama za sebe) si zaslouží osud, který dnes uchystala pro VMI*“. VMI byla založena roku 1839 a vždy přijímala pouze muže, stejně jako jiná slavná instituce, Citadela v Jižní Karolíně (1842). I všechny federální vojenské školy, West Point, Námořní akademie v Annapolisu nebo Akademie leteckých sil přijímaly po většinu své existence jen muže. Umožnit zde studovat ženám (od 1976) nenadekretoval soud, ale lidé prostřednictvím voleb. Lidé se podle Scalii mohou rozhodnout pro změnu určité tradice pomocí demokratického procesu, ale názor, že nějaká tradice se stává postupně neústavní během času – to není právo, ale politika propašovaná do práva (*politics-smuggled-into-law*). Vepsání nového pravidla do Ústavy pomocí účelově vytvořených testů není interpretací Ústavy, ale její tvorbou.<sup>40</sup>

Závěrem Scalia citoval z „Kódu gentlemana“ (*The Code of a Gentleman*), což je soupis hodnot, které by měl každý student VMI dodržovat: „*Čest gentlemana závisí na dodržování slova a nezkorumpovatelnosti principů. Je následovníkem rytířů, křižáků; ochránce slabých a prosazovatel spravedlnosti. Nikdy neztrácí nervy; neukazuje zlost, strach, nenávisť, rozpaky nebo vášeň na veřejnosti. Jedná s lidmi s úctou, bez ohledu na jejich společenské postavení. Nelísá se k mocným a respektuje nedostatky druhých lidí.*“ Scalia k tomu poznamenal: „*Nevím, jestli muži ve VMI žili podle těchto hodnot; asi ne. Ale je ohromnou věcí, že veřejná vzdělávací instituce na ně i v dnešní době klade důraz. Nemyslím, že by někdo z nás, včetně žen, chtěl tohle zničit.*“<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Scalia pak znovu zesměšňoval test „*exceedingly persuasive justification*“, který nazval amorfní frázi, jejíž použití však jako jediné mohlo vést k závěru, že vojenská akademie, přijímající pouze muže, jedná neústavně, když existují „některé ženy“, které by se chtěly pokusit tuto školu absolvovat, nebo by, podle odůvodnění soudu, stačila zřejmě jen jedna jediná žena, která by měla takový zájem. Se sarkastickým odkazem na slavnou poznámku pod čarou ve věci *Carlene Products* z roku 1938 Scalia uvedl, že je těžké ženy označit za „*skrytou a utajenou minoritu*“, která není schopná sama dosáhnout nápravy pomocí politických procesů, když ženy dnes tvoří majoritu voličů. Taková podpora ze strany soudu ženám zavání paternalismem, který však samotný soud mnohokrát odmítl. Nepřátelé odděleného veřejného vzdělávání (*single-sex public education*) zvítězili, když se jim podařilo přesvědčit sedm soudců, že jejich pohled na svět je obsažen v Ústavě, a tím ho zavedl ve všech 50 státech USA. A privátní oddělené vzdělávání je také ohroženo, neboť je mnohdy závislé na státních příspěvcích.

Pokud jde o vládní federální *programy preferující minority* v podnikání, některé státy a města následovaly závěry, vyslovené ve věci Fullilove z roku 1980.<sup>42</sup> Město Richmond tak zajistilo rasovým a etnickým menšinám zajištěné podnikání v oblasti stavebních prací, aby tak napomohlo odstranit efekt dřívější diskriminace zejména Afroameričanů na jeho území. Firmy, které patřily některé z vybraných menšin (mj. se to týkalo rovněž Indiánů nebo Eskymáků), měly zaručeny významný podíl na těchto pracích. Tento pokus o *affirmative action* však již Nejvyšší soud neschválil pro nesoulad s klauzulí o stejné ochraně (*equal protection*) ve čtrnáctém dodatku ve věci *City of Richmond v. J. A. Croson Comp.* 488 U.S. 469 (1989). Stanovisko majority pěti soudců formulovala soudkyně O'Connorová (kromě ní souhlasili Rehnquist, White, Stevens a Kennedy), soudce Scalia sepsal své konkurující stanovisko. O'Connorová v zásadě uvedla, že státy mohou přijmout takové programy, napravující křivdu vůči nějaké rase, a zvýhodňující je v podnikání, jen pokud taková diskriminace dosáhla určitého stupně a aplikovala tak na tyto věci tzv. *strict scrutiny standard*. Tato nová aplikace přísného testu pro danou oblast práva znepokojila liberály, kteří věřili, že není možno nijak zabraňovat snahám o nápravu dřívější rasové diskriminace. Soudci Brennan, Marshall a Blackmun tak publikovali ostré disenty.

Soudce Scalia, souhlasící s většinou, že je nutno aplikovat přísný test *strict scrutiny standard*, ve svém separátním stanovisku uvedl, že ale nesouhlasí s názorem o právu napravovat dřívější diskriminaci současným zvýhodňováním kdysi postižených menšin. Podle něj může státní vláda přijímat takové zákony, které pomáhají v uplatnění znevýhodněným osobám (mezi kterými mohou být i černoši), ale ne přímo černošům (mezi kterými mohou být znevýhodnění jedinci).<sup>43</sup> Scalia dále připomenul, že boj o rasovou spravedlnost byl historicky bojem národní společnosti proti poměrům panujícím v určitých státech; ne vše se přitom týkalo jen starého Jihu. „*Pro děti otců zakladatelů to není žádným překvapením*“ a odkázal na Madisonův List Federalistů č. 10 (čím menší je město či společnost, tím menší svoboda jednotlivce). V Richmondu to nyní obrátili a přijali zvýhodnění pro nyní ale již dominantní politickou a rasovou skupinu: „*Kde je ve hře nespravedlnost, další nespravedlnost nemůže být nápravou*“ (volně „*Where injustice is the game, however, turnabout is not fair play*“), komentoval to Scalia a uzavřel, že jistě v minulosti černoši trpěli větší diskriminací než jiné rasové skupiny. Ale kdo věří, že současné rasové preference pomohou „*vyrovnat skóre*“, mýlí se. Nejde o černochoy, židy či Iry, kteří jsou opět diskriminováni, ale o konkrétní lidi, stvořené sobě rovnými (*created equal*), kteří jsou nyní diskriminováni, pokud jsou posuzováni podle svého původu či barvy kůže.

<sup>41</sup> Autor *Románu o růži* ke správnému chování šlechtice ducha uvádí: „*Mluv způsobně vždy, vlídně, s klidem, jak k pánům, tak i k drobným lidem, a snaž se dobré slovo říci, když procházíš se po ulici...*“ Celou tuhle kulturu, navazující na středověké pojetí rytířství, považoval Scalia za to nejlepší, na co lidé přišli.

<sup>42</sup> V případě *Fullilove v. Klutznik* 448 U.S. 448 (1980) ještě Nejvyšší soud v oblasti *affirmative action* připustil určité rasové kvóty. Rozhodnutím přijatým v poměru 6 : 3 schválil články, přijaté Kongresem v příslušném předpise (*Public Works Employment Act 1977*) a povolil vyčlenit 10 % ze zdrojů na veřejné práce pro příslušníky menšin. Předseda Burger ve většinovém stanovisku vyslovil, že pro dosažení cíle, kterým jsou stejné ekonomické příležitosti, je Kongres oprávněn aplikovat také nové techniky, mezi kterými je i limitované použití rasových a etnických kritérií, aby mohlo dojít k nápravě současné situace.

<sup>43</sup> Citoval slavnou větu soudce Harlana I ve věci *Plessy*: „*Naše Ústava je barvoslepá a nezná ani netoleruje rozdílné zacházení s občany.*“ Také použil názor profesora Bickela (*The Morality of Consent*), že „*rasové kvóty derogují lidskou důstojnost a individualitu*“ a dokonce i dissent soudce Douglase ve věci *DeFunis v. Odegaard* 416 U.S. 312 (1974).

Také *homosexuály* Scalia nepotěšil. Ve věci *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003) došlo k překonání precedentu kauzy *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986), ve které Nejvyšší soud odmítl považovat za základní právo účast na homosexuálních stycích a rozšířit tak právo na soukromí. Dva homosexuálové, Tyrone Garner a John Lawrence (zadržení policií, která vnikla do Lawrenceova bytu), byli potrestáni pokutou ve výši 200 dolarů podle texaského zákona, zakazujícího orální nebo anální sex mezi osobami téhož pohlaví. Napadli proto, široce podporováni skupinami aktivistů za občanská práva, tento zákon jako porušující klauzule řádného procesu a stejné ochrany podle čtrnáctého dodatku; podle nichž taková právní úprava neférově klasifikuje všechny homosexuály jako kriminálníky.

Nejvyšší soud nakonec zvrátil svůj sedmnáct let starý precedent. Za majoritu hovořil soudce Kennedy, jenž zdůraznil, že musí být respektován soukromý život homosexuálů, který stát nemá kontrolovat nebo kriminalizovat (*making their private sexual conduct a crime*). Podstata věci nespočívá v právu na sexuální styky s partnery stejného pohlaví, ale v právu na soukromí. Zároveň však uvedl, že se to týká jen skutečně privátního a konsenzuálního chování dospělých a že kauza nijak neotevřela cestu ke sňatkům homosexuálů (*gay marriage*). Odmítl předchozí argumentaci historií a tradicemi, ze kterých je sice při materiálním postupu v rámci řádného procesu nutno vycházet, ale nikoliv se u nich zastavit. Většina neaplikovala striktní ani racionální testy („*strict scrutiny*“, „*rational basis review*“), ale zdůraznila, že texaský zákon neprokázal státní zájem, který by ospravedlnil takový zásah do soukromého života.<sup>44</sup>

Konzervativci hořekovali: takže „žijící Ústava“ natolik mezi svými 195 a 212 narozeninami dospěla, že sodomie je ústavním právem.<sup>45</sup> V dalším ze svých – jak se v Americe říká – „hořkých disentů“ si soudce Scalia povzdychl, že případ „*podminuje všechny zákony regulující sexuální chování, a zákony, omezující možnost sňatku pouze na heterosexuály postaví na pěkně nejistý základ*“ (*undermined all laws regulating sexual conduct and left laws limiting marriage to heterosexuals on pretty shaky grounds*). Scalia napadl většinové rozhodnutí srovnáním stejné situace, která nastala ve věci *Casey*, kdy soud odmítl překonat rozhodnutí *Roe*. „Devatenáctiletý“ *Roe* nebyl ve věci *Casey* překonán, zatímco „sedmnáctiletý“ *Bowers* nynějším *Lawrencem* ano. V případě *Casey* většina řekla, že nebude měnit rozhodnutí pod tlakem (*to overrule under fire*) veřejné kritiky, a přesně to udělala nyní v kauze *Lawrence*. *Bowers*, řekla většina, byl cílem materiální a kontinuální kritiky, leč totéž je možno říci o kauze *Roe*. Scalia uvedl, že nevěří na rigidní vázanost

<sup>44</sup> Podle Kennedyho otcové zakladatelé dobře věděli, že současnost může lidi zaslepit pro vnímání některých pravd a pozdější generace spatří, že zákony, tehdy vnímané jako potřebné a správné, ve skutečnosti slouží jenom k útlačku. Jak Ústava trvá, tak lidé v každé generaci mohou využít jejich principů pro své vlastní hledání větší svobody. K většině se přidala i soudkyně O'Connorová, ovšem jen z toho důvodu, že napadený zákon se vztahoval pouze na homosexuály a nikoliv na heterosexuály; v tom spatřovala nerovnost. Místo práva na soukromí aplikovala analýzu principu stejné ochrany podle čtrnáctého dodatku a test, založený na racionální bázi (*equal protection analysis, rational basis test*).

<sup>45</sup> RING, K. A. *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*. Washington, D.C.: Regnery Publishing Inc., 2004, s. 7. Skutečností opravdu bylo, že v důsledku kauzy *Lawrence* byly rychle zneplatněny podobné zákony ve třinácti státech. Z určitého hlediska jsou dopady tohoto případu pro homosexuály podobné jako věc *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) pokud jde o rasovou segregaci. Ještě roku 2003 rozhodl Nejvyšší soud státu Massachusetts, že osoby stejného pohlaví mohou mezi sebou uzavírat sňatky. Ve věci *Obergeffel v. Hodges* (2015) byly schváleny sňatky osob stejného pohlaví na celonárodní úrovni.

doktrínou *stare decisis* v ústavněprávních otázkách, ale soud by měl být konzistentní spíše než manipulativní při její aplikaci.<sup>46</sup>

Pokud soud vyslovil, že „i když vládnoucí většina ve Spojených státech shledává určité partikulární chování nemorálním, není to dostatečným důvodem pro zákony, zakazující tuto praxi“, pak Scalia konstatoval, že tohle znamená konec veškeré legislativy založené na morálce (*this effectively decrees the end of all moral legislation*). Načež se pustil do názoru soudkyně O'Connorové, že zákon je nerovný, neboť míří pouze na homosexuály. Podle Scalia nepochopila, že zákon je zaměřen na předmětné deviantní sexuální chování, a týká se všech, kdo se ho dopustí, stejně; mužů i žen, heterosexuálů i homosexuálů. Závěrem Scalia uvedl, že nemá nic proti homosexuálům nebo jiným skupinám, pokud prosazují svoje vize normálním demokratickým způsobem. Ale vynálezem novopečeného „ústavního práva“ (*invention of a brand-new „constitutional right“*) prokázali, stejně jako Nejvyšší soud, netrpělivost v čekání na skutečnou demokratickou změnu.

Jak již zmíněno, série rozhodnutí na výbušné téma manželství osob stejného pohlaví vyvrcholila ve věci *Obergeffell v. Hodges* (2015), kde to Nejvyšší soud označil za základní právo, garantované klauzulemi řádného procesu a stejné ochrany (*due process* a *equal protection*) čtrnáctého dodatku. V jednom ze svých posledních disentů se Antonin Scalia podle očekávání do odůvodnění majority pěkně opřel. Začal tím, že mu je celkem jedno, co říkají zákony o manželství, ale zato je pro něj enormně důležité, kdopak to je, kdo mu vládne. Tento vládce 320 miliónů Američanů od pobřeží k pobřeží je většina z devíti soudců Nejvyššího soudu. Tahle praxe revize Ústavy nevoleným výborem devíti, obvykle doplněná extravagantní chválou svobody, připravila občany o jejich nejdůležitější svobodu: svobodu vládnout si sami. Takový systém si nezaslouží nazývat se demokratickým. Scalia dále připomenul heslo boje kolonistů proti Velké Británii takto: nereprezentativní „panel devítky“ porušil princip mnohem fundamentálnější než „žádné zdanění bez zastoupení“, totiž „žádná společenská transformace bez zastoupení“ (*no social transformation without representation*). Když byl čtrnáctý dodatek roku 1868 ratifikován, všechny státy samozřejmě chápaly manželství jako svazek muže a ženy. Pak se Scalia čím dále více rozpaloval; rozhodnutí označil za soudní puč a pýchu, předcházející pád (použil slova „*hýbris*“, které řečtí filozofové používali k označení největšího povahového prohřešku). Nevolení soudcové objevili základní právo, přehlédnuté všemi lidmi v době ratifikace a našli něco, co méně zkušené právníci neviděli; například schválně jmenoval nejslavnější soudce a právní vědce americké historie (Cooleye, Harlana, Holmese, Handa, Brandeise, Tafta, Cardoza, Blacka, Frankfurtera, Jacksona a Friendlyho). Majorita si přijala něco, co označila za „rozumný rozsudek“ a vyňala tak danou otázku z demokratického procesu. Tihle soudci vědí, že omezit sňatky na muže a ženu je proti rozumu.<sup>47</sup> Disent končil Scalia takto: „*Já můžu jít. Svět neočekává logiku a preciznost v básnictví nebo v inspirativní populární filozofii; jsou požadovány v právu. Dnešní rozhodnutí zase snížilo reputaci soudu, založenou na jasném myšlení.*“

<sup>46</sup> Soud konstatoval, že by zákon neměl být namířen na „*souhlasící dospělé, jednající v soukromí*“. „*Tomu nerozumím*“, píše Scalia, „*jistě konsenzuální sodomie, stejně jako heterosexuální styk, jsou zřídka provozovány na veřejné scéně.*“

<sup>47</sup> Scalia se také vysmíval větě, že podstatou sňatku je, že dvě osoby mohou společně nalézat různé svobody, jako projevy intimity a spirituality. „*Důvěrnosti jsou po svatbě spíše omezovány, než že by expandovaly. Zeptejte se nejbližšího hipíka. Projevy jsou jistě svobodou, ale za dlouho trvajících manželství také přilíží neexpandují.*“

*Trest smrti* považoval Scalia za ústavní (uložil by ho i mladistvému nebo mentálně retardovanému vrahovi), stejně jako právo jednotlivce držet střelné zbraně. Ve věci *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002) shledal Nejvyšší soud ve výkonu trestu smrti mentálně retardovaného jedince porušení zákazu krutých a neobvyklých trestů (*cruel and unusual punishment*) v osmém dodatku. Daryl Atkins byl odsouzen za únos, loupež a vraždu. Psycholog ho shledal lehce mentálně retardovaným, přesto byl ve státě Virginia odsouzen k smrti. Za majoritu soudců Nejvyššího soudu sepsal odůvodnění soudce Stevens, který své rozhodnutí opřel mimo jiné o „národní konsenzus proti této praxi“ a upozornil také na odpor náboženských vůdců a světové komunity, jako je třeba Evropská unie.

Antonin Scalia v disentu vyslovil, že nejde o nic jiného než o vkládání osobních názorů jednotlivých soudců, tvořících většinu, do práva.<sup>48</sup> Za „národní konsenzus“ nelze považovat, že jen v osmnácti státech je zakázán výkon trestu smrti u retardovaných, a to ještě s výjimkami. Stejně irelevantním shledal Scalia praktiky „světové komunity“, jejíž způsobu a hodnoty nebyly vždy sdílené Američany, za což lze podle Scalii jenom poděkovat. A odkázal na slavnou Marshallovu větu: „*Nesmíme nikdy zapomenout, že je to Ústava Spojených států, co zde vykládáme*“.<sup>49</sup>

Scalia si také položil zajímavou řečnickou otázku, zda je mentálně retardovaný jaksi více disponován k páčání těžkých zločinů než jiní lidé; odpověděl si takto: „*Podle mých zkušeností, opak je pravdou: být jako dítě obecně předpokládá nevinnost, a ne brutalitu*.“ Proto lehce mentálně postižený, který ví, co dělá, a spáchá vraždu zvláště mučivým způsobem, není hoden více ohledů než průměrný vrah (*average murderer*).<sup>50</sup>

Citlivou otázkou „práva zemřít“ (*right to die cases*) se Nejvyšší soud zabýval ve věci *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 497 U.S. 261 (1990). Jednalo se o oběť automobilové nehody, Nancy Cruzanovou, nacházející se ve vegetativním stavu v kómatu. Její rodiče usilovali o to, aby byla ukončena podpůrná léčba, udržující ji v tomto stavu. Odůvodnění pro většinu (poměr hlasů byl 5 : 4) sepsal předseda Rehnquist, jenž omezil právo jednotlivce odmítnout život podporující medikamentózní léčbu, založenou v zájmu svobody chráněné klauzulí *due process*, které jinak uznali všichni členové soudu. Podle těsné většiny bylo takové právo limitováno tím, že stát mohl požadovat doložení jasných a přesvědčivých důkazů (*clear and convincing evidence*), že pacient dříve projevil přání

<sup>48</sup> Není žádných pochyb, že v době přijetí Ústavy byly exekuce lehce mentálně retardovaných běžné a nebyly považovány za kruté a neobvyklé. Pouze zlomek retardovaných, obecně tehdy nazývaných „*idiots*“, požíval zvláštního statusu. Idiotti, stejně jako blázni (*lunatics*), nedisponovali dostatkem vůle (*deficiency in will*), což je činilo neschopnými jednat závažně a rozeznat špatné od správného; tedy byli osvobozeni od viny a samozřejmě také od trestu. Bylo jim pouze zabráněno ve volném pohybu: „*Going loose, to the terror of the King's subjects*“, s odkazem na Blackstoneovy anglické komentáře, 1769.

<sup>49</sup> Scalii, jako ostatní právní konzervativce, velice iritovala jakákoli argumentace mezinárodním právem či zahraničním právem (*use of international law or foreign law*) při výkladu americké Ústavy. To dělá třeba soudce Kennedy, jenž je toho názoru, že základní principy lidských práv jsou společné všem lidem na světě, a soudce Breyer, pro posílení přesvědčivosti odůvodnění (*persuasive – not binding – authority*). Ve zkoumaném případě Scalia vtipným způsobem upozornil na to, že je velmi dobré a Američanům prospěšné nesdílet hned všechny modernistické praktiky „světové komunity“. Třeba i proto mohli starou Evropu dvakrát vytáhnout ze světové války.

<sup>50</sup> Odlišné stanovisko zakončil Scalia odkazem na Matthewa Haleho (dílo *Pleas of the Crown*) s jeho tři století starým popisem tradiční metody *common law*, která bere ohledy na faktory redukující vinu: „*Anglické právo disponuje nejlepší možnou metodou procesu, zaměřenou na zkoumání podstaty daného případu; porotou dvanácti mužů, kteří mohou předkládat svoje konkurující si názory a přísahami svědků, vše pod dozorem a vedením soudce*.“

nebýt za určitého stavu subjektem takových léčebných procedur (*constitutional right to decline life support*). To si nemysleli čtyři disentuující soudci, kteří považovali takový požadavek za příliš přísný.

Scalia se opět vymezil svébytně, když hlasoval s většinou, ale podal si konkurující stanovisko. Polemizoval s názorem většiny, že odmítnutí medikamentózní podpory je ústavně chráněné. Takové právo by podle něj bylo rovno „právu“ spáchat sebevraždu, které nikdy nebylo uznáno žádným soudem ani neexistovalo v amerických právních dějinách. Federální soudy v této oblasti nemají co dělat; okamžik, od kterého je život člověka zbytečným (*worthless*) nelze nalézt v Ústavě a nezná jej ani devět soudců Nejvyššího soudu – lépe než třeba devět náhodně vybraných lidí z telefonního seznamu. Pak se Scalia rozepsal o *common law* v Anglii, citoval Blackstona a jiné authority, jakož i americkou judikaturu, pokud jde o sebevraždu. Odmítl pokusy narýsovat hranici mezi akcí a „neakcí“ v této oblasti – či spíše různými formami nejednání (*inaction*). Nemá podle něj smysl říci, že někdo se nesmí zabít tak, že prostě odkráčí do moře, ale může si sednout na břeh a čekat na mohutnou vlnu. Když osobu, která si sama vzala množství barbiturátů, přivezou do nemocnice, vypumpují jí žaludek bez ohledu na její přání. Pokud soudce Brennan uvedl ve svém disentu, že „*stát nemá takový legitimní obecný zájem na něčem životě, aby to mohlo převážit rozhodnutí člověka odmítnout léčbu*“, pak podle Scalii vlastně říká, že stát se nemá starat o to, pokud chce někdo spáchat sebevraždu. Soudce Stevens byl ve svém disentu ještě explicitnější; podle něj „*rozhodnutí o smrti se dotýká samotného jádra svobody*“ (*choices about death touch the core of liberty*). Na to Scalia odpovídá: „*To je pohled, který zastávalo mnoho společenství v dějinách, a naše státy mají volnost jej také přijmout, ale nejde o názor, zastávaný našimi ústavními a právními tradicemi.*“ To vše neznamená, že by považoval za nutné – kdyby věděli, zda Nancy Cruzanová si opravdu přeje zemřít – udržovat ji při životě. Říká jen, že Ústava zde mlčí.

Dalším případem, vhodným pro popsání Scaliovy metodologie, pokud jde o *výklad pouhého zákona* (*statutory law*), bylo kontroverzní rozhodnutí v případě *Martin v. PGA Tour, Inc.* 532 U.S. 661 (2001). Jednalo se o žalobu proti asociaci profesionálních golfistů, jejíž pravidla zakazovala při soutěžích používání motorizovaných vozíků. Golfista Casey Martin, jenž měl degenerativní onemocnění, v jehož důsledku se nemohl řádně pohybovat (atrofie svalstva pravé nohy), žádal s odkazem na ADA<sup>51</sup> o možnost používat při turnajích vozíku. Zákon ADA přitom zmiňoval golf jako příklad sportu, ve kterém mohou postižení veřejně soutěžit a znovuoobnovovat své síly a nesmějí být přitom diskriminováni. Majorita sedmi soudců Nejvyššího soudu rozhodla v Martinův prospěch, když konstatovala, že soutěže „PGA Tour“ spadají pod definici veřejné akomodace – „*public accomodation*“ podle ADA a že Martinovi přísluší užívat veškerých výhod tohoto zákona. Námitku asociace, že tento zákon dopadá pouze na spotřebitele (*customers*) a ne profesionální sportovce, soud odpověděl, že Martina lze považovat za spotřebitele ve smyslu daného předpisu, protože platil jako profesionál pravidelný předepsaný poplatek asociaci. Navíc podle soudu používání vozíku nijak zásadně nezmění tuto hru (*not fundamentally alter the game*).

<sup>51</sup> Roku 1990 přijal Kongres legislativu, týkající se ochrany fyzicky a mentálně handicapovaných (*The American with Disabilities Act, ADA*), zakazující diskriminaci těchto lidí v zaměstnání, při poskytování veřejných služeb a ubytování.

Scalia rozhodnutí majority označil za benevolentní a nevěrné textu, struktuře a smyslu předmětného zákona (ADA), jakož i zdravému rozumu (*common sense*). Zdůraznil, že profesionální sport není místem pro „*public accomodation*“, a že profesionální sportovec není spotřebitel. Soud se pak musel soustředit na podle Scalií velmi složitou a velmi hloupou otázku, zda je chůze esenciální součástí hry zvané golf. Odpověď, ke které soud dospěl, tedy že ne, Scaliu neuspokojila; podle mnohých je chůze právě centrálním faktorem tohoto sportu. Je někdo, jezdící po golfovém hřišti, ještě vůbec golfista? Ale protože pravidla všech sportů jsou nakonec arbitrární, je těžké konstatovat, že něco je pro určitý sport podstatné, esenciální (podporuje to jenom tradice). Scalia dodal, že asociace PGA Tour mohla sama přijmout výjimku ve prospěch golfisty Martina, ale to bylo čistě na ní, aby takto doplnila svá pravidla – anebo na Kongresu, který mohl daný zákon (ADA) explicitně rozšířit, tak, aby pokrýval tuto otázku. Soud samotný však nemohl zákon přepisovat (*rewrite the law*), i když v dobrém a tolerantním úmyslu.<sup>52</sup>

Při pojednání o Scaliovi nelze pominout jeho hluboké *náboženské přesvědčení*. Scalia byl tradicionalistický katolík, patřičně hrdý na svého syna Paula, který je katolickým knězem. Žertoval přitom, že jako katolický otec pěti synů by měl ve Vatikánu problém, kdyby alespoň jeden z nich nesloužil zcela Bohu. Scalia ale nebyl spokojen s výsledky druhého vatikánského koncilu a dával přednost tradičním latinským mším (Tridentská latinská mše).<sup>53</sup> „*Aby kapitalismus skutečně fungoval, a vytvořil stabilní a dobrou společnost, jsou základem původní křesťanské hodnoty*“ (*traditional Christian virtues*), říkal Scalia. Trval na tom, že otcové zakladatelé nechtěli nikdy vyjmout Boha z veřejné debaty a politického života (náboženská neutralita, „separační zeď“ mezi státem a náboženstvím), ale tradicí náboženské svobody byla neutralita mezi náboženskými vírami. Ukažme to na Scaliově disentu ve věci *Lee v. Weisman* 505 U.S. 577 (1992), jenž se týkal tématu modliteb ve školách. Jednalo se o modlitby při promočních ceremoniích na veřejných školách a soud, poměrem 5 : 4, shledal tento přístup za nesouladný s klauzulí, zakazující státní církev, tzv. *establishment clause* prvního dodatku. Nevycházel však z *Lemon-testu*,<sup>54</sup> ale zaměřil

<sup>52</sup> Scalia dále napsal: „*Agilita, síla, rychlost, balanc, bystrost myslí, pevnost nervů, schopnost koncentrace, tyto talenty nejsou distribuovány stejným způsobem...a je uvažováním z Farmy zvířat (its Animal Farm determination) že férovost a ADA vyžadují, aby se každý mohl účastnit hry za tak individualizovaných pravidel, která zaručí, že žádný nedostatek schopností nebude jeho handicapem. Stalo se roku 2001 a všichni si byli nakonec rovni*“ (*everybody was finally equal*; s odkazem na Kurta Vonneguta a Harrisona Bergerona, in: *Animal Farm and Related Readings*).

<sup>53</sup> Jako reakce na reformační protikatolické hnutí se konal v severoitalském Tridentu od roku 1545 téměř dvacet let trvající koncil, který upřesnil katolickou věrouku zaměřením činnosti církve ke spáse člověka a upevnil církevní strukturu. Odlišnost evangelických církví a katolické církve se projevuje i v atmosféře mší. Zatímco u evangeliků s důrazem na niterný prožitek víry, k němuž křesťan nepotřebuje vnější okázalost, klade katolictví na tento efekt nemalý důraz. Tridentská katolická mše v sobě spojuje hudbu, zpěv, slovo, nádheru rouch a gest spolu s bohatostí výzdoby chrámu. Do rozhodnutí Tridentina se pak promítla i nová kulturní atmosféra nastupujícího baroka.

<sup>54</sup> *Establishment clause* prvního dodatku bývá stabilně interpretována tak, že nejen zakazuje Kongresu zřídit nějaké státní náboženství (*national church*), ale také zakazuje jakoukoli přímou podporu náboženským skupinám a institucím. Nejvyšší soud k této problematice nikdy nezašel zcela absolutistickou pozici. Klíčovým precedentem v této oblasti se stal případ *Lemon v. Kurtzman* 403 U.S. 602 (1971). Nejvyšší soud neshledal neústavním, když byly ve městě Pawtucketu, stát Rhode Island o Vánocích městskou správou zřízeny jesličky; upřesnil však, za dodržení jakých pravidel mohou státy poskytnout finanční příspěvky soukromým náboženským školám, aby to bylo v nesouladu s prvním dodatkem, zakazujícím zavádění nějakého státního náboženství. Soud znovu připomenul, co již vyslovil ve věci *Engel v. Vitale* 370 U.S. 421 (1962) a doplnil třetí bod



se na tlak, který školní podpora modliteb může způsobit nevěřícím studentům. Za majoritu sepsal odůvodnění soudce Kennedy, jenž zdůraznil, že „*Ústava zakazuje státu vyžadovat od studentů religiozní konformitu jako cenu za účast na jejich vlastní promoci*“. Naopak, vláda má povinnost chránit a respektovat sféru nenásilně ovlivňovaného svědomí a víry, která je znamením svobodných lidí.<sup>55</sup>

Scalia ostře nesouhlasil. Ve své typické jeremiádě mimo jiné uvedl, že rozhodnutí zmařilo tradici, která je tak stará jako samotné promoční ceremonie na veřejných školách, dlouhodobou americkou tradici nesektářských modliteb k Bohu na veřejných slavnostech (*longstanding American tradition of nonsectarian prayer to God at public celebrations*). Jako nástroj destrukce, buldozer sociálního inženýrství, soud vynalezl „bezdnou“ doktrínu a manipulovatelný test psychologického donucování, který slibuje učinit pro *establishment clause* totéž, co tak zvané Durhamovo pravidlo (*Durham rule*) pro vyvinění obžalovaného, pokračoval rozzlobený Scalia.<sup>56</sup>

Pak učinil výlet do historie a argumentoval originalisticky a prastarou společenskou tradicí Spojených států, aby prokázal neodůvodněnost přesunu náboženských projevů z veřejného života zcela do soukromí. Začal Deklarací nezávislosti, dovolávající se Boha jako nejvyššího soudce světa a spoléhající se na ochranu božské prozřetelnosti; pokračoval citacemi z inauguračních řečí prezidentů Washingtona, Jeffersona, Madisona a Bushe. Připomněl tradici proklamací na Den děkuvzdání (*Thanksgiving proclamation*), praxi veřejných modliteb při zasedáních federální vlády a skutečnost, že všechna zasedání samotného Nejvyššího soudu jsou zahajována zvoláním „*Bůh ochraňuj Spojené státy a tento ctihodný soud*“.

Poté se Scalia pozastavil nad tím, jak může být pro někoho psychicky obtěžující povstat či zůstat v tichosti sedět, a respektovat tak věřící. Konstatoval, že žijeme ve vulgární době, ale naše sociální konvence snad neklesly ještě tak hluboko, aby jenom ten, kdo se postaví na židli a křičí obscenity, mohl být považován za jedince, zjevně nesouhlasícího s tím, co se děje v jeho přítomnosti. „*Respekt pro religiozní zvyklosti druhých je fundamentální občanskou ctností, kterou by měla vláda a veřejné školství kultivovat. Maturanti, promující, a jejich rodiče děkují Bohu, jak to jejich předkové vždy při podobných příležitostech činili. Přesto se majoritní stanovisko zabývá více zájmem pana Weismana a jeho dcery, než právy druhé strany. Přitom dlouhodobá americká tradice modliteb při oficiálních*

---

do předmětného testu ústavnosti, který je od té doby znám jako tzv. *Lemon test*: neodporuje Ústavě, pokud zásah sleduje světský cíl (*secular legislative purpose*), určité náboženství přímo nepodporuje nebo nepotlačuje (*neither advances nor inhibits religion*) a nespojuje stát nadměru s nějakým náboženstvím (*excessive government entanglement with religion*). Třístupňový „*Lemon test*“ byl v této podobě kritizován některými náboženskými organizacemi a republikánskými prezidenty; zejména Ronald Reagan a George H. W. Bush přímo vyzývali Nejvyšší soud k jeho přeformulování nebo odstranění. Nejvyšší soud k tomu sice nepřistoupil, ale aplikace předmětného testu nebyla nikdy ani zdaleka jednotná. V nemálo případech soud na jeho důsledné uplatnění rezignoval, jindy jej zase poměrně přísně dodržoval. Záleželo na konkrétním složení soudu.

<sup>55</sup> Skutková podstata případu byla přítom následující: veřejná škola ve státě Rhode Island dodržovala svoji praxi veřejných modliteb při ceremoniích ukončení nebo vyšší školy. Roku 1989 uvdal ředitel školy Lee židovského rabína, aby vyslovil tyto děkované modlitby. Přitom jej upozornil na doporučení, formulované „Národní křesťanskou a židovskou konferencí“, aby modlitby nebyly nijak sektářské. Rabín tak učinil v obecném poděkování jedinému Bohu. Jedné ze studentek a jejímu otci se to nelíbilo a školu žalovali. Věc skončila až před Nejvyšším soudem.

<sup>56</sup> Podle tohoto, dnes již opuštěného, pravidla bylo kriminálíkům umožněno vyhnout se trestu, pokud alespoň jeden psychiatr dosvědčil, že trestný čin byl spáchán v důsledku mentálního onemocnění nebo defektu.

*ceremoniích ukazuje s nepochybnou jistotou, že establishment clause nezakazuje vládě takové náboženské jednání podporovat. Baptisté a katolíci, naslouchající jednoduchým a inspirativním modlitbám rabína Guttermana při této oficiální a patriotické příležitosti, byli zkráceni o svá práva nehorázným způsobem. Naše společnost byla připravena o důležitý unifikační mechanismus, jen proto, aby zbavila nevěřící i minimálního nepohodlí, spočívajícího v povstání nebo v sezení, vyjadřujícím respektující neúčast. To je nesmyslné v politice a nepodporované v právu. Pro tyto důvody, nesouhlasím“, zakončil Scalia své odlišné stanovisko.*

Na rozdíl třeba od bývalého předsedy Rehnquista, který svoji víru v Boha považoval za soukromou věc (Rehnquist však byl tolerantní luterán), nebránil se Scalia veřejnému vystupování.<sup>57</sup> Taková veřejná vystoupení provokovala sekulární kritiky, ale Scalia zdůrazňoval, že nikdy nedovolí, aby víra měla zásadní vliv na jeho nestrannost v soudnictví. Richard Posner o něm napsal: „*Je to teokratický stoupenec většiny (theocratic majoritarian), jenž používá historizující argumenty pro svoje vlastní hodnoty a politické preference*“. Jiný komentátor trefněji řekl, že Scaliův přístup k Ústavě je stejný jako přístup katolíků k latinské mši před druhým vatikánským koncilem; s velkou věrností kodifikovaným pravidlům.<sup>58</sup>

### 3. SCALIŮV ODKAZ AMERICKÉMU PRÁVU

Antonin Scalia uváděl, že jeho jurisprudence je harmoničtější s Ústavou, než jiné; totéž tvrdí jeho žáci a konzervativní podporovatelé, což není ve Spojených státech vůbec zanedbatelná skupina. Díky takto koherentně pojímané soudcovské filozofii by se podle nich Amerika vrátila od vlády lidí k vládě práva – doslova by se „znovuzrodila“; prosperovala by prý nejen demokracie, ale Spojené státy by byly i mnohem rozmanitější. V některých státech by třeba zakázali sňatky homosexuálů, jiné by je mohly povolit, někde by ukládali trest smrti, jinde nikoliv. Tato diverzita by kontrastovala s dnešními, Nejvyšším soudem předepsanými jednotnými standardy pro celou zemi. Svoboda by

<sup>57</sup> V řeči „Společné křesťanské dobro“ na Gregorian University v Římě kritizoval opouštění křesťanských ctností u vlád, které to nahrazují státem blahobytu (*welfare state*). Kapitalismus je přitom mnohem více závislý na křesťanství, protože se realizuje důstojností, službou a charitou. Bohatý je zrovna tak schopný ctností jako chudý. Copak má, jak se zdá z názorů levicových vlád, jen socialismus monopol na ctnosti?

<sup>58</sup> Katolická církev před druhým vatikánským koncilem lpěla na tom, aby byla vyslovována správná slova a aby mše byla sloužena korektně. Šlo zejména o slova: číst breviář a odříkávat správné latinské formule. Všechno to bylo trochu mnohomluvné, příliš levé poloviny mozku, ovládající třídící, analytické a abstraktní myšlení. Pravá polovina mozku naproti tomu myslí spíše v obrazech, symbolech a je zaměřena více synteticky; k tomu v duchu Tridentu sloužila vnější krása a okázalost chrámu. K tomu WINK, W. *Bibelarbeit – ein Praxisbuch für Theologen und Laien*. Stuttgart, 1982. Základem středověkého vědění bylo „první umění trivia“, což byla „gramatika“. Jejím účelem bylo pochopit básníky a historiky a naučit se správně hovořit a psát; to nebylo nazýváno schopností či znalostí věci v současném slova smyslu, ale uměním, jak jej chápal středověk, tedy zejména darem od Boha, spojeným s odpovědností za darované. I do celkového tvaru gotické katedrály, hlavního centra té doby, se promítala myšlenka rovnosti všech lidí před Bohem. Presbytář s hlavním oltářem je na úrovni podlahy hlavní lodě (na rozdíl od románské baziliky) a kněz je tak postaven na stejné místo, jako prostý věřící. Uvádím to, protože vrcholné středověký svět Scalia miloval, a také tehdejší rytířskou kulturu, kladoucí důraz na zbožnost, statečnost, ochranu slabších, a vůbec správné chování, určované přesnými pravidly, v nichž se sice odrážela hierarchie feudální společnosti, ale rovněž pokora, která jako základní hodnota nedovolovala nikomu vyvyšovat se.

byla soudy chráněna pomocí základních svobod, vyjmenovaných v Listině práv a byla by v bezpečí před větrem změn, opírajícím se o vyvíjející se a neukotvené názory veřejnosti.

Malá schopnost získat druhé soudce pro svůj názor Scaliu moc netrápila, nebo se tak alespoň tvářil. Rozhodl se psát s elánem a elegancí, aby ovlivnil budoucí generace soudců, advokátů a právních vědců. To se mu zdařilo, ústavní *law casebooks* jsou plné Scaliových rozhodnutí a jeho texty jsou tištěny mnohem častěji, než v případě jiných soudců stávajícího Nejvyššího soudu. Scalia jednou napsal článek, vyzdvihující bývalého prezidenta a předsedu Nejvyššího soudu Williama H. Tafta.<sup>59</sup> Ocenil, že „*uměl běžet proti poslednímu vývoji historie*“. Kritikům Tafta, kteří mu vyčítali, že měl mít lepší předvídavost věcí, které přijdou, Scalia odpověděl takto: „*Historie nás učí, že velcí vůdcové uměli předvídat vývoj a pro svůj úspěch vedli masy lidí tam, kam tito vlastně podvědomě sami chtěli. Ale mnohem důstojnější je – když spatřujeme, kam se pokrok žene a nesouhlasíme s tím – udělat co nejvíce proto, aby se ten vývoj proměnil, co na tom, že bez úspěchu.*“ Pozorný čtenář pochopil, že to Scalia napsal nejen o Taftovi, ale také o sobě. I jeho odpůrci museli uznat, že nikdy nezradil zásady, kterým věřil, i když by kompromis mohl být z jeho hlediska mnohdy velmi výhodný. A to je pro skutečného muže jediná jistá cesta ke hvězdám, a možná i za ně.

---

<sup>59</sup> Taft udělal nesmírně mnoho pro Nejvyšší soud. Považoval funkci u tohoto soudu za více než prezidentství. Když byl jmenován jeho předsedou, a zůstal jím po celou dobu slunečných dvacátých let 20. století, vyslovil: „*že jsem byl kdysi prezidentem Spojených států, na to jsem už zapomněl. Nyní jsem tam, kde mám být a kde jsem chtěl vždy být*“. Jeho styky, inteligence a pochopení role Nejvyššího soudu v americkém ústavním systému, které soudu pomohlo k větší efektivitě, to vše je stále nedostatečně doceněno. Scalia to ovšem věděl lépe než mnozí oficiální historici.

## K NIEKTORÝM PRÁVNÝM A HISTORICKÝM ASPEKTOM AMNESTIÍ

Adrián Jalč\* – Kristína Jurišová\*\*

**Abstrakt:** *Amnestia bola tradične používaná ako politický nástroj kompromisu. Amnestia umožňuje, aby „štát zabudol“ trestné činy, pri ktorých spravidla došlo k trestnému stíhaniu. Akt amnestie sa spravidla vzťahuje na skupinu ľudí, ktorí sa dopustili určitých trestných činov. Tieto ústavné výsady (niekedy všeobecne nazývané ako „zhovievavosť“), koncepčne vyplývajú z monarchistickej ideológie. V úvodnej časti článku sme zadefinovali pojem amnestia, milosť a jednotlivé formy amnestie a milosti: abolíciu, agraciáciu a rehabilitáciu. V samotnom obsahu článku, sme venovali najväčšiu pozornosť rozhodnutiu o amnestii ako prameňu práva na území Slovenskej a Českej republiky, zamerali sme sa najmä na historicky významné rozhodnutia o amnestii. V kontexte judikatúry ústavného súdu sme aj analyzovali, či rozhodnutie udeliť amnestiu je (ne)odvolateľné.*

**Kľúčové slová:** *amnestia, milosť, trest, prezident, zánik trestnosti, zahľadanie odsúdenia*

### ÚVOD

Pojem milosť je odvodený od slova „omilostiť“ a je dnes zaužívaným synonymom pre slovo „pardon“, ktoré pochádza z francúzskeho *pardonner* – odpustiť,<sup>1</sup> ktoré dalo pôvod i anglickému označeniu milosti. Milosť ako právny inštitút oprávňuje hlavu štátu nariadiť zastavenie trestného stíhania, odpustiť alebo zmierniť uložený trest a jeho následok u individuálnych osôb. Ide o užší pojem milosti. Širší pojem milosti zahŕňa milosť hromadnú nazývanú amnestia.<sup>2</sup> Pojem amnestia pochádza z gréckeho slova *amnēstía*,<sup>3</sup> ktoré znamená „zabudnutie“ a označuje v slovenskom právnom prostredí „*akt prezidenta republiky, ktorým hromadne odpúšťa a zmierňuje tresty uložené súdmi v trestnom konaní a zahľadza odsúdenia formou individuálnej milosti alebo amnestie*“.<sup>4</sup> Aj označenie pre amnestiu v niektorých jazykoch má rovnaký pôvod, napríklad anglicky *amnesty*, nemecky *Aamnestie*, francúzsky *amnístie*, taliansky *amnistia*.

\* Doc. JUDr. Ing. Adrián Jalč, PhD., Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. E-mail: adrian.jalch@truni.sk. Vedecký príspevok bol vypracovaný v rámci riešenia projektu Agentúry na podporu výskumu a vývoja s názvom *Restoratívna justícia a systém alternatívnych trestov v podmienkach Slovenskej republiky*, projekt číslo APVV-0179-12, zodpovedný riešiteľ projektu doc. JUDr. Tomáš Strémy, PhD.

\*\*Mgr. Kristína Jurišová, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. E-mail: jurisova.kristina@gmail.com. Vedecký príspevok bol vypracovaný v rámci riešenia projektu Agentúry na podporu výskumu a vývoja s názvom *Restoratívna justícia a systém alternatívnych trestov v podmienkach Slovenskej republiky*, projekt číslo APVV-0179-12, zodpovedný riešiteľ projektu doc. JUDr. Tomáš Strémy, PhD.

<sup>1</sup> REJZEK, J. *Český etymologický slovník*. Voznice: Leda, 2001, s. 448.

<sup>2</sup> PAVLÍČEK, V. O ústavných problémech milosti a amnestie v České republice. In: *Pocta prof. JUDr. Otovi Novotnému k 70. narodeninám*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 155.

<sup>3</sup> REJZEK, J. *Český etymologický slovník*. Voznice: Leda, 2001, s. 52.

<sup>4</sup> HENDRYCH, D. heslo: Amnestie. In: D. Hendrych a kolektív. *Právnícký slovník*. 3., podstatně rozš. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 16.

## 1. PREZIDENT REPUBLIKY A JEHO PRÁVOMOCI VO VZŤAHU K TRESTNÉMU KONANIU

Milosť a amnestia predstavujú v rámci právneho poriadku Slovenskej a Českej republiky dva rozdielne inštitúty. Základná diferenciácia spočíva najmä v tom, že milosťou môže prezident individuálne určenej osobe zmierniť trest alebo ho môže celý odpustiť a súčasne môže rozhodnúť, že takéto odsúdenie bude zahladené. Milosť je individuálnym rozhodnutím prezidenta, kedy môže o udelení milosti rozhodovať bez návrhu alebo na návrh ktorejkoľvek osoby. Samotný prezident rozhoduje, či začne konanie o udelení milosti, teda na takéto konanie právny nárok nie je.<sup>5</sup>

Na rozdiel od milosti amnestia sa uplatňuje voči konkrétne neurčenému okruhu odsúdených osôb, pričom sa udeľuje na konkrétny druh trestu alebo na povahu trestného činu alebo na výmeru trestu.<sup>6</sup> Všetky rozhodnutia o amnestii sa *ex lege* uverejňujú v Zbierke zákonov SR (podobne ako v ČR) a preto majú povahu všeobecne záväzných právnych predpisov.<sup>7</sup>

Rozhodnutie o udelení amnestie sa viaže na kontrasignáciu predsedu vlády alebo ministra, ktorého na to poveril predseda vlády. Naproti tomu rozhodnutie o udelení milosti sa neviaže na žiadnu kontrasignáciu a tak prezident o nej rozhoduje samostatne.<sup>8</sup> Napriek tomu, že amnestia je v porovnaní s počtom udelených milostí aktom výnimočným, sú jej dôsledky neporovnateľne väčšie ako pri udelení individuálnej milosti. Samotný dopad amnestie vždy záleží na konkrétnom znení, pričom netreba zabúdať, že pri formulácii obsahu amnestie prezident nie je ničím viazaný okrem samotného výroku o treste a odsudzujúceho rozhodnutia súdu,<sup>9</sup> čo aj v nedávnej minulosti spôsobilo viaceré aplikačné problémy.

Milosť a amnestia v slovenskej právnej úprave majú spoločné to, že môžu byť realizované v dvoch formách. Vo forme agraciácie a rehabilitácie. Po tom, čo bol zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky („Ústava SR“) novelizovaný ústavným zákonom č. 90/2001 Z. z., prezident stratil možnosť uplatniť tzv. aboliáciu, ktorou nariaďoval, aby sa nezačínalo alebo, aby sa v už začatom trestnom stíhaní nepokračovalo. Podľa platnej právnej úpravy môže byť milosť a amnestia použitá len proti právoplatne odsúdeným osobám.<sup>10</sup>

Agraciácia pripúšťa právoplatne uložený trest alebo jeho zvyšok odpustiť, prípadne ho zmierniť. O agraciácii platí, že sa uplatňuje len na nevykonané tresty alebo ich zvyšky, nevzťahuje sa teda na iné výroky, ktoré boli obsiahnuté v rozhodnutí súdu, ako napríklad náhrada škody, náhrada trov trestného konania, ochranné opatrenie. Agraciáciu môže prezident uplatniť vo vzťahu k celému trestu, v tom prípade ide o odpustenie trestu, alebo sa môže uplatniť len k jeho časti, v tom prípade ide o zmiernenie trestu. Právo zmierniť trest obsahuje aj možnosť prezidenta rozhodnúť o zmiernení ústavu na výkon trestu odňatia slobody s miernejším stupňom strázenia.

<sup>5</sup> HENCOVSKÁ, M. *Milosť a amnestia v československom právnom poriadku*. Bratislava: PÚMS, 1986; ČENTĚŠ, J. a kol. *Trestné právo procesné. Všeobecná a osobitná časť*. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 770–771.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 770.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 771.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Bližšie pozri § 89, § 92 ods. 5 tr. z.

<sup>10</sup> MINARÍK, Š. a kol. *Trestný poriadok – Stručný komentár*: 2. vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2010, s. 1075.

Rehabilitácia umožňuje prezidentovi odsúdenie zahľadiť s rovnakými účinkami, akoby k zahľadeniu odsúdenia došlo rozhodnutím súdu. Zahľadenie odsúdenia uskutočňuje aj súd na základe ustanovenia § 92 zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov („Trestný zákon“). Nadobudnutím právoplatnosti rozhodnutia o zahľadení odsúdenia nastáva zákonná fikcia neodsúdenia. Zahľadené odsúdenie sa neuvádza ani vo výpise z registra trestov. V odpise z registra trestov sa však zahľadené odsúdenie uvádza. Generálna prokuratúra odpis z registra trestov vydá na žiadosť oprávnených orgánov, u ktorých to ustanovuje zákon alebo na žiadosť oprávnenej osoby a iba na zákonom stanovený účel.

## 2. KOMPARÁCIA SLOVENSKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY A ČESKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY

Slovenská republika a Česká republika majú neoddeliteľnú spoločnú minulosť. Po rozdelení republík v roku 1993 každý štát prijal vlastnú právnu úpravu, pričom viaceré zákony boli prevzaté a ostali aj po rozdelení dodnes v každom už samostatnom štáte platné a účinné. V tejto časti článku poukážeme na niektoré odlišné a spoločné znaky právnej úpravy milosti a amnestie v ČR a SR.

Pokiaľ ide o samotné vymedzenie pojmov milosť a amnestia medzi vymedzeniami českej a slovenskej právnej teórie nachádzame spoločné znaky, nakoľko v oboch prípadoch ide o takmer totožné vymedzenia týchto pojmov. Tak ako v slovenskej právnej teórii aj v českej právnej teórii má milosť povahu individuálneho aktu vzťahujúceho sa na konkrétnu osobu a amnestia predstavuje hromadný akt dopadajúci na bližšie nešpecifikovaný okruh odsúdených, vymedzený druhom trestu, výmerou trestu, povahou trestného činu, ktorý je predmetom odsúdenia alebo podľa osobných či rodinných pomerov týchto osôb.<sup>11</sup>

Právomoc prezidenta Českej republiky udeliť milosť je upravená v článku 62 písm. g) zákona č. 1/1993 Sb., Ústava Českej republiky („Ústava ČR“), ktorý oprávňuje prezidenta odpúšťať a zmierňovať tresty uložené súdom a zahľadzať odsúdenie,<sup>12</sup> pričom rovnakou zákonnou textáciou je vymedzená aj právomoc prezidenta Slovenskej republiky. Prezident realizuje milosť a amnestiu vo forme agraciácie, ktorou zmierňuje a odpúšťa tresty, ktoré uložil súd, vo forme rehabilitácie, prostredníctvom ktorej môže prezident zahľadiť odsúdenie a abolície. Na rozdiel od slovenskej právnej úpravy český prezident môže realizovať milosť aj formou abolície, ktorou nariaďuje, aby sa nezačalo trestné konanie alebo aby sa v už začatom trestnom konaní nepokračovalo. Ide o abolíciu uzákonenú v § 11 ods. 1 písm. a) zákona č. 141/1964 Sb., *Trestní řád* v znení neskorších predpisov („tr. ř.“), podľa ktorého ak to nariadi prezident republiky, nemožno trestné stíhanie začať, a ak už bolo začaté, nemožno v ňom pokračovať a musí byť zastavené. Rozhodnutie prezidenta o abolícii vylučuje povolenie obnovy konania v neprospech obvineného.<sup>13</sup>

Rovnako ako v slovenskej právnej úprave – ak aj v českej, prezident odpúšťa alebo zmierňuje len nevykonané tresty alebo ich zvyšky, toto oprávnenie sa nevzťahuje napríklad na ochranné opatrenia, výrok o náhrade škody ani na žiadny iný výrok rozhodnutia,

<sup>11</sup> ŠÁMAL, P. – KRÁL, V. – BAXA, J. – PŮRY, F. *Trestní řád. Komentář* 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2040.

<sup>12</sup> Čl. 62 písm. g) zákon č. 1/1993 Sb. Ústava Českej republiky.

<sup>13</sup> ŠÁMAL, P. – KRÁL, V. – BAXA, J. – PŮRY, F. *Trestní řád. Komentář* 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2039.

ktorý neukladá alebo sa netýka výkonu trestu. Ďalšia zhoda právnych úprav je aj v odpustení trestu, kedy prezident môže uložený trest odpustiť celý, prípadne jeho časť. Zmiernenie trestu môže mať podobu jeho skrátenia, teda odpustenia jeho časti, alebo môže ustanoviť miernejší výkon. Napríklad prezident môže v prípade nepodmienečného trestu odňatia slobody rozhodnúť o výkone trestu vo výkone trestu odňatia slobody s miernejším režimom.<sup>14</sup> Pre udelenie milosti, rovnako aj amnestie, existujú všeobecne tri okruhy dôvodov a to politické dôvody,<sup>15</sup> humanitárne dôvody<sup>16</sup> a nedostatky trestno-právneho systému.<sup>17</sup>

Následne sa budeme zaoberať iba čiastočnou komparáciou samotného konania o udelení amnestie. Konanie o udelenie milosti v tomto prípade vynecháme, keďže ďalej sa budeme venovať najmä amnestii ako takej a jej aplikácii v praxi.

Právomoc prezidenta udeľovať amnestiu je ustanovená v Ústave ČR, konkrétne v čl. 63 ods. 1 písm. k), podľa ktorého má prezident právo udeľovať amnestiu. V zmysle čl. 63 ods. 3 Ústavy ČR je platnosť takéhoto rozhodnutia prezidenta ČR podmienená kontrasignáciou predsedu vlády alebo ním povereného člena vlády. Aj tu môžeme vidieť podobnosť so slovenskou právnou úpravou, kde rovnakú právomoc prezidentovi SR priznáva Ústava SR a rovnako je rozhodnutie prezidenta o udelení amnestie viazané na kontrasignáciu predsedu vlády alebo ním povereného ministra.<sup>18</sup>

Na základe § 368 *Trestního řádu* súd, ktorý rozhodol o veci v prvom stupni vydá rozhodnutie či sa na osobu, ktorej bol uložený trest vzťahuje amnestia. V prípade, že v čase rozhodovania je táto osoba vo výkone trestu odňatia slobody, rozhodne súd, v ktorého obvode sa vykonáva trest, pričom proti tomuto rozhodnutiu je prípustná sťažnosť s odkladným účinkom. Ustanovenie § 368 *Trestního řádu* je totožné s § 474 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok, v znení neskorších predpisov („TP“). V oboch prípadoch ide o agraciačné rozhodnutia. O tom, či je odsúdený účastný amnestie, rozhoduje súd *ex offio*, teda i bez návrhu. Rozhodnutie podľa predmetného ustanovenia je rozhodnutie deklaratórne, nie konštitutívne.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Prvý okruh dôvodov tvoria politické dôvody, ktoré sprevádzali predovšetkým udeľovanie amnestie, ktoré sa často spájalo s významnou udalosťou, ktorou bola napríklad inaugurácia prezidenta, oslavy okrúhlych výročí alebo iné, spoločenské či politicky významné udalosti. Udeľovanie amnestie, možno považovať aj za formu politickej propagácie úradujúceho prezidenta, nakoľko často krát je udeľovaná pri jeho zvolení, ako aj pri ukončení jeho funkčného obdobia, kedy môže byť účelne využitá ako nástroj politickej propagandy pre ďalšie volebné obdobie. Bližšie pozri MUSIL, J. – KUČHTA, J. – ŠÁMAL, P. *Trestní právo procesní*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1028–1029.

<sup>16</sup> Druhý okruh dôvodov tvoria humanitárne dôvody. Pri výkone spravodlivosti sa úplne nedá vyhnúť situáciám, kedy samotné trestné konanie alebo uložený trest vplýva na niektoré osoby horšie, než ako bolo predpokladané účelom trestného konania alebo uloženého trestu. Ide teda najmä o prípady vážne chorých alebo veľmi starých osôb, ďalej mladistvých, tehotné ženy a pod. MUSIL, J. – KUČHTA, J. – ŠÁMAL, P. *Trestní právo procesní*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1028–1029.

<sup>17</sup> Tretí okruh dôvodov je tvorený nedostatkami trestno-právneho systému. Systém trestného práva sa vyznačuje konzervatívnou povahou a jeho uplatňovanie v spoločnosti sa vyznačuje značnou mierou rigidity. Stáva sa, že po určitom období dôjde ku skutočnosti, ktorá predstavuje zmenu života spoločnosti a je nutné pristupovať k určitým jeho javom novým spôsobom. Milosť a amnestia tak môžu slúžiť ako prostriedok reakcie na zmenené podmienky spoločnosti. MUSIL, J. – KUČHTA, J. – ŠÁMAL, P. *Trestní právo procesní*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1028–1029.

<sup>18</sup> Čl. 63 ods. 1 písm. k) a čl. 63 ods. 3 zákona č. 1/1993 Sb. Ústava Českej republiky, čl. 102 ods. 1 písm. j) a čl. 102 ods. 2 zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky.

Na základe uvedeného je zrejmé, že právna úprava týchto inštitútov je v oboch štátoch do veľkej miery totožná aj v ústavnoprávnej rovine, ale aj v trestnoprávnej. Zrejma odlišnosť úprav na základe uvedeného existuje pri realizácii milosti ako individuálneho právneho aktu. V oboch štátoch môže prezident realizovať milosť vo forme agraciácie aj vo forme rehabilitácie, avšak podľa platnej právnej úpravy môže český prezident realizovať milosť aj formou abolície, ktorou nariaďuje, aby sa nezačalo trestné konanie alebo, aby sa v už začatom trestnom konaní nepokračovalo. Takáto forma milosti na Slovensku nie je možná.

### 3. POHĽAD NA AMNESTIU V SÚČASNÝCH A HISTORICKO-PRÁVNÝCH SÚVISLOSTIACH

Počas svojho funkčného obdobia prezident Václav Havel celkovo udelil štyri amnestie (dve počas československej federácie v roku 1990 a dve za éry samostatnej Českej republiky v rokoch 1993 a 1998). Amnestie prezidenta Václava Havla nepochybne predstavujú z trestnoprávneho, ale aj kriminologického hľadiska pomerne prelomový bod. Konkrétne ide o amnestiu z januára 1990, ktorej sa v článku budem bližšie venovať, pretože: „*Amnestie prezidenta republiky Václava Havla v lednu 1990 byla svým rozsahem i dobou, kdy byla vyhlášena záležitostí zcela mimořádnou... První reakce na amnestii byly často až přehnaně optimistické, pozdější pak spíše skandalizující.*“<sup>20</sup> Išlo bez pochyb, nielen z pohľadu českého – ale aj slovenského, o jednu z najrozsiahlejších amnestií histórie.

Pokiaľ ide o obsah a štruktúru amnestie, tak tá sa členila na sedem článkov, ktoré mali charakter aboličný, agraciačný a rehabilitačný.<sup>21</sup> Amnestia sa vzťahovala na skoro všetky trestné činy spáchané pred dňom vyhlásenia amnestie. Prezident V. Havel amnestoval nielen tresty odňatia slobody, ale aj nápravné opatrenia a peňažné tresty. Pri trestoch odňatia slobody uložených za úmyselné trestné činy boli úplne amnestované všetky trestné činy, ktoré neprevyšovali dva roky a pri ostatných úmyselných trestných činoch sa uplatnilo zmiernenie vo výške jednej tretiny uloženej výmery (najmenej boli takéto tresty zmiernené o dva roky).

Je potrebné poznamenať, že účinky amnestie sa neuplatnili pri recidivistoch a nevzťahovali sa na niekoľko taxatívne vymenovaných trestných činov ako napríklad napr. vražda, znásilnenie, lúpež.

Článok siedmy amnestie z roku 1990 obsahoval tzv. fakultatívnu amnestiu, ktorá vymedzila určitú skupinu osôb, kde mal prezident zvýšený záujem na ich možnom prepustení, na základe čoho vyzval generálneho prokurátora, ministrov spravodlivosti a ministra národnej obrany, aby predložili návrhy na uloženie individuálnej milosti v osobitých prípadoch ako sú napríklad: invalidné osoby, tehotné ženy, osoby trpiace ťažkou chorobou.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ŠÁMAL, P. – KRÁL, V. – BAXA, J. – PŮRY, F. *Trestní řád. Komentář*. 7. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1807–1808.

<sup>20</sup> MAREŠOVÁ, A. *Výbrané kriminologické aspekty amnestie z ledna 1990: sborník referátů ze semináře, který se uskutečnil 14. února 1991 v Praze*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 1991, s. 1.

<sup>21</sup> CHRÁSTILOVÁ, B. – MIKEŠ, P. *Prezident republiky Václav Havel a jeho vliv na československý a český právní řád*. Praha: ASPI, 2003, xviii, s. 223.

<sup>22</sup> MAREČKOVÁ, L. *Milosti: ohnisko lidství v trestním právu*, s. 80–81.



Agraciácia formulovaná v čl. I. a čl. II sa dotkla nielen už právoplatne uložených trestov, ale aj trestov, ktoré iba mali byť uložené za trestné činy spáchané pred dňom rozhodnutia o amnestii.<sup>23</sup> Naposledy podobným spôsobom vymedzil amnestiu (agraciáciu) prezident Ludvík Svoboda v roku 1968, čím možno konštatovať, že medzi amnestiami „posledných“ rokov je v tomto táto z roku 1990 tiež výnimočná, avšak jej „(ne)popularita“ vznikla na základe skutočnosti, že zo dňa na deň bolo na slobodu prepustené veľké množstvo odsúdených, čo samozrejme vyvolalo negatívne reakcie širokej verejnosti.

Táto amnestia podala právny základ na prepustenie viac ako 21 000 osôb z nápravnovýchovný zariadení a tak isto spôsobila veľký počet zastavení trestného stíhania a odloženia trestného stíhania. Konkrétne čísla uvádzame v tabuľke č. 1.

Tabuľka č. 1: Dopady amnestie z roku 1990

	ČSFR	ČR	SR
<b>Počet prepustených z nápravnovýchovných ústavov</b>	21 280	13 580	7 700
<b>Počet prepustených odsúdených k trestu odňatia slobody</b>	–	12 600	–
<b>Počet prepustených obvinených z väzby</b>	–	980	–
<b>Počet zastavených trestných stíhaní</b>	16 000	–	–
<b>Počet odložených trestných konaní</b>	10 800	–	–

Zdroj: MAREŠOVÁ, Alena. *Amnestie 1990*, s. 59.

Zo strany odbornej verejnosti „zožala“ amnestia prezidenta V. Havla kritiku najmä z titulu následného vzrastu kriminality. To však podľa štúdie *Institutu pro kriminologii a sociální prevenci* nie je úplná pravda, pretože podľa štúdií v roku 1990 predstavoval podiel amnestovaných na celkovom počte stíhaných osôb pre ľubovoľný trestný čin v Českej republike iba 9 %, <sup>24</sup> avšak treba podotknúť, že tieto údaje nie sú zodpovedajúce realite.

Samotná štúdia vychádzala z počtu v tej dobe stíhaných osôb, nie odsúdených osôb a brala do úvahy len prípady, ktoré boli v tú dobu vyšetrované nielen „vo veci“, ale mali odhaleného aj konkrétneho páchatela. Následné štatistiky deklarujú, že o dva roky neskôr v roku 1992 bol podiel amnestovaných osôb na celkovom počte väznených už 25 %.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Rozhodnutie prezidenta republiky zo dňa 1. januára 1990 o amnestii (č. 1/1990 Sb.), Čl. II:

„1. Promijím nevykonané tresty odnětí svobody nebo jejich zbytky, které byly nebo budou pravomocně uloženy za trestné činy spáchané přede dnem tohoto rozhodnutí, pokud nepřevyšují

a) dva roky za úmyslné trestné činy,

b) tři roky za trestné činy spáchané z nedbalosti,

c) tři roky u úhrnných a souhrnných trestů uložených za úmyslné trestné činy a trestné činy spáchané z nedbalosti, 2. Z ostatních trestů odnětí svobody nebo jejich zbytků, které byly nebo budou pravomocně uloženy za trestné činy spáchané přede dnem tohoto rozhodnutí, promijím

a) z trestů uložených za úmyslné trestné činy jednu třetinu, nejméně však dva roky,

b) z trestů uložených za trestné činy spáchané z nedbalosti jednu polovinu, nejméně však tři roky,

c) z trestů úhrnných a souhrnných uložených za úmyslné trestné činy a trestné činy spáchané z nedbalosti jednu třetinu, nejméně však tři roky.

3. Ustanovení odstavců 1 a 2 se vztahují též na tresty úhrnné a souhrnné uložené za trestné činy a přečiny.“

<sup>24</sup> MAREŠOVÁ, A. Lednová amnestie – úvahy nad statistickými údaji. In: A. MAREŠOVÁ. *Amnestie 1990: výsledky analýzy provedené IKSP v konfrontaci s názory pražských sociálních kurátorů a pracovníků českého vězeňství: sborník referátů ze semináře, který se uskutečnil 13. února 1992 v Praze*. CD, s. 26–27.

<sup>25</sup> Ibidem.

Na záver uvádzame názor Marešovej, ktorá na základe štatistických údajov tvrdí, že tato amnestia nebola príčinou prepustenia nejakého mimoriadneho počtu osôb z výkonu trestu vo vzťahu k ročnému priemeru počtu prepustených. Ako príklad uvádza, že v roku 1990 bolo celkovo v Českej Republike prepustených z výkonu trestu 20 121 osôb, čo je pre porovnanie s predchádzajúcimi rokmi v rozmedzí rokov 1985–1989 číslo zodpovedajúce ročnému priemeru. Každý spomínaný rok bolo počas uvedeného obdobia v priemere prepustených z výkonu trestu 21 624 osôb. Marešová uvádza, že väčšina amnestovaných osôb by aj tak z výkonu trestu bolo v priebehu roku 1990 prepustených.<sup>26</sup>

### 3.1 K problematike amnestie z roku 2013 v ČR

Prezident Václav Klaus počas doby výkonu prezidentského úradu vydal iba jedinú amnestiu na konci svojho druhého funkčného obdobia. Amnestiu kontrasignoval vtedajší predseda vlády a účinnosť nadobudla 2. 1. 2013. V Zbierke zákonov bola uverejnená pod číslom 1/2013 Sb.

V tejto jedinej amnestii nájdeme všetky tri možné formy amnestie. Systematicky je rozdelenia do päť článkov, pričom väčšina článkov bola formulovaná viažuc sa na dĺžku už uloženého trestu, nie vo vzťahu ku konkrétnym trestným činom a ich maximálnej zákonnej výmere (na rozdiel od amnestie z januára 1990).

Iba jeden článok (čl. II.), ktorý obsahuje aboličné ustanovenie, zastavuje trestné stíhanie vedené pre trestné činy, za ktoré zákon č. 40/2009 Sb., *Trestní zákoník*, v znení neskorších predpisov („tr. z.“) stanovuje trest odňatia slobody neprevyšujúci desať rokov. Treba uviesť, že v českej právnej úprave zakladá abolícia neprípustnosť trestného stíhania, čoho následkom je zastavenie trestného stíhania. Napriek zákonnej dikcie § 11 ods. 1 písm. a) zákona č. 141/1961 Sb. Trestný poriadok existuje možnosť obvineného, kedy aj v takejto situácii môže prehlásiť, že na prejednaní svojej veci trvá. Takéto prehlásenie podľa § 257 ods. 3 Trestného poriadku musí urobiť do troch dní od doby, kedy mu bolo uznesenie o zastavení trestného stíhania oznámené, pričom o tejto skutočnosti musí byť riadne poučený.<sup>27</sup>

Amnestia odpúšťa nevykonané tresty všeobecne prospešných prác, tresty domáceho väzenia a tresty odňatia slobody, ak boli uložené najviac vo výmere jedného roku a za určitých podmienok pri výmere dvoch rokov. Amnestia odpustila aj tresty odňatia slobody uložené s vyššou výmerou najviac však do desať rokov, ak mal odsúdený vyšší vek.

Účinky niektorých ustanovení amnestie boli vylúčené pre recidivistov alebo pre odsúdené osoby za presne vymedzené skupiny trestných činov. Treba však podotknúť, že obsah a štylizácia syntaxe amnestie nebola zvolená vhodným spôsobom.

Najväčšiu kritiku malo aboličné ustanovenie článku II.: „*Naiřizují, aby bylo zastaveno pravomocně neskončené trestní stíhání, s výjimkou trestního stíhání proti uprchlému, od jehož zahájení k 1. lednu 2013 uplynulo více než 8 let, pro trestné činy, za něž trestní zákoník stanoví trest odnětí svobody nepřevyšující deset let.*“<sup>28</sup> Práve tento článok stanovil

<sup>26</sup> MAREŠOVÁ, A. *Výbrané kriminologické aspekty amnestie z ledna 1990: sborník referátů ze semináře, který se uskutečnil 14. února 1991 v Praze*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 1991, s. 1.

<sup>27</sup> GRÍVNA, T. – ŘÍHA, J. Amnestie prezidenta republiky ze dne 1. 1. 2013 vyhlášená pod č. 1/2013 Sb. *Trestně-právní revue*. 2013, roč. 11, č. 2, s. 30.

<sup>28</sup> Rozhodnutie prezidenta republiky o amnestii z. č. 1/2013 Sb.

účinky abolície, ktoré sa viažu na netradičnú podmienku – a to na dĺžku trestného stíhania, čo nie je objektívna kategória, ktorá by sa dala vo všetkých prípadoch vyjadriť absolútne. Je logické, že samotná dĺžka trestného stíhania je závislá od konkrétneho prípadu, jeho osobitostiach, náročnosti a pod. Môžeme konštatovať, že amnestia „vybočila“ z tradičného<sup>29</sup> vymedzenia dĺžky trestného stíhania vyjadreného najmä spojením „bez zbytočných prieťahov“ respektíve „v primeranej lehote“<sup>30</sup> a určila tak konkrétnu lehotu na ukončenie trestného stíhania.<sup>31</sup> V aplikačnej rovine takéto znenie môže spôsobiť nejasnosti a preto je nevyhnutné zvoliť vhodný výklad. Prikláňame sa k názoru Gřivnu a Říhu, kedy taktiež považujeme za najvhodnejší teleologický výklad v prípade znenia predmetného ustanovenia. Medzníkom v tomto prípade bude samotná doba, ktorá z celkového trestného stíhania tvorila výlučne iba konanie proti ušlému. Potom pre určenie na koho sa bude vzťahovať predmetný článok amnestie je potrebné odpočítať dobu konania proti ušlému od celkovej doby trestného stíhania, teda rozhodujúcim bude „... akú dobu z celkového trestného stíhania tvorilo konanie proti ušlému, ktoré sa nebude započítavať do prezidentom celkovo stanovenej doby 8 rokov...“.<sup>32</sup>

Táto amnestia, je často porovnávaná s amnestiou z januára 1990. V zhrnutí možno dospieť k záveru, že amnestia z januára 2013 postihla menší počet osôb oproti amnestii jeho predchodcu. K zastaveniu trestného stíhania došlo v 265 prípadoch. Dušek uvádza zaujímavú skutočnosť tejto tzv. „výročnej“ amnestie a to, že nepodmienečný trest odňatia slobody bol odpustený v celku 19 820 osobám, ale na základe správy Väzenskej služby Českej republiky bolo vďaka amnestii prepustených iba 6 443 osôb. Rozdiel medzi týmito dvoma číslami potom predstavuje počet odsúdených, ktorí ešte nenastúpili k výkonu trestu spoločne s väzňami, ktorí už boli v okamžiku prepustenia z výkonu trestu podmienčne prepustení.<sup>33</sup>

Hneď na začiatku je potrebné položiť si teoretickú otázku, či je možné amnestiu ako prezidentovo rozhodnutie preskúmať alebo zrušiť?

Možno uvažovať o troch variantoch riešenia:

- a) možno predpokladať, že amnestia je nezrušiteľná,
- b) amnestiu by za určitých okolností mohol odvolať sám prezident,
- c) ďalej by ju mohol zrušiť iný orgán pre nesúlad s právnym poriadkom.<sup>34</sup>

Na nami položenú otázku budeme následne vo vzťahu k amnestii z roku 2013 analyzovať právny názor ústavného súdu Českej republiky, ktorému boli adresované v tejto

<sup>29</sup> Samotný český Ústavný súd sa už niekoľkokrát vyjadril, že dĺžku konania je potrebné posudzovať vzhľadom ku konkrétnym okolnostiam prípadu a vymedzil príklady jednotlivých hľadísk. Bližšie pozri – MUSIL, J. Rychlost trestního řízení – ústavněprávní aspekty. In: *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, 2008, s. 201–206.

<sup>30</sup> JELÍNEK, J. Zásada rychlosti trestního řízení. *Kriminalistika: časopis pro kriminalistickou teorii a praxi*. 2003, XXXVI, č. 1, s. 18–30.

<sup>31</sup> MUSIL, J. Rychlost trestního řízení – ústavněprávní aspekty. In: *Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, 2008, s. 201–206.

<sup>32</sup> GŘIVNA, T. – ŘÍHA, J. Amnestie prezidenta republiky ze dne 1. 1. 2013 vyhlášená pod č. 1/2013 Sb. *Trestněprávní revue*. 2013, roč. 11, č. 2, s. 37.

<sup>33</sup> DUŠEK, L. Výročí amnestie v číslech. *Jiné právo*. [online]. [cit. 2015-12-20]. Dostupné na internete: <http://jinepravo.blogspot.cz/2014/01/vyroci-amnestie-v-cislech.html>.

<sup>34</sup> Bližšie pozri – KRATOCHVÍL, V. Ústavní soud rozhodl o návrhu skupiny senátorů na zahájení řízení o zrušení čl. II amnestie prezidenta ČR z 1. 1. 2013. *Trestněprávní revue*. 2013, roč. 11, č. 5, s. 123.

súvislosti dve ústavné sťažnosti/návrhy, ktoré smerovali proti amnestii a ich účelom bolo následné zrušenie prezidentovho rozhodnutia.

Prvý návrh podali tridsiati senátori, kde v petite požadovali vyhlásenie o tom, že článok II. amnestie je protiústavný a zároveň žiadali o jeho zrušenie. Skupina senátorov takto využila právo<sup>35</sup> navrhovať Ústavnému súdu ČR zrušenie iných právnych predpisov, ak sú v rozpore s ústavným zákonom, zákonom alebo medzinárodnou zmluvou podľa čl. 10 Ústavy ČR.

Druhý návrh v poradí uplatnil Mestský súd, ktorý disponoval s tzv. alternatívnym petitom. Alternatíva číslo jeden bola požiadavka na zrušenie celej amnestie a alternatíva číslo dva bola požiadavka na zrušenie článku II. amnestie. Mestský súd podal návrh, pretože dospel k názoru, že článok II. rozhodnutia o amnestii sa vzťahuje aj na konanie prebiehajúce na tomto súde. Podľa trestno-procesného kódexu<sup>36</sup> súd prerušil v tomto prípade trestné stíhanie s tým, že zákon/amnestia, ktorý má byť pri posudzovaní vecí použitý je v rozpore s ústavným právom a predložil túto prejudiciálnu otázku Ústavnému súdu ČR.<sup>37</sup>

Oba petity návrhov smerovali k tomu, aby ústavný súd potvrdil, že protiústavnosť aboličného článku II. spočíva aj v jeho nepriaznivom dopade na majetkové záujmy osôb, ktoré majú v rámci trestného konania postavenie poškodených (obetí trestných činov) v trestných konaniach zastavených na základe amnestie. Takéto osoby potom strácajú právnu a reálnu možnosť dosiahnuť odškodnenie, čím dochádza aj k strate ich majetkových práv. Konkrétne ide o zásah do práv poškodených na ochranu vlastníckeho práva, pretože im bolo znemožnené domôcť sa výroku týkajúceho sa náhrady škody v trestnom konaní, kde bol ich nárok už legitímne uplatnený. Okrem toho nemožno opomenúť fakt, že aj Česká republika je členským štátom Európskej únie, kedy súčasťou sekundárneho práva je smernica Európskeho parlamentu a Rady 2012/29/EU ktorou sa zavádzajú minimálne pravidla pre práva, podporu a ochranu obetí trestného činu. V tejto súvislosti však existuje možnosť poškodených z amnestovaných trestných činov, aby podali žalobu o náhradu škody na civilnom súde a ako Kratochvíl uvádza ďalej by sa poškodení mohli „...po vyčerpaní všetkých procesných prostriedkov obrátiť individuálnymi ústavnými sťažnosťami opäť na Ústavný súd...“.<sup>38</sup> Podľa nášho názoru najvýstižnejšie zhrnul dopad amnestie na obeť amnestovaných trestných činov sudca Güttler: „... širší pohľad ma vedie – podobne ako navrhovateľov – k úvahe, že takmer nenávratne bolo zasiahnuté do práv poškodených, teda obetí konania amnestovaných obvinených. Námieta, že môžu žalovať občianskoprávne, sa javí skôr ako výsmech...“.<sup>39</sup>

Pre spresnenie je potrebné uviesť, že článok II. sa vzťahoval na mnohé prípady úmyselnej ekonomickej (hospodárskej) a majetkovej trestnej činnosti. Podľa českého tr. z. a na základe dikcie článku II. predmetnej amnestie vyplýva, že maximálna hranica trest-

<sup>35</sup> Čl. 87 ods. 1 písm. b) zákona č. 1/1993 Sb. Ústava Českej republiky a § 64 ods. 2 písm. b) zákona č. 182/1993 Sb. o Ústavním soudu.

<sup>36</sup> Čl. 95 ods. 2 a čl. 87 odt. 1 písm. p) zákona č. 1/1993 Sb. Ústava Českej republiky, § 224 ods. 5 zákona č. 141/1961 Sb. Trestní řád, a § 64 ods. 3 zákona č. 182/1993 Sb. o Ústavním soudu.

<sup>37</sup> Rozhodnutie prezidenta republiky o amnestii z. č. 1/2013 Sb.

<sup>38</sup> KRATOCHVÍL, V. Ústavní soud rozhodl o návrhu skupiny senátorů na zahájení řízení o zrušení čl. II amnestie prezidenta ČR z 1. 1. 2013. *Trestněprávní revue*. 2013, roč. 11, č. 5, s. 124.

<sup>39</sup> Ibidem.

nej sadzby desať rokov sa týka aj závažných (úmyselných) trestných činov ako napríklad krádež, lúpež, legalizácia príjmu z trestnej činnosti, podvod, sprenevera, poškodenie veriteľa, tzv. daňové trestné činy a pod. Na základe uvedeného sa amnestia vzťahovala podľa kategorizácii trestných činov na prečiny a zločiny, ale aj na obzvlášť závažne zločiny, pričom vychádzajú s ustanovení tr. z. o škode, týmito trestnými činmi mohlo dôjsť k spôsobeniu škody (alebo získaniu prospechu) veľkého rozsahu, čo je suma prevyšujúca 5 miliónov korún českých.

Ústavný súd najprv rozhodol o návrhu Mestského súdu. Svojim uznesením tento návrh odmietol s odôvodnením, že ďalšiemu konaniu bráni prekážka litispendencie (ktorú spôsobil už skorej podaný návrh senátorov).<sup>40</sup>

Po necelých dvoch mesiacoch Ústavný súd vydal odmietavé uznesenie o druhom z návrhov a odôvodnil to tak, že je nepríslušný k preskúmaniu takejto formy rozhodnutia prezidenta.<sup>41</sup> Samotné uznesenie je manifestom, že jednotlivé názory na povahu amnestie sa rôznia. Až štyria sudcovia uviedli odlišné stanovisko. V návrhoch smerovaných na ústavný súd je amnestia chápaná ako právny predpis, avšak ústavný súd v uznesení Pl. ÚS 4/13 sa s týmto nestotožnil, pretože podľa neho rozhodnutie o amnestii neobsahuje žiadne tzv. opakovateľné pravidlo, teda ho nie je možné aplikovať viackrát. Pavel Rychetský (predseda Ústavného súdu ČR) proti tomu oponoval vo svojom odlišnom stanovisku a to tak, že existuje množstvo právnych predpisov, ktoré znak trvalosti takisto postrádajú, a ako príklad uviedol zákon o štátnom rozpočte. Konečné stanovisko väčšiny sudcov ÚS ČR sa zhoduje a definuje vyhlásenie rozhodnutia o amnestii ako výsadné právo prezidenta republiky založené Ústavou. Toto právo spočíva na voľnej úvahe bez potreby splnenia nejakých podmienok, ktorých (ne)naplnenie by mohlo byť preskúmané, preto je rozhodnutie o amnestii nezrušiteľné a súd ho nemôže preskúmať a na základe toho ústavný súd nemá právomoc o takomto druhu rozhodnutia prezidenta meritórne rozhodnúť.<sup>42</sup> V *obiter dicto* predseda len pripustil možnosť preskúmania v určitých „extrémnych prípadoch“, kedy by rozhodnutie prezidenta o amnestii kolidovalo so „základnými hodnotami tvóricí materiální jádro Ústavy“. Odlišný názor mala sudkyňa Janů, ktorá k tejto skutočnosti dodáva, že: „Nosná část odůvodnění bezvýjimečně vylučuje jakákoliv kritéria přezkumu, obratem ruky však přece jen nějaká naznačuje.“ Ústavný súd odôvodňuje svoje rozhodnutie aj tým, že zmena podstatných náležitostí demokratického právneho štátu je podľa čl. 9 ods. 2 Ústavy neprípustná. Extrémne prípady, kedy bude môcť ústavný súd preskúmať rozhodnutie o amnestii ústavne existujú.

S amnestiou z roku 2013 sa spája aj v Českej republike historicky prvá ústavná žaloba na prezidenta pre vlastizradu. Táto žaloba bola podaná iba dva dni pred uplynutím funkčného obdobia vtedajšieho prezidenta. Samotné konanie na ústavnom súde prebiehalo väčšinu času proti už bývalému prezidentovi republiky a presne táto skutočnosť bola jedným z dôvodov prečo Ústavný súd ČR toto konanie zastavil. V tejto žalobe je za vlastizradu považovaný čl. II. amnestie, ktorým podľa žalobcu došlo k výraznému zásahu do

<sup>40</sup> Uznesenie Ústavného súdu ČR zo dňa 12. 2. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 7/13.

<sup>41</sup> Uznesenie Ústavného súdu ČR zo dňa 5. 3. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 4/13.

<sup>42</sup> Primárnym predmetom odlišných stanovísk boli rozdielne pohľady na povahu rozhodnutia o amnestii. Sudcovia Rychetský a Janů takéto rozhodnutie označujú a považujú za právny predpis, lebo obsahuje vopred dané pravidlo správania sa. Sudkyňa Janů poukazuje na to, že ide právny predpis s právnou silou zákona, pretože len taká norma môže meniť účinky zákona. Bližšie pozri Pl. ÚS 4/13.

trestnej justície a oslabeniu dôvery verejnosti vo vymožitelnosť práva. Skutkovú podstatu vlastizrady amnestie naplnila tým, že je v rozpore s princípom vymožitelnosti práva, ktorá je podstatou demokracie a vyhlásenie tejto amnestie je konanie proti demokratickému režimu republiky, ale je zároveň aj zásahom proti zvrchovanosti v rozsahu, ktorou vykonáva trestná justícia. Konečné rozhodnutie bolo také, že Ústavný súd dňa 27. 3. 2013 uznesením rozhodol o zastavení konania o ústavnej žalobe s odôvodnením, že v tomto konaní nemožno pokračovať po uplynutí funkčného obdobia prezidenta republiky.<sup>43</sup>

### 3.2 Amnestie v SR

V tejto časti sa budeme venovať analýze slovenských amnestií, o ktorých rozhodol vtedajší predseda vlády SR Vladimír Mečiar. Najmä preto, že tieto amnestie v histórii samostatnej Slovenskej republiky boli predmetom neskorších mnohých aj odborných diskusií.

Na úvod treba poznamenať, že po prvýkrát (po vzniku samostatnej Slovenskej republiky 1. januára 1993<sup>44</sup>) využil svoje ústavné právo prezidenta podľa Ústavy Slovenskej republiky č. 420/1992 Zb., čl. 102 písm. i): „*prezident udeľuje amnestiu, odpúšťa a zmierňuje tresty uložené trestnými súdmi a nariaďuje, aby sa trestné konanie nezačínalo, alebo aby sa v ňom nepokračovalo, a zahľadá tresty*“, prvý slovenský prezident Michal Kováč pri príležitosti svojho zvolenia za prezidenta na Veľkú noc 12. apríla 1993.<sup>45</sup>

O päť rokov neskôr, dňa 3. marca 1998, prešiel ústavou daný výkon právomocí prezidenta Slovenskej republiky v súlade s ustanoveniami čl. 105 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky na vládu Slovenskej republiky z dôvodu, že úrad prezidenta sa uvoľnil a nový prezident nebol zvolený. Vtedajší predseda vlády SR tak dňa 3. marca 1998 začal súčasne vykonávať aj časť prezidentských oprávnení.

Medzi jeho prvé kroky patrilo vydanie rozhodnutia o udelení amnestie, ktoré obsahovalo osem článkov. Týmto rozhodnutím o amnestii predseda vlády SR odpustil nevykonané nepodmienečné tresty odňatia slobody a ich zvyšky, ak boli uložené za úmyselné trestné činy vo výmere neprevyšujúcej šesť mesiacov, nevykonané nepodmienečné tresty odňatia slobody a ich zvyšky, ktoré boli uložené za nedbanlivostné trestné činy vo výmere neprevyšujúcej jeden rok, podmienené tresty odňatia slobody a nevykonané peňažné tresty alebo ich zvyšky, ktoré boli uložené samostatne vo výmere neprevyšujúcej 20 000 Sk. Všetky agraciačné ustanovenia o amnestii boli spojené aj s rehabilitáciou (odsúdeným bolo spolu s odpustením trestu alebo jeho zvyšku zahľadené odsúdenie).<sup>46</sup>

Všeobecnými aboličnými ustanoveniami bolo nariadené, aby sa nezačínalo, a ak sa začalo, aby sa zastavilo trestné stíhanie za úmyselné trestné činy spáchané pred dňom rozhodnutia o amnestii, ak je na ne ustanovený trest odňatia slobody neprevyšujúci šesť mesiacov a za nedbanlivostné trestné činy spáchané pred dňom tohto rozhodnutia, ak je na ne ustanovený trest odňatia slobody neprevyšujúci jeden rok, s výnimkou trestného činu zanedbania povinnej vŕživity.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Rozhodnutie prezidenta republiky o amnestii z. č. 1/2013 Sb.

<sup>44</sup> Právny poriadok vznikajúcej Slovenskej republiky prevzal trestno-právnu úpravu amnestie a milosti obsahujúcu v zákone č. 141/1961 Zb. Trestný poriadok v neskorších právnych predpisov.

<sup>45</sup> Rozhodnutie o amnestii prezidenta Slovenskej republiky č. 81/1993 z 12. apríla 1993.

<sup>46</sup> Rozhodnutie predsedu vlády Slovenskej republiky o amnestii č. 55/1998 Z. z.

<sup>47</sup> Ibidem.

Do predmetu sporu sa dostali články V. a VI. predmetnej amnestie, ktoré ustanovovali nezačatie trestného stíhania a v prípade, že už bolo začaté, zastavenie trestného stíhania v súvislosti s trestnými činmi týkajúcimi sa prípravy a vykonania referenda z 23. 5. 1997 a 24. 5. 1997. Zároveň toto rozhodnutie ustanovovalo možnosť nezačatia trestného stíhania alebo jeho zastavenia v súvislosti s trestnými činmi týkajúcimi sa oznámenia o zavlečení Michala Kováča mladšieho do cudziny.<sup>48</sup>

Podľa nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 37/1998 z 26. januára 1999 zmarením referenda z 23. mája a 24. mája 1997 nedošlo iba k spáchaniu trestného činu, ktorého páchatelov z dôvodu udelenej amnestie nebude nikdy možné potrestať, ale okrem iného došlo k porušeniu ústavných práv občanov Slovenskej republiky. Právo občana zúčastniť sa na referende je svojou podstatou politickým právom, ktorým si občan realizuje svoje politické práva zaručené čl. 30 ods. 1 Ústavy SR zúčastňovať sa na správe vecí verejných priamo. Zúčastniť sa na referende v zmysle práva občana priznaného čl. 94 Ústavy SR neznamená len jeho fyzickú účasť v čase a v priestore vykonávania referenda, ale toto právo si občan realizuje (vykonáva) až hlasovaním o tých otázkach vecí verejných, ktoré boli ústavným spôsobom vyhlásené a zverejnené.<sup>49</sup>

V súvislosti s článkom VI. predmetnej amnestie, Ústavný súd Slovenskej republiky v uznesení sp. zn. II. ÚS 80/99 z 18. augusta 1999 zaujal k tomuto článku amnestie takéto stanovisko:

*„Podľa čl. VI rozhodnutia predsedu vlády SR z 3. marca 1998 sa nariadilo, aby sa nezačínalo, a ak sa začalo, aby sa zastavilo trestné stíhanie za trestné činy spáchané v súvislosti s oznámením o zavlečení M. K. mladšieho do cudziny. Podľa názoru Ústavného súdu SR takáto formulácia nevyklučuje trestné stíhanie za skutok týkajúci sa zavlečenia M. K. mladšieho do cudziny. Amnestia by sa mohla vzťahovať iba na také trestné činy, pri ktorých súčasťou skutkovej podstaty je oznámenie, prípadne neoznámenie trestného činu. Podľa tohto článku by sa amnestia mohla vzťahovať napr. na trestné činy krivého obviňovania (§ 174 Trestného zákona), krivej výpovede (§ 175 Trestného zákona), neoznámenia trestného činu (§ 168 Trestného zákona), prípadne iné obdobné trestné činy. Formuláciu amnestie „v súvislosti s oznámením“ nie je možné vykladať tak neobmedzene, že sa vzťahuje aj na skutky, ktoré predchádzali oznámeniu, akými je trestný čin zavlečenie do cudziny (§ 233 Trestného zákona), ublíženie na zdraví (§ 221 Trestného zákona), obmedzenie osobnej slobody (§ 231 Trestného zákona), lúpež (§ 234 Trestného zákona), zneužívanie právomoci verejného činiteľa (§ 158 Trestného zákona)...“<sup>50</sup>*

Neskôr aj na základe aplikačných problémov s čl. V. a najmä s čl. VI. rozhodnutia o amnestii z 3. marca 1998 došlo k zmene formulácie a vydaniu 7. júla 1998 nového rozhodnutia o amnestii.

Pozmenené rozhodnutie o amnestii pozostávalo z dvoch článkov:

Článok I.: *„Nariaďujem, aby sa nezačínalo, a ak sa začalo, aby sa zastavilo trestné konanie pre podozrenie z trestných činov, ktoré mali byť spáchané v súvislosti s prípravou a vykonaním referenda z 23. mája a 24. mája 1997.“*

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky II. ÚS 37/1998 z 26. januára 1999.

<sup>50</sup> Uznesenie sp. zn. II. ÚS 80/99 z 18. augusta 1999.

Článok II.: „*Nariaďujem, aby sa nezačínalo, a ak sa začalo, aby sa zastavilo trestné konanie pre podozrenie z trestných činov, ktoré mali byť spáchané v súvislosti s oznámeným zavlečením Ing. Michala Kováča, narodeného 5. decembra 1961, do cudziny, ku ktorému malo dôjsť 31. augusta 1995.*“<sup>51</sup>

Aj k tejto amnestii zaujal stanovisko Ústavný súd, ktorý vyslovil opätovnú nejasnosť identifikácie trestných činov, ktoré majú byť stíhané..., „*Teda podľa obsahu, výslovného znenia a podľa jazykového a logického výkladu ustanovenia čl. VI rozhodnutia predsedu vlády z 3. marca č. 55/1998 Z. z. o amnestii a ustanovenia čl. II rozhodnutia predsedu vlády zo 7. júla 1998 č. 214/1998 Z. z. o amnestii samotný čin zavlečenia Ing. Michala Kováča do cudziny amnestovaný nebol.*“<sup>52</sup>

Nový predseda vlády prebral i časť prezidentských právomocí. Mal snahu zmeniť/upraviť predmetné amnestie a to prostredníctvom vlastného rozhodnutia o amnestii. V tomto prípade išlo tzv. paakt – rozhodnutie predsedu vlády Slovenskej republiky z 8. decembra 1998 o amnestii uverejnené v Zbierke zákonov pod č. 375/1998. V amnestii predseda vlády vypustil článok V. a článok VI. rozhodnutia o amnestii z 3. marca a článok I. a článok II. rozhodnutia o amnestii zo 7. júla. Toto „nápravné“ rozhodnutie predsedu vlády z 8. decembra 1998 o amnestii bolo riadne uverejnené v Zbierke zákonov napriek tomu ho právna teória a právna prax považuje za právny úkon *non negotium*.<sup>53</sup> Za právny úkon, na ktorý sa neprihliada z dôvodu, že sa ním žiadna amnestia neudelovala a súčasťou práva prezidenta Slovenskej republiky respektíve predsedu vlády vykonávajúceho právomoc prezidenta podľa čl. 102 ods. 1 písm. i) Ústavy SR nie je oprávnenie akýmkoľvek spôsobom meniť alebo derogovať predchádzajúce rozhodnutia o amnestii uverejnené v Zbierke zákonov.

Na udeľovanie amnestie z roku 1998 sa nezabudlo, čo neskôr spôsobilo zmenu ústavnej a zákonnej úpravy právomoci prezidenta Slovenskej republiky udeľovať amnestiu:

- ústavným zákonom č. 9/1999 Z. z. stratil prezident Slovenskej republiky výlučné právo udeľovať amnestiu. Podľa článku 102 ods. 1 písm. i) Ústavy SR pri rozhodnutí o amnestii sa vyžadovala kontrasignácia rozhodnutia predsedom vlády Slovenskej republiky alebo príslušným ministrom, pričom za takto kontrasignované rozhodnutie o amnestii zodpovedá vláda<sup>54</sup> Slovenskej republiky;
- predchádzajúce amnestie výrazne ovplyvnili tvorbu ústavného zákona č. 90/2001 Z. z., ktorým sa rozsiaholo menila a dopĺňala Ústava Slovenskej republiky. Týmto zákonom bola výrazne obmedzená aj právomoc prezidenta Slovenskej republiky udeľovať

<sup>51</sup> Rozhodnutie č. 214/1998 Z. z. predsedu vlády Slovenskej republiky zo 7. júla 1998 o amnestii.

<sup>52</sup> STREMEŇ, M. Amnestie z roku 1998 a nález Ústavného súdu SR č. I ÚS 48/99. *Bulletin slovenskej advokácie*. 2000, č. 5, s 29.

<sup>53</sup> Toto rozhodnutie predsedu vlády o amnestii z 8. decembra 1998 napriek tomu, že je paaktom, je dodnes platné a účinné. Potvrdil to aj Ústavný súd Slovenskej republiky vo svojom rozhodnutí ÚS 69/1999 Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 15. júla 1999: „*Uverejnením uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky vo veci výkladu čl. 102 ods. 1 písm. i) Ústavy Slovenskej republiky rozhodnutie o amnestii č. 375/1998 Z. z. nestratilo platnosť ani účinnosť. Ústava Slovenskej republiky ani nijaký iný právny predpis neumožňuje, aby výklad Ústavy Slovenskej republiky podaný Ústavným súdom Slovenskej republiky podľa čl. 128 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky pôsobil spätne v čase pred uverejnením výkladu Ústavy Slovenskej republiky, či dokonca pred jeho podaním Ústavným súdom Slovenskej republiky.*“

<sup>54</sup> Vláda Slovenskej republiky v tomto prípade preberá zodpovednosť za správnosť rozhodnutia o amnestii a zodpovednosť za jeho realizáciu a správnu aplikáciu.



amnestiu a milosť. Prezident mohol udeliť amnestiu a milosť odsúdenému až po skončení trestného stíhania, tým pádom na Slovensku od 1. júla 2001 nemôže prezident Slovenskej republiky udeliť amnestiu a milosť vo forme abolície,<sup>55</sup> čím došlo k výraznému oslabeniu prezidenta Slovenskej republiky v systéme vzájomných brzd a protíváh delby moci. Ďalej sa ustanovilo, že amnestiu a milosť v prípadoch, keď sa funkcia prezidenta uvoľní a nie je ešte zvolený nový prezident, alebo ak zvolený nový prezident nezložil sľub, alebo ak prezident nemôže vykonávať pre závažné dôvody svoje právomoci, neprechádza na iný štátny orgán a ak nastanú vyššie uvedené prípady v Slovenskej republike sa amnestia a milosť neudeluje;

- zákon č. 422/2002 Z. z. bol významnou novelou zákona č. 141/1961 Zb. o trestnom konaní súdnom (Trestný poriadok). Novela upravila čiastkové aplikačné problémy v konaní o udelení milosti, kedy bola definitívne potvrdená povinnosť ministra spravodlivosti zabezpečovať podklady pre prezidenta Slovenskej republiky v konaní o udelení milosti, upravili sa právomoci pri overovaní splnenia podmienok v prípade, že udelenie milosti je viazané na ich splnenie. Rozhodovanie o splnení podmienok uložených odsúdenému v rozhodnutí o udelení milosti je právomocou prezidenta Slovenskej republiky. V prípade, že prezident Slovenskej republiky bez zavinenia obvineného neurobí rozhodnutie o splnení podmienok do jedného roka od uplynutia doby, na ktorú sa vzťahujú podmienky, má sa za to, že odsúdený podmienky uložené v rozhodnutí o udelení milosti splnil;
- aktuálne platný a účinný zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok, v znení neskorších predpisov prebral trestno-právnu úpravu inštitútu amnestie a milosti zo zákona č. 141/1961 Zb. o trestnom konaní súdnom (Trestný poriadok) v znení neskorších právnych predpisov a dnes predstavuje základný prameň právneho inštitútu amnestie a milosti ako inštitútu trestného práva.

Poslednou amnestiou, ktorá bola udelená 2. januára 2013 pri príležitosti osláv 20. výročia vzniku samostatnej Slovenskej republiky, bola amnestia prezidenta Gašparoviča. Prezident touto amnestiou odpustil právoplatne uložené tresty odňatia slobody, ktorých výkon bol podmiennečne odložený s tým, že sa na páchatela hľadí ako na neodsúdeného, zároveň sa odpúšťajú právoplatne uložené tresty odňatia slobody vo výmere nepresahujúcej osemnásť mesiacov u mladistvého alebo u páchatela zaradeného na výkon trestu odňatia slobody s minimálnym stupňom stráženia a súčasne sa odpúšťajú nevykonané zvyšky týchto trestov odňatia slobody s tým účinkom, že sa na páchatela hľadí akoby nebol odsúdený. Amnestiou sa odpúšťa trest vyhostenia právoplatne uložený pred 1. augustom 2004 osobám, ktoré sú dnes občanmi členského štátu EÚ alebo zmluvného štátu Dohody o Európskom hospodárskom priestore, odpúšťajú sa aj nevykonané tresty odňatia slobody právoplatne uložené za vojenské trestné činy spáchané vojakmi v povinnej základnej vojenskej službe alebo v povinnej náhradnej vojenskej službe.<sup>56</sup>

Za osobitosti tejto amnestie možno považovať, že sa ňou odpúšťajú tresty vyhostenia a v rozhodnutí o amnestii sú osobitné kategórie osôb ako napríklad: osoby trpiace nevyliciteľnou a životu nebezpečnou chorobou, tehotné ženy, osoby staršie ako 65 rokov,

<sup>55</sup> Zrušením aboličnej právomoci prezidenta Slovenskej republiky bola amnestia a milosť neskôr vypustená aj z dôvodov zániku trestnosti uvedených v Trestnom zákone.

<sup>56</sup> Rozhodnutie č. 1/2013 Z. z. prezidenta Slovenskej republiky o amnestii z 2. januára 2013.

tehotné ženy, osamelé matky a otcovia, ktoré majú v rozhodnutí privilegované postavenie tým, že ak by odsúdený nepatriel do tejto kategórie bol by z účasti na amnestii z dôvodov uvedených v rozhodnutí o amnestii vylúčený.<sup>57</sup>

Toto rozhodnutie prezidenta republiky o amnestii má aj negatívne vymedzenie uvedené v čl. V, v dôsledku čoho sa amnestia nevzťahuje napríklad na tresty právoplatne uložené za trestné činy zanedbania povinnej výživy, ohrozenia pod vplyvom návykovej látky a iné.<sup>58</sup> V dôsledku predmetnej amnestie klesla naplnenosť slovenských väzníc na 93 %, na slobodu sa podľa informácií malo dostať približne 770 odsúdených.<sup>59</sup>

## ZÁVER

Amnestia, ale aj milosť jednoznačne patria medzi tradičné historické inštitúty. Udeľovanie amnestie a milosti spadá do právomoci prezidenta. Ide o inštitúty, ktoré svojim účinkom výrazne zasahujú do samotného trestného konania čoho dôkazom je aj predošlý text článku. Najmä amnestia, vzhľadom k svojmu rozsahu, by mala byť inštitútom „výnimočného“ charakteru, ktorý by sa aplikoval pri „výnimočných“ udalostiach ako napríklad pri novele hmotnoprávneho kódexu trestného práva, pri ktorej by došlo k dekriminalizácii niektorých trestných činov.

Z hľadiska právnej teórie, ale aj judikatúry nebýva amnestia a milosť spravidla zaradovaná iba do jedného právneho odvetvia. Potom nastáva otázka či ide o inštitút výlučne ústavnoprávny alebo je možné ho subsumovať pod právo trestné.

Ústavným zákonom č. 90/2001 Z. z. bola zrušená k 1. júlu 2001 aboličná forma amnestie a milosti na území Slovenska. Nielen z humánnych a ekonomických dôvodov navrhujeme obnovenie aboličnej formy amnestie a milosti v právnom poriadku Slovenskej republiky. Nakoľko sú podozrenia, že v minulosti dochádzalo k zneužívaniu tejto formy amnestie a milosti navrhujeme túto formu amnestie a milosti povoliť udeľovať iba na vybrané kategórie trestných činov. Úvahy ohľadom kategorizácie trestných činov môžeme smerovať k tomu či povoliť udeľovanie amnestie a milosti napr. pri prečinoch, alebo celkovo pri trestných činoch, ktorých horná hranica trestnej sadzby neprevyšuje 12 rokov, alebo sa zamerať na objekt alebo subjekt trestného činu a vylúčiť z právomoci udeľovať amnestiu napr. trestné činy verejných činiteľov.

Aby sa obnovená aboličná forma alebo aj akákoľvek iná forma amnestie a milosti v Slovenskej republike nestala náhradou za zrušenú trestno-právnu imunitu niektorých verejných činiteľov, navrhujem napr. po vzore Ústavnej listiny Československej republiky z 29. februára 1920 vylúčiť z právomoci prezidenta Slovenskej republiky udeľovať amnestiu a milosť vybraných verejných činiteľov ako napr. členov vlády, poslancov Národnej rady Slovenskej republiky.

V trestnom práve procesnom by bolo vhodné prijatie vyhlášky Ministerstvom spravodlivosti Slovenskej republiky jednotne upravujúcej postup orgánov činných v trestnom konaní, súdov, orgánov penitenciárnej starostlivosti a iných orgánov podieľajúcich sa na výkone rozhodnutia o amnestii alebo rozhodnutia o udelení milosti v konaní o použití

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> Rozhodnutie č. 1/2013 prezidenta o amnestii z 2. januára 2013.

<sup>59</sup> Informácie dostupné z TASR.

amnestie a v konaní o udelení milosti. Čiastočnú právnú úpravu konania o použití amnestie a v konania o udelení milosti stanovenú viacerými vyhláškami ako napr. vyhláškou Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 543/2005 Z. z. o Spravovacom a kancelárskom poriadku pre okresné sudy, krajské sudy, Špeciálny súd a vojenské sudy alebo vyhláškou Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 368/2008 Z. z., ktorou sa vydáva Poriadok výkonu trestu odňatia slobody považujeme za nedostatočnú a pomerne neprehľadnú. Navrhujeme vydanie samostatnej vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky o použití amnestie a výkone rozhodnutia o udelení milosti, kde by boli jednoznačne upravené práva, ale predovšetkým povinnosti (napr. lehoty, v ktorých sa má rozhodnúť o účasti odsúdeného na amnestii) orgánov činných v trestnom konaní, súdov, ústavou na výkon trestu odňatia slobody alebo väzby a všetkých ostatných orgánov podieľajúcich sa na výkone rozhodnutia o amnestii a rozhodnutia o udelení milosti.

Aj teória štátu a práva považuje za súčasť horizontálnej delby moci právny inštitút amnestie a milosti, pričom v rovine systému delby moci ho zaraďuje k mechanizmu vzájomnej kontroly, brzd a vzájomného vyvažovania moci zákonodarnej, výkonnej a súdnej. Nemožno však opomenúť systém trestného práva, kde amnestia a milosť sú takisto predmetom skúmania a aj právnej úpravy, pretože práve otázky beztrestnosti a spravodlivosti trestu sú kategóriami milosti a amnestie. V trestnom práve sa právomoc zmierňovať tvrdosť samotného trestného zákona vo forme amnestie a milosti priznáva na základe ústavy hlavne štátu a konkrétny výkon právomoci prezidenta udeľovať amnestiu a milosť upravuje najmä Trestný poriadok a Trestný zákon.

Hranica medzi týmito právnymi odvetviami je nepriamo vyjadrená aj nami rozoberaným inštitútom amnestie. Možno tvrdiť, že všetky vzťahy vznikajúce udeľovaním amnestie do momentu vyhlásenia amnestie patria do práva ústavného, lebo sú realizáciou ústavy. Následné vzťahy, ktoré vznikajú pri aplikácii amnestie v praxi sú vzťahy trestného práva (trestno-právne a trestno-procesné). Ako sme v rozoberanom texte uviedli a ako vyplýva aj s judikatúry a právaného stavu, konanie o udelení amnestie má dve časti, akoby dve samostatné na seba nadväzujúce konania. Prvá časť je tvorba rozhodnutia o udelení amnestie prebieha najmä v kancelárii prezidenta, ktorá predstavuje výkon jeho ústavných právomoci udeľovať amnestiu, pričom tvorbu rozhodnutia o amnestii upravuje výlučne ústava. Druhá časť je už samotná realizácia rozhodnutia o udelení amnestie. Tú zabezpečujú v prípade abolície najmä orgány činné v trestnom konaní (polícia a štátne zastupiteľstvo v ČR) a v prípade ostatných foriem udelenej amnestie najmä súd. Rozhodnutie o amnestii respektíve použitie amnestie sa realizuje na základe Trestného poriadku. Aj konanie o udelení milosti pred aj po vydaní rozhodnutia upravujú normy trestného práva, napríklad pri udeľovaní milosti sú zohľadňované predovšetkým okolnosti spáchania trestného činu, osoba páchatela, spôsob spáchania trestného činu, obeť trestného činu a pod.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> ČENTĚŠ, J. a kol. *Trestné právo procesné. Všeobecná a osobitná časť*. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 770–771.

## POHĽAD DO ZRKADLA ALEBO O SCHIZOFRÉNII PARAGRAFU 241 ZÁKONA Č. 140/1961 SB.

Kristián Čechmánek\*

***Abstrakt:** Táto práca predstavuje náhľad do českej a slovenskej trestnoprávnej ochrany ľudskej dôstojnosti v sexuálnych veciach. Autor skúma vývoj spoločnej, socialistickej právnej úpravy trestného činu znásilnenia a jej vyústenie do dvoch samostatných právnych poriadkov. Primárnym zámerom je preukázať, že osoby mužského pohlavia nepožujú v slovenskom právnom prostredí náležitú ochranu pred obráteným znásilnením, teda protiprávnym konaním ženy – páchatelky, ktorá násilím, hrozbou bezprostredného násillia alebo využitím bezbrannosti, donúti muža k súložiu. Štát tak opomína svoj pozitívny záväzok zabezpečiť rovnakú trestnoprávnu ochranu ľudskej dôstojnosti pre všetkých, bez ohľadu na pohlavie. V porovnaní s českou právnou úpravou možno hovoriť o zásadne odlišnom prístupe k problému, a to napriek totožným východiskovým podmienkam. Rozdiely sú badateľné predovšetkým po prijatí zákona č. 144/2001 Sb., ktorý predstavoval významný krok smerom ku komplexnej ochrane potenciálnych obetí sexuálnej trestnej činnosti. Slovenský zákonodarca dostal ukázkový návod, ako sa vyrovnat s nepostačujúcou a rigidnou socialistickou právnou úpravou. Autor v závere článku, po dôkladnej analýze právneho stavu, navrhuje jednoduchú legislatívnu zmenu, ktoré je už dobre známa z českého právneho prostredia.*

***Kľúčové slová:** ľudská dôstojnosť, znásilnenie, sexuálne násillie, diskriminácia, rovnosť*

### ÚVOD

Zrejmé rozdiely v Českej a Slovenskej medzivojrovej právnej úprave, kedysi odôvodnené príslušnosťou k štátom s odlišnou kultúrnou výbavou, sa priebežnou kodifikáciou vytrácali, až došlo, postupnou unifikáciou práva, k vytvoreniu právne-menej konzistentného československého štátneho útvaru.<sup>1</sup> O to viac možno so záujmom vnímať opätovné roztváranie pomyselných legislatívnych nožníc pri neskoršom, postfederálnom, vývoji. Dismemberácia Českej a Slovenskej federatívnej republiky isto priniesla mnohé zmeny. Nie všetky však zodpovedajú vytýčenému únióvému unifikačnému trendu vo veci ochrany ľudskej dôstojnosti, ba navyše, v mnohých zásadných oblastiach dochádza k podstatnému odklonu od takto vymedzenej trajektórie. Neradi by sme generalizovali obraz protichodnej tendencie, na strane druhej, v oblasti trestnoprávnej ochrany dôstojnosti, ktorej je tento článok dedikovaný, možno hovoriť o odlišnostiach podstatného charakteru.

Ako už názov napovedá, príspevok je venovaný problematike vývoja a úpravy trestného činu znásilnenia v Českej a Slovenskej republike. Cieľom nášho príspevku je, prostredníctvom horizontálnej a vertikálnej komparácie, preukázať absenciu, respektíve významne nižšiu úroveň ochrany osôb mužského pohlavia poskytnutú slovenskými trestnoprávnymi normami, pred protiprávnym konaním, ktorým páchatelka – násillím, hrozbou (bezprostredného) násillia alebo využitím bezbrannosti, donúti muža k súložiu. Ide o fenomén obráteného znásilnenia alebo *reverse rape*, ktorého špecifikom je, neštandardná, pozícia ženy ako páchatelky a muža ako obeť. Porovnanie českej a slovenskej

\* Mgr. Kristián Čechmánek, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. E-mail: k.cechmanek@gmail.com.

<sup>1</sup> VOJÁČEK, L. – SCHELLE, K. *Právní dějiny na území Slovenska*. Ostrava: KEY Publishing 2007, s. 410.

trestnoprávnej úpravy vrhá na slovenské trestné právo nové svetlo, prostredníctvom ktorého celkom nelichotivo obnažuje diskriminačný obsah právnej normy upravujúcej trestný čin znásilnenia. Zdanlivo bezvýznamná odchýlka medzi všeobecne ustanovenou obeťou znásilnenia v českom trestnoprávnom predpise a selektívne určenou obeťou ženského pohlavia v tom slovenskom sa plynutím času zvyrazňuje, a to z dôvodov vedeckého poznania, cielenej modernizácie noriem alebo prijatia dokumentu Listiny základných práv EÚ, ktorý si za jeden z rozhodujúcich cieľov určil práve ochranu ľudskej dôstojnosti. Táto otázka nadobúda ešte ostrejšie kontúry v súvislosti s úrovňou poznatkov z psychológie, sociológie a medicíny, či naliehaním Rady Európy. Štát však zásadnú požiadavku rovnakej trestnoprávnej ochrany dôstojnosti osôb oboch pohlaví vôbec nereflektuje. S tým súvisí aj druhý, nemenej podstatný cieľ práce, a to preukázať, že slovenský zákonodarca neposkytuje rovnakú právnu ochranu všetkým, a to bez dôvodu, respektíve, z dôvodu, ktorý je arbitrárneho charakteru.

Pre prehľadnosť sme rozdelili prácu na viaceré časti, ktoré sú v súčte a vo svojej nadväznosti výrazom deduktívnej metódy ako základného pracovného postupu pri kompozícii článku. Prvá časť obsahuje vymedzenie ľudskej dôstojnosti a prejavy jej ochrany v európskom, presnejšie však československom, kontexte. Cieľom tejto časti je poukázať na význam kategórie ľudskej dôstojnosti, predovšetkým po prijatí Lisabonskej zmluvy a s tým logicky súvisiace dielčie následky vo vnútroštátnej úprave právnych poriadkov členských štátov Európskej únie. Naša pozornosť sa upiera na otázky ľudskej dôstojnosti priamo spojené s trestnoprávnou úpravou dvoch porovnávaných štátov s odkazom na primárne komunitárne právo.

V druhej časti sa venujeme úprave trestného činu znásilnenia tak v právnom poriadku Českej a slovenskej federatívnej republiky, ako aj v právnych poriadkoch jej sukcesorov. V tejto kapitole upriamujeme pozornosť najmä na 3 významné obdobia, a to:

- 1) obdobie pred prijatím zákona č. 144/2001 Sb. – novely *Trestního zákona*, ktorou bola v Českej republike rozšírená ochrana pred znásilnením aj na osoby mužského pohlavia;
- 2) obdobie od prijatia novely *Trestního zákona* (zákon č. 144/2001 Sb.) do prijatia zákona č. 300/2005 Z. z., teda do rekodifikácie slovenského trestného práva hmotného a napokon,
- 3) obdobie po rekodifikácii slovenského trestného práva hmotného.

Uvedené trojdelenie berie zreteľ na míľniky, ktoré považujeme za najpodstatnejšie v súvislosti s vývinom právnej úpravy trestného činu znásilnenia v skúmaných regiónoch. Máme na mysli udalosti, ktoré podstatným spôsobom formovali (alebo mohli formovať) evolúciu trestného činu znásilnenia, teda udalosti, ktoré vplývali na rozchod, či už spomínané otváranie legislatívnych nožníc v komparovaných jurisdikciách. Významnou otázkou, ktorej sa treba venovať, je aj posúdenie ustanovenia trestného činu sexuálneho násillia (§ 200 zákona č. 300/2005 Z. z.), ktoré by, podľa niektorých odborníkov, mohlo ustanovenie trestného činu znásilnenia mužov osobami ženského pohlavia suplovať. Po podrobnej analýze nám však neostáva iné, ako s extenzívnym výkladom ustanovenia § 200 nesúhlasiť, v dôsledku čoho v závere druhej časti uvažujeme nad jednoduchým legislatívnym riešením pre slovenského legislatívca, ktoré je už celkom dobre známe z českého právneho prostredia a ktoré je zamerané na modernizáciu ustanovenia § 199 zákona č. 300/2005 Z. z.

V tretej, poslednej časti, zhrnieme zistené nedostatky v ochrane dôstojnosti, preukázateľné nenaplnenie pozitívneho záväzku štátu na ochranu svojich občanov a významné porušenie zásady rovnosti či diskriminácie na základe pohlavia pri garantovaní trestno-právnej ochrany osôb – mužov v slovenskom práve.

## 1. DÔSTOJNOSŤ A JEJ OCHRANA V ÚSTAVNÝCH PORIADKOCH ČESKEJ REPUBLIKY A SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Goran Cöllste, profesor aplikovanej etiky na univerzite v Linkopingu, hodnotí dôstojnosť človeka ako univerzálnu kategóriu spoločnú pre celý ľudský rod. Podľa Cöllsteho treba pristupovať ku každej ľudskej bytosti s rešpektom, a to bez ohľadu na iné vlastnosti a kvality.<sup>2</sup> Hodnota človeka je teda rovnaká pre všetky ľudské bytosti. Obdobne, v Kantovom ponímaní človeka ako účelu o sebe sa ľudská dôstojnosť vyníma ako všeobecne aplikovateľná hodnota.<sup>3</sup> Miesto ľudskej dôstojnosti v ústavnom poriadku Českej a Slovenskej republiky môžeme interpretovať na podobnej báze. Na jednej strane komparovaného spektra máme odhodlanie českých občanov chrániť a rozvíjať Českú republiku v duchu nedotknuteľnosti hodnôt ľudskej dôstojnosti a slobody ako vlast' rovnoprávných a slobodných občanov,<sup>4</sup> na strane druhej slovenské úsilie uplatňovania demokratickej formy vlády a záruk slobodného života, ktoré zaiste pamätá aj na dôstojnosť svojho personálneho substrátu.<sup>5</sup> V oboch prípadoch máme na mysli preambulu k jednotlivým ústavám, ktorá, ako si môže pozorný čitateľ všimnúť, je vo vzťahu k ľudskej dôstojnosti podrobnejšia a explicitnejšia v českom variante. Je však priskoro na udeľovanie medailí za úroveň ochrany, nachádzame sa predsa stále v priestore právnej nezáväznosti. Ak teda vykročíme vpred, o niečo ďalej, a podrobíme skúške právne relevantné prostredie opísaných dokumentov, dospejeme zrejme k poznaniu, podľa ktorého v obidvoch zmienených prípadoch máme vymedzenú ľudskú dôstojnosť ako univerzálnu hodnotu chránenú relatívne invariantným obsahom noriem ústavného práva. Za rozdiel možno považovať azda len takmer doslovný prepis ustanovení Listiny základných práv a slobôd (ďalej len Listina) vo vlastnom texte Ústavy SR, ktorý Ústava ČR supluje odkazom na Listinu ako súčasť českej polylegálnej ústavy.<sup>6</sup> Od tohto momentu sa môžeme pohybovať po línii načrtnutej práve Listinou, ktorá explicitne vymedzuje rovnosť v ustanoveniach čl. 1 a čl. 10. Minimálny katalóg základných práv a slobôd garantovaný Listinou je dopĺňaný úniou iniciatívou prevažne vo forme primárneho práva, Charty základných práv EÚ (ďalej len Charta) či ustálenej judikatúry príslušných súdnych orgánov.<sup>7</sup> Ochrana ľudskej dôstojnosti vôbec významne ťažila z postlisabonského vývoja. Podľa profesorky Barancovej sa Chartou Európska únia prihlásila k ľudskej dôstojnosti nielen ako k najvyššej hodnote Európskej únie, ale aj ako k základnému princípu práva EÚ, či základnému subjektív-

<sup>2</sup> CÖLLSTE, G. *Is Human Life Special? Religious and Philosophical Perspectives on the Principle of Human Dignity*. Berlin: Peter Lang, 2002, s. 15.

<sup>3</sup> KANT, I. *Základy metafyziky mravov*. Bratislava: Kalligram, 2004, s. 63.

<sup>4</sup> Ústavný zákon č. 1/1993 Sb. (*Ústava České republiky*).

<sup>5</sup> Zákon č. 460/1992 Zb. (*Ústava Slovenskej republiky*).

<sup>6</sup> Čl. 3 ústavného zákona č. 1/1993 Sb. (*Ústava České republiky*).

<sup>7</sup> Pozn autora: Netreba tiež zabúdať na Európsky Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd, ktorého ustanovenia čl. 6 a čl. 14 vytvárajú náležitý právny rámec pre ochranu jeho adresátov.

nemu právu vybavenému právnym nárokom.<sup>8</sup> Barancová zdôrazňuje, že už nejde len o prvok morálnej filozofie a objektívny princíp bez vymožitelnej subjektívno-právnej dimenzie, ale reálne právo jednotlivca so subjektívno-právnym presahom.<sup>9</sup> Zdôrazňuje to aj Šimovček, podľa ktorého okrem tvrdého jadra Európskych hodnôt (demokracia, dodržiavanie ľudských práv a právny štát) Lisabonská zmluva dopĺňa tri ďalšie hodnoty: úcta k ľudskej dôstojnosti, rovnosť a rešpektovanie základných ľudských práv, ktoré v dôsledku Lisabonskej zmluvy už nemajú len deklaratórny charakter, ale stali sa všeobecným cieľom Európskej únie.<sup>10</sup> Klasická zásada, „Kde je právo, tam je aj právna ochrana“, judikovaná napr. aj Ústavným súdom Slovenskej republiky<sup>11</sup> tak vo svetle nastaveného kurzu nadobúda ešte ostrejšie kontúry a pripomína členským štátom Európskej únie pozitívny záväzok zabezpečenia rovnakej ochrany dôstojnosti, ako ľudského práva, bez ohľadu na pohlavie, rasu, vierovyznanie atď. Drgonec, v súvislosti s ustanoveniami čl. 12, ods. 1 a 2 Ústavy SR (čl. 1 a čl. 3, ods. 1 Listiny), k tomu dodáva: „Každý človek sám osebe, bez výnimky je subjektom ochrany priznanej prvou vetou [čl. 12, ods. 2 Ústavy SR]. Každému sa zaručuje sloboda a rovnosť v dôstojnosti a v právach. Prvou vetou čl. 12 ods. 1 Ústava SR priznáva rovnaké práva všetkým ľudským bytostiam. V druhej vete sa garantuje všetkým subjektom práva, že základné práva a slobody im nemožno odňať, scudziť, nie sú premlčateľné ani im ich nemožno zrušiť.“<sup>12</sup> Vo svojom náleze Ústavný súd SR konštatuje, že: „Základným cieľom čl. 12 ods. 1 a 2 ústavy je ochrana osôb (právnických a fyzických) proti diskriminácií zo strany orgánov verejnej moci.“<sup>13</sup>

Ak premostíme uvedené s ochranou dôstojnosti prostredníctvom trestnoprávných noriem v Českej a Slovenskej republike, teda pozitívnym záväzkom štátu vytvoriť dostatočne široký a adresný normatívny priestor, ktorý je spôsobilý zabezpečiť ochranu ľudskej dôstojnosti všetkých ľudí, narážame na problém. Tento problém vnímame práve vďaka porovnaniu § 199 slovenského Trestného zákona<sup>14</sup> s prislúchajúcim ustanovením českej právnej úpravy, konkrétne s § 185 *Trestního zákoníka*.<sup>15</sup> Obe právne úpravy sú venované trestnému činu znásilnenia, ktorý spadá do kategórie trestných činov proti ľudskej dôstojnosti (respektíve ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti). Rozdiel je však v šírke katalógu ochraňovaných subjektov. Litera slovenského variantu je orientovaná na znásilnenie výlučne osôb ženského pohlavia, zatiaľ čo česká verzia zahŕňa pod množinu osôb chránených pred znásilnením aj osoby mužského pohlavia. Domnievame sa, že aj osoby mužského pohlavia majú nárok na ochranu dôstojnosti, pretože je to ústavné právo vyjadrené tak vo všeobecnej rovine v čl. 12, ods. 1, ako aj špecificky v ustanovení čl. 19, ods. 1 Ústavy SR, slovami: „Každý má právo na zachovanie ľudskej dôstojnosti...“<sup>16</sup>

<sup>8</sup> BARANCOVÁ, H. Ľudská dôstojnosť – základ právneho štátu. In: Peter Blaho – Adriana Švecová (eds). *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi, I. diel*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2013, s. 51.

<sup>9</sup> BARANCOVÁ, H. Ľudská dôstojnosť – základ právneho štátu, s. 51.

<sup>10</sup> ŠIMOVIČEK, I. a kol. *Hodnoty trestného práva v teórii a praxi*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis. 2012, s. 10–11.

<sup>11</sup> II. ÚS 58/97.

<sup>12</sup> DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*. 3. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 274–275.

<sup>13</sup> PL. ÚS 8/04.

<sup>14</sup> Zákon č. 300/2005 Z. z. (Trestný zákon).

<sup>15</sup> Zákon č. 40/2009 Sb. (Trestní zákoník).

<sup>16</sup> Zákon č. 460/1992 Zb. (Ústava Slovenskej republiky).

Takáto ochrana sa podľa Drgonca „poskytuje predovšetkým prostredníctvom trestného a občianskeho práva, pričom v každom z týchto odvetví ide o orientáciu na ochranu pred inými formami ponížovania dôstojnosti človeka – v trestnom práve dominuje ochrana sexuálnej dôstojnosti ...“.<sup>17</sup> Nediskriminačná ochrana a prístup k spravodlivosti sú garantované aj Európskym Dohovorom o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len Dohovor) a v príslušnej judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva. Dohovor zakladá pozitívnu povinnosť zmluvného štátu zabezpečiť jednotlivcom aktívnym spôsobom ochranu proti zásahom do ich práv a slobôd, čo je neraz možné len prijatím konkrétnych ustanovení trestného práva.<sup>18</sup> Európsky súd pre ľudské práva (ďalej len ESLP) vo veci M. C. proti Bulharsku konštatoval, že z ustanovení čl. 3 a čl. 8 Dohovoru vyplýva štátom povinnosť zakotviť v právnom poriadku ustanovenia, ktoré by účinným spôsobom postihovali trestný čin znásilnenia a aplikovať tieto ustanovenia v praxi.<sup>19</sup> V širšej perspektíve by sme mohli uvažovať o aplikácii ustanovenia § 200 zákona č. 300/2005 Z. z. o trestnom čine sexuálneho násillia, avšak, ako neskôr budeme vidieť, subsumpcia obráteného znásilnenia pod uvedenú skutkovú podstatu naráža na mantinely ústavnoprávných noriem a aplikačnej praxe. Nedôvodná absencia spomínanej ochrany mužov pred znásilnením je v dôsledku uvedeného, podľa nás, diskriminačná, čo vo všeobecnej rovine potvrdil aj ESLP v rozhodnutí *Evans v. The United Kingdom*, slovami: „Rozdielne zaobchádzanie s osobami v analogickom alebo relevantne podobnom postavení je diskriminačné, ak nemá objektívne a rozumné odôvodnenie, ktorým je ak nesleduje legitímny cieľ alebo ak neexistuje vzťah rozumnej proporcionality medzi použitými prostriedkami a zámerom, ktorý sa má uskutočniť.“<sup>20</sup> Podobne aj Ústavný súd Slovenskej republiky v náleze z roku 2000 judikoval, že „za diskriminačnú úpravu možno považovať takú úpravu..., ktorá rovnaké alebo analogické situácie rieši odchylným spôsobom, pričom takýto postup zákonodarca nemôže alebo ani nevie rozumné odôvodniť legitímnym cieľom a tým, že tento cieľ sa musí dosahovať práve zvoleným legislatívnym riešením“.<sup>21</sup> Antické dedičstvo prirodzených práv, z ktorých dávame do popredia *isonomiu* (rovnosť pred zákonom) a *isotimiú* (rovnaký rešpekt ku všetkým) kované v ohni jusnaturalistickej tradície stoicizmu, Huga Donellusa či Johna Lockeá a pretavené v duchu postmodernej právnej koncepcie *afterpublic law*, vytvára „spozitivizovanú“ (v prípade ľudskej dôstojnosti možno hovoriť dokonca až o „nadpozitívácii“<sup>22</sup>) univerzálnu ochranu práv všetkých osôb a nepochybne ukladá povinnosť dedičom tejto tradície – štátom západnej demokracie takúto ochranu aktívne poskytovať. Hovoríme o ochrannej dimenzii či funkcii základných práv, pri zrození ktorej stál v sedemdesiatych rokoch 20. storočia nemecký Spolkový ústavný súd.<sup>23</sup> Univerzalistická tendencia chápania a ochrany základných práv, medzi ktoré zaiste patrí aj ľudská dôstojnosť, je prejavom egalitarizácie kedysi hierarchi-

<sup>17</sup> DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky. Komentár*, s. 393.

<sup>18</sup> KMEC, J. *Evropské trestní právo*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 74–75.

<sup>19</sup> KMEC, J. *Evropské trestní právo*, 75 s.

<sup>20</sup> *Evans v. The United Kingdom*.

<sup>21</sup> PL. ÚS 21/2000.

<sup>22</sup> Ústavný súd v náleze II. ÚS 2268/07 zdôraznil, že koncepcia ľudskej dôstojnosti artikulovaná preambulou Listiny základných práv a slobôd ako nedotknuteľná hodnota je postavená mimo kompetenciu ústavných orgánov, a teda je súčasťou nadpozitívneho práva.

<sup>23</sup> WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 14.



zovanej spoločnosti. Podľa Baroša, politika ľudskej dôstojnosti je postavená na axióme, podľa ktorej je nevyhnutné vážiť si všetkých ľudí rovným dielom.<sup>24</sup> Ak je v hre ľudská dôstojnosť, pokračuje Baroš, nemal by byť aplikovaný ani princíp proporcionality. Niet verejného záujmu, ani základného práva, ktoré by mohli ľudskú dôstojnosť prevážiť, a preto si zasluhuje nekompromisnú ochranu.<sup>25</sup> Hovoriac o nekompromisnej ochrane treba už len dodať, že okrem iného, Ústavný súd v náleze II. ÚS 2268/07 z ľudskej dôstojnosti, ako základného hodnotového princípu, dôvodil významné normatívne implikácie v oblasti trestného práva.<sup>26</sup> Tým sa dostávame späť k základnej otázke celej práce, ktorou je trestnoprávna ochrana dôstojnosti poskytovaná každému – v súlade so zásadou rovnosti. Pozrime sa teda bližšie na konkrétnu právnu úpravu trestného činu znásilnenia v zákonných ustanoveniach jednotlivých trestných predpisoch.

## 2. STAIRWAY TO HEAVEN & HIGHWAY TO HELL

V predchádzajúcej časti sme ukázali, že ľudská dôstojnosť je nielen základným ľudským právom, ale aj akousi nadpozitívnou hodnotou postavenou mimo rámec dero-gačných kompetencií ústavných orgánov. Taktiež sme názorne dokumentovali vzťah základných ľudských práv k ich adresátom, ktorý je pri ich distribúcií, uplatňovaní, ale aj ochrane definovaný princípom rovnosti. V nasledujúcom texte sa budeme snažiť, vo vzájomných súvislostiach, zmapovať genézu ustanovenia trestného činu znásilnenia vyjadreného § 241 ods. 1 zákona č. 140/1961 Sb. a jeho následný obsahový rozkol v ustanoveniach jeho nasledovníkov. Čitateľovi tiež naznačíme, že napriek pomerne homogénnym kultúrno-spoločenským vplyvom sa súčasné úpravy trestného činu znásilnenia líšia spôsobom, ktorý, bez preháňania, predpokladá dva rozdielne svety.

### 2.1 Na počiatku bolo...

...znásilnenie. Avšak, aby sme boli presnejší, mali by sme azda hovoriť o trestnom čine znásilnenia, ktorý vykladáme prostredníctvom ustáleného jazykového výkladu ako: *násilné prinútenie ženy na pohlavný styk*.<sup>27</sup> Od prosocialistického právneho systému a jeho predstaviteľov, ktorí boli naklonení výrazne v prospech konštruktivistického racionalizmu, by zrejme bolo trúfalé očakávať akúkoľvek introspekciu a pružnú adaptáciu na nové alebo dovtedy skryté pomery socialistickej spoločnosti. Ak však máme na pamäti, že išlo o šesťdesiate sedemdesiate roky, v oblasti právnej úpravy trestného činu znásilnenia sa v tej dobe nejednalo o nijakú tragédiu. Bolo to práve obdobie dekád druhej polovice dvadsiateho storočia, ktoré prinieslo feministický aktivizmus, emancipáciu a pozornosť pre prehliadané trestné činy páchané voči ženám.<sup>28</sup> Navyše, feminizmus sa stal odrazovým mostíkom pre hnutia zdôrazňujúce bezradnosť a bezzubosť trestno-

<sup>24</sup> Ibidem, s. 55.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 61.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> *Krátky slovník slovenského jazyka*, [2015-02-19]. Dostupné z: <[<sup>28</sup> Pozri: GRIFFIN, S. Rape: The All-American Crime. \*Ramparts Magazine\*. 1971, roč. 10, č. 3, s. 26–36.](http://slovník.juls.savba.sk/?w=zn%C3%A1silni%C5%A5&s=exact&c=4eb9&d=kssj4&d=psp&d=sssj2&d=sssj&d=sssj2&d=scs&d=sss&d=peciar&d=ma&d=hssjV&d=bermolak&d=obce&d=priezviska&d=un&d=locutio&d=pskcs&d=psken&d=noundb&ie=utf-8&oe=utf-8#></a>></p></div><div data-bbox=)

právnej ochrany žien a len vďaka feminizmu sa začalo verejne diskutovať o znásilnení ako o celospoločenskom probléme.<sup>29</sup> Vyše päťdesiatročné úsilie prinieslo svoje ovocie a už dnes sa napríklad nemusíme zaoberať stereotypom, ktorý obeť znásilnenia kategorizoval ako spoluvinníčky, a to len pre určitý – vyzývavý druh správania či ošatenia. Inou kapitolou je presvedčenie, podľa ktorého nie je možné znásilniť vlastnú manželku.<sup>30</sup> Keďže žena fakticky patrila manželovi,<sup>31</sup> tento mal inherentné právo na jej telo.<sup>32</sup> Dnes už je tento prístup prekonaný. Zlomovým boli deväťdesiate roky (rok 1993) kedy došlo k definitívnemu podriadeniu znásilnenia manželky pod normu trestného činu znásilnenia vo všetkých amerických štátoch.<sup>33</sup> Západná demokratická spoločnosť sa, hoci nie všade (pozri napríklad Maďarsko<sup>34</sup>), teší pomerne racionálnemu chápaniu znásilnenia osôb ženského pohlavia s poskytnutím primeranej ochrany pre obeť a trestov pre páchatelov takýchto činov. Ak máme hovoriť o fenoméne *reverse rape*, teda opačného znásilnenia, treba povedať, že vývoj k úprave trestného činu smerom k rodovej neutralite a odstraňovanie rôznych predsudkov (z ktorých mnohé má žiaľ na svedomí, inak pozitívna, feministická iniciatíva na ochranu žien, prípadne niektoré iné ideológie<sup>35</sup>) je stále v zárodku. Obraz sexuálnej kriminality pod váhou preexponovanej feministickej paradigmy vytvára predstavu mužmi ovládanej spoločnosti, kde sexuálne násilie predstavuje úmyselné mužské konanie, ktorým muži preukazujú svoju dominanciu a moc. Sexualita je z takejto perspektívy organizovaná mužmi a pre mužov.<sup>36</sup> Prístup niektorých štátov k problému sexuálnej kriminality páchanej ženami na mužoch je potom v dôsledku podobných ideologických deformácií prístupom krajín na prelome 19. a 20. storočia. K nim patrí aj Slovenská republika, ktorá napriek svojej príslušnosti k západnému modelu fungovania spoločnosti v prijímaní úpravy trestného činu znásilnenia osôb mužského pohlavia nedôvodne zaháľa, a to napriek rovnakým štartovacím pozíciám v postfederálnom českom a slovenskom národnom vývoji. Ak sme tvrdili, že na počiatku bolo znásilnenie v klasickom sémantickom vymedzení, mali sme na mysli, v súlade s nastavenou chronológiou v úvode, ustanovenie § 241 ods. 1 zákona č. 140/1961 Sb. Iste by sme mohli spomenúť právnu úpravu z päťdesiatych rokov, ale vzhľadom na totožné vymedzenie subjektu, predmetu útoku a objektívnej stránky trestného činu (s výnimkou trestnej sadzby, ktorá bola v zákone č. 86/1950 Sb. nastavená prísnejšie) predchádzajúcu úpravu vynecháme. Zákon 140/1961 Sb. upravoval trestný čin slovami: „*Kto násilím alebo hrozbou bezprostredného násillia donúti ženu k súložiu, alebo kto na taký čin zneužije jej bez-*

<sup>29</sup> ROSE, V. Rape as a Social Problem: A Byproduct of the Feminist Movement. *Social Problems*. 1977, Vol. 25, No. 1, s. 75–76.

<sup>30</sup> *Black's Law Dictionary* vo svojej 9. edícii stále uvádza, okrem novších, aj pôvodne zaužívanú definíciu znásilnenia, podľa ktorej je znásilnenie protiprávnym konaním muža, ktorý za použitia sily vykoná súlož na žene (nie manželke) proti jej vôli. GARNER, B. A. et al. *Black's Law Dictionary*. 9th ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2009, s. 1374.

<sup>31</sup> McMAHON-HOWARD, J. – CLAY-WARNER, J. – RENZULLI, L. Criminalizing Spousal Rape: The Diffusion of Legal Reforms. *Sociological Perspectives*. 2009, Vol. 52, No. 4, s. 505.

<sup>32</sup> NEUMANN, C. E. *Sexual Crime*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2010, s. 22.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 23.

<sup>34</sup> Hungary Cries unheard: The failure to protect women from rape and sexual violence in the home. *Amnesty International report*: EUR 27/002/2007.

<sup>35</sup> RAKO, P. Sexuálne trestné činy a otázka práva na spravodlivý súdny proces. In: Karel Schelle – Jaromír Tauchen a kol. (eds). *Sexuální trestné činy včera a dnes*. Ostrava: KEY Publishing, 2014, s. 310.

<sup>36</sup> JANDOUREK, J. *Sociologie zločinu*. Praha: Portál, 2011, s. 73.

*brannosť...“*,<sup>37</sup> a teda je jednoznačne určené, kto môže byť páchatelom a kto obeťou. Špecifikom trestného činu znásilnenia podľa československej právnej úpravy je rodová ohraničenosť obeť. Šámal a Rizman k tomu dodávajú, že ak hovoríme o trestnom čine znásilnenia, predmetom útoku je v oboch prípadoch spáchania tohto trestného činu žena.<sup>38</sup> Ženou pritom rozumieme osobu ženského pohlavia bez ohľadu na vek, za ženu teda považujeme v súvislosti s ustanovením § 241 ods. 1 aj maloleté dievča.<sup>39</sup> Ako sme už uviedli o čosi vyššie, rodovo neutrálne vymedzenie trestného činu nebolo na dennom poriadku ani v zahraničí, a tak nemožno hodnotiť československú právnu úpravu príliš prísne. Naopak, domáce vymedzenie trestného činu znásilnenia korešpondovalo s medzinárodnými štandardmi. Zmena na domácej scéne nastala až neskôr, v období samostatnosti Českej a Slovenskej republiky. Postupujúc, v úvode načrtnutej časovej osi, ďalej, do roku 2001, konečne narážame na zásadný zlom na poli českého trestného práva hmotného, ktorý, v kontexte s vývojom nasledujúcich rokov, legitimizuje označenie právnej úpravy trestného činu znásilnenia ako schizofrenickej, a to z dôvodu zásadného obsahového nesúladu medzi cestou českého legislatívneho úsilia a jeho slovenským ekvivalentom. Podme sa však pozrieť na to, čo spôsobilo významné odlíšenie noriem s totožným genetickým kódom.

## 2.2 Keď sa práva berú vážne

Aby sme pochopili, čo spôsobilo nový a širší pohľad na sexuálne trestné činy a ich reinterpretáciu, musíme sa vrátiť do osemdesiatych a deväťdesiatych rokov minulého storočia. Veda sa v tomto období aspoň čiastočne oslobodila od feministických paradigiem<sup>40</sup> a otvorila sa výskumu aj v oblasti sexuálnej trestnej činnosti páchanej na mužoch. Spočiatku sa bral zreteľ výlučne na homosexuálne orientované konania, teda sexuálne delikty páchané osobami mužského pohlavia na mužoch. Neskôr sa, napriek zaužívanému, striktnému jazykovému výkladu, začala upriamovať pozornosť aj na prípady sexuálnej trestnej činnosti páchanej ženami na mužoch.<sup>41</sup> Podľa odhadov došlo napríklad v roku 1995 približne k 19 390 prípadom znásilnení (pre porovnanie, v celonárodnej analýze *National Intimate Partner and Sexual Violence Survey* z roka 2010 sa hovorí až o 1,58 milióna prípadoch mužov, ktorí aspoň raz počas svojho života boli znásilnení alebo boli obeťou pokusu o znásilnenie<sup>42</sup>) alebo pokusov takéhoto činu na osobách mužského pohlavia starších ako 12 rokov. Hoci toto číslo zahŕňa aj homosexuálne orientovanú sexuálnu činnosť, nie je pochýb o tom, že napriek tejto skutočnosti môže byť skutočný počet oveľa vyšší.<sup>43</sup> Dôvody podhodnotenia počtu sexuálnych trestných činov

<sup>37</sup> Zákon 140/1961 Sb. (Trestný zákon).

<sup>38</sup> ŠÁMAL, P. – RIZMAN, S. *Trestní zákon. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 1994, s. 855.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> PALMER, C. Twelve Reasons Why Rape Is Not Sexually Motivated: A Skeptical Examination. *The Journal of Sex Research*. 1988, Vol. 25, No. 4, s. 525–526.

<sup>41</sup> SMITH, R. – PINE, C. – AWLEY, M. Social Cognitions About Adult Male Victims of Female Sexual Assault. *The Journal of Sex Research*. 1988, Vol. 24, s. 101.

<sup>42</sup> *National Intimate Partner and Sexual Violence Survey*, s. 19. [2015-03-05]. Dostupné z: <[http://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/nisvs\\_report2010-a.pdf](http://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/nisvs_report2010-a.pdf)>.

<sup>43</sup> MITCHELL, D. – HIRSCHMAN, R. – HALL, G. Attributions of Victim Responsibility, Pleasure, and Trauma in Male Rape. *The Journal of Sex Research*. 1999, Vol. 36, No. 4, s. 369.

páchaných ženami na mužoch spočívajú v mimoriadne vysokej latentnosti sexuálnej kriminality vo všeobecnosti. Napriek hlasom z feministickej opozície, v deväťdesiatych rokoch už medzinárodná vedecká scéna nepripúšťala priestor pre spochybňovanie fenoménu obráteného znásilnenia, jednoducho sa etabloval ako, nie štatisticky bezvýznamný, fakt. Reakcie na seba nenechali dlho čakať a v mnohých štátoch sa začali reformulácie trestných činov znásilnenia spôsobom, ktorý by naďalej nediskriminoval a nemarginalizoval obeť určitého pohlavia. Tieto tendencie boli jednoznačné ak u bezprostredných susedov – krajín vyšehradskej štvorky. V Českej republike sa tak stalo roku 2001, kedy bol prijatý zákon č. 144/2001 Sb., ktorý formuloval § 241 ods. 1 nasledovne: „*Kdo násilím alebo pohrůžkou bezprostredného násilí donutí jiného k souloži nebo k jinému obdobnému pohlavnímu styku nebo kdo k takovému činu zneužije bezbrannosti jiného, bude potrestán odnětím svobody na dvě léta až osm let.*“ Ako je dobre vidieť, uvedená zmena sa netýkala iba rozšírenia právnej ochrany na osoby mužského pohlavia, ale došlo k rozlíšeniu obsahu pojmu znásilnenie skrz tzv. iný obdobný pohlavný styk. Iným obdobným pohlavným stykom sa chápu také sexuálne aktivity, ktoré možno považovať za porovnateľné so súložou z hľadiska intenzity zásahu do sexuálnej sféry poškodeného.<sup>44</sup> Podľa dôvodovej správy viedli českého zákonodarcu k takejto významnej zmene „*velmi závažné těžkosti pri aplikácii a interpretácii*“ dovtedajšieho ustanovenia § 241. Výslovná dikcia totiž umožňovala len posudzovanie znásilnení žien a výlučne takých konaní páchatela, ktoré spočívali v súložii s obeťou.<sup>45</sup> Hoci systematika sexuálnych trestných činov zostala v pôvodnej, nie celkom prehľadnej a ucelenej, podobe<sup>46</sup> a odborná verejnosť sa k novým vágnym pojmom stavala kriticky,<sup>47</sup> rozhodnutie českej legislatívy možno hodnotiť skôr pozitívne. Modernizácia právnej úpravy v Českej republike znamenala prvý krok k vychýleniu sa od spoločného dedičstva, ktoré v tomto čase bolo stále dobre pozorovateľné v slovenskej právnej úprave. V prípade novely je namieste hovoriť o významnom legislatívnom kroku, pretože štát od účinnosti novely prichýlil do svojej ochranárskej náručie všetky subjekty, ktoré sa mohli reálne stať obeťami sexuálnej trestnej činnosti. Ešte stále sa nemožno pozeráť na slovenskú trestnoprávnu úpravu pomedzi prsty, pretože zákonom č. 253/2001 Z. z. došlo aspoň k priatiu trestného činu sexuálneho násillia, ktorý ale výslovne nereagoval na problém obrátených znásilnení a sám o sebe zahŕňal iba alternatívne formy sexuálneho styku, okrem súložie. Skutková podstata trestného činu sexuálneho násillia viac menej odzrkadľovala nówum § 241 ods. 1 českého variantu, a teda postihovala „*jiný obdobný pohlavní styk*“.<sup>48</sup> V tomto momente sa však dostávame k azda najvýraznejšej polemike ohľadom sexuálnej trestnej činnosti na Slovensku vôbec. Ako už bolo uvedené na začiatku, časť odbornej verejnosti je presvedčená, že trestný čin sexuálneho násillia je možné vykladať extenzívne a fenomén obráteného znásilnenia

<sup>44</sup> JELÍNEK, J. a kol. *Trestní zákon a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. Praha: Linde, 2006, s. 284.

<sup>45</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 144/2001 Sb.

<sup>46</sup> ČÍŽKOVÁ, J. – CÍSAŘOVÁ, D. Rekodifikace sexuálních trestných činů. *Trestní právo*. 2002, Vol. 7, No. 10, s. 7.

<sup>47</sup> MITLÖHNER, M. Několik úvah nad trestným činem znásilnění podle § 241 trestního zákona po novele. *Trestní právo*. 2002, Vol. 7, No. 10, s. 11.

<sup>48</sup> Pozn. autora: Skutková podstata § 241 ods. 1 odvolávajúc sa na iný obdobný pohlavný styk v sebe zahŕňa to, čo v slovenskej právnej úprave rozumieme inými sexuálnymi praktikami ustanovenými v § 200 zákona č. 300/2005 Z. z. Podľa Kovára dôjde k znásilneniu aj vtedy, ak síce páchatel svojím konaním nesmeruje k dosiahnutiu súložie, ale smeruje napr. k dosiahnutiu orálneho sexu, análneho sexu atď. Pozri: KOVÁŘ, P. a kol. *Sexuální agrese*. Praha: MAXDORF, 2008, s. 30.

možno podriadit' pod skutkovú podstatu § 200 zákona č. 300/2005 Z. z. Podľa zástancov tohto názoru sa tak celá teória ohľadom diskriminácie určitého pohlavia v oblasti trestnoprávnej ochrany rozpadá. Aby sme mohli, isto legitímnu, námietku vyhodnotiť a adekvátne na ňu reagovať, musíme rozobrať ustanovenie menovaného trestného činu a posúdiť ho nielen teoreticky, ale aj cez prizmu právo-aplikačnej praxe.

### 2.3 Keď dobrá vôľa a spravodlivý rozum nepostačuje

Trestný čin sexuálneho násillia podľa § 200, ods. 1 zákona č. 300/2005 Z. z. bol prijatý ako reakcia na viaceré druhy protiprávných, sexuálne orientovaných konaní smerujúcich proti ľudskej dôstojnosti, ktoré neboli buď vôbec alebo boli len čiastočne chránené inými skutkovými podstatami Trestného zákona. Medzi takéto konania môže patriť donútenie k análnemu alebo inému styku, a to tak mužom i ženou. Z dikcie ustanovenia § 200 vyplýva, že páchatelom tohto činu je osoba (bez ohľadu na pohlavie), ktorá: „*násillím alebo hrozbou bezprostredného násillia donúti iného k orálnemu styku, análnemu styku alebo k iným sexuálnym praktikám alebo ... na takýto čin zneužije jeho bezbrannosť*“.<sup>49</sup> Problematickým výrazovým prostriedkom, ktorý používa zákonodarca je slovné spojenie „*iné sexuálne praktiky*“. Má sa na mysli aj pohlavný styk alebo ide len o také sexuálne praktiky, ktoré sú zásadne odlišiteľné od súlož? Ďalej, v prípade, že zákonodarca nemal na mysli súlož, možno rozšíriť význam tohto slovného spojenia právo-aplikačnou praxou aj na pohlavný styk? Riešenie načrtnutých otázok má zásadný význam pre práve a významové posúdenie možnosti aplikácie vymedzenej právnej normy.

Ak sa pokúsime odraziť od jazykového výkladu použitia slova znásillenie v slovenskom právnom poriadku, neostáva len možnosť rozšírenia interpretácie zavrhnúť. Namiesto zásahu do pôvodnej skutkovej podstaty trestného činu znásillenia sa zákonodarca rozhodol vytvoriť novú skutkovú podstatu s diametrálne odlišnou terminológiou.<sup>50</sup> Tiež nám dáva demonštratívny výpočet konaní, v skutkovej podstate trestného činu sexuálneho násillia, najavo aký druh sexuálnych praktík má na mysli. Iné sexuálne praktiky sa budú preto typovo spájať s iným ako štandardným sexuálnym stykom (súlož). Sme presvedčení, že ak by zákonodarca mal záujem vytvoriť priestor pre ochranu osôb mužského pohlavia pred obráteným znásillením, s najväčšou pravdepodobnosťou by siahol po jednoduchšom a logickejšom riešení, ktorým by bola revízia § 199, teda trestného činu znásillenia.

V úvahe o vylúčení rozširovania výkladu nám nepriamo dávajú za pravdu komentáre Trestného zákona či judikatúra. Podľa Čentéša: „*Násillie i hrozba bezprostredného násillia musí smerovať k donúteniu iného k iným sexuálnym praktikám, než je súlož*“.<sup>51</sup> Podobného názoru je aj Stiffel, Toman a Samaš, ktorí sú presvedčení, že v prípade trestného činu sexuálneho násillia „*ide o iné sexuálne praktiky ako súlož*“.<sup>52</sup> Autori mali na pamäti

<sup>49</sup> Zákon č. 300/2005 Z. z. (Trestný zákon).

<sup>50</sup> Pozn. autora: Slovenská právna úprava v komparácii so súdobou českou právnou úpravou predstavovala podstatne neefektívnejšie a nepraktickejšie riešenie problémov, ktorými trestné činy proti ľudskej dôstojnosti vo vzťahu k celému spektru obetí, boli.

<sup>51</sup> ČENTÉŠ, J. a kol. *Trestný zákon. Komentár*. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 362.

<sup>52</sup> STIFFEL, H. – TOMAN, P. – SAMAŠ, O. *Trestný zákon. Stručný komentár*. Bratislava: IURA EDITION, 2010, s. 441.

zásadu legality, ktorá je integrálnou súčasťou ústavných poriadkov demokratických štátov. V trestnoprávnej rovine je zásada artikulovaná známym *nullum crimen sine lege* a je tak súčasťou Ústavy SR (čl. 49),<sup>53</sup> ako aj európskeho práva (Charta).<sup>54</sup> Použitie extenzívneho výkladu slovného spojenia iné sexuálne praktiky v prospech zabezpečenia trestnoprávnej ochrany sice znie na prvé počutie dobre, avšak zakladá nebezpečný jav – rozširovania trestnej zodpovednosti aj na konania, ktoré skutková podstata zjavne nepredpokladá. Došlo by tak k porušeniu zásady zákazu *in malam partem* – analógie v neprospech obvineného a tým aj k popretiu už vyššie zmienenej zásady *nullum crimen sine lege*. Akákoľvek nechuť k odpieraniu spravodlivosti a snaha priniesť spravodlivosť do právnych pomerov nemôže ospravedlniť bezbrehý axiologický výklad. Jedno ustanovenie, hoci nie celkom šťastne koncipované ešte nepredstavuje povestné *unrichtiges Recht*, a teda nezostáva zatiaľ iné, len prijať *status quo*. Právo v demokratickej spoločnosti zaiste predstavuje dynamickú štruktúru podrobenú neustálemu interpretačnému procesu s pretrvávajúcim napätím medzi textom a kontextom sociálnej skutočnosti.<sup>55</sup> To ale stále neznamená, že výklad môže byť natoľko svojvoľný, že znemožní priemerne uvažujúcej osobe predvídať rozhodovanie súdov do budúcnosti. Aj preto orgány činné v trestnom konaní a sudy kráčali v danej veci odlišnou cestou.

Právno-aplikačná prax sa vo veci ochrany osôb mužského pohlavia pred obráteným znásilnením vydala úplne iným smerom. Máme na mysli použitie ustanovenia § 189 trestného zákona, ktorým je trestný čin vydierania. Súd v rozhodnutí R 48/1977 judikoval, že kto násilím, hrozbou násilia alebo hrozbou inej ťažkej ujmy donúti muža k súloži so ženou, dopustí sa trestného činu vydierania podľa § 235 ods. 1 Trestného zákona. Tým však súd nekončí a dodáva, že ak by išlo o prípad opačný, a teda, ak by niekto násilím alebo hrozbou bezprostredného násilia donútil ženu k súloži s iným mužom, dopustil by sa trestného činu znásilnenia podľa § 199 ods. 1. Z uvedeného je teda očividné, že napriek rovnakému konaniu spočívajúcemu v donútení dochádza k diametrálne rozdielnym posúdeniam, pričom dôvodom je výlučne pohlavie donútenej obete. To potvrdzujú aj vyšetrovatelia a prokurátori a z konzultácií je zrejme, že v prípade posudzovania fenoménu *reverse rape* by jednoznačne aplikovali skutkovú podstatu trestného činu vydierania. Na dôvažok len pripomenieme, že trestný čin znásilnenia (sexuálneho násilia) a vydierania majú rozdielne vymedzené trestné sadzby. Zatiaľ čo za znásilnenie (sexuálne násilie) hrozí páchatelovi trestného činu v základnej trestnej sadzbe trest odňatia slobody vo výške 5 až 10 rokov, pri vydieraní je to len 2 až 6 rokov. Posudzujúc kvalifikovanú skutkovú podstatu trestného činu vydierania so základnou skutkovou podstatou skúmaných sexuálnych trestných činov sa stále vydieranie, so sadzbou 4 až 10 rokov, javí ako miernejšie trestané. Na základe zisteného možno konštatovať, že pokiaľ by v tom najoptimistickejšom scenári subsumovali orgány činné v trestnom konaní obrátené znásilnenie pod skutkovú podstatu trestného činu vydierania, obeť takéhoto činu (muži) by sice trestnoprávnu ochranu požívali, ale v porovnaní s osobami ženského pohlavia v pod-

<sup>53</sup> Pozri 82/2001-US.

<sup>54</sup> IVOR, J. – KLIMEK, L. – ZÁHORA, J. *Trestné právo Európskej únie a jeho vplyv na právny poriadok Slovenskej republiky*. Žilina: EUKÓDEX, 2013, s. 42.

<sup>55</sup> PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et al. *Právo a dobro v ústavní demokracii*. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2011, s. 33.

statne menšej miere. Dochádza tak k preukázateľnej diskriminácii na základe pohlavia. Optimizmus a rozširovanie okruhu konaní, ktoré upravuje skutková podstata trestného činu sexuálneho násillia narážajú na tvrdé mantinely právneho rámca a aplikačnú prax. Inými slovami, dobrá vôľa a cit pre spravodlivosť nie vždy postačuje.

Vezmúc do úvahy celkové porovnanie legislatív, je očividné, že v oblasti sexuálnej kriminality došlo k dvom odlišným prístupom. Na strane českej je to prístup holistický, ktorý jedným ustanovením vytvoril priestor pre ochranu najširšieho okruhu adresátov a na strane druhej, slovenskej, partikulárny, ktorý v niekoľkých skutkových podstatách upravuje viacero konaní, avšak bez vyčerpania nevyhnutných adresátov, ktorých sa právna norma má týkať. Slovenská republika tak získava významnú komparatívnu nevýhodu (alebo výhodu?) vo forme praktickej ukážky – príkladu u právne a kultúrne najbližšieho suseda. Obdobie ďalšieho vývoja je poznačené prípravami rekonštrukcie trestného práva na Slovensku. Z pohľadu zásadnej zmeny a aktualizácie trestného práva niet vhodnejšieho času na úpravu znásillenia ako rodovo neutrálneho trestného činu. To sa však pri spätnom pohľade na zákon 300/2005 Z. z. nestalo. Dôvodová správa takýto stav komentuje slovami: „*Trestné činy proti ľudskej dôstojnosti zostali v podstate nezmenené oproti doteraz platnej právnej úprave, ktorá sa v praxi osvedčila. Prebrala sa aj skutková podstata sexuálneho násillia zavedená novelou Trestného zákona č. 253/2001 Z. z.*“. Neochota revidovať trestný čin znásillenia sa prenáša aj do poslednej, tretej, fázy, ktorú môžeme neformálne nazvať ako postkodifikačnú.

## 2.4 Na večné časy a nikdy inak?

Postkodifikačné obdobie prinieslo, a to nielen v oblasti trestného práva, veľa zmien. Už v úvode sme zdôraznili orientáciu postlisabonskej Európy na ľudskú dôstojnosť, ktorú slovenský legislatívca v oblasti jej trestnoprávnej ochrany pomerne vytrvalo ignoruje. Ospravedlnením mu nemôže byť ani neustále pretrvávajúci deficit skúmania viktimizácie mužov v spoločenských vedách<sup>56</sup> či neochota väčšiny mužských obetí sexuálnych atakov ohlásiť spáchanie trestného činu<sup>57</sup> a tým priznať obzvlášť dehumanizujúcu a zahanbujúcu udalosť. K hlasom vyzývajúcim k zmene trestnoprávných ustanovení sa pridali Parlamentné zhromaždenie Rady Európy a Výbor pre rovnosť príležitostí pre mužov a ženy, podľa odporúčaní ktorých, majú členské štáty Rady Európy upraviť trestné činy znásillenia a sexuálneho násillia tak, aby išlo o rodovo neutrálne trestné činy. To sa opäť raz nepodarilo, a dokonca sa s takouto zmenou nepočíta(lo) ani v aktuálnej veľkej novele trestného práva. V tomto momente sa výsledný obrázok dvoch, pôvodne rovnakých, ustanovení musí javiť skôr ako koláž dvojice nesúrodých legislatív bez predchádzajúcej príbuzenskej relácie. Je to škoda jednak v tom, že Slovensko každým rokom záhaľky zdôrazňuje neochotu poskytnúť rovnakú ochranu ľudskej dôstojnosti všetkých bez rozdielu a jednak v tom, že doteraz nebolo schopné využiť výborného príkladu, ktorý mu poskytol jeho český kolega pri úprave trestného činu znásillenia v roku 2001.

<sup>56</sup> FRENCH, B. H. – TILGHMAN, J. D. – MALEBRANCHE, D. A. Sexual Coercion Context and Psychosocial Correlates Among Diverse Males. *Psychology of Men & Masculinity*. 2015, Vol. 16, No. 1, s. 42.

<sup>57</sup> WALKER, J. – ARCHER, J. – DAVIES, M. Effects of Rape on Men: A Descriptive Analysis. *Archives of Sexual Behavior*. 2005, Vol. 34, No. 1, s. 69 an.

Zamrzí to o to viac, že český zákonodarca sa od roku 2001 posunul opäť raz bližšie k moderným trendom a sexuálne trestné činy prešli významnejšou koncepčnou zmenou.<sup>58</sup> Toľko kritizovaná neprehľadnosť a nesúrodosť v systematike sa stala minulosťou.<sup>59</sup> Sexuálne trestné činy v novo kodifikovanej úprave (zákon č. 40/2009 Sb., *Trestní zákoník*) už nie sú len širšou súčasťou rozložitej skupiny protiprávných konaní proti slobode a ľudskej dôstojnosti, kde sa v minulosti (zákon č. 140/1961 Sb., *Trestní zákon*), v ôsmej hlave spájali tak nesúrodé trestné činy, ako napríklad znásilnenie a porušovanie tajomstva dopravovaných správ. Rekodifikácia zdôraznila závažnosť sexuálnych trestných činov jednak ich osamostatnením a tiež ich presunom z ôsmej hlavy do hlavy tretej. Za významné plus treba považovať aj špecifikáciu skupiny uvedených trestných činov, ktoré už nie sú označené len ako „*Trestné činy proti ľudskej dôstojnosti*“, ale adresnejšie, ako „*Trestné činy proti ľudskej dôstojnosti v sexuálnej oblasti*“, čím bola vypočítaná kritika popredných trestnoprávných odborníkov, ktorí volali po koncepčnej zmene.<sup>60</sup> Novou systematikou trestného kódexu sa progres na českej trestnoprávnej scéne nevyčerpal. Je zrejmé, že došlo, okrem iného, aj k podstatným zmenám v ustanovení § 185, trestného činu znásilnenia (predtým § 241). Ide predovšetkým o vypustenie podmienky bezprostrednosti hrozby násillia, rozšírením konania i na hrozbu inej ťažkej ujmy a rozšírením trestnosti na všetky formy pohlavného styku.<sup>61</sup> Treba tiež spomenúť zmenu v pojmosloví, ktorá sa prejavila v nahradení pojmov súlož a iný obdobný pohlavný styk, v základnej skutkovej podstate trestného činu znásilnenia, termínom pohlavný styk. Zmysel takéhoto kroku tkvel pravdepodobne v snahe vytvoriť všeobecný, jednotiaci pojem pre menej závažné formy sexuálnej delikvencie, ktorý by zahŕňal akýkoľvek spôsob ukájania pohlavného pudu na tele inej osoby, odlišný od súložu a iného pohlavného styku vykonaného spôsobom porovnateľným so súložou, ktoré sú predmetom kvalifikovaných skutkových podstát § 185 *Trestního zákoníku*.<sup>62</sup>

Pre naše účely by bolo priveľmi optimistické očakávať od slovenského zákonodarcu koncepčnú reorganizáciu trestného zákona. Tá by v kontexte s načrtnutým problémom ani nebola potrebná. Legislatívna zmena teda nemusí byť vôbec drastická. Celkom by postačovalo, ak by sa ustanovenie § 199, ods. 1 zákona č. 300/2005 Z. z., ktoré znie nasledovne: „*Kto násillím alebo hrozbou bezprostredného násillia donúti ž e n u k súložu alebo kto na taký čin zneužije j e j bezbrannosť, potrestá sa odňatím slobody na päť rokov až desať rokov.*“, zmenilo, s prihliadnutím na požiadavku nediskriminačnej ochrany ľudskej dôstojnosti, na: „*Kto násillím alebo hrozbou (bezprostredného) násillia donúti i n é h o k súložu alebo kto na taký čin zneužije j e h o bezbrannosť, potrestá sa odňatím slobody na päť rokov až desať rokov.*“ Nie je ani nutná úprava tzv. iného obdobného pohlavného

<sup>58</sup> Pozn. autora: Nová úprava je reakciou na dlhodobé pripomienky odbornej verejnosti, ako aj na „*rámcové rozhodnutie Rady EÚ 2004/68/SVV o boji proti sexuálnemu zneužívaniu detí a detskej pornografii, návrh Dohovoru Rady Európy o ochrane detí pred sexuálnym vykorisťovaním a sexuálnym zneužívaním IPC-ES (2007) 6 E FINI, Opčný protokol k Dohovoru o právach dieťaťa o predaji detí, detskej prostitúcii a detskej pornografii a Dohovor o počítačovej kriminalite*“. Pozri: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník II. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1647.

<sup>59</sup> Pozri: GRIVNA, T. Trestné činy proti dôstojnosti v sexuálnej oblasti v novém trestním zákoníku. In: Jiří Jelínek (ed.). *O novém trestním zákoníku*. Praha: Leges, 2009, s. 87 an.

<sup>60</sup> ČÍŽKOVÁ, J. – ČÍSAŘOVÁ, D. Rekodifikace sexuálních trestných činů. *Trestní právo*. 2002, Vol. 7, No. 10, s. 8–9.

<sup>61</sup> GRIVNA, T. Trestné činy proti dôstojnosti v sexuálnej oblasti v novém trestním zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2009, No. 10, s. 67.

<sup>62</sup> Pozri: JELÍNEK, J. a kol. *Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou*. Praha: Leges, 2013, s. 261.



styku, ktorý je dobre známy z českého prostredia, keďže v slovenskom práve sa týmto zaoberá už iné ustanovenie (Trestný čin sexuálneho násillia). Príklad modernej a nediskriminačnej právnej úpravy netreba hľadať len v Českej republike. Ak sa pozrieme na právnú úpravu ostatných štátov vyšehradskej štvorky (štáty v bezprostrednom susedstve so Slovenskou republikou, ktoré sú súčasťou Európskej únie), uvidíme, že rodovo neutrálne vymedzenie je skôr pravidlom, ako výnimkou. V 25. časti poľského trestného zákona pojednávajúcej o trestných činoch sexuálnej slobody a slušnosti sa napríklad v čl. 197, § 1 uvádza, že kto násillím, hrozbou alebo za použitia lsti prijme inú osobu k pohlavnému styku, potresce sa odňatím slobody od 2 do 12 rokov.<sup>63</sup> Inak to nie je ani v Maďarsku a Rakúsku. Zatiaľ čo v prvom menovanom je trestný čin subsumovaný pod sexuálne násillie a skutková podstata postihuje konanie páchatela, ktorý silou alebo hrozbou proti životu, telesnej integrite (a) alebo lstou (b) vykoná sexuálny styk na inej osobe,<sup>64</sup> v druhom prípade sa pod trestnými činmi proti sexuálnej integrite a sebaurčení, v § 201 a § 202 nachádza skutková podstata takých konaní, ktorými páchatel obmedzením osobnej slobody, hrozbou bezprostredného ohrozenia života alebo zdravia prinúti inú osobu k súložii alebo obdobnému sexuálnemu styku.<sup>65</sup> Vo všetkých menovaných prípadoch je zrejmé, že obeť trestného činu je vymedzená rodovo neutrálne, a teda pod takto ustanovené skutkové podstaty nie je problém subsumovať aj znásillenie muža vykonané osobou ženského pohlavia.

## ZÁVER

V našom príspevku sme sa venovali komparatívnej analýze trestného činu znásillenia v Českej a Slovenskej republike. Skúmali sme tak úpravu socialistickú a federálnu, ktorá bola výrazom kultúrnej a právnej jednoty, ako aj úpravy vychádzajúce zo spoločného základu, ktoré si v istom momente svojej existencie začali žiť vlastným životom. Máme na mysli postfederalistickú právnú úpravu sukcesorov, ktorí sa, preberajúc štafetu legislatívnej zodpovednosti, vybrali každý iným smerom. Trestnoprávna ochrana ľudskej dôstojnosti v Českej republike realizovaná prostredníctvom skutkovej podstaty trestného činu znásillenia svojou univerzálnosťou a rodovou neutralitou poskytuje adekvátny stupeň právnej obrany aj pre osoby, ktoré tradične do pojmových znakov predmetu útoku nespádali. Na druhej strane, slovenská právná úprava zostáva pôvodnou – v istom zmysle až zastaranou – a fenomén obráteného znásillenia vo svojich ustanoveniach trestného práva hmotného neodráža. Dochádza tak k vytvoreniu alebo ešte presnejšie zachovaniu právneho vákua v oblasti ochrany osôb mužského pohlavia proti protiprávnemu konaniu, ktorým žena násillím, hrozbou (bezprostredného) násillia alebo využitím bezbrannosti donúti muža k súložii. Absencia alebo, v prípade použitia skutkovej podstaty trestného činu vydierania, oslabenie takejto ochrany je ešte väčšmi zarážajúcejšia, ak zoberieme do úvahy ústavný vývoj Českej a Slovenskej republiky a vývoj základných práv v Európskej únii. Ľudská dôstojnosť sa po prijatí Lisabonskej zmluvy stala fundamentálnym právom Európskej únie, ktoré má byť všemožne chránené, vrátane vnútro-

<sup>63</sup> Kodeks karny.

<sup>64</sup> Act C/2012, the Criminal Code.

<sup>65</sup> Strafgesetzbuch – StGB.

štátnych trestnoprávných prostriedkov ochrany. Slovenská republika tak, v rozpore so všeobecným smerovaním členských štátov, nenaplní pozitívny záväzok, ktorý má voči svojim občanom. Argument, podľa ktorého je znásilnenie výlučnou doménou osôb ženského pohlavia v dôsledku stupňa vedeckého poznania, predovšetkým však kvalitatívnych a kvantitatívnych výskumov, neobstojí. Nemožno súhlasiť ani s podriadením takéhoto konania pod trestné činy vydierania (neadekvátne trestná sadzba) či sexuálneho násillia (nedochádza k naplneniu objektívnej stránky trestného činu). Nepriznanie právnej ochrany pred znásilnením osobám mužského pohlavia priliehajúcou normou je aktom svojvoľným, ktorý sa neopiera o relevantné dôvody a nemá obhájitelný racionálny základ. Ako riešenie problematickej situácie navrhujeme rodovo neutrálnu reformuláciu trestného činu znásilnenia, ktorá by rozšírila okruh potenciálnych obetí chránených skutkovou podstatou § 199 zákona č. 300/2005 Z. z. aj na osoby mužského pohlavia. Takouto zmenou by sa zabezpečila požiadavka univerzálnej ochrany ľudskej dôstojnosti v sexuálnych otázkach prostredníctvom noriem trestného práva a slovenská trestná legislatíva by sa, aspoň v tejto oblasti, dostala do stavu, ktorý korešponduje s parametrami európskeho vývoja. Už by sme tak nemuseli hovoriť o schizofrénii paragrafov, hoci český prístup by aj naďalej predstavoval výraznú odchýlku, obzvlášť v rozlišovaní medzi znásilnením a sexuálnym násillím či modernej systematike sexuálnych trestných činov v rekodifikovanom *Trestním zákoníku*. Obsahovo by sme však dosiahli viac-menej vyrovnaný stav.

## DISKUSE

## HYPERTROFIE PRÁVA, JEJÍ ASPEKTY A JAK JÍ ČELIT

Oto Novotný\*

**Abstrakt:** V úvodu uvádí autor konkrétní údaje o hypertrofii práva v České republice, Spolkové republice Německo a v Polské republice. Hypertrofii práva spojuje především s přechodem společnosti ve společnost postindustriální a posuzuje ji jako velmi záporný fenomén. Domnívá se, že z postulátu právního státu jednoznačně plyne, že právní řád by měl být alespoň relativně stabilní, relativně přehledný a relativně určitý. Ve všech těchto směrech hypertrofie práva celkovou situaci podstatně zhoršuje. Současně je v mnohých státech (včetně České republiky) spojena s legislativní krizí. Značná část právních předpisů nemá náležitou úroveň, což vede k jejich častým novelizacím a k jejich malé životaschopnosti. Postupně se tak vytrácí úcta k zákonům a právní jistoty, což je zvláště významné ve světle dávného postulátu „Ubi ius incertum, ibi ius nullum“. Vše nasvědčuje tomu, že hypertrofie práva podstatně snižuje účinnost práva a ohrožuje i samotný právní stát. Podle autora třeba jí čelit především zvyšováním kvality zákonů. Neprávníkům i právníkům vytýká autor dominující názor, že právní úprava je všemocná a že všechny společenské problémy jsou řešitelné právem. Práci v oblasti tvorby zákonů považuje autor za mimořádně významnou, velmi obtížnou, vyžadující zvláště kvalifikované odborníky a přirovnává ji k práci vědecké.

**Klíčová slova:** právní stát, hypertrofie práva, legislativa, účinnost práva

## ÚVODEM

V životě vyspělých států se objevuje zvláště závažná deformace, kterou mnozí odborníci spojují až s druhou polovinou 20. století a se současnou dobou. Jaroslav Kallab, uznávaný český univerzitní profesor trestního práva, na ni však upozorňuje ve svém článku v *Lidových novinách* již v roce 1923 následujícími slovy: „Stále rostoucí lavina zákonů vážně ohrožuje jeden z pilířů demokracie, totiž úctu k zákonu. Již staří myslitelé, kteří uvažovali o formách státních, poukazovali k tomu, že demokracie, v níž není úcty k zákonům, se mění v ochlokracii, vláda lidu ve vládu luzy, vláda, v níž má svého čistého výrazu dojíti obecný zájem národa jako celku, ve vládu zájmových skupin, které zneužívají aparát státního k ukojení egoistických svých tužeb.“<sup>1</sup>

Odborníci se ještě neustálili na názvu pro naznačený fenomén, František Novák se o něm zmiňuje jako o „legislativní inflaci“.<sup>2</sup> Petr Pithart ve svém projevu na mezinárodní vědecké konferenci „Zákon v kontinentálním právu“ mluvil o „bytnění zákonodárství“.<sup>3</sup>

\* Prof. JUDr. Oto Novotný, CSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: novotny@prf.cuni.cz. Za cenné připomínky děkuje autor doc. JUDr. Heleně Práškové, CSc., vedoucí katedry správního práva a správní vědy Právnické fakulty Univerzity Karlovy, JUDr. Janu Kudrnovi, Ph.D., z katedry ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy, JUDr. Marii Vanduchové, CSc., z katedry trestního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a svému synovi JUDr. Markovi Novotnému, advokátovi v Praze.

<sup>1</sup> KALLAB, Jaroslav. Zákon v demokracii. *Lidové noviny*. 11. října 1923 – ráno, Brno, roč. 31, č. 509, s. 1.

<sup>2</sup> NOVÁK, František. Data o legislativě České republiky – Proč je sbírat a co s nimi. In: *Metamorfózy práva ve střední Evropě. IV. Konference Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni*. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, s. 107.

Karel Čermák upoutává pozornost čtenářů zvláště výrazným označením výsledku současných trendů, které vedou podle jeho slov k „*otylému právu*“.<sup>4</sup> V německy psané literatuře se setkáváme s řadou dalších označení těchto trendů, zvláště často je používáno takových slov jako *Flut der Gesetze* („záplava zákonů“), ale i *Normenflut* („záplava norem“), *Übernormierung* („lavina norem“ či doslova „přenormování“), „*Verrechtlichung*“ (vyjadřuje, že právo stále více uchvacuje všechny oblasti jednání a života) a jiné.<sup>5</sup> Thomas Rotsch, profesor univerzity v Augsburgu, používá názvu hypertrofie práva,<sup>6,7</sup> stejně i náš Aleš Gerloch.<sup>8</sup> Já sám považuji název *hypertrofie práva* pro daný fenomén za nejpřesnější a nejužitečnější.

## 1. VÝSKYT HYPERTROFIE PRÁVA

Všimněme si nejdříve některých kvantitativních aspektů hypertrofie práva.

Na území ČR bylo po roce 1918 – podle Františka Cvrčka – vydáno přes 60 000 právních předpisů, z nichž zhruba 15 000 je dosud nezrušených. Asi 10 000 právních předpisů bylo recipováno z Rakouska-Uherska.<sup>9</sup> Pavel Zářecký uvádí, že ve spojitosti se vstupem České republiky do Evropské unie bylo třeba uvést právní řád ČR do souladu s právem EU. Jednalo se o několik tisíc právních předpisů EU (4 500 právních předpisů), se kterými musel být český právní řád harmonizován.<sup>10</sup> Mnozí legislativci mluvili v této spojitosti o „legislativní smrti“.

K další částečné charakteristice hypertrofie práva v České republice uvedu data z Rejstříku Sbírky zákonů ČR, ročník 2013: část tohoto ročníku, ve které jsou publikovány právní předpisy (zákony, nařízení, vyhlášky), má 8 116 stran, zde publikovaných právních předpisů je 476. Malou část z toho, co se zde označuje jako právní předpisy, tvoří ovšem jiné akty. Rejstřík Sbírky zákonů ČR, ročník 2014, uvádí, že část tohoto ročníku, ve které jsou publikovány právní předpisy, má 4 791 stran a zde publikovaných právních předpisů je 368. I zde se autoři dopouštějí podobné nepřesnosti jako v rejstříku za rok 2013. Rejstřík Sbírky zákonů ČR, ročník 2015, uvádí, že část tohoto ročníku, ve které jsou publikovány právní předpisy, má 5 623 stran a zde publikovaných právních předpisů je 408.

Hypertrofie práva je charakteristická i pro řadu jiných vyspělých států. Např. Olaf Gericke uvádí, že podle údajů rady expertů „štíhlý stát“ („*schlanker Staat*“) tvořilo v roce 1997 platné právo Spolkové republiky Německo 2 059 zákonů a 3 004 právních nařízení („*Rechtsverordnungen*“), k čemuž nutno připočítat právní předpisy 16 spolkových zemí

<sup>3</sup> Sborník z této konference konané v Praze ve dnech 27. a 28. května 2004. GERLOCH, Aleš – MARŠÁLEK, Pavel (eds). *Zákon v kontinentálním právu*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 11.

<sup>4</sup> ČERMÁK, Karel. *Proč je právo tlusté?* Praha: Česká advokátní komora, 2010, s. 71.

<sup>5</sup> Viz např. GERICKE, Olaf. *Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung*. Aachen: Shaker Verlag, 2003, s. 11, 114 aj.

<sup>6</sup> ROTSCH, Thomas. Zur Hypertrophie des Rechts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2008, 1, s. 1–8.

<sup>7</sup> „Hypertrofie“ (z řec.) „zbytnění“. *Ottův Slovník naučný*. 11. díl. Praha – Polička: Argo – Paseka, 1998, s. 1049.

<sup>8</sup> GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 103.

<sup>9</sup> CVRČEK, František. Mapa českého právního řádu – první krok. In: *Metamorfózy práva ve střední Evropě. IV. Konference Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni*. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, s. 76.

<sup>10</sup> ZÁŘECKÝ, Pavel. Pohled na polistopadovou historii Legislativní rady vlády České republiky do roku 2005. *Správní právo*. 2010, č. 1, s. 38.

a mezinárodněprávní smlouvy.<sup>11</sup> Situaci v Polsku popisuje polská autorka Ž. Semprich takto: „V polském parlamentu je nový zákon schválen každý den, právní předpis exekutivou každou hodinu a nová stránka do Sbírky zákonů je vytištěna každých sedm minut. Tomu se neříká legislativní tvorba práva, ale legislativní záplava.“<sup>12</sup>

Nejde pouze o vnitrostátní právo. Hypertrofií práva je postiženo i právo Evropské unie i mezinárodní právo.

Spolehlivý popis současného českého právního řádu nelze podat. Musel by obsahovat všechny platné právní předpisy (a to v jejich současné podobě) a eliminovat všechny právní předpisy, které ztratily platnost. To by předpokládalo oficiální depuraci (očistění) českého právního řádu, která však u nás dosud neproběhla (není na ni zřejmě dostatečně pamatováno ani v rámci systému právních předpisů vycházejících v ASPI). O její potřebnosti svědčí zejména skutečnost, že řada právních předpisů přijatých v minulosti měla generální deregulační klauzuli, podle níž byla zrušena ustanovení, jež byla s daným předpisem v rozporu. Mnohé státy na tyto otázky pamatují lépe (např. Německo, Rakousko, Švýcarsko, Velká Británie). Švýcarsko ke stoletému výročí své spolkové ústavy vydalo *Očištěnou sbírku spolkových zákonů a nařízení 1848–1947* v 10 svazcích věnovaných právním předpisům a ve 4 svazcích věnovaných mezinárodněprávním smlouvám (ve třech úředních jazycích). V řadě států znamenaly depurace provedené po 2. světové válce podstatnou transformaci jejich právních řádů (k těmto otázkám viz zejména práce německého autora Hanse Schneidera<sup>13</sup>).

## 2. HYPERTROFIE PRÁVA A JEHO ÚČINNOST

Trendy, při kterých se rozmáhají zákony a jiné právní předpisy, se často oprávněně spojují s přerůstáním industriální společnosti ve společnost postindustriální, ve společnost služeb a informací (viz např. právní předpisy upravující transplantaci medicínu, rizika spojená s rozmáhající se dopravou, nové úkoly státu, zejména v sociální oblasti), ale i s vlivem evropského a mezinárodního práva. Význam práva se v této době zvyšuje i proto, že mravní a náboženské normativní systémy ztrácejí na významu a právo je do určité míry nahrazuje (viz lapidární vyjádření Karla Čermáka „*vyhublá morálka a otělé právo*“).<sup>14</sup> Současně dokonce ustupují i některé velmi významné tradiční hodnoty, např. rodina, manželství. Přesto se domnívám, že u hypertrofie práva převažují faktory subjektivní a že při postupu podle zásady subsidiarity a úsilí zaměřeném na kvalitu legislativní práce lze hypertrofii práva podstatně omezit.

Hypertrofii práva hodnotí většina současných předních právníků negativně, u nás zejména Petr Pithart<sup>15</sup>, Aleš Gerloch<sup>16</sup>, Josef Lžičař<sup>17</sup> a jiní. Hypertrofie práva nezáleží pouze v množství právních předpisů. Z postulátu právního státu jednoznačně plyne, že

<sup>11</sup> GERICKE, Olaf. *Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung*. Aachen: Shaker Verlag, 2003, s. 2.

<sup>12</sup> SEMPRICH, Žaneta. *Coraz gorsze prawo. Rzeczpospolita*. 19. 11. 2003.

<sup>13</sup> Např. viz SCHNEIDER, Hans. *Gesetzgebung*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002, s. 372–402. CVRČEK, František. *Právní informatika*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, s. 256–261.

<sup>14</sup> ČERMÁK, Karel. *Proč je právo tlusté?* Praha: Česká advokátní komora, 2010, s. 71.

<sup>15</sup> GERLOCH, Aleš – MARŠÁLEK, Pavel (ed.). *Zákon v kontinentálním právu*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 11.

<sup>16</sup> GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 103.

<sup>17</sup> LŽIČAŘ, Josef. Dostáváme se do právního bezvědomí. *Literární noviny*. 21. června 2012.

jeho obsahové uspořádání je založeno na jeho právním řádu, který by měl být alespoň relativně stabilní, relativně přehledný a relativně určitý. Ve všech těchto směrech přemíra právních předpisů celkovou situaci podstatně zhoršuje. Nemůžeme být spokojeni již se stabilitou práva. Značná část právních předpisů nemá náležitou úroveň, což vede k jejich častým novelizacím a jejich životaschopnost je většinou malá. Pithart charakterizuje vývoj tak, že právo v ČR spěje k sebezahlcení, kdy se chyby či mezery v zákonech napravují podrobnější úpravou, ve které je chyb a mezer zákonitě ještě víc. Tím se roztáčí bludný kruh, vír, který nás všechny strhává.<sup>18</sup> Postupně se tak vytrácejí i právní jistoty. Od práva se zvláštní význam přisuzuje postulátu určitosti práva, vyjádřenému úslovím: „*Ubi ius incertum, ibi ius nullum*“ („Kde je právo nejisté, tam není právo žádné“). Jak se postupně rozšiřují společenské oblasti upravené právem, svobody občanů a jejich skupin jsou tím omezovány. Tím je ovšem omezována i *svoboda* jako jedna ze základních společenských hodnot.

Elementární význam má pak *otázka, kdo je adresátem právních norem*. Stále jsem přesvědčen, že hlavním adresátem zákonů a ostatních právních norem jsou všichni lidé, že každý člověk má respektovat své právní povinnosti. Aby je však mohl respektovat, musí je znát či mu alespoň musí být přístupné. A tu je pak ten kardinální problém, že hypertrofie práva způsobuje, že je vyloučeno, aby občan všechny právní normy jeho se týkající mohl znát, a že si potřebné znalosti musí obstarávat konzultacemi s příslušnými právními specialisty, při čemž ani tito odborníci často nemají úplný přehled po celém právním řádu. S řečeným pak souvisí i otázka *srozumitelnosti* právních norem a jejich jazyka. Přinejmenším u ústavních zákonů, u trestního zákoníku, u občanského zákoníku, u zákona o provozu na pozemních komunikacích a mnoha jiných zákonů by mělo jít o jazyk obecně srozumitelný všem.

*Vše tak nasvědčuje tomu, že hypertrofie práva podstatně snižuje účinnost práva, ale ohrožuje i samotný právní stát.* Současná situace v Evropě je přitom v tomto směru varující.

### 3. JAK ČELIT HYPERTROFII PRÁVA

*Nejlepší způsob, jak čelit hypertrofii práva, je zvyšovat kvalitu zákonů.* Překonáme-li legislativní krizi a zvýšíme-li kvalitu zákonů, nebude docházet zejména k nekonečným novelizacím a účinnost práva se zvýší. Jde ovšem o *úkol mimořádně obtížný, mimořádně náročný a dlouhodobý*. Nebudeme si zapírat, existují i právníci, jimž současný stav vyhovuje, neboť zvyšuje jejich možnosti společenského uplatnění, ba možná i jejich nepostradatelnost. To je však pouze jedna z překážek. Úspěšný postup má ovšem řadu předpokladů.

#### 3.1 Usilovat o rozvoj legislativní vědy

Zvyšování kvality zákonů především předpokládá, že máme ujasněny základní otázky *legislativní vědy* (teorie tvorby zákonů), ale také *legislativní cíle*, které neoddělitelně souvisejí s dalším vývojem a směřováním společnosti jako takové. A to nemáme. Neodvá-

<sup>18</sup> PITHART, Petr. *Prima Lex 2015*, s. 20.

žím se zpochybňovat, že tu je několik pozoruhodných prací věnovaných legislativní problematice, zejména práce Jana Kysely, Jana Wintra, Petra Mlsny a ostatních *Legislativní proces (teorie a praxe)*,<sup>19</sup> práce Miloše Večeři, Martiny Urbanové a kolektivu *Právní vědomí v teoreticko-empirickém pohledu*<sup>20</sup> a pojednání Pavla Maršálka *Svoboda tváří v tvář soudobé právní regulaci a deregulaci*.<sup>21</sup> Nicméně řada otázek na své ujasnění čeká a situace stále ještě není uspokojivá. *Mezi právníky i neprávníky dokonce stále dominuje názor, že právní úprava je všemocná a že všechny společenské problémy jsou řešitelné právem. V této spojitosti se mluví o „legislativním optimismu“.* Samozřejmě, že tomu tak není, v některých směrech je právo bezmocné nebo do značné míry bezmocné, např. u problému bezdomovců, žebráků, tuláků, cizoložství, prostituce, prohibice. Jako příklad naprostého nezdaru se v literatuře často uvádí prohibiční zákon v USA z let 1920–1932, podle něhož bylo postiženo více než 750 000 osob. Podle něho hrozily peněžité tresty až do výše 10 000 dolarů a tresty odnětí svobody až do délky 5 let. Přesto bylo pouze v roce 1930 odhaleno 282 000 míst, kde byl alkohol ilegálně vyráběn. Stát nakonec kapituloval a zákon zrušil.<sup>22</sup>

Spojitosť mezi přemírou právních norem a jejich často malou či žádnou účinností je nesporná. Patrně bychom mohli říci, že *ústředním problémem naší legislativy je právě účinnost zákonů*. Mnohé komplikuje to, že legislativní věda je multidisciplinární obor, na kterém se kromě právní nauky podílí i právní politologie, právní sociologie, právní psychologie a řada dalších oborů. U některých zákonů mohou mít význam počty „černých staveb“, u jiných počty přestupků v silniční dopravě, u dalších stav latentní kriminality aj. Před přijetím zákona je třeba posoudit celkovou společenskou situaci v dané oblasti, je záhodno blíže se zabývat stavem fenoménu, který má nový zákon ovlivnit, a jeho faktory. Je záhodno vzít v úvahu i zkušenosti s podobnými zákony v minulosti. Je nezbytné odhadnout očekávaný přínos i možná rizika a ovšem i vyčísřit náklady. Teoreticky vzato je každý zákon experiment, a tudíž nutno preferovat uvážlivý a odpovědný přístup, často i multidisciplinární.

Při rozvoji vědecké práce je třeba plně pamatovat na juristická témata a zaměřit se zejména i na otázky efektivnosti zákonů i efektivnosti jednotlivých právních institutů; přivítat lze např. aktivitu Institutu pro kriminologii a sociální prevenci, který se v posledních letech zaměřuje mimo jiné na otázky efektivnosti trestních sankcí.

### 3.2 Poučit se v zahraničí

Při sestavování programu transformace našeho práva bychom měli – pokud možno – postupovat ve shodě s ostatními státy Evropské unie. Proto je žádoucí studovat *právo Evropské unie a právo členských zemí Evropské unie*, v nich dominující legislativní teorie a jejich legislativní techniku (což samozřejmě nesmí znamenat naši izolaci od ostatního

<sup>19</sup> KYSELA, Jan – WINTR, Jan – MLSNA, Petr a kol. *Legislativní proces (teorie a praxe)*. Praha: Tiskárna Ministerstva vnitra, 2011.

<sup>20</sup> VEČEŘA, Miloš – URBANOVÁ, Martina a kol. *Právní vědomí v teoreticko-empirickém pohledu*. Brno: Masarykova univerzita, 2015.

<sup>21</sup> MARŠÁLEK, Pavel. *Svoboda tváří v tvář soudobé právní regulaci a deregulaci*. *Acta Universitatis Carolinae – Juridica I*. 2014, č. 1, s. 19–26.

<sup>22</sup> Viz např. GERIČKE, Olaf. *Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung*. Aachen: Shaker Verlag, 2003, s. 143–144.

světa). Pozornost si zaslouží řada cizích prací, např. *The Oxford Handbook of Legislative Studies* (Shane, Martin – Saalfeld, Thomas – Strøm, Kaare W. (eds). 2014), *Woher kommt das Recht?* (Starck, Christian. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), *Gesetzgebung* (Schneider, Hans. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002), *Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung*. (Gericke, Olaf. Aachen: Shaker Verlag, 2003). Kniha O. Gerickeho je pozoruhodná zejména tím, že v ní autor popisuje řadu institutů legislativní techniky používaných německými legislativci k ověření některých rysů připravených návrhů zákonů, jako je např. sada „Deset zkuškových otázek“ („*Die Blauen Prüffragen*“).

Uvážlivě vybrané zahraniční učebnice legislativní vědy by bylo žádoucí vydat v českém překladu a měli bychom pokračovat ve vydávání českých překladů pozoruhodných zahraničních kodexů. Např. Institut kriminologie a sociální prevence vydal překlady Trestního procesního řádu Rakouské republiky (ve znění vyhlášeném v roce 1975, vydán v roce 1991), Trestního zákoníku Francouzské republiky z roku 1994 (vydán v roce 1995) a Trestního zákoníku Ruské federace z roku 1996 (vydán v roce 2003).

### 3.3 Překonání legislativní krizi

Formálně věnuje náš stát naší legislativě a její úrovni značnou pozornost. Naše ústřední úřady mají početné legislativní odbory. Při vládě funguje Legislativní rada a její pracovní komise. Vláda postupuje podle Legislativních pravidel vlády a podle systému RIA prosazovaného EU (zkratka pro „*regulation impact assesement*“). Ve skutečnosti je však pozornost věnovaná státem legislativě nedostatečná a oprávněně mluví odborníci o legislativní krizi. Obtížně lze dnes již nalézt člověka, který by se odvážil mluvit o účtu k zákonům. Přitom zákony, které jsou dobré, které garantují určitou úroveň při řešení problémů společenského života, si takové ocenění zaslouží. *Za dané situace by měl stát využít plně všech svých možností a docílit v legislativě zásadního obrátu*. Nejde o to, že by měl stát na úrovni státních orgánů některé útvary zrušit, nové vytvořit či jiné reorganizovat a podstatně měnit jejich pravomoci. Náš systém státních orgánů je vcelku osvědčený a přijatelný. Práce v oblasti tvorby zákonů je však mimořádně významná, velmi obtížná a vyžaduje zvláště kvalifikované odborníky. Jejich práci lze přirovnat k práci vědecké. Nenadsazují (a pokud ano, tak velmi málo). Práce na legislativních úkolech je v současné době státem hrubě podceňována, což se projevuje i v nízkých platech legislativních pracovníků. K odbornému růstu legislativních pracovníků by mohly velmi přispět i jejich stáže v ostatních státech Evropské unie.

### 3.4 Angažovat i právnické fakulty

Problematice legislativní vědy je věnována nedostatečná pozornost i na našich současných *právnických fakultách*. Málokde je pamatováno na výuku vědy o tvorbě zákonů, na učebnice jí věnované a na zkoušky. Nabízí se vysvětlení, že je to pochopitelné, že velká většina absolventů právnických fakult se věnuje aplikaci práva (advokáti, soudci, státní zástupci aj.) a nikoli jeho tvorbě. Tento výklad je velmi nepřesvědčivý, ba mimořádně přízemní. Náprava by formování osobnosti budoucích právníků mohla velmi prospět. Mimo jiné by šlo i o promyšlení legislativních cílů. I v rámci výuky zaměřené na jednotlivá právní odvětví by bylo vhodné pamatovat na výuku *de lege ferenda*.



### 3.5 Depurace

K redukci hypertrofie českého práva by mohla přispět i jeho *depurace*.

## ZÁVĚREM

Problém vedle problému a společné mají většinou, že nejsou řešeny, byť by bylo řešení nabíledni.

Dopsal jsem. A teď si říkám, že budu trpělivě čekat na kritické ohlasy kolegyň a kolegů. Nicméně již nyní se v dále rýsuje další otázka, zda bychom při úspěších v úsilí o zeštíhlení práva na ně mohli navázat snahou o zeštíhlení státu.

## RECENZE

**Kervégan Jean-Francois. Co s Carlem Schmittem? Praha: OIKOYMENH, 2015, 239 s.**

Na podzim roku 2015, tedy třicet let po smrti objektu svého zkoumání, vyšla v češtině první kniha o významném a kontroverzním německém politickém a právním teoretikovi *C. Schmittovi*, či, přesněji řečeno, o jeho rozsáhlém a členitém díle. Dosud u nás byla – vedle spíše dílčích zmínek – k dispozici syntetická kapitola *H. Ottmanna* v knize o politické filosofii 20. století.<sup>1</sup> V zahraniční literatuře přitom vycházejí klasické životopisy<sup>2</sup> i životopisy intelektuální,<sup>3</sup> knihy zkoumající *Schmitta* ve specifickém kontextu<sup>4</sup> či v nějakém zvláštním osobním vztahu.<sup>5</sup> Publikována byla řádka poct k jeho životním výročí (dožil se 97 let), stále přibývají knihy, které mají jeho jméno v podtitulu,<sup>6</sup> protože se vypořádávají s jeho intelektuálním dědictvím zahrnujícím přinejmenším ústavní i mezinárodní právo, teorii práva, teorii mezinárodních vztahů a politickou filosofii. Výrazně ovlivnil četné právní i politické myslitele konzervativního i levicového smýšlení, a to zdaleka ne pouze v Německu, ale díky silné americké recepci posledních desetiletí vlastně celosvětově.

Nakladatelství OIKOYMENH se prostřednictvím odpovědného redaktora *A. Havlíčka*, politického filosofa zesnulého dva měsíce před vydáním knihy, rozhodlo pro práci francouzského badatele *J.-F. Kervégana*. Je to rozhodnutí šťastné, protože otázku, jež tvoří název díla, si klademe i u nás.

V meziválečném období u nás *Schmitt* příliš znám nebyl (zmiňován je např. v některých heslech Slovníku veřejného práva československého, ne však v pozitivisticky laděném *Právníku*), *V. Knapp* jej po válce v „*Problému nacistické právní filosofie*“ připomíná jen jako „*starého vzdělaného juristu*“ zadávajícího si velebením nového práva III. říše a doplňkově cituje jeho spis o druzích právního myšlení (decisionismus, normativismus, institucionalismus, respektive myšlení konkrétního řádu).<sup>7</sup> Později byl čten spíše zdejšími politickými filosofy, právníky je vnímán až zhruba v posledních dvaceti letech.

Na jedné straně začaly být vydávány některé *Schmittovy* rozsahem spíše menší spisy (*Pojem politična*, *Teorie partyzána*, *Politická teologie*, *Římský katolicismus a politická forma*), jeho dílo je studováno, promyšleno a citováno, nejčastěji patrně ve vztahu k teorii ústavy, učení o parlamentarismu a pojetí výjimečného stavu, jež souvisí se suverenitou. Na straně druhé varoval např. *J. Příbáň* před politickým existencialismem *C. Schmitta* a jeho českých epigonů<sup>8</sup> a *V. Pavlíček* opakovaně, s důrazem na jeho nacistickou životní etapu, kritizoval recepci *Schmitta* soudci a judikaturou Ústavního soudu;<sup>9</sup> *Schmitt* byl ostatně označován za

<sup>1</sup> BALLESTREM, K. – OTTMANN, H. *Politická filosofie 20. století*. Praha: OIKOYMENH, 1993.

<sup>2</sup> MEHRING, R. *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. C. H. Beck, 2009.

<sup>3</sup> Např. BALAKRISHNAN, G. *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*. London – New York: Verso, 2000.

<sup>4</sup> BREUER, S. *Carl Schmitt im Kontext: Intellektuellen Politik in der Weimarer Republik*. Berlin: Akademie Verlag, 2012.

<sup>5</sup> MEIER, H. *Carl Schmitt & Leo Strauss: The Hidden Dialogue*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

<sup>6</sup> DYZENHAUS, D. (ed.). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham – London: Duke University Press, 1998.

<sup>7</sup> KNAPP, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002 (reprint z roku 1947), s. 44 aj.

<sup>8</sup> PŘIBÁŇ, J. *Obrana ústavnosti*. Praha: SLON, 2014, s. 15. K politickému existencialismu se vrací i v polemikách s převažujícími českými postoji k uprchlické krizi.

<sup>9</sup> Zřejmě naposledy na konferenci věnované H. Kelsenovi v říjnu 2015 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze, už dříve např. PAVLÍČEK, V. Kdo je v České republice ústavodárcem a problém suverenity. In: M. Vanduchová – J. Hořák (eds). *Na křižovatkách práva. Pocta Janu Musilovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011. *Schmitta*, respektive jeho spisy *Verfassungslehre* a *The Crisis of Parliamentary Democracy*

jednoho z „*korunních právníků Třetí říše*“.<sup>10</sup> Otvírá se tím též závažný problém (ne)závislosti díla na jeho autorovi, nepřijatelném třeba světonázorově, morálkou, činy, způsobem života,<sup>11</sup> jakkoliv o *Schmittovi* platí, že byl ani ne tak přesvědčeným nacistou, jako především oportunistou. Chtěl se poměřovat se stavem světa, jak se měnil svět, přizpůsoboval se mu, ovšem bez vyvinutých autokorektivů. Koneckonců právě oportunismus mu vyčítal oficiální tiskový orgán SS ve svých kritikách koncem roku 1936, jež měly za následek *Schmittovo* stáhnutí se z veřejného výsluní zpět k akademické činnosti.

Každopádně si členství v nacistické straně, zhruba v duchu logiky „jednou nacista, vždy nacista“, a to buď latentní (předem), anebo krypto (posléze), všímá rovněž brněnský právník *Z. Koudelka* ve svém hledání souvztažnosti mezi doktrínou materiálního ohniska ústavy a totalitarismem.<sup>12</sup> Ostatně i pro *T. Sobka* představuje *Schmitt* symbolickou postavu pro odmítnutí hodnotové jurisprudence, již vyčítá atak na právní jistotu – umožňuje naplňovat staré měchy právních předpisů novým vínem podle potřeb doby, k dobrému i zlému.<sup>13</sup> Rezervovanost ke *Schmittovi* může mít i praktickou podobu: byl jsem svědkem vzniku disertační práce, jež se mu nemohla vyhnout; její autor však setkání odkládal, jak to jen šlo.

Toho všeho si je autor recenzované monografie vědom, když si hned na počátku klade otázku: „*Lze Carla Schmitta číst a analyzovat jakožto normálního myslitele, když se přitom zcela očividně jedná o ‚nebezpečného ducha‘, ba o ‚nepřítele‘ všeho, v co věříme?*“ Odpovědí je kniha sama.

Má-li nějakou slabinu, je to z hlediska českého čtenáře absence biografie, protože u nás úplně známá není. Jistěže ji ten, kdo chce, zná z textů cizojazyčných, ale to pak není třeba překládat nic. Bývalo by přitom stačilo přidat úvodní studii, což se ku prospěchu věci děje i se *Schmittovými* spisy, které jsou vydávány v USA, na rozdíl od ediční řady vycházející v němčině v berlínském nakladatelství *Duncker & Humblot*. Pro *Kervégana* samotného je ovšem *Schmitt* zajímavý jen druhotně, v závislosti na svém díle, jak vysvětluje v „*Prologu*“ s podtitulem „*Mezi Leviathanem a Behémothem*“. V zásadě tu jde o to, jak může *Schmitta* využít právní reflexe ukotvená v současnosti.

Kniha je rozdělena na dvě části nazvané „*Bytostně sporný myslitel*“ (po vzoru bytostně sporných, diskursivních pojmů) a „*Jak vyjít od Carla Schmitta?*“, jež je rozsáhlejší.

V první části najdeme dvě kapitoly a prozatímní shrnutí. V kapitole „*Kryptické dílo*“ autor upozorňuje na rozpor *Schmittova* eklektického díla se specializačními tendencemi současnosti: věnoval se právu, dějinám idejí, politické teorii, estetice, metafyzice i teologii, a to leckdy v rámci jediné publikace. Rozmanitost je ovšem vykoupena mnohoznačností. Již v úvodu je čtenář seznámen s klíčovým pojmem politična, jenž pochází ze španělského prostředí počátku

---

(v originále *Die geisteswissenschaftliche Lage des heutigen Parlamentarismus*), jako soudci zpravodajové citovali E. Wagnerová a P. Holländer.

<sup>10</sup> RÜTHERS, B. *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. 2. vyd. München: C. H. Beck, 1989.

<sup>11</sup> Jaký dopad má např. na poezii V. Nezvala to, že byl komunistou a také tak trochu pijanem? K tomu jen dvě poznámky. Constantovu (intelekt je nejjedlejší nástrojem, je-li oddělen od svědomí) a Adomeitovu (životy myslitelů jsou důležitou součástí jejich díla). Viz CONSTANT-REBECQUE, B. de. *O dobyvačnosti a uzurpacii a jejich vztazích s evropskou civilizací*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2012, s. 125, ADOMEIT, K. *Rechts- und Staatsphilosophie II. Rechtsdenker der Neuzeit*. 2. vyd. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, s. V.

<sup>12</sup> KOUDELKA, Z. Zlaté tele ústavnosti. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, roč. 2010, č. 3, s. 257–262. Sluší se snad připomenout, že debaty o imanentních limitech moci ústavodárce v podobě materiálního ohniska ústavy, ústavního jádra, základní struktury ústavy, ale i samotné podstaty toho, co znamená „změna“, respektive pozměnění, započaly už po 1. světové válce. Schmittův hlavní vklad je z roku 1928, členem NSDAP se stal na jaře 1933.

<sup>13</sup> SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR a Aleš Čeněk, 2011, s. 318 a dále výklady o vztahu práva a nacismu. Podobně je tomu u M. Bobka.

17. století (o Španělsko se *Schmitt* živě a dlouhodobě zajímal): identifikovatelné je rozlišením přítele a nepřítele, což značí intenzitu asociace či disociace, nikoliv určitý obsah. Politično nemá vlastní substanci – může se zmocnit (a tím učinit politickým) čehokoliv, najde-li jako určující vztah přátelství a nepřátelství. Po celý novověk je jeho platformou stát, jehož éře však *Schmitt* věští zánik (Společnost národů, velkoprostory 30. a 40. let, bipolární svět a evropská integrace). Dále se poukazuje na *Schmittovu* celoživotní nechuť k liberalismu; patřil k těm autorům, kteří stavějí liberalismus (buržoazní, na toleranci a reprezentaci založený) a demokracii (autoritářská, plebiscitární, identitní) proti sobě. Liberalismus se snaží nahradit potřebu rozhodnutí diskusí, jako decisionista ovšem *Schmitt* z rozhodnutí vychází, a to i z rozhodnutí právního, které staví proti normativistické iluzi matematických dedukcí. Jako poslední velké téma je tu exponována i koncepce války, respektive to, čemu *Schmitt* říkal „*diskriminační pojem války*“. Ta se stává mezinárodním zločinem, což ovšem znamená, že z války s respektovaným protivníkem se stává policejní akce vůči zločinci. Stežejním dohlížitelem nového řádu se stávají mezinárodní instituce, jež jsou však jen zástěrkou západních demokracií – uplatňuje se tu universalistický imperialismus.

Druhá kapitola se jmenuje „*Přijetí a polemiky*“. Připomíná meziválečné spory i poválečnou recepci, pro niž bylo klíčové etablování v USA 80. let. Za vypíchnutí stojí *Habermasovo* varování před *Schmittem* jako před někým, kdo důrazem na decisionismus podkopává normativní základy demokratického a právního státu, jež *Habermas* spojuje s etikou diskuse.

Třetí kapitolou (*Theologie*) přecházíme k druhé části knihy. Jejím předmětem je politická teologie, jíž věnoval *Schmitt* hned dvě knihy (z 20. a 60. let 20. století), první více politickou, druhou více teologickou. Podle *Schmitta* jsou všechny pregnantní pojmy moderní státovědy pojmy původně teologickými, ostatně i moderní stát sám vzešel z náboženství (viz proslulý esej *Schmittova* žáka E.-W. Böckenfördeho o vzniku moderního státu jako procesu sekularizace). Řada politických koncepcí hledala a hledá teologické ukotvení (Prozřetelnost, monarchie na zemi jako odraz Boží monarchie atd.). Konkrétněji spadá do oblasti politické teologie představa nepřítele, pomocí níž je formována vlastní identita, a též důraz na rozhodnutí. Pro *Schmitta* jsou teologie i právní věda pozitivními vědami – pracují s pozitivní daností, jíž je zjevení zachycené písmem. To ostatně odpovídá i podobným metodám práce středověkých glosátorů a scholastických filosofů.

Následující kapitola je nazvána „*Normativita*“. Uvozena je popisem střetu ve výmarském Německu dominujícího právního pozitivismu s „marginálními hvězdami“ *Kelsenem*, *Schmittem*, *Smendem* nebo *Hellerem*, který byl podbarven otázkou po tom, co dělá z nahodilého souboru norem řád, respektive systém. Přiblížena je pozice *Kelsenova* (rozdíl bytí a mětí, základní norma, logické odvozování), proti níž je postaven *Schmitt*, který byl někdy více decisionistou, jindy zase institucionalistou, vždy však antinormativistou. Svou literární dráhu zahájil spisem odmítajícím představu soudce jako subsumpčního automatu a místo toho kladoucím důraz na rozhodnutí, tedy na vůli. Vůle je ostatně také důvodem platnosti normy, jíž váže také na reálné působení – odmítá tak normativní platnost jako cosi, co by bylo vyděleno ze světa lidského jednání a na něm nezávislé.

Pátá kapitola pojednává o legitimitě. Do Francouzské revoluce legalita a legitimita splývají, v jejím důsledku se legalita stala republikánskou, zatímco legitimita kontrarevoluční (legitimisté jako zastánci legitimní vlády, vlády opřené o Boží milost). V polovině 19. století (jaro národů) se legitimita mění na demokratickou. Legální panství ve *Weberově* smyslu přivádí na scénu jednak byrokracii, jednak parlamentní zákonodárny stát, v němž zákon působí jako obecná a racionální norma, kterou akceptujeme v důvěře ve vztahování se ke spravedlnosti. *Schmitt* však pozoruje jednak přeměnu taktu pojímaných zákonů v účelová opatření, jednak transformaci parlamentu z místa, kde se partikulární mění v obecné, v platformu směny partikulárních zájmů. Mluví o „*motorizovaném zákonodárci*“, stále zjednodušujícím a zrychlujícím

zákonodárnou proceduru. Neefektivní parlamentní legalita jej vede k důrazu na plebiscitární legitimitu, což ve výmarském kontextu znamená i důraz na roli přímo voleného říšského prezidenta. Je-li řeč o legitimitě, stojí snad za připomenutí, že ze *Schmittových* pojednání počátku 30. let vyšel *K. Loewenstein* v konceptu tzv. obranyschopné demokracie: *Schmitt* tehdy doporučoval v zájmu zachování řádu, tedy s odkazem na legitimitu, zakázat antisystémové strany. Když se to nestalo a jedna z nich se chopila moci, připojil se. Právě v této kapitole také *Kervégan* zkoumá koncept superlegality, jež zahrnuje tak zásadní principy, že jejich změna znamená zničení ústavy, případně její nahrazení ústavou jinou. Jde o jeden z trvalých *Schmittových* přínosů ústavní teorii, jenž se zhmotňuje v konstrukci protiústavních ústavních zákonů.

V šesté kapitole se důkladněji obeznamujeme s již vícekrát zmíněným političkem, jímž je to, co politiku umožňuje. Politično bylo v moderní éře spojeno se státem, *Schmitt* však předvídá konec jeho epochy. Odmítá představu lidstva jako nositele ustavující moci a varuje před světovým státem, před nímž není úniku.

Poslední kapitola nese název „*Svět*“. Do značné míry rekapituluje to, co už bylo připomenuto, podrobněji je rozveden „*diskriminační pojem války*“, jsoucí variací středověkého učení o válce spravedlivé. *Schmitt* věnoval značnou pozornost USA, jejichž *Monroeovu* doktrínu chápal jako moderní vyjádření rozdělení světa na zájmové sféry, jež označoval jako „*velkoprostory*“. Jde vlastně o impéria v dobovém hávu. V této optice a z hlediska formy Německo „jen“ nasedlo do jedoucího vlaku. Rýsuje se tak dvojí tenze: mezi státem, jemuž jde o ohraničený prostor, a neurčitě ohraničeným velkoprostorem na jedné straně, a mezi velkoprostorem a universalismem na straně druhé. Jak už bylo výše naznačeno, universalismus slouží jen jako zástěrka zájmu určitých mocností na zachování *statu quo*. Ekonomická hegemonie se tu kombinuje s intervencionismem opřeným o morální či humanitární argumenty.

V „*Epilogu*“ *Kervégan* připomíná svůj vstupní pocit, že o leccčems nelze bez *Schmitta* pojednávat. Je myslitelem zlomů a nastolení řádu, zatímco v normálních situacích jsou mnohem užitečnějšími průvodci *Kelsen* nebo *Hart*. Zbývá určit, žijeme-li v normální době.

Recenzovaná kniha je pěkně napsaná, čímž ne vždy dokonale srozumitelnému *Schmittovi* u čtenářů zřetelně pomáhá. V tematických skupinách je rozebrána velká část jeho děl, připomenuty jsou dobové polemiky i podstatné tituly sekundární literatury. Rozebírána jsou zásadní témata s přesahy k dnešku, ale citlivě je tematizován i vztah díla a jeho sporného autora. Číst se ji tak vyplatí z nejrůznějších důvodů.

Jan Kysela\*

**Stamos David N. Myth of Universal Human Rights.  
London – New York: Routledge, 2015, 305 s.**

Chtěl bych zde upozornit na sympaticky provokativní knihu kanadského filozofa *Davidu N. Stamos*, který tvrdí, že víra v lidská práva jako morální oprávnění a nároky, které mají všichni lidé už jen z toho důvodu, že jsou příslušníky lidského druhu, je pouze moderním mýtem. *Stamos* se primárně nevymezuje proti teoriím definujícím lidská práva jako sociální konstrukt, ale proti metafyzickým teoriím univerzálních lidských práv jakožto práv přirozených. Jedna věc je, zda víra v univerzální lidská práva je pouhým mýtem, tedy zda něco takového jako univerzální lidská práva vůbec existuje, druhá věc pak je, zda je takový mýtus užitečný, tedy jestli má pro životy lidí celkově spíše pozitivní nebo negativní efekty. *Stamos* pochybuje už

\* Doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Kancelář Senátu. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz.

o tom, že teorie univerzálních lidských práv mají nějaký doložitelný objektivní základ. Dokonce sebevědomě tvrdí, že ve své knize „*poskytuje důkaz mimo důvodné pochybnosti, že univerzální lidská práva neexistují*“. Zároveň si klade otázku, jak je vůbec možné, že teorie univerzálních lidských práv, které jsou podle jeho názoru velmi špatně vyargumentované, se tak úspěšně rozšířily a v současné době se vyhřívají na výsluní dominantních teorií politické etiky.

Metafyzické teorie univerzálních lidských práv obvykle předpokládají tzv. esencialismus ohledně lidské přirozenosti. *Stamos* ale argumentuje, že onen esencialismus je v rozporu se současným stavem poznání v evoluční biologii, v jehož světle jsou živočišné druhy variabilní, plastické, statisticky definované kategorie. Druh *homo sapiens* se vyvinul postupně, takže z evolučního hlediska neexistuje ostrá hranice mezi lidmi a zvířaty. Kdybychom nějakým genetickým experimentem znovuoživil např. australopitéky, měli by lidská práva? Nebo se k takové účtyhodné důstojnosti dopracoval řekněme až *homo habilis*? Teorie univerzálních lidských práv nepřipouštějí, aby někdo byl trochu více nebo trochu méně nositelem lidských práv. Způsoblost k lidským právům není definována jako graduální, ale jako binární kategorie. Buď ji někdo má, anebo ji nemá, *tertium non datur*. Ontologická hranice mezi těmi, kdo mají lidská práva, a těmi, kdo je nemají, je tedy ostrá. Takže musíme absurdně předpokládat, že někdy v evoluční minulosti se dosud nikoli důstojným, protože ještě zvířecím rodičům, narodil již důstojný, protože již lidský potomek, který byl tedy prvním nositelem lidských práv. Tvrzení, že lidé mají lidská práva na základě samotné skutečnosti, že jsou příslušníky exkluzivní, ostře ohraničené skupiny, totiž lidského druhu, *Stamos* odmítá jako nesmyslný antropocentrismus.

Na podporu zvláštního morálního statusu člověka se už tradičně argumentuje, že lidé jsou jako druh, ve srovnání se zvířaty, v něčem významném výjimeční, zejména pak v tom, že mají rozum. *Stamos* tento způsob zdůvodnění podrobuje kritické analýze. Pro lidský druh jako takový je rozumnost sice typická, jenomže to ještě neznamená, že každý jednotlivý člověk je rozumný. Někteří lidé jsou rozumní, asi je to většina, nicméně někteří lidé rozumní prostě nejsou. Lidé s těžkou mentální retardací přece nejsou rozumní. A pokud je ona retardace definitivní, pak postižený jedinec už nemá ani osobní potenciál k rozumnosti. Jestliže budeme způsoblost mít lidská práva podmiňovat rozumností, musíme se postavit čelem ke skutečnosti, že někteří lidé rozumnost postrádají, a to znamená, že univerzalita lidských práv je alespoň v této linii zdůvodňování zpochybněna. Ostatně, proč bychom z faktu, že *většina* lidí je rozumných, měli odvozovat, že *všichni* lidé mají lidská práva?

*Stamos* si na lidskoprávní argumentaci všímá důležité skutečnosti, že názor o morální rovnosti všech lidí nakonec není závěrem odvozeným z deskriptivních faktů o lidské přirozenosti, ale spíše vychází z normativního přesvědčení, že je správné, abychom ke všem lidem přistupovali jako k morálně rovným, navzdory veškerým individuálním nebo kolektivním odlišnostem, které lidé reálně vykazují. Zdá se, že toto normativní přesvědčení je přijímáno jako etický axiom, případně je zabaleno do vznešených sloganů o lidské důstojnosti, které podle *Stamos* slouží k pochybné justifikaci preferování zájmů lidí před zájmy zvířat. Jako bychom se my lidé potřebovali vzájemně ujišťovat, že bytost s dysfunkčním lidským mozkem má objektivně vyšší morální status než bytost s funkčním šimpanzím mozkem.

*Stamos*, kromě toho, že argumentuje pro filozofickou tezi, že univerzální lidská práva jsou moderním *mýtem*, také obhájí historickou tezi, že univerzální lidská práva jsou *moderním* mýtem. Jednak se snaží vyvrátit více či méně odvážné hypotézy, že koncept univerzálních práv byl zformulován již ve starověku nebo středověku. A na druhé straně se snaží dokázat, že tento koncept má svůj počátek až v Anglii 17. století, konkrétně v idejích hnutí *levellerů* a v textech *Johna Locka*. Ačkoli historickým analýzám věnuje *Stamos* ve své knize poměrně velký prostor, celé dvě kapitoly, rozhodně bych jim nepřikládal centrální význam. Nejen proto, že *Stamos* je primárně odborníkem na filozofii evoluční biologie, nikoli na dějiny politické

etiky, což je zřejmé už z jeho dosavadní publikační činnosti. Ale hlavně z toho důvodu, že obě historické kapitoly jsou vcelku transparentní v metodě svého zpracování, totiž že se spoléhají na dosti omezený výběr ze sekundární literatury. Ovšem je férové přiznat, že ve srovnání s jinými evolučními biology, kteří mívají sklony psát o etice se spokojenou ignorancí, a to je ještě eufemismus, prokazuje *Stamos* docela slušnou erudici i v morální filozofii. Také analytická úroveň jeho argumentace zřetelně převyšuje standardy, na které jsme zvyklí v populárních textech o evoluční etice.

Zajímavý je *Stamosův* pokus vysvětlit, proč se idea univerzálních lidských práv tak úspěšně rozšířila od časů evropského osvícenství až po současnost. *Stamos* pro tento účel používá pojmy memetiky, bez kterých se ale jeho výklad mohl docela snadno obejít, jeho myšlenka je totiž vcelku triviální: idea univerzálních práv se prý vzájemně (symbioticky) doplňovala s moderní koncepcí inkluzivní demokracie. Mimo jiné v tom, že liberální ochrana práv jednotlivce, respektive menšiny, oslabuje demokratickou hrozbu tyranie většiny. S tím lze souhlasit. *Stamos* ovšem poněkud zjednodušuje, když píše, že má-li někdo pevnou víru v demokratické hodnoty, univerzální lidská práva mu přijdou jako samozřejmost. Je to zjednodušení už proto, že demokracie je definovaná relativně k určitému politickému společenství, typicky ke státu, zatímco idea univerzálních lidských práv je globální a neváže se na občanství. Komunitaristicky smýšlející demokrat může být vcelku spokojený se skutečností, že jeho politické společenství je inkluzivně demokratické v tom smyslu, že uvnitř své vlastní *polis* oceňuje a plně respektuje politickou rovnost, včetně všeobecného volebního práva, aniž by se ale výrazně zajímal o jakákoli práva vzdálených cizinců.

K teoriím univerzálních lidských práv *Stamos* formuluje svoji vlastní alternativu. Jedná se o naturalizovanou koncepci etiky, která je zdůvodněna spíše empirickými fakty o lidské psychologii než metafyzickými spekulacemi o lidské přirozenosti. Jeho teorie morálky, čerpající ze znalostí evoluční psychologie, ale nakonec není moc originální, svým způsobem je to kombinace morálního sentimentalismu skotského osvícenství a klasického utilitarismu. Zajímavé přitom je, že vzhledem ke *Stamosově* teorii lze na klasickou otázku „Proč bych měl být morální?“ vhodně odpovědět slovy: „Protože jsem normální lidská bytost“. Lidé, pokud to nejsou zrovna sadisté, ani netrpí psychopatickou poruchou osobnosti, totiž mají ve své mentální výbavě schopnost být pozitivně vnímaví k potěšení nebo utrpení druhých osob. Dokáží sdílet své pocity, prožívat cizí utrpení, jakoby to bylo jejich vlastní utrpení, respektive cizí potěšení, jakoby to bylo jejich vlastní potěšení. Tato vstřícná vnímavost motivuje člověka k ohleduplnosti, tedy aby druhým lidem neublížoval, případně aby jim pomáhal. Máme evolučně zformované morální instinkty a jednou z centrálních funkcí společenských norem je tyto obecně prospěšné instinkty aktivovat, podporovat a systematicky rozvíjet. Antimorální instinkty, např. sklony k násilné dominanci, mají být všemi prostředky, včetně trestního práva, naopak potlačovány. Veřejná politika podle *Stamose* nesmí být vedena dogmaty, ani působivými mýty, ale věcnými důvody, které se orientují na morálně významné fakty, zejména na reálné možnosti minimalizace utrpení a maximalizace empatie a péče ve společnosti.

Myslím, že *Stamosova* kniha, navzdory svým velkým ambicím, ve skutečnosti nemá potenciál vyvrátit čtenáři jeho víru v univerzální lidská práva, nicméně může u něj alespoň zasít zrnko pochybnosti a vyvolat osobní potřebu věci znovu promyslet. Velmi ji doporučuji každému, kdo chce o lidských právech přemýšlet důsledně a nespokojí se s naučenými frázemi.

Tomáš Sobek\*

\* JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., a Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: tomas.sobek@ilaw.cas.cz.

**Škurek Martin. Evropské správní právo trestní a postihování přestupků v ČR. Praha: Leges, 2015, 224 s.**

Z pohledu na aktuální publikace by se mohlo zdát, že proces europeizace zasahuje nejcitelněji oblast trestního práva, neboť je tato problematika předmětem řady viditelných výzkumů.<sup>1</sup> Opak je však pravdou – trestní právo hmotné i procesní bylo vždy „nejodolnějším“ právním odvětvím co do vlivů sblížení právních úprav, poněkud jinak řečeno bylo výsadou každého státu bez ohledu na členství v mezinárodních organizacích.

V českých podmínkách se tato situace začala měnit vstoupením do Rady Evropy v roce 1991 a související ratifikací mezinárodních smluv v čele s Evropskou úmluvou o ochraně základních práv a svobod v následujícím roce.<sup>2</sup> Celý proces se poté akceleroval po vstoupení České republiky do Evropské unie. Ta zejména přijetím Amsterdamské smlouvy, jež vstoupila v platnost 1. 5. 1999 (zásadní je zejména začleněním Schengenské smlouvy jako součásti práva Evropské Unie), a poté přijetím Lisabonské smlouvy 1. 12. 2009 (s jejím přijetím se oblast justiční a policejní spolupráce ve věcech trestních zařadila mezi sdílené pravomoci Evropské unie, a to v rámci prostoru svobody, bezpečnosti a práva), dosáhla takového stavu, ve kterém integrace spočívající ve vytvoření jednotného vnitřního trhu a zrušení vnitřních hranic sice umožňuje volný pohyb osob, zboží, služeb i kapitálu, ale na druhé straně ruší hranice kriminality.

Tyto skutečnosti významně ovlivňují nejen trestní právo členských států, ale i s ním související část odvětví správního práva – správní právo trestní. Z této premisy, jejímž základem je i známý rozsudek Evropského soudu pro lidská práva Engel a další proti Nizozemí,<sup>3</sup> vycházel i autor recenzované monografie s názvem *Evropské správní právo trestní a postihování přestupků v ČR* (první vydání vyšlo koncem roku 2015 prostřednictvím nakladatelství právnické a ekonomické literatury Leges), *Martin Škurek*, který je mimo jiné odborným asistentem katedry správního práva a finančního práva Právnické fakulty Palackého univerzity v Olomouci.

Ve své monografii analyzuje v odborné literatuře dosud celistvě nezpracované téma vztahu postihování přestupků podle české právní úpravy v kontextu zejména výše zmíněných pramenů ochrany základních práv s důrazem na klíčovou Evropskou úmluvu o ochraně základních práv a svobod.

Tomu odpovídá i vcelku logická struktura recenzované monografie, když v úvodu *Martin Škurek* odůvodňuje výběr předmětu monografie jednak tím, že postihování přestupků tvoří významnou část správního trestání, kterou je možno citelně zasáhnout do práv a oprávněných zájmů dotčených stran, a v neposlední řadě tím, že postihování přestupků je upraveno cca stovkou právních předpisů, s čímž je spojena řada níže zmíněných neduhů.

V první kapitole se autor soustředí na právní úpravu přestupkového práva v České republice, nikoliv však pouze na platné a účinné, ale i se stručným exkursem do historie správního

<sup>1</sup> Např. FENYK, J. – SVÁK, J. *Europeizace trestního práva*. 1. vydání. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2008, 229 s.

JELÍNEK, J. – GRÍVNA, T. – HERCZEG, J. – NAVRÁTILOVÁ, J. – SYKOVÁ, A. a kol. *Trestní právo Evropské unie*. 1. vydání. Praha: Leges, 2014, 368 s.

JELÍNEK, J. – IVOR, J. a kol. *Trestní právo Evropské unie a jeho vliv na právní řád České republiky a Slovenské republiky*. 1. vydání. Praha: Leges, 2015, 384 s.

<sup>2</sup> Srov. sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb., o Úmluvě o ochraně základních práv a svobod.

<sup>3</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 8. 6. 1976, stížnosti č. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 a 5370/72.



trestání. Tato kapitola je zároveň nejslabším článkem celé publikace, neboť je převážně popisného charakteru, přičemž čerpá zejména ze základních učebnic správního práva, popřípadě samotné teorie práva. Vlastním přínosem je především závěr této kapitoly, ve kterém autor kritizuje zejména nepřehlednost, nejasnost a nestabilitu právní úpravy. Tato myšlenka se jako červená nit line celou monografií.

Navazující kapitola týkající se vymezení pojmu evropského správního práva trestního je psána poněkud odlišným způsobem, poněvadž jejím základním pramenem je judikatura Evropského soudu pro lidská práva. Jednotlivé podkapitoly stran konkrétních aspektů spravedlivého procesu jsou vlastně kompilací zásadních judikátů umně a zejména čtivě rozvedených do výkladu. Závěrečná část této kapitoly – analýza doporučení Výboru ministrů Rady Evropy – působí vzhledem k rozsahu mírně nadbytečným dojmem, neboť většina závěrů směřovala spíše k výkonu státní správy jako takové, nikoliv toliko ke specifické části správního trestání. Ta je již dostatečně chráněna Evropskou úmluvou o ochraně základních práv a svobod, takže jednotlivá doporučení, *nota bene* toliko součástí *soft law*, jsou ve velké míře redundantní.

*Gros* celé publikace tvoří kapitoly č. 4–6, ve kterých *Martin Škurek* konfrontuje poznatky z předchozích dvou kapitol, kdy přehledně komparuje platnou a účinnou právní úpravu českého přestupkového práva s obecnými požadavky evropského správního práva trestního na přestupkové řízení, a to nikoliv jen s článkem 6 Evropské úmluvy o ochraně základních práv a svobod, ale i článkem 7 a článkem 2 a 4 protokolu 7. U každého aspektu práva na spravedlivý proces autor dochází k závěru buď o souladu, či naopak nesouladu s požadavky evropského práva, přičemž při druhém z těchto závěrů se nespokojí toliko s tímto tvrzením, ale dochází ke konkrétním příčinám (nutno dodat pramenícím až od porušení požadavků samotné teorie práva) takového nesouladu, načež navrhuje – byť zpravidla obecné – řešení k narovnání takového stavu.

Lze shrnout, že z monografie *Martina Škurka* je zřejmý dlouhodobý zájem a nadšení autora pro danou oblast. Tomu odpovídá i jeho přehled v této tematice, zejména co se týče judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Autor, přestože se zaobíral velmi rozvětvenou a složitou problematikou, dokázal na základě pečlivého strukturování čtenáře přehledně zasvětit do práva na spravedlivý proces v českém přestupkovém právu v evropském kontextu, a to i za cenu skutečnosti, že se na některých místech poněkud opakoval.

Jednotlivé části monografie jsou logicky členěny a jako zajímavost stojí uvést, že každá z těchto částí je psána do velké míry jiným stylem, což má za důsledek jistou nevyváženost celé publikace. Do určité míry slabší úvodní kapitolu (nutno dodat z hlediska členění práce nepostradatelnou) autor bohatě vynahradil stěžejní částí práce, přičemž tato je psána čtivě a vrcholí zajímavým závěrem s konkrétními návrhy ke zlepšení právní úpravy na úseku postihování přestupků. Vzhledem k tomu monografie *Martina Škurka* stojí za přečtení nejen odborníky na správní či trestní právo.

Zdeněk Michora\*

---

\* Mgr. Zdeněk Michora, asistent soudce trestního kolegia Nejvyššího soudu a doktorand katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Zdenek.Michora@nsoud.cz.

## Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

### Zpráva ze zimní školy věnované metodám a technikám výzkumu „*Winter School in Methods and Techniques*“, Bambersk, Spolková republika Německo, 26. února – 4. března 2016

Právníké články zpravidla neobsahují speciální sekci, ve které autoři popisují své výzkumné metody. Články politologů, sociologů či matematiků ano. Nikoli proto, že by zástupci těchto disciplín neměli co jiného sdělit, ale protože jen pokud nechají čtenáře nahlédnout do způsobu své práce, mohou být jejich data a závěry z nich vyvozené důvěryhodné. V souvislosti s tím, jak je na právo stále častěji nahlíženo v kontextu ostatních společenských věd a bývá studováno nikoli jen právními vědci, ale i sociology či politology, dává smysl dozvědět se víc o společenskovědních metodách výzkumu, které mohou obohatit porozumění právu a jeho fungování ve společnosti. Ostatně, již v osmdesátých letech minulého století prohlásil americký profesor práva *Lawrence Friedman*, že právo je příliš důležité na to, aby bylo ponecháno jen právníkům.

Jednou z výborných příležitostí obohatit v tomto smyslu svůj pohled nabízí pravidelná zimní škola metod výzkumu (*Winter School in Methods and Techniques*), kterou pořádá rozsáhlá organizace s názvem *European Consortium for Political Research (ECPR)*. Na rozhraní zimního a letního semestru přitahuje pravidelně několik stovek zájemců, typicky doktorandů, odborných asistentů či vědeckých pracovníků, kterým nabízí čtyři desítky kurzů. Letošní ročník se odehrával v bavorském Bamberku, městě známém u nás naneštěstí nikoli kvůli své impozantní barokní architektuře, ale spíš *Zemanově* bamberské sponzorské aféře z druhé poloviny 90. let 20. století.

Stranou *Zemanovy* aféry a bohužel i poměrně daleko od historického centra hostila bamberská univerzita několik stovek účastníků z Evropy i dalších kontinentů, kteří strávili týden v kurzech věnovaných vybraným výzkumným metodám. Semináře vedou významní světoví odborníci, se kterými účastníci zimní školy mohou strávit poměrně intenzivní studijní týden. Na tříhodinový dopolední seminář navazují odpolední praktická cvičení a čtení předepsané literatury, což účastníkům umožní se během pěti dnů naučit výrazně víc než v běžném semestrálním kurzu na české právníké fakultě. Nejde přitom jen o pokryté množství látky, byť i to bývá poměrně úctyhodné. Podstatné je, že koncentrovaná atmosféra, odříznutí se od řady starostí běžného studijního dne na své domovské univerzitě a kombinace seminářů a praktických úkolů zvyšuje motivaci, schopnost pronikat hlouběji do zkoumaných problémů a vytváří prostor pro praktické procvičování si věcí, které se probírají. Během odpoledne tak návštěvník bamberské univerzity i přílehlých kaváren neustále naráží na dvojice či trojice lidí ve věku mezi dvaceti a čtyřiceti, dobře rozpoznatelné podle mezinárodně znějící angličtiny i křiklavě červených tašek s logem pořádající organizace, které si lámou hlavu nad praktickými domácími úkoly: interpretují případy, pročítají dlouhé tabulky plné čísel, vyhodnocují natočené rozhovory nebo sestavují dotazníky.

Letošní nabídka zahrnovala 12 přípravných dvoudenních kurzů a 28 kurzů pětidenních. Právníky či společenské vědce, kteří by se chtěli právem hlouběji zabývat, může oslovit celá řada nabízených seminářů, a to z kvalitativních i kvantitativních výzkumných metod. Na zimní škole bylo možné se naučit dobře sestavit a vyhodnotit dotazník, určit cílovou skupinu výzkumu a dozvědět se praktické triky na to, jak motivovat respondenty k odpovědím (kurz *Survey Design*). V kurzu věnovanému rozhovorům (*Qualitative Interviewing*) se účastníci nejprve

seznámili s komunikační teorií a následně zkoušeli jednotlivé techniky rozhovoru, učili se rozmlouvat s méně komunikativními respondenty, pokládat citlivé otázky a interpretovat získaná data tak, aby dokázala o respondentech sdělit víc než například dotazníková metoda. V nabídce byl i kurz zaměřený na uspořádání skupinového rozhovoru více osob (*Focus Groups*). Jakkoli je tato metoda stále populárnější mezi společenskými vědci, protože umožňuje sledovat interakce mezi jednotlivými respondenty a přitom pokládat své vlastní otázky a do určité míry tak ovlivňovat, o čem se budou příslušníci skupiny bavit, její úspěšné zvládnutí předpokládá značnou praxi. Umožňuje nicméně zjišťovat např. názory studentů či učitelů na výuku nebo třeba zkušenosti vybrané skupiny respondentů (seniorů, matek na rodičovské dovolené, zaměstnanců státních úřadů) s právem do větší hloubky než dotazníky. Jiné kurzy se věnovaly primárně samotné interpretaci dat, ať už získaných dotazníky, rozhovory, vyčtených z nejrůznějších statistik, parlamentních stenoprotokolů, novin či sociálních médií. V semináři *Analysing Political Language* bylo možné se seznámit s metodami, které lze dobře použít při analýze politického jazyka, podobně jako na kurzu *Quantitative Text Analysis*, který nabízel nejen možnost naučit se ručně kódovat politické texty, ale naučit se používat také nástroje, které jsou samy schopny na základě frekvence a způsobu používaných klíčových slov určit, jaké politické orientaci daný text odpovídá. V nabídce byly i semináře věnované filosofickým předpokladům vědeckého výzkumu (*Philosophy and Methodology of the Social Sciences*) či sestavování projektu dizertační práce či grantového projektu (*Research Design Fundamentals*). Přípravné kurzy pak zejména nabízely možnost naučit se pracovat se speciálními softwary na zpracovávání dat, které značně usnadňují analýzu získaných dat (Atlas.ti, nVivo, STATA, SPSS atd.).

Geografická dostupnost akcí ECPR, které probíhají zejména v nám blízké části Evropy (Německo, Slovinsko, některé ovšem i v Praze), je činí mimořádně dostupné pro účastníky z České republiky. Ne vždy musí tyto metody být nutně vhodnější pro výzkum práva než ty, které jsou většinou v českém právnickém světě používány v současnosti, řada z nich ovšem může přinést inspiraci do českého právního výzkumu, a to pro doktorandy i akademické pracovníky. Koneckončů, mnozí učitelé i celé fakulty získávají zpětnou vazbu od svých studentů a absolventů, případně zjišťují informace i o uchazečích o studium práv. Znalost jednotlivých výzkumných metod přitom neumožňuje jen provádět vlastní výzkumy, respektive provádět je metodologicky přesněji, a tím pádem i s lepšími výsledky, ale také lépe a kritičtěji číst výzkumy ostatních. Základní zážitek celé řady absolventů nejrůznějších seminářů zimní školy ECPR totiž vyznívá v duchu rčení připisovanému *Winstonu Churchillovi*, totiž že nelze věřit jiné statistice než té, kterou si sám zfalšuje. I jen sestavení dvoustránkového dotazníku zahrnuje tolik parametrů a vyžaduje tolik drobných i větších rozhodnutí, že sestavit vskutku dobrý dotazník je téměř nadlidské. Zpráva ze zimní školy by ovšem neměla vyznít negativně, protože škola opravdu pomáhá otevřít oči a zviditelňovat metodologické i obsahové problémy vědeckých výzkumů. S pomocí *Sokrata* je tak možné skončit s tím, že nahlédnutí pod pokličku politologických a sociologických výzkumných metod umožňuje poznat, co všechno (ještě) nevíme, a udělat několik kroků k odstranění tohoto handicapu. A to třeba s pomocí příští *Winter School*, která se i za rok uskuteční v Bamberku, nebo časově bližší *Summer School*, kterou letos hostí Budapešť.

Michal Urban\*

\* JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D., Mezioborové centrum rozvoje právních dovedností, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: urbanm@prf.cuni.cz.

## Zpráva z IV. zasedání odborného kolegia pro občanské právo

V pořadí čtvrté zasedání Odborného kolegia pro občanské právo při Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. („Kolegium“) se konalo dne 19. 2. 2016. Aktuální téma zasedání, kterým bylo představení a diskuze nad návrhem novely občanského zákoníku týkající se spotřebitelských vztahů a způsobu novelizace občanského zákoníku v této oblasti, přilákalo na dvě desítky civilistických odborníků a zástupců akademické obce. V rámci programu zasedání Kolegia vystoupil jako první přednášející *JUDr. Milan Hulmák, Ph.D.* z Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci, který ve svém příspěvku prezentoval a analyzoval navrhované změny spotřebitelských vztahů. V následujícím příspěvku *doc. JUDr. Richard Král, LL.M., Ph.D.* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze seznámil přítomné s metodologií transpozice spotřebitelských směrnic Evropské unie.

### 1. REVIZE SPOTŘEBITELSKÉHO PRÁVA V OBČANSKÉM ZÁKONÍKU

*JUDr. Hulmák* úvodem shrnul aktuální stav úpravy spotřebitelského práva v českém právním řádu a přiblížil genezi spotřebitelského práva v rámci legislativních prací na novém občanském zákoníku. Zdůraznil, že ve věcném záměru nového občanského zákoníku byla obsažena teze, dle které neměla být obecná úprava spotřebitelského práva obsažena v občanském zákoníku z důvodu jeho častých změn. V této souvislosti bylo předjíháno, že v občanském zákoníku bude upraven pouze prodej zboží v obchodě a cestovní smlouvy, nikoli však obecné závazkové právo mezi spotřebitelem a podnikatelem.

Na základě odborných článků oponentů k uvedené problematice, které vycházely kontinuálně od druhé poloviny roku 2007, bylo na konci roku 2008 rozhodnuto, že spotřebitelské právo nakonec bude obsaženo přímo v občanském zákoníku. I když zaznívaly úvahy o hlubší revizi, došlo se k závěru, že bude převzata stávající právní úprava jako úprava fungující a odzkoušená, s nápravou zásadních nedostatků.

V srpnu 2011 byl projednáván návrh občanského zákoníku v Ústavně právním výboru, i když bylo známo, že v listopadu bude přijata velká směrnice o právech spotřebitelů. Ústavně právní výbor přišel s prozíravým řešením, a to nastudovat a zahrnout tuto směrnici již do návrhu občanského zákoníku, aby nevyvstala brzká potřeba občanský zákoník po svém přijetí novelizovat a nemusela být prováděna implementace předmětné směrnice. Vzhledem k tomu, že implementace provedená tímto způsobem byla řešena poměrně narychlo, objevily se v ní nedostatky, které se však dle názoru přednášejícího dají řešit výkladem. *JUDr. Hulmák* nicméně uznává, že by bylo vhodné tyto nedostatky vyřešit také legislativně.<sup>1</sup> Dále ve svém příspěvku poukázal na kolorit, kdy se v akademické sféře diskutuje intenzita připuštění regulace soukromoprávních vztahů.<sup>2</sup>

*JUDr. Hulmák* uvedl, že v reakci na stávající úpravu spotřebitelských vztahů byly připraveny dva materiály, a to komplexní nahrazení *en bloc* § 1810–1867 současné právní úpravy úpravou novou, a dále koncepce spotřebitelského kodexu, kdy by úprava spotřebitelských vztahů byla vyňata z občanského zákoníku a byla by nově obsažena v samostatném zákoně (spotřebitelském kodexu), který by v sobě zahrnoval veřejnoprávní úpravu a úpravu závazkového práva.

<sup>1</sup> Jedná se např. o některé zákonné výjimky (např. § 1811 odst. 3 písm. b) výjimka informační povinnosti); doplňkové smlouvy – tyto jsou upraveny dle staré směrnice; na některých místech je vyžadována přísnější forma právního jednání, než je vyžadována směrnicí; v občanském zákoníku ani v jiných zákonech nejsou provedeny některé články směrnice apod.

<sup>2</sup> Např. co má být nepřiměřené ujednání, jak široký má být seznam zakázaných ujednání atd.

Pro *JUDr. Hulmáka* je z prezentovaných řešení komplexní náhrada řešením horším než stávající právní úprava. Teze spotřebitelského kodexu jsou dle něho smířlivější k občanskému zákoníku, kdy do značné míry dochází k jeho recepci.

Závěrem *JUDr. Hulmák* ocenil připravené návrhy, nicméně uvedl, že je přesvědčen o tom, že soukromoprávní úprava ochrany spotřebitele má své místo v občanském zákoníku. Poukázal na respekt k předchozím rozhodnutím a vyzdvihl benefit zrušení obchodního zákoníku a hrozbu dalšího dualismu, pokud by k přijetí spotřebitelského kodexu došlo. *JUDr. Hulmák* je zastáncem novelizace pouze zjevných nedostatků, a to nejlépe v souvislosti s implementací Směrnice o souborných cestovních službách č. 2015/2302/EU, která byla přijata dne 25. 11. 2015.

## 2. METODOLOGIE TRANSPOZICE V KONTEXTU SPOTŘEBITELSKÝCH SMĚRNIC EVROPSKÉ UNIE

V rámci druhého bodu programu zasedání představil *doc. Král* přítomným členům Kolegia metody transpozice právních předpisů EU do českého práva s akcentem na spotřebitelské směrnice EU. Úvodem *doc. Král* uvedl, že transpoziční orgány mají v rámci své činnosti dvě základní možnosti volby ohledně metod transpozice směrnice, a to možnost volby mezi metodou „doslovnou“ a „reformulační“, respektive „reformulačně konkretizační“; a dále možnost volby mezi metodou „minimalistickou“ a „nemiminalistickou“. Ve svém příspěvku *doc. Král* následně blíže specifikoval, za jakých okolností mají příslušné transpoziční orgány možnost uvedené volby a jak by s ní měly naložit.

Pokud existuje reálná možnost volby transpozičního orgánu při transpozici určité směrnice, *doc. Král* preferuje využít doslovnou transpozici před reformulačně konkretizační transpozicí, a to zejména z důvodu větší jistoty správnosti transpozice a vyvarování se negativních následků transpozice nepřesné.

V krátkosti *doc. Král* také představil druhou z možností volby transpozičního orgánu při transpozici směrnic, a to metodu *minimalistické* a *nemiminalistické* transpozice. Při *nemiminalistické* transpozici transpoziční orgán překračuje rámec minimálních požadavků směrnice, aniž by se však jednalo o transpozici nesprávnou.

Dle názoru *doc. Krále* by měla být, až na odůvodněné výjimky, upřednostněna *minimalistická* transpozice, a to z důvodu, že *nemiminalistická* transpozice zpravidla přináší zvýšené regulační nebo finanční zatížení. *Nemiminalistickou* transpozici lze upřednostnit z důvodu národního veřejného zájmu.<sup>3</sup>

## 3. DISKUZE

V rámci diskuze vystoupila jako první *doc. Vítová*, která reagovala na příspěvek *JUDr. Hulmáka*. Úvodem uvedla, že je členkou expertní komise při Ministerstvu průmyslu a obchodu ČR pro revizi spotřebitelského práva, která byla svolána v reakci na zahájení řízení proti ČR ze strany Evropské komise pro nesprávnou transpozici některých spotřebitelských směrnic. V rámci uvedené komise jsou navrhovány dvě možnosti řešení, a to buď tzv. *komplexní řešení*, které připravilo Ministerstvo spravedlnosti ČR a dle kterého by došlo k vypuštění dosavadní úpravy spotřebitelského práva v občanském zákoníku a nahrazení úpravou komplexně novou, anebo řešení ve formě *nového spotřebitelského kodexu*, jehož příprava je však daleko náročnější než řešení první a dle názoru *doc. Vítové* se pravděpodobně z uvedeného důvodu od realizace tohoto řešení ustoupí.

<sup>3</sup> Např. z důvodu ochrany spotřebitele, životního prostředí nebo zdraví.

Výsledek setkání expertní komise spočíval v závěru, že má dojít k úpravě nejpalčivějších problémů, které Evropská komise České republiky vytýká. Dle *doc. Vítové* by se většina nedostatků dala poměrně rychle napravit v rámci novely zákona o ochraně spotřebitele.

Následně v rozpravě vystoupil *doc. Melzer*, který přítomným sdělil, že při přípravě občanského zákoníku bylo velmi pečlivě zvažováno, která oblast má být obsahem soukromoprávní úpravy a která veřejnoprávní.<sup>4</sup> K vystoupení *doc. Vítové* doplnil třetí variantu možného řešení, která by měla být v rámci expertní komise posuzována, a tou je pouhá novelizace existujícího stavu.

V diskuzi zareagoval *prof. Eliáš* s poznámkou, že ve věcném záměru občanského zákoníku bylo uvedeno, že spotřebitelské právo bude upraveno separátně s několika výjimkami, avšak zásadně proti bylo Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR. Věcný záměr v tomto znění byl však schválen a až v roce 2008 na základě článků oponentů bylo rozhodnuto, že spotřebitelské právo bude obsaženo přímo v občanském zákoníku. Poslanci ČSSD, kteří schválili původní věcný záměr, v roce 2008 naopak začali tvrdit, že spotřebitel bude ohrožen, pokud nebude chráněn v občanském zákoníku, což představovalo politický důvod ke změně konceptu úpravy spotřebitelského práva.

*Doc. Král* na závěr zmínil praktický poznatek, kdy Evropská komise trvá daleko důsledněji na doslovné transpozici směrnic než Soudní dvůr EU. Evropská komise totiž před Soudním dvorem EU musí doložit vyvolání aplikačních či interpretačních problémů nedoslovné transpozice směrnice v praxi a výsledků, které jsou v rozporu s cílem směrnice. Nemyslí si, že by například ustanovení týkající se nekalých obchodních praktik měla takové dopady, že by spotřebitele nechránila.

#### 4. USNESENÍ

Kolegium přijalo na svém IV. zasedání následující usnesení:

- I. Kolegium pro občanské právo při Ústavu státu a práva, v. v. i. vzalo po vyloučení referátů JUDr. Milana Hulmáka, Ph.D. a *doc. JUDr. Richarda Krále, LL.M., Ph.D.* a následně rozsáhlé diskusi na vědomí dostupné materiály k revizi spotřebitelského práva v občanském zákoníku.
- II. Kolegium se domnívá, že z předložených materiálů nevyplývá potřeba takto podstatné revize spotřebitelského práva v občanském zákoníku (komplexní nahrazení § 1810–1867 OZ), ani nutnost přijmout nový spotřebitelský zákon.
- III. Revize spotřebitelského práva v občanském zákoníku by měla zachovat jednotu soukromého práva a respektovat požadavek stability právního řádu. Takto rozsáhlý zásah do soukromoprávního kodexu, který v těchto částech nevyžaduje věcné změny, může být společensky kontraproduktivní.
- IV. Pro provedení změn považuje kolegium za vhodnější pouze dílčí novelizaci občanského zákoníku, resp. doplnění chybějících správních sankcí a těch právních norem, které regulují veřejnoprávní povinnosti podnikatele do zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele. Výše uvedená změna zákona je vhodná pouze k řešení dílčích nedostatků, zejména těch vytýkaných Evropskou komisí, a to pouze v rozsahu, který je ČR vytýkán.

Milan Fric\*

<sup>4</sup> Jako příklad zmínil „tlačítko“ pro objednání zboží přes internet, pokud by toto bylo v rozporu s úpravou obsaženou ve směrnici. Takový rozpor by však neměl mít žádné negativní soukromoprávní důsledky.

\* Mgr. Bc. Milan Fric, LL.M. Autor je advokátním koncipientem a externím spolupracovníkem Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: Fric.Milan@seznam.cz.

### Three Anniversaries of Justice Antonin Scalia

Martin Dostál

**Abstract:** *The author analyses constitutional and statutory interpretation used by one of the most popular Justice of the Supreme Court of the United States, an extraordinary individual Antonin Scalia, intellectual leader for the textualist and originalist position in the Court's conservative wing. In February, 12, 2016 he has passed away. During his long tenure (served on the Court for nearly thirty years), Scalia has written more concurring opinions and dissents than any other Justice. His writing style was colourful and forceful, with garish analogies and historical background. Scalia does not compromise his views and fidelity to the Constitution of the United States in order to attract other Justices. He staunchly opposes the idea of "living Constitution", which some Justices have used to justify decisions not grounded in the text of the Constitution, and the doctrine of "substantive due process of law". He emphasised a strict separation of powers among the branches of government; in his view clear lines of separation among legislative, executive and judicial branches follow directly from the Constitution. Scalia has argued that there is no constitutional right to abortion and voted to strike down laws which make distinctions by race, gender or sexual orientation (affirmative action). The author shows Scalia's methodology and stylistic genius in opinions like Morrison v. Olson (1988), City of Richmond v. J. A. Croson (1989), Webster v. Reproductive Health Services (1989), Cruzan v. Director, Missouri Department of Health (1990), Barnes v. Glen Theater (1991), Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey (1992), Lee v. Weisman (1992), United States v. Virginia (1996), Troxel v. Granville (2000), Martin v. PGA Tour (2001), Kyllo v. United States (2001), Atkins v. Virginia (2002), McConnell v. FEC (2003), Lawrence v. Texas (2003) and Obergeffell v. Hodges (2015). The article also demonstrates Scalia's good nature and character. He was brilliant, polemical, with incomparable sense of humour, he was a man of rigid principle, including aesthetics. Scalia was a traditionalist Catholic, a man of strong faith, supported a longstanding American tradition of nonsectarian prayer to God at public celebrations. May he rest in peace.*

**Key words:** *constitutional interpretation, statutory interpretation, dissenting opinion, concurring opinion, textualisms, originalisms, original intent, intencionalism, purposivism, living constitution, substantive due proces*

### Some Legal and Historical Aspects of Amnesties

Adrián Jalč – Kristína Jurišová

**Abstract:** *Amnesty has traditionally been used as a political tool of compromise. Amnesty allows the state "to forget" criminal acts, usually before prosecution has occurred. An act of amnesty is generally granted to a group of people who have committed crimes. These constitutional prerogatives (sometimes generally called "clemency") are conceptually resulting from monarchist ideology. In the introductory part of article, we defined the notion of amnesty, grace, and various forms of amnesty and grace: abolition, agraciation and rehabilitation. The article focus mostly on amnesty as a source of law in the territory of Slovakia and Czech Republic, while we pay special attention to historically important amnesty decisions. In the context of the case law of the Constitutional Court the article analysed whether the decision to grant amnesty is (ir)revocable.*

**Key words:** *amnesty, grace, pardon, punishment, president, termination of punishable, expunging of conviction*

## Looking into the Mirror and Reflecting on the Schizophrenic Section No. 241 of an Act No. 140/1961 Coll.

Kristián Čechmánek

*Abstract:* This article focuses on Slovak and Czech legal protection of human dignity in sexual matters through legal instruments of criminal law. The author examines the evolution of joint socialist rape crime legislation and its outcomes in two separate legal orders. The primary goal of the paper is to prove that the Slovak legal system does not provide sufficient protection for males against woman-on-man rape. Since the Slovak state fails in the terms of protection of men significantly, therefore it does not fulfil its obligation to protect human dignity with criminal law measures in accordance with the principle of equality. In comparison with the Czech legal order, we see considerably different approach despite of the same initial conditions. Differences were brought in by enacting Act no. 144/2001 Sb. which represented a step forward in terms of comprehensive legal protection from potential sexually oriented crimes. A Slovak legislator, therefore, gained a comparative advantage and a detailed guide for overcoming insufficient and rigid socialist – based legislation. In the end of the article, after exhaustive legal analysis, the author suggests a simple change of current Slovak criminal act which is already well known from Czech legal order.

*Key words:* human dignity, rape, sexual violence, discrimination, equality

## Hypertrophy of the Law, its Aspects and How to Face It

Oto Novotný

*Abstract:* In the introduction, the author presents specific data on the so called hypertrophy of law in the Czech Republic, the Federal Republic of Germany and the Republic of Poland. Hypertrophy of law is connected especially with the transition to the post-industrial society and the author considers it a very negative phenomenon. He is of the opinion, that the rule of law principle clearly establishes that legislation should be at least relatively stable, relatively clear and relatively certain. In all these aspects, the fact of the hypertrophy of the law makes the overall situation considerably worse. At the same time, in many countries (including the Czech Republic) it is associated with legislative crisis. A considerable part of legislation is not of the appropriate quality, which leads to their frequent amendments and to short viability. Gradually, the respect for the law and legal certainty is lost, which is particularly important in the light of the ancient postulate of “Ubi jus incertum, ibi jus nullum”. Everything seems to indicate that hypertrophy of the law substantially reduces the effectiveness of law and threatens the very rule of law. According to the author this trend must be faced primarily by increasing the quality of laws. The author accuses lawyers and non-lawyers alike of having the opinion that legislation is omnipotent and that all social problems are solvable through law. Law-making is according to the author considered to be extremely important, very difficult, requiring specially trained professionals and he compares it to scientific work.

*Key words:* the rule of law, hypertrophy of law, legislation, effectiveness of law