

## METAFYZICKÉ PRVKY V SOUČASNÉM ČESKÉM ÚSTAVNÍM DISKURSU

Jan Kysela\*

**Abstrakt:** V současném českém ústavním diskursu, literatuře i judikatuře Ústavního soudu se objevují metafyzické argumenty. Týkají se např. povahy a zdůvodnění lidských práv, suverenity lidu, jejího obsahu a projevů, či tzv. materiálního ohniska ústavy. V článku je nejdříve vymezen pojem metafyziky a představena kritika jejího užívání v právní a politické argumentaci. V další části je nastíněno místo metafyziky v přemýšlení o státu a ústavě, včetně jejího vztahu k fikcím. Třetí část článku exponuje poměr metafyziky a demokracie, neboť klíčový pojem demokracie, totiž lid, může být vnímán právě jako abstraktní a metafyzická kategorie. V závěru je poukázáno na nevyhnutelnost užívání metafyzického slovníku, jenž by však neměl svádět k nahrazování přesvědčivě a obecně přijatelné argumentace odkazy na zdánlivě očividné pravdy plynoucí z podstaty věcí.

**Klíčová slova:** metafyzika, imanence, fikce, lidská práva, lid, klauzule věčnosti

### ÚVOD

Pod vlivem R. Alexyho, a možná ještě spíše pod vlivem P. Holländera, právního filozofa, konstitucionalisty a také bývalého místopředsedy Ústavního soudu, rozebírajícího Alexyho zdůvodnění lidských práv, se v českém ústavním diskursu posledních let objevily výslovné odkazy na metafyziku.<sup>1</sup> Pokud jde o lidská práva, věnoval metafyzickému základu jejich zdůvodnění mladý brněnský právní teoretik M. Hapla celou knihu;<sup>2</sup> v roce 2016 zorganizoval rovněž odbornou konferenci. Nicméně metafyzika se neomezuje na zkoumání základu lidských práv: P. Holländer ostatně formuloval tzv. metafyzický, případně též přirozenoprávní či nadpozitivní korelát moci v debatě o tzv. materiálním ohnisku ústavy, respektive o klauzulích věčnosti a imanentních limitech moci (odvozeného) ústavodárce.<sup>3</sup> Jak ještě uvidíme, ani tím se metafyzické přesahy přemýšlení o ústavě nevyčerpávají. Rozhodně je nevyčerpáme ani my, protože se vedle pokusu o pojmové vymezení místa metafyziky v ústavním myšlení zaměříme v několika poznámkách především na její poměr k demokracii.

\* Prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Kancelář Senátu. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz. Článek vznikl v rámci řešení grantu GA ČR č. 16-20390S. Za připomínky k němu děkuji přátelům a kolegům T. Friedelovi a J. Wintroví.

<sup>1</sup> Např. HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.

<sup>2</sup> HAPLA, M. *Lidská práva bez metafyziky: legitimita v (post)moderní době*. Brno: Masarykova univerzita, 2016.

<sup>3</sup> HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*. 2005, roč. 144, č. 4, s. 313–336. HOLLÄNDER, P. In: PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et al. *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: SLON, 2011. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 81. Z jiných autorů HANUŠ, L. Gustav Radbruch – O napětí mezi účely práva a hledání míry věcí. In: RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012. Naopak brněnský konstitucionalista Z. Koudelka učinil z odmítnutí metafyziky základ své kritiky celé doktríny materiálního ohniska ústavy – srov. KOUDELKA, Z. Zlaté tele ústavnosti. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, roč. XVII, č. 3. Vůči metafyzice jsou však obezřetní i jiní autoři, ať už kvůli hodnotovému relativismu, nebo přitakání širokému manévrovacímu prostoru lidu: spadá sem pestrá osobnostní škála, v níž najdeme M. Bobka, V. Pavlíčka i T. Sobka.

## 1. CO JE METAFYZIKA

Začít bychom měli krátkým zastavením u toho, jak vlastně metafyziku chápat. Klasické vymezení aristoteléské vychází z toho, že jde o „první filosofii“, tedy o nauku zkoumající to, co je nad či za hmotným světem, ve smyslu odhalování podstaty bytí, ovšem odhalování mimo smyslovou zkušenost.<sup>4</sup> Podstata bytí nicméně není spatřována v Bohu či bozích. Proto také jeden ze zakladatelů sociologie, A. Comte, ve své klasifikaci vývoje společnosti klade za sebe jako postupné stadium teologické, metafyzické a pozitivní (vědecké). Metafyzické stadium nepracuje s Bohem, ale s Přírodou, Rozumem, přirozeným zákonem, nevyhnutelnými (objektivními) principy apod. Každopádně se orientuje na odhalení nějaké substance či esence povahy spíše neměnné.<sup>5</sup>

*Absolute Reason* je typickou metafyzickou figurou, odlišnou od Aristotelova *right reason* či *reasons* současných deliberativních teorií.<sup>6</sup> Vidět je to na některých výstřelcích francouzského osvícenství, včetně revolučního kultu Nejvyšší bytosti. Němčina pro to užívá různých pojmů, z nichž se dá v češtině vyvodit rozdíl mezi rozumovým (dedukce, doktrinářství) a rozumným (praktické uspořádání).

Na rozdíl od Comtova schématu M. Káčer za příklad metafyzického argumentu uvádí právě víru v boha a z ní odvozané důsledky.<sup>7</sup> Možné překlenutí rozporu snad nabízí C. Schmitt při výkladu politického romantismu v rozlišení staré metafyziky, pro niž byl nejvyšší a nejjistější realitou transcendentní Bůh, a metafyziky nové, v níž nastupují „nové reality“, jejichž moci jsme objekty, v podobě lidstva nebo dějin, které představují poslední legitimizační bod. Schmitt se ostatně domnívá, že lidské myšlení a cítění má vždy metafyzický charakter.<sup>8</sup>

V jiném svém spisu se C. Schmitt přibližuje Comtovi v uvažování o metafyzickém období evropských dějin. Podle jeho soudu prošla Evropa od 16. století vývojem od stupně teologického (16. století), přes metafyzický (17. století), humanitárně-morální (18. století) až k ekonomickému (19. století). Metafyzický stupeň představuje evropský racionalismus, pro nějž je příznačné vřazování dílčích poznatků do obecného systému.<sup>9</sup>

Kritika metafyziky se objevila dvojího druhu. Jednak jí byla vytýkána spekulativnost a neověřitelnost jejích tezí a závěrů. Neobstála tedy jako rozumová věda o světě, duši

<sup>4</sup> Srov. k tomu různé filosofické slovníky. Nezdá se nicméně, že označení „meta-fyzika“ má nějaký hlubší důvod právě ve smyslu poukazu na něco, co je „nad“ či „za“: nejspíše odkazuje na knihovnické řazení příslušných Aristotelových spisů za těmi o fyzice.

<sup>5</sup> Stručně ke Comtovi např. PETRUSEK, M. a kol. *Sociologické školy, směry, paradigmaty*. Praha: SLON, 1996. Comte je nicméně sám dokladem toho, jak jsou hranice vývojových etap neostré: na sklonku života se stal hlasatelem pozitivistického náboženství, v němž kněžími budou vědci. Ohlásil tak nástup éry bezmezné víry ve vědu. Pro právníky je zajímavý také jako jeden z otců funkcionalistického paradigmatu v sociologii, v němž je důraz kladen na stabilitu a integritu systému, jehož změny jsou kontrolovány a regulovány. Právo sehrává roli jak v udržování stability společnosti, tak právě jako médium kontrolované změny.

<sup>6</sup> Srov. BARANGER, D. Constitutional Justice and Constitutional Politics in France. Policy Arguments in the Case Law of the Constitutional Council. In: QVORTRUP, M. (ed.). *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2013, s. 189.

<sup>7</sup> KÁČER, M. O úloze metafyziky při odůvodňování lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, roč. XXIV, č. 3, s. 340.

<sup>8</sup> SCHMITT, C. *Politische Romantik*. 6. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, s. 68–69, 18, 88.

<sup>9</sup> SCHMITT, C. *Pojem politična*. Brno – Praha: OIKOYMENH, 2007, s. 79–81.

a Bohu.<sup>10</sup> To je – zhruba řečeno – pozice Kantova. Krom toho však byla metafyzika napadána pro snahu odvádět pozornost od přitakání bytí k různým formám přesahování člověka, jeho života a světa, tedy k transcendenci, což je – opět zhruba řečeno – pozicí F. Nietzscheho. Pro něj byla metafyzika jen pokračováním teologie.<sup>11</sup>

Nietzscheho postoj velmi pěkně představuje filosof P. Kouba: „*Metafyzická filosofie chtěla dohlédnout až ke kořenům světa a nalézt tam věčnou pravdu. [...] Metafyzika pokládá za pravdu o sobě představy a rozlišení, kterými se člověk snaží skutečnost zvládnout a přizpůsobit si ji. [...] Metafyzika chce pomocí kategorií jako substance, svoboda, účelnost apod. shrnout celek světa v určitý smysl, směřování či jednoznačnou polaritu, a tak jej uchopit. [...] Předpokladem metafyzicky pochopeného smyslu světa je jednoznačné rozlišení mezi pravdivým a nepravdivým, mezi dobrým a zlým, neboť pouze pomocí takového rozdělení dokáže metafyzika svět obsáhnout a uchopit.*“ Proti tomu Nietzsche „*skutečný svět čistého poznání konstruuje jako dění, jež je nutné, nemá konečný účel a nelze je jako smysl přehlédnout. [...] Člověk, kterého poznání zbaví tíže metafyzických představ o posledním smyslu, by na tomto poznání mohl založit i život přirozenější a nevinnější.*“<sup>12</sup> A tomu, tj. radosti ze života a životu tady a teď, zkrátka imanenci, věnuje Nietzsche podstatnou část svého díla.<sup>13</sup>

Nietzscheho přitakání životu, jeho vztahování se k bohu Dionýsovi, ovšem nelze ztožňovat s akceptací světa v jakékoliv (dané) podobě, pokud plnému životu nesvědčí, zplošťuje jej. V tomto ohledu je myslitelem revolty, o níž A. Camus píše: „*Metafyzická revolta je gesto, jímž se člověk bouří proti svému údělu a všemu stvoření.*“<sup>14</sup> Takovou revoltu Camus pozoruje zhruba od konce 18. století a právě Nietzschemu v rámci své analýzy věnuje značnou pozornost.

Nietzsche, hlasatel panské morálky, není odpůrcem křesťanské zvěsti jako takové, na Kristovi oceňuje jeho skutky a přitakání životu. Vadí mu však odvrát od skutků k věrouce, který začíná už sv. Pavlem a pokračuje až k socialismu, jenž mu je degenerovaným křesťanstvím: oba duchovní proudy jsou nihilistické, nevěří totiž v to, co je. Přitom po smrti osobního Boha je Bohem svět: přitakat mu, znamená brát účast na jeho božství.<sup>15</sup> Vyjádřeno slovy dalšího českého filosofa P. Barši: „*Vůle realizující se v (historickém)*

<sup>10</sup> GADAMER, H. G. *Pravda a metoda I*. Praha: Triáda, 2010, s. 198. Gadamer se dále zmiňuje o „*substanční metafyzice západní tradice*“ a věnuje se její pojmové výstavbě, jež má základy u Platóna a Aristotela. Zatímco však původní řecké pojmy byly ukotveny v živé řeči, jejich pozdější překlady do latiny a užívání v jiných kontextech vedly k určitému odcizení: např. pojem „*bytí*“ znamenal původně zemědělský pozemek. O rekonstrukci významu těchto pojmů se pokoušel Heidegger, čímž se odlišil od Nietzscheho a jeho pokusu metafyziku zrušit (viz dále).

<sup>11</sup> HAPLA, M. *Lidská práva bez metafyziky*, s. 9.

<sup>12</sup> KOUBA, P. *Nietzsche. Filosofická interpretace*. Praha: OIKOYMENH, 2006, s. 30–31.

<sup>13</sup> Komplexněji k protikladu tohoto světa a života v něm oproti „*skutečnému*“, „*pravému*“ či „*ideálnímu*“ životu a světu s předpokladem odříkání a odkladů uspokojení srov. BARŠA, P. *Imanence a sociální pouto*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2001. Barša vychází z polarizace vůle na afirmativní, přitakávací přítomnosti, a negativní, která odmítá to, co jest, ve jménu toho, co bylo, případně bude. Negativní vůle je spojena s transcendentismem a dualismem, kdy dominují absolutní hodnoty onoho světa, nastolující hierarchii, vztahy panství, „*Oním světem*“ může být i budoucnost: „*Budoucnost je jedinou transcendentí lidí neuznávajících boha.*“ Avšak současně: „*Zlatý věk přesunutý na konec dějin a ve vzájemném zalíbení splývající s apokalypsou tedy ospravedlňuje cokoli.*“ Viz CAMUS, A. *Člověk revoltující*. Praha: Český spisovatel, 1995, s. 168 a 208.

<sup>14</sup> CAMUS, A. *Člověk revoltující*, s. 36.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 76 an.

*vědění je otrocká a nízká, vůle vyjadřující spontánní sebezpřítakání životu je aristokratická a vznešená.*<sup>16</sup> Přesně to je imanence.

Kritizované přichýlení k věrouce jako tomu, co je důležitější než jednání, může být obdobou farizejského lpění na Zákonu, případně být v základu poučky o tom, že litera zabíjí, avšak duch osvobozuje, či další poučky o šedé teorii a zeleném stromu života...

Není asi nikterak překvapující sympatie, kterou vůči antimetafyzickému naladění Nietzscheho projevíli různí autoři ovlivnění postmodernou. Jejich důvody souvisejí s antiesencialismem, jenž je u nich patrný. „Esencialismu“ se nicméně věnoval např. už K. R. Popper při kritice specifické politické cesty spočívající v definování, uchopení, zmocnění se podstaty společenských jevů. Otvírá se tu prostor pro úspěšného identifikátora podstaty jevu, jenž se stává rovněž jejím interpretem – nabízí jistotu vědění toho, jak to je, jistotu Pravdy, jež stojí v základech uzavřené společnosti.<sup>17</sup> Příkladem takových držitelů Pravdy v politice jsou jakobíni (principy ctnosti) nebo bolševici (znalost zákonů historického vývoje, reprezentace spásonosného proletariátu). Umožňuje jim to všechny své oponenty prezentovat nikoliv jako kritiky moci nebo oponenty osob či dílčích politik, nýbrž jako nepřátele Dobra. V právu bychom něco snad podobného mohli najít ve vztahu k přirozeným a universálním lidským právům.

Naopak skepse k existenci podstaty jevů, případně k její poznatelnosti, vede k zaměření na to, jak se věci jeví, což je blízké fenomenologii (E. Husserl) nebo hermeneutice (H. G. Gadamer). „Jevení se“ je pluralitnější, subjektivnější a rovněž méně hierarchické: věci se zkrátka mohou jevit různě, podle toho, kdo je pozorovatelem (poznávající subjekt). Nejde tu o identifikaci podstaty, nýbrž o interpretaci, vnímání a rozumění. Sociální jev je spíše konstruován, než že by bez dalšího byl: má více intersubjektivní než objektivní povahu.

Ve své poslední knize se obdobně ptá sociolog a filosof I. Mucha v souvislosti s odhalováním Smyslu dějin: je apriorní, metafyzický, transcendentní, a proto statický, a tudíž také odhalitelný, anebo skrytý, neurčitý, unikající?<sup>18</sup>

K tomuto posledně uvedenému postoji se v českém právním myšlení současnosti hlásí J. Příbáň, říká-li: „víme, že otázka po podstatě práva nemůže být metafyzická, ale jen pragmatická, a proto se vždy bude týkat jen našeho práva, tj. práva platného v dnešních ústavnědemokratických společnostech. Čas hledání univerzální ideje práva pomínil, ale o to usilovněji se ptáme, jak se má právo tvořit, interpretovat a aplikovat, abychom ho v dnešních demokratických společnostech mohli uzнат jako legitimní. [...] V demokratické společnosti právo nefunguje jako statický normativní řád, ale jako neustálý interpretační proces, který je plný paradoxů a napětí mezi právním textem a společenským kontextem.“<sup>19</sup> Příbáň má za to, že žijeme v době postmetafyzické. V jiné své důležité studii přidává další atributy doby i společnosti, jako jsou pojmy postsuverénní či postnacionální.<sup>20</sup> Probleskuje zde neurčitost, neuchopitelnost a především nedefinitivnost hledání i nalezených odpovědí.

<sup>16</sup> BARŠA, P. *Imanence a sociální pouto*, s. 40.

<sup>17</sup> POPPER, K. R. *Otevřená společnost a její nepřítel*. Praha: OIKOYMENH, 1994.

<sup>18</sup> MUCHA, I. *Proměny práva a společnosti*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 23.

<sup>19</sup> PŘIBÁŇ, J. In: PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et al. *Právo a dobro v ústavní demokracii*, s. 32–33.

<sup>20</sup> PŘIBÁŇ, J. Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 2, s. 105–123.

Všechny tyto rysy jsou blízké už připomenuté postmoderně. Když ji M. Hapla pro účely svého zkoumání vymezuje, činí to pomocí tří základních znaků: 1. ideje plurality, 2. odklonu od metafyziky a 3. smíření se s principiální nejistotou. Cituje V. Bělohradského, který považuje za klíčové téma postmoderního myšlení identitu, kterou nicméně nelze uchopit pomocí metafyzických kategorií typu esence, substance či první příčiny. Podstatnější je tu prožitek, uznání jinými apod. Pro metafyziku jsou typické totalita, statika a nutnost, zatímco postmoderní reflexe současného světa zdůrazňuje pluralitu, dynamiku a nahodilost.<sup>21</sup> Jinými slovy, Baumanovu „tekutost“.<sup>22</sup>

Jenže. Pokud platí, že sociální realita je spíše konstruována či konstituována, než že by objektivně byla sama o sobě, znamená to, že ji spoluutváříme také tím, jak o ní mluvíme, jak ji prezentujeme. Když ji popisujeme jako tekutou, tekutou do značné míry bude, respektive se takovou stane v důsledku našeho vnímání i jednání. Je-li ovšem základním postmoderním tématem identita, neznamená tekutost zásadní ohrožení, nejistotu o tom, kdo vlastně jsme, odkud jdeme, kam míříme? Sám V. Bělohradský to označuje pojmem *identitární panika*.<sup>23</sup> A nevyvolává taková (trýznivá) nejistota tlak na hledání pevných bodů, útěk do společenství připomínajících kmen, ač možná pro účely jistoty jen uměle vytvořený? Jinými slovy, nemůže boj proti metafyzice vést k jejímu návratu? Pakliže samozřejmě nepřipustíme, že člověku žádných pevných bodů netřeba, že vystačí s otevřeným procesem.

Podobně jako V. Bělohradský o tématu uvažuje též I. Mucha, když píše: „*Jak se ukázalo, moderní společnost se na rozdíl od tradiční společnosti obejde bez metafyzického základu, tedy i bez představy, že podstatné změny a procesy změn jsou spjaty s něčím, co je mimo jakoukoliv kontrolu.*“<sup>24</sup> Tedy jen tento svět (monismus), ve stále větší míře diferencovaný, avšak při absenci přesahů jednorozměrný, a nikoliv skrytá podstata a smysl (nárok k dualismu tady a tam). V kontextu Muchova pojednání není jen úplně zřejmé časové odlišení tradiční a moderní společnosti. Navíc jeho výklad systémové teorie, zejména té Luhmannovy, které se věnuje v různých svých textech, se změnami mimo přímou kontrolu pracuje jako s charakteristickým rysem samovývoje systémů, jenž se odehrává podle svébytné logiky systémové reprodukce.<sup>25</sup>

V Muchově textu je však ještě jeden pro nás zajímavý moment: „*Transcendovat znamená překračovat hranice toho, co je imanentní.*“<sup>26</sup> Co to znamená? Transcendence tu představuje nastavení pomyslného zrcadla, formulování podnětů a výzev realitě, vztahování se k absolutnu, anebo, jak říká I. Mucha patrně pod vlivem Heideggerovým, podíl na smyslu řádu bytí. Můžeme dodat, že takovou roli ve sféře právní může mít přirozené právo jako nástroj kritiky „daných“ poměrů: přirozené právo transformované v lidská práva může sloužit jak ke kritice neuspokojivých poměrů, tak jako nástroj legitimizace

<sup>21</sup> HAPLA, M. *Lidská práva bez metafyziky*, s. 16 an.

<sup>22</sup> BAUMAN, Z. *Tekuté časy. Život ve věku nejistoty*. Praha: Academia, 2008.

<sup>23</sup> BĚLOHRADSKÝ, V. In: PŘÍBAŇ, J. – HOLLÄNDER, P. et al. *Právo a dobro v ústavní demokracii*.

<sup>24</sup> MUCHA, I. *Proměny práva a společnosti*, s. 14.

<sup>25</sup> Záleží přitom na tom, chápe-li systém své okolí jako výzvu pro vlastní zdokonalení, anebo jako „nečistotu“, infekci a ohrožení. První pojetí připomíná Popperovu otevřenou společnost, pojetí druhé společnost uzavřenou. V jejím duchu by okolí mělo být podmaněno, tj. podřízeno systémové logice, anebo vytěsněno do nicoty. V podobném smyslu vyznívá úvaha E. Forsthoffa, podle nějž má hodnota vlastní logiku, která směřuje k potlačení ne-hodnoty. Srov. SCHMITT, C. *Teorie partyzána*. Praha: OIKOYMENH, 2008, s. 77.

<sup>26</sup> MUCHA, I. *Proměny práva a společnosti*, s. 131.

poměrů vyhovujících (stát v mezinárodním systému, lidská práva respektující ústavní zřízení vůči oponentům).<sup>27</sup> Mucha doplňuje, že z kritiky transcendence, moderní i post-moderní, vzešla destrukce jednoho (jednotného) světa s jasně deklarovanou triádou posledních hodnot dobra, pravdy a krásy směrem k relativismu a mnohosti. Nenaznačuje tím, že možná byla vanička vylita i s dítětem?

## 2. METAFYZIKA V PŘEMÝŠLENÍ O ÚSTAVĚ A STÁTU

To posledně řečené je asi pro přemýšlení o metafyzice v souvislostech ústavních a vlastně i obecně právních podstatné. Metafyzika se vztahuje k něčemu, čeho se nelze dotknout, co nemusí být na první pohled patrné, co je smyslem a podstatou věcí, možná ne zcela neměnnou, ale rozhodně ne volně plynoucí. Nepohybujeme se ve sféře měření, nýbrž usuzování: lidská zkušenost může odkazovat k čemusi za zástěnou, na první pohled neviditelnému, přesto však v lecčems určujícím. „*Vyjádřeno terminologií fyzikální je metafyzika (a její lidská reflexe, promítnutí, ve Velkých Příbězích – Bůh) vlastně konstanta na místě proměnných, jejichž hodnoty nejsme s to změřit.*“<sup>28</sup> Jako kdyby se tu ozývalo platónské odlišení světa zdání a světa pravého bytí, jež působí rovněž v expozicích ideální ústavy jsoucí v pozadí ústavy pozitivní, jež se s ní má poměřovat.<sup>29</sup> To je právě ono Muchovo překračování imanence, respektive její vyzývání, které je zvláště dobře pozorovatelné na příkladu přirozených práv člověka a občana, jež představují na první pohled neviditelný, tedy metafyzický, standard, k němuž se máme přibližovat.

Současně je ovšem evidentní úskalí tohoto přístupu. Vyjádřeno je už v klasické české pohádce *Obušku, z pytle ven!*, konkrétně ve scéně, v níž zlý hostinský nabídne jako výsměch chudému hostu prázdný talíř s průpovídkou, že na něm je „*jitrnice, jakou svět neviděl*“. Host ovšem na hru přistoupí a před očima ostatních předstírá, jak si na jitrnici pochutnal. Obdobou jsou *Císařovy nové šaty* H. Ch. Andersena, pohádka, v níž šaty sice neexistovaly, přesto všichni předstírali, že je vidí, aby nebyli za hlupáky.

S určitou nadsázkou bychom snad do blízkosti těchto příběhů mohli zařadit koncept „neviditelné ústavy“, s nímž v 90. letech minulého století v návaznosti na starší uherskou tradici nepsané ústavy pracoval maďarský ústavní soud. „Neviditelná ústava“ měla představovat koherentní systém teoretických základů ústavy a základních práv, jenž pravděpodobně nebude v rozporu s budoucí psanou ústavou, která vyjádří systémovou změnu po roce 1989.<sup>30</sup> Záleží samozřejmě na tom, jak moc je „neviditelná ústava“ neviditelná,

<sup>27</sup> Takovou dvojroli nemusejí hrát pouze lidská práva: „*Všechna revoluční hnutí stála před potřebou podpory opravňující k narušení statu quo. Když toho dosáhla, stála pak zase před potřebou legitimizace jako náhrady za danou autoritu tradiční formy vlády. To jsou dvě základní funkce každé revoluční ideologie.*“ Viz BULLOCK, A. *Hitler a Stalin. Paralelní životopisy*. Praha: KMa, 2005, s. 401.

<sup>28</sup> HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*, s. 116.

<sup>29</sup> K tomu srov. komplexně JESTAEDT, M. *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*. Paderborn – München – Wien – Zürich: Ferdinand Schöningh, 2009, případně FILIP, J. *Ústavní právo České republiky. 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita – Doplněk, 2003, s. 89.

<sup>30</sup> PROCHÁZKA, R. *Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*. Budapest – New York: CEU Press, 2002, s. 52 a 58. V osobním rozhovoru mne upozornil P. Holländer na to, že spíše než domácí zdroje maďarské (uherské) tu sehrávaly roli zahraniční zkušenosti soudců ústavního soudu s Německem, respektive jejich důkladná znalost tamní doktríny a judikatury.

tj. nakolik ji vidí pouze soudci ústavního soudu, když k ní ve své rozhodovací praxi přihlížejí, či je naopak založená na vcelku samozřejmých a intuitivně přijímaných předpokladech. Podle toho mohou politické moci vnímat legitimitu judikatury ústavního soudu.

„Neviditelná ústava“ nám sice může připadat trochu zvláštní, ale zase tak moc se neliší od běžné přijímaných konceptů, jako jsou „živé ústavy“, evolutivní instrumenty v mezinárodním právu apod., tedy dokumenty, jež se nevyvíjejí primárně formálními změnami textu, nýbrž interpretačními a aplikačními proměnami významu, jenž je textu přisuzován. Nad jejich obsahem tak získávají moc „vykladači“ namísto původních „tvůrců“,<sup>31</sup> což vedlo v dějinách opakovaně ke snaze zakázat (zavádějící) interpretaci ve prospěch (jasné) aplikace. Případně pochybnosti měl rozřešit suverén (takto u Hobbese či v absolutistických monarchiích 18. století). V českých poměrech polemika o „držení klíčů k pravdě“ probleskla v separátních vótech k nálezů Ústavního soudu v tzv. kauze *Melčák*, tedy případu zrušení ústavního zákona pro rozpor se zdejší klauzulí věčnosti: mají to být soudci Ústavního soudu, a nikoliv kvalifikované většiny členů obou parlamentních komor, kdo závazně vyloží nejobecnější pojmy ústavního pořádku a vstoupí tím do sféry „megapolitiky“?<sup>32</sup>

Klíčovou otázkou je, jak metafyziku ve vztahu k právu nejen ústavnímu chápat. Kdyby měla zahrnovat vše, na co si nelze sáhnout, protože to nemá hmotnou podstatu, je právo metafyzické tak říkajíc samo sebou. Na první pohled by sem mohl patřit Schmittův poukaz na neschopnost jakékoliv normy ochránit se sama, protože hlásá existenci nikoliv hierarchie norem, nýbrž pouze hierarchie konkrétních lidí a instancí.<sup>33</sup> Jenže instance představují instituce a na instituce si rovněž sáhnout nemůžeme – dokážeme to pouze ve vztahu k budovám, v nichž sídlí, jde-li např. o instituce státní, a k lidem, kteří je představují, respektive tvoří, a to bez ohledu na to, jakého původu instituce jsou.

V pěkné recenzi knihy o proměnách rolí státu, na jejímž vzniku jsem se podílel, M. Hapla uvádí: *„Osobně jsem snad jen trochu postrádal úvahu o tom, nakolik je stát fiktivní konstrukcí. Když většina dnešních i minulých badatelů píše o státu, člověk má téměř pocit, že je to zvíře, které si může pohladit, a pokud tak neučiní, tak jedině proto, že toto zvíře [...] může být Leviathanem.“* A s odvoláním na Kelsena pokračuje: *„Ve skutečnosti totiž neexistuje žádná společenská jednotka, která by státu odpovídala. Dovedení*

<sup>31</sup> Umocněno je to tam, kde jsou v ústavních rádech stanovena nezrušitelná nebo jen velmi obtížně změnitelná ustanovení. Formální zákonodárce (ústavodárce) na ně nemůže, nejsou však imunizována před kreativní interpretací soudců. Srov. SCHWARTZBERG, M. *Democracy and Legal Change*. Cambridge University Press, 2009.

<sup>32</sup> Mega-politiku chápe R. Hirschl jako sféru nezávadnějších politických kontroverzí daného společenství. Srov. HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts – London: Harvard University Press, 2004, kap. 6.

<sup>33</sup> SCHMITT, C. *Legalität und Legitimität*. 6. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, s. 52–53. Citovaná kniha je původně z roku 1932, v knize jen o málo mladší, z roku 1934, upřesňuje autor slabiny normativistického pojetí zákona jako „krále“ (*lex* jako *rex*) tak, že zákon nemůže vládnout sám, nemůže se sám interpretovat, definovat a sankcionovat, k tomu je třeba soudce začleněného do nějakého řádu a instančního postupu. V tomto období hlásá Schmitt v širším rámci institucionalistických teorií (např. M. Hauriou ve Francii), že instituce typu rodiny či stavu jsou více než normy. Viz SCHMITT, C. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. 2. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, s. 14 a 17. Setrvává nicméně nadále na pozicích kritizujících kelsenovský normativismus s jeho představou suverenity normy (ústavy, základní normy). O suverenitě ústavy se ovšem často mluví v současné německé literatuře (je-li vůbec někdo suverénní, pak ústava), případně i v literatuře britské (k tomu srov. níže).

*těto myšlenky do důsledků nás může snadno přivést k otázce, nakolik je naše představa státu jen poněkud pomýlenou projekcí normativní ideje na skutečný svět.*<sup>34</sup>

Stát dozajista pohladit nemůžeme, jeho existenci však nesporně zaznamenáme v projevech jeho moci, ledaže bychom tuto moc nepřičítali státu, nýbrž někomu či něčemu jinému.<sup>35</sup> Inspirací by v tom mohlo být britské politické a právní myšlení, které tradičně pojem státu neužívalo: snad nejbližší mu byl pojem Koruny. Důraz se kladl na reálné lidi s reálnými pravomocemi, v tomto případě na služebníky Koruny.<sup>36</sup> Jenže, kdo za ně odpovídá? Oni sami, anebo Koruna, jejímž jménem jednají, avšak jak naložit s tím, že „*Crown can do no wrong*“?<sup>37</sup> Mohou být služebníci Koruny postiženi, jednají-li z příkazu jiného, tedy přičítá-li se jejich jednání jinému, což je samo o sobě fikcí?<sup>38</sup> Jenže jak postihnout Korunu, je-li imunizována v duchu citované zásady? A co je vlastně Koruna?

Už anglický středověk s sebou přinesl rozdělení Koruny ve dvojí tělo krále, jednak tělo fyzické a smrtelné, jednak tělo politické a trvajících.<sup>39</sup> Toho prvního je možné se dotknout, třeba je i pohladit, to druhé je fiktivní. Nemáme tu tak sice fiktivní stát, ale fiktivní tělo krále, tedy fiktivní složku pojmu Koruna. Od abstraktního státu se sice liší viditelnou tvář krále, avšak právě ta viditelná tvář fyzické osoby smrtelného krále celek instituce Koruny plně nevystihuje.<sup>40</sup> Vytváří to prostor postavit zájem Koruny proti králi, což před-

<sup>34</sup> HAPLA, M. Kysela Jan, Ondřejek Pavel a kolektiv. Kolos na hliněných nohou? K proměně státu a jeho rolí. Praha: Leges, 2016, 320 s. (recenze). *Právník*. 2017, roč. 156, č. 2, s. 161.

<sup>35</sup> Sám M. Hapla jinde v podobné souvislosti píše: „*Moc legitimizuje prostřednictvím svojí vlastní účinnosti – tedy činí legitimní to, co je, jelikož si to dokáže vynutit.*“ Viz HAPLA, M. *Lidská práva bez metafyziky*, s. 93. Pojem legitimacy v tomto smyslu míří k sociální akceptaci, nikoliv k ospravedlnění vyššími hodnotami.

<sup>36</sup> Možná to souvisí s výstižným vyjádřením lorda Thurlowa: „*Očekávali byste, že bude mít korporace svědomí, když nemá duši, kterou byste prokleli, ani tělo, které by bylo možné nakopnout?*“ Cit. dle JOUVENEL, B. DE. *Sovereignty. An Inquiry into the Political Good*. Chicago: Liberty Fund, 1997, s. 130.

<sup>37</sup> Srov. MCLEAN, J. *Searching for the State in British Legal Thought*. Cambridge University Press, 2012, kap. 1. Výjimkou by snad mohl být Hobbesem ovlivněný W. Blackstone, operující s lidem sjednoceným společenskou smlouvou, který vytváří fiktivní osobu státu, jenž je reprezentovaný suverénem. Suverén má kvalitu osoby přirozené (fyzické) i umělé.

<sup>38</sup> Ač je Kelsenovo učení zřetelně antimetafyzické, vyčetl mu C. Schmitt slovní ekvilibristiku, metafyziku a umělou odtrženost čistého právnictví kvůli potlačování mimoprávních prvků analýzy státu. Příkladem je mu právě systém přičítání vůle osob státu, případně i jakoby bezvolní model odvozování norem z normy základní. Srov. SCHMITT, C. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 8. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, s. 26 an. Kelsen si byl ovšem vědom limitů teorie přičitatelnosti jednání a vůle: vůli státu označil za antropomorfismus, ve skutečnosti existuje pouze vůle jednotlivého člověka. Viz KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*. Praha: Orbis, 1933, s. 34–35.

<sup>39</sup> KANTOROWICZ, E. H. *The King's two bodies*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

<sup>40</sup> M. Loughlin tu vidí zajímavý přesah: Koruna místo státu vede k nadřazení loajality poddaných nad rovnost občanů. Viz LOUGHLIN, M. *The British Constitution. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 84. Podle poněkud přepjatého A. Tomkinse činí sama existence Koruny z ostatních otroky, neboť její moc má nezřetelné meze, takže zavání svévoli, a to, ač k ní třeba fakticky nedochází (kombinuje se tu absence vlivu lidu na výběr osoby panovníka, mimozákonná prerogativa a imunita). Za účelem osvobození otroků (*freedom as non-dominatation*) je proto třeba ji zrušit. Viz TOMKINS, A. *Our Republican Constitution*. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005. Osobní pouto bylo ještě významnější ve francouzských absolutistických teoriích, v nichž národ existoval pouze díky fyzickému a právnímu vztahu jednotlivců vůči fyzickému tělu krále: tělo krále vytvářelo národ vztahem s každým z poddaných. Viz FOUCAULT, M. *Je třeba bránit společnost*. Praha: Filosofia, 2005, s. 196–197. Král je emanací lidu, spolu vytvářejí jednotu – ROUX, J.-P. *Král. Mýty a symboly*. Praha: Argo, 2009, s. 243–244. V podobném duchu reprodukuje A. Camus Rousseaua: dosud byli králové odvozováni od Boha a lid od králů – nyní se králové odvozují od lidu a lid od sebe. Viz CAMUS, A. *Člověk revoltující*, s. 119. V myšlence původnosti a neodvozenosti probleskuje teologický základ – jde o atributy Boha.



pokládá, že je tu někdo, kdo zájem Koruny proti králi interpretuje a vynutí. Nepochybně to budou lidé s hmotnými těly, ale budou jednat pouze za sebe?

Zkrátka, leccos, co na tomto světě působí, nemá hmotnou podstatu: víra, ideje, velká vyprávění, mechanismy poslušnosti... Záleží nám však více na jejich původu a zdůvodnění, anebo na účinku v pozorovatelném světě? Pokud se lidé ve svém jednání něčím řídí, nezískává to existenci přinejmenším v jejich myslích, přestože to třeba mimo mysl („na obláčku“) neexistuje?<sup>41</sup>

Při úhlu pohledu, v němž fikce splývá s metafyzikou, jsou právo i stát nutně metafyzickými, protože nehmotnými a „vymyšlenými“, jevy, sociálními konstrukty. Tím by ovšem pojem metafyziky ztratil význam v důsledku úplného rozostření. Případnější jej tedy nebude spojovat s fikcemi bez dalšího, nýbrž s odkazy na existující a určující podstatu věci, na transcendenci, tajemno apod. Nejde tedy primárně o to, že jsou mimo naši smyslovou zkušenost, ale že jsou prezentovány jako jsoucí mimo naši moc, jako nezávislé na dynamické sociální praxi. Proto mohou být objektem nevěle: jako nástroje manipulace ze strany toho, kdo se na ně odvolává a udává tón diskursu, jako prostředky fatalismu či překážky prosazení vůle konkrétních lidí a jejich skupin.<sup>42</sup>

V tomto duchu staví H. Kelsen do protikladu relativní hodnoty a pravdy demokracií na straně jedné a metafyzický absolutistický světonázor autokracií na straně druhé, a to vlastně už od antického střetu Platóna a sofistů. Proti absolutismu hodnot a moci představuje demokracie pluralitu, konkurenci a ochranu menšin. A kdo se opírá o pozemskou pravdu, může vládnout jen se souhlasem většiny.<sup>43</sup>

V těchto závěrech s ním souhlasí jinak jeho obvyklý oponent C. Schmitt, když píše o Condorcetově absolutním racionalismu, který se liší od relativního racionalismu pomalého a komplikovaného systému dělby moci. Absolutní racionalismus vede k racionalistické výchovné diktatuře (kult Rozumu) a filosofickému jakobinismu, jenž je „*aliancí filosofie a meče*“. Zde zákon představuje Pravdu, zatímco pro relativistické racionalisty je pravdou pouze relativní. A jak praví L. Trockij: „*vědomí relativní pravdy nikdy nedá odvahu užít sílu a prolít krev*.“<sup>44</sup> Rozdíl je „jen“ v tom, že Schmitt Kelsenovy atributy demokracie váže spíše na liberalismus. Ostatně metafyziky jako ty, kdo věří v absolutní principy a realitu vysvětlují podle nich, charakterizuje rovněž V. Pareto.<sup>45</sup> Ve stejné linii uvažování popisuje H. Taine jakobíny jako do sebe zahleděné dogmatiky, vybavené chutí utvářet svět podle axiomů politické geometrie, utápějící se ve sterilním intelektualismu.<sup>46</sup> Na nich by bylo možné exponovat weberovské protiklady etiky smýšlení (svědomí, přesvědčení) a odpovědnosti, což ostatně s předstihem učinil už E. Burke. Transcendentně nazírané ideje staví proti imanentně žité tradici. Ty první spojuje

<sup>41</sup> Zhruba takto se staví k existenci přirozeného práva E. Barány. Přirozené právo vyžaduje pozitivizaci uznáním veřejnou mocí, přičemž uznání může mít jak podobu zákonodárcovy deklarace, tak soudního rozhodnutí, v němž je aplikován obyčej vyjadřující skupinové vědomí o správném a žádoucím jednání. Srov. BARÁNY, E. *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Poradca podnikateľa, 2007, s. 33 an.

<sup>42</sup> Takto ve vztahu klauzulím věčnosti KOUDELKA, Z. *Zlaté tele ústavnosti*.

<sup>43</sup> KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*, s. 87 an., 102.

<sup>44</sup> SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. 4. vydání. Cambridge, Massachusetts – London, 1994, s. 46 an., 64.

<sup>45</sup> PARETO, V. *The Transformation of Democracy*. 4. vydání. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, s. 33.

<sup>46</sup> SCHMITT, C. *Politische Romantik*, s. 32.

s revolucí, etikou přesvědčení a metafyzikou, z níž vyplývají principy bez praktických limitů, které značí destrukci: absolutně založená politika vede k absolutní moci a ta ústí v teror.<sup>47</sup>

Uzavírá-li tudíž A. MacIntyre svůj polemický výpad proti přirozeným právům slovy: „*Přirozená či lidská práva jsou tedy fikcí*“,<sup>48</sup> nezdá se mi, že by v tom nutně musel být zásadní problém. Podstatnější totiž je, co z tvrzené existence přirozených lidských práv vyvozujeme za závěry pro životy jednotlivců i jejich skupin, moc politické většiny, státu apod.

Tajemstvím obestřená starořímská pontifikální jurisprudence může být legitimní, tedy akceptovaná, dokud publikum věří v komunikaci se zsvětím; jinak bude působit svévolně.<sup>49</sup> Pravdu tak má již vícekrát citovaný C. Schmitt, uvádí-li, že právní myšlení je možné jen v konkrétním řádu, jenž zajišťuje srozumitelnost fikcí a iluzí.<sup>50</sup> V jiném kulturním kontextu, institucionálním uspořádání, konkrétním řádu, srozumitelné být nemusejí; to je ostatně i postřehem moderní hermeneutiky upozorňující na význam „předporozumění“. Platí to nakonec i pro každou legitimizaci práva: T. Sobek tu píše o nutně jen fiktivních normativních východiscích práva (fikce společenské smlouvy, základní normy nebo společenské konvence), jež jsou založeny na nonkognitivních postojích akceptace, a nikoliv na rozpoznání pravdy.<sup>51</sup> Stejně je to s chápáním suverenity, která do 18. století samozřejmě patřila panovníkovi, během 19. století byla v Evropě předmětem svárů mezi panovníky a lidem, od 20. století zase stejně samozřejmě patří lidu, nejde-li zrovna o lid pracující, případně o rasové společenství, jež se projevuje skrze svého vůdce.

V tomto ohledu tedy může být stát fiktivním konstruktem, do sféry metafyziky se však přesouvá až tehdy, přestává-li být služebným, potažmo instrumentálním, a nárokuje si reprezentaci obecného dobra či něčeho podobného v podobě objektu nadindividuální úcty, ba oběti.<sup>52</sup> To Kelsen prohlašuje za metapolitickou iluzi, která má zastřít nechuť k demokracii, jež je vyhnutelně vládou (partikularistických) politických stran.<sup>53</sup>

Podívejme se nyní na příklad, v čem a jak se mohou metafyzické kategorie, respektive metafyzické přístupy v ústavním diskursu projevovat.

<sup>47</sup> BARŠA, P. *Síla a rozum. Spor realismu s idealismem v moderním politickém myšlení*. Praha: Filosofia, 2007, s. 37.

<sup>48</sup> HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*, s. 113.

<sup>49</sup> Pontifikové vykonávali kultovní funkce, střežili politické smlouvy a zákony, pečovali o kalendář státních slavností. Nebyli soudci, nýbrž vykladači zákonů, a to na základě svého zvláštního vědění. Výklad zákonů byl připodobňován formám obětí a proseb k ochraně před bezprávím, což vedlo ke vzniku formalizovaného, respektive ritualizovaného práva. Právo, původně obyčejové, mělo náboženský základ, porušení různých pravidel bylo stíháno náboženskou sankcí. Viz BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Vom Ethos der Juristen*. 2. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, s. 14–15, KINCL, J. – URFUS, V. – SKŘEJPEK, M. *Římské právo*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 14 a 16.

<sup>50</sup> SCHMITT, C. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, s. 34. Odhlížíme zde od toho, co přesně konkrétním řádem mysl. Jinde se zmiňuje o sociologii právních pojmů, již rozumí jejich vazbu na referenční rámec určité epochy.

<sup>51</sup> SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 5.

<sup>52</sup> Obdobně J. Příbáň: „*Stát a jeho suverenita v tomto kolektivním šamanství nabývají sakrální povahy a od všech, kdo v něm žijí, se vyžaduje absolutní poslušnost a úcta*.“ Viz PŘIBÁŇ, J. *Obrana ústavnosti*. Praha: SLON, 2014, s. 30.

<sup>53</sup> KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*, s. 23.

### 3. AMBIVALENTNÍ VZTAH METAFYZIKY A DEMOKRACIE

„*Teorie materiálního ohniska ústavy jako něčeho lidem nezměnitelného a nedotknutelného je výrazem strachu přiznat si demokratický důsledek odstranění teokratického základu ústav, který vede k vládě lidu. [...] V sekularizované demokracii je pánem ústavy, včetně jejího ohniska (základu, jádra), lid.*“<sup>54</sup> Z. Koudelka zde formuluje zásadní výtku vůči materiálnímu ohnisku ústavy jako vůči třetí cestě mezi transcendentním základem moci v Bohu a jejím demokratickým základem v lidu, což je námitka, která se dá zobecnit vůči používání metafyzických odkazů a kategorií vůbec. Pomineme-li fakt, že materiální ohnisko ústavy bývá obvykle chráněno před parlamentem, takže zásahy do něj, tj. změna esenciálních ústav, jsou vyhrazeny právě lidu jako subjektu ustavující moci, je problémem to, že zdánlivě jasný (profánní, imanentní) pojem lidu spadá do metafyzického slovníku rovněž.<sup>55</sup> Není totiž lid jako lid, což je pro doktrínu materiálního ohniska ústavy více než podstatné.

#### 3.1 Tak trochu metafyzický lid a reální lidé

Staré, předrevoluční režimy se opíraly o absolutní moc panovníka, který se zaštiťoval zčásti Boží vůlí (milostí), zčásti tradicí. Panovník byl každopádně fyzickou osobou, kterou bylo možné si pohladit (viz výše M. Hapla), ale také ji bylo možné setnout hlavu. „*Až dosud se Bůh vměšoval do dějin prostřednictvím králů. Ale jeho dějinný zástupce je zabít, už není žádný král. Zbývá tedy už jedině přízrak Boha odkázaného do nebeské sféry principů. [...] Za kralovraždami devatenáctého století následují bohovraždy dvacátého století, které domýšlejí logiku revolty až do konce a chtějí učinit ze země království, v němž člověk bude bohem. [...] Revoluce principů zabíjí Boha v osobě jeho zástupce na zemi. Revoluce dvacátého století zabíjí to, co z Boha zbývá v principech samých, a stvrzuje dějinný nihilismus.*“<sup>56</sup> To však předbíláme. Zatím pád suverénního panovníka otevřel prostor pro suverénní lid. „*Boží vůle a symbolické tělo krále nahradila obecná vůle a mytický lid, jehož suverenita je absolutní a nezpochybnitelná a který je sám sobě současně pánem i otrokem.*“<sup>57</sup>

Jenže, kdo je lid? Byli jím v létě 1789 poslanci třetího stavu, když se prohlásili za Národní shromáždění? Stali se jím i ti zástupci šlechty a duchovenstva, kteří do Národního shromáždění vstoupili? Nebo byli lidem jejich voliči? Anebo davy ovlivňující jednání poslanců, případně vypalující zámky a lynčující osoby ze starého režimu, tedy jakési ne-lidi?<sup>58</sup> Zkrátka, „*lid nemůže rozhodnout, dokud někdo nerozhodne, kdo je lid*“.<sup>59</sup> Lidé

<sup>54</sup> KOUDELKA, Z. *Zlaté tele ústavnosti*, s. 261.

<sup>55</sup> Shodně SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň – Praha: Aleš Čeněk a Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 412. R. Chr. van Ooyen zdůvodňuje distanci vůči metafyzikou či teologií zatíženým kategoriím státu či lidu to, proč byl v kontextu německého státoprávního myšlení H. Kelsen outsiderem bez výraznějšího vlivu. Srov. VAN OUYEN, R. CH. *Integration. Die antidemokratische Staatslehre von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*. Wiesbaden: Springer, 2014. K německému vnímání státu od II. říše do současnosti srov. např. MÖLLERS, Ch. *Der vermisste Leviathan. Staatslehre in der Bundesrepublik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008.

<sup>56</sup> CAMUS, A. *Člověk revoltující*, s. 124, 135 a 245.

<sup>57</sup> PŘIBÁŇ, J. *Obrana ústavnosti*, s. 67.

<sup>58</sup> Ke kulísám strachu provázejícím debaty o Prohlášení práv člověka a občana v létě 1789 srov. SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*. New Haven – London: Yale University Press, 2011, kap. 2. Zásluha knihy tkví v doplnění

jsou velmi různorodí, je tedy lid jejich mechanickým souhrnem v daném státě, obnáší totéž co *multitudo* teorií společenské smlouvy? Jak se vůbec pozná vůle lidu? V revoluci, ve volbách, v referendu, v demonstracích...? A co když si různé její projevy protřečejí? Což je pravděpodobné zvláště tehdy, když nepracujeme s antropomorfním tělesem homogenního lidu, který má vůli jedinou, obecnou, ale s různorodými lidmi, občany, voliči.

Poslechněme si k tomu opět J. Přibáně: „*Demokratická společnost si totiž paradoxně vytváří svou vlastní politickou teologii, ve které vůli boží nahrazuje rousseauovská obecná vůle lidu, která není jen aritmetickým součtem individuálních vůlí občanů, ale zcela zvláštní vůlí, proti níž rebelovat znamená provinít se nejtěžším politickým zločinem. [...] Lid je přitom tragickým aktérem moderních dějin, protože sám sebe považuje za politického suveréna, ale ve skutečnosti je ve své suverenitě odkázán jen na činy politických vůdců a rozhodovací procedury státního mechanismu. [...] [L]id je suverén, který ovšem sám nemůže nic rozhodnout. [...] Lid skutečně nemá svůj hlas jako nějaká mytická bytost, a proto ho vždy musí někdo zastupovat a hovořit jeho jménem, ať se jedná o tyрана, despota nebo demokraticky zvolené a v mezích ústavních pravomocí jednající poslance či prezidenty.*“<sup>60</sup>

A nemusí jít jen o Francouzskou revoluci. Vždyť v jakém smyslu platí, že „*my, občané České republiky v Čechách, na Moravě a ve Slezsku [...] přijímáme tuto Ústavu České republiky*“, jak se praví v ústavní preambuli? Česká národní rada nebyla v roce 1992 volena jako konstituanta, chybí také ratifikační referendum, takže zřejmě fikce... Neplatí tu totiž dvojí varianta „lidu“ nabízená v kontextu přemýšlení o ustavující moci M. Loughlinem a N. Walkerem. Podle nich „lid“ může být jen rétorickou formulací, kdy je jeho sebeuvědomění aktivováno ústavou, takže „vzniká“ dodatečně, anebo je aktérem změny ústavních poměrů, kdy však záleží na tom, má-li význam jen v okamžiku vzniku ústavy, anebo význam trvalý.<sup>61</sup> Lid tu zjevně byl, „jen“ nebyl osloven.

Kdyby tedy chtěl Z. Koudelka korektně vystihnout situaci provázející kauzu *Melčák*, musel by napsat, že Ústavní soud se postavil na stranu členů České národní rady, kteří bez zvláštního mandátu přijali Ústavu ČR, proti členům Parlamentu, již se bez zvláštního mandátu pokusili tuto Ústavu obejít, respektive v konkrétním případě prolomit. „Lid“ je tu buď v obou případech, anebo ani v jednom. To ovšem nezní moc chytlavě. Ústavní soud však vcelku prozíravě neřešil převahu lidu nad lidem či poslanců nad poslanci, nýbrž danou otázku řešil spíše jako výklad toho, co je v Ústavě, tedy jako otázku v zásadě právní, jakkoliv nepopírám, že pro mnohé komentátory tomu bylo jinak: Ústavní soud se podle nich pokusil nejen vynutit, ale i stanovit absolutní měřítko, uzmut

---

tradičního právníckého záběru na rozum a možná i vůli také o city a emoce, mezi nimi především strach. V českém právním písemnictví podobnou úlohu nejnověji plní SOBEK, T. *Právní rozum a morální cit: Hodnotové základy právního myšlení*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016. Příklady lidového nátlaku na revoluční zákonodárné sbory, až po ohrožování Konventu děly, uvádí FURET, F. *Francouzská revoluce. Díl 1. Od Turgota k Napoleonovi 1770–1814*. Praha: Argo, 2004.

<sup>59</sup> Klasik britského ústavního práva 20. století sir I. Jennings – cit. dle TIERNEY, S. „*We the Peoples*“: *Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States*. In: LOUGHLIN, M. – WALKER, N. (eds). *The Paradox of Constitutionalism. Constitutional Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 231.

<sup>60</sup> PŘIBÁŇ, J. *Obrana ústavnosti*, s. 34, 31–32, 42, 68.

<sup>61</sup> LOUGHLIN, M. – WALKER, N. *Introduction*. In: LOUGHLIN, M. – WALKER, N. (eds). *The Paradox of Constitutionalism*, s. 2.

lidu suverenitu apod. Odhlížení od lidu jako relevantního subjektu jej každopádně spojuje s britskými soudy rozhodujícími o právních podmínkách brexitu, pro něž to, že proces vystoupení Velké Británie z EU byl iniciován referendem, tedy lidem, nemělo valný význam.

Ukazuje se tedy, že je poměrně snadné postavit lid proti Bohu, méně snadné však může být doložit, nakolik je lid ve srovnání s Bohem identifikovatelnější.<sup>62</sup> Za Boha i lid musí někdo mluvit, a tím je zpřítomňovat. Mluvčí ovšem nemusí být bez dalšího vyvolen Bohem ani lidem, pakliže máme za to, že naopak osoba a role mluvčího identifikuje Boha či lid. Jinými slovy, odvolávat se na lid, jeho zájmy a potřeby, či na svou lásku k němu (demofilie), může kdejaký tyran, jak správně poukazuje J. Příběh. Robespierre učinil z ctnostného lidu modlu (demolatrie podle G. Sartoriho), počínal si však jako diktátor vnucující lidem svou představu ctnosti, aniž by byl schopen připustit, že je představou subjektivní, jednou z více možných. Takto ostatně píše M. Malia o bolševické revoluci: „*Říjen byl převzetím moci ze strany metafyzického proletariátu ve jménu empirického proletariátu.*“<sup>63</sup> Posledně řečeného se nikdo neptal, protože promluvily Dějiny.

Odhlédneme-li od lidu ve prospěch lidí a občanů, na nich toho na první pohled mnoho metafyzického nenacházíme. Platí to však přinejmenším se dvěma výjimkami. V rámci té první se může konkrétní člověk jevit metafyzicky tehdy, zdá-li se nám být pro něj určující esenciální (metafyzická) kvalita, nezávislá na jeho vůli a snažení. Díky etnicitě, rase, třídnímu původu, ale třeba i postoji k režimu, který si nárokuje reprezentaci absolutních hodnot, je ten který člověk méně člověkem jako jedinečnou bytostí a více Albáncem, Srbem, Židem, muslimem, kulakem, aristokratem, někdy možná i mužem... Jako takový má přiřazené atributy, jež z něj činí ohrožení, nepřítel či zlobu společnosti, režimu, dobrého lidu, principů ctnosti. Jeho osobní postoje jsou mnohdy druhotné, protože je určen svou podstatou. Není mu tak třeba dokazovat ani zločiny, ani zavinění, protože vinen je tím, že je. Základní vinou Ludvíka XVI. tak bylo to, že byl králem, vinou vévody Orleánského, zvaného Égalité, ač v Konventu hlasoval pro smrt svého bratrance, bylo to, že byl vévodou, pročež byl později popraven také...

Druhou výhradou je vztahování většinové vůle těchto občanů k vůli obecné, jak o ní shora mluvil J. Příběh. „*Subtilní metafyzika Společenské smlouvy se dnes hodí leda k tomu, aby dodávala zbraně a záminky tyranii všeho druhu*“, poznamenal na margo Rousseauových úvah B. Constant už před dvěma stoletími.<sup>64</sup> Můžeme totiž opustit odůvodnění většinového pravidla tím, že je správné, aby převážila vůle většiny nad menšinou, jsme-li si všichni rovni,<sup>65</sup> ve prospěch argumentu neomylné vůle lidu, jež se zračí

<sup>62</sup> Podrobněji k různým formám či podobám lidu (sociální kategorie, organismus, politický aktér, hypotetický, věčný, aktuální, reprezentovaný, státní lid) srov. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 97 an. G. Sartori nabízí pojetí lidu jako všech, velmi mnohých, nižší třídy, organického celku, absolutní většiny a omezené většiny. Viz SARTORI, G. *Teória demokracie*. Bratislava: Archa, 1993.

<sup>63</sup> MALIA, M. *Lokomotivy dějin. Revoluce a utváření moderního světa*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2009, s. 355.

<sup>64</sup> CONSTANT DE REBECQUE, B. *O dobytčinství a uzurpacii a jejich vztazích s evropskou civilizací*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2012, s. 79. Skepse k obecné vůli by ovšem neměla znamenat vyloučení rekursů na obecný, případně veřejný zájem v podobě snahy o překročení zájmů dílčích.

<sup>65</sup> Kelsen z rovnosti vychází a považuje jednomyslnost za ochranu jednotlivce při zakládání řádu, zatímco při jeho trvání je inhibítorem změny kvůli přílišné různosti zájmů bráncí shodě. Většinový princip se mu zdá být garancí co možná největší svobody všech. Viz KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*, s. 13–14.

právě ve většinovém úradku. Takto v intencích Výboru pro veřejné blaho znamená proti-vení se vůli lidu pokus o vymknutí se svrchované moci, jenž činí z dané osoby veřejného nepřítele, rebela a vlastně i ateistu. A k tomu je třeba dodat, že „lid a jeho nepřátelé spolu nemají společného nic více než meč“.<sup>66</sup> V takovém případě jsme opět ve sféře metafyziky. Většina tak může deplat mýlící se a nepřátelské menšiny, stejně tak však může být deplatána nějakou metafyzicky zaštitěnou menšinou.

Je-li řeč o rovnosti, můžeme si vypomoci dalším citátem z Příběhaova myšlenkově bohatého souboru esejí: „*Společenská smlouva je velkou moderní fikcí o legitimní vládě občanů, v níž se soustředí oba moderní ideály, tj. svoboda a rovnost, ale také vědomí politické odpovědnosti.*“<sup>67</sup> Rovnost založená fikcí ovšem může znít podobně jako rovnost coby fikce. A ke společenské smlouvě znovu: „*Nejen Nietzsche, ale i Hobbes věděl, že stát je monstrum srovnatelné s bájným Leviathanem, a proto je třeba spoutat ho silou společenské smlouvy, aby sloužil celé obci, a ne jen některým stranám a jejich klientům.*“<sup>68</sup>

Až na naprosté historické výjimky je společenská smlouva jako základ lidského soužití fikcí. Pokouší se však vyjádřit, že základem společenského uspořádání má být souhlas, přinejmenším presumovaný. Tedy uspořádání má být takové, aby s ním každý člověk mohl souhlasit: v moderní politické filosofii se k této myšlence vrátil J. Rawls se svým „závojem nevědomosti“. Poměrně často se však ke „každému člověku“ dodává adjektivum typu „rozumný“, což může někomu připadat podezřelé: Není tu snad opět jen skupina těch, kteří vědí, co je rozumné, a tomu přizpůsobují sociální a politickou realitu?

V českých poměrech není koncepce společenské smlouvy čistě doktrinární, neboť Ústavní soud k ní ve významném nálezu č. 30/1998 Sb. připodobnil platnou ústavu: „*Moderní demokratická psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid představující ústavodárnou moc (pouvoir constituant) ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí. Dokument institucionalizující soustavu základních obecně akceptovaných hodnot a formující mechanismus a proces utváření legitimních mocenských rozhodnutí nemůže existovat mimo veřejnost akceptovaného kontextu hodnot, spravedlnostních představ, jakož i představ o smyslu, účelu a způsobu fungování demokratických institucí. Jinými slovy, nemůže fungovat mimo minimálního hodnotového a institucionálního konsenzu.*“

Nález je to podstatný, protože – aniž by se nějak věnoval roli suveréna – vyjasňuje, že stanovení politického tělesa neznamená totéž, co stanovení hodnotového řádu. Na jeho vytváření a rozvíjení se dozajista podílí politická moc, třeba i konstitutivní lid, v podstatné míře však jde o výsledek spontánního vývoje, který ovšem na různých místech a různých dobách může spět k rozdílným výsledkům. Originární ani derivativní ústavodárce, tím méně pak zákonodárce, nikdy nepřichází k prázdné tabuli čekající na jeho první písmeno či slovo ozřejmující, co je dobré a zlé.

J. Příběh ovšem podotýká, že fikcí je nejen společenská smlouva, ale i lid a obecný konsenzus, jež z ní vyvěrají. Má dojem, že fikce jsou součástí velkých vyprávění dávajících světu smysl, jednotu, solidaritu. Současnost přináší pluralitu legitimizačních strategií,

<sup>66</sup> SCHMITT, C. *Pojem politična*, s. 47, podobně SCHMITT, C. *Politische Romantik*, s. 69.

<sup>67</sup> PŘIBÁŇ, J. *Obrana ústavnosti*, s. 25.

<sup>68</sup> *Ibidem*, s. 27.

více se tak zdůrazňují procesy (komunikace, diskurs, konverzace) než jejich výstupy.<sup>69</sup> To zřejmě neznamená, že by výstupy neměly význam, je však důležité, jak to, co jim předcházelo, tak to, že nejsou nikdy definitivní. M. Káčer k tomu dodává, že velká vyprávění odvolávající se na Boha či společenskou smlouvu, které přiřazuje k metafyzickým premisám, mohou sloužit k přesvědčování, snad i vysvětlování, nikoliv však k odůvodňování norem, typicky lidských práv. Ta lze podle Humeovy teze odůvodnit zase jen normami.<sup>70</sup>

### 3.2 Ochrana demokracie jako dobré vlády

Mohlo by se zdát, že fikce běžně užíváme, jen některé z nich označujeme za metafyzické, připadají-li nám temné, okultní či elitářské. Tím bychom však mezi fikcemi a metafyzikou setřeli zásadní rozdíl, vyjádřený v naší korespondenci J. Wintrem: „*Velmi podstatné je porovnání metafyzického jevu a fikce. Podle mě jsou si dost podobné, ale liší se v tom, že u fikce přiznávám, že neexistuje, ale pracuji s ní, jako by existovala, zatímco metafyzickému jevu, ač není uchopitelný fyzicky, zkušenostně ani odvoditelný racionálně, prostě věřím, že reálně existuje (a něco pak na tom stavím).*“ Dá se tedy bez dalšího říci, že by metafyzika byla demokracii nepřátelská?

Po mém soudu záleží na tom, jak chápeme demokracii. Platí totiž, že „*v současném západním světě je každý demokrat*“<sup>71</sup> není však demokrat jako demokrat. Zdá se totiž, že nemálo metafyzických rekurzů má zachraňovat udržitelnost demokracie, respektive její předpoklady, a to i proti vůli momentální většiny občanů. Nesleduje tedy jen vůli, ale i její účel a důsledky, protože klíčovou hodnotou je „dobrá vláda“. Na podobném základě odlišuje B. Ackerman dualistickou demokracii, v níž je oddělena nadčasová ústavotvorná většina od aktuální většiny mířící k běžným pravidlům, a demokracii monistickou, v níž je relevantní jen většina tady a teď.<sup>72</sup>

Dejme ještě jednou slovo historikovi revolucí M. Maliovi: „*Racionalistický základ francouzského převratu odmítl posvátno v politickém a společenském světě jako takové. A jakmile bylo odmítnuto posvátno – tedy něco nedotknutelného, co je svou podstatou mimo lidskou vůli a moc –, pak už změna nenarazila ani na žádná pozemská omezení. Lze „svrhnout“ cokoli, stačí jen mít prostředky, vůli a moc.*“<sup>73</sup> Anebo řečeno s Camusem uvažujícím o Hegelově poselství: „*Nebe je prázdné, země vydaná napospas moci nesvazované žádnými zábranami.*“<sup>74</sup>

To je obraz značně odlišný od toho, který nabízí B. de Jouvenel při zkoumání doktrín legitimizujících francouzskou absolutní monarchii. Absolutistický panovník může teoreticky činit cokoli, co chce – je mu však dovoleno chtít jen to, co je spravedlivé a rozumné. Proto má rozhodovat v radě, kdy je (ústavní) rolí rádců nejen předkládat informace, nabízet varianty rozhodnutí a upozorňovat na jejich důsledky, ale také králi vzdorovat,

<sup>69</sup> PŘIBÁŇ, J. *Disidenti práva*. Praha: SLON, 2001, s. 8 an.

<sup>70</sup> KÁČER, M. *O úlohe metafyziky při odvodňování lidských práv*, s. 350.

<sup>71</sup> FINLEY, M. I. *Antická a moderná demokracie*. Bratislava: Kalligram, 2014, s. 11. Obdobně třeba HELD, D. *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1992, s. 1.

<sup>72</sup> PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 72.

<sup>73</sup> MALIA, M. *Lokomotivy dějin*, s. 259.

<sup>74</sup> CAMUS, A. *Člověk revoltující*, s. 151.

a tím vytvářet příležitost ke změně jeho mínění. Rada tak pomáhá králi být králem, jaký má být, podřízeným rozumu.<sup>75</sup>

A nejde jen o „francouzskou úchylku“. Pokud jde o vládnutí v radě či skrze ni, byl tento požadavek v Anglii formulován již ve Velké listině svobod z roku 1215.<sup>76</sup> Ve Španělsku se vycházelo z toho, že král je živým a oduševnělým zákonem na zemi (*ley viva e animata en las tierras* – snad nejstarší obraz oduševnělého zákona by nás zavedl k Chammurapimu), což ale neodkazuje ke svévoli, naopak. Je-li král živoucím zákonem, je odosobněný, nemá lidská přání, stal se zákonem, který nestojí nad právem tak, jako nestojí ani nad gramatikou. Absolutistický vládce nemůže díky svému úřadu chtít nic jiného, než to, co je právem.<sup>77</sup> Monarchie zkrátka vychází z náboženských a etických základů, které jsou vždy omezující; v tom se liší od diktatury.<sup>78</sup>

Metafyzika v právu může být pokusem, jak zajistit to, že zmíněné doktríny nebudou pouze ignorovanými doktrínami, tj. jak „prostředky, vůli a moc“ v podmínkách prázdného nebe korigovat. A to zvláště tehdy, nevládne-li panovník se svědomím, ale abstraktní lid. Lid se poměrně snadno může změnit v dav, pročež už liberální politici rané fáze Francouzské revoluce typu poslance Mouniera doporučovali hájit a prosazovat respekt k zákonu jako pojistku proti lidovému despotismu.<sup>79</sup> Vedle osvědčené Madisonovy poučky o postavení moci proti moci a zájmu proti zájmu, k níž se vrátíme v závěru, vrací metafyzika do hry také tabu, a to nikoliv na základě zkušenosti individuální, nýbrž historické a kolektivní.

<sup>75</sup> JOUVENEL, B. DE. *Sovereignty. An Inquiry into the Political Good*, s. 247 an. Není asi náhodou, že vládcové s odstupňovaně autoritativními sklony opouštějí model „rozhodování v radě“ ve prospěch bilaterálních schůzek, individuálních konzultací, přímých pokynů. Vidět je to v extrémní podobě třeba na Hitlerovi, v rozpuštění české protektorátní vlády jako kolektivního orgánu v rámci Heydrichovy správní reformy, ale také třeba na kritice „prezidentského“ stylu vládnutí premiéra T. Blaira (a zčásti už dříve M. Thatcherové), který významně snížil počet schůzí kabinetu ve prospěch bilaterálních schůzek – nad každým jednotlivým ministrem dominoval (středověcí konciliaristé by řekli, že je „*maior singulis*“), zatímco kabinet jako celek by mohl premiéra zatlačovat do defenzívy. Viz LOUGHLIN, M. *The British Constitution. A Very Short Introduction*, s. 63, nebo opakovaně in: QVORTRUP, M. (ed.). *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdano*. Neplatí to ovšem bezvýhradně: např. Stalin nikdy neopustil platformu rozhodování v politbyru, ač to od roku 1934, nejpozději od monstrprocesů o pár let později, bezvýhradně plnilo jeho vůli. Dáno je to kontextem: Hitler byl v rámci svého hnutí výlučnou postavou, zatímco Stalin následoval trojici Marxe, Engelse, Lenina a také musel alespoň vnějškově respektovat komunistickou stranu – byl odvozen od ní, nikoliv ona od něj. To umožnilo po Stalinově smrti režim restaurovat. Vzdálené podobný příběh bychom našli v anglických dějinách, kdy se stal povolný parlament nástrojem tudorovské dynastie, jež tak necítila potřebu jej odstranit. Parlament díky tomu přežil a stal se platformou odporu proti Stuartovským pokusům o osobní vládu. Sama fasáda rozhodovacího procesu však není nejdůležitější do měření stupně tyranie: pomineme-li noc dlouhých nožů v roce 1934, byl Hitler vůči spolustraníčkům loajální, zatímco Stalin deplal čistkami stranu, armádu, jednotlivé národy i celou společnost. Být „starým bojovníkem“ bylo v nacistickém Německu poukázkou k nějaké prebendě, být starým bolševikem v SSSR spíše poukázkou na kulku či pobyt v gulagu. Četba výše citovaného Bullockova životopisu je depresivní: organizovaný hladomor na Ukrajině, fyzická likvidace skutečné i domnělé vnitrostraničné opozice, zesilování teroru vymyšlením spiknutí, za účast v nichž byly v letech 1937–1938 postiženy (vesměs popraveny) desetitisíce důstojníků, vyměněno bylo 90 % členů stranických výborů, zatčení byli všichni členové hned dvou ukrajinských vlád po sobě...

<sup>76</sup> LOUGHLIN, M. *The British Constitution. A Very Short Introduction*, s. 44. K tomuto významnému dokumentu v češtině BLAHOŽ, J. *Magna Carta Libertatum – osmisté výročí. Právník*. 2015, roč. 154, č. 6, s. 449–464.

<sup>77</sup> SCHMITT, C. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. 2. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, s. 94–95.

<sup>78</sup> ROUX, J.-P. *Král. Mýty a symboly*, s. 34.

<sup>79</sup> SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*, s. 105.



Pokusem o pozitivizaci tabu jsou tzv. klauzule věčnosti, tj. ustanovení prohlášená v ústavách za nezměnitelná.<sup>80</sup> Záleží samozřejmě na tom, kdo je ústavodárcem, protože nezměnitelnost může nárokovat ústava totalitní, autoritářská i demokratická. Empiricky nejčastěji je nacházíme právě v těch demokratických. Možná to souvisí s postřehem M. Schwartzberg, podle níž již od Athén k demokracii patří schopnost měnit zákony, doprovázená ovšem snahou tuto schopnost limitovat v podobě „neodvolatelných zákonů“.<sup>81</sup> A to proto, že v dobovém kontextu byla k dispozici zkušenost se značnou nestálostí úradku lidových shromáždění v kombinaci s poznáním, že respektu se těší zákony stálé. Není asi náhodou, že patrně nejznámější současná klauzule věčnosti je k nalezení v německém Základním zákonu, respektive jeho čl. 79. Odpovídá to předpokladu A. Sajó: „*Mou tezí je, že ústava reflektuje výběr emocionálních zkušeností daného společenství.*“<sup>82</sup> Případně v obecnější formulaci: „*Právní instituce slouží jako kolektivní paměť.*“<sup>82</sup>

Ambicí klauzulí věčnosti není primárně postavit do cesty bariéry lidu, nýbrž spíše těm, kdo za lid mluví. A takovými jednateli lidu mohou být stejně tak poslanci, jako demonstranti. Klauzule věčnosti jsou vztaženy k platnosti ústavy, jejíž jsou součástí. Dojde-li k revoluci ve smyslu politickém, případně k revoluci ve smyslu právním, kdy bude zahájen ústavodárný proces završený vznikem nové ústavy, klauzule věčnosti samozřejmě padnou: je to tedy věčnost dočasná, respektive podmíněná. Snaží se jen upozornit na význam chráněných hodnot a na nutnost obrátit se při snaze o jejich dotčení na lid jako aktéra ústavodárného procesu, tedy toho, kdo volí ústavodárné shromáždění, případně hlasuje v ústavodárném referendu. V tomto smyslu pozitivně stanovené klauzule věčnosti omezují moc prosté většiny, omezují orgány moci ustavené, neomezují však nutně lid vzývaný výše Z. Koudelkou. Jejich vztah k demokracii tak je ambivalentní.

Dá se na ně hledět jako na prolongování vůle dávno mrtvých tvůrců ústavy, kteří se pokoušejí omezit živé lidi současnosti, toužící po jiném ústavním uspořádání. V ještě intenzivnější míře se tak na ně dají vztáhnout námitky proti rigiditě ústav, jež na sklonku 18. století formulovali T. Jefferson, T. Paine nebo J. Bentham, kteří mluvili o tyranii mrtvých, vládě mrtvé ruky, marné snaze transformovat konečnou moc v moc nekonečnou, případně i o snaze vymanit se z lidské omylnosti, protože na dokonalém díle není co měnit.<sup>83</sup> Neboť, jak praví U. Scheuner, každá ústava představuje návrh politické formy,

<sup>80</sup> V české literatuře jim je věnována značná pozornost, mj. díky nálezu Ústavního soudu, jímž byl zrušen ústavní zákon zkracující V. volební období Poslanecké sněmovny (nálež č. 318/2009 Sb.). Vedle textů P. Holländera sem patří především knihy MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, 2014, PREUSS, O. *Klauzule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii?* Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, TOMOSZEK, M. *Podstatné náležitosti demokratického právního státu.* Praha: Leges, 2015. Citované knihy odlišují výslovně stanovené klauzule věčnosti, v českém případě čl. 9 odst. 2 Ústavy, od implicitního materiálního ohniska (jádra) jakékoli ústavy, které vystihuje její podstatu, což může mít metafyzické konotace v závislosti na mechanismech ochrany a změny ohniska. Při dotčení ústavního jádra je ústava *de facto* nahrazena. Z další literatury lze zmínit soustavnější pojednání v *Právním myšlení* T. Sobka či mé *Ústavě mezi právem a politikou*, monotematické číslo *Jurisprudence* (roč. 2010, č. 1) nebo hojně citovaný text ŠÍMÍČEK, V. *Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nálež Ústavního soudu ve věci M. Melčáka.* In: POSPÍŠIL, I. – WAGNEROVÁ, E. (eds). *Vladimír Klokočka Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu.* Praha: Linde, 2009.

<sup>81</sup> SCHWARTZBERG, M. *Democracy and Legal Change*, s. 1.

<sup>82</sup> SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*, s. 114 a 37.

<sup>83</sup> PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*, s. 86, SCHWARTZBERG, M. *Democracy and Legal Change*, s. 10, 98, 121 an., ELKINS, Z. – GINSBURG, T. – MELTON, J. *The Endurance of National Constitutions.*

kteřou se současnost pokouší vázat budoucí časy. Sebe sama však neprosadí, působí spíše evokativně než imperativně.<sup>84</sup> Z toho ovšem rovněž plyne, že fundamentální výhrady vůči nezměnitelným ustanovením se dají gradovat do výhrad vůči rigidním ústavám, neboť i ony omezují aktuální většinu. Řešením je buď suverenita parlamentu, díky níž může každý parlament přijmout či zrušit jakýkoli zákon, protože nemůže zavazovat své nástupce. Anebo suverenita lidu, nikoliv však hypotetického či věčného, nýbrž aktuálního, který může referendy libovolná pravidla měnit, případně i obcházet. Ustavující moc lidu tak je stále přítomna; tomuto uspořádání říká Ch. Möllers ústavní populismus.<sup>85</sup>

Anebo mohou být takto „opevněná“ pravidla nahlížena jako zafixování zkušenosti a vůle ústavodárného (věčného) lidu, jež je chráněna, dokud jiný ústavodárný lid, nikoliv však parlament, nerozhodne jinak. Čím je však aktivace ústavodárného lidu složitější, tím metafyzičtěji se celá konstrukce jeví. Pokud totiž nepřipustíme změnu takových pravidel ani lidem v kvalifikované proceduře, nárokuje jim absolutní platnost, a to je metafyzika.

Problémem samozřejmě může být, když původní ústava nebyla přijata ani k tomu účelu zvoleným ústavodárným shromážděním, ani stvrzena referendem, protože pak vůli ústavodárného lidu pouze fingujeme. Stejně tak se mohou lišit přístupy v tom, je-li ústava nadřazena vůli lidu hlasujícího v referendu (lid jako *legibus obligatus*<sup>86</sup>), anebo ne. Druhý přístup je typický pro Francii, kde je vyloučen soudní přezkum výsledku referenda, protože lid je suverénem.

Historická zkušenost, o níž byla řeč, je především zkušeností se systematickým a masivním zneužíváním moci v totalitárních režimech 20. století, která přivedla G. Radbrucha, meziválečného právního pozitivistu, k tezi o existenci právních zásad, které jsou silnější než jakékoli právní ustanovení, takže zákon, jenž je s nimi v rozporu, postrádá platnost.<sup>87</sup> Podle Radbrucha jim říkáme přirozené nebo také rozumové právo,

New York: Cambridge University Press, s. 1, 15–16, ARENDTOVÁ, H. *O revoluci*. Praha: OIKOYMENH, 2011, s. 230–232.

<sup>84</sup> HOFMANN, H. *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, s. 54.

<sup>85</sup> MÖLLERS, Ch. „We are (afraid of) the people“: *Constituent Power in German Constitutionalism*. In: LOUGHLIN, M. – WALKER, N. (eds). *The Paradox of Constitutionalism*, s. 87.

<sup>86</sup> SARTORI, G. *Teoría democracie*. Bratislava: Archa, 1993.

<sup>87</sup> Myslím, že po většinu lidských dějin by tato teze byla považována v zásadě jen za holé konstatování nesporného faktu. V tomto ohledu se novodobá právní tradice, formovaná zvláště 19. stoletím, může jevit být výjimkou, a nikoliv pravidlem. Nebezpečná je ovšem pouze za předpokladu, že si osvojíme výlučně logiku takto vymezeného právního systému a vytěsníme morální úvahy, respektive morální závazky jednat či nejednat určitým způsobem. V tomto ohledu je korektní Radbruchova kritika T. Sobkem, podle nějž i zavrženíhodný zákon je zákonem, morálně však nejsme nuceni jej dodržovat. Srov. např. SOBEK, T. Radbruchův mýtus a Benthamova formule. *Právník*. 2011, roč. 150, č. 2, s. 128–165. B. de Jouvenel v této souvislosti správně poukazuje na to, že literatura o povinnostech suveréna (být spravedlivý, nepočínat si svévolně...) skončila se „starým režimem“ – jako by zmizel problém k řešení. Přispívá k tomu obtížnost v přemýšlení o lidu jako o osobě vládnoucí i ovládané. Lid nemůže chtít nic jiného než své dobro, panovník byl veden k tomu, aby sledoval dobro obecné. Poučka o tom, že panovník nemůže konat nic zlého, byla původně určena panovníkovi samotnému, ne jako exkulpace, ale jako memento. Jouvenel připomíná křídou vybělené tógy uchazečů o veřejný úřad ve starém Římě, které měly symbolizovat očištění. V podobném duchu je třeba vnímat prodej podílů v obchodních společnostech některých osob vstupujících do veřejných funkcí. Jde o symbol oproštění od dílčích zájmů. Viz JOUVENEL, B. DE. *Sovereignty. An Inquiry into the Political Good*, s. 107 an. V českých poměrech to zní značně aktuálně, protože místopředseda vlády a ministr financí A. Babiš byl po dobu tří let

jež je sebráno (nikoliv stanoveno) v různých deklaracích.<sup>88</sup> V řeči víry to znamená nutnost obdobně se vypořádat hned s několika příkázáními současně: každý se má podřizovat své vrchnosti, neboť ta je od Boha; Boha je třeba poslouchat více než lidi; dávat císaři, co je císařovo, co božího Bohu. Potenciální spor řeší hlas Boží, který občas promlouvá v lidském svědomí.<sup>89</sup> Vůči právním pravidlům i náboženským příkázáním tu vždy vystupuje vnější korektiv, v obou případech v zásadě v podobě hlasu svědomí. Přít se můžeme o to, působí-li v roli kritéria jejich platnosti (extrémní nespravedlnost odnímající právu charakter práva v Radbruchově formuli), anebo jako hybná síla lidského (ne)jednání.

Velmi podobnou pozici najdeme, bez analogické historické zkušenosti, i v britském *common law* konstitucionalismu, který se – v návaznosti na spory o vztah zákonů a *common law* ze 17. století – zhruba od 80. let minulého století vymezuje vůči doktríně suverenity parlamentu. Činí tak mj. kvůli obavě z oslabení dřívějších politických a kulturních mechanismů kontroly moci (proměna politické třídy i fungování politických stran, oslabení srozumění s obsahem ústavních konvencí), tedy z úpadku historické (politické) ústavy. Podle jeho proponentů je doktrína suverenity parlamentu produktem *common law*, jež je tudíž způsobilé ji různě modifikovat. To je asi základní teze, k níž lze přiřadit další: Určitá práva jsou tak zakořeněná, že jsou mimo dispozici parlamentu, a skutečná suverenity náleží nepsané ústavě, již mají soudy vynucovat třeba i zneplatněním jí odporujících zákonů.<sup>90</sup>

V britském prostředí jde o teze mimořádně kontroverzní, a to i při tvrzeném omezení jen na excesivní zásahy zákonodárce směřující proti participaci na demokratickém procesu, rovnosti v zacházení, svobodě projevu, právu na férový proces nebo právu na neomezený přístup k soudu. Suverenity (nekodifikované) ústavy by se totiž v praxi změnila v suverenity soudců, kteří ostatně vykládají (a vytvářejí) rovněž obsah *common law*.<sup>91</sup>

---

souběžně vlastníkem ohromného holdingu. K tomu přidejme postřeh Kelsenův, podle nějž není nikde zajištěno, že „lid“ chce automaticky dobro, který je ovšem z pohledu jakobínů úplným kacířstvím. A dvojakou povahu lidu vysvětluje v podobě lidu jako objektu právního řádu (soubor právním normám podřízených osob) a jeho subjektu (soubor osob účastnících se díky politickým právům na vytváření právních norem). Viz KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*, s. 20–21, 86.

<sup>88</sup> Sebrání práv v deklaracích je projevem určité kultury, pročež R. Alexy a P. Holländer Radbrucha zařazují do skupiny kulturních zdůvodnění lidských práv. Srov. HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*, s. 114–116. Kulturní ukotvení práv, jakož i emocí, od nichž jsou odvozena, zdůrazňuje opakovaně SAJÓ, A. *Constitutional Sentiments*, kap. 1.

<sup>89</sup> RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. 2. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, s. 210. G. Radbruch nebyl jediným právním pozitivistou, který přešel na pozice aplikace vyššího či věčného práva pozitivnímu zákonu navzdory. Rovněž R. Thoma, který ve výmarském období spoléhal na svobodné demokratické sebeurčení vyjednáváním a volnou diskusí v parlamentu, požadoval v roce 1948 zakotvit nezrušitelnost některých zásad rodící se německé ústavy. Viz SCHWARTZBERG, M. *Democracy and Legal Change*, s. 168–169.

<sup>90</sup> K tomu GOLDSWORTHY, J. *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999, úvodní a závěrečná kapitola, SYDOW, G. *Parlamentssuprematie und Rule of Law*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, BOGDANOR, V. *The New British Constitution*. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, zvl. kap. 1 a 2, nebo LOUGHLIN, M. *The British Constitution*, zvl. kap. 5 a 6. V češtině zejména PÍŠA, R. Suverenity parlamentu stále žívá? *Právník*. 2014, roč. 153, č. 11, s. 988–1006, případně KINDLOVÁ, M. *Koncept vlády práva (rule of law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království*. In: JIRÁSKOVÁ, V. – SUCHÁNEK, R. (eds). *Pocta prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám*. Praha: Linde, 2004.

<sup>91</sup> „Suverenity ústavy“ je konceptem odlišným od „vlády ústavou“, s níž v první polovině 18. století operoval lord Bolingbroke jako s opakem „vlády vůlí“: na jedné straně mělo jít o pravidla platná vždy, na straně druhé o přízpusobování se okolnostem. Posílení soudní moci to nutně znamenat nemuselo. Srov. SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*, s. 43–44.

Je-li britským problémem potenciální volená diktatura premiéra, jak v 70. letech minulého století varoval konzervativní politik lord Hailsham (v době, kdy byli konzervativci v opozici), není spatřována žádná výhoda v jejím nahrazení diktaturou nevolených soudců. Ke *common law* konstitucionalismu se proto hlásí jen několik vysoce postavených soudců, z nichž nejvyhranějším je sir J. Laws (*nomen omen*),<sup>92</sup> mezi akademiky je vůdčí postavou T. R. S. Allan.<sup>93</sup> Odmítání jsou jak z řad soudcovských (např. T. Bingham<sup>94</sup>), tak akademických: J. Goldsworthy hájí „pravdu“ o vzniku a vývoji doktríny suverenity parlamentu,<sup>95</sup> A. Tomkins zase upozorňuje na skutečná historická i potenciální současná selhání soudů *common law*: nevidí důvodu, proč by si nemohly svévolně počínat soudy; místo toho doporučuje různé právní i politické reformy za účelem zachování politiky jako nástroje zabránění zneužívání moci vládou.<sup>96</sup>

Jednou věcí ovšem je doktrína suverenity parlamentu jako neomezeného zákonodárce, jinou věcí je, jak se se suverenitou parlamentu v praxi nakládá. To obnáší jak možné kolize s evropským právem, které brexitem zmizí, tak zejména fakt částečného fúzování parlamentu s vládou, jež byla prapůvodně považována za jeho výbor, dnes však představuje politické vedení většiny Dolní sněmovny. Pokud ve vládě dominuje silný premiér (viz výše), fakticky řídí vládu, stranu i parlament. A toho se týkala varování před volenou diktaturou. Proto se zvažují pojistné mechanismy tu v podobě zvýšení kontrolní role soudců, tu v podobě aktivování občanské veřejnosti, větší transparentnosti vládnutí, užívání referend apod. Ostatně o referendech uvažoval jako o kompenzaci slábnoucí role monarchie a Sněmovny lordů už na počátku 20. století zakladatel britské nauky ústavního práva A. V. Dicey, dnes se k nim hlásí třeba V. Bogdanor.

Na rozdíl od suverenity lidu není na suverenitě parlamentu metafyzického nic. Jde o kompetenci konkrétního orgánu, jež je zařazena do měničícího se kontextu. Na počátku vývoje jde o souhrnnou vůli tří přinejmenším rovnocenných stavů (Koruna, Horní sněmovna, Dolní sněmovna), dnes jde na jedné straně o řídicí vůli premiéra, na straně druhé o výsledky referend, v nichž se vyjadřuje politický suverén, tj. občané (*de iure* stále poddaní – *subjects*).

Britskou diskusi extrapoluje do nám blízkých, slovenských, podmínek R. Procházka.<sup>97</sup> Také tady jde o to, jak zabránit parlamentu v excesech na úkor občanů žijících v poměrech respektujících základní lidská práva a jiné atributy liberální demokracie. Zatímco však ve Velké Británii jde o ochranu před běžnými zákony, ve slovenské debatě se ochrana týká rigidních zákonů ústavních. Procházka se dovolává lidu, zatímco zastánci existence materiálního jádra ústavy, jímž mají být zásadní principy demokratického právního státu, spíše soudců ústavního soudu. Jelikož však slovenská ústava výslovnou klauzulí věčnosti neobsahuje, musel by to být ústavní soud samotný, který si vytvoří referenční

<sup>92</sup> Např. LAWS, J. *The Common Law Constitution*. Cambridge University Press, 2014.

<sup>93</sup> ALLAN, T. R. S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>94</sup> BINGHAM, T. *The Rule of Law*. Penguin Books, 2011. Dnes už zesnulý předseda nového Nejvyššího soudu se v knize vyslovuje pro zachování funkčnosti politických procesů, a nikoliv pro všezahrnující judicializaci.

To je v zásadě společné motto všech kritiků *common law* konstitucionalismu, setrvávají na půdě konstitucionalismu politického.

<sup>95</sup> GOLDSWORTHY, J. *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*.

<sup>96</sup> TOMKINS, A. *Our Republican Constitution*.

<sup>97</sup> PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*.

normu; v této souvislosti se objevuje odkaz na metafyzický korelát. Pokud by soud referenční normu aktivně ochraňoval proti parlamentu držícímu kompetenci přijímat ústavní zákony, postavil by se nad ústavodárce, což by podle Procházky znamenalo zánik suverenity lidu. Lid je v jeho pojetí zmocnitelem, ústavní soud je zmocněncem nepřímým, avšak parlament zmocněncem přímým. Parlament přijímající zákony je podřízen ústavě a ústavnímu soudu, vykonává-li však ústavodárnou kompetenci, může ústavu měnit, a tím měnit i normy, které má ústavní soud vykládat a aplikovat. Z důrazu na lidskou důstojnost, svobodu a rovnost plyne, že jsou to občané, na kom je obrana zřízení, v němž žijí, a nikoliv soudci v roli platónských králů-filosofů.

R. Procházka vychází z toho, že ve slovenských poměrech není žádného důvodu odlišovat toho, kdo ústavní řád vytvořil, od toho, kdo se pohybuje ve vytvořeném rámci: obojí je parlament, Národní rada. Opačný přístup by znamenal, že prvotní tvůrce ústavy má kvality, jichž pozdější parlamenty nemohou dosáhnout. A něco takového mu zřejmě zavání metafyzikou. Jednak proto, že to nikde není stanoveno, jednak proto, že by se lid nedomohl změny ústavního řádu jinak než revolucí v právním smyslu, tedy cestou transcendentní, a nikoliv vnitrosystémovou, imanentní.

Na Procházku komplexně reaguje T. Lalík, když dovozuje, že propojení současných parlamentů s lidem je fiktivní, pročež za reprezentanta lidu mohou být považovány i jiné orgány veřejné moci.<sup>98</sup> Co do obsahu to připomíná Alexyho odlišení politického (volitivního) a argumentativního reprezentanta lidu, tj. parlamentu a ústavního soudu.<sup>99</sup> Co do metody, nikoliv ovšem co do závěrů, je to blízké argumentaci J. Waldrona, který při obhajobě parlamentů upozorňuje, že soudy jsou velmi často představovány v modu spíše přacíím, zatímco parlamenty v modu deskriptivním, a to často s poukazem na nejpokleslejší projevy. Z takového srovnání soudy nutně vycházejí lépe, je to však srovnávání nekorektní.<sup>100</sup>

#### 4. ZÁVĚR

Ústavní diskurs je různých metafyzických odkazů plný. Souvisí to do jisté míry už s tím, že podle C. Schmitta jsou všechny pregnantní pojmy moderní státovědy vlastně sekularizovanými pojmy teologickými.<sup>101</sup> Měli bychom si toho být vědomi i tehdy, mluvíme-li třeba o lidu či o státu, jež nám mohou připadat jako reálné jevy, a nikoliv výplody pojmového šarlatánství.

Může se zdát, že metafyzický slovník ožije jen v krajních případech ohrožování lidských práv. Jejich obvyklá aplikace totiž nikterak nevyžaduje popasovat se s otázkou jejich původu či podstaty, protože soudy aplikují pozitivněprávní katalogy tuzemské, mezinárodní, evropské... Nemusí však jít jen o lidská práva. Vždyť celá debata o referendu a váze jeho výsledku je debatou, v níž se mísí argumenty suverenitou lidu, obecnou vůlí, reprezentací, tedy argumenty s metafyzickým podtónem: předobrazem suveréna

<sup>98</sup> LALÍK, T. *Ústavní soud a parlament v konstituční demokracii*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2015.

<sup>99</sup> ALEXY, R. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*. 2005, roč. 3, č. 4.

<sup>100</sup> WALDRON, J. *Dignity of Legislation*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 1999.

<sup>101</sup> SCHMITT, C. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, s. 43.

je neomezený Bůh,<sup>102</sup> lid je abstraktní entita, obecná vůle je hypotetická, reprezentace značí fikci zpřítomnění někoho, kdo fyzicky přítomen není.<sup>103</sup> Podle náhledu na jednotlivé složky problému můžeme nadřadit tu vůli vyjádřenou v referendu, protože to je přece vůle skutečného, autentického lidu – zmocnitele, tu naopak vůli reprezentanta, jenž je orientován na formulaci obecného dobra, zájmu a prospěchu a svým působením teprve zhmotňuje jinak neorganizovaný lid. A také věc můžeme vyřešit zcela pragmaticky schválením nějaké právní úpravy referenda. Jiným příkladem může být přenos pravomocí členských států na Evropskou unii poměřovaný suverenitou státu nebo lidu, případně materiálním ohniskem ústavy, o němž byla řeč výše. Jistě tu nejde o klasické deduktivní operace uvnitř uzavřeného právního systému.<sup>104</sup>

Jinou věcí je, jak s touto skutečností nakládat. Neměli bychom asi volit jednoduché úniky k metafyzice, chceme-li zabránit něčemu, co se nám nelíbí. Odpovědnější, a také složitější, je promýšlet institucionální design, v němž jsou hodnoty a zájmy chráněny před tyraní menšiny i většiny, což je cesta J. Madisona, doporučujícího postavit zájem proti zájmu a moc proti moci.<sup>105</sup> Nemůžeme se však omezit pouze na vytváření a udržování institucí: potřeba je pečovat o důvěru mezi reprezentanty a reprezentovanými, bez níž je i demokracie fikcí,<sup>106</sup> věnovat se občanskému vzdělávání, výchově k demokracii a také vzdělávání politiků. Platilo-li po staletí, že nástrojem kultivace moci je výchova panovníka (tradice knížecích zrcadel), musíme se zřejmě pokoušet kultivovat i současného suveréna, tj. lid. A to nikoliv prostředky výchovné diktatury, ale třeba upozorněním na principy vytvářející vnitřní souvislosti českého ústavního řádu jako přinejmenším uspokojivého rámce sledování svých životních strategií.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> U významného aktéra středověkých sporů mezi realisty a nominalisty Viléma z Ockhamu je Bůh omezen pouze tím, že nemůže chtít rozpory, což bývá vztahováno také na zákonodárce. Nevím, jestli problém (ne)omezenosti suveréna řeší M. Tomoszek, když pro kontinentální prostředí odlišuje svrchovanost a suverenitu. Svrchovanost má být vlastně obdobou středověké supremace jako konečné moci, kdy nikdo není vyšší než suverén, zatímco suverenita má značit moc neomezenou. Viz TOMOSZEK, M. *Podstatné náležitosti demokratického právního státu*, s. 22. Měl jsem za to, že svrchovanost je českým ekvivalentem původně francouzské suverenity. Je-li moc konečná, musím vyřešit, čím je omezena, není-li nikdo nad ní. Může jít o Boha, absolutní hodnoty, objektivně existující univerzální lidská práva? Někdo je však musí identifikovat (společnost?) a být jejich mluvčím, respektive garantem. Dostali bychom se tak k historickým debatám o vázanosti knížete přirozeným právem (v jakém smyslu vázán) či k moderní teorii hraničního orgánu. K tomu srov. s odkazy na literaturu KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, kap. 3. Ostatně dále v textu (s. 101) M. Tomoszek pojednává o suverénním lidu, který je držitelem moci nejvyšší, nikoliv však neomezené. Obojí by tedy zřejmě mohla kryt suverenita, autor však uvádí různé důvody, proč se máme od neomezené moci distancovat, ne pojmově, ale skutečně. To mi přijde přesvědčivější než odlišení suverenity a svrchovanosti.

<sup>103</sup> K těmto otázkám např. BELLING, V. *Legitimita moci v postmoderní době. Proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Mezinárodní politologický ústav, 2009. Později navázal mimořádnou knihou *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filozofii*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2015.

<sup>104</sup> Judikaturu českého Ústavního soudu dotýkající se suverenity kriticky zkoumá BELLING, V. *Dělitelná nebo nedělitelná? Koncept suverenity v judikatuře Ústavního soudu ČR*. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 8, s. 641–662.

<sup>105</sup> U nás jí kráčí např. politolog M. Kubát. Srov. jeho hutnou a inspirativní knihu: KUBÁT, M. *Současná česká politika. Co s neefektivním režimem?* Brno: Barrister & Principal, 2013.

<sup>106</sup> SEDLÁČKOVÁ, M. *Důvěra a demokracie*. Praha: SLON, 2013. Ve větší vazbě na právní a politický systém srov. některé texty M. Urbana – zatím poslední z nich URBAN, M. *Vývoj důvěry v Poslaneckou sněmovnu a Senát Parlamentu České republiky v letech 1993–2016*. In: KYSELA, J. (ed.). *Dvacet let Senátu Parlamentu České republiky v souvislostech*. Praha: Leges, 2016.

<sup>107</sup> WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015.

Také to však asi znamená častěji připustit a vyjavit, že některé věci nechceme, protože je považujeme za fatálně špatné a nebezpečné. Tím přestane být klíčovým rozum poznávající neměnné a absolutně platné principy a hodnoty a důraz se přesune na vůli, nikoliv ovšem na vůli svévolnou, nýbrž poučenou a operující v náležitém rozhodovacím kontextu umožňujícím slyšení a zhodnocení všemožných argumentů. Může se zdát, že na takové pozici nelze založit případný derogační zásah ústavního soudu. Nevím, nejsem si jistý. Někdy by snad argumentace historickou zkušeností, zahraničními úpravami a negativními důsledky pro jednotlivce, společnost i fungování systému veřejné moci mohla být přesvědčivější v ochraně lidskoprávního katalogu před reduktivními nájezdy parlamentu než odvolání se na přirozenoprávní a univerzální povahu lidských práv.<sup>108</sup>

Můj závěr je banální. Metafyzice se úplně nevyhneme, neměli bychom ji však nadužívat. Může nás to vést třeba k tomu, že v demokracii nebudeme vidět vládu Lidu, nýbrž spíše vládu se souhlasem mas.<sup>109</sup> „*To, čemu dnes říkáme demokracie, představuje formu vlády, kde nemnozí alespoň domněle vládnou v zájmu mnohých,*“ říká poněkud skepticky H. Arendtová.<sup>110</sup> Zájmem mnohých, tedy hledáním obecného dobra, jsou ostatně vládnoucí „na výstupu“ legitimizováni. Tak jako jsou „na vstupu“ legitimizováni naším vlivem na jejich výběr. Koneckonců, reprezentativní vláda, v níž je nám žítí, byla původně považována za opak demokracie. Toho času působí spíše jako smíšená ústava našich časů,<sup>111</sup> v níž jsou namícháni občané, nejen jako voliči, ale též jako účastníci veřejných debat či nositelé práv umožňujících jim kontrolovat výkon veřejné moci, jejich reprezentanti, soudci i úředníci, a to nejen na úrovni států, ale v komplexu víceúrovňového vládnutí.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> Zmíněná povaha lidských práv má povahu axiomu spočívajícího v tom, že s lidmi musíme nakládat určitým způsobem, protože jsou vybaveni vrozenými právy rozsahu XY, a to bez rozdílu místa, v němž se narodili či žijí. Jenže se to nejspíše nedá dokázat, protože to má pro mnohé metafyzickou povahu. Korektnější tak je říci, že na základě racionálních, emocionálních či jiných důvodů chceme s někým nakládat tak, jako kdyby..., protože to kritikovi umožňuje na základě jiných důvodů totéž nechtít. Pokud tedy O. Rosenkranzová vidí souvislost mezi zpochybňováním metafyzického základu lidských práv a poukazy na jejich iluzornost či instrumentálnost, nemusí mít pravdu. Naopak tu může být poctivá snaha o ukotvení lidských práv v náležitém společenském a kulturním kontextu, jež se ostatně pokouší vystihnout i R. Alexy různými typy zdůvodnění lidských práv, jakkoliv sám si vybírá to s metafyzikou související. Srov. ROSENKRANZOVÁ, O. Důstojnost člověka podle Giovanniho Pika della Mirandola – inspirace pro právo. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 2, s. 134.

<sup>109</sup> KELSEN, H. *O podstatě a hodnotě demokracie*, s. 100.

<sup>110</sup> ARENDTOVÁ, H. *O revoluci*, s. 267.

<sup>111</sup> MANIN, B. *The Principles of Representative Government*. Cambridge University Press, 1997, s. 238.

<sup>112</sup> ONDŘEJKOVÁ, J. Smíšená forma vlády a Evropská unie. *Právník*. 2010, roč. 149, č. 7, s. 665–677.

## JEDNOTNÉ AUTORSKÉ PRÁVO EVROPSKÉ UNIE: UTOPIE NEBO BUDOUCNOST?

Matěj Myška\*

**Abstrakt:** Tento příspěvek stručně shrnuje dosavadní vývoj harmonizace autorského práva na úrovni Evropské unie, jeho současný stav a identifikuje nedostatky bránící korektnímu fungování jednotného vnitřního trhu v oblasti autorskoprávně chráněných statků. Dále se věnuje legislativním možnostem, jak současně autorské právo harmonizovat [přijímání dalších specializovaných směrnic, kodifikací („codification“) nebo přepracování („recasting“)]. Neúplnost úpravy, vyplývající mj. z teritoriality autorského práva, vedla k úvahám o možném dalším kroku – vytvoření jednotné ochrany autorského práva, respektive autorského práva s jednotným unijním účinkem – tedy plné unifikaci nařízením a vytvoření jednoho aktu regulujícího komplexně tuto problematiku. Další část příspěvku tak diskutuje možnosti a způsoby realizace takového ochranného režimu, a to zejména s ohledem na kompetence EU v této oblasti. Třetí část prezentuje již existující akademický návrh základů jednotného autorského práva Evropské unie tzv. „European Copyright Code“. Představena je jeho základní struktura, obsah, jakož i jeho kritika. V závěru jsou pak představeny názory zúčastněných stran na tuto problematiku získané Komisí v doposud nejkomplexnější konzultaci k problematice autorského práva, shrnuté získané poznatky a odhadován další možný vývoj v této oblasti.

**Klíčová slova:** autorské právo, harmonizace, unifikace, čl. 118 SFEU, jednotná ochrana autorského práva, European Copyright Code

### ÚVOD

I přes nesporný úspěch harmonizace autorského práva na unijní úrovni<sup>1</sup> se stále jedná o nikoliv unifikovanou oblast a přístup k této problematice lze hodnotit jako roztržštěný.<sup>2</sup> I po pětadvaceti letech harmonizačních snah je stále platný Hiltyho výrok z roku 2012, a to, že se nepodařilo dosáhnout „komplexního sjednocení národních úprav autorského práva v Evropě“.<sup>3</sup> Tento příspěvek stručně shrnuje dosavadní vývoj harmonizace autorského práva na úrovni Evropské unie (dále jen „EU“) a identifikuje nedostatky bránící korektnímu fungování jednotného vnitřního trhu v oblasti autorskoprávně chráněných statků. Neúplnost úpravy, vyplývající mj. z teritoriality autorského práva, vedla k úvahám o možném dalším kroku – vytvoření jednotné ochrany autorského práva, respektive

\* JUDr. Matěj Myška, Ph.D., odborný asistent na Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: 102870@mail.muni.cz. Tento příspěvek byl zpracován v rámci projektu Právnické fakulty MU *Evropské soukromé právo v čase a prostoru 2015–2017*.

<sup>1</sup> V detailech k historii harmonizace autorského práva a práv souvisejících v ES/EU: EECCHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Lawmaking*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

<sup>2</sup> RAMALHO, Ana. *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*. Cham: Springer International Publishing, 2016, s. 167. Obdobně LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. Is There a Concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire. In: STAMATOUDI, Irini A. – TORREMANS, Paul (eds). *EU Copyright Law: A Commentary*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, marg. č. 1.19.

<sup>3</sup> HILTY, Reto M. Reflections on a European Copyright Codification. In: SYNODINOU, Tatiana-Eleni (ed.). *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, s. 355.



autorského práva s jednotným unijním účinkem. Jednalo by se tak o překonání této tradiční zásady autorského práva a vytvoření regulatorního modelu známého z úpravy unitárních práv duševního vlastnictví jako např. unijní ochranná známka (32015R2424). Další část příspěvku tak diskutuje možnosti a způsoby realizace takového ochranného režimu, a to zejména s ohledem na kompetence EU v této oblasti. Třetí část prezentuje již existující akademický návrh základů jednotného autorského práva EU tzv. *European Copyright Code*, jakož i jeho kritiku. V závěru jsou pak představeny názory zúčastněných stran získané Komisí v doposud nekomplexnější konzultaci k problematice autorského práva, shrnuty získané poznatky a odhadován další možný vývoj v této oblasti.

## 1. HARMONIZACE V OBLASTI AUTORSKÉHO PRÁVA

Hnacím motorem aproximace autorského práva v jednotlivých členských zemích byla primárně snaha odstranit překážky na vnitřním trhu a maximalizace volného pohybu služeb a zboží.<sup>4</sup> Hugenholtz pomyslně rozdělil vývoj harmonizace autorského práva v ES/EU na tři fáze.<sup>5</sup> První z nich, období let 1991–2001, nazývá „dekádou směrnic“.<sup>6</sup> V tomto období byly přijaty zásadní autorskoprávní směrnice,<sup>7</sup> které sblížily úpravu autorského práva v členských státech.<sup>8</sup> V rámci tohoto období docházelo k tzv. negativní integraci, tedy odstraňování překážek fungování vnitřního trhu.<sup>9</sup> Metodologicky pak evropský zákonodárce postupoval od zvláštního (úprava speciálních předmětů ochrany a specifických výlučných práv)<sup>10</sup> k obecnému („horizontální“ autorskoprávní InfoSoc směrnice<sup>11</sup>). Jak poznamenává Hugenholtz, tento postup byl chápán jako „cesta nejmenšího odporu“, neboť otázky související s novými technologiemi nebyly na začátku devadesátých let minulého století regulovány obecně v žádném z členských států a tak se dalo předpokládat, že zde nebudou vznikat větší třecí plochy při transpozici.<sup>12</sup> Vůdčí myšlenkou bylo zajištění vysoké úrovně ochrany právu duševnímu vlastnictví, jak bylo např. vyjádřeno v recitálu č. 9 InfoSoc směrnice. Ač nikdy nebyl prokázán pozitivní

<sup>4</sup> Čl. 26 odst. 2 TFEU. Jak ale upozorňuje Ramalho, snahy harmonizovat autorské právo nebyly motivovány pouze snahou vytvořit jednotný trh, ale i ochraňovat kulturu Společenství [Commission Communication on Community action in the cultural sector (1977) COM(77) 560, 2. 12. 1977]. RAMALHO, Ana. *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, s. 13–14.

<sup>5</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt. Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*. 2012, Vol. XXIII, No. 2, s. 505 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol23/iss2/4/>>.

<sup>6</sup> První generace směrnic vycházela z *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action*, COM(88) 172 final, 7. 6. 1988. Druhá generace pak z *Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, COM(95) 382 final, 19. 7. 1995.

<sup>7</sup> „Původní“ směrnice 31991L0250 nahrazena 32009L0024, 31996L0009, 32001L0084, 31993L0083, 31993L0098 nahrazena 32006L0116 a ta doplněna 32011L0077, 31992L0100 nahrazena 32006L0115, 32004L0048, 32001L0029, po této dekádě doplnily tyto akty směrnice o osiřelých dílech (32012L0028) a směrnice upravující vybrané aspekty kolektivní správy (32014L0026).

<sup>8</sup> STROWEL, Alain. Towards a European Copyright Law: Four Issues to Consider. In: STAMATOUDI, Irini A. – TORREMANNS, Paul (eds). *EU Copyright Law: A Commentary*, marg. č. 21.01.

<sup>9</sup> LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Is There a Concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire*, marg. č. 1.23.

<sup>10</sup> Ochrana počítačových programů 31991L0250 a ochrana databází 31996L0009.

<sup>11</sup> 32001L0029.

<sup>12</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt. *Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds*, s. 506.

efekt tohoto neustálého rozšiřování, prohlubování a zvyšování ochrany,<sup>13</sup> jednalo se dle Komise o nutný předpoklad „*růstu a vyšší konkurenceschopnosti evropského průmyslu*“ (Recitál č. 4 InfoSoc směrnice).<sup>14</sup>

Druhé období (2001–2009) se neslo ve znamení konsolidace a *soft law*, kdy Komise od regulace pomocí směrnic přistoupila k vydávání sdělení a doporučení.<sup>15</sup>

Třetí období (od roku 2009) pak lze označit za až aktivistickou<sup>16</sup> interpretaci ustanovení příslušných směrnic ze strany Soudního dvora, která bývá některými akademiky označována za „*plíživou harmonizaci*“.<sup>17</sup> Úprava formou směrnic s sebou totiž nutně nese jistou neurčitost, která je překonávána právě výkladem ze strany Soudního dvora.<sup>18</sup> Ten, jak poznamenává Griffiths,<sup>19</sup> začal od roku 2009 interpretovat autorskoprávní *acquis* takovým způsobem, aby vytvořil co nejkompaktnější evropské autorské právo.<sup>20</sup> *De facto* harmonizaci a „*européizaci*“ autorského práva lze demonstrovat např. na zobecnění standardu „*původnosti*“ (originality)<sup>21</sup> a postupné aplikaci tohoto kritéria na všechna autorská díla ve věcech *Infopaq International*,<sup>22</sup> *Football Dataco*,<sup>23</sup> *Painer*,<sup>24</sup> *Bezpečnostní softwarová asociace*<sup>25</sup> a *SAS Institute*.<sup>26</sup> Pozornost věnoval soud i obsahu jednotlivých exkluzivních práv jako rozšiřování (*Peek & Cloppenburg*<sup>27</sup>), rozmnožování (*Infopaq*

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 518.

<sup>14</sup> I sama Komise ovšem v hodnocení směrnice o právní ochraně databází nebyla schopna konstatovat její pozitivní efekt. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *DG Internal Market and Services Working Paper: First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases* [online]. Brussels: Commission of the European Communities. 2005, s. 24 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/databases/evaluation\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf)>.

<sup>15</sup> Hugenholtz uvádí např. *Zelená kniha – Autorské právo ve znalostní ekonomice*, COM(2008) 466 v konečném znění, 52008DC0466; *Sdělení komise – Autorské právo ve znalostní ekonomice*, COM(2009) 532 v konečném znění, 52009DC0532. HUGENHOLTZ, P. Bernt. *Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds*, s. 512.

<sup>16</sup> Empiricky toto tvrzení dokládá: FAVALE, Marcella – KRETSCHMER, Martin – TORREMANNS, Paul C. Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice. *The Modern Law Review*. 2016, Vol. 79, Issue 1, s. 31–75 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <doi:10.1111/1468-2230.12166>.

<sup>17</sup> Viz zdroje v pozn. pod čarou č. 51 v HUGENHOLTZ, P. Bernt. *Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds*, s. 513–514.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 512.

<sup>19</sup> GRIFFITHS, Jonathan. Role of the CJEU in the Development of EU Copyright Law. In: STAMATOUDI, Irini A. – TORREMANNS, Paul (eds). *EU Copyright Law: A Commentary*, marg. č. 20.01.

<sup>20</sup> V detailech viz např.: EÉCHOUD, Mireille M. M. van. Along the Road to Uniformity – Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work. *jipitec*. 2012, Vol. 3, No. 1, s. 60–80 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-33226>>. Excelentní přehled autorskoprávní judikatury Soudního dvora podává LEISTNER, Matthias. Europe's copyright law decade: Recent case law of the European Court of Justice and policy perspectives. *Common Market Law Review*. 2014, Vol. 51, Issue 2, s. 559–600 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA2014037>>.

<sup>21</sup> Na možné problémy s odlišným standardem pro přiznání autorskoprávní ochrany, který se odlišuje od národních úprav, upozorňuje HUSOVEC, Martin. K evropskému „*prepisování*“ pojmových znaků autorského díla. *Duševné vlastnictví*. 2011, roč. 15, č. 4, s. 24–27; HUSOVEC, Martin. *Judikátorná harmonizácia pojmu autorského díla v úniijnom práve. Bulletin slovenskej advokácie*. 2012, roč. XVIII, č. 12, s. 16–20.

<sup>22</sup> C-5/08, *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465.

<sup>23</sup> C-604/10, *Football Dataco*, ECLI:EU:C:2012:115.

<sup>24</sup> C-145/10, *Painer*, ECLI:EU:C:2011:798.

<sup>25</sup> C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, ECLI:EU:C:2010:816.

<sup>26</sup> C-406/10, *SAS Institute*, ECLI:EU:C:2012:259.

<sup>27</sup> C-456/06, *Peek & Cloppenburg*, ECLI:EU:C:2008:232.

*International*), půjčování (VEWA<sup>28</sup>) a zejména v poslední době pro online užívání děl zásadnímu právu na sdělování díla veřejnosti (SGAE,<sup>29</sup> *Football Association Premier League*,<sup>30</sup> SCF,<sup>31</sup> ITV,<sup>32</sup> Svensson,<sup>33</sup> *BestWater International*,<sup>34</sup> *C More Entertainment*<sup>35</sup>). Soud též poskytl členským státům náповědu, jak je nutno vykládat výjimky a omezení autorských a souvisejících práv, totiž restriktivně – výjimky a omezení představují odchýlení od obecného pravidla.<sup>36</sup> Na druhou stranu ale pak v rozhodnutí *Football Association Premier League* konstatoval, že je nutno interpretovat tyto „odchylky“ tak, aby umožnily vývoj a provozování nových technologií a přitom zachovávaly „fair balance“ mezi právy nositelů práv a uživatelů.<sup>37</sup> V rozhodnutí *Deckmyn a Vrijheidsfonds*<sup>38</sup> pak Soudní dvůr vymezil, jakým způsobem vůbec mohou státy výjimky a omezení transponovat – jejich upřesňování neharmonizovaným způsobem je dle tohoto rozhodnutí v rozporu s evropským právem.

Celkově tak spoluprací legislativy a judikativy EU došlo k výraznému odstranění základních „třecích ploch“ národních režimů.<sup>39</sup>

## 2. PROBLÉM TERRITORIALITY A NEHARMONIZOVANÉ OTÁZKY

I přes výše uvedenou *de iure* a *de facto* harmonizaci naráží současná úprava autorského práva na svoje limity.<sup>40</sup> Zejména v online prostředí ani plná harmonizace nestačí k dosažení jednotného digitálního trhu. Primárním problémem je totiž teritorialita autorského práva, která je jeho inherentní vlastností.<sup>41</sup> Sebelepší harmonizace totiž v konečném důsledku naráží na lokální omezenost této ochrany, respektive limity v dispozici s předmětem ochrany a národní charakter vymáhání práv. Hilty pak v případě teritoriality autorského práva hovoří o anachronismu, který brání dosažení plné realizace článku 26 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“), tedy jednotného vnitřního trhu.<sup>42</sup> V překonání teritoriality pak spatřují mnozí zásadní a strukturální řešení ve vytvoření skutečně jednotného trhu.<sup>43</sup> Jako zásadní nedostatek *acquis* spatřují Echoud a další absenci obecné úpravy konceptu autorství a vlastnictví práv,<sup>44</sup>

<sup>28</sup> C-271/10, VEWA, ECLI:EU:C:2011:442.

<sup>29</sup> C-306/05, SGAE, ECLI:EU:C:2006:764.

<sup>30</sup> C-403/08, *Football Association Premier League*, ECLI:EU:C:2011:631.

<sup>31</sup> C-135/10, SCF, ECLI:EU:C:2012:140.

<sup>32</sup> C-607/11, ITV Broadcasting, ECLI:EU:C:2013:147.

<sup>33</sup> C-466/12, Svensson, ECLI:EU:C:2014:76.

<sup>34</sup> C-348/13, *BestWater International*, ECLI:EU:C:2014:2315.

<sup>35</sup> C-279/13, *C More Entertainment AB v. Linus Sandberg*, ECLI:EU:C:2015:199.

<sup>36</sup> C-5/08, *Infopaq International*, ECLI:EU:C:2009:465, odst. 56–57.

<sup>37</sup> C-403/08, *Football Association Premier League*, ECLI:EU:C:2011:631, odst. 164.

<sup>38</sup> C-201/13, *Deckmyn a Vrijheidsfonds*, ECLI:EU:C:2014:2132, odst. 16.

<sup>39</sup> LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Is There a Concept of European Copyright Law?*, marg. č. 1.14.

<sup>40</sup> COOK, Trevor. *The Future of Copyright Protection in the European Union. Journal of Intellectual Property Rights*. 2013, Vol. 18, No. 2, s. 181 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/16388/1/JIPR%2018%282%29%20181-185.pdf>>.

<sup>41</sup> Jak konstatoval Soudní dvůr v případě C-192/04, *Lagardère Active Broadcast*, ECLI:EU:C:2005:475, odst. 46.

<sup>42</sup> HILTY, Reto M. *Reflections on a European Copyright Codification*, s. 355.

<sup>43</sup> ECHOUUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 316.

jakož i s tím související problematiky plurality těchto subjektů, tj. případy společné tvůrčí činnosti více autorů (spoluautorství, kolektivní díla).<sup>45</sup> Tyto otázky jsou regulovány pouze pro specifické předměty ochrany (počítačové programy, databáze, audiovizuální díla),<sup>46</sup> nikoliv však obecně. Zcela mimo úpravu směrnic též zůstává otázka s tím souvisejících osobnostních (morálních) práv a i právo autora na kontrolu zpracování (adaptaci) díla.<sup>47</sup> Při posuzování autorství dle tradičního principu *lex loci protectionis* pak může být důsledkem této disharmonizace stav, kdy za autora (respektive vykonavatele majetkových práv či vlastníka práv) jednoho předmětu ochrany bude v různých zemích považována rozdílná osoba. Jednat se může v konečném důsledku jak o osoby fyzické, tak o korporace. Tento rozdíl bude patrný zejména při posuzování autorství díla v zemích s kontinentální a *common law* tradicí. Rozdílná je i úprava délky doby trvání exkluzivních práv.<sup>48</sup> Jako příklad lze uvést velmi kritizované prodloužení doby trvání práv pouze u vybrané skupiny výkonných umělců.<sup>49</sup> Předmětem časté kritiky je i roztržštěná úprava výjimek a omezení exkluzivních práv.<sup>50</sup> Ač budí čl. 5 InfoSoc směrnice zdání komplexní úpravy, jedná se, až na jednu skutkovou podstatu, o taxativní výčet s možností volby. Členské státy jsou tak na jedné straně limitovány co do typu výjimek a omezení, které se rozhodnou transponovat, na druhé straně si ovšem z této nabídky mohou libovolně volit. Spolu s principem teritoriality a přeshraničními možnostmi užití předmětu ochrany je pak důsledkem spíše disharmonizace než harmonizace dané problematiky. Určitá užití díla tak v jednom členském státu nebudou představovat zásah do výlučných práv autora (bude se jednat o užití na základě zákonem stanovené výjimky či omezení), zatímco v jiném ano. Do podvědomí široké veřejnosti se tato problematika dostala v souvislosti s tzv. „svobodou panoramatu“, kdy se ukázaly odlišné přístupy k pořizování a rozmnožování rozmnoženiny architektonických děl umístěných na veřejném prostranství.<sup>51</sup> S problematikou výjimek a omezení souvisí i neharmonizovaná

<sup>44</sup> Griffiths ovšem extenzivně vykládá závěry Soudního dvora ve věci *Luksan* (C-277/10, *Luksan*, ECLI:EU:C:2012:65) s tím, že originární přiznání práv někomu jinému než autorovi je v rozporu s evropským právem. Soudní dvůr tak, dle jeho názoru, potvrdil kontinentální chápání autorství, tedy zásadu objektivní pravdivosti autorství. GRIFFITHS, Jonathan. *Role of the CJEU in the Development of EU Copyright Law*, marg. č. 20.28.

<sup>45</sup> EECHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 303.

<sup>46</sup> Čl. 2 32009L0024, čl. 4 31996L0009, čl. 2 odst. 2 32006L0115.

<sup>47</sup> Griffiths naznačuje, že po rozhodnutí ve věci *Infopaq International* by mohlo právo na rozmnožování zahrnovat i kontrolu nad rozmnožováním jednotlivých elementů díla v rámci zpracovaného díla. GRIFFITHS, Jonathan. *Role of the CJEU in the Development of EU Copyright Law*, marg. č. 20.16.

<sup>48</sup> EECHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 304.

<sup>49</sup> Kritiku takového prodloužení podává: HILTY, Reto M. et al. Comment by the Max Planck Institute on the Commission's Proposal for a Directive to Amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council Concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-01*, [online] 2008 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1288620>>.

<sup>50</sup> Viz např. GUIBAULT, Lucie. Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*. 2010, Vol. 1, No. 2, s. 55–66 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-26036>>; DREIER, Thomas. Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress. *Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law*. 2010, Vol. 1, No. 2 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-26046>>.

otázka náhradních odměn za dovolené užití pro osobní potřebu, jejichž existence a výše je aktuálně neharmonizovaná.<sup>52</sup> Problematická je i úprava technologických prostředků ochrany práv, kdy InfoSoc směrnice v čl. 6 požaduje po členských státech stanovení „odpovídající právní ochrany“ a vzhledem k výjimkám a omezením exkluzivních práv pak stanoví pouze velmi neurčitě, aby členské státy učinily vhodná opatření k tomu, aby byly tyto aplikovány.<sup>53</sup>

### 3. CESTA K „EVROPSKÉMU“ AUTORSKÉMU PRÁVU

Vzhledem k výše uvedeným nedostatkům *acquis* je zvažováno více způsobů, jak postupovat v jejich odstraňování, sblížení národních předpisů v oblasti autorského práva a vytváření „evropského“ autorského práva.<sup>54</sup> Zprvč lze uvažovat o plné unifikaci nařízením a vytvoření jednoho aktu regulujícího komplexně tuto problematiku. Harmonizace lze dosáhnout i další legislativní aktivitou formou směrnic. V takovém případě lze uvažovat o přijímání dalších specializovaných směrnic, kodifikaci (*codification*) nebo přepracování (*recasting*) *acquis*.<sup>55</sup>

Kodifikace zahrnuje nahrazení současných směrnic jedinou, s opravenými chybami a definicemi, avšak bez substantivní změny. Přepracování pak zahrnuje např. i zapracování judikatorních závěrů Soudního dvora.<sup>56</sup> Nejedná se ovšem o doplňování dalších

<sup>51</sup> K tématu detailněji viz např. LOBERT, Joshua et al. *The EU Public Interest Clinic and Wikimedia present: Extending Freedom of Panorama in Europe* [online]. Paris – New York: HEC NYU Public Clinic, 2015 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/7/71/HEC-NYU\\_Wikimedia\\_Freedom\\_of\\_Panorama\\_Report.pdf](http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/7/71/HEC-NYU_Wikimedia_Freedom_of_Panorama_Report.pdf)>; NEWELL, Bryce Clayton. *Freedom of Panorama: A Comparative Look at International Restrictions on Public Photography*. *Creighton Law Review*. 2010–2011, Vol. 44, s. 405–428 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://hdl.handle.net/10504/40711>>; SÝKOROVÁ, Pavla. Svoboda panoramatu při ochraně architektonických děl. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 23–24, s. 801–811.

<sup>52</sup> Rozdílnost národních úprav demonstruje např. KRETSCHMER, Martin. *Private Copying and Fair Compensation: An Empirical Study of Copyright Levies in Europe* [online]. Newport: The Intellectual Property Office, 2012 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<https://ssrn.com/abstract=2063809>>.

<sup>53</sup> Rozdílný přístup k problematice DRM v národních úpravách detailně analyzuje: WESTKAMP, Guido – GUIBAULT, Lucie – RIEBER-MOHN, Thomas. *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society* [online]. 2007, MARKT/2005/07/D. Amsterdam: Institute for Information Law, University of Amsterdam, s. 69–133 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2006358](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006358)>.

<sup>54</sup> Možné způsoby jsou syntézou závěrů prezentovaných v: REYNOLDS, Stephane et al. *Review of the EU copyright framework the implementation, application and effects of the "InfoSoc" Directive (2001/29/EC) and of its related instruments: European implementation assessment* [online]. Brussels: Ex-Post Impact Assessment Unit, European Parliamentary Research Service, European Parliament, 2015, s. II–250 – II–259 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558762/EPRS\\_STU\(2015\)558762\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558762/EPRS_STU(2015)558762_EN.pdf)>; COOK, Trevor – DERCLAYE, Estelle. An EU Copyright Code: what and how, if ever? *Intellectual Property Quarterly*. 2011, č. 3, s. 260–264 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://eprints.nottingham.ac.uk/1739/1/cook\\_derclaye\\_2011.pdf](http://eprints.nottingham.ac.uk/1739/1/cook_derclaye_2011.pdf)>.

<sup>55</sup> Ve smyslu *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Updating and simplifying the Community acquis*, COM(2003) 71 final.

<sup>56</sup> Ramalho konkrétně uvádí možnost zapracování judikatury Soudního dvora ke kritériu originality a konceptům „spravedlivé rovnováhy“ a „spravedlivé odměny“. RAMALHO, Ana. *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, s. 219. Obdobně pak zmiňuje: STROWEL, Alain. *Towards a European Copyright Law: Four Issues to Consider*, marg. č. 21.25.

substantivních pravidel v neharmonizovaných oblastech. Uvažovat lze i o postupné kombinaci těchto variant – tedy kombinace další harmonizace a následné kodifikace, či přepracování.

Negativem toho přístupu je ale zachování problémů vycházejících z teritoriality autorského práva, složitý proces přijímání (nadto s politickými kompromisy) a nedostatečná míra právní jistoty a transparentnosti.<sup>57</sup> Jak dále bylo upozorněno, ani „perfektní“ harmonizace nikdy nepovede k unifikaci a překonání překážek fungování jednotného trhu, neboť národní soudy budou interpretovat transponované právo ve světle národních tradic a zažitých konceptů.<sup>58</sup>

Bez legislativní aktivity lze uvažovat o „měkké“ regulaci formou doporučení, sdělení či názorů Komise. Konečně lze zmínit i nulovou variantu, kdy se nebudou podnikat žádné další konkrétní kroky k harmonizaci (respektive kýžené unifikaci) autorského práva v EU. V takovém případě pak bude další vyjasňování ponecháno na aktivitě národních soudů, které mohou pokládat tematické předběžné otázky a bude tak pokračováno v „aktivismu“ Soudního dvora.

V souladu s tematickým zaměřením článku bude pozornost věnována první z představených variant – tedy unifikaci autorského práva a vytvoření jednotného režimu ochrany. Nejprve je nutno vyřešit, zda má vůbec EU k takovému kroku dostatečné kompetence a pokud ano, jaký by měl být obsah takového unijního kodexu autorského práva.

### 3.1 Pravomoc EU k vytvoření jednotného autorského práva

V souladu se zásadou svěření (čl. 5 Smlouvy o Evropské unii – dále jen „SEU“) musí být EU k jakémukoli legislativnímu aktu adekvátně zpravomocněna. Jak již bylo uvedeno, harmonizace v této oblasti probíhala na základě pravomoci vytvářet a odstraňovat bariéry na jednotném vnitřním trhu (čl. 114 SFEU).<sup>59</sup> Aktuálně příslušné smlouvy (SEU, SFEU) neobsahují výslovné zakotvení pravomocí v oblasti autorského práva, v čl. 118 SFEU je ovšem zmíněna pravomoc EU (Evropského parlamentu a Rady) přijmout „opatření o vytvoření evropských práv duševního vlastnictví, která zajistí jednotnou ochranu práv duševního vlastnictví v Unii“. Tento článek je pak v oblasti práva duševního vlastnictví, a tedy i autorského práva, *lex specialis* vůči tzv. doložce flexibility (čl. 352 SFEU).<sup>60</sup> Opatření na základě tohoto článku jsou pak přijímána na základě řádného legislativního postupu, tedy Evropským parlamentem a Radou na návrh Komise (čl. 289 a 294 SFEU).

<sup>57</sup> COOK, Trevor – DERCLAYE, Estelle. *An EU Copyright Code: what and how, if ever?*, s. 264.

<sup>58</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt et al. *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*. [online] European Commission DG Internal Market Study Contract No. ETD/2005/IM/D1/95. Amsterdam: Institute for Information Law, University of Amsterdam. 2006, s. 213 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast\\_report\\_2006.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf)>.

<sup>59</sup> Ramalho pak provedla extenzivní výklad problematiky pravomoci EU v oblasti autorského práva a upozorňuje na to, že v případě čl. 114 se jedná o tzv. funkční kompetenci bez normativního obsahu. RAMALHO, Ana. Conceptualising the European Union's Competence in Copyright – What Can the EU Do? *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 2014, Vol. 45, Issue 2. Dostupné z: <[doi:10.1007/s40319-014-0161-7](https://doi.org/10.1007/s40319-014-0161-7)>. Ještě komplexněji pak tuto problematiku rozpracovala v RAMALHO, Ana. *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*.

<sup>60</sup> Právě na základě bývalého čl. 308 Smlouvy o založení Evropského společenství (nyní 352 SFEU), který obsahoval doložku flexibility, byla přijímána nařízení o ochranné známce Společenství (32009R0207) a nařízení o (průmyslových) vzorech společenství (32002R0006).

Tato opatření ale opět mohou být přijímána jen za účelem vytváření a fungování vnitřního trhu.<sup>61</sup> Případná unifikace autorského práva by pak neměla být v rozporu se zásadou subsidiarity – odstranění národních rozdílů v úpravě autorského práva bude lépe dosaženo aktivitou ze strany EU než národních států.<sup>62</sup> Při zvažování formy legislativního aktu a proporcionality takové volby s ohledem na čl. 5 SEU, je nutno preferovat nařízení. Směrnice jako taková by totiž, z výše popsaných důvodů, nemohla zamýšlený cíl (tj. unifikaci úpravy) splnit. Eechoud a další upozorňují na možný konflikt s čl. 345 SFEU (bývalý článek 295 Smlouvy o Evropském společenství), který stanovuje, že se Smlouvy „*nijak nedotýkají úpravy vlastnictví uplatňované v členských státech.*“<sup>63</sup> Hodnotí jej, vycházejíce z dosavadních rozhodnutí Soudního dvora,<sup>64</sup> ale pouze jako zdánlivý, neboť tento článek nezakazuje žádným způsobem EU harmonizovat duševní vlastnictví, respektive vytvářet nové způsoby ochrany (za účelem vytváření a fungování vnitřního trhu). Stejně tak neumožňuje státům přijímat legislativu, která by omezovala volný pohyb zboží a služeb. Dospívají tak k závěru, že čl. 345 SFEU nestojí v cestě k přijetí unijního autorského práva.<sup>65</sup>

### 3.2 Výhody jednotného evropského autorského práva

Pozitivním efektem zavedení unijní ochrany by bylo zvýšení právní jistoty a snížení transakčních nákladů spojených s vypořádáváním práv.<sup>66</sup> Debatovaná je ale otázka, jakým způsobem by měla tato jednotná autorskoprávní ochrana fungovat, tj. zda by měla nahradit současné národní úpravy nebo fungovat paralelně vedle nich. Jak upozorňuje Hugenholtz,<sup>67</sup> paralelní koexistence je velmi nevhodná, neboť by v konečném důsledku neřešila současné problémy. Dichotomie úprav by byla v podstatě stejně neefektivní jako současný stav, ba co víc, přidávala by ještě jednu vrstvu problémů navíc. Potenciální uživatel, který by se chtěl spoléhat na výjimky a omezení, by tak např. neřešil podmínky jejich aplikace pouze dle jednotlivých národních úprav, ale ještě dle úpravy unijní. Tento problém by, vzhledem k Bernské úmluvě a v ní zakotveném principu bezformálnosti vzniku autorskoprávní ochrany, nešlo obejít jako v případě zápisných práv registrací a možností podání žádosti o poskytnutí toho kterého ochranného režimu z iniciativy zainteresovaného subjektu. Autorskoprávní ochrana vzniká automaticky vytvořením díla, které splňuje příslušné podmínky jejího přiznání. Tím pádem by ochrana v rámci paralelních režimů taktéž vznikala automaticky. Hilty<sup>68</sup> pak jako příklad negativních

<sup>61</sup> RAMALHO, Ana. *Conceptualising the European Union's Competence in Copyright – What Can the EU Do?*, s. 185.

<sup>62</sup> ECHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 20.

<sup>63</sup> Ibidem, s. 319.

<sup>64</sup> C-30/90, Komise v. Spojené království, ECLI:EU:C:1992:74, odst. 18; C-350/92, Španělsko v. Rada, ECLI:EU:C:1995:237, odst. 19, 22.

<sup>65</sup> ECHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 321. Hugenholtz dospívá k obdobnému závěru v: HUGENHOLTZ, P. Bernt. *Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds*, s. 523.

<sup>66</sup> COOK, Trevor – DERCLAYE, Estelle. *An EU Copyright Code: what and how, if ever?*, s. 260.

<sup>67</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt et al. *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, s. 219–220.

<sup>68</sup> HILTY, Reto M. *Reflections on a European Copyright Codification*, s. 360.

důsledků paralelní existence dvou režimů ochrany uvádí absurdní situaci, kdy by mohl autor žalovat z druhého existujícího titulu při „nedostatečnosti“ titulu prvního (tedy kdy by např. užití dle unijního práva nepředstavovalo zásah do autorských práv, neboť by bylo kryto výjimkou či omezením, ale nebylo by tomu tak dle národního práva). Jedinou funkční variantou, která by negenerovala další problémy, je tedy nahrazení národních úprav jednotným institutem. Na druhou stranu, sama Komise se ve svém sdělení *Jednotný trh práv duševního vlastnictví* přiklonila k variantě kodifikace.<sup>69</sup> Možnost vytvoření jednotné ochrany v roce 2012 brala pouze jako hypotetickou variantu s tím, že ji je nutno prozkoumat.<sup>70</sup> I tak ale takové řešení považovala pouze za paralelní alternativu národním úpravám.<sup>71</sup> I pokud by byla zvolena varianta unifikace, a tedy překonání národních úprav, bude dalším, extrémně náročným, úkolem vypracování adekvátních přechodných ustanovení regulujících přechod od národních k jednotnému ochrannému režimu k druhému.<sup>72</sup> Navíc, jak upozorňuje Cook, existující národní režimy budou muset zůstat funkční desítky let i po hypotetickém zavedení jednotné ochrany, a to pro díla již takto chráněná.<sup>73</sup>

Echoud a další pak uzavírají tuto debatu s tím, že unijní autorské právo s jednotným účinkem bude mít smysl pouze tehdy, pokud nahradí stávající národní režimy.<sup>74</sup> Nutno ovšem poznamenat, že se nejedná o obecně sdílený názor – např. Strowel prosazuje variantu fakultativní unijní ochrany, kterou by měl vymáhat speciální soud (obdobně jako v případě patentu s jednotným účinkem).<sup>75</sup> Inspirací pro adekvátní fungování takového podvojného režimu by měla být ochrana nezapsaných vzorů Společenství.<sup>76</sup>

### 3.3 Předmět úpravy a *European Copyright Code*

Pokud tedy akceptujeme možnost vytvoření jednotného autorského práva EU jako vhodnou variantu dalšího vývoje na tomto poli, je vhodné zaměřit pozornost na to, co by mělo být jeho obsahem. Logicky by se taková úprava měla snažit překonat nedostatky identifikované v druhé části tohoto příspěvku. Dobré vodítko, jakým směrem by se měly

<sup>69</sup> *Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů Jednotný trh práv duševního vlastnictví Podpora kreativity a inovací za účelem zajištění hospodářského růstu, vysoce kvalitních pracovních míst a prvotřídních výrobků a služeb v Evropě*, (COM)2011/0287 v konečném znění, 52011DC0287, s. 12.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Ibidem*. Nelze ovšem přehlédnout i dokument *Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT* [online] 22. 10. 2009 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupný z: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/content\\_online/reflection\\_paper%20web\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/content_online/reflection_paper%20web_en.pdf)>. V tomto dokumentu byla zmíněna možnost zavedení jednotné ochrany s unijním účinkem (s. 18).

<sup>72</sup> ECHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 318, poznámka pod čarou č. 973.

<sup>73</sup> COOK, Trevor. A Unitary Copyright System for Europe? *BLACA/BCC Seminar: European Copyright Law: A Consolidated Approach and Future Possibilities – Where did Harmonisation Lead Us and is a Single EU Copyright Act the Way Forwards?* 9. 3. 2010, s. 4 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://www.blaca.org/2010%20Cook%20-%20A%20Unitary%20Copyright%20System%20for%20Europe.pdf>>.

<sup>74</sup> ECHOUD, Mireille M. M. van et al. *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law-making*, s. 318.

<sup>75</sup> STROWEL, Alain. *Towards a European Copyright Law: Four Issues to Consider*, marg. č. 21.29.

<sup>76</sup> 32002R0006.



ubírat úvahy o struktuře a obsahu případného legislativního aktu, poskytuje tzv. *European Copyright Code* (dále jen „ECC“).<sup>77</sup> Tento nejvýznamnější akademický návrh byl vytvořen tzv. *Wittem Group* v letech 2002–2010. Smyslem a cílem ECC je, jak popsal Hugenholtz, „načrtnout základní kontury budoucího možného Evropského autorského práva kodifikováním jeho základních ustanovení ve formě modelového předpisu“.<sup>78</sup> ECC ovšem nepředstavuje pouhé shrnutí *acquis*, ale jde nad jeho rámec. Na druhou stranu neřeší všechny nutné otázky, ale vybraná témata, která jeho tvůrci považují za zásadní základ evropského autorského práva. Konkrétně se jedná o předmět ochrany, autorství a vlastnictví, osobnostní práva, majetková práva a výjimky a omezení. Mimo záběr tak zůstávají např. otázky DRM, právo autora na doplňkovou odměnu, otázky kolektivní správy, úprava licenčních smluv, práva související s právem autorským, zvláštní práva pořizovatele databáze, problematika vymáhání práv a odpovědnostní otázky.

Dílem se v ECC rozumí jakékoliv vyjádření v oblasti literatury, umění a vědy, pokud se jedná o vlastní duševní výtvar autorů.<sup>79</sup> Tato jistá neostrost je kritizována, neboť by mohla vést k odlišné interpretaci v členských státech a přiznání ochrany tzv. „hraničním dílům“, jako jsou např. vůně.<sup>80</sup> S tím souvisí i jasné zakotvení otázky autorství díla – to přiná-leží fyzické osobě (člověku) či skupině fyzických osob, která jej vytvořila (čl. 2.1 ECC). ECC ale striktně rozlišuje mezi autorstvím (*authorship*) a vlastnictvím práv (*ownership*). ECC pak komplexně reguluje, kdy mohou být majetková práva převedena (*assignment*) a minimální standard podmínek, za jakých tak může být učiněno (čl. 2.4 ECC). Autorovi je tak poskytována ochrana před „paušálním“ převodem práv/poskytnutím exkluzivní licence (*buy-outs*) tím, že mu musí být jasné, za jakých podmínek tato práva převádí. Pokud tyto nejsou stanoveny, nastupuje dispozitivní pravidlo, které omezuje převod/ poskytnutí exkluzivní licence na rozsah vyžadovaný účelem. U zaměstnaneckých děl se pak předpokládá převod práv na zaměstnavatele, pokud není sjednáno v pracovní nebo obdobné smlouvě jinak (čl. 2.5 ECC). U děl vytvářených na objednávku se pak v případě absence dohody stran dispozitivně stanovuje poskytnutí účelové licence (čl. 2.6 ECC).

Morální práva jsou v ECC konstruována jako nepřevoditelná (čl. 2 odst. 2 ECC) a zahrnují právo na zveřejnění (*divulgation*), přiznání autorství (*attribution*) a nedotknutelnost díla (*integrity*). Inovativním prvkem je pak možnost autora souhlasit s *nevykonnáváním* osobnostních práv (čl. 3.5 ECC). Takový souhlas ale nemůže být bezbřehý, ale limitovaný co do rozsahu a musí být jednoznačný a informovaný.<sup>81</sup> Požadavky kladené na souhlas, který ale nemusí být písemný, mají autora chránit zejména před adhezními

<sup>77</sup> Plný text, jakož i doprovodné materiály, jsou dostupné z: <[www.copyrightcode.eu](http://www.copyrightcode.eu)>.

<sup>78</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt. The Wittem Group's European Copyright Code. In: SYNODINOU, Tatiana-Eleni (ed.). *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, s. 341.

<sup>79</sup> Čl. 1. ECC: „Copyright subsists in a work, that is to say, any expression within the field of literature, art or science in so far as it constitutes its author's own intellectual creation.“

<sup>80</sup> COOK, Trevor – DERCLAYE, Estelle. *An EU Copyright Code: what and how, if ever?*, s. 268. Viz též judikaturu zmíněnou v pozn. pod čarou 51 tohoto zdroje.

<sup>81</sup> Nelze ovšem ignorovat neostrost těchto pojmů. K „informovanému souhlasu“ v oblasti zpracování osobních údajů a interpretačním problémům s tím souvisejícím viz MÍŠEK, Jakub. Souhlas se zpracováním osobních údajů za časů Internetu. *Revue pro právo a technologie*. 2016, roč. 5, č. 9, s. 3–74.

licenčními smlouvami.<sup>82</sup> Vzhledem k tomu, že níže rozebrané výjimky a omezení se dotýkají pouze majetkových práv,<sup>83</sup> obsahuje ECC v čl. 3.6 specifický zákaz výkonu osobnostních práv, který by byl na újmu třetím stranám takovým způsobem, že by to bylo zjevně nepřiměřené v porovnání se zájmy autora.<sup>84</sup>

Majetková práva v ECC zahrnují „tradiční“ (ve smyslu zakotvená v *acquis*) práva na rozmnožování, rozšiřování, sdělování veřejnosti a nad rámec *acquis* i právo na zpracování díla. Zejména s ohledem na aktuální judikaturu řešící hypertextový/embedovaný odkaz jako sdělování díla veřejnosti je velmi konkrétní její definice. Za „veřejné“ se tak dle čl. 4.5 ECC považuje takové sdělování, které je „určeno pro větší počet osob, které nejsou propojeny osobním vztahem“. Je zde tedy patrný rozdíl oproti aktuálnímu vymezení pojmu veřejnosti v aktuální judikatuře Soudního dvora.<sup>85</sup>

Výjimky a omezení v čl. 5 ECC se snaží komplexně pokrýt doposud známé situace, kdy by mělo být užití díla dovoleno, a to buď bezúplatně, či za „spravedlivou a adekvátní odměnu“ (např. užití pro osobní potřebu). Konkrétně se pak jedná o užití s minimálním hospodářským významem, užití pro účely svobody projevu a informací, užití podporující sociální, politické a kulturní cíle a konečně užití podporující hospodářskou soutěž. Za největší „novinku“ a inovativní přístup k limitům autorského práva sami tvůrci považují čl. 5.5 ECC – normu s polootevřenou strukturou, která umožňuje jakékoli jiné užití, které je „srovnatelné“ s výše uvedenými skutkovými podstatami a není v rozporu s běžným užitím díla a nejsou tím neoprávněně dotčeny oprávněné zájmy autora, při zohlednění legitimních zájmů třetích stran.<sup>86</sup> Tato úprava by měla zajistit jak dostatečnou právní jistotu, tak flexibilitu ve smyslu doktríny *fair use*.<sup>87</sup>

I přes absenci úpravy dalších, výše zmíněných, substantivních otázek představuje ECC velmi solidní základ k další debatě o směřování autorského práva v EU, jakož i kostru případného legislativního aktu.<sup>88</sup> Jak poznamenává Rosati, přínosné je zejména férové skloubení kontinentálního a *common law* přístupu k autorskému právu, jakož i skutečné vybalancování zájmů autorů a uživatelů autorských děl inovativním přístupem k aplikaci výjimek a omezení.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The Wittem Group's European Copyright Code*, s. 348.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> Českému čtenáři nemůže uniknout značná podobnost úpravy ECC v otázkách autorství, vlastnictví práv a osobnostních práv s českým autorským zákonem. Českou úpravu je tak možno ve světle ECC hodnotit jako velmi progresivní a moderní.

<sup>85</sup> Např. C-117/15, Reha Training, ECLI:EU:C:2016:379, odst. 41–45, kde Soudní dvůr nijak neakcentuje vzájemný vztah osob.

<sup>86</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt. *The Wittem Group's European Copyright Code*, s. 349.

<sup>87</sup> Takové využití třístupňového testu ale není bez kritiky. Srovnej např. PRCHAL, Petr. *Limity autorskopravní ochrany*. Praha: Leges, 2016, s. 172.

<sup>88</sup> Tento názor ovšem není sdílen všem odborníky na autorské právo. Velmi komplexní kritiku ECC podává GINSBURG, Jane C. *European Copyright Code-Back to the First Principles (With Some Additional Detail)*. *Journal of Copyright Society of the USA*. 2010–2011, Vol. 58, Issue 2, s. 265–300; FICSOR, Mihály. *An imaginary “European Copyright Code” and EU copyright policy*. In: *20th Annual Intellectual Property Law & Policy Conference: Fordham IP Conference* [online]. 2012 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Ficsor.EUCopyCode.pdf>>.

<sup>89</sup> ROSATI, Eleonora. *The Wittem Group and the European Copyright Code*. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 2010, Vol. 5, No. 12, s. 867 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpq140>>.

#### 4. NÁZORY ZÚČASTNĚNÝCH STRAN

V rámci doposud nejkompexnější<sup>90</sup> konzultace týkající se autorského práva, která byla zahájena v prosinci roku 2013, se Evropská komise respondentů ptala,<sup>91</sup> zda by měla EU usilovat o jednotnou ochranu autorského práva a zda by se mělo jednat o další krok ve vývoji autorského práva v EU.

Výsledky konzultace pak ukázaly názorovou roztržičnost jednotlivých aktérů v systému autorského práva.<sup>92</sup> I vzhledem k jasnému stanovisku nevládních organizací, a kampani, která byla cílena právě na konzumenty,<sup>93</sup> byla většina konzumentů autorských děl pro vytvoření jednotné autorskopravní ochrany v rámci EU a tím i jednotného digitálního trhu. Tímto krokem by dle jejich názoru byla zvýšena právní jistota, sníženy transakční náklady na licencování a nositelům práv by bylo zabráněno využívat teritorialitu jako další zdroj příjmů. Jako dobrý příklad a dobrý první krok byl uživateli zmiňován právě ECC. Uživatelé z řad „obsahových“ institucí (knihovny, muzea atd.) měli obdobný názor jako konzumenti, poukazující na vyšší míru právní jistoty, která by mohla být unifikací a překonáním teritoriality autorského práva dosažena. Na rozdíl od předchozí skupiny se ale našly i negativní hlasy, a to z důvodu popření „národního“ charakteru autorského práva. Autoři a výkonní umělci již nebyli tak názorově konzistentní. Oponenti unifikace z jejich řad nespatořovali v zavedení jednotné ochrany další přidanou hodnotu pro tuto skupinu a zmiňovali potřebu respektovat „specifickou kulturní politikou, ekonomickou situaci a právní tradice“.<sup>94</sup> Nikoliv nepřekvapivě se negativně vůči sjednocení autorského práva postavili jak tzv. „obsahoví prostředníci“ (nakladatelé, výrobce zvukových a audiovizuálních záznamů), kolektivní správci,<sup>95</sup> tak i pouze fiktivní zprostředkovatelé jako poskytovatelé služeb informační společnosti. Vyjádřili názor, že by se v konečném důsledku jednalo pouze o „harmonizaci“ výjimek, která by vedla ke snížení úrovně ochrany držitelů práv. Členské státy ve svých odpovědích konstatovaly, že tato myšlenka je předčasná a nepřináší žádná větší pozitiva. Navíc poukazyvaly na skutečnost, že kultura patří do oblasti, kde nemá EU ani vylučnou, ani sdílenou pravomoc. Zejména

<sup>90</sup> Samotný dotazník čítal 80 otázek a Komise obdržela více než 9500 odpovědí. EUROPEAN COMMISSION Directorate General Internal Market and Services. *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules* [online]. Brussels: EUROPEAN COMMISSION Directorate General Internal Market and Services, 2014, s. 3. Dostupné z: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf)>.

<sup>91</sup> Konkrétně se jednalo o otázky č. 78 a 79. Dotazník je dostupný z: *Review of the EU copyright rules – Consultations – The EU Single Market – European Commission* [online]. 2016 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm)>.

<sup>92</sup> Tento odstavec syntetizuje výsledky z EUROPEAN COMMISSION Directorate General Internal Market and Services. *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, s. 89–91.

<sup>93</sup> Zmínit lze například iniciativu Fix Copyright! In: *Fix Copyright!* [online]. 31. 12. 2016 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://www.fixcopyright.eu>>.

<sup>94</sup> EUROPEAN COMMISSION Directorate General Internal Market and Services. *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright*, s. 90. Ne nezajímavé je též i zjištění, že samotní autoři vyjádřili skepsi k normativnímu zaměření celkové úpravy autorského práva, které již není právem „autorským“, ale zřejmě spíše právem nakladatelským. Ibidem.

<sup>95</sup> Negativní postoj k zavedení jednotné právní ochrany ze strany kolektivní správci již identifikoval Hugenholtz a další v roce 2006, když konstatoval, že práva s teritoriálním charakterem jsou „denní chléb“ kolektivních správců. HUGENHOLTZ, P. Bernt et al. *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, s. 220.

akademici ve svých odpovědích pak upozorňovali na to, že další harmonizace směrnici je nedostatečná. Naopak, za vhodné považovali právě zavedení unijní ochrany. Dostatečný právní základ pro tento krok pak dle jejich názoru představuje čl. 118 SFEU. Je tedy patrné, že ani jednotlivé subjekty aktivní v systému autorského práva nesdílejí názor na jednotnou autorskoprávní ochranu na úrovni EU.

## ZÁVĚR

Jak bylo demonstrováno, po právní stránce není problém s přijetím nařízení upravujícího jednotné autorské právo – EU má dostatečné kompetence takový krok realizovat. Studie *Review of the EU copyright framework: The implementation, application and effects of the “InfoSoc” Directive (2001/29/EC) and of its related instruments – European Implementation Assessment* ukázala, že vyšší míra harmonizace autorského práva je prospěšná pro všechny zúčastněné subjekty.<sup>96</sup> Jednotné autorské právo lze považovat za *status idealis*,<sup>97</sup> který ale zůstává spíše utopickým akademickým konceptem, k jehož naplnění ve střednědobém horizontu zřejmě nebude nalezena dostatečná politická vůle.<sup>98</sup> V roce 2015 bylo ve výše uvedené studii konstatováno, že takový komplexní krok by byl nejen mimořádně náročný, ale pravděpodobně by též narazil na silný odpor ze strany členských států a vybraných zúčastněných stran.<sup>99</sup> Výše představené výsledky konzultace tato hypotetická tvrzení jen potvrzují. Schůdnějším řešením k odstranění současného nežádoucího stavu by tak mohly být jiné postupy představené ve třetí části tohoto příspěvku, tedy např. „kodifikace“, nebo dokonce „přepřerování“ (*recasting*) v podobě jednotného komplexního aktu EU, který by v sobě zahrnul všechny dosavadní směrnice, i judikatorní závěry Soudního dvora v oblasti autorského práva.<sup>100</sup> Jednalo by se tak o řešení souladné s výše prezentovaným názorem Komise, tj. vytvoření „evropského kodexu autorských práv“<sup>101</sup>, a tedy „komplexní kodifikace současných směrnic EU o autorských právech s cílem harmonizovat a konsolidovat nároky vyplývající z autorských a souvisejících práv na úrovni EU.“<sup>102</sup> Zatím poslední krok v reformě evropského autorského práva ovšem nepřispívá k naplnění této vize a možného zavedení jednotného autorského

<sup>96</sup> REYNOLDS, Stephane et al. *Review of the EU Copyright Framework the Implementation, Application and Effects of The “InfoSoc” Directive (2001/29/EC) and of Its Related Instruments: European Implementation Assessment*, s. II-224–II-274.

<sup>97</sup> Cook považuje unifikaci autorského práva za „ultimate response“ na současné problémy autorského práva. COOK, Trevor. *The Future of Copyright Protection in the European Union*, s. 182.

<sup>98</sup> K obdobnému závěru dochází i STROWEL, Alain. *Towards a European Copyright Law: Four Issues to Consider*, marg. č. 21.05.

<sup>99</sup> REYNOLDS, Stephane et al. *Review of the EU Copyright Framework the Implementation, Application and Effects of The “InfoSoc” Directive (2001/29/EC) and of Its Related Instruments: European Implementation Assessment*, s. 23.

<sup>100</sup> V roce 2010 navrhovali toto řešení LEWINSKI, Silke von – WALTER, Michel M. Status of Harmonization and Outlook. In: WALTER, Michel M. – LEWINSKI, Silke von (eds). *European Copyright Law: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2010, marg. č. 16.0.148.

<sup>101</sup> *Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů Jednotný trh práv duševního vlastnictví Podpora kreativity a inovací za účelem zajištění hospodářského růstu, vysoce kvalitních pracovních míst a prvotřídních výrobků a služeb v Evropě*, COM(2011) 0287 v konečném znění, 52011DC0287, s. 12.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

práva se vůbec nedotýká. Tzv. „reformní autorskopravní balíček“<sup>103</sup> představený Komisí na podzim roku 2016 volí cestu přijímání dalších regulatorních instrumentů, místo kodifikace či přepracování, a setkal se s poměrně ostrou kritikou, a to jak ze strany nevládních organizací,<sup>104</sup> tak i akademické obce.<sup>105</sup>

Unifikace a vytvoření jednotného autorského práva je aktuálně spíše utopií než budoucností a zůstává otázkou, jestli tímto směrem budou směřovat další snahy Komise o dosažení „modernějšího, evropského rámce pro oblast autorského práva“.<sup>106</sup> Do té doby si budeme moci užívat „luxusu“ dvaceti osmi rozdílných národních úprav autorského práva, které ale vážně brzdí kreativitu a inovace, jak tento stav popsala *cum grano salis* bývalá eurokomisařka Viviane Redingová.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> *Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o autorském právu na jednotném digitálním trhu ze dne 14. 9. 2016*, COM(2016) 593, 2016/0280 (COD). *Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se stanoví pravidla pro výkon autorského práva a práv s ním souvisejících, jež se použijí na některá online vysílání vysílacích organizací a přenosy vysílání televizních a rozhlasových pořadů ze dne 14. 9. 2016*, COM(2016) 594, 2016/0284 (COD). *Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o některých povolených způsobech užití děl a jiných předmětů chráněných na základě autorského práva a práv s ním souvisejících, z nichž budou mít prospěch osoby nevidomé, zrakově postižené či osoby s jinými poruchami čtení, a o změně směrnice 2001/29/ES o harmonizaci určitých aspektů autorského práva a práv s ním souvisejících v informační společnosti ze dne 14. 9. 2016*, COM(2016) 596. *Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o přeshraniční výměně kopií některých děl a jiných předmětů, které jsou chráněny autorským právem a právy s ním souvisejícími, v přístupném formátu mezi Unií a třetími zeměmi, z nichž budou mít prospěch osoby nevidomé, zrakově postižené či osoby s jinými poruchami čtení ze dne 14. 9. 2016*, COM(2016) 595, 2016/0279(COD).

<sup>104</sup> Kritizována je celková regresivnost „reformního balíčku“. Viz např.: C4CADMIN. EC Failed to #FixCopyright: Stop ‘RoboCopyright’ and Ancillary Copyright & Start to Focus on Users and Creators. *Fix Copyright!* [online]. 14. 9. 2016 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<http://www.fixcopyright.eu/2016/09/14/ec-failed-to-fixcopyright-stop-robocopyright-and-link-tax-start-to-focus-on-users-and-creators/>>. (Ve spodní části stránky lze nalézt odkazy na relevantní reakce nevládních organizací.)

<sup>105</sup> Kritizován je zejména čl. 13 Návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o autorském právu na jednotném digitálním trhu, který de facto zavádí poskytovatelům služeb informační společnosti, kteří ukládají velké množství autorskopravně chráněného obsahu nahrávaných jejich uživateli a zpřístupňují jej veřejnosti, povinnost tento monitorovat a identifikovat. STALLA-BOURDILLON, Sophie et al. *A Brief Exegesis of the Proposed Copyright Directive* [online]. 2016, SSRN Scholarly Paper ID 2875296 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <<https://ssrn.com/abstract=2875296>>.

<sup>106</sup> *Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě* COM(2015) 192 v konečném znění, 52015DC0192, kapitola 2.4.

<sup>107</sup> REDING, Viviane. *Bringing down walls and barriers in the digital world – priorities for the European Digital Agenda* [online]. Visby/Gotland, 9. 11. 2009, SPEECH/ 09/519 [cit. 31. 12. 2016]. Dostupné z: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-09-519\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-519_en.htm?locale=en)>.

## REGULACE VEŘEJNÉ PODPORY PROFESIONÁLNÍMU SPORTU JAKO PŘÍKLAD VYVAŽOVÁNÍ ZÁJMŮ NA PERIFERII PRÁVA EU

Pavel Hamerník\*

**Abstrakt:** *Specifika sportovního sektoru jsou výzvou pro potenciální ospravedlnění finančních podpor profesionálním sportovním klubům, které se dostávají do finančních obtíží, pokud ztratí významné sponzory či možnost výdělků z odstupného při přestupu hráčů. Obracejí se tak s prosbou o pomoc k zastupitelům a státu, aby byla zachována jejich existence či příslušnost v dané sportovní soutěži. Podpory jsou také uskutečňovány formou výhodnějšího zdanění nebo prostřednictvím obchodů s pozemky. Evropská komise na tomto poli zvýšila ostražitost teprve nedávno a tento příspěvek se zabývá alternativami, za jakých podmínek je možné z veřejných prostředků podporu profesionálním klubům poskytnout a zda vůbec je to reálné, respektive zda je nutno podporu notifikovat. Evropská komise totiž na sportovní kluby nahlíží jako na podniky. Tento příspěvek nejprve uvádí do problematiky vztahu sportu a práva EU, definuje znaky protiprávní veřejné podpory a pojem podniku. Dále pak na příkladech nizozemských a španělských podpor tamním fotbalovým klubům, které Evropská komise rozhodla v roce 2016 společně, popisuje úpravu práva EU týkající se podpor v rámci výše uvedených situací, tj. kluby jsou ve finančních obtížích nebo získají výhodu formou příznivějšího zdanění či v rámci obchodu s pozemky.*

**Klíčová slova:** *právo EU, sport, veřejné podpory, profesionální sport, Evropská komise, Nizozemsko, Španělsko*

### ÚVOD

Sport nabízí názorné otestování ekonomického práva EU, respektive svobod vnitřního trhu a současně lze prostřednictvím sportu lépe pochopit, jak skutečně funguje právo EU. Zakládací smlouvy EU zatím neumožňují harmonizaci předpisů o sportu evropským právem. Při absenci této ústavněprávní kompetence se však EU musela vypořádat se situací, kdy narůstající komercializace ve sportovním odvětví přinesla i rozkoly s evropským právem hospodářské soutěže nebo volným pohybem osob či služeb. Sport je velmi specifické odvětví, navíc i kulturně či ekonomicky speciální.<sup>1</sup> Žádnou výslovnou výjimku z aplikace pravidel vnitřního trhu v evropském právu sport nemá. EU tedy měla na výběr tři alternativy, jak tento sektor uchopit. Na jedné straně buď bude evropské ekonomické právo aplikováno na sport stejně jako na ostatní sektory, nebo bude přihlížet k jeho specifickým odlišným od běžných průmyslových odvětví. Případně EU sport úplně odsune mimo svůj zájem a umožní tím existenci praktik s hospodářským účinkem, které mohou narušovat cíle fungujícího vnitřního trhu EU.<sup>2</sup> Zdá se, že zvítězila střední cesta – aplikovat právo EU na sport s respektem k jeho originalitě. Typickým příkladem se stal judikát Soudního dvora EU (dále jen SDEU) *Bosman*,<sup>3</sup> kterým evropské právo výrazně vstoupilo

\* JUDr. Pavel Hamerník, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. Článek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122. E-mail: hamernik@ilaw.cas.cz.

<sup>1</sup> Viz WEATHERILL, S. *Sport as Culture in EC Law*. In: WEATHERILL, S. *European Sports Law. Collected Papers*. T. M. C. Asser Press, 2007, s. 215 an.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> C-415/93 *Bosman* ECLI:EU:C:1995:463.

do autonomie sportu, ovšem s respektem k jeho zvláštnostem.<sup>4</sup> *Bosman* se dokonce stal jedním z nejcitovanějších precedentů v judikatuře SDEU!<sup>5</sup> Zřejmě je to tím, že je napsán srozumitelně, a tak se stal vzorovým judikátem pro situace, kdy je třeba rozhodovat mezi svobodami vnitřního trhu unie (tzn. jde o volný pohyb osob, služeb, zboží či fungující hospodářskou soutěž) a ospravedlněním překážek, které tento trh mohou potenciálně narušit (přestože přímo nediskriminují dle původu či občanství), zejména pokud není řešená problematika psaným právem EU dostatečně upravena (což je také případ sportu, jak bylo zmíněno).<sup>6</sup> Jde o soudní kreativitu, která je typická pro styl SDEU, když rozhoduje hlavně o účinku potenciálních překážek ohrožujících vnitřní trh EU, bez ohledu na formu opatření, které v daném případě řeší. Nutno však přiznat, že mnohdy SDEU balancuje mezi různými zájmy za cenu nejasných a velmi obecných kontur horizontů dosahu evropského práva.<sup>7</sup> Cynik by do jisté míry dodal, že SDEU stejně rozhoduje v takovýchto případech dle instinktu a vždy dojde ke stejnému výsledku bez ohledu na právní nástroje, které si k tomu vybral.<sup>8</sup> Právě výše uvedený styl SDEU lze také vypozařovat ve vztahu ke sportu u Evropské komise, která je strážkyní práva hospodářské soutěže EU.<sup>9</sup> Evropská komise má exkluzivní dozor nad zde řešenými veřejnými podporami a užívá judikát *Bosman* jako štít při vstupu do sportovního sektoru. Evropská komise také úplně neignoruje specifika sportu. Podobně jako SDEU v kauze *Bosman* balancuje mezi zájmy tržní integrace a pozicí příjemce podpor dle práva EU „*při absenci specifických návodů (guidelines) k aplikaci úpravy veřejných podpor směrem ke komerčním sportovním aktivitám*“.<sup>10</sup> Při vyšetřování podpor má ovšem Evropská komise bezprecedentně

<sup>4</sup> V případě *Bosman* se jednalo o překážky odstupného při změně klubů hráčů s končícím profesionálním kontraktem či omezení počtu cizinců v jednom týmu, kteří mohou nastoupit k soutěžnímu utkání. Tato opatření disponovala podle SDEU nepřímo či incidentně potenciálním negativním účinkem na cíl tržní integrace, respektive zamezovala zahraničním profesionálním hráčům přístup na pracovní trh. SDEU nicméně v odst. 106 skutečně uznal specifika a cíle napadaných opatření fotbalového sektoru takto: „*Z pohledu značné sociální důležitosti sportovních aktivit a zejména fotbalu v EU, cíl udržení rovnováhy mezi kluby zajištěním určitého stupně rovnosti a nejistoty sportovního výsledku a podpory k náboru a trénování mladých hráčů musí být akceptován jako legitimní*“. Pokud by odsouzená pravidla nepřiměřeně nezasahovala do svobod profesionálních sportovců, určitě by bylo možné obhájit je ve veřejném zájmu s ohledem na výše uvedený odst. 106. Prostřednictvím kauzy *Bosman* tedy nakonec došlo k odbourání zmíněných překážek volnému pohybu profesionálních sportovců mezi kluby z různých členských států EU (nikoliv při vnitrostátních přestupech).

<sup>5</sup> Viz např. DERLÉN, M. – LINDHOLM, J. Goodbye van Gend en Loos, hello Bosman? Using network analysis to measure the importance of individual CJEU judgements. *European Law Journal*. 2014, Vol. 20 (5), s. 667–687.

<sup>6</sup> Viz DERLÉN, M. – LINDHOLM, J. *Bosman: A Legacy Beyond Sports*. In: DUVAL, A. – VAN ROMPUY, B. (eds). *The Legacy of Bosman, Revisiting the Relationship between EU Law and Sport*. Den Haag: Springer, 2016, s. 32–48.

<sup>7</sup> SDEU cestou tzv. negativní harmonizace hodnotí, zda účinky na trh mezi členskými státy nepřiměřeně zasahují do svobod garantovaných evropským právem, viz VAN DEN BOGAERT, S. v příspěvku *Bosman: The Genesis of European Sports Law*. In: MADURO, M. P. – AZOULAI, L. (eds). *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2010, s. 493. K detailnímu vývoji vztahu sportu a evropského práva v judikatuře SDEU viz HAMERNÍK, P. *Sportovní právo s mezinárodním prvkem*. Praha: Auditorium, 2006.

<sup>8</sup> ROSAS, A. *Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution*. In: MADURO, M. P. – AZOULAI, L. (eds). *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, s. 444.

<sup>9</sup> Viz WEATHERILL, S. Helsinki Report on Sport 1999. In: WEATHERILL, S. *European Sports Law. Collected Papers*. T. M. C. Asser Press, 2007, s. 143 an.

<sup>10</sup> SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN), odst. 27. Ke sportovním specifikám Komise přihlíží ve světle čl. 165 SFEU, kde je nově zakotvena role sportu v EU. Ovšem zřejmě až judikatura SDEU bude moci nastavit skutečný význam

velmi širokou diskreci a její praxe se proto může stát ještě více nepředvídatelnou a ne-transparentní než soudní judikatura.<sup>11</sup> Zdá se zatím býti nemožné teoreticky definovat či zobecnit určité výstupy Evropské komise v této oblasti a napomoci tak určité právní jistotě, protože je evidentní, že Evropská komise při absenci legislativy v otázce veřejných podpor ve sportu teprve hledá zkušenosti.<sup>12</sup> Konkrétních případů stále není tolik, aby šlo precedenční praxi využít při tvorbě psaného práva, které Evropská komise u veřejných podpor běžně vytváří směrem k jiným odvětvím. Jde tedy zatím o jedinečné skládání mozaiky faktů a ekonomických údajů či analýz při hledání legality veřejných podpor, respektive jak uvádí sama Komise, každý případ je nutno řešit na základě jeho individuální skutkové podstaty.<sup>13</sup> V tomto článku se proto můžeme setkat detailně s kauzami, které byly završeny rozhodnutími, která Evropská komise publikovala ve stejný den s úplně opačnými výsledky: ekonomickou krizí zasažené Španělsko neuspělo před Evropskou komisí s obhajobou udělení podpor vybraným španělským profesionálním klubům na jedné straně a současně Nizozemsku byly dodatečně schváleny podpory některým profesionálním fotbalovým klubům.<sup>14</sup> Snad určité zobecnění lze hledat pouze v systému, kdy veřejné podpory je třeba vnímat jako součást mozaiky primárního práva EU potírající překážky narušující vnitřní trh EU s možností případných ospravedlnění, pokud již k porušení práva EU dojde. Proto zde byl připomenut jako inspirace „balancující“ judikát *Bosman* typický pro styl evropského ekonomického práva.<sup>15</sup> Se zmíněnou kauzou *Bosman* byla také spojena politická hra a snaha o ovlivnění výsledku soudního řízení.<sup>16</sup> Stejně je tomu bohužel i u veřejných podpor.<sup>17</sup> Lze se tedy domnívat, že rozho-

---

tohoto nepřilíhí konkrétního ustanovení. Čl. 165 SFEU stále navíc spadá jen pod doplňující pravomoci EU, nejde o harmonizaci sportu evropským právem, viz CRAIG, P. *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance. European Law Review*. 2008, Vol. 33, April, s. 147.

<sup>11</sup> Viz WEATHERILL, S. – BEAUMONT, P. *EU Law*. 2nd ed. Penguin Books, s. 1021.

<sup>12</sup> VAN ROMPUY, B. – VAN MAREN, O. *EU Control of State Aid to Professional Sport: Why Now?* In: DUVAL, A. – VAN ROMPUY, B. (eds). *The Legacy of Bosman*, s. 161.

<sup>13</sup> SA.41612, odst. 29. Literatura také varuje před podceněním konkrétních detailů, které odlišují jednotlivé případy v právu EU, viz ROSAS, A. *Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution*, s. 435.

<sup>14</sup> Viz tiskové zprávy Evropské komise *State aid: Commission clears support measures for certain football clubs in the Netherlands*. 4. 7. 2016. Dostupné z: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2402\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2402_en.htm)>; *State aid: Commission decides Spanish professional football clubs have to pay back incompatible aid*. 4. 7. 2016. Dostupné z: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2401\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2401_en.htm)>. Tyto veřejné podpory nebyly Španělskem ani Nizozemskem původně Evropské komisí vůbec oznámeny (notifikovány), což je dle čl. 108 (3) SFEU povinné, kromě níže uvedené výjimky *de minimis* či blokové výjimky.

<sup>15</sup> Ačkoliv ospravedlňování překážek vůči různým svobodám vnitřního trhu společným kritériem asi úplně nejde a tedy ospravedlňování porušení pravidel hospodářské soutěže, volného pohybu zboží, služeb či osob musí být hodnoceno oddělenými kritérii, ale určitá koordinace přístupu k těmto svobodám však snad možná je, viz ROSAS, A. *Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution*, s. 444. SDEU tak opravdu v případě *Bosman* o volném pohybu osob rozhodoval určitou formou tzv. pravidla rozumu, které založil již v předchozí judikatuře o volném pohybu zboží v kauze *Dassonville* (tuto paralelu *Dassonville*–*Bosman* popisuje též publikace WOODS, L. – WATSON, P. *Steiner and Woods EU Law*. 11th ed. Oxford University Press, 2012, s. 493). Možná právě pravidlo rozumu by se nejvíce hodilo pro vyhodnocování veřejných podpor ve sportu, jak bude patrné z praxe Evropské komise níže.

<sup>16</sup> Vzpomínky Generálního advokáta ve věci *Bosman* Carla Otto Lenze v úvodu k publikaci DUVAL, A. – VAN ROMPUY, B. (eds). *The Legacy of Bosman*, s. vii–ix.

<sup>17</sup> Viz *State Aid and European football clubs? Summary of recommendation by the European Ombudsman following a complaint against the EU Commission*. Jde o kritiku Evropského ombudsmana směřem k několikaleté nečinnosti Evropské komise v dané věci, která je dostupná na oficiálních stránkách úřadu ombudsmana, viz <<https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/52874/html.bookmark>>.



dovací praxe a okolnosti vyšetřování v oblasti veřejných podpor směrem ke sportu se mohou opět stát, stejně jako případ *Bosman*, vizitkou fungování evropského práva vůči menším či specifickým sektorům. Díky kauze *Bosman* se běžná populace také více dozvěděla o svobodách evropského práva, protože byla mediálně hodně sledovaná. Momentálně se do sítě Evropské komise zapletl i slavný Real Madrid, který se chystá soudně bránit proti jejímu závěru udělení nedovolené podpory, stejně tak např. fotbalový klub Valencia.<sup>18</sup> Také tyto případy budou poutat pozornost. Tento článek se tedy zaměří na hledání hranic akceptovatelné veřejné podpory sportovními profesionálními klubům z veřejných prostředků ve světle práva EU. Současně má za cíl tímto doplnit další část celkové mozaiky vztahu sportu a práva EU, o kterém již bylo na stránkách tohoto časopisu autorem pojednáno v oblasti volného pohybu osob a služeb či práva hospodářské soutěže, avšak problematika veřejných podpor zatím v tomto zpracování chyběla.<sup>19</sup> V neposlední řadě jde i o zajímavý příklad, kdy do smluvních vztahů razantně vstoupí právo EU, když je třeba následně vrátit státu podpory vzniklé různou formou (instrumenty o narovnání ve smluvních vztazích, kde jednou ze stran je veřejný orgán, majetkové operace zahrnující pozemky, snižování nájmu nebo garance úvěrů apod).

## 1. ZNAKY PROTIPRÁVNÍ VEŘEJNÉ PODPORY

Dle čl. 107 odst. 1 Smlouvy o fungování EU (dále jen SFEU) spadají pod tuto úpravu podpory 1) poskytované v jakékoli formě státem nebo z veřejných prostředků, včetně podpor od územní samosprávy, 2) narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž, 3) zvýhodňují selektivně určité podniky nebo určitá odvětví výroby, 4) ovlivňují obchod mezi členskými státy. Tyto podmínky podpory dle čl. 107 odst. 1 SFEU musí existovat kumulativně.<sup>20</sup> Takové podpory jsou tedy neslučitelné s vnitřním trhem EU. Profesionální kluby a radnice se často brání tím, že kluby mají velký význam mimo jiné také pro rekreaci, sport, kulturu, jsou přínosem pro ekonomiku a hrají důležitou sociální roli, respektive že v jejich případě jde obecně o legitimní podporu veřejných záležitostí.<sup>21</sup> Podpory z veřejných prostředků lze skutečně ospravedlnit, respektive samotná SFEU takovou alternativu umožňuje, jak bude patrné níže. Nicméně musí být splněna řada podmínek před samotným udělením podpory. Nyní se zaměříme na některá specifika týkající se zde uvedených znaků veřejné podpory směrem k profesionálním klubům.

<sup>18</sup> Viz <<http://www.realmadrid.com/en/news/2016/07/official-communication>>. Soudní žaloba byla v době odevzdání tohoto příspěvku registrována u Tribunálu pod č. T-791/16 *Real Madrid Club de Fútbol v Commission*. V případě Valencia je kauza u Tribunálu zatím zaregistrována pod označením T-732/16 *Valencia Club de Fútbol v Commission*.

<sup>19</sup> Viz HAMERNÍK, P. Vývoj regulace sportu v právu ES. *Právník*. 2004, roč. 143, č. 4, s. 383–400, nebo HAMERNÍK, P. Jaká je míra tolerance práva EU vůči sportovním asociacím? *Právník*. 2011, roč. 150, č. 5, s. 482–498.

<sup>20</sup> SA.41613, odst. 34.

<sup>21</sup> OLFERS, M. *State aid to Professional Football Clubs: Legitimate Support?* In: GARDINER, S. – PARRISH, R. – SIEKMANN, R. (eds). *EU, Sport, Law and Policy*. Den Haag: T. M. C. Asser Press, 2009, s. 300. M. Olfers dodává, že politici jsou stejně tak pod vlivem (*saddled*) nekompetentních sportovních manažerů, kteří kluby do situace v obtížích dovedou. Také autoři ROSS, S. – SZYMANSKI, S. v publikaci *Fans of the World Unite! A Capitalist Manifesto for Sports Consumers*. Stanford CA: Stanford University Press, 2008, s. 53, si všímají politického vlivu vlastníků klubů při získávání podpor ze soukromých i veřejných zdrojů (*public subsidies are given to keep ailing teams afloat*).

## 1.1 Profesionální klub jako podnik působící na trhu EU

Sportovní kluby jsou podniky ve světle judikatury SDEU<sup>22</sup> a spadají tak do úpravy veřejných podpor dle SFEU. Toto platí bez ohledu na právní formu a způsob financování, protože i subjekty, které nebyly založeny za účelem generování zisku, jsou považovány za podniky.<sup>23</sup> Mohou totiž soutěžit mezi sebou při získávání nových prostředků pro výkon činnosti.<sup>24</sup> Řadu nizozemských a španělských klubů v kauzách níže řešených vlastnily nadace.<sup>25</sup> Real Madrid se také považuje za organizaci, která není typickou obchodní společností za účelem generování zisku, přesto jde o podnik.<sup>26</sup>

## 1.2 Ovlivní veřejná podpora udělená klubům obchod mezi členskými státy?

V případě profesionálních klubů, které se neúčastní nadnárodních sportovních soutěží, je celkem diskutabilní, zda podpory směřující do těchto klubů vůbec splňují znak protiprávní veřejné podpory tím, že by udělení podpor mělo mít vliv na obchod mezi členskými státy EU. Však se také Nizozemsko i Španělsko pokoušelo Evropské komisi vysvětlit, že kluby, které nehrají nejvyšší soutěž, a tudíž ani nadnárodní evropské ligy, těžko mohou mít vliv na obchod mezi členskými státy. Evropská komise však tvrdohlavě ve svých verdiktech stále opakujícím se šablonovým textem v níže řešených nizozemských i španělských kauzách trvá na tom, že veřejnou podporou může dojít k upevnění pozice klubů na několika trzích v EU.<sup>27</sup> Dle Evropské komise se nejedná pouze o účast ve sportovních soutěžích. Kluby jsou soutěžiteli na trhu s hráči, při přístupu k lepší propagaci klubu, sponzoringu či k mediálním právům. K potenciálnímu vlivu na trhu v EU tedy může podle Evropské komise dojít bez ohledu na to, že se momentálně daný klub neúčastní žádné z nadnárodních soutěží.<sup>28</sup> Díky selektivně získané podpoře se klub může ocitnout v daleko lepší pozici na úkor ostatních soutěžitelů, jak argumentovala Evropská komise v následujících kauzách.

<sup>22</sup> C-325/08 *Olympique Lyonnais* ECLI:EU:C:2010:143, odst. 27 a 28; C-519/04 P *Meca-Medina and Majcen v Commission* ECLI:EU:C:2006:492, odst. 22; C-415/93 *Bosman* ECLI:EU:C:1995:463, odst. 73.

<sup>23</sup> Viz MIETINEN, S. Policing the Boundaries between Regulation and Commercial Exploitation: Lessons from the MOTOE case. *International Sports Law Journal*. 2008, No. 3–4, s. 13.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Např. *Fundación Valencia Club de Fútbol, Stichting Beheer Betaald Voetbalorganisatie Willem II Tilburg* a další.

<sup>26</sup> Viz odst. 23, SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN), respektive též odkaz v odst. 8 na odpovídající španělskou úpravu.

<sup>27</sup> Respektive může pro zahraniční spotřebitele úplně neznámý klub ovlivnit obchod mezi členskými státy? Viz sice starší, ale výstižná reakce rozčilujícího se Jiřího Holíka směrem ke správci stadionu Jokeritu Helsinky, který nedovolil, aby si českoslovenští hokejisté mohli ponechat hokejovou výstroj v šatně Jokeritu: „*Jaký Jokerit? Kdo to je? Ukažte mi ho! My jsme národní mančafť, rozumíte? Reprezentujeme celou zem. Váš Jokerit nikdo nezná.*“ In: MARTINEC, V. – JASANSKÝ, M. *Můj život s hokejkou*. Hradec Králové: Kruh, 1983, s. 97.

<sup>28</sup> Např. SA.41613 – 2015/C [ex SA.33584 – 2013/C (ex 2011/NN)], odst. 37 a tam uvedené odkazy na další rozhodovací činnost Evropské komise. Přesvědčivější je argumentace Evropské komise o vlivu na obchod mezi členskými státy v kauze Realu Madrid, který získal kompenzaci za neuskutečněný převod pozemků od madridské radnice údajně v rozporu s úpravou o veřejných podporách. Zde jde o velkoklub, který má obchodní potenciál na trhu EU, viz SA.33754, odst. 85. Evropská komise dokonce zmínila možný dopad podpory na trh stavebnictví, když měl Real Madrid v úmyslu rekonstruovat část stadionu. O tomto případu viz níže.

### 1.3 Kontroverze týkající se selektivity podpor

Češi jsou vynalézaví.<sup>29</sup> Avšak způsob pomoci profesionálním fotbalovým klubům v Nizozemsku a Španělsku přinesl také značnou kreativitu.<sup>30</sup> Evropská Komise měla ve všech zde uvedených příkladech za to, že výhoda podpory byla selektivní jen pro jeden podnik či skupinu podniků v teritoriu daného členského státu, respektive oproti těm, které jsou ve srovnatelné pozici třeba v dalších sportech. Současně dle Evropské komise jde o podporu, kterou by klub nezískal při běžných podmínkách tržní ekonomiky a která je pro klub výhodnější než při běžné situaci na trhu. Jinými slovy, hlavním měřítkem Komise je test, zda by takto jednal pomyslný soukromý investor na trhu, pokud by byl v pozici města.<sup>31</sup>

### 1.4 Veřejné podpory nizozemským fotbalovým klubům ve finančních obtížích

Nizozemsko muselo obhajovat před Evropskou komisí různé formy podpor profesionálnímu fotbalu ze strany nizozemských měst.<sup>32</sup> Zda nakonec byla podpora nizozemským klubům ospravedlněna, o tom viz níže ve světle možných ospravedlnění podpor. Společným jmenovatelem argumentů představitelů měst se stal názor, že pokud by podpory na záchranu klubů nebyly vynaloženy, došlo by pro městské rozpočty k daleko větším ztrátám při nedobytnosti jejich pohledávek, když se kluby ocitly na hranici bankrotu (např. opuštěné stadiony by při ztrátě nájemce musely být nákladně zbourány, přestavěny nebo města neměla dostatečně silnou pozici věřitelů v případném insolvenčním řízení apod.). Radnice se tak obhajovaly, že se chovaly jako rozumný tržní investor s odkazem na řadu externích analýz auditorských společností. Formy podpor byly různorodé. Například klub NEC Nijmegen<sup>33</sup> působil na stadionu, který v roce 2003 prodal městu Nijmegen. Vedle stadionu město vybudovalo tréninkový komplex De Endracht, který klub užíval na základě nájemní smlouvy. Dle tohoto dokumentu o nájmu pak klub později tvrdil, že má přednostní právo na zakoupení střediska De Endracht. Když se klub ocitl v existenčních potížích, chtěl využít situace tím, že se předkupního nároku rád vzdá výměnou za vyrovnávací platbu od města Nijmegen, která spočívala v rozdílu mezi účetní hodnotou sportovního areálu a skutečnou hodnotou na základě externí expertízy.<sup>34</sup> Klub nakonec tímto způsobem od města získal v roce 2010 celkem 2,22 milionu eur.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> REJTHAR, S. *Dobří vojáci padli...* 3. doplněné vydání. Volvox Globator, 2011, s. 82.

<sup>30</sup> Marianne Olfers smířeně dodává, že stejné podpory klubům existují nejen v Nizozemsku, ale také jinde v Evropě a v USA, viz OLFERS, M. *State aid to Professional Football Clubs*, s. 299.

<sup>31</sup> Ke kritériu soukromého investora viz C – 73/11 P *Frucona Košice v Commission* ECLI:EU:C:2013:32, odst. 71.

<sup>32</sup> Evropská komise zahájila vyšetřování předběžným rozhodnutím o veřejných podporách z let 2008–2010 vůči všem zde uvedeným klubům z Nizozemska společně, viz SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN), OJ C 116, 23. 4. 2013, 19. Následně Komise rozhodovala o každé z těchto podpor odděleně po výzvě k předložení relevantních informací subjektům, kterých se případ týká. K oddělení případů došlo ve světle napadání postupu Komise v kauze T-370/13 *Gemeente Eindhoven v Commission*.

<sup>33</sup> Tuto kauzu Komise rozhodovala pod označením SA.41617.

<sup>34</sup> Právo koupě nemovitosti ve světle nizozemského civilního práva *optstalrecht*, respektive *ius superficarium*.

<sup>35</sup> NEC Nijmegen funguje jako podnik společností *Nijmegen Endracht Combinatie B.V.*, *Exploitatie-Maatschappij De Goffert B.V.* a *NEC Horeca B.V.*, které jsou vlastněné nadací *Stichting Administratiekantoor NEC*. Druhý jmenovaný subjekt je příjemcem zde řešené podpory. V době udělení podpory klub působil v nejvyšší nizozemské fotbalové soutěži a evropské poháry (Pohár UEFA) hrál v daném období naposledy v sezóně 2008/09.

Další nizozemský klub, Willem II. Tilburg,<sup>36</sup> se také ocitl ve finančních obtížích a město Tilburg mu tedy snížilo v roce 2010 výši nájmu zpětně až do roku 2004. Město se mimo jiné obávalo, že ztrátou nájemce by muselo dojít k nákladné demolici stadionu (který od klubu město v minulosti odkoupilo). Snížením nájmu tak celkově od města klub získal 2,4 milionu eur.<sup>37</sup> Stejně tak se do finančních problémů dostal klub MVV Maastricht,<sup>38</sup> na jehož záchranu před insolvenčním řízením vznikla iniciativa ze spektra fanoušků, obchodních společností a sponzorů, ke které se přidalo i město Maastricht.<sup>39</sup> To se vzdalo svého nároku na 1,7 milionu eur a současně zakoupilo stadion klubu (nicméně s možností jeho užívání dalšími subjekty). Dalším hříšníkem z pohledu Evropské Komise bylo město Eindhoven, které odkoupilo pozemky od klubu PSV Eindhoven<sup>40</sup> v době jeho finančních problémů a tyto pozemky mu pak pronajímalo (*erfpakt*), a to na dobu až 40 let (město si vzalo úvěr na koupi pozemků klubu a splácelo jej z obdrženého nájemného).<sup>41</sup> Další kauzou byla podpora od města 's-Hertogenbosch jako hlavního věřitele fotbalového klubu FC Den Bosch,<sup>42</sup> který dlužil městu a jeho městské investiční společnosti *Bossche Investeringsmaatschappij* částku přesahující 2 miliony eur.<sup>43</sup> Radnice své pohledávky vůči klubu prodala symbolicky za jedno Euro organizovaným fanouškům klubu, kteří tak následně dle plánu transakce přetavili svůj podíl do 60procentní účasti na nově vzniklé vlastnické struktuře klubu, jehož akcionářem se stala také nadace *Met Heel Mijn Hart*, která nahradila účast města v klubu. Město 's-Hertogenbosch také zakoupilo tréninkové a mládežnické centrum klubu a argumentovalo současně tím, že by v případě insolvenčního řízení nezískalo stejně vůbec nic.<sup>44</sup>

## 1.5 Veřejné podpory španělským fotbalovým klubům ve finančních obtížích

Veřejná finanční instituce *Instituto Valenciano de Finanzas* (dále jen IVF) poskytla garanci na úvěr pro *La Fundación del Valencia Club de Fútbol* (dále jen nadace Valencia), která byla založena fotbalovým klubem Valencia CF.<sup>45</sup> Nadace Valencia je subjektem,

<sup>36</sup> Tuto kauzu Komise rozhodovala pod označením SA.40168.

<sup>37</sup> Willem II Tilburg funguje jako podnik Willem II Tilburg B. V., příjemce zde řešené podpory, jehož vlastníkem je nadace *Stichting Beheer Betaald Voetbalorganisatie Willem II Tilburg*. Dále existuje oddělené sdružení *Vereniging Willem II*. Klub sestoupil z nejvyšší soutěže v sezóně 2010/11, kam se vrátil v roce 2012. V roce 2013 znovu sestoupil a vrátil se do nejvyšší soutěže v roce 2014. Pohár UEFA hrál v sezóně 2005/06.

<sup>38</sup> Tuto kauzu Komise rozhodovala pod označením SA.41612.

<sup>39</sup> Klub fungoval jako nadace *Stichting MVV*. V roce 2000 sestoupil z nejvyšší soutěže. Evropské poháry nehrál od roku 1970.

<sup>40</sup> Tuto kauzu Komise rozhodovala pod označením SA.41613.

<sup>41</sup> Klub fungoval jako společnost s ručením omezeným. Majoritním vlastníkem byla nadace *PSV Fotbal* a dalším společníkem *Eindhoven Football Club PSV*. Jde o pravidelného účastníka nejvyšší soutěže a v sezóně 1987/88 vyhrál tehdejší Evropský pohár, respektive pohár UEFA v sezóně 1977/78.

<sup>42</sup> Tuto kauzu Komise rozhodovala pod označením SA.41614.

<sup>43</sup> Klub sestoupil z nejvyšší soutěže v sezóně 2004/05 a nehrál evropské poháry.

<sup>44</sup> Jediným, kdo unikl finální fázi vyšetřování Evropské komise ve věci udělení veřejné podpory, bylo město Arnhem, které odpustilo fotbalovému klubu Vitesse část dluhu, když po deseti letech dovršil ztrátu 27,4 milionu eur. Klub se ocitl v řízení dle nizozemského práva zvaném *Voorlopige surséance van betaling*, dočasně omezujícím nakládání s jeho finančními prostředky. Arnhem musel vymáhat dluh od soudem jmenovaných správců klubu (*bewindvoerders*). Pozice města byla natolik slabá, že jiné cesty mu nezbývalo ve světle právní úpravy *Faillissementswet 1893*, kde šlo hlavně o restrukturalizaci a docílení hospodárnějšího fungování daného klubu a možnosti pokračovat v jeho činnosti. Za tím účelem mělo dojít k dohodě s věřiteli na podobě záchranného plánu.

který má hlavní náplň činnosti zachovat a šířit aspekty sportovní, kulturní a sociální ve vztahu ke klubu Valencia CF a udržovat vztah mezi fanoušky a klubem, což zahrnuje mimo jiné také péči o mládežnický, ženský a amatérský fotbal. Nicméně zdá se, že nadace byla založena také hlavně pro zakoupení akcií klubu. Jde totiž o hlavního akcionáře klubu Valencia CF, jehož vedoucí činovníci byli zastoupeni v obou subjektech.<sup>46</sup> Účelem zmíněného úvěru bylo tedy zakoupení akcií fotbalového klubu Valencia CF (který je momentálně třetím nejúspěšnějším španělským klubem za Realem Madrid a FC Barcelona)<sup>47</sup> v rámci navýšení základního kapitálu tohoto klubu (tj. 29,4 milionu eur pro vydání 1 922 250 nových akcií; celkový počet akcií by tak dosáhl 2 114 475 akcií). Nadace Valencia by získala 70,6 procent akcií.<sup>48</sup> Později byly tyto garance navýšeny.<sup>49</sup> Klub se ocitl v obtížích, když se jeho dluh vyšplhal až na částku 596 milionů eur a výše uvedeným způsobem se pokoušel danou situaci řešit získáním dalších prostředků pro plánovaný projekt budování nového stadionu. Podobným způsobem byly realizovány garance ve prospěch nadací fotbalových klubů Hecules CF (klub hrající nižší soutěže, mj. *Segunda División, Segunda División B*, působící na stadionu pro 30 000 diváků)<sup>50</sup> a Elche CF, ačkoliv šlo o profesionální klub, působící v nižší soutěži druhé ligy na stadionu pro 38 750 diváků.<sup>51</sup>

## 2. JE VEŘEJNÁ PODPORA VE PROSPĚCH PROFESIONÁLNÍCH KLUBŮ OSPRAVEDLNITELNÁ?

Dle Evropské komise není pro profesionální sportovní kluby možné ospravedlnění dle čl. 107 odst. 2 SFEU, stejně tak je nevhodný čl. 107 odst. 3 písm. a), b) a d) SFEU.<sup>52</sup> K obhajobě poskytování podpory státem či samosprávou směrem ke sportu je podle Evropské komise nejvhodnější čl. 107 (3) písm. c) SFEU.<sup>53</sup> Podle tohoto ustanovení má Evropská komise pravomoc povolit „podpory, které mají usnadnit rozvoj určitých hospodářských činností nebo hospodářských oblastí, pokud nemění podmínky obchodu v takové míře, jež by byla v rozporu se společným zájmem“. To znamená obecně pro situace klubů ve finančních obtížích, že podpora se snaží nejen napravit tržní selhání, ale též třeba i zabránit vzniku sociálních problémů, a to díky obnovení dlouhodobé životaschopnosti podniku (zejména ve světle níže v tomto příspěvku řešených Pokynů Evropské komise

<sup>45</sup> V případě nesplacení úvěru by tedy muselo plnit Valencijské společenství, konkrétně *Consell de la Generalitat de la Comunitat Autònoma de Valencia*. Tuto kauzu vyšetřovala Evropská komise pod označením SA.36387.

<sup>46</sup> Viz odst. 16, SA.36387.

<sup>47</sup> Klub působí na stadionu pro 55 tisíc diváků zahrnujících 50 tisíc držitelů permanentek a dalších 20 tisíc čekatelů, kteří chtějí permanentku získat (viz finanční data, odst. 14–15, SA.36387).

<sup>48</sup> Detaily úroků či způsob a doba splácení úvěru viz odst. 8, SA.36387.

<sup>49</sup> Odst. 12–13, SA.36387.

<sup>50</sup> Ovšem zde nadace klubu Hercules CF úvěr nesplátila a tak musela IVF plnit namísto nadace a z pozice věřitele ji zažalovala (detaily úroků či způsob a doba splácení úvěru viz odst. 9–10, SA.36387). Nadace *Hercules de Alicante* má také jako předmět činnosti nevýdělečné aktivity spojené s fotbalem ve vztahu ke klubu. Je také jeho většinovým vlastníkem a vedoucí činovníci klubu byli zastoupeni v obou subjektech, jde tedy o stejný scénář jako v případě Valencie. V roce 2012 se Hercules FC ocitl v insolvenčním řízení a věřitelé souhlasili se snížením výše jejich nároků vůči klubu.

<sup>51</sup> Viz SA.36387.

<sup>52</sup> SA.40168, odst. 41 nebo také např. Předběžné rozhodnutí Komise ze dne 6. 3. 2013 o zahájení vyšetřování podpory nizozemským profesionálním fotbalovým klubům z let 2008–2001, SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN), odst. 70–71.

<sup>53</sup> Ibidem, odst. 72.

pro státní podporu na záchranu a restrukturalizaci nefinančních podniků v obtížích<sup>54</sup>). Na druhou stranu existují druhy podpor, které jsou legální od počátku ve světle úpravy *De minimis*<sup>55</sup> či Nařízení o blokových výjimkách,<sup>56</sup> ovšem za předpokladu, že splní náležitosti v těchto předpisech uvedené.<sup>57</sup> Které z těchto alternativ mají veřejné instituce zvolit pro podporu profesionálního sportu, řeší následující pasáže tohoto příspěvku.

## 2.1 Ospravedlnění dle čl. 107 odst. 3 písm. c) SFEU

Pro vyhodnocení, zda veřejné podpory jsou protiprávní, vypracovala Evropská komise pro čl. 107 odst. 3 písm. c.) SFEU řadu upřesňujících nařízení, pokynů či jiných předpisů, které se týkají forem podpor konkrétních sektorů.<sup>58</sup> Současně Evropská komise uvedla, že pokud jsou sportovní kluby ve finančních a existenčních problémech, je vhodné aplikovat při rozhodování o legalitě podpory Sdělení Komise 2014/C 249/01 – Pokyny pro státní podporu na záchranu a restrukturalizaci nefinančních podniků v obtížích (dále jen „Pokyny 2014“).<sup>59</sup> Jedná se o podniky, které v krátkodobém či střednědobém výhledu budou bez zásahu státu téměř s jistotou odsouzené k ukončení činnosti.<sup>60</sup> Tak tomu nakonec bylo v případě podpor udělených výše uvedeným nizozemským a španělským fotbalovým klubům s milionovými dluhy, kde Evropská komise nicméně ještě aplikovala předchozí verzi Pokynů z roku 2004 (dále jen „Pokyny 2004“),<sup>61</sup> jelikož předmětné jednání úřadů spadalo zpětně až do období od sezóny 2008–2009. Verze Pokynů z roku 2004 stojí na stejných tezích jako Pokyny 2014, ale přeci jen jejich verze ze zmíněného roku 2014 nabízí i některé nové alternativy podpor, na které při řešení nizozemských či španělských kauz nedošlo a o kterých bude s ohledem na aktuálnost řešení této problematiky také pojednáno.<sup>62</sup>

## 2.2 Pokyny pro státní podporu na záchranu a restrukturalizaci nefinančních podniků v obtížích a druhy podpor

Pokyny 2014 definují v aktuální verzi z roku 2014 tři druhy podpor. První z nich, Podporu na záchranu, zahrnovala i předcházející verze Pokynů 2004. Tato podpora poskytuje bezodkladnou a dočasnou pomoc podniku v obtížích a umožní mu udržet se na trhu

<sup>54</sup> Sdělení Komise 2014/C 249/01 – Pokyny pro státní podporu na záchranu a restrukturalizaci nefinančních podniků v obtížích, body 43–44.

<sup>55</sup> Nařízení Komise č. 1407/2013 ze dne 18. prosince 2013 o použití článků 107 a 108 Smlouvy o fungování Evropské unie na podporu *de minimis*.

<sup>56</sup> Nařízení Komise (EU) č. 651/2014 ze dne 17. června 2014, kterým se v souladu s články 107 a 108 Smlouvy prohlašují určité kategorie podpory za slučitelné s vnitřním trhem.

<sup>57</sup> Viz QUIGLEY, C. *European State Aid Law and Policy*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 3<sup>rd</sup> edition, 2015, s. 516.

<sup>58</sup> Předběžné rozhodnutí Komise ze dne 6. 3. 2013 o zahájení vyšetřování podpory nizozemským profesionálním fotbalovým klubům z let 2008–2001, SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN), odst. 74.

<sup>59</sup> SA.33584, odst. 74.

<sup>60</sup> Bod 20, písm. a)–d) Pokynů 2014, např. v případě společnosti s ručením omezeným, kde v důsledku kumulace ztrát došlo ke ztrátě více než poloviny upsaného základního kapitálu, nebo pokud u společnosti, v níž alespoň někteří společníci plně ručí za závazky společnosti, došlo ke ztrátě více než poloviny jejího kapitálu či je-li podnik předmětem kolektivního úpadkového řízení atd.

<sup>61</sup> Pokyny Společenství pro státní podporu na záchranu a restrukturalizaci podniků v obtížích (Úřední věstník C 244, 1. 10. 2004, s. 2), jejichž platnost byla prodlužována v roce 2009 a 2012.

<sup>62</sup> Viz body 8 a 13 Pokynů 2014.

po krátkou dobu nezbytnou pro vypracování plánu restrukturalizace nebo likvidace. Uděluje se pouze ve formě úvěrových záruk či úvěrů, což je forma, která zřejmě nebude pro sportovní sektor příliš atraktivní. Podpora na záchranu se musí momentálně omezit na částku potřebnou k udržení příjemce jen po dobu šesti měsíců.<sup>63</sup> Evropská komise ani při vyhodnocení legality podpor nizozemským či španělským fotbalovým klubům ustanovení o tomto typu podpor nevyužila, jelikož žádná z nich neměla přesně tuto formu. Komise se vydala cestou hodnocení legality jednání nizozemských a španělských úřadů ve světle druhého typu podpor, a to Podpory na restrukturalizaci, kterou také zahrnují oba Pokyny z roku 2004 i 2014. V porovnání s podporou na záchranu si členské státy EU mohou totiž vybrat, jakou formu podpora na restrukturalizaci bude mít, a zavázat tu nejvhodnější.<sup>64</sup> Podpora na restrukturalizaci zahrnuje obecně dle Pokynů 2014 i trvalejší pomoc a musí obnovit dlouhodobou životaschopnost příjemce na základě proveditelného, důsledného a dalekosáhlého plánu restrukturalizace. Ten může zahrnovat reorganizaci a racionalizaci činností příjemce podpory. Náležitě podrobný plán restrukturalizace však musí být předložen Evropské komisi.<sup>65</sup> Zajímavé je, že se Evropská komise spokojila se scénářem, kdy plány restrukturalizace byly původně adresované jen sportovní asociaci zastřešující činnost klubů a organizující soutěže, konkrétně KNVB (Nizozemské fotbalové asociaci).<sup>66</sup> KNVB uděluje licence profesionálním klubům za předpokladu, že budou životaschopné a způsobilé plnit své závazky vůči hráčům a dalším subjektům. Ve vztahu ke sportu může být dále potenciálně kontroverzní ustanovení bodu 51 aktuálních Pokynů z roku 2014, které požaduje ukončení ztrátových činností podniku. Jinými slovy dle Pokynů 2014 návrat k životaschopnosti podniku nesmí být dle tohoto ustanovení v budoucnu závislý „na optimistických předpokladech vnějších faktorů“. Ve sportu ovšem nejistota sportovního výsledku vesměs nutí sportovní manažery být optimistou v zápasech, které nemohou ovlivnit.<sup>67</sup> Evropská komise se tomuto aspektu příliš nevěnovala a v případě nizozemských klubů jen akceptovala slib, že se nebudou v budoucnu spoléhat pouze na přízeň fanoušků nebo sponzorů, což jsou také do jisté míry vnější faktory.<sup>68</sup> Naopak v kauze španělské Valencie vytykala Evropská komise tomuto klubu, že v pokusu o řešení finančních problémů dostatečně neanalyzoval efekt rizikových okolností do budoucna, jako je umístění klubu v soutěžích, sponzorský trh, koupěschopnost fanoušků pořídit si permanentky či lístky na utkání, respektive dokonce i zranění hráčů.<sup>69</sup> Nizozemské projekty restrukturalizace byly shledány Evropskou

<sup>63</sup> Do budoucna je třeba mít na paměti fakt, že při určování výše podpory má být brán ohled na výsledek vzorce uvedeného v příloze I Pokynů 2014. Jakákoli podpora, která překročí výsledek tohoto výpočtu, bude povolena pouze tehdy, bude-li náležitě odůvodněna předložením plánu likvidity, v němž budou popsány potřeby příjemce ohledně likvidity pro nadcházejících šest měsíců.

<sup>64</sup> Viz bod 58 Pokynů 2014.

<sup>65</sup> Bod 47 Pokynů 2014.

<sup>66</sup> Např. SA.41617, odst. 74. Evropská komise evidentně dle Pokynů 2004 nevyžadovala restrukturalizační plán od malých či středně velkých podniků, zde nizozemských klubů. Pokyny 2014 již toto vyžadují od podniků všech velikostí s výjimkou níže popsané Dočasné podpory na restrukturalizaci, kde je plán restrukturalizace předkládán členskému státu. K velikosti podniku viz *Uživatelská příručka Evropské komise k definici malých a středních podniků*. Lucemburk, 2015.

<sup>67</sup> Zájem sportovního sektoru na nejistotě sportovního výsledku uznal i SDEU v odst. 106 výše cit. kauzy *Bosman*.

<sup>68</sup> Např. SA.41617, odst. 78.

<sup>69</sup> Viz odst. 110 kauzy Valencia – SA.36387. Jinými slovy Evropská komise si představuje plán na restrukturalizaci jako realizaci *best-case, worst-case and base-case scenarios*.

komisí jako uspokojivé, především díky úsporným opatřením, která přesvědčila i fotbalovou asociaci KNVB k udělení licencí vyšší kategorie v organizovaných soutěžích. Španělsko však tento bod ve vztahu ke klubům úspěšně neobhájilo, jelikož např. u zmiňovaného klubu Valencia nebylo nastaveno budoucí soběstačné působení klubu, který nadále utrácel za nové fotbalové posily a proces restrukturalizace se neuskutečnil v rozumné době od schválení úvěrů.<sup>70</sup>

### 2.2.1 Nové možnosti Pokynů 2014

Pro doplnění je třeba uvést, že úprava Pokynů 2014 nově zařazuje další typ podpor, tj. jedná se o pojem Dočasná podpora na restrukturalizaci.<sup>71</sup> Uděluje se totiž pouze malým a středním podnikům nebo menším podnikům vlastněným státem a do této kategorie spadá i většina sportovních klubů.<sup>72</sup> Tato forma podpor musí sestávat z dočasné pomoci v oblasti likvidity ve formě úvěrových záruk či úvěrů a může být poskytnuta nejdéle na období 18 měsíců. Před skončením tohoto období je to členský stát, který musí schválit plán restrukturalizace stanovený v bodě 55 písm. d)–ii) Pokynů 2014 nebo plán likvidace, respektive musí být splacen úvěr nebo skončena platnost záruky.<sup>73</sup> Výjimečně lze také poskytnout dle bodu 29 Pokynů 2014 podporu na záchranu a v případě malých a středních podniků a menších podniků vlastněných státem i dočasnou podporu na restrukturalizaci pro podniky, které nejsou v obtížích, avšak v důsledku výjimečných a nepředvídaných okolností se potýkají s akutní potřebou likvidity.

### 2.2.2 Další náležitosti k udělení jednotlivých druhů podpory podnikům v obtížích

#### 1) Zásada jednou a dost

Podporu mohou podniky v obtížích obdržet dle Pokynů 2004 i 2014 pouze jednou za deset let (jde o zásadu „jednou a dost“).<sup>74</sup> Tuto zásadu Evropská komise vysvětluje na základě obav z tzv. morálního hazardu, kdy je třeba zamezit tomu, aby podniky nespolehaly na pohodlnou záchranu. Pouštějí se do nadměru rizikových a neudržitelných obchodních strategií a získávají pak podporou konkurenční výhodu na trhu.<sup>75</sup> V kauzách

<sup>70</sup> Klubem byly za účelem získání úvěru navrženy následující kroky, ovšem pro Evropskou komisi nedostačující. Konkrétně šlo o zvýšení základního kapitálu, financování stavby nového stadionu s rozšířenou kapacitou diváků s delší dobou splácení prostředků, zahrnující obchody, parkoviště atd. Dále pak snaha o snížení počtu hráčů v týmu a prodej práv k hráčům, respektive provedení změn sportovní politiky a prodej některých pozemků (viz odst. 23, SA.36387). Noví akcionáři se měli zavázat k dalším krokům pro zlepšení finanční kondice klubu, konkrétně k splácení zde zmíněného úvěru, ke kapitálové injekci, dokončení stadionu, který zůstane ve vlastnictví klubu, neprodat jej po dobu 5 let a garantovat spolupráci s klubovou nadací atd. Španělské kluby se budou bránit u Tribunálu, tedy soudní instance EU, kam byly podány žaloby na neplatnost rozhodnutí Evropské komise, viz v době odevzdání tohoto příspěvku zaregistrované u soudu jako T-732/16 *Valencia Club de Fútbol v Commission*, T-901/16 *Elche Club de Fútbol v Commission*, T-766/16 *Hércules Club de Fútbol v Commission*.

<sup>71</sup> Bod 113 Pokynů.

<sup>72</sup> Viz výše cit. *Uživatelská příručka Evropské komise k definici malých a středních podniků*.

<sup>73</sup> Další náležitosti viz body 115–116 Pokynů 2014. Jak již bylo uvedeno, dočasná podpora na restrukturalizaci se musí omezit na částku potřebnou k udržení příjemce po dobu 18 měsíců a při jejím určování by měl být brán ohled na výsledek vzorce uvedeného v příloze 1 Pokynů 2014. Jakákoli podpora, která překročí výsledek tohoto výpočtu, může být poskytnuta pouze tehdy, bude-li náležitě odůvodněna předložením plánu likvidity, v němž budou popsány potřeby příjemce ohledně likvidity pro nadcházejících 18 měsíců.

<sup>74</sup> Body 8, 70 an., také bod 112 Pokynů 2014. Pokyny 2004 také ctí tuto zásadu.



nizozemských klubů byla Evropská komise ubezpečena nizozemskou vládou, že podpora již nebude udělena stejným subjektům v období deseti let a současně ujistila Evropskou komisi, že ani před schválením podpory neexistovala jiná pomoc těmto klubům, čemuž Evropská komise uvěřila.<sup>76</sup> V případě španělské Valencie bylo opětovné navýšení garancí shledáno jako v rozporu se zásadou zde popsanou.<sup>77</sup> Nově Pokyny z roku 2014 umožňují výjimky prolamující desetiletou lhůtu za striktních okolností, ale Evropská komise se této možnosti v nizozemských i španělských kauzách nevěnuje ani okrajově.<sup>78</sup>

## 2) Kompenzační opatření a minimální vliv udělené podpory

Příjemce podpory musí učinit určitá kompenzační opatření, aby co nejméně ovlivnil soutěžitele, kteří podporu nemají. V profesionálním sportu lze dle Evropské komise považovat za tato opatření např. omezení přestupů hráčů, vytvoření platových stropů či povinnosti vykonávat *pro bono* aktivity ve prospěch amatérského sportu či sportu pro všechny ve světle čl. 165 SFEU.<sup>79</sup> Dalším krokem dokazujícím snahu zlepšit finanční situaci příjemce podpory je prodej drahých hráčů, snížení počtu zaměstnanců, konec rozchazovací politiky vedení klubu atd. Dle Evropské komise by neměla být udělená podpora užita na financování angažování nových hráčů! Evropská komise také dbá o to, aby byla zaručena dostačující úroveň vlastního příspěvní příjemce podpory na náklady na restrukturalizaci a sdílení investic, což vyžadovaly Pokyny z roku 2004 i ty současně platné z roku 2014.<sup>80</sup> Nizozemské kluby tuto podmínku splnily, na druhou stranu snad jedině ironicky lze ovšem nahlížet na situaci, když v kauze podpory fotbalovému klubu z Tilburgu Evropská komise ocenila snahu zeštíhlení nákladů v klubu jako natolik příkladnou, že úsporná opatření způsobila pád klubu do druhé ligy, a tím tedy došlo k požadovanému minimálnímu vlivu podpory na ostatní soutěžitele.<sup>81</sup> V případě fotbalové Valencie naopak Evropská komise nepovažovala rozprodej hráčů za dostatečně prospěšný akt vůči konkurenci, stejně tak u dalších španělských klubů Hercules CF a Elche CF.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> Bod 9 Pokynů 2014.

<sup>76</sup> V publikaci SIEKMANN, R. – SOEK, J. *The European Union and Sport – Legal and Policy Documents*. Den Haag: T. M. C. Asser Press, 2005, s. 812 je ovšem patrné, že v Nizozemí šlo o dlouhodobější problém. Stejně tak ve výše cit. OLFERS, M. *State aid to Professional Football Clubs* je odkázáno na praxi podpor v Nizozemí v minulosti.

<sup>77</sup> Odst. 124.

<sup>78</sup> Viz bod 72, respektive bod 112 Pokynů 2014: např. když podpora na restrukturalizaci navazuje na poskytnutí podpory na záchranu a tvoří tak součást jediné restrukturalizační operace, respektive podpora na záchranu či restrukturalizaci je po uplynutí alespoň pěti let nutná z důvodu nepředvídatelných okolností, za něž příjemce nenese odpovědnost. Za účelem zamezení zneužívání podpor dle bodu 21 Pokynů 2014 nově vytvořený podnik není způsobilý pro podporu podle těchto pokynů ani v případě, že je jeho počáteční finanční situace nejistá, včetně situace, kdy likvidací původního podniku vznikne nový podnik nebo když dotčený podnik pouze převezme aktiva původního podniku. Za nově vytvořený se podnik považuje v zásadě během prvních tří let po zahájení jeho činnosti v příslušné oblasti.

<sup>79</sup> SA.40168, odst. 50. Komise tento postup zvolila s ohledem na specifika sportu, respektive fotbalu (v originále *peculiar nature of professional football*).

<sup>80</sup> Např. dle bodu 61 Pokynů 2014 an. body. Poměr příspěvní příjemce podpory je uvedený v bodech 62 an. Pokynů 2014. Odchylně od ustanovení bodu 64 Pokynů 2014 (který požaduje vyšší procento účasti příjemce na dané podpoře pro podniky, které nejsou malé a střední), mohou členské státy považovat vlastní příspěvek příjemce za přiměřený, pokud půjde alespoň o 40 procent nákladů na restrukturalizaci (v případě středních podniků) a 25 procent v případě malých podniků.

<sup>81</sup> SA.40168, odst. 51.

<sup>82</sup> Odst. 116. Ani objem prostředků vlastních či ze soukromého sektoru podílejících se na restrukturalizaci klubu nebyl shledán dostatečným (SA.36387, odst. 123).

### 3) Sociální hlediska

Státy musejí dle Pokynů 2014 mj. doložit, že nezaměstnanost v dotčeném regionu je vyšší než průměr Unie či daného státu, je dlouhodobá a je provázána obtížemi při tvorbě nových pracovních míst v dotčeném regionu atd.<sup>83</sup> Pro malé a střední podniky, kam spadá i většina sportovních klubů, jsou hlediska mírnější. Postačí zde, aby členský stát učinil závěr, že selhání příjemce by *pravděpodobně* vyvolalo sociální potíže nebo tržní selhání.<sup>84</sup> Evropská komise v případě nizozemských a španělských klubů kupodivu sociálním hlediskům nevěnovala pozornost.

## 2.3 Závěrečné shrnutí k výše popsaným kauzám nizozemských a španělských klubů v obtížích

Souhrnně lze tedy dovodit, že v nizozemských i španělských kauzách převládalo hodnocení kritérií Pokynů 2004 hlavně z pozice tržního investora, zda by se zachoval stejně, jako města či veřejné instituce. Evropská komise nakonec vyjádřila spokojenost se způsobem, jakým u nizozemských případů došlo k přispění do objemu restrukturalizační podpory, tj. vlastními zdroji klubů a investicemi soukromých osob. Dále jak byla dodržena kompenzační opatření týkající se např. omezení transferů hráčů či snížení jejich platů nebo dostatečným tržním zajištěním pohledávek měst.<sup>85</sup> Kluby zároveň uskutečnily řadu benefičních jednání ve prospěch amatérského sportu ve světle čl. 165 SFEU. K podpoře nedošlo současně vícekrát než jednou za deset let. V kauze *Den Bosch* také Evropská komise respektovala situaci, kdy město nechtělo být akcionářem klubu, ačkoliv se původně Komisi nezdál tento postup v pořádku, když ostatní soukromé firmy své pohledávky jednoduše klubu neodpustily a preferovaly odpovídající majetkovou účast v nově vzniklé struktuře klubu.<sup>86</sup> Zajímavým aspektem byl též systém licencí KNVB (Fotbalové asociace Nizozemska), kdy v případě insolvence klubu by tato asociace odebrala právo jeho účasti v oficiálních soutěžích a následovala by možnost hráčů odejít bez náhrady odstupného do jiných klubů. Proto tedy některá města neiniciovala insolvenční řízení. V kauzách španělských klubů v obtížích bylo dle Evropské komise naopak všechno špatně, když se tyto kluby bez restrukturalizačních racionálních vyhlídek spoléhaly pouze na injekce z veřejných prostředků při jejich ztrátových aktivitách bez dostatečného společného přispění na podporu vlastními akcionáři klubů či jiných investorů.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Bod 44 Pokynů 2014.

<sup>84</sup> Pro sportovní kluby zřejmě zejména z důvodů v písm. d) bodu 107 Pokynů (tj., že může dojít k obdobným potížím, pokud je příjemce patřičně zdůvodní).

<sup>85</sup> Například v kauze PSV Eindhoven transakce města byla dostatečně zajištěna právními instrumenty v případě úpadku klubu. Objekt v atraktivní lokalitě, kde klub působí, by město mohlo využít v rámci víceúčelového územního plánu pro další kombinované projekty, např. pro bydlení či administrativní centrum apod. Nájem byl také zajištěn kaucí 5 milionů eur ve prospěch města a ziskem klubu ze vstupného. Transakce odpovídala obvyklé výši nájmu v daném regionu či ve vztahu k podobným sportovním subjektům. Podobně tomu bylo v případě Tilburgu.

<sup>86</sup> Zde je tedy prostor pro spekulace, zda by Evropské komisi nevadila města v pozici akcionářů profesionálních klubů. Evropská komise se také v nizozemských kauzách přikláníla k možnosti získání podílu radnice na prodeji hráčů, avšak zapoměla řešit otázku, že fotbalový sektor toto zakazuje, viz LINDHOLM, J. Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third party ownership under European Union law. *International Sports Law Journal*. 2016, No. 3–4, s. 137–147. Přitom by tyto otázky měla znát po podpisu Memoranda o porozumění podepsaného Evropskou komisí a Evropskou fotbalovou unií, viz tisková zpráva Evropské komise ze dne 14. 10. 2014, dostupná z: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1134\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1134_en.htm)>.

Španělské kluby neuskutečnily dle Evropské komise dostatečná kompenzační opatření vůči ostatním soutěžitelům a také např. u fotbalové Valencie došlo k porušení výše zmíněné zásady jednou a dost. Hledisko tržního investora je tedy stěžejní, a to nejen pro podniky ve finančních obtížích. Následující příklady směřují opět do Španělska, kdy Evropská komise nehleděla na profesionální kluby jako na podniky ve finančních obtížích ve světle Pokynů 2004, respektive 2014, ale přesto podle ní získali selektivně neoprávněnou veřejnou podporu.

### 3. PRÁVO NAKLÁDAT S POZEMKY VS. EVROPSKÉ PRÁVO – KAUZA REALU MADRID

Tento příběh má celkem košatý vývoj a sahá až do počátku 90. let minulého století.<sup>88</sup> Skládá se z několika navzájem provázaných transakcí, které nakonec ve finálním účtování vyústily ve výše zmíněnou podporu. Menší transakce ve světle uvedeného objemu finančních toků se uskutečnila již v roce 1991, kdy se Real Madrid dohodl s madridskou radnicí na tom, že klub vybuduje podzemní garáže u fotbalového stadionu Barnabéu, včetně pěší zóny. Radnice na tento projekt pak finančně přispěje. Z plánů však sešlo, jelikož klub své závazky nedodržel a radnici tak vznikl nárok na částku přesahující 2 miliony eur. Zásadní pro zde řešenou problematiku je až následná situace z let 1996 a 1998, kdy se Real Madrid dohodl s madridskou radnicí na výměně různých pozemků, mj. že klub převede 30 tisíc metrů čtverečních z plochy starého tréninkového centra na město. Na oplátku Real Madrid získá pozemky o předem přesně určené rozloze, avšak tyto pozemky měly být konkretizovány až později. K tomu došlo v jiné transakci z roku 1998, která se týkala převodu dalšího pozemku ze strany Realu Madrid pro madridskou radnici, která se znovu zavázala k tomu, že Real Madrid získá do vlastnictví další lokality, včetně kontroverzní Las Tablas s pozemkem označeném jako B-32, tehdy v hodnotě okolo 500 tisíc eur. Problém však nastal v důsledku kvalifikace oblasti Las Tablas a konkrétně pozemku B-32, když v rámci územního plánu byl vymezen nejen pouze ke sportovnímu účelu, ale později byla navíc přijata úprava, že takové pozemky nelze ve veřejném zájmu převádět na soukromé subjekty.<sup>89</sup> Proto tedy madridská radnice rozhodla v roce 2011 o náhradě škody vůči Realu Madrid za neuskutečený transfer pozemku B-32 a to ve výši jeho aktuální tržní ceny, tj. přes 20 milionů EUR.<sup>90</sup> To je markantní rozdíl oproti ceně v roce původního záměru transakce. Již od počátku tato transakce pozemku B-32 trpěla právními vadami a určitá nejistota převodu zde již byla patrná při samotném záměru obou stran kontraktu.<sup>91</sup> Evropská komise se zaměřila na španělské civilní právo, zda v případě nemožnosti plnění jednou ze stran kontraktu je skutečně nutná náhrada škody.<sup>92</sup> Také tržní cena pozemku je dle Komise podivná, když raketově vzrostla od roku,

<sup>87</sup> Náklady restrukturalizace u klubu Valencia dosáhly přes 92 milionů eur, ale ze strany klubu či jiných subjektů ke společnému přispění na podporu klubu došlo pouze částkou nižší (cca 20 %), než vyžadují Pokyny 2004.

<sup>88</sup> Kauza, kterou komise rozhodovala pod označením SA.33754.

<sup>89</sup> *Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid*, viz odst. 14, SA.33754.

<sup>90</sup> Výsledná částka ponížená o zmíněný dluh klubu za neuskutečení stavby podzemních garáží, jak bylo zmíněno výše, včetně dalších dílčích plateb, např. v rámci daňové povinnosti.

<sup>91</sup> Odst. 11–12, SA.33754.

<sup>92</sup> Odst. 22, SA.33754.

v němž byla dohodnuta původní transakce.<sup>93</sup> Španělsko ve svém vyjádření tvrdí, že podle občanského práva by bývala radnice musela zaplatit klubu daleko více, jelikož některé pozemky z předchozí transakce již byly radnicí dále prodány a musely by být vykoupeny zpět, aby došlo na scénář, že by se strany kontraktu navrátily do původního stavu před uzavřením kontraktu.<sup>94</sup> Proto byla údajně dohoda z roku 2011 pro radnici finančně méně bolestivá. Real Madrid ve své studii argumentoval dokonce ještě vyšší částkou, za kterou by se madridská radnice musela vypořádat s neúspěchem obchodu s pozemkem B-32 (za určitých okolností dle nové právní úpravy totiž existovala alternativa, aby za kompenzační opatření zaplacené radnicí bylo možné nakonec pozemek překlasifikovat a převést na soukromý subjekt, ale za cenu neúměrných nákladů ve veřejném zájmu, tzn. najít v dané lokalitě jiný odpovídající pozemek jako náhradu za B-32).<sup>95</sup> Jiné volby tedy dle klubu nebylo, než jak se obě strany dohodly na zmíněném vypořádání. Real Madrid doplnil, že by evidentně jako řádný hospodář nemohl přistoupit na kompenzaci za pozemek B-32, která by neodpovídala tržní ceně.<sup>96</sup> Dle Evropské komise při absenci specifických návodů (*guidelines*) k aplikaci úpravy veřejných podpor směrem ke komerčním sportovním aktivitám, vyhodnocení legality podpory musí být učiněno dle čl. 107 (3) (c) SFEU. Komise vyjádřila pochybnosti, zda v tomto případě byl naplněn nějaký společný zájem, který by ospravedlnil selektivní podporu velmi silnému hráči na poli vysoce soutěživého ekonomického sektoru.<sup>97</sup> Vytkla madridské radnici, že nejednala jako řádný tržní hospodář, když si radnice ani nepožádala o právní poradenství před uzavřením dohody o kompenzaci za neuskutečnění transakce B-32, což Evropská komise také shledala jako přitěžující okolnost.<sup>98</sup> Komise také nechala vypracovat posudek k hodnotě pozemků a vyšla jí jiná čísla, než Španělsku či Realu Madrid.<sup>99</sup> Dle Evropské komise neměl v roce 2011 pozemek B-32 větší tržní cenu, než 4 275 000 eur, Real Madrid tedy získal selektivní podporu (jelikož jiný subjekt podobně výhodné transakce nezískal) a podpora byla shledána jako protiprávní.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> Odst. 24, SA.33754. Real Madrid k tomu však uvedl, že od doby uzavření kontraktu se *Las Tablas* přeměnil v progresivní oblast s výstavbou a investicemi, kam se následně přestěhovala řada velkých mezinárodních firem, viz odst. 69, SA.33754.

<sup>94</sup> Odst. 29–32, respektive odst. 58, SA.33754.

<sup>95</sup> Odst. 46–47, SA.33754. Klub se také snažil vysvětlit Komisi, že k zániku smluvních povinností nemohlo dojít, jelikož nemožnost plnění nebyla úplně na místě, respektive nemožnost nebyla nepřekonatelná mimo kontrolu radnice (*insuperable and wholly beyond its control*), viz odst. 49, SA.33754. Real Madrid také doplnil, že k navrácení do původního stavu nemohlo dojít, jelikož řada pozemků již byla mezitím prodána, viz odst. 54, SA.33754 a klub tím naznačil, že uskutečnil řadu ústupků.

<sup>96</sup> Odst. 51, SA.33754.

<sup>97</sup> Odst. 27, SA.33754.

<sup>98</sup> Odst. 93, SA.33754.

<sup>99</sup> Odst. 35–41 SA.33754. Argumentace Realu Madrid viz odst. 70, SA.33754 an.

<sup>100</sup> Naplnila tedy atributy čl. 107 (1) SFEU popsané v části 1 tohoto článku výše. Součástí škatulát pozemků během roku 2011 byla také další dohoda mj. o převodu pozemků klubu opět na madridskou radnici, kde stojí obchodní centrum Esquina del Barnabéu (které radnice nechá zbourat a zrealizuje zde park) a jiné parcely (mimořádně získané v rámci předchozí transakce týkající se B-32) za to, že klub získá pozemky u stadionu, kde klub vybuduje v napojení na stadion hotel a obchodní centrum, respektive střešní konstrukci stadionu. Klub měl ještě navíc radnici doplatit částku přes 6 milionů eur. Územní plán by musel být nicméně opět změněn, aby stavba ve spojení se stadionem mohla být klubem vůbec realizována. Tak se také stalo, ale tato změna byla anulována španělským soudem, proto transakce týkající se stavby hotelu, obchodního centra a střechy v dané části stadionu nebyla uskutečněna (Odst. 20, SA.33754). Evropská komise se tedy zaměřila ve svém rozhodnutí exkluzivně již jen na kontroverze okolo pozemku B-32 v *Las Tablas* (Odst. 79–80, SA.33754).

#### 4. DAŇOVÉ ZVÝHODNĚNÍ SPORTOVNÍCH KLUBŮ

Opět zůstaneme ve Španělsku, jelikož Evropská komise vydala ve stejný den kromě výše uvedených kauz také rozhodnutí ve věci daňových úlev pro některé vybrané sportovní kluby, konkrétně Real Madrid, Athletic Bilbao, Osasuna a FC Barcelona.<sup>101</sup> Již v roce 1990 byl ve Španělsku přijat Zákon o sportu, kde bylo mimo jiné ustanoveno, že se španělské profesionální kluby musí stát obchodními společnostmi s ručením omezeným. Důvodem k této povinnosti byla nekompetentnost řady manažerů sportovních klubů, kteří opakovaně přivedli tyto kluby do značných finančních ztrát. Bylo tedy nutné vytvořit pravidla odpovědnosti a zabezpečit řádné fungování sportovního sektoru. Pokud ovšem kluby nebyly ve ztrátě po dobu 4–5 let před přijetím zmíněného zákona, nemusely se přeměnit na obchodní společnosti s ručením omezeným a zůstala jim stávající forma, obvykle blížící se úpravě spolků. To byl případ výše zmíněných klubů Real Madrid, Athletic Bilbao, Osasuna a FC Barcelona. Potíž dle Evropské komise spočívala v rozdílném daňovém zatížení, které bylo příznivější pro kluby, které byly vyjmuty z povinnosti stát se obchodní společností a zůstaly v nevýdělečném sektoru či v podobě spolků. Nebylo ani možné podle španělské zákonné úpravy dodatečně přejít z pozice obchodní společnosti do formy neziskové či spolku bez ohledu na to, v jaké finanční kondici se klub nacházel. Nutno předem uvést, že tato úprava byla již ve Španělsku zrušena a daňové zatížení vyrovnáno na stejnou úroveň. Přesto Evropská komise chtěla postihnout období před touto změnou, kdy zmíněné kluby byly daňově zvýhodněné a měly by tedy vrátit tuto formu veřejné podpory. Ze strany Španělska či fotbalového sektoru zazněly argumenty, že neziskový sektor má oproti obchodnímu sektoru daleko omezenější možnosti podnikání či investic, nemůže prodat akcie apod. Proto tedy existuje nižší daňové zatížení pro kluby, které nejsou obchodní společností.<sup>102</sup> Podle Evropské komise není ovšem důvod, aby se tedy kluby ve formě neziskových organizací nepřetransformovaly zpět na obchodní společnosti.<sup>103</sup> Evropská komise obecně odsoudila španělskou úpravu jako selektivní vůči zmíněným klubům a podle ní nemá smysl odlišovat právní formu profesionálních klubů na základě jejich ekonomických výsledků.<sup>104</sup> Podle Komise může dojít ziskem daňového zvýhodnění k vlivu na obchod mezi členskými státy mj. také s ohledem na mezinárodní strukturu vlastníků zvýhodněných klubů při ucházení se o sponzory nebo získávání lukrativních TV práv.<sup>105</sup> Zdá se, že jediným přesvědčivým argumentem Španělska pro budoucí soudní řízení<sup>106</sup> může být podrobné studium jeho daňového systému, respektive úpravy jeho autonomních regionů, jelikož z pohledu geografického umístění zde řešených klubů se skutečně zdá, že spadly do mírnějšího zatížení incidentně v rámci konkrétního regionu. Lze zde současně pozorovat určitou nekoordinovanost zmíněného Zákona o sportu a daňových úprav Španělska.<sup>107</sup> Možná i proto později došlo

<sup>101</sup> Tuto kauzu rozhodovala komise pod označením SA.29769.

<sup>102</sup> Evropská komise tento argument neakceptovala, viz odst. 68, SA.29769 a doporučila klubům jiné formy obchodu, např. prodej klubových suvenýrů či aktivity na úvěrovém trhu.

<sup>103</sup> Odst. 68, SA.29769.

<sup>104</sup> Odst. 68, SA.29769.

<sup>105</sup> Odst. 74, SA.29769 an.

<sup>106</sup> V době odevzdání tohoto příspěvku jsou podané žaloby k Tribunálu, zaregistrované jako *Fútbol Club Barcelona v Commission* (T-865/16), *QF v Commission* (T-846/16) a *Athletic Club v Commission* (T-679/16).

<sup>107</sup> Odst. 76, SA.29769 an.

ke korekci rozdílného zdanění v této otázce samotným Španělskem. Daňové zvýhodnění s opačným výsledkem vyšetřování Evropské komise lze ovšem najít u kauzy maďarských sportovišť, o které je pojednáno níže.

## 5. JINÉ ALTERNATIVY ZÍSKÁNÍ PODPORY LEGÁLNÍ CESTOU

### 5.1 Pravidlo *de minimis*

Podle článku 109 SFEU může Rada vymezovat druhy podpor, které jsou z oznamovací povinnosti (notifikace) vyňaty. Obecně totiž u výše uvedených kauz měly členské státy Nizozemska a Španělska Evropskou komisi o podporách informovat. Na základě nařízení (ES) č. 994/98 rozhodla Rada v souladu s článkem 109 SFEU, že podpora *de minimis* by mohla spadat pod kategorii podpor, která by nemusela být notifikována. Z tohoto důvodu se má za to, že podpora *de minimis*, tedy podpora poskytnutá jednomu podniku za dané časové období, která nepřekročí určitou pevně stanovenou částku, nesplňuje všechna výše uvedená kritéria protiprávnosti podpor uvedená v čl. 107 odst. 1 SFEU, a proto se na ni oznamovací postup nevztahuje, respektive pokud současně neovlivní obchod mezi členskými státy EU. Celková výše podpory *de minimis*, kterou členský stát poskytne jednomu podniku, nesmí ovšem za libovolná tři po sobě jdoucí jednoletá účetní období překročit 200 000 eur.<sup>108</sup> Toto nebyl případ nizozemských ani španělských milionových podpor, ale je to jedna z cest získání podpory v souladu s právem EU.

### 5.2 Investice do infrastruktury sportovišť

Evropská komise odsouhlasila v souladu s čl. 107 odst. 3) písm. c) SFEU veřejnou podporu ze strany Maďarska, která spočívala v politice daňových úlev pro subjekty, které investují mj. do chátrající sportovní infrastruktury vybraných sportů.<sup>109</sup> Je třeba však dodat, že organizace *Transparency international* tuto cestu zpochybnila jako zaslání financí selektivně vybraným subjektům.<sup>110</sup> Nicméně pokud ve světle čl. 165 SFEU garantují podpory sociální a rekreační cíle, včetně ochrany zdraví prostřednictvím sportu za podmínky, že podporované sportoviště je přístupné širší veřejnosti, pak v tomto ohledu byla veřejná podpora akceptována v několika případech jako legální.<sup>111</sup> Svou rozhodovací praxi při schvalování investic do sportovních areálů Komise promítla do Nařízení č. 651/2014 ze dne 17. června 2014, kterým se v souladu s články 107 a 108 Smlouvy o fungování EU prohlašují určité kategorie podpory za slučitelné s vnitřním trhem.

<sup>108</sup> Viz Nařízení Komise (EU) č. 1407/2013 ze dne 18. prosince 2013 o použití článků 107 a 108 Smlouvy o fungování Evropské unie na podporu *de minimis*. Poskytnutá podpora může mít i formu půjček či záruk.

<sup>109</sup> SA.31722. K motivům podpory VARGA, K. – KRIŽAN, L. Systém daňových úlev na podporu športu v Maďarsku a nielen jeho inšpirácie. *Magister Officiorum*. 2014, č. 1, s. 75–79.

<sup>110</sup> VAN MAREN, O. *The EU State aid and Sport Saga: Hungary revisited? (Part 2)*. [online.] 6. 6. 2016. Dostupné z: <<http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/author/Oskar%20van%20Maren?page=2>>. Zajímavou skutečností byl na druhou stranu zlepšující se výkon maďarské reprezentace ledního hokeje a fotbalu na šampionátech v roce 2016, konkrétně na MS v ledním hokeji a fotbalovém EURO.

<sup>111</sup> SA.35440 – *Germany Multifunktionsarena der Stadt Jena*. Nově Komisi odsouhlasené podpory v roce 2016 pak směřovaly na realizaci arén ve Švédsku (SA.33618) či v rámci fotbalového šampionátu EURO 2016 (SA.35501), viz tiskové zprávy Komise dostupné z: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-394\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-394_en.htm)>, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1288\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1288_en.htm)>.

Konkrétně čl. 55 tohoto nařízení se týká podpor na sportovní a rekreační infrastrukturu a tyto podpory jsou vyňaty z oznamovací povinnosti, pokud sportovní infrastrukturu výhradně neužívá pouze jeden uživatel. Zmíněný článek tohoto Nařízení pak definuje přesné podmínky udělení podpory.<sup>112</sup> Obecně lze říci, že pokud podpora sportovní infrastruktury směřuje pro veřejnost a neprofituje z ní žádný podnik, je taková podpora legální za předpokladu, že neovlivní obchod mezi členskými státy nebo stadion provozuje veřejná instituce jen pro potřeby veřejnosti.<sup>113</sup>

## 6. SROVNÁVACÍ POZNÁMKA

Někteří autoři si všímají podobnosti podpor sportovního sektoru s investicemi veřejných prostředků do filmu či produkce audiovizuálních děl, jelikož obě sféry mají specifický kulturní, sociální či vzdělávací aspekt. Současně jde také o periferní oblasti, které původně Evropská komise neřešila z důvodů citlivosti tématu ve světle politiky jednotlivých států (spíše se raději zaměřovala na hlavní ekonomické sektory).<sup>114</sup> Pod tlakem členských států vznikla řada předpisů v oblasti veřejných podpor, kde Evropská komise směrem k filmovému sektoru akceptuje určité výjimky z přísnosti aplikace veřejných podpor, a tím si film oproti sportu polepšil díky odvolávání se na kulturní specifika a ví, co od Evropské komise očekávat.<sup>115</sup> Sportu se zatím něco podobného nepodařilo s výjimkou některých nezávazných deklarací či zde zmiňovaného článku 165 SFEU.<sup>116</sup> Oblast veřejných podpor v EU je tedy dost složitá a kontroverzní oblast regulace, která nemá ve světě obdoby. Zejména díky cíli vytvoření společného vnitřního trhu ve světle ekonomické či politické unie a tím i institucionálně nezávislému systému na členských státech,

<sup>112</sup> Např. jiní uživatelé z profesionálního či amatérského sportu, než je příjemce podpory, musejí ročně využívat danou infrastrukturu alespoň z 20 % kapacity. Přístup ke sportovní či multifunkční rekreační infrastruktuře musí být umožněn více uživatelům za transparentních a nediskriminačních podmínek. Pokud infrastrukturu užívají profesionální kluby, musí být zveřejněno, za jakých podmínek. Podniky, které financovaly alespoň 30 % investičních nákladů na infrastrukturu, mohou získat přednostní přístup za zvýhodněných podmínek za předpokladu, že jsou tyto podmínky zveřejněny. Podpora může mít formu a) investiční podpory, včetně podpory na výstavbu nebo modernizaci sportovní a multifunkční rekreační infrastruktury, b) provozní podpory na sportovní infrastrukturu atd. Detailně viz zmíněný čl. 55 Nařízení, dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:32014R0651>>.

<sup>113</sup> QUIGLEY, C. *European State Aid Law and Policy*, s. 452. V porovnání se španělskými kluby daňové zvýhodnění směřovalo pouze v jejich vlastní prospěch, nikoliv pro veřejnost (ostatně Španělsko článkem 165 SFEU ani neargumentovalo, viz odst. 88, SA.29769). Na druhou stranu s ohledem na zmíněnou zprávu Transparency International bylo Maďarsko asi šikovnější.

<sup>114</sup> Viz VAN ROMPUY, B. – VAN MAREN, O. *The Legacy of Bosman*, s. 162.

<sup>115</sup> Ibidem – viz seznam předpisů, na které autoři Van Rompuy a Van Maren odkazují, mj. Sdělení Komise o veřejné podpoře filmů a dalších audiovizuálních děl (2013/C 332/01) [2013] OJ C332/1, nebo dále čl. 4 a 54 Nařízení č. 651/2014 ze dne 17. června 2014, kterým se v souladu s články 107 a 108 Smlouvy o fungování EU prohlašují určité kategorie podpory za slučitelné s vnitřním trhem. Srov. též čl. 107 (3) písm. d) SFEU.

<sup>116</sup> Např. Deklarace o sportu v rámci přijetí Amsterodamské Smlouvy nebo Deklarace o specifickém charakteru sportu a jeho sociální roli v Evropě u příležitosti konference Evropské rady v Nice v roce 2000. Evropská komise také akceptuje, jestliže jsou kluby rozděleny na jedné straně na spolky s aktivitami jako je sport pro všechny či výchova mládeže a na druhé straně na obchodní společnosti, které provozují profesionální sport – viz odst. 76 Předběžného rozhodnutí Komise ze dne 6. 3. 2013 o zahájení vyšetřování podpory nizozemským profesionálním fotbalovým klubům z let 2008–2001, SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN). Evropská komise tedy považuje za dovolené podpory pro mládežnické celky za předpokladu oddělení ekonomických a vzdělávacích či výchovných aktivit (rozhodnutí Evropské komise N118/00 ze dne 25. 4. 2001).

v tomto případě pravomoci Komise vyšetřovat veřejné podpory či směřovat určité tolerance k vybraným specifickým oblastem (s alternativou přezkumu SDEU s jeho výsledným výkladem primárního práva EU).<sup>117</sup>

## ZÁVĚR

V důsledku v minulosti málo věnované pozornosti Evropské komise k veřejným podporám do profesionálního sportu není momentálně zcela jasně vymezena linie mezi protiprávní veřejnou podporou a ospravedlnitelnou podporou v tomto progresivním odvětví.<sup>118</sup> Evropská komise zatím nerozhodla dostatečné množství případů, které by posloužily jako inspirace pro legislativní uchopení této problematiky. Odvážila se zatím do psaného práva zakotvit investice do víceúčelové infrastruktury dle výše popsaného čl. 55 Nařízení č. 651/2014. Proto profesionální sportovní sektor a ostatně i veřejná sféra musí v případě finančních podpor sledovat rozhodovací praxi Evropské komise nebo judikaturu SDEU, až se touto otázkou bude SDEU zabývat.<sup>119</sup> Výše byly patrné podpory různých forem. Podpory pro profesionální sport se obvykle poskytují klubům, které se ocitly ve finančních obtížích. Proto Evropská komise v těchto případech preferovala obecnou aplikaci zde řešených Pokynů 2004, respektive 2014 o podnicích v obtížích, dle kterých při poskytování podpor ovšem musejí být splněné náležitosti tam uvedené. Zdaleka nepraktická je pro sportovní sektor podmínka dle Pokynů 2004, respektive Pokynů 2014 o poskytnutí podpory pouze jednou za deset let, včetně provedení určitých kompenzačních opatření ve prospěch konkurence, což také naráží na specifika sportu. Účelem kompenzačních opatření je totiž oslabení tržní síly podniku, který podporu získal. Sportovní kluby jsou na sobě ale vzájemně závislé, aby měly s kým hrát sportovní

<sup>117</sup> Na druhou stranu se nedaří tuto problematiku jednoznačně upravit ani mezinárodnímu systému, který byl pro EU inspirací. V EU, či dříve ES, nevznikla totiž úprava veřejných podpor izolovaně, ale vycházela zejména z Všeobecné dohody o clech a obchodu GATT (viz MALÍŘ, J. *Právo veřejných podpor EU. Zákaz poskytování veřejných podpor a výjimky z tohoto zákazu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2013, s. 30). Soudě dle literatury, ani úprava veřejných podpor GATT, respektive na půdě WTO, není doposud bez kontroverzí (viz TREBILCOCK, M. J. *Advanced introduction to International Trade Law*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 86. Trochu rezignovaně, že „všechny státy udělují veřejné podpory“ v publikaci SCHAFER, R. – AGUSTI, F. – DHOOGHE, L. *International Business Law*. 9<sup>th</sup> edition. Cengage learning, 2015, s. 304. K flexibilitě systému WTO obecně viz v orig.: *WTO rules are not so rigid or so inflexible as not to leave room for reasoned judgements in confronting the endless and ever changing ebb and flow of real facts in real cases in the world. Japan taxes on Alcoholic Beverages*, s. 246, *Report of the Appellate Body*, WT/DS11/AB/R (1996)WTO).

<sup>118</sup> NICOLAIDES, P. A Critical Analysis of the Application of State Aid Rules to Sport. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Special Issue: 20 Years after Bosman: the new Frontiers of EU Law and Sport. 2015, Vol. 22, No. 2, s. 210. CRAVEN, R. Football and State aid: too important to fail? *International Sports Law Journal*. 2014, No. 3–4, s. 206. Proč Evropská komise začala s vyšetřování veřejných podpor neintenzivněji až v době výročí 20 let od rozsudku *Bosman* viz autoři VAN ROMPUY, B. – VAN MAREN, O. *EU Control of State Aid to Professional Sport: Why Now?* In: DUVAL, A. – VAN ROMPUY, B. (eds). *The Legacy of Bosman*, s. 156, kteří upozorňují na intervenci Evropského ombudsmana při nečinnosti Evropské komise ve vyšetřování veřejných podpor pro španělské fotbalové kluby (s. 182 cit. díla). VAN MAREN v příspěvku *The Real Madrid case: A State aid case (un)like any other?* *The Competition Law Review*. 2015, červenec, s. 83 an., vidí nečinnost Evropské komise způsobenou tím, že před ekonomickou krizí občané méně sledovali toky peněz z veřejných zdrojů, dále hrála roli solidarita fotbalového sektoru neoznamování podpor či neznanost práva EU. Evropská komise bez notifikace podpory dle čl. 108 (3) SFEU také o nedovolených praktikách nevěděla.

<sup>119</sup> V době odevzdání tohoto příspěvku byly zaregistrovány u Tribunálu žaloby, které jsou výše uvedené u kauz španělských klubů.



soutěž. Primárním cílem není vytlačení soupeřů z daného trhu jako v jiném průmyslovém odvětví.<sup>120</sup> Navíc v některých sportech úspěšnější kluby či jednotlivci získávají účastnická místa i pro jejich kolegy, či dokonce pro konkurenční kluby ze států, odkud pocházejí.<sup>121</sup> Do budoucna je však možné, že SDEU interpretace Evropské komise upraví a určitá právní jistota by byla v tomto ohledu žádoucí. Zmíněné Pokyny 2004 či 2014 byly Komisí považovány doslova pouze za *vhodné (appropriate)* k vyřešení kauz fotbalových klubů ve finančních obtížích, tedy zřejmě jako jedna z variant. SDEU je finální orgán, který může interpretovat právo EU, nikoliv Komise.<sup>122</sup>

Z hlediska celkové politiky EU vůči sportu si totiž Evropská komise protiřečí. Již SDEU umístil fotbal do běžných tržních podmínek evropské integrace v kauze *Bosman*, když odebral klubům možnost získávat výdělků z odstupného při přeshraničních přestupech profesionálních hráčů v EU, pokud jim končil kontrakt. Legalita vhodně koncipovaného odstupného je doposud neuspokojivě řešena.<sup>123</sup> Přitom Evropská komise ve zde řešených kauzách vyzývala ke zpeněžování hráčů při přestupech za účelem zlepšení finanční kondice klubů v obtížích. Mínila zde Evropská komise situace, kdy má hráč stále platný kontrakt s klubem (tedy tento kontrakt nevypršel, jako v případě *Bosman*), zapomíná na mechanismus Nařízení Světové fotbalové federace FIFA o statusu a transferech hráčů, který s touto federací spoluvytvářela jako kompromisní řešení v návaznosti na výsledek kauzy *Bosman* a který stále obsahuje překážky úplné přestupní volnosti hráčů.<sup>124</sup> Zbývá tak jen platba za hráče při přestupu, který se skutečně uvnitř členského státu, jelikož tuto situaci právo EU zatím nepokrylo a odstupné při pohybu profesionálů mezi kluby zde nezakázalo.<sup>125</sup> Komise také vybízí k platovým stropům, což je kontroverzní z hlediska hospodářské soutěže, ačkoliv Komise neříká, zda tato opatření má přijmout klub či

<sup>120</sup> PONS, J. F. *Sport and European Competition Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*. Fordham Corporate Law Institute, Juris Publishing, 2000, s. 79. Jde zejména o udržení rovnováhy soutěže mezi týmy.

<sup>121</sup> Ken Foster zmiňuje národní kvóty v rámci olympijských soutěží nebo rozšíření účastnických míst ve fotbalové Lize mistrů, viz FOSTER, K. *Can Sport be regulated by Europe?* In: CAIGER, A. – GARDINER, S. *Professional Sport in the EU: Regulation and Re-regulation*. T. M. C. Asser Press, 2000, s. 52.

<sup>122</sup> Nevýhodou stěžovatelů v kauzách veřejných podpor směřujících k Tribunálu je však do jisté míry správný charakter těchto žalob, kdy Tribunál rozhodne o neplatnosti rozhodnutí Evropské komise na základě procesních důvodů uvedených v čl. 263 SFEU. Zatímco kauza C-415/93 *Bosman* byla argumentována stěžovatelem s možnou hmotněprávní kreativitou, kterou umožňuje přímý účinek evropského práva a jeho využití proti jednání sportovní asociace (horizontální přímý účinek). U žaloby dle čl. 263 SFEU je pasivně legitimována Evropská komise. Na druhou stranu i u takového typu řízení jsme se dočkali revolučních názorů SDEU v oblasti sportu a práva, viz kauza C-519/04 P *Meca-Medina and Majcen v Commission* ECLI:EU:C:2006:492. Nicméně ve světle systému žalob dle práva EU lze vidět i odlišné výsledky žalob stejného žalobce samotného *Bosmana*, který uspěl s přímým účinkem v kauze C-415/93, ale neuspěl s žalobou na neplatnost rozhodnutí Evropské komise v kauze C-117/91, přitom šlo o stejný problém diskriminace na základě občanství.

<sup>123</sup> WEATHERILL, S. *The Olivier Bernard Case: How, if it at all, to fix Compensation for Training Young Players?* *International Sports Law Journal*. 2010, No. 1–2, s. 3–6.

<sup>124</sup> Ostatně také tato úprava je u Evropské komise napadána Světovou hráčskou asociací pro rozpor s právem hospodářské soutěže (viz tisková konference dostupná z: <<https://fifpro.org/en/news/aavideo-fifpro-s-legal-action-againsttransfer-system>>).

<sup>125</sup> Soudní výklad by byl vhodný také k situaci, do jaké míry lze příslušnost hráče ke klubu vyjádřit určitou často virtuální částkou, kterou kluby vyjadřují svou finanční kondici. O této zvyklosti ve fotbale viz KÉSENNÉ, S. *The Bosman case and European Football*. In: ANDREFF, W. – SZYMANSKI, S. *Handbook on the economics of sport*. Edward Elgar, 2009, s. 639, zmiňující mj. hodnotu hráčů jako garanci pro bankovní úvěry (což je významné pro zde řešené podniky v obtížích).

sportovní asociace.<sup>126</sup> Opakovaně Komise také upozorňuje na fakt, že kluby nejen z nejvyšší soutěže mají předpoklady k tomu, že podpora k nim směřující může ovlivnit obchod mezi členskými státy.<sup>127</sup> Evropská komise vychází z příliš hypotetického náhledu, některé kluby prostě nejsou konkurencí pro zahraniční trh, když je tam nikdo nezná. Podporu v režimu Pokynů 2004 či 2014 je třeba také předem notifikovat Evropské komisi a touto cestou je nutno se vydat, kdy kluby mohou průběžnou komunikací s Komisí prostřednictvím zástupců svého členského státu EU odstranit případná nedorozumění, ke kterým došlo v nizozemských kauzách při absenci notifikace podpor, kdy Evropská komise na začátku vyšetřování měla málo informací.<sup>128</sup> Bez povinné notifikace lze získat podporu *de minimis*, která ovšem pro nízkou úroveň podpory nedostačuje každoročním potřebám profesionálních klubů v obtížích. Rozuzlení dalších případů evidentně bude záležet na detailech konkrétních podpor, jak již bylo řečeno výše, a je velmi těžké podmínky Evropské komise zatím zobecnit. Vždy však bude zřejmě právo EU trvat na tom, aby se veřejné orgány chovaly při udělování podpor jako tržní investor, případně s přihlédnutím k balancujícímu stylu judikátu *Bosman*<sup>129</sup> i v kombinaci s čl. 165 SFEU.

<sup>126</sup> Aby však bylo evropské právo hospodářské soutěže porušeno platovým stropem, muselo by dojít k vlivu na obchod mezi členskými státy EU, viz příklad hokejové extraligy v příspěvku HAMERNÍK, P. O uzavření Extraligy ledního hokeje a vstupním poplatku do této soutěže ve světle rozsudku Evropského soudního dvora Meca-Medina a Majcen. Jurisprudence. 2007, č. 4, s. 18–22.

<sup>127</sup> Např. SA.29769, odst. 74.

<sup>128</sup> K výhodám a nevýhodám režimu Pokynů Komise, viz VAN MAREN, O. *Bailing out your local football club: The Willem II and MVV State Aid decisions as blueprint for future rescue aid (Part 2)*. 29. 8. 2016. Dostupné z: <<http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/bailing-out-your-local-football-club-the-willem-ii-and-mvv-state-aid-decisions-as-blueprint-for-future-rescue-aid-part-2>>.

<sup>129</sup> Jak již bylo zmíněno v úvodu, v judikátu *Bosman* vidíme paralelu s aplikací pravidla rozumu, který by snad mohl být také aplikován u veřejných podpor do sportu. Podobně i Generální Advokát Warner v případě C-36/74 *Walrave and Koch v. Union Cycliste Internationale*, ECLI: EU:C:1974:140, kde cyklisté napadali regulu Světové cyklistické unie (UCI) o složení národních týmů ve světle volného pohybu osob. Warner zřejmě jako bývalý příslušník armády chtěl v historicky prvním rozsudku Evropského soudního dvora, nyní SDEU, o vztahu evropského práva a sportu rozumně improvizovat a vyhodnotit, zda sportovní asociace porušují evropské právo. Warner tehdy aplikoval test všetečného tazatele, respektive selský rozum (*Officious bystander test*). Touto metodou zjišťoval skutečnou vůli smluvních stran, když věci dostatečně samozřejmé výslovně do textu smluv neuvádějí, tzn. v tomto případě tedy vůli autorů evropské integrace, zda tehdy zamýšleli, aby evropské právo řešilo složení národních týmů, což byl obsah sporu v kauze *Walrave*. Více k pojmu *Officious bystander* např. MACDONALD, E. – ATKINS, R. *Koffmann and Macdonald's Law of Contract*. 8<sup>th</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 97.

## NÁBOŽENSKÁ SVOBODA V KRIZI

Jiří Baroš\*

**Abstrakt:** Politické krize jsou momenty, kdy se redefinují ustálené významy termínů. V kontextu tzv. kulturních válek se vynořila otázka, zda by měla být náboženská svoboda garantována jako samostatné ústavní právo. Mnozí autoři se proti tomuto vyčlenění a preferování vymezují. Zatím asi nejpropracovanější pokus nabídl chicagský profesor právní vědy Brian Leiter, jehož knize se dostalo pozitivní reference i v naší zemi. Tento článek se pokouší diskutovat přesvědčivost Leiterovy koncepce. Rozebírá jeho pojetí náboženství, důvody pro toleranci náboženství a postavení náboženství v ústavní demokracii. Upozorňuje na mnohé problémy Leiterovy koncepce, která se i na základě naší zkušenosti musí jevit jako daleko méně přesvědčivá, než by se na první pohled mohlo zdát.

**Klíčová slova:** kulturní války, náboženská svoboda, neutralita státu, sekularismus, tolerance, ústavní demokracie

### ÚVOD

Poslední dobou se stále více vynořují hlasy, že se dnešní ústavní demokracie nacházejí v krizi. Tato krize má zasahovat ústavní demokracie od Evropy po Ameriku. Podle amerického politického teoretika Sheldona Wolina jsou krize obvykle i obdobími, kdy dochází k rozsáhlým konceptuálním změnám. Během krize se totiž bojí ustálené významy termínů. Vytváření nových konceptů (či jejich koncepcí) je reakcí na krizi, pokusem vnést do chaosu řád. Ostatně, každá politická a ústavní teorie směřuje buď k uchování stávajícího řádu, nebo proti němu bojuje.<sup>1</sup> Krize ustáleného chápání náboženské svobody je na základě mnoha indicií patrná v americkém politicko-teoretickém a ústavně-právním diskursu. V kontextu kulturních válek, které začaly spory o sexuální morálku (potraty, antikoncepce, práva homosexuálů, manželství osob stejného pohlaví), ale postupně se rozšířily na obecnější otázky typu postavení tradiční rodiny či žádoucího systému školního vzdělávání, se jedním z hlavních témat stalo samotné ospravedlnění (existence) náboženské svobody, jejíž dlouhodobé chápání se po atacích liberálních elit ocitlo v krizi. Tyto kulturní války tak charakterizuje agresivní politizace církve a vůbec všech otázek spjatých s náboženstvím.<sup>2</sup> Na náboženství se pohlíží stále více s podezřením, protože mu mají být vlastní nebezpečné tendence prosazovat násilí a omezovat svobodu. Podle Douglase Laycocka, jedné z největších amerických autorit v oblasti náboženské svobody, může mít dokonce opozice křesťanů vůči sexuální revoluci v Americe stejné následky jako opozice katolíků proti revoluci roku 1789.<sup>3</sup>

\* Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, Ph.D., Masarykova univerzita v Brně. Článek vznikl v rámci grantu *Liberální demokracie v době krize* (GA16-13980S). E-mail: baros@fss.muni.cz.

<sup>1</sup> WOLIN, S. *Politics and Vision*. Princeton: PUP, 2004, s. 10.

<sup>2</sup> Koncept kulturních válek zavedl americký sociolog James Davison Hunter na začátku 90. let. Již v této době si Hunter všiml toho, jak se hluboce zakořeněné kulturní konflikty uvnitř americké společnosti přelily do politického nepřátelství mezi dvěma polarizovanými skupinami americké společnosti (tradicionalisté v. sekulární humanisté). Rostoucí polarita amerického veřejného diskursu je spjata s mizením (viditelnosti) více umírněných skupin. Srov. HUNTER, J. D. *Culture Wars: The Struggle to Define America*. New York: Basic Books, 1992.

<sup>3</sup> LAYCOCK, D. Religious Liberty and the Culture Wars. *University of Illinois Law Review*. 2014, č. 3, s. 839–880.

Jednu z nejprovokativnějších studií o tom, proč by se s náboženstvím nemělo zacházet preferenčním způsobem, napsal chicagský profesor Brian Leiter.<sup>4</sup> Přestože jeho práce vznikla v americkém akademickém světě, argumenty z nejprestižnějších institucí obvykle migrují do dalších prostředí, a proto má smysl se jimi zabývat i u nás. Jeho kniha neunikla pozornosti českých čtenářů: např. jeden z našich nejúspěšnějších ústavních právníků David Kosař na blogu *Jiné právo* zařadil tuto knihu mezi deset knih z roku 2012, které stojí za přečtení.<sup>5</sup> Podle Kosaře je v ní Leiter „jako vždy přesvědčivý“, a proto stojí podle mého názoru za to se i v našem prostředí s přesvědčivostí Leiterovy argumentace vyrovnat, a to v návaznosti na debatu, která se o této knize rozproudila. Toto „vyrovnávání se“ mi umožní vtáhnout do debaty mnohé další příspěvky, které se v debatě ohledně ospravedlnění náboženské svobody objevily. Všechny příspěvky z této rozsáhlé debaty v anglosaském světě svědčí o tom, že celý systém myšlenek, okolo nichž byly uspořádány západní demokracie, se v zemích jejího původu začíná měnit.

Tento článek je tak možno vnímat jako jakési uvedení (pro českého čtenáře) do debat týkajících se statusu náboženské svobody v ústavní demokracii právě kritickým rozбором Leiterovy práce. Byl Leiter jistě není jediným, kdo popírá, že náboženství by si zasloužilo zvláštní zacházení, jeho přístup je asi tím nejpropracovanějším.<sup>6</sup> Právě koherence Leiterova argumentu odůvodňuje to, abychom mu věnovali celý článek. Ačkoliv je kontext Leiterovy argumentace jiný, pokusím se ve svém článku pracovat i s několika argumenty a zkušenostmi z českého prostředí.<sup>7</sup> Tento přístup je oprávněn již na základě toho, že teoretické argumenty (s univerzální ambicí) vždy zaznívají v určitém kontextu a právě tento konkrétní kontext (v našem případě český případ) poskytuje konkrétní morální intuice, na základě nichž můžeme (zpětně) modifikovat teoretické principy (tj. zde principy, k nimž došel Brian Leiter).<sup>8</sup> Kritické vyrovnání se s Leiterovou prací mne v tomto článku povede k tomu, abych nakonec (docela „konzervativně“) obhajoval (náš) kooperační model vztahu mezi státem a církvemi. Kritické rekonstrukci Leiterovy práce bude odpovídat struktura mé práce, kdy budu postupovat od teoretických k institucionálním otázkám: nejprve bych se rád 1) pozastavil nad Leiterovou definicí náboženství, která je důležitá pro navazující otázky týkající se toho, co znamená, 2) tolerovat náboženství a 3) jaké místo by mělo náležet náboženství v ústavní demokracii.

<sup>4</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?* Princeton: Princeton University Press, 2012.

<sup>5</sup> Viz <<http://jinepravo.blogspot.cz/2013/06/co-z-knizni-produkce-za-rok-2012-stoji.html>> [cit. 2017–01–31].

<sup>6</sup> Dále viz např. EISGRUBER, Ch. L. – SAGER, L. G. *Religious Freedom and the Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007 či SCHWARTZMAN, M. What If Religion Is Not Special? *The University of Chicago Law Review*. 2012, č. 79, s. 1351–1427.

<sup>7</sup> Na rozdíl od Spojených států amerických charakterizuje náš veřejný prostor stále menší přítomnost a vliv hlavních náboženských skupin. Je ale zajímavé, že také české země mají zkušenost s tzv. kulturními válkami, které spadají již do druhé poloviny 19. století. Národní politické a kulturní elity se v této době začaly vyhraňovat vůči katolické církvi, která byla spjata s rakouským císařstvím a vymezovala se v té době vůči liberalismu. Právě to ovlivnilo dominantní mentalitu českého národa, z níž pak mohla čerpat nejen první republika, ale také komunistický režim. Blíže k tomu BALÍK, S. – FASORA, L. – HANUŠ, J. – VLHA, M. *Český antiklerikalismus*. Praha: Argo, 2015, FIALA, P. *Laboratoř sekularizace*. Brno: Barrister and Principal, 2007, PETRÁČEK, T. *Sekularizace a katolicismus v českých zemích*. Ostrava: Moravapress, 2013 či VÁCLAVÍK, D. *Náboženství a moderní česká společnost*. Praha: Grada, 2010.

<sup>8</sup> Srov. již RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

## 1. CO JE NÁBOŽENSTVÍ?

Podle Leitera zatím nebyl nikdo schopen přesvědčivě vysvětlit, proč „*bychom měli poskytnout náboženským praktikám zvláštní právní a morální zacházení*“,<sup>9</sup> respektive proč bychom měli tolerovat náboženství jako takové.<sup>10</sup> Důvodem, proč Leiter používá koncept *tolerance*, nikoliv frekventovanější koncept *neutuality*,<sup>11</sup> je to, že každý stát zastává určitou „vizi dobra“. To dokumentuje např. na rozhodnutí státu vyučovat děti Darwinovu evoluční teorii, nikoliv biblickou nauku o stvoření. Proto je základní otázkou tolerance k menšinám, které dominantní interpretaci nesdílí. Ač je jistě pravda, že určitá náboženství mohou mít s částí obsahu školních osnov problémy, již na tomto místě se vkrádá otázka, zda Leiter nepovažuje náboženství prostě za něco, co se z hlediska státu, respektive většiny jeví jako „chybné, nesprávné a nežádoucí“. Byť se současné státy chtějí profilovat jako neutrální, a proto nechtějí hodnotit náboženství z hlediska jeho pravdivosti či významu, Leiter tuto „retoriku“ dekonstruuje a odmítá. Ptá se, proč by měl stát vůbec činit výjimky z obecných zákonů pro náboženské nároky věřících. Tuto otázku je podle jeho názoru třeba tematizovat v jazyce tolerance, nikoliv neutuality. Jak na to ale upozornil Michael W. McConnell, již v tomto představuje Leiterova práce značné vykročení z americké tradice, jež se odmítala vyjadřovat k pravdivosti a hodnotě náboženství.<sup>12</sup> Ostatně, podobný přístup zastává i evropská a česká doktrína: „*z normativního příkazu neutrality státu plyne, že stát se vzdá vyhodnocování koncepcí dobra a omezí se na zabezpečování řádu, v němž lze uskutečňovat pokojný a spravedlivý společný život osob s různým přesvědčením a žijících různými formami života.*“<sup>13</sup> Má-li být stát neutrální a nestranný, nesmí hodnotit „*legitimitu náboženských přesvědčení anebo způsobů, jakým jsou*

<sup>9</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 7.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 15. Leiter vychází z definice tolerance Bernarda Williamse a ptá se po tom, proč bychom se neměli snažit vymýtit názory a praktiky, se kterými nesouhlasíme, tj. hledá „čistou či principiální toleranci“.

<sup>11</sup> K obhajobě tohoto přístupu srov. KOPPELMAN, A. *Defending American Religious Neutrality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.

<sup>12</sup> Rozhodně není podle McConnella pravdou, že by právo jednalo s náboženstvím jako s něčím špatným či nežádoucím. Naopak, současné ústavní demokracie chtějí chránit práva lidí sledovat své vlastní porozumění pravdě, a to v mezích společného dobra. Srov. MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?* *The Yale Law Journal*. 2013, č. 123, s. 777–781. Lze proto říci, že dominantní koncepce tolerance v ústavních demokraciích se odlišuje od té, kterou zastává Leiter. Pojem tolerance totiž můžeme chápat ve čtyřech hlavních významech (srov. FORST, R. *Tolerance*. In: ZALTA, E. N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2012 Edition). Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/tolerance/>>: 1) dovolení (týká se vztahu většiny a menšiny, kdy většina podmíněně dovoluje menšině žít podle vlastních představ), 2) koexistence (kvůli vyhnutí se konfliktu a možnosti sledovat vlastní cíle se různé společenské skupiny domluví na jakémsi modu vivendi), 3) respekt (ti druzí jsou chápáni v recipročním smyslu jako morálně rovní) a 4) ocenění (jde navíc o etické ocenění členů odlišných skupin a jimi zastávaných koncepcí, ne jen o jejich uznání za morálně a politicky rovné, jelikož ti druzí žijí eticky atraktivní životy). Zatímco Leiter pracuje s tolerancí v prvním slova smyslu, dominantní koncepce neutuality, která nechce posuzovat pravdivost koncepcí a hodnotu životů nábožensky aktivních lidí, je založena na třetím pojetí. Tolerance v prvním slova smyslu byla na vrcholu v době etablovaných církví (otázka vztahu k náboženským menšinám), ale současná koncepce stojí na paradigmatu (rovného) práva na svobodný výkon náboženství. Je nicméně třeba upozornit, že do hry se v dnešních ústavních demokraciích v případě různých práv (např. sexuálních) menšin dostává i tolerance ve čtvrtém významu tohoto slova, což nelibě nesou mnozí konzervativní autoři. Srov. LEGUTKO, R. *Ošklivost demokracie a jiné eseje*. Brno: CDK, 2009, s. 82–109.

<sup>13</sup> WAGNEROVÁ, E. Charakteristika státu a jeho vztahu k soukromým osobám. In: *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 85.

tato přesvědčení vyjadřována“.<sup>14</sup> Podle Leitera se stát nicméně k pravdivosti či hodnotě náboženství chtít nechtít musí vyjádřit. Vždy totiž prosazuje určitou vizi dobra dominantní skupiny, jejíž součástí bude i názor na náboženství. Otázkou tudíž musí být, co je na náboženství tak zvláštního, že si zasluhuje toleranci? V následujících odstavcích se proto budu zabývat dvěma hlavními rysy náboženství.

Leiter považuje náboženství za součást širší kategorie, kterou je *svědomí*.<sup>15</sup> Pro všechna náboženství je typická instrumentální racionalita typu: pokud chceš být spasen či vykoupen, musíš činit X.<sup>16</sup> Je-li z morálního pohledu na náboženských přesvědčeních a praktikách něco důležitého, co si z hlediska práva vyžaduje pozornost, jsou to nároky svědomí, jež náboženství klade na věřící.<sup>17</sup> Náboženství má tak co do činění se závazností určitých příkazů, kterou věřící zakouší; tyto příkazy (svědomí) samozřejmě nemají zdroj jen v náboženství, a proto judikatura „nenáboženským“ výhradám svědomí také poskytuje ochranu. Proti Leiterově koncepci lze říct, že se náboženství netýká jen morálního tázání se po tom, co je dobré a špatné.<sup>18</sup> Za Leiterovým pojetím („náboženských stavů myslí“) stojí implicitní sociální ontologie, podle níž je třeba náboženství rozumět jako systému tvrzení, věr nebo čistě jen vnitřních impulsů. Kořeny tohoto chápání mají svůj původ v moderní době, zvláště pak v protestantském světě, jelikož třeba Tomáš Akvinský pojímal náboženství jako zvláštní ctnost, tj. jakožto jistý zvyk, který je dán opakováním určitého jednání, jež se nevyhnutelně týká i těla.<sup>19</sup> Širší pojetí náboženství je patrně zejména v evropské ústavní dogmatice, která tradičně odmítá náboženství redukovat na vnitřní přesvědčení, nýbrž zdůrazňuje také navenek orientované jednání.<sup>20</sup> Tyto praktiky pak mnohdy mají spíše rituální než etickou povahu a jsou zakořeněny v náboženských společenstvích. Problémem nejen Leiterova, ale širěji také liberálního pojetí náboženské svobody může být to, že není schopno zachytit více na praktikách, tradicích a rituálech založená náboženství, nýbrž chrání toliko praktiky, které jsou předmětem bezpodmínečných závazků. Mnohé hodnotné náboženské praktiky nejsou ale předmětem závazků; to však ještě neznamená, že by nevyjadřovaly ústřední náboženské hodnoty.<sup>21</sup>

Náboženství je navíc Leiterem chápáno příliš individualisticky, přestože je na něm tak důležitá jeho komunitní a rituální dimenze. Jak uvádí John Finnis, náboženství je třeba

<sup>14</sup> *Bayatyan proti Arménii*, rozsudek velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva, 7. 7. 2011, č. 23459/03, § 120.

<sup>15</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 29–30. Lze nicméně říct, že by si pojem svědomí žádal podrobnější tematizaci, než kterou Leiter nabízí. Leiterova definice svědomí je též velice široká, protože pod ní zařazuje třeba nároky založené na rodinné tradici, zvyky osamělého excentrika nebo názory marxisty. Široký rozsah svědomí pak bude samozřejmě přinášet více konfliktních otázek týkajících se ochrany a omezování nároků svědomí.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 45.

<sup>17</sup> Podobný důraz na svědomí u mnoha dalších autorů, srov. např. NUSSBAUM, M. *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*. New York: Basic Books, 2008 či TAYLOR, Ch. – MACLURE, J. *Secularism and Freedom of Conscience*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009. Ronald Dworkin zase na tomto místě mluví o právu na etickou nezávislost. Srov. DWORKIN, R. *Religion without God*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.

<sup>18</sup> MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 784, KOPPELMAN, A. How Shall I Praise Thee – Brian Leiter on Respect for Religion. *San Diego Law Review*. 2010, č. 47, s. 962–970.

<sup>19</sup> Srov. CAVANAUGH, W. T. *The Myth of Religious Violence*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 67.

<sup>20</sup> DOE, N. *Law and Religion in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 23–28.

<sup>21</sup> LABORDE, C. Religion in the Law: The Disaggregation Approach. *Law and Philosophy*. 2015, č. 34, s. 584–590.

spíše než se svědomím spojovat s aktivitami, které přesahují jednotlivce směrem ke společenské a veřejné úrovni.<sup>22</sup> Vydeme-li z historické zkušenosti naší země, pak je možné si všimnout toho, že důraz na svobodu svědomí a s tím spojená převaha individuálních konfesních norem, které vymezují právní postavení jednotlivce (tj. normy, které se týkají úrovně věření, nikoliv jeho vnějších společenských a kulturních projevů), ale již ne (kolektivní) práva církví a náboženských společností, byl použit komunistickou mocí jako jeden z nástrojů sekularizace společnosti.<sup>23</sup> Byť se toto stalo v totalitním a autoritativním režimu, platí, že i sekulární stát v demokratickém režimu může náboženství odsunout zcela na okraj společenského života a stát se mašinou na sekularizaci. K tomu může dojít tehdy, pokud stát, který má v současnosti na celou společnost zásadní vliv, neboť přebírá od náboženství mnoho jeho tradičních sociálních funkcí, přestane být citlivý k sociální, historické a právní dimenzi náboženství a ochotný ke spolupráci s ním, ale začne vnímat náboženství jen jako soukromou, osobní a psychologickou věc jednotlivce.<sup>24</sup>

Leiter pak při své snaze definovat náboženství postupuje dál k ještě kontroverznějším tvrzením, když přebírá názor kanadského filosofa Timothy Macklema, dle něhož náboženské přesvědčení charakterizuje především to, že je založeno na víře, nikoliv na rozumu. Z toho Leiter odvozuje důležitý závěr: náboženské přesvědčení kladou 1) kategorické požadavky na jednání (viz předchozí dva odstavce o svědomí), aniž by však pro ně 2) poskytovaly důvody, které jsou normální v dalších oblastech poznání světa.<sup>25</sup> Jsou tak izolovány od běžných standardů dokazování a racionálního ospravedlnění, které jsou vlastní *common sensu* i vědám.<sup>26</sup> Právě to podle Leitera odlišuje náboženské tradice

<sup>22</sup> FINNIS, J. Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention? *The American Journal of Jurisprudence*. 2009, č. 54, s. 61. K mnohosti rolí, které náboženství může v lidském životě hrát, pak srov. MCCONNELL, M. W. The Problem of Singling out Religion. *De Paul Review*. 2000, č. 50, s. 42.

<sup>23</sup> Srov. JÄGER, P. Svoboda vyznání a právní poměry církví a náboženských společností v letech 1948–1989. In: *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova Univerzita, 2009, s. 777–778. V české Listině proto podle mého názoru správně koexistují svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání na jedné straně a kolektivní a korporátní náboženská svoboda na straně druhé.

<sup>24</sup> Srov. BERMAN, H. J. *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*. Grand Rapids: Eerdmans, 1993. Viz též MCCONELL, M. W. Old Liberalism, New Liberalism, and the People of Faith. In: *Christian Perspectives on Legal Thought*. New Haven: Yale University Press, 2001, s. 5–24.

<sup>25</sup> Christopher J. Eberle ovšem upozorňuje na to, že z toho, že náboženství obsahuje některé kategorické požadavky a některá empiricky neprokazatelná tvrzení, ještě neplyne existence nějakých kategorických požadavků, které by nešlo prověřit. I kdyby byla některá základní náboženská tvrzení přijímána dogmaticky, bez ověření, tak to ještě neznamená, že mezi ně budou spadat partikulární normy náboženstvím požadovaného chování. Naopak u nich lze očekávat, že projdou testem *common sensu*. To, že by náboženství mělo charakterizovat spojení těchto dvou charakteristik, je proto nepřesvědčivé. Srov. EBERLE, Ch. J. Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion. *San Diego Law Review*. 2014, č. 51, s. 1011–1016.

<sup>26</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 34. Leiter dále diskutuje další možný prvek definice náboženství (metafyzické úvahy o posledních věcech; dále pak ještě zmiňuje útěšnou funkci, kterou však v dnešní kultuře neposkytuje jen náboženství). Ten odmítá, protože je jen variací na to, že náboženská přesvědčení jsou izolována od běžných standardů dokazování. Metafyzické úvahy nemají žádnou oporu v empirii, a proto je k nim Leiter stejně podezřívavý jako k náboženství. V tomto můžeme říci, že je Leiterův „pozitivistický nietzscheismus“ další mutací scientismu, který za epistemologicky podezřelý považuje veškerá náboženská a metafyzická učení. Leiter dále uvádí, že to, že náboženství v sobě obsahuje různé pohledy na poslední realitu, není vlastní jen náboženství; takové názorové systémy mohou být chráněny skrze ochranu svědomí, a proto metafyzická učení nemohou být zvláštním důvodem pro toleranci náboženství jakožto náboženství. Eberle ovšem namítá, že Leiterovi uniká, že náboženské normy mají právě kvůli svému vztahu k poslední realitě kategorickou závaznost. Jsou totiž pro věřícího cestou za svým štěstím (přátelství s Bohem). Odtud jejich normativní váha. Tu Leiter nedokáže vysvětlit. Viz EBERLE, Ch. J. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 993.

od marxismu a podobných ideologických věr (ty jsou empiricky vyvratitelné): člověk něčemu věří nezávisle na důkazech a důvodech, které jsou s danou vírou v rozporu či ji alespoň nepodporují. Realita nemá žádný vliv na možnost revize náboženských přesvědčení pod vlivem empirické evidence.

Americký politický teoretik Christopher J. Eberle, autor jedné z nejlepších knih o místě náboženských argumentů ve veřejném prostoru,<sup>27</sup> ve své recenzi Leiterovy knihy upozornil, že Leiter vychází z toho, že náboženství je specificky defektní ve své epistemologii.<sup>28</sup> Právě nerozumnost náboženských přesvědčení se Leiterovi stává důvodem, aby náboženství nemělo v ústavní demokracii zvláštní postavení ve formě zakotvení náboženské svobody.<sup>29</sup> Podle Eberleho je však charakterizace náboženství jako něčeho izolovaného od empirické evidence nepřesvědčivá.<sup>30</sup> Eberle nejprve poznamenává, že tento výrok nelze tvrdit, aniž by se pro něj poskytly nějaké empirické důkazy. To Leiter nečiní a jen přebírá výše zmíněný Macklemův názor, který je však s ohledem na celou historii uvažování o vztahu rozumu a víry mimořádně kontroverzní.<sup>31</sup> Leiter sice dává určité příklady, kdy by měla být náboženská tvrzení izolována od empirické evidence (např. vzkříšení Krista, které je založeno pouze na výpovědi svědků, či víra v zázraky), ale i v těchto případech je nechtějí ti, kdo v ně věří, vyčlenit z procesu dávání důvodů a dokazování. Novodobý tomismus či reformovaná epistemologie Williama Alstona, Alvina Plantingy a Nicholase Wolterstorffa se např. snaží ukázat, že náboženská přesvědčení mohou naplnit obhajitelné standardy racionality. Leiter se s nimi nicméně nepokouší vyrovnat, neboť podle něj jde v jejich případě toliko o útok na „*osvícenstvím ověřené pojetí důkazu*“.<sup>32</sup> Dále z jeho strany veškeré argumenty končí, a proto není možno říct, že by se mu podařilo prokázat tvrzení o defektnosti epistemologie náboženství. Eberle navíc poukazuje na skutečnost, že věřící lidé byli v průběhu historie vedeni vědou a *common sensem* k revizi a odmítnutí mnoha náboženských nároků (např. postavení Země ve vesmíru, vznik života).<sup>33</sup> Ač by tyto nároky Leiter nepovažoval za ty (nábožensky) nejzásadnější, filosofická reflexe může dokonce vést i ke změně koncepce Boha (Eberle zmiňuje všemohoucnost Boha). Proto Eberle uzavírá, že Leiterovo pojetí náboženství je fikcí a nepo-

<sup>27</sup> EBERLE, Ch. J. *Religious Conviction in Liberal Politics*. Cambridge: CUP, 2002. K ní viz MALÝ, V. – DUFEK, P. Náboženské rationale v liberální demokracii: Vyloučení, zahrnutí a hledání třetích cest. *Sociální studia*. 2013, č. 10, s. 61–83.

<sup>28</sup> EBERLE, Ch. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 984.

<sup>29</sup> MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 786.

<sup>30</sup> Dále sleduji EBERLE, Ch. J. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 999–1011.

<sup>31</sup> Jak uvádí Rafael Domingo, lze mluvit o *supraracionalitě* náboženství, která se týká přesvědčení, která nejsou ospravedlnitelná samotným rozumem, ale zároveň nejsou v konfliktu se závěry, ke kterým rozum může dojít. Srov. DOMINGO, R. *Why Tolerate Religion? First Things*. 27. 2. 2015.

<sup>32</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 81.

<sup>33</sup> Leiter považuje za jediný zdroj poznání vědu a *common sense*. Pro to ale neposkytuje dostatečné množství argumentů a spíše odkazuje na vágní filosofický konsenzus. Dále lze poznamenat, že se různé náboženské tradice liší v tom, jak jsou ochotny akceptovat poznatky moderních věd. Podle McConnella je chápání izolace od evidence jako definičního znaku všech náboženství mylné. Je též sporné, zda lze standardy přírodních věd „*aplikovat na předměty jako estetika, morálka, hodnoty, láska, důvěra a konečný význam věcí*“. Na všechny tyto otázky nelze odpovědět s vědeckou evidencí, a proto nemá smysl odpovědi na ně kritizovat, pokud vědeckých standardů nedosahují. McConnell proto uzavírá, že Leiter prostě odmítá připustit existenci nemateriální reality, na které stojí náboženská přesvědčení, aniž by pro to byl schopen poskytnout adekvátní důvody. Je proto mnohem lepší vycházet z premisy, že lidé mohou rozumně nesohlasit s pravdivostí různých nároků náboženství. Srov. MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 787–789.



pisuje vlastně nic, co by se blížilo realitě.<sup>34</sup> Je spíše výrazem dominantního pocitu mezi analytickými filozofy současnosti. Řečeno s kanadským filozofem Charlesem Taylorem, hegemonickým postojem v akademické sféře se dnes stala uzavřenost k možnosti existence něčeho transcendentního doprovázená pocitem, že (domnělý) fanatismus náboženství ohrožuje dobra současného morálního řádu společnosti a všeobecný blahobyť, jemuž si vědecký rozum klade za cíl sloužit.<sup>35</sup>

Byť jsem alespoň krátce přistoupil na „Leiterovu hru“ a pokusil jsem se uvést některé argumenty proti jeho pozici, osobně se domnívám, že celá druhá část Leiterovy definice náboženství je pro právo a pro ospravedlnění práva na náboženskou svobodu irelevantní. Rozhodující je totiž jen to, že stát není oprávněn k tomu, aby ve věci existence Boha zaujal konečnou pozici. Proto by měl také připustit možnost jeho existence.<sup>36</sup> Stát by se neměl pokoušet spor mezi materialistickými (naturalistickými) a metafyzickými (náboženskými) pojetími světa rozhodnout, a proto by měl také respektovat a chránit lidi, kteří zastávají různé filozofické a náboženské pozice. Pokud neškodí společnému dobru, lidé by měli mít právo žít tak, jako by Bůh existoval. Z hlediska práva nepotřebujeme žádné vědecké důkazy pro Boží existenci, které ostatně ani nikdo není schopen přinést, nýbrž postačí pouze to, že víra v Boha činí určitou skupinu lidí lidštější, čímž více slouží společnému dobru.<sup>37</sup> To nás přivádí k otázce po tom, zda a jaké máme důvody pro toleranci náboženství.

## 2. TOLEROVAT NÁBOŽENSTVÍ?

Poté, co jsem se věnoval Leiterově diskusi o vymezení pojmu náboženství, bych se rád v následujících dvou částech koncentroval na praktičtější úseky jeho práce: nyní se zaměřím na jeho argumenty týkající se toho, proč tolerovat náboženství.<sup>38</sup> Leiter nechce být k náboženství netolerantní, ale nechce mu též poskytovat jakákoliv privilegia. Zkoumá proto tři argumenty pro principiální toleranci:<sup>39</sup> první má svůj původ u Rawlse, druhý u Milla a třetí v utilitaristické tradici. První a třetí argument jsou argumenty morálními,

<sup>34</sup> EBERLE, Ch. J. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 1011.

<sup>35</sup> Srov. TAYLOR, Ch. *A Secular Age*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007, s. 546–549.

<sup>36</sup> Ochrana náboženství by tak měla být založena na možnosti existence transcendence, protože, jak na to upozornil španělský právní teoretik Rafael Domingo, idea transcendence má právní důsledky, které ochrana imanentních náboženství nemá, stejně jako ochrana párů s dětmi má širší právní význam než ochrana bezdětných párů. Podle Dominga pojmání náboženství jen jako imanentního fenoménu a nemožnost právní ochrany transcendence přestavuje neospravedlnitelný redukcionismus, uvalení sekulárního náboženství. Viz DOMINGO, R. A New Global Paradigm for Religious Freedom. *Journal of Church and State*. 2013, č. 56, s. 432.

<sup>37</sup> K argumentům tímto směrem srov. DOMINGO, R. *God and the Secular Legal System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 49–56.

<sup>38</sup> V dalším výkladu pomínu Leiterovu tematizaci autorů, kteří se domnívají, že morálním základem práva na náboženskou svobodu by měl být respekt. V návaznosti S. Darwella je možno odlišovat minimální respekt uznání (*recognition respect*; ten se neliší od Leiterovy tolerance) a pozitivnější respekt zhodnocení (*appraisal respect*), kterého se ale podle Leitery po vědecké revoluci a osvícenství těžko může náboženství dostat. Na druhou stranu se Leiter ani nepokouší argumentovat, že by předmětem respektu zhodnocení měl být ateismus. Předmětem tohoto respektu by náboženství mohlo být jen kvůli svým pozitivním důsledkům. Pro to ale podle něj neexistuje dostatek důkazů. Srov. LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 68–91. Kriticky k tomuto přístupu viz již KOPPELMAN, A. *How Shall I Praise Thee – Brian Leiter on Respect for Religion*, s. 970–978.

<sup>39</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 15–25 a 54–67.

Millův argument je epistemický. Rawlsův argument vychází z jeho představy původní pozice, v níž by strany za závojem nevědomosti vybraly principy, které by jim pak mj. garantovaly i morální a náboženské svobody.<sup>40</sup> Podle Leitera ovšem původní pozice může vést toliko k přijetí práva na svobodu svědomí, ale neposkytuje žádný důvod pro vyčlenění náboženství.<sup>41</sup> Byť je možno souhlasit s Leiterem, že se Rawls nezabývá odlišností náboženských a morálních závazků, strany za závojem nevědomosti nebudou vědět, zda budou či nebudou věřit v Boha. Proto pro ně může mít ochrana náboženské svobody značný smysl, když se náboženství týká nejdůležitějších dober v životě člověka.<sup>42</sup>

Millův epistemický argument, jenž zdůrazňuje přínos tolerance jiných názorů a praktik pro poznání pravdy, Leiter také odmítá, nicméně opět na základě předpokladu, že náboženské názory jsou epistemologicky defektní, a proto těžko přispějí k poznání pravdy. I kdybychom podle Leitera připustili, že existují důvody pro toleranci jiných epistemicky relevantních úvah než těch, které jsou založeny na *common sensu* a vědách, není zde žádný důvod, abychom z nich vyčlenili náboženství. Ani utilitaristické argumenty pak nevyčleňují náboženství k zvláštnímu zacházení.<sup>43</sup> Přesto platí, že lidé jsou šťastnější a naplněnější, nejsou-li nuceni přijmout státem prosazované životní styly. To však ještě neposkytuje důvody pro toleranci náboženství jakožto náboženství. Je-li totiž náboženství charakterizováno kombinací kategorických požadavků a izolovaností od běžných standardů evidence a má-li toto spojení velký potenciál pro působení škod obecnému blahobytu, stěží podle Leitera utilitaristický argument najdeme. Ač může být kategoričnost zdrojem mnoha heroických činů, není motivační síla náboženství vždy jen pozitivní. Těžko lze též nárokovat privilegovanou pozici pro něco, co není možno přezkoumat standardními vědeckými názory či z hlediska *common sensu*. Nepomůže ani skutečnost, že náboženství poskytuje věřícím útěchu. Jednak platí, že milionům lidí dnes existenciální útěchu neposkytuje náboženství, jednak je velice těžké určit, zda naplnění útěchy přináší více užitku než škod, jež plynou z kombinace kategorických požadavků a izolovaností od běžných standardů evidence.<sup>44</sup>

Nepřijmeme-li ale Leiterovu definici náboženství, existují dobré *konsekvencialistické* důvody pro pozitivní přístup k němu. Přinášelo-li by náboženství pozitivní účinky, pak by bylo možné se k němu chovat privilegovaným a příznivým způsobem.<sup>45</sup> Jak uvádí Christopher J. Eberle, náboženství v prvé řadě poskytuje útěchu lidským bytostem tváří v tvář smrti a utrpení, a proto je jeho privilegování a podpora pro společnost nakonec dobrá. K tomu lze však připočítat mnohé další faktory. Bude-li stát užívat svou donucovací moc, aby nutil občany k porušování náboženských norem, způsobí odcizení, frustraci a hněv velké skupiny lidí. Toto odcizení je pravděpodobnější kvůli tomu, že nedodržování těchto norem je pro věřící mnohem důležitější než pro nevěřící, protože s sebou přináší mnohem závažnější konsekvence (např. i na onom světě). Proto musí mít státy zájem na dobrých vztazích a kooperaci s náboženstvími. Existují tak vynikající konsekvencialistické důvody pro privilegovaný status náboženství. Navíc je náboženství

<sup>40</sup> RAWLS, J. *A Theory of Justice*, s. 206.

<sup>41</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 17 a 54–55.

<sup>42</sup> MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 791–792.

<sup>43</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 17.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 63.

<sup>45</sup> Dále sleduji EBERLE, Ch. J. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 1016–1029.

korelováno s celou řadou společensky prospěšných dober.<sup>46</sup> Užítky z těchto dober se přitom netýkají jen věřících, ale těží z nich celá společnost. Byť tento argument nepřesvědčí skeptiky, jde o důvěryhodný sekulární argument pro náboženskou svobodu.<sup>47</sup> I prominentní čeští autoři píšící o náboženské svobodě ostatně používají argument tohoto typu, když uvádějí, že náboženská činnost „*prospívá všem řádným občanům, neboť [...] velikou službu náboženská společenství celé společnosti poskytují v boji se zločinností, závislostmi [...] a v prevenci proti nim, [...] resocializační péči osobám po výkonu trestu odnětí svobody, v péči o bezdomovce a uprchlíky, v péči o osoby vyššího věku a bezmocné osoby poskytované v biblickém duchu, v další rozmanité charitativní činnosti, v hospicové péči o nevláčetelně nemocné, jejímuž organizování se věnují právě členové náboženských společenství, v posilování stability manželství a rodiny, při ochraně lidského života a jeho důstojnosti i při prosazování harmonického vztahu k přírodě a životnímu prostředí a jako důležitý spolutvůrce národní kultury.*“<sup>48</sup> Právě díky těmto činnostem mnozí liberálové chápou, že se společnosti prostě činnost církví a náboženských společností vyplatí, a proto jsou ochotni akceptovat právo na náboženskou svobodu. Různé druhy konsekvencialistického uvažování budou v ospravedlnování ústavního zakotvení tohoto práva stále více dominantní i proto, že již nebude možno používat (často užívaný) argument, že po dekadách náboženské perzekuce ze strany komunistického režimu bylo jediným možným způsobem revitalizace náboženství zakotvení náboženské svobody.<sup>49</sup> Je možno podle mého názoru očekávat, že v době svobody bude užíván především výše zmíněný konsekvencialistický argument.

### 3. MÍSTO NÁBOŽENSTVÍ V ÚSTAVNÍ DEMOKRACII

V poslední části své knihy Leiter představuje svoje pojetí právní regulace náboženství v tolerantní společnosti. V této části dovádí do důsledků svoje závěry z předcházejících částí. Zatímco tyto části Leiterovy knihy jsem se výše pokoušel z různých stran kritizovat, v této části spíše ukážu, že některé z konsekvencí, k nimž Leiter dochází, nejsou dokonce až tak radikální, jak by se z dikce Leiterovy knihy mohlo na první pohled zdát. Jiné

<sup>46</sup> Eberle zde navazuje na R. Starka a R. Putnama, kteří ukázali, že věřící méně často páchají trestnou činnost, více se angažují v dobrovolnické činnosti, ochotně přispívají na charitativní sbírky či jsou jejich manželské svazky stabilnější. Srov. STARK, R. *America's Blessings: How Religion Benefits Everyone Including Atheists*. Conshohocken: Templeton Press, 2012 či PUTNAM, R. – CAMPBELL, D. F. *American Grace: How Religions Divides and Unites Us*. New York: Simon and Schuster, 2010, cit. dle EBERLE, Ch. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 1020.

<sup>47</sup> Kromě toho existují i náboženské argumenty pro náboženskou svobodu. Viz EBERLE, Ch. *Religion and Insularity: Brian Leiter on Accommodating Religion*, s. 1023–1029. Z amerického prostředí lze zmínit především práce N. Wolterstorffia, mnohé argumenty též plynou z příspěvků papeže Benedikta XVI. Blíže viz WOLTERSTORFF, N. *Understanding Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, WOLTERSTORFF, N. *The Mighty and the Almighty: An Essay in Political Theology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012 a CARTABIA, M. – SIMONCINI, A. (eds). *Pope Benedict XVI's Legal Thought: A Dialogue on the Foundation of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

<sup>48</sup> TRETERA, J. R. – HORÁK, Z. *Konfesní právo*. Praha, 2015, s. 49.

<sup>49</sup> Podle ustálené dogmatiky základních práv stát nejen nesmí do náboženské svobody zasahovat, nýbrž má i povinnost aktivně výkon tohoto základního práva zajišťovat, zejména ochranou před rušivými zásahy třetích osob. Srov. JÄGER, P. Svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání. In: *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 372. Ústavní zakotvení náboženské svobody v její negativní i pozitivní dimenzi poskytl silný impuls i pro kooperace státu s náboženskými společnostmi.

důsledky jeho uvažování by naopak mohly vést k etablování sekularismu. Leiter vychází z toho, že existují dobré důvody pro ústavní garanci svobody svědomí, a proto se ptá na širší možných výjimek z obecně platných zákonů z důvodu svědomí (tj. v naší terminologii tzv. výhrad svědomí).<sup>50</sup> V tomto kontextu odmítá možnost univerzálních výhrad svědomí, jelikož by to představovalo institucionalizaci systému občanské neposlušnosti. Je navíc obtížné dokázat, že se skutečně jedná o nárok svědomí. Příslušnost k náboženství – vzhledem k existenci textů, doktrín a příkazů – by se sice mohla zdát praktickou předností, ale vyčlenění náboženství je podle Leitera neférové. Právní ochrana svobody svědomí by se sice mohla rozšířit na všechny nároky svědomí zakotvené v komunitních a skupinových tradicích a praktikách, i tak by se s mnoha oprávněnými nároky svědomí nakládalo v rozporu s principem rovnosti.<sup>51</sup> Co je však podle Leitera důležitější, výjimky z obecně platných zákonů (dále budu používat *promiscue* pojem „náboženské výjimky“, přestože možná srozumitelnějším, avšak delším, by byl obrat „výjimky týkající se náboženských společenství“) s sebou často přinášejí břemena pro ty, kteří si žádnou výjimku nenárokují. V tom spočívá hlavní morální námitka vůči univerzálnímu poskytování „břemena přesouvajících“ náboženských výjimek.

Jako alternativa se nabízí přístup odmítající *a priori* možnost jakýchkoliv výjimek (jiná situace nastává tehdy, když náboženství žádná břemena na druhé nepřesouvají, protože pak budou náboženské výjimky možné<sup>52</sup>). Ten bude přinášet značná břemena na (náboženské) menšiny. Podle Leitera je ale lepší, pokud obecně platné zákony „nevědomky“ zatěžují nároky svědomí, než když režim výjimek „vědomě“ privileguje náboženské nároky svědomí.<sup>53</sup> Není zřejmý žádný důvod, proč by měl stát podřídit morálně důležité cíle (bezpečnost, zdraví, blahobyt nebo rovnost před zákonem) nárokům náboženského svědomí.<sup>54</sup> Na druhou stranu náboženská tolerance zabraňuje perzekuci a násilí vůči určitému náboženství.<sup>55</sup> Zákony nesmí být nástrojem pro praktikování netolerance. Náboženství má být ale vždy podle Leitera chráněno jen skrze svobodu svědomí.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 94–100.

<sup>51</sup> Je zajímavé, že Leiter připouští, že by to nemuselo být nutně fatální. Zdá se, že nakonec by podle Leitera mohly mít specifické postavení náboženské nároky svědomí a ty, které se jim podobají. Je tak otázkou, jak moc se jeho teorie odlišuje od dominantního přístupu v současnosti. Srov. MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 802.

<sup>52</sup> Jak uvádí McConnell, Leiter tak obhajuje daleko větší rozsah náboženských výjimek, než by se mohlo na první pohled zdát. V tomto smyslu by měl být např. špatně rozhodnutý klíčový soudní případ *Employment Division v. Smith* z roku 1990, který zakázal užívání peyotlu v náboženských rituálech jedné z amerických náboženských společností. Podle Leitera jsou prostě výjimky možné, pokud nepřenášejí břemena a rizika na ostatní. Srov. *ibidem*, s. 797–803. Robert Merrihew Adams zase upozornil na to, že přístup odmítající jakékoli výjimky by nebyl přijat stranami v Rawlově původní pozici, neboť tyto strany by přikládaly větší váhu minimalizaci zatěžování nároků svědomí před optimalizací různých společenských cílů. Srov. ADAMS, R. M. Brian Leiter: *Why Tolerate Religion? Notre Dame Philosophical Reviews*. 6. 1. 2013.

<sup>53</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 102.

<sup>54</sup> Zde je třeba říci, že evropská dogmatika nechápe náboženskou svobodu jako absolutní právo (kromě *fora interna* dle čl. 15 odst. 1 Listiny), které není podrobena žádným limitům. Toho výrazem jsou i znění ústavních dokumentů (např. náš čl. 16 odst. 4 Listiny), kdy legitimním účelem omezení bývají ochrana veřejné bezpečnosti a pořádku, zdraví a mravnosti nebo práv a svobod druhých. Je zajímavé, že i katolická církev ve svém koncilním dokumentu *Dignitatis humanae* hovoří o veřejném pořádku (čl. 7).

<sup>55</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 103–104.

<sup>56</sup> Podle Rafaela Dominga je ovšem sféra náboženské svobody daleko širší než sféra chráněná svobodou svědomí, protože svědomí se týká jen sféry soukromí člověka, ale v případě náboženství jde i o jeho výkon. Srov. DOMINGO, R. *Why Tolerate Religion?*

Leiter připouští, že odmítnutí jakýchkoliv náboženských výjimek se může stát prostředkem nepřiměřeného zatěžování určitého náboženství pod dojmem sledování neutrálních cílů, což je v rozporu s morálním požadavkem tolerance.<sup>57</sup> Bude nicméně těžkým praktickým úkolem rozhodnout, zda bylo neutrální kritérium pouze podtextem pro zatěžování, nebo nikoliv. Toto zatěžování a perzekvování je podle Leitera nicméně třeba odlišit od možnosti vyloučení náboženství z veřejného prostoru.<sup>58</sup> To stát zásadně učinit může, neboť svoboda svědomí ještě nezajišťuje možnost její realizace ve veřejné sféře. Otázkou ale je, nakolik mu to dovoluje princip tolerance, tj. co všechno je tímto principem chráněno.

Bylo by podivné, pokud by se princip tolerance vyčerpával toliko ochranou před zabitím či uvězněním, protože stát může být netolerantním mnoha jemnějšími způsoby. Leiter na tomto místě začíná diskutovat problematiku politického projevu, respektive právní restrikce proti veřejné obhajobě nacismu a užívání nacistické symboliky.<sup>59</sup> Ač se jedná o „netoleranci“ k nacismu, jež dopadá do svědomí jeho příznivců, jedná se v jejich případě o případy „zvráceného svědomí“, které si nezaslouží ústavní ochranu. Princip tolerance totiž operuje pod „bočními omezeními“, plynoucími z Millova principu újmy.<sup>60</sup> Stát nemá morální povinnost tolerovat akty svědomí, u nichž existuje značné riziko škody ostatním lidem a které popírají evidentní pravdy („nepravda nemusí být proto slyšena“, tj. tolerována). Vrátime-li se k otázce přítomnosti náboženství ve veřejném prostoru, nemůže být jeho vyloučení ospravedlněno jen na základě toho, že „nepravda nemusí být tolerována“. To by totiž vedlo k daleko větším restrikcím, než je nutné pro uchování veřejného prostoru, v němž občané budou spolu zacházet jako se sobě rovnými. Jedině riziko újmy může vést k vyloučení náboženství z veřejné sféry.<sup>61</sup> Tímto rizikem může být podle Leitera to, že se kvůli náboženským projevům transformuje veřejná sféra do sféry, v níž lidé interagují jen na základě svých náboženských identit.<sup>62</sup> Újma, jež hrozí, by spočívala v popření morálního ideálu rovného občanství.<sup>63</sup> Stanovit přesnou výši újmy, umožňující vyloučení náboženství z veřejné sféry, je nicméně delikátní otázkou.<sup>64</sup> Obecný zákaz projevů náboženského svědomí je podle Leitera vyloučen,

<sup>57</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 106–107.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 107–108.

<sup>59</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 109–115.

<sup>60</sup> MILL, J. S. *On Liberty*. Indianapolis: Liberty Fund, 1978, s. 9. Srov. též LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 21–25. Odkaz na Millův princip újmy se v nedávné době objevil i v judikatuře Ústavního soudu (nález sp. zn. I. ÚS 190/15 ze dne 13. 9. 2016). Uvidíme, jestli i v naší zemi bude následovat k tomuto principu rozsáhlá teoretická diskuse jako v zahraničí.

<sup>61</sup> Jak poukázal McConnell, tento princip se nevymyká standardnímu přístupu v ústavních demokraciích, v nichž ústavy obecně chrání výkon náboženství do té míry, do jaké neohrožuje veřejný pořádek. Srov. MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 803.

<sup>62</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 112.

<sup>63</sup> Proti tomu lze ale říci, že si lze nejen představit náboženství, jež by ze svých vlastních pozic (tj. na základě své náboženské identity) umožnila hájit morální ideál rovného občanství, ale že objevení se a vývoj náboženské svobody v architektuře ústavních demokracií dosvědčuje právě existenci takových náboženství.

<sup>64</sup> K tomu, jak je nejasné, co vlastně újma znamená, zvláště pak v podmínkách (velice odlišných od těch, kdy Mill formuloval svůj princip újmy), kdy státní regulace diktuje podmínky různých ekonomických a dalších transakcí (a to za porušení nároků svědomí některých osob), viz MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 804–805. McConnell např. zmiňuje případ svatebního fotografa, který odmítl fotit svatbu osob stejného pohlaví, přesun nákladů získání antikoncepce z uživatele na zaměstnavatele v rámci povinného zdravotního pojištění či ustanovování duchovních církvemi a náboženskými společnostmi.

jelikož náboženství princip újmy obvykle neporušují. Stát nemůže zatěžovat nároky svědomí, jestliže se nedostanou do konfliktu s principem újmy. Proto se zdá, že Leiterův přístup je k možnosti náboženských výjimek otevřenější, než se na první pohled z rétoriky knihy zdá.<sup>65</sup> Na druhou stranu je pro Leitera legitimní přístup, který odmítá jakékoliv výjimky, ledaže by vznikla pochybnost, že stát sleduje dovolený a neutrální cíl.<sup>66</sup>

Kromě otázky náboženských výjimek se Leiter zabývá i možností podpory určitého náboženství, respektive omezením podpory plynoucím z principu tolerance svobody (náboženského) svědomí.<sup>67</sup> S tímto principem není podle jeho názoru v rozporu to, kdy stát vůbec nepodporuje náboženství, nýbrž podporuje nenáboženské myšlenkové systémy. Platí totiž, že liberální státy obecně nepodporují neliberální nároky svědomí, ale snaží se prosazovat hodnoty a světonázory, stojící na hodnotách rovnosti, demokracie a svobody, ač mohou být v rozporu s nároky svědomí některých občanů.<sup>68</sup> Státu je podle Leitera vždy vlastní podpora určité vize o veřejném dobru, společenském blahobytu a lidském naplnění.<sup>69</sup> Podpora této vize se realizuje právě ve školách. Proto je zcela v pořádku, pokud chce stát vyučovat a prosazovat sekularismus. Stát proto může přijmout „vizi dobra“, podle níž jsou náboženská vysvětlení vzniku světa mytologiemi, a prosazovat ji ve státních školách.<sup>70</sup> Podobně může být náboženským skupinám znemožněno

<sup>65</sup> MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 807.

<sup>66</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 115.

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 115–130.

<sup>68</sup> *Ibidem*, s. 117. Je ale otázkou, zda hodnoty typu rovnosti, demokracie a svobody jsou čistě jen monopolem liberální myšlenkové tradice. Spíše je podle mého názoru přesnější říci, že západní demokracie vznikly na základě názorové shody zástupců různých tradic politického myšlení (tj. např. v poválečném Německu šlo o liberální, socialistickou a křesťanskou tradici přirozeného práva). Srov. KOMMERS, D. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997, s. 31–32.

<sup>69</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 122. Zde se Leiter paradoxně v jistém slova smyslu shodne s mnoha kritiky liberalismu, kteří jsou ale o něco subtilnější ve svých vyjádřeních. Podle nich má stát zásadní odpovědnost za pravdu, není však jejím hlavním zdrojem a garantem, ale mediátorem. Podle předního amerického teologa Davida L. Schindlera je každý stát vždy založen na určitých metafyzických předpokladech, a proto se nakonec vždy s určitou vizí dobra musí ztotožnit. Chtě nechtě bude vždy privilegiovat určitou formu náboženství (či filosofie, tj. i scientismu) ve svém ústavním pořádku. Srov. SCHINDLER, D. L. – HEALY, Jr., N. J. *Freedom, Truth, and Human Dignity*. Grand Rapids: Eerdmans, 2015. Zatímco Leiter současné trendy uvnitř ústavních demokracií vítá, kritici liberalismu uvádějí, že se současné ústavní demokracie nacházejí v krizi právě kvůli stále vyhocnějšímu prosazování liberálních principů. DENEEN, P. *Conserving America?* South Bend: St. Augustines Press, 2016. I podle umírněnějších autorů mnohé problémy nastávají kvůli tomu, že liberální principy se stávají v právu stále explicitnějšími, což brání kompromisům mezi různými společenskými skupinami. Srov. PLANT, R. *Religion in a liberal state*. In: *Religion in a Liberal State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 11–12.

<sup>70</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 121. Ač je možno chápat důvody (např. rozšířenost kreacionismu a inteligentního designu), proč Leiter považuje za důležité zdůraznit tuto skutečnost (náboženská vysvětlení vzniku světa jsou mytologiemi), je třeba říct, že klasická křesťanská metafyzika rozlišuje mezi tajemstvím existence a otázkami po původu (světa, života a člověka). Myšlenka stvoření se týká jen prvního (jde tak o metafyzickou koncepci), a proto jí nejde o vědecké vysvětlení světa, ale odpovídá na jinou otázku. K tomu srov. HART, D. B. *The Experience of God*. New Haven: Yale University Press, 2013 a HART, D. B. *A Splendid Wickedness and Other Essays*. Grand Rapids: Eerdmans, 2016, s. 10. Stejně jako Richardu Dawkinsovi i Leiterovi toto rozlišení uniká. Naopak většina křesťanských církví dnes s vědeckými vysvětleními světa nemá problém; ten ale nastává tehdy, pokud by se nepřipustilo jiné užití rozumu než to, které bylo formováno přírodní vědou, respektive pokud by se nepřipustilo to, že se ve státních školách může projevat více metafyzických učení, tj. pokud by se stát s jedním z těchto učení ztotožnil. To by vedlo k metafyzickému monismu (za dominance scientismu či pozitivismu, ztotožnil-li by se stát s Leiterovou vizí); je to ale právě pluralita různých metafyzických tradic, která je zdrojem pluralismu názorů i pluralismu různých životních stylů, neboť různá náboženství a také filosofie (srov. k tomu především práce Pierra Hadota) představují odlišné cesty ke štěstí.

využívat univerzitní prostory pro propagaci svých názorů. Vyhnout se tomu, aby veřejná kultura národa ovlivňovala uspořádání vzdělávání dětí, je podle Leitera nemožné, a proto je třeba se soustředit toliko na garanci svobody svědomí. Stát tak nemůže bránit věřícím vyjadřovat svá přesvědčení v soukromí a na veřejnosti.

S principem tolerance není na druhou stranu v rozporu zavedení státního náboženství, jestliže nezatěžuje nenáboženské nároky svědomí a nejde proti principu újmy.<sup>71</sup> Leiter na tomto místě poukazuje na zkušenost mnoha západních zemí se zavedenými církvemi, v nichž je ale poskytována silná ochrana svobodě svědomí. Přesto jsou tu dobré důvody pro to, aby bylo ustavení státního náboženství bráněno, což vyplývá již z toho, co Leiter obecně o náboženství říká.<sup>72</sup> Tyto důvody lze ostatně najít i v samotné ústavní tradici neutrality státu a náboženské svobody.<sup>73</sup> Tato tradice směřuje odlišným směrem než Leiterova obhajoba principu tolerance. Ačkoliv Leiter připouští možnost ustavení náboženství, pravým důvodem, který za jeho koncepcí stojí, je možnost ustavení sekularismu. Právě proto útočí na moderní ústavní doktrínu neutrality státu k náboženství. Ta nemůže zabraňovat rovnému přístupu do veřejných zařízení různým skupinám na základě jejich náboženské příslušnosti. Nepokouší se také podporovat ani vyučovat sekularismus na úkor náboženství (a naopak), jelikož mu to ústava zapovídá. Pro pluralistické státy dneška se proto Leiterova tolerance může zdát krokem zpět. S prosazováním určité ideologie ze strany státu máme i u nás svoje zkušenosti, a proto se nakonec Leiterova teze jeví méně přesvědčivá, než by se na první pohled mohlo zdát. Právě kvůli této zkušenosti náš Ústavní soud zdůrazňuje, že sekulární charakter našeho státu „*neznamená ztotožnění se s ideologií sekularismu, chápaného jako aktivní zaměření veřejné moci na vyloučení náboženství z veřejného života*“.<sup>74</sup> Je to právě ideologicky a nábožensky neutrální stát, který brání jakékoliv indoktrinaci ze strany státu. Na druhou stranu to ale nevylučuje, že tento stát bude mít pozitivní vztah k různým náboženstvím, který je dán jejich přínosem ke společnému dobru. Kooperační model vztahu státu a církve znamená, že se stát snaží jednat rovným způsobem ke všem náboženským společnostem a není ani zcela netečný k názorům jejich představitelů a členů při formulaci a interpretaci veřejných politik (usiluje minimálně o široký režim výhrad svědomí, a to nejen pro příslušníky náboženství, ale pro příslušníky různých filosofických a světonázorových směrů).<sup>75</sup> Podle naší ústavní dogmatiky má dokonce pozitivní závazek chránit ústavně zaručené právo na náboženskou svobodu. S ohledem na historickou zkušenost naší země i výše rozebrané argumenty se mi nezdá příliš přesvědčivé tento model pod vlivem názorů Briana Leitera měnit.

<sup>71</sup> LEITER, B. *Why Tolerate Religion?*, s. 118. Podobně by s principem tolerance nebylo v rozporu ani zavedení ateismu. Jinak řečeno, etablování náboženství i ne-náboženství s tímto principem mohou být v zásadě kompatibilní.

<sup>72</sup> *Ibidem*, s. 129.

<sup>73</sup> Dále sleduji MCCONNELL, M. W. *Why Protect Religious Freedom?*, s. 808–810.

<sup>74</sup> K české doktríně ideologicky a nábožensky neutrálního státu viz body 303–322 nálezu sp. zn. Pl. ÚS 10/13 ze dne 29. 5. 2013 (N 96/69 SbNU 465; 177/2013 Sb.). Tím nechci říci, že by český systém vztahu církve a státu nebyl bez napětí a problémů (např. institut zvláštních práv a dvoustupňové registrace nebo evidování církevních právnických osob). Tyto otázky ale nemohly být předmětem tohoto článku.

<sup>75</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J. – DURHAM, Jr., W. C. (eds). *Religion and the Secular State*. Provo: The International Center for Law and Religion Studies, 2005, s. 16.

## ZÁVĚR

Ke krizím současných ústavních demokracií můžeme v zásadě zaujmout dvojí postoj: buď se budeme snažit o změnu určitých aspektů současného řádu, považujeme-li je za nespravedlivé, nebo si budeme přát jejich uchování. Zatímco v prvním případě se pokusíme o rozsáhlé konceptuální inovace, v druhém případě musíme hlouběji propracovat koncepci, na níž současný řád stojí, a hájit ji proti jejím vyzyvatelům. Náboženská svoboda byla přitom mnohými autory považována za něco mimořádně důležitého pro celý řád lidských práv a indikátor respektu státu k ostatním základním právům a svobodám.<sup>76</sup> Brian Leiter naproti tomu ve své knize poskytl argumenty, které mění dosavadní chápání náboženské svobody, jelikož podle jeho názoru nedává smysl zacházet s náboženstvím preferenčním způsobem. Oproti ustálené koncepci neutrality státu reorientuje zakládající termíny diskuse, neboť ji chce rámovat v jazyce tolerance (náboženství). Ve svém článku jsem se pokusil ukázat, že jeho chápání náboženství je třeba považovat za značně zjednodušené, což infikuje jeho odpověď na otázku ospravedlnění pozitivního přístupu k náboženství. Navíc některé praktické konsekvence jeho pojetí místa náboženství v ústavní demokracii se ukazují být krokem zpět proti tradici náboženské neutrality státu a náboženské svobody, jelikož by jeho pojetí mohlo vést k etablování sekularismu. Stát by naopak neměl rozhodovat spory mezi různými filosofickými a náboženskými pozicemi, nýbrž by měl jejich zastánce respektovat a chránit, ledaže by jednali proti veřejnému pořádku.

---

<sup>76</sup> Srov. CAROZZA, P. The Right and the Good, and the Place of Freedom of Religion in Human Rights. *Communio*. 2013, roč. 40, s. 15.



## JUBILEUM

### JUBILEUM MICHAELY ŽIDLICKÉ

Členka redakční rady *Právnicka*, brněnská rodačka doc. JUDr. Michaela Židlická, Dr., oslaví 18. srpna pěkné narozeniny, při nichž se hodí bilancovat dosavadní životní dráhu a dosažené výsledky, jakož i vážít plány do budoucna a promýšlet další dílo.

Jakkoli *Michaela Židlická* nabyla širší veřejnou známost hlavně díky svému desetiletému spojení s naším Ústavním soudem, podstatné pro její vědecký profil je její trvalé sepětí s Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně, kde absolvovala juristická studia v roce 1975, kde také v roce 1981 úspěšně složila rigorózum a kam se po patnáctiletém působení v podnikové sféře vrátila, nastoupivši tam na učitelské místo. V průběhu let 1992 až 1995 absolvovala doktorské studium na Právnické fakultě Univerzity Komenského, habilitovala se na Trnavské univerzitě v Trnavě a od roku 2002 působí na brněnské právnické fakultě jako docentka římského práva. V desetiletí 2004–2014 však musela své pedagogické i vědecké aktivity omezit, neboť *Židlickou*, poté co obdržela v řízení před Senátem významnou podporu 52 senátorů z 66 přítomných, prezident republiky jmenoval 16. června 2004 soudkyní Ústavního soudu. Není náhodou, že *Židlická* v prostředku svého angažmá na Ústavním soudě napsala do *Pocty Stanislavu Balíkovi* o Ulpianovi a jeho výroku justifikujícím fakt právního dualismu, že slavný římský právník „*zformuloval větu, která postavila most ze starověku k dnešním dnům, most, který pomohl najít novověkou institucionální podobu lidského společenství, které se říká právní stát.*“

Svoji publikační činnost jubilantka na samých počátcích zaměřila na významnou osobnost české romanistiky a eminentního představitele brněnské římskoprávní školy *Jana Vážného*. Jako své první literární výstupy na romanistickém poli zpracovala společně s *Renatou Veselou* krátké *Zamyšlení nad dílem prof. JUDr. Jana Vážného* a společně s *Karlem Schellem Bibliografií prof. JUDr. Jana Vážného* pro konferenci tematicky zaměřenou na odkaz římského práva právu současnému (1992); krátce na to se pak spoluautorsky podílela na samostatně vydaném *Vážného* životopisu (1993). Brněnské romanistické škole věnovala *Židlická* na počátku 90. let i některé další studie. Významně se také podílela na prvním svazku učebnice *Právních dějin* věnovaném starověku; učebnice zaznamenala trojí vydání (1993, 1998, 2007). Ocenění odborných kvalit *Michaely Židlické* zcela jistě představuje skutečnost, že ji impozantní osobnost slovenské a evropské romanistiky *Peter Blaho* přizval k tvorbě *Základů římského práva* (1997), kde jubilantka zpracovala kapitoly věnované právům osobním a právu rodinnému a dědic-  
kému.

Pro jubilantčinu vědeckou práci je typické i to, že si tvorbu větších prací organizuje mapováním dílčích témat přípravými studiemi uveřejňovanými časopisecky nebo zpracoványými jako referáty na romanistických konferencích v zahraničí i tuzemsku. Pokud jde její o *stricto sensu* vědecká a rozsáhlejší díla, zaujala *Židlická* hned prvním z nich: *Negotiorum gestio* (1998). Kniha byla kladně přijata v romanistické obci – dokladem je příznivá *Skřejpková* recenze v 35. sešitu *Právněhistorických studií* – ale právě proto, že ve zdejší literatuře chyběla monografie o nepřikázaném jednatelství, zaujala i nejednoho civilistu. Autorka se ostatně neomezila jen na samotné právo starých Římanů a vtiskla své práci docela aktuální rozměr. Nelze pominout myšlenku rezonující nejen tímto spisem, ale celým jubilantčíným dílem, že „*studium historického základu institucí má svůj nezastupitelný smysl*“, protože s potížemi, které měli Římané a byli nuceni je řešit, se často trápíme i my. Také druhá monografie

*Michaely Židlické*, nazvaná *Kauce při hrozící škodě v římském právu – Cautio damni infecti* (2000), vykazuje řadu pozoruhodných rysů. Rovněž v tomto případě si autorka uložila prozkoumat historický původ a vývoj a právně dogmatickou podstatu institutu, který v literatuře nevyvolával soustředěnou pozornost. A že se jí to podařilo znamenitě, dokládá mimo jiné i recenze tohoto díla, kterou přinesl náš časopis (CXL, 2001, s. 516). Zatím posledním větším spisem je kniha *Dějiny soukromého práva: římské právo soukromé a jeho vliv na vývoj evropského právního myšlení* (2010). Jakkoli dosavadní jubilentčina práce dokládá její podnětný vklad do zdejších romanistických studií, zdá se, že na její *opus magnum* ještě čekáme. V každém případě však již stávající dílo dokládá, že se *Židlická* nedívá na římské právo jako na juristický petrefakt, ale uvědomuje si a zdůrazňuje jeho soudobý rozměr a aktuální přínos právu a právnímu myšlení. To konec konců stvrzuje i její podíl na komentáři k občanskému zákoníku, kde pro nakladatelství Wolters Kluwer zpracovala výklad institutů, jimiž se dříve z romanistického pohledu zabývala. A potvrzují to i její romanistické spisy, kde, například v práci o kauce při hrozící škodě, zdůrazňuje nadčasovou myšlenku, že smyslem práva „*není prosazování zákonů za každou cenu, ale především hledání cesty k spravedlivému narovnání poměrů, cesty k homeostázi, rovnováze.*“

A to je myšlenka, kterou měla *Michaela Židlická* příležitost prosazovat jako soudkyně našeho Ústavního soudu i v praxi. Studujeme-li nálezy a usnesení Ústavního soudu, na nichž se jubilantka podílela, potvrzují se mediální hodnocení, jež zaznívala v době, kdy se jubilantka s Ústavním soudem loučila – že v rozhodovací činnosti kladla důraz na ochranu autonomie vůle, ale neztrácela ze zřetele ani sociální dimenzi. V právní větě nálezu sp. zn. IV. ÚS 1241/12 vyhlášeného za předsednictví *Michaely Židlické* čteme slova: „*Spravedlnost musí být v procesu, kterým soud interpretuje a aplikuje právo, vždy přítomna jako hodnotový činitel, neboť nad každým utvářením soudního rozhodnutí klene se dvojí imperativ: rozhodnutí musí být nejen zákonné, ale především spravedlivé. Úkolem soudu je rozpoznat skrze zákon spravedlnost.*“ I tím promlouvá římské právo k dnešku.

Redakce *Právnicka* se připojuje ke gratulantům: *Felix natalis dies sit tibi.*

## RECENZE

**Thorpe Christopher a kol. *Kniha sociologie*. Praha:  
Euromedia – Knižní klub, 2016, 352 s.**

Akademický svět má tendenci uzavírat se sám do sebe a ztrácet schopnost promlouvat k širší společnosti. Tímto odvěkým rizikem přitom netrpí jen vědy přírodní, u kterých k tomu snáze hledáme pochopení, ale i ty humanitní, které namísto neosobních přírodních zákonů zkoumají člověka a společnost, k čemuž nutně potřebují být se společností v úzkém kontaktu. Navíc by je mohlo, či dokonce mělo zajímat, jaký mají výsledky jejich bádání na společnost vliv a zejména pak, do jaké míry odpovídají společenské realitě. Výsoce sympatickým počinem se proto jeví publikace převážně britského autorského kolektivu, která v roce 2016 vstoupila na český knižní trh pod názvem *Kniha sociologie*. Publikace přehledně, srozumitelně, stručně a přitom nezjednodušujícím způsobem provádí čtenáře více než dvě století trvajícím příběhem sociologie. Od samotných počátků, kdy si sociologie složitě vydobývala místo na poli vědeckého bádání, až po pestrý vějíř témat, autorů a perspektiv, kterým se již jako dobře etablovaná vědní disciplína věnuje na začátku 21. století.

Podstatné přitom je, že autoři ambiciózně nepíší jen pro akademické publikum, ale i širokou veřejnost. Jejich publikace je určena nejen „dychtivým studentům“ a „sečtělým odborníkům“, jak se píše na české obálce této knihy, ale i čtenářům, kteří o sociologii prakticky nic nevědí a rádi by se seznámili s jejími základy. Snaha oslovit takto široký čtenářský okruh mohla velmi snadno skončit nezdarem, tuctovou povrchní encyklopedií, která ve výsledku bude příliš zjednodušující pro odborné publikum a málo přínosná i pro sociologické laiky, kterým se nebude dostávat patřičného předporozumění. Autoři *Knihy sociologie* dokázali nicméně najít recept na tento nesnadný úkol a předložili dílo značně zajímavé pro laiky i odborníky. Podařilo se jim to celou řadou vhodně zkombinovaných redakčních rozhodnutí.

Předně dobře zvolili základní koncepci celé knihy: primárně představují jednotlivé autory a jejich hlavní myšlenky, knihu lze proto číst jako sérii mnoha medailonků nejvýznamnějších osobností sociologie. U každé se soustředí jen na opravdu klíčová témata, nezahlučí čtenáře vším, co daná osobnost sociologii přinesla. Jakkoli se text věnuje zejména představení jejich přínosu sociologii, stručně nastiňuje i jejich životopisy. Mnohdy neosobní sociologické koncepty proto dostávají lidskou tvář svých autorů, což dobře podporuje i velmi zdařilé grafické zpracování. Medailonky autorů doplňují jejich fotografie, texty jsou proloženy citáty klíčových myšlenek, mezititulky a zprehledňujícími mentálními mapami, oživují je obrázky a (občas i vtipné) ilustrace. Spojení témat s konkrétními osobnostmi navíc pomáhá čtenáři si uvědomovat, že řadu zdánlivě běžných slov z našeho slovníku, jako např. stigmatizace, gender či globální vesnice, někdo v minulosti (a to zpravidla nepříliš vzdálené) vymyslel a vnesl do našeho přemýšlení. To, že tyto pojmy pronikly do běžného poučeného diskurzu, často už bez odkazu na původní autory, může jejich tvůrce mimořádně těšit.

Jakkoli čtenář ve výsledku na 350 stranách publikace přečte celkem značné množství textu, necítí se znaven. Tím spíš, že může samozřejmě velmi dobře číst výběrově: vybrat si podle rejstříku či obsahu jen konkrétního autora či téma a rychle najít, co vše k němu publikace obsahuje. Autoři se úzkostlivě snažili představované osobnosti sociologie i pojmy uvádět do kontextu, a to jak v samotném textu, tak v přehledu několika stěžejních událostí či publikací, které danému autorovi předcházely (tím každé dílčí téma začíná), tak propojením přínosu daného autora s dalšími kapitolami v knize. Aby publikace nepůsobila roztržštěně, je uspořádána do osmi širších celků, v rámci kterých můžeme sledovat vývoj přemýšlení v hlavních

oblastech sociologie. Osm tematických oblastí do jisté míry odpovídá i chronologickému vývoji sociologie jako vědní disciplíny. Od základů sociologie (reprezentovaných autory, jako jsou např. A. Comte, K. Marx, F. Tönnies, E. Durkheim, M. Weber), popisu sociálních nerovností (F. Engels, W. E. B. Du Bois, P. Bourdieu) a moderního života (G. Simmel, A. Etzioni, G. Ritzer, R. Putnam), přes život v globalizovaném světě (Z. Bauman, A. Giddens, U. Beck), kulturu a identitu (G. H. Mead, E. Goffman, J. Baudrillard, S. Hall), až po práci a konzumerismus (T. Veblen, D. Bell, C. Campbell), úlohu institucí (R. Michels, R. Merton, M. Foucault, J. Habermas) a rodinu a intimitu (M. Meadová, C. Delphyová, manželé Beckovi).

Sympatické je, že se autoři neschovávají za mnohdy velmi složitý slovník jednotlivých představitelů sociologie, ale jejich myšlenky srozumitelně vysvětlují svými slovy. K přímým citacím sahají jen relativně málo často, zejména v případech, kdy původní formulace stručně vysvětlují předkládané koncepty či pokud se staly víceméně legendárními a je účelné je uvést přesně. Publikace nicméně používá původní termíny představovaných autorů, které si čtenář přirozeně osvojí – a zejména jim porozumí. Sympatická je i snaha autorského týmu vystihnout hlavní myšlenky každého autora na vybrané téma na dvou, čtyřech, maximálně šesti stranách. Je to ostatně docela náročný intelektuální úkol, vyžadující vybrat jen to nejdůležitější, a to dokázat srozumitelně vysvětlit v neúprosném znakovém limitu. V tomto je kázeň a formulační dovednost autorů obdivuhodná a dost možná i tak trochu britská. Už Karel Čapek si při úvahách o psaní povídek všiml, že „*taková 8–10–12 stránková povídečka je [pro autora] stejný požitek jako sonet nebo jiná uzavřená forma básnická. Myslím, že Angličané naučili se tak dobře psát jen na povídkách a jen tady našli ten úžasný dril, nepustit se na špacír.*“<sup>1</sup>

Jelikož tato recenze vzniká pro právnícký časopis, sluší se vysvětlit, zda by recenzovaná kniha měla zajímat právníky. Měla, a to minimálně ze tří důvodů. První, poněkud pragmatický důvod spočívá v tom, že řada právníckých fakult základy sociologie či sociologie práva vyučuje. Recenzovaná kniha představuje významnou studijní pomůcku pro studenty: umožní jim hluboký vhled do sociologického přemýšlení, které posléze v seminářích mohou aplikovat na právo a způsob, jakým reguluje společnost. Je-li sociologie práva rozkročena mezi svět sociologie a práva, představuje dobré pochopení sociologického myšlení důležitý předpoklad pro rozumění tomu, co může právo ve společnosti způsobit či jak by mělo ve společnosti působit, aby dosahovalo svých cílů. Recenzovaná publikace disponuje značným potenciálem lákat čtenáře do světa sociologie a může tak základní sociologické poznatky zprostředkovat lépe než klasické sociologické učebnice.

Zadruhé pak proto, že právníci i sociologové přemýšlí o společnosti, jejím fungování a proměňování. Právo nemůže fungovat bez společnosti, společnost zase potřebuje ke svému zdárnému fungování právo. Společnost prostřednictvím svých představitelů a institucí právo přijímá, interpretuje a aplikuje, současně je adresátem právních norem. Právo není něco objektivního v tom smyslu, že existuje jen jedna možná podoba práva. Naopak, každé právo je hluboce srostlé se společností, ve které a pro kterou vzniká. Proto se také od sebe odlišují jednotlivé právní řády i způsoby vynuovení právních pravidel, proto není možné jednoduše transplantovat konkrétní právní institut z jednoho právního řádu do druhého, zejména přes hranice právních kultur. Jinak si počíná zákonodárce ve společnosti, k jejímž hodnotám patří ctít právo svého státu či ve které se řada věcí „prostě nedělá“, jinak v té, kde patří k dobrému tónu právní pravidla spíše obcházet a mimoprávním normativním systémům dochází dech. Sociologie nás učí lépe rozumět nejen společnosti, ve které žijeme, ale i jejím jednotlivým složkám – větším či menším skupinám, institucím či jednotlivým společenským vrstvám. Jak upozorňují právní sociologové, dobrá znalost sociologických poznatků zkvalitní práci nejen

<sup>1</sup> Čapek, K. *Poznámky o tvorbě*. Praha: Československý spisovatel, 1959, s. 95.

legislativců (kteří mají odhadovat dopady přijímané regulace např. v rámci procesu RIA), ale i soudců či advokátů, kteří mají přemýšlet nikoli jen o psychologických, ale i společenských příčinách jednání svých klientů. V recenzované publikaci pro ně nejpřínosnější bude kapitola věnovaná sociální nerovnosti, úloze institucí a moderní a globální společnosti.

Zatřetí pak proto, že nás sociologie učí přistupovat ke světu s menším množstvím předpokladů. S oporou v empirických datech zpochybňuje zdánlivé „pravdy“, kterým se kdysi věřilo či stále věří, jako že existují rozdíly v inteligenci jednotlivých ras, že se mužská a ženská role liší od přírody, a nikoli v důsledku kultury, ve které žijeme, či že je naše sexualita jednou provždy biologicky daná. Zejména pro právníky, kteří si zakládají na svém racionálním přístupu ke světu a schopnosti rozhodovat se na základě faktů, a nikoli domněnek, představuje schopnost nepředsudčného vidění světa důležitou profesní dovednost, kterou stojí za to trénovat již na právnických fakultách.

Pro všechny výše uvedené přednosti má smysl recenzované publikaci věnovat patřičnou pozornost. Je jistě jen prvním a určitě by neměla zůstat také posledním přiblížením se jednotlivým autorům a sociologickým tématům, na to je přese všechnu snahu i zručnost autorského týmu nutně příliš povrchní. V tom je ostatně třeba shledávat i největší riziko recenzované knihy. Svojí atraktivní úpravou, čtivým zpracováním a schopností vybrat z každého autora jen základní myšlenky může vzbuzovat dojem, že řada složitých otázek má vlastně docela jednoduché řešení a že na prostoru pár stran lze komplexně pojednat i významné sociologické problémy či největší sociologické autority. Je to přirozený limit daný zvoleným žánrem sice netriviální, ale přesto popularizační encyklopedie. Riziko přirozeně roste úměrně tomu, jak mohou mít zejména čtenáři z řad studentů tendenci nabýt dojmu, že v této publikaci je přece již vše podstatné a netřeba číst dál, zejména pak že není třeba číst originální díla. Nahlíženo středoevropskou perspektivou pak může mít čtenář oprávněný dojem, že autorský tým zpracovává autory zejména ze západní či jižní Evropy a Spojených států amerických. Jistě, právě v těchto geografických oblastech se nachází těžiště sociologie, zejména té klasické, nicméně absence jiných autorů je až přílišná. I přesto ovšem nelze neuzavřít s tím, že autoři svým dílem nastavili vysoko popularizační laťku ostatním oborům, což by nemělo být příčinou toho, že se podobné publikace jednou nedočká také sociologie práva.

Michal Urban\*

**Tůma Miroslav. Íránská jaderná dohoda a širší mezinárodní souvislosti.  
Praha: Ústav mezinárodních vztahů v Praze, 2016, 271 s.**

Autor publikace je přední odborník na problematiku odzbrojení, zejména v oblasti jaderných zbraní, jejich nešíření, ale i na další otázky týkající se zbraní, zbraňových systémů apod. Recenzovaná publikace je věnována jedné z významných a citlivých otázek současnosti týkající se mezinárodní bezpečnosti, a to íránskému jadernému programu.

Jak sám autor konstatuje, publikace volně navazuje na některé pasáže z předchozí autorovy knihy z roku 2014 s názvem *Jak dál v jaderném nešíření a odzbrojování*. Recenzovaná kniha je zaměřena na íránskou jadernou dohodu a zejména na její širší mezinárodní souvislosti. Je dalším dílem autora zaměřeným na problematiku odzbrojení a nešíření zbraní hromadného

\* JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D., je odborným asistentem na katedře politologie a sociologie na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. E-mail: urban@prf.cuni.cz. Tato recenze vznikla v rámci programu Progres Q18 *Společenské vědy: od víceoborovosti k mezioborovosti*, řešeného na Právnické fakultě Univerzity Karlovy.

ničení. V minulých letech *JUDr. M. Tůma* publikoval práce s názvy *Nešíření zbraní hromadného ničení, kontrola zbrojení, odzbrojení a Česká republika* z roku 2002 a *Nešíření zbraní hromadného ničení v kontextu aktuálních otázek mezinárodní bezpečnosti a boje proti terorismu* z roku 2004. Dalším dílem bylo *Mírové využívání jaderné energie, nešíření jaderných zbraní a jaderné odzbrojení* z roku 2009. Práce z roku 2009 mapovala vývoj v oblasti jaderných zbraní do listopadu 2008, tj. do zvolení *B. Obamy* prezidentem USA. Následovala publikace z roku 2011 *Jaderné odzbrojení, utopie, nebo projev politického realismu?*, která byla zaměřena na hlavní odzbrojovací iniciativy v oblasti jaderných zbraní v letech 2009 a 2010. Předchozí autorova práce časově pokrývala období od roku 2011 do poloviny roku 2014, recenzovaná publikace pokrývá období přibližně od poloviny roku 2013 do poloviny roku 2016.

Kniha je členěna na předmluvu, dvě hlavní části, dále ještě členěné na jednotlivé kapitoly, následují závěry a další předpokládaný vývoj, základní pojmy a zkratky. Pokud jde o koncepci, základem práce je Íránská jaderná dohoda v části A, která je členěna na několik kapitol – úvod, ve kterém autor shrnuje otázky týkající se íránského jaderného programu a jeho vývoje v historických souvislostech. Následuje kapitola o jednáních o omezení íránského jaderného programu a uzavření dlouhodobé dohody (společný komplexní akční plán – JCPOA) a dále vlastním plnění Dohody. Jak konstatuje *M. Tůma*, je přijatý dokument *politickou dohodou*, která nemá charakter právně závazné smlouvy a nepodléhá tudíž ratifikačnímu procesu. Podobně další odborníci<sup>1</sup> konstatují, že JCPOA není smlouvou ve smyslu mezinárodního práva. Pokud jde o její politickou povahu, lze tak usuzovat ze samotné Dohody, kdy je po preambuli a obecných ustanoveních na úvod samotné Dohody před písmenem A uvedeno, že „Írán a E3/EU+3 učiní následující dobrovolná opatření (*voluntary measures*) v rámci časového rámce, jak je podrobně uvedeno v této JCPOA a v jejích přílohách“. Někteří autoři<sup>2</sup> v této souvislosti uvádějí, že v preambuli a obecných ustanoveních Dohody se mluví o *dobrovolných opatřeních*. V tomto směru je třeba konstatovat, že práva a závazky vyplývající z mezinárodních smluv jsou právně závazné a nemají dobrovolnou povahu. Na skutečnost, že Dohoda JCPOA není mezinárodní smlouva, lze usuzovat i z toho, že na rozdíl od právně závazných smluv neobsahuje formální podpisy, nevyžaduje registraci u sekretariátu OSN apod. S tím, že Dohoda JCPOA není mezinárodní smlouvou, ale jedná se o politické ujednání, lze souhlasit. Tento rozbor v práci není a lze pouze litovat, že autor recenzované publikace neprovedl v tomto směru podrobnější analýzu íránské jaderné dohody, pokud jde o její politickou povahu.

Může však také vyvstat otázka, zda přijetím rezoluce Rady bezpečnosti OSN č. 2231 z roku 2015, ke které byl připojen text Dohody JCPOA, se dokument nestává závazným na základě této rezoluce. V této souvislosti by tak mohla vzniknout polemika o nezávazném či závazném charakteru Dohody JCPOA<sup>3</sup>. Takováto úvaha může mít určitý význam i z hlediska toho, že prezident *Trump* prohlásil, že jeho prioritou číslo jedna bude zbavit se této špatné dohody s Íránem. Existují argumenty v tom smyslu, že v důsledku toho, že Dohoda JCPOA byla schválena rezolucí Rady bezpečnosti OSN č. 2231, závazky (*commitments*) učiněné podle Dohody

<sup>1</sup> JOYNER, Dan. Guest Post: The Point Comprehensive Plan of Action Regarding Iran's Nuclear Program. In: *Opinio Juris* [online] [cit. 2017-1-24]. Dostupné z: <<http://opiniojuris.org/2015/07/15/guest-post-the-joint-comprehensive-plan-of-action-re>> nebo MARDANI, Nader – MOHAMMAD, Mehdi Hooshmand. JCPOA: Dialectical Paradigma of Treaty and other International Instruments. *Journal of Politics and Law*. 2016, Vol. 9, No. 3, s. 83 nebo ŠROLEOVÁ, Kamila. Zóna bez zbraní hromadného ničení na Blízkém východě – fikce? In: ŠTURMA, Pavel (ed.) a kol. *Mezinárodní právo a státní území*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 83.

<sup>2</sup> MARDANI, Nader – MOHAMMAD, Mehdi Hooshmand. JCPOA: Dialectical Paradigma of Treaty and other International Instruments, s. 83.

<sup>3</sup> ŠROLEOVÁ, Kamila. Zóna bez zbraní hromadného ničení na Blízkém východě – fikce?, s. 84.

JCPOA jsou proto právně závazné podle mezinárodního práva a USA proto nemohou legálně odstoupit od této Dohody. Profesor *D. Joyner*<sup>4</sup> považuje takovouto úvahu za nesprávnou. Konstatuje, že Dohoda JCPOA není právně závazným dokumentem podle mezinárodního práva a její schválení rezolucí č. 2231 nemění tuto skutečnost. Podle něj by prezident *Trump* mohl prohlásit, že USA nezamýšlejí dále jednat v souladu s Dohodou JCPOA bez toho, aby to vyvolávalo právní odpovědnost USA. Dohoda JCPOA je soubor politických závazků přijatých danými státy. Je to pouze politická vůle států zúčastněných na ní zachovávat danou Dohodu.

Přes politickou povahu Dohody JCPOA jsou však s ní spojeny právní důsledky, pokud jde o Radu bezpečnosti a její rezoluci č. 2231 a další rezoluce přijaté Radou bezpečnosti. Podle odstavce 5 rezoluce jakmile Mezinárodní agentura pro atomovou energii (MAAE) ověří, že Írán učinil opatření podle Dohody JCPOA a v tomto smyslu MAAE předloží zprávu Radě bezpečnosti, na základě toho Rada bezpečnosti ve smyslu odstavce 7, písm a) rezoluce rozhodne podle čl. 41 o ukončení provádění příslušných svých rezolucí, které ukládaly ekonomické a jiné sankce Íránu. Důležité je i ustanovení odstavce 7 písm b) rezoluce, podle kterého mají všechny státy povinnost jednat mimo jiné v souladu s odstavci 1, 2, 4 a 5 rezoluce. Odstavec 2 rezoluce vyzývá všechny členské státy, regionální a mezinárodní organizace, aby učinily přiměřená opatření na podporu provádění JCPOA, včetně opatření úměrných pro provádění plánu obsaženého v Dohodě JCPOA a této rezoluce, a aby se zdržely *jednání, která podkopávají provádění závazků (refraining from actions undermine implementation of commitments)* podle JCPOA. V tomto směru lze konstatovat, že samotná Dohoda JCPOA je sice politický dokument, ale rezoluce Rady bezpečnosti č. 2231 ukládá v souvislosti s ní státům určité závazky. Závazek plnit rezoluci č. 2231 je však vázán na plnění příslušných závazků ze strany Íránu podle Dohody JCPOA. V tomto směru by např. USA mohly vyvolat proceduru ujednanou v rezoluci č. 2231, což by mohlo vést k obnovení sankcí Rady bezpečnosti. Lze k tomu dospět na základě formulací obsažených v odstavcích 11–13 rezoluce č. 2231, které umožňují, aby kterýkoli ze *stálých členů Rady bezpečnosti* mohl *jednostranně vyvolat efekt* takového znovuzavedení sankcí.<sup>5</sup> Například v odstavci 11 rezoluce se mluví o tom, že „*účastnický stát JCPOA věří, že dochází k významnému neprovádění závazků podle JCPOA*“ (*participant State believes constitutes significant non-performance of commitments under the JCPOA*). Jedná se o tzv. „*snapback*“ plán, který vyjadřuje, že v případě porušení Dohody dojde k obnovení sankcí. Rovněž tyto otázky nejsou v knize rozebrány a podle názoru recenzenta mohl autor publikace podrobněji analyzovat rezoluci č. 2231 ve vztahu k Dohodě JCPOA.

Pokud jde o vlastní Dohodu JCPOA, autor popsal její strukturu. Co se týče jejího plnění, zahrnul *M. Tůma* časový harmonogram a zabýval se otázkami splnění smluvních podmínek pro vyhlášení „implementačního dne“ dne 16. 1. 2016. *M. Tůma* na s. 40 uvádí, že jeho vyhlášením USA a EU ukončily sankce vztahující se k jadernému programu. V závěrech své publikace konstatuje autor na s. 183, že „*úspěšné uzavření iránské jaderné dohody JCPOA jednoznačně prokázalo možnosti mnohostranného diplomatického jednání vyřešit složité a dlouhodobé bezpečnostní problémy. Nezbytným předpokladem však je upřímná politická vůle a ochota ke kompromisům všech jednacích stran. Svým významem Dohoda přesahuje regionální rámec a je pozitivním příkladem pro řešení dalších naléhavých světových bezpečnostních problémů*“. S tímto závěrem lze plně souhlasit v tom směru, že politická povaha Dohody dává na jedné straně stranám větší manévrovací prostor, než by tomu bylo u výslovně právně závazného dokumentu. Na druhé straně jsou zde však možná větší nebezpečí toho, že některé státy se

<sup>4</sup> JOYNER, Dan. The Trump Presidency and Iran Nuclear Deal: Initial Thoughts. In: *EJIL:Talk!* [online] [cit. 2017-1-24]. Dostupné z: <<http://www.ejiltalk.org/the-trump-presidency-and-the-iran-nuclear-deal-initial-thoughts>>.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

ujednáním nebudou řídit. Takové riziko si uvědomuje *M. Tůma*, když konstatuje, že lze předpokládat, že hlavní oponenti Dohody, tj. Saúdská Arábie, Izrael a v USA některé politické kruhy, „budou nadále hledat cesty k narušování jejího naplňování“ (s. 183).

Po této první části práce následuje mnohem rozsáhlejší část B o širších mezinárodních souvislostech. Pokud jde o souvislosti, autor se nejprve zaměřil na otázky týkající se úsilí o vytvoření blízkovýchodní zóny bez všech zbraní hromadného ničení. Zařazení této problematiky na úvod druhé části se jeví jako logické, zejména z hlediska krizového vývoje v blízkovýchodním regionu. Tato kapitola výrazněji navazuje na předchozí práce *M. Tůmy*. Význam případné smlouvy o vytvoření zóny bez všech zbraní hromadného ničení je zřejmý vzhledem k tomu, že by zóna zahrnovala arabské státy Ligy arabských států a dále Írán a Izrael. Základní povinností by bylo vzdát se jaderných zbraní a zakázat jakékoli rozmisťování jaderných výbušných zařízení na svém území. Je škoda, že autor v podkapitole 3 o možných prvcích smlouvy o zóně se jimi podrobněji nezabýval, zejména pokud jde o srovnání se současnými zónami bez jaderných zbraní. Zajímavá by mohla být i úvaha autora o tom, zda vytvoření takovéto zóny je reálné. V závěrech své práce (s. 185) autor poukazuje na souvislosti zóny bez zbraní hromadného ničení s íránskou jadernou dohodou. V jejím sjednání spatřuje poměrně zásadní zlom v bezpečnostní situaci blízkovýchodního regionu a mohlo by to podle jeho názoru pozitivně ovlivnit mezinárodní úsilí o vytvoření tolik potřebné zóny bez všech zbraní hromadného ničení na Blízkém východě. Další podstatnou souvislostí se zkoumaným tématem Íránské dohody je nepochybně i 9. hodnotící konference Smlouvy o nešíření jaderných zbraní (NPT) v roce 2015. Stručně zde autor pojednává o Smlouvě NPT a o hodnotícím procesu. Zejména analyzuje neúspěch 9. hodnotící konference a jeho důvody. Za bezprostřední důvod neúspěchu považuje *M. Tůma* odmítavý postoj USA, Velké Británie a Kanady, ke znění ustanovení týkajících se svolání blízkovýchodní konference, o vytvoření zóny bez jaderných zbraní a dalších zbraní hromadného ničení v regionu.

V následujících kapitolách části B se autor velmi kvalifikovaně zabývá postojem států v blízkovýchodním regionu k íránské jaderné dohodě. Všímá si ale i širších vztahů a postojů těchto států k danému regionu i navzájem. Pozornost soustředil nejprve na Saúdskou Arábii vzhledem k soupeření Íránu a Saúdské Arábie a dále se zaměřil na postoj Izraele k této problematice. Dalšími „blízkovýchodními hráči“, kterými se *M. Tůma* zabývá v souvislosti s íránskou jadernou dohodou, jsou USA, EU a Rusko. Vztahy těchto států jsou předmětem jeho hodnocení v rámci širších mezinárodních souvislostí. Správně do okruhu států, jejichž přístup a politika pro daný region je významná, i když do něj přímo není geograficky řazeno, zahrnuje i Turecko. Otázky politiky jednotlivých států autor zkoumá z různých hledisek. Pokud jde o Saúdskou Arábii a zejména Izrael, věnuje se autor i jejich jadernému programu. Podnětné jsou úvahy autora o důvodech izraelského označení Íránu za hlavního nepřítele. Zabývá se vztahem Izraele ke svým sousedům, ale i širšími souvislostmi vztahu tohoto státu k USA a k Rusku. Velmi podrobně je v práci rozebrán i vztah Íránu k USA a podobně jako u předchozích států autor analyzuje vztah USA k Blízkému východu. Mimo jiné jsou zde hodnoceny otázky zapojení USA do konfliktů v Iráku, ale i v Libyi a v Sýrii. V této souvislosti se zaměřil i na úlohu Ruska v Sýrii. Podrobně analyzuje i vztahy USA se Saúdskou Arábií, Izraelem a Tureckem. Pozornost je v části B věnována i vztahům Evropské unie k Íránu. Samostatně se zabývá i otázkou vztahu Ruské federace k Íránu, zamýšlí se nad důvody ruského zájmu na úspěšném završení jednání o Dohodě s Íránem. Podobně jako u jiných států i u Ruska si všímá jeho postojů v souvislosti s vývojem na Blízkém východě. Dále je část B zaměřena i na Turecko a jeho vztah k Íránu. Následují závěry a další předpokládaný vývoj.

Daná problematika je zkoumána zejména z hlediska politického vývoje a příslušných aktivit v dané oblasti. Publikace dává čtenáři komplexní pohled na politiku států v oblasti Blízkého východu a dalších států v této oblasti působících. V tomto směru je práce velmi



přínosná, protože umožňuje čtenáři pochopit složité politické vztahy. Část obsahující širší mezinárodní souvislosti tak čtenáři umožní pochopit složitou cestu a důvody k uzavření Dohody s Íránem. Dílo proto představuje velmi kvalifikovanou, vyzrálou odbornou práci. Pro větší názornost obsahuje i několik příloh. Publikace *M. Tůmy* je přínosná zejména pro odbornou veřejnost zajímající se o danou problematiku, ale i pro další zájemce.

Jan Ondřej\*

**Hajn Petr. Z právníkova zápisníku aneb Já neříkám tak ani tak.  
Praha: C. H. Beck, 2016, 248 s.**

Kdo čte Hajnovy knihy, toho baví (nejen právníkem) být

V poslední době mne velmi pozitivním způsobem zaujala kniha *Z právníkova zápisníku aneb Já neříkám tak ani tak* z pera profesora *Petra Hajna*. Knihu vydalo nakladatelství C. H. Beck a má 248 stran.

Představovat žijící legendu českého (možná i středoevropského) obchodního práva je patrně pověstným nošením nočních ptáků do Athén. Nicméně, zejména pro mladší čtenáře, alespoň v kostce: *Prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc.*, (narozen roku 1935) je český právník a vysokoškolský pedagog, který je absolventem Právnické fakulty Univerzity Karlovy, kde studoval v letech 1954 až 1959. Po dokončení svých studií pracoval ve Škodě Plzeň jako podnikový právník.

V roce 1967 získal titul doktor práv. Od roku 1972 je vyučujícím na Právnické fakultě Masarykovy univerzity a v letech 1975–2001 vedl tamní katedru hospodářského práva (respektive později přejmenovanou katedru práva obchodního). V roce 1974 získal titul docent, v roce 1982 byl pak jmenován profesorem.

*Petr Hajn* vedle své bohaté pedagogické a advokátské činnosti patří mezi jednoho z nejvíce publikujících českých právníků posledních desetiletí. Napsal řadu výtečných vysokoškolských učebnic, monografií, konferenčních příspěvků i jiných odborných textů, které se věnují obchodnímu právu. A to zejména problematice nekalé soutěže a reklamy. Ale též „zkomponoval“ symfonie svých neopakovatelných esejů, např. *Jak se píše knihy aneb lehkovážná vyprávění o vážné literatuře*.

Na profesoru *P. Hajnovi* si mj. cením, že na rozdíl od jiných akademických pracovníků neohrnuje nos nad popularizačně novinářskou činností, zejména si vážím jeho podnětných komentářů do českých deníků – připomeňme např. jeho četné komentáře v *MF Dnes* či *Lidových novinách*.<sup>1</sup> V mládí byl dokonce aktivním dopisovatelem deníku *Sport*. *Nota bene* jeho vášně pro sport se odráží nejen v jeho poslední knize *Z právníkova zápisníku...*, jejíž recenzi právě čtete.

Zpět tedy k recenzované knize – *P. Hajn* v doporučeném souboru fejetonů, úvah a glos, které skromně nazval *Zápisník*, prokazuje a zejména zúročuje své dlouholeté autorské a pedagogické zkušenosti.

Jde o dílo čtivé. V rámci právnických publikací čtivé zcela nadstandardně. Což pro dlouholeté *Hajnovy* čtenáře, ze kterých se mnohdy stávají i takřka „fanoušci“, není žádným

\* Doc. JUDr. Jan Ondřej, CSc., DSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: ondrej@prf.cuni.cz.

<sup>1</sup> Mám za to, že je obecně škoda, že se čeští docenti a profesori (obojho pohlaví) více nezapojují do veřejného diskurzu k aktuálním společenským otázkám. A někteří se nejenom nezapojují, ale na kolegy, kteří tak občas činí, se někdy dívají dokonce perfidně skrz prsty. *Nota bene* mnozí američtí nositelé Nobelovy ceny za ekonomii pravidelně publikují své sloupky ve světových denících.

překvapením. *P. Hajn* se snaží nejen pobavit, ale zejména poučit! Čtenáře provází světem tvorby zákonů i tím, jak se následně vykládají. Anebo nám laskavě ukazuje a důmyslně popisuje krajinu, ve které se podle nich (a leckdy i v rozporu s nimi) uzavírají smlouvy, pořizují závěti, vedou a rozhodují spory.

Publikace se obrací ke všem, kdo se s právem teprve seznamují (a to nejen ke studentům a studentkám právnických fakult), dále k těm, kteří ho denně či alespoň ob den sami používají (či někdy i „zneužívají“) anebo o něm přednášejí na různých typech škol.

*Petr Hajn* nabízí české a moravské čtenářské obci mj. zajímavé příklady, edukativní historky, úvahy a postřehy, jež se dají dobře využít mj. také v kvalifikačních (tedy především bakalářských, magisterských anebo rigorózních) pracích, ale i třeba v publicistice – televizní, rozhlasové, „papírové“ i internetové.

Možná i ne jeden účet na *Twitteru* by mohl obohatit citát z *Hajnovy* knihy. Anebo alespoň dobře posloužit k obohacení hádky s tchyní – „*Maminko, slyšela jste o žalobě švýcarského spolku Lidová fronta pro osvobození trpaslíků?*“ (taková glosa jistě odzbrojí i seberozhňevanější fyzickou osobu – respektive hajnovským slovníkem „babičku vašich dětí“).

Naopak nejen vdavekchtivou fyzickou osobu jistě přivede do rozpaků citát: Pojmy „styk“ a „vztah“ se někdy nesprávně zaměňují či se používají smíšeně. „Vztah“ je následkem styku, směřuje-li styk k tomu, aby vznikl vztah. Pouhý „styk“ ovšem nemusí vždy vést ke vzniku vztahu. (Forejt A. Právní úprava hospodářských styků se zahraničím. *Účetnictví*. 1989, 7, který trefně připomíná a rozvíjí *P. Hajn* na s. 224 recenzované knihy.)

Pro čtenáře bez rozdílu věku je a bude určitě poučnou kapitolka – *Zlomyslnosti o zlozvycích životních partnerů* (s. 164 a násl.). Dále mne pobavila a poučila pasáž věnovaná reklamám na choulostivá témata a otázkám souvisejícím (s. 106 a násl.).

V představovaném díle jsou četné věty, souvětí i odstavce věnovány rodinným vztahům, (ne)výchově dětí a vnoučat. Ale i takovým lidským potěšením jako je kupř. četba beletrie či fandění při fotbale.

Knihy je psána s velkým nadhledem a humorem. Jen malá ukážka *Hajnova* přiléhavého humoru, na který si často vzpomenu např. při četbě diplomových prací, ale i zkoumání některých podání učiněných kupř. na ÚOHS či ČNB: „*Existují u nás juristé, kterým by slušelo označení ‚doktor právních vět‘. V posléze uvedeném slově nejde o překlep a nemělo být psáno ‚věd‘. Mám tu na mysli právníky, kteří ve sporech i v publikacích operují s úryvky z rozsáhlých soudních rozhodnutí (s tak zvanými ‚právními větami‘) a nezřídka dospějí k neúplným či zkráceným informacím.*“

Anebo při nekonečných debatách o prokazování původu majetku mi přicházejí na mysl slova srbského aforisty D. Radoviče, která též *P. Hajn* připomíná ve své publikaci – „*Jen u kojenců můžeme spolehlivě říci, z čeho jsou živi. Všichni ostatní jsou podezřelí.*“

Sečteno: Kdo čte *Hajnovy* knihy, toho baví (nejen právníkem) být. Jedna z kapitol recenzované *Hajnovy* knihy nese poměrně smutný název – *Když se zbavujeme knih* (s. 76), pevně věřím, že této knihy se nebudu muset nikdy zbavovat. Je v ní mnoho moudrých a laskavých slov napsaných zkušeným a hlavně mimořádně inteligentním autorem.

Jelikož stále více právníků (i studentů a studentek práv) se věnuje golfu – končím tichým zdvořilým „zvoláním“, abych nerušil ostatní hráče: Koupě a četba *Hajnovy* knihy je velmi zdařilou přihrávkou na green poznání, a to nejen o právu.

Petr Kolman\*

\* JUDr. Petr Kolman, Ph.D., právník a VŠ pedagog, PF MU Brno, člen RK ÚOHS a RK ČNB. E-mail: Petr.Kolman@law.muni.cz.

## Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

### „Přednášky a zkoušení na právnických fakultách v době internetu“ Zpráva ze semináře profesora Richarda Grimese na Právnické fakultě Univerzity Karlovy

„Jak učitelé, tak studenti vyjadřují přesvědčení, že dosavadní způsob výuky práva není pro 21. století ideální, je proto dobré uvažovat o změnách.“ Takto zahájil profesor Richard Grimes<sup>1</sup> seminář o právnickém vzdělávání na Právnické fakultě Univerzity Karlovy, který dne 26. dubna 2017 pořádalo její Mezioborové centrum rozvoje právních dovedností. R. Grimes, přední britský odborník na právnické vzdělávání, tak přispěl do intenzivní debaty o podobě výuky práva a zkoušení, která v současné době na fakultě probíhá. V rámci svého úvodního slova i následně diskuzi představil řadu principů, které považuje pro právnické vzdělávání v dnešní době za základní a které vycházejí ze současných vzdělávacích teorií. R. Grimes hned na začátek zdůraznil, že není možné se domnívat, že lze všechna jeho doporučení bez dalšího následovat, a dále upozornil též na omezení, na která je nutné pamatovat. V neposlední řadě představil některé konkrétní aspekty studia na své domovské *York Law School*, na které je výuka práva založena výlučně na řešení jednotlivých právních problémů. Účelem této zprávy je prezentované principy právnického vzdělávání představit a shrnout.

První z doporučení směřovalo ke skladbě kurikula, které stojí v centru pozornosti každé úvahy o změnách v právnickém vzdělávání, kdy dle R. Grimese je důležité myslet na to, že je potřeba pokrýt základy, ale zároveň není možné zabývat se vším. Dle R. Grimese to ani není nutné, mnohem důležitější je soustředit se na rozvoj právního myšlení studentů. Není nezbytné, aby studenti měli potřebnou znalost při položení otázky, právnické fakulty by ale měly zajistit, že jejich absolvent bude umět správnou právní informaci vyhledat a zasadit do kontextu. R. Grimes upozornil, že je vhodné v rámci výuky propojovat jednotlivá právní odvětví a ukazovat studentům souvislosti jak v rámci jednoho předmětu, tak mezi nimi. Právo není soubor striktně oddělených celků, přestože je tak často vyučováno. To mimo jiné respektují právě na *York Law School*, kde studenti řeší jednotlivé právní problémy, které nebývají věnovány jen jednomu právnímu odvětví a ve kterých se často setkává řada nejrůznějších problematik, které studenti na základě vlastního úsudku musí zkoumat, jak tomu následně v praxi bývá.

Seminář se dále věnoval roli studenta v právnickém vzdělávání. Základ řady doporučení R. Grimese tvoří teze vycházející ze současných vzdělávacích teorií a pedagogických výzkumů, dle kterých se student učí efektivněji, jestliže je ve vzdělávání aktivně podporován. Odpovědnost za výsledné vzdělání by však měla ležet v prvé řadě na samotném studentovi, kterému škola poskytne to nejlepší, co mu může nabídnout, ale je pak na něm, aby toho rádně využil. Dále platí, že mají-li studenti o konkrétní problematiku od počátku větší zájem, intenzivněji pracují a dosahují lepších výsledků. Je pak mimo jiné rolí fakulty studenty ke studiu jednotlivých právních oblastí motivovat, ať již strukturou kurzu, či metodami výuky. Přednášky, klasická výuková metoda, nesplňují výše uvedená kritéria mimo jiné právě proto, že role studenta je v nich příliš pasivní. Nicméně není nutné (a ani realizovatelné) od nich chtít okamžitě upustit, pokud jsou součástí vzdělávacího procesu současně i další výukové metody.

<sup>1</sup> Prof. Richard Grimes, hostující profesor Právnické fakulty Univerzity Karlovy, až do nedávné doby působil na *York Law School*, jedné z předních právnických fakult ve Velké Británii, kde se mimo jiné podílel na zavádění nového kurikula. Má za sebou dlouholetou právní praxi, jeho specializací je pak právnické vzdělávání.

Na základě podnětů ze strany diskutujících popsal *R. Grimes* též specifickou výukovou metodu, tzv. *problem based learning* („PBL“), na které je od počátku založeno právníké vzdělávání na *York Law School*.<sup>2</sup> Při zavádění nového studijního programu bylo zvažováno, čím by se tato právníká fakulta mohla odlišit od ostatních, a inspirace přišla ze strany lékařské fakulty tamní univerzity, na které se pomocí PBL vyučuje. *York Law School* tedy zavedl zcela nový program založený výlučně na PBL, v rámci kterého se studenti učí výhradně pomocí řešení jednotlivých právních problémů v rámci skupinek za podpory vyučujících, kteří jim poskytují podporu a zpětnou vazbu. Přestože užití experimentálních a klinických metod značně stoupá, žádná jiná právníká fakulta ve Velké Británii není založena zcela výlučně na PBL. Přes počáteční nedůvěru se ukázalo, že se jedná o velmi efektivní program a absolventi této právníké fakulty jsou na trhu práce velmi žádaní. Jak sám *R. Grimes* poznamenal, sestavení takového programu je finančně i časově velmi náročné, uvažovat o absolutní změně studijního programu směrem k PBL metodě by tedy bylo přehnaně ambiciózní. Již v současnosti je však týmové řešení právních problémů využíváno v rámci některých odborných praxí nabízených Právníkou fakultou Univerzity Karlovy, od příštího semestru se pak uvažuje i o konkrétním využití metody PBL v některém z volitelných předmětů.

S výukou pak nedílně souvisí též hodnocení studentů, a to jak v podobě čistého zkoušení, tak poskytování zpětné vazby. Je nezbytné, aby studenti dostávali pravidelnou a detailní zpětnou vazbu, na základě které budou schopni posoudit, jaký udělali pokrok a jak se mohou dále zlepšit. *R. Grimes* uvedl, že poskytování kvalitní a podrobné zpětné vazby je drahé a náročné, ale vyplatí se, neboť právě zpětná vazba studentovi nejvíce pomůže se posunout dále. Zpětná vazba by proto měla být ideálně součástí každého hodnocení. Studentovi by mělo být srozumitelné, z jakých konkrétních důvodů dostal dobrou, nebo naopak špatnou známku.

Samotná výsledná známka pak nemusí být tvořena výlučně jen známkou ze závěrečné zkoušky, jak tomu často bývá, v rámci jednoho předmětu lze přistoupit ke kombinaci více druhů hodnocení, kterým může být přikládána různá váha. S alternativními způsoby examinace (např. esej, *open book exam* či reflexní deník) se pak čím dál častěji setkáváme i u místních předmětů, často volitelných, a především v zahraničí hrají významnou roli. Zaznělo také několik zajímavých informací týkajících se zkoušení ve Velké Británii, kde na základě požadavků ze strany profesních komor je nutné, aby zkoušky z hlavních předmětů oboru právo měly písemnou podobu. Systém zkoušení pak obsahuje nastavení velmi striktní kontroly objektivnosti hodnocení, a to jak za pomoci vzájemné kontroly, tak i externího hodnocení ze strany kolegů z jiných univerzit. *R. Grimes* přiznává, že hodnocení je vždy subjektivní, přesto se domnívá, že je nutné vynaložit snahu o co největší míru objektivnosti a spravedlivého hodnocení, které by tak mělo být ze strany studentů vnímáno, což zároveň souvisí i s výše uvedeným potenciálem zpětné vazby získané v rámci zkoušení.

V návaznosti na výše uvedené principy „dobré praxe“ právníkého vzdělávání uvedl *R. Grimes* též několik faktorů a omezení, které je potřeba při úvahách o změnách v právníkém vzdělávání zohlednit. V první řadě mezi ně patří počet studentů a kapacitní možnosti fakulty. Za optimální počet studentů ve skupině připadající na jednoho učitele považuje *R. Grimes* na základě vlastních zkušeností pouhých 12 studentů. I ve větších třídách lze učit interaktivně, opravdu intenzivně ale může být výuka jen v malých skupinkách. Nemalou roli hrají také dostupné materiální zdroje a technologie, dalšími kritérii jsou pak zákonné požadavky a specifika jednotlivých právníkých profesí. V neposlední řadě mají velký vliv na podobu

<sup>2</sup> O výuce práva pomocí PBL přednášel *R. Grimes* na Právníké fakultě Univerzity Karlovy v Praze již dříve, viz: URBAN, M. – FRIEDEL, T. Výuka práva pomocí *Problem Based Learning*. Zpráva ze semináře profesora Richarda Grimese pořádaného na Právníké fakultě Univerzity Karlovy. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 9, s. 796–798.

právníckého vzdělávání tradice a zvyky. Proč bychom měli své studenty právo učit zcela jinak, než jsme byli učení my?

Je pozitivní, že Právnická fakulta Univerzity Karlovy hostí obdobné semináře a diskuze, a to za přítomnosti děkana fakulty, vyučujících, členů akademického senátu i studentů. O všech výše uvedených principech je žádoucí aktivně přemýšlet. Kladně lze ohodnotit skutečnost, že nově dochází k nahrávání přednášek, což odpovídá možnostem současných moderních technologií, výuka mnoha povinně volitelných a volitelných předmětů pak probíhá zcela bez přednášek za využití jiných výukových metod. I součástí studia povinných předmětů pak čím dál častěji bývají například simulované soudy. *R. Grimesovi*, který v Praze nepřednášel poprvé, patří poděkování za inspirativní příspěvek do diskuze o právníckém vzdělávání v České republice a lze se jen ztotožnit s přáním moderujícího diskuze, *JUDr. Mgr. Michala Urbana, Ph.D.*, že profesor *R. Grimes* nepřednášel na Právnické fakultě Univerzity Karlovy ani naposledy.

Hana Draslarová\*

---

\* Mgr. Hana Draslarová, katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: draslarh@prf.cuni.cz. Tento text vznikl v rámci programu PROGRES p. č. Q18, řešeném na Fakultě sociálních věd Univerzity Karlovy.

## Metaphysical Elements in Contemporary Czech Constitutional Discourse

Jan Kysela

*Abstract:* Metaphysical arguments have started appearing in the contemporary Czech constitutional discourse, in the literature as well as in the case-law of the Constitutional Court. They touch upon topics such as the nature and justification of human rights, the sovereignty of the people, including its content and manifestation, or the so-called material core of the constitution. This article first delimits the notion of metaphysics and presents the criticism of its appearance in legal and political argumentation. The next part describes the role of metaphysics in the thinking about the state and the constitution, including its relation to legal fiction. The third part of the article exposes the relationship between metaphysics and democracy, since the key concept of democracy, namely the people, can in fact be perceived as an abstract and metaphysical category. The conclusion points out the inevitability of using metaphysical vocabulary, which however should not lead to a replacement of persuasive and generally acceptable argumentation by references to seemingly obvious truths arising from the nature of things.

*Key words:* metaphysics, immanence, fiction, human rights, the people, eternity clause

## Uniform Copyright Law of the European Union: Utopia or Future?

Matěj Myška

*Abstract:* This paper briefly summarizes the development of copyright harmonisation at European Union level, its current situation and identifies gaps preventing a correct functioning of the internal market with copyrighted materials. It also discusses the legislative possibilities of how to further harmonise the current copyright regulation [adoption of further specialized directives, codification or over-haul thereof (“recasting”)]. The lacunae of the regulation, originating, inter alia, in the territorial nature of copyright led to consideration of a possible next step – the creation of a uniform copyright protection, respectively, copyright in the Union with a unitary effect – full unification via regulation and the creation of a single act comprehensively regulating this issue. The next part of the paper discusses the possibilities and means of realization of such a protection regime, especially regarding the competence of the European Union in this area. The third part describes the already existing academic proposal for a blueprint of such single European Union copyright, namely the so called “European Copyright Code”. Its basic structure, contents, as well as criticism are presented. The concluding part sums up the stakeholders’ opinion about this issue gathered by the Commission in the up until now most comprehensive consultation on the issue of copyright, summarises the findings and discusses possible future developments in this area.

*Key words:* copyright law, harmonisation, unification, Art. 118 TFEU, single copyright title, European Copyright Code

## Control of State Aid to Professional Sport as an Example of Balancing Interests in the EU Law Periphery

Pavel Hamerník

*Abstract:* Specifics of sports sector are challenging for potential justification of state aid granted to professional sports clubs, which either fall into financial difficulties once they lost main sponsors or lost a possibility to obtain profit from transfer fees (clubs then ask their municipalities representatives or State to save their existence or participation in some particular competition). Another example of aid is by means of taxation or land exchanges. European Commission has initiated activity in supervising this area recently and thus this article deals with alternatives concerning conditions when it

*is possible, if at all, to grant state aid to professional clubs, when aid must be notified and when not. European Commission looks at sporting clubs as undertakings. This article first introduces elements of state aid and definition of undertaking. Then it continues with EU law dealing with this issue based on example of all Dutch and Spanish state aid cases decided in 2016 by European Commission which include above mentioned aspects (financial difficulties, taxation or land transfers). The article then evaluates possible legality of the state aid action to professional clubs.*

**Key words:** EU Law, sport, State aid, professional sport, European Commission, Netherlands, Spain

## Religious Liberty in Crisis

Jiří Baroš

**Abstract:** *Political crises are moments of redefinition of deeply fixed meanings of concepts. In the context of the so-called “culture wars”, the issue whether religious liberty should be guaranteed as a free-standing constitutional right has arisen. Many authors have challenged the singling out and constitutional preference for religious liberty. Probably the most sophisticated argument until now has been offered by Brian Leiter, the professor of Jurisprudence at the University of Chicago, whose book has also been positively mentioned in our country. This article is discussing the persuasiveness of Leiter’s conception of religious liberty. It reviews his conceptualization of religion, the arguments for tolerating religion and the place of religion in constitutional democracy. Taking into account the Czech historical experience, it shows many problems of Leiter’s conception, which eventually must be seen as much less persuasive as it seemed at first sight.*

**Key words:** constitutional democracy, culture wars, religious liberty, secularism, state neutrality, toleration



## VÝZVA K ZASLÁNÍ PŘÍSPĚVKŮ

1. dubna 2018 uplyne 150 let od narození *Františka Vážného st.* (1868–1941) významného procesualisty, soudce a také řádného profesora Masarykovy univerzity v Brně, dlouholetého prezidenta československého Nejvyššího soudu a místopředsedy Ústavního soudu, vynikajícího právníka, který se mimo jiné zasloužil o vydávání a redakci rozhodnutí Nejvyššího soudu v podobě nejznámější pod vžitým označením jako *Vážného sbírka*.

Redakce Právnicka má u příležitosti tohoto výročí v úmyslu připravit pro čtvrtý sešit nadcházejícího ročníku časopisu k uveřejnění stati a další texty zaměřené na témata věnovaná oblastem, o jejichž rozvoj se v českém právním životě František Vážný významně zasloužil. Tematické zadání pro příspěvky do tohoto čísla se redakce rozhodla vymezit jako

### **Role soudu v právním státě a funkce judikatury**

s tím, že redakci jde o právněteoretické příspěvky zaměřené na aktuální otázky a orientované v rámci tohoto vymezení na problematiku ústavního, soudního a procesního práva a souvisejících disciplín a dokládající současnou úroveň české právní vědy.

Anotaci příspěvku v rozsahu nejvýše pěti stran s uvedením hlavních tezí a literatury, již autoři zamýšlejí použít, je možné zaslat redakci nejpozději do **11. srpna 2017**. Redakce na základě předběžného komisionálního posouzení osloví autory, aby svoji stať zpracovali nejpozději do 15. prosince 2017, přičemž její rozsah by neměl přesáhnout 20 normostran. Příspěvky budou následně recenzovány v rámci standardního recenzního řízení a otištěny u příležitosti výročí narození Františka Vážného, tj. v čísle **4/2018**.

Redakce uvítá i kratší příspěvky, které by mohly být zařazeny do rubrik *Glosy* nebo *Informace*.

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

Redakce časopisu Právník  
pravnik@ilaw.cas.cz