

UVODNÍK

Eugen Ehrlich – zakladatel sociologie práva

Příspěvky zařazené v tomto čísle do rubriky statí se zaměřily na témata spojená se sociologií práva právě proto, že 2. května uplynulo sto let od smrti *Eugena Ehrlicha* (1862–1922), všeobecně uznávaného za zakladatele této vědecké právní disciplíny, byť to poněkud ukrajuje ze zásluh *Maxe Webera*. Protože nechceme předbíhat výbornou *Osinovu* životopisnou studii, již čtenář nalistuje vzápětí, a protože ji v krátkém úvodníku nemůžeme ani alternovat, omezíme se zde jen na několik dílčích postřehů.

I.

Za *Ehrlichova* života se jeho jméno objevilo na stránkách *Právnicka* pětkrát, z toho v letech 1890 až 1892 třikrát s informací o *Ehrlichových* příspěvcích o šeku, o registraci zástavního práva a o sociální otázce v soukromém právu uveřejněných v časopisech *Juristische Blätter* a *Gerichtshalle*. V roce 1894 přinesl náš časopis zmínku, že Knihovna Jednoty Právnické v Praze získala koupí *Ehrlichovu* knihu *Stillschweigende Willenserklärung*. Truchlivost dosavadního výčtu prolamuje až třiapadesátý ročník *Právnicka* (1914). Čteme v něm obsáhlou *Kallabovu* recenzi na nejnámější *Ehrlichovu* práci *Grundlegung der Soziologie des Rechtes* vydanou předešlého roku slavným nakladatelstvím Duncker & Humblot (s. 785 a násl., s. 830 a násl.). Filosofující recenzent, habilitovaný v roce 1908 pro obor trestního práva a čerstvě jmenovaný na české univerzitě mimořádným profesorem, otevřel čtrnáctistránkové zhodnocení *Ehrlichova* spisu citací slavné autorovy věty, že „[t]ěžiště vývoje právního leží také za našich časů, jako kdykoliv jindy, ve společnosti samé, nikoliv však v zákonodárství, v jurisprudenci nebo v soudnictví“. Recenze vyústila v konstatování, že „by bylo pro vědu právní s velkým prospěchem, kdyby skutečný život, do něhož právníkova činnost zasahuje, podrobila bedlivějšímu zkoumání, než doposud se dalo, a nepochybujeme, že by z těchto pozorování nejen právní praxi, ale i teorii nemalý vyplynul užitek“. Poukazuje ovšem, že „právní věda jest něco jiného než věda o zjevech, na něž se normy vztahují, totiž věda o těchto normách“. [Dodejme, že *Jaroslav Kallab* provedl posléze podrobný kritický rozbor *Ehrlichova* vědeckého přínosu v druhé knize svého *Úvodu ve studium metod právnických* (1921).]

Po *Kallabově* upozornění na *Základy sociologie práva* zmizela *Ehrlichova* stopa ze stránek *Právnicka* téměř na století. Zmínka o něm se objevuje až ve *Wintrově* recenzi na *Právní myšlení: kritiku moralismu* od *Tomáše Sobka* (*Právnick.* 2011, roč. CLII, s. 522). V následujících letech vrátili *Ehrlicha* v našem měsíčníku do právního diskursu ve svých statích další autoři, např. *Eliáš*, *Holländer*, *Michálek* nebo *Příbáb* a další. *Jiřímu Příbábovi* ostatně náleží zásluha, že se již dříve podílel na *Ehrlichově* připomenutí a popularizování nejen obsáhlejší textem ve své *Sociologii práva* (1996), ale třeba i rozsáhlými poznámkami k sociologii práva v *Sociologickém časopisu* (1992, roč. XXVIII, s. 771 a násl.). Toto periodikum navíc připomínalo *Ehrlichův* přínos pro sociologii práva opakovaně, počínaje *Poznámkami k sociologii práva* z pera *Zdeňka Pešky* (1969, roč. V., s. 202 a násl.) i několika dalšími příspěvky jiných autorů uveřejněnými ještě v době tzv. normalizace.

II.

Sociologie se zrodila v XIX. stol. a posléze zaujala i právníky. Nejinak tomu bylo v českých zemích. Chtělo by se s poukazem na známý *Krčmářův* výrok poznamenat, že nejen česká věda právní, ale i česká sociologie práva „měla své *Thámy*“. Jedním z nich byl pražský internacionalista a právní filosof *Josef Trakal* (1860–1913), který už v roce 1885 publikoval v *Osvětě* článek *O sociologii*, nemluvě o jeho dalších pracích. *Trakal* měl za to, že právní vědu lze pomocí sociologie obrodit. Dalším byl *Jan Jaromír Hanel* (1847–1910), který ve své *Všeobecné právo- i státovědě* (1909) dokonce prohlásil, že „[p]rávovědu sluší tedy považovati za jedno odvětví sociologie“ (s. 49). Oba pražští profesori jsou již dávno zapomenuti.

Ani na našeho nejslavnějšího právního sociologa předkomunistické doby *Emanuela Chalupného* (1879–1958) se mnoho nevzpomíná. Nechuť právnických fakult umožnit *Chalupnému* pedagogické působení při výuce práva na univerzitní půdě v Praze, Brně i v Bratislavě neodráží jen vliv osobních animozit, ale také nevlídný poměr české juristické akademie k sociologii práva. Pražská fakulta se k sociologii práva postavila s aristokratickou přezíravostí. Působil zde sice *Emil Svoboda* (1878–1948), jemuž právně sociologické myšlení bylo vlastní a jenž *Ehrlichovo* dílo nepochybně znal. Ale nejen z jeho paměti, které snad zásluhou *Jana Kobera* brzy vyjdou tiskem, vyplývá, že byl na fakultě vnímán jako outsider. Brněnská normativní škola se k sociologii práva stavěla zcela odmítavě; *Weyr* odsoudil *Ehrlicha* už v *Základech filosofie právní* (1920) za „dokonalé zplichtění metody normativní a explikativní“ (s. 100). Právněsociologický směr pak rozsáhleji zkritizoval ve známém pojednání *O metodě sociologické* z roku 1927. Z pozic právněsociologických se proti *Weyrově* kritice vymezil *Oldřich Koblížek* (1893–1974) spiskem *Sociologie a právo* (1934). Nelze však dovozovat, že by trojice *Chalupného*, *Svobody* a *Koblížka* představovala myšlenkově kompaktní triumvirát české meziválečné sociologie práva. Stačí poukázat, jak *Emil Svoboda* znechtěl *Koblížkův* spis *Donucení ke smlouvě soukromoprávní* (*Právník*, 1934, roč. LXXII, s. 439 a násl.). V poválečné době odsoudil sociologicko-právní směr z normativních pozic *Vladimír Kubeš*. Napsal do *Právní filosofie XX. století* (1947), že tento a příbuzné směry dokázaly „jen rozbítí dosavadní právní vědu, ale na jejích troskách nedovedly postavit žádnou budovu novou, která by měla pevné základy“ (s. 23).

Ehrlich ze zdejší meziválečné literatury nezmezil úplně. Výslovné i tacitní ohlasy na jeho dílo nenacházíme jen u *Chalupného* a *Svobody*, ale také v *Mayrově* civilistickém systému, *Dnistrjanského* monografii o základech soukromého práva, v *Sedláčkově* alternativním komentáři o vlastnickém právu i v monumentálním komentáři *Roučka* a *Sedláčka*. Ze sociologů bral *Ehrlichovy* práce opakovaně v úvahu *Inocenc Arnošt Bláha*.

Zastánce sociologických směrů v právu *Koblížek* se podílel v roce 1936 na založení časopisu *Právní praxe*, jenž byl otevřen i právně sociologickým příspěvkům (připomeňme alespoň *Tomsův* článek *O živé právo* otevírající v roce 1945 devátý ročník časopisu). *Bohuš Tomsa* krátce na to vystavil *Ehrlichovi* oceňující vysvědčení ve své *Nauce o právních vědách* (1946).

Právní praxe dlouho nepřežila státní převrat z roku 1948. Následujícího roku byla sloučena s našim časopisem. *Oldřich Koblížek* setrval ještě několik let v redakci, ale jeho *Právní cit*, jehož vydání ohlásilo *Linhartovo* nakladatelství, již nevyšel. Sociologie práva se ocitla stejně jako sociologie vůbec společně s genetikou, kybernetikou nebo sémiotikou v kategorii „buržoazních pavěd“. Teprve oživení na sklonku šedesátých let (katedra sociologie byla na Filosofické fakultě Univerzity Karlovy zřízena v roce 1966) vedlo k so-

ciologickým zkoumáním i k obnově sociologie práva, jejíž první výstupy představovaly už v roce 1967 pražský sborník z celostátní konference *Sociologie práva a Dojčákova publikace Právo a sociológia*. V dvacetiletém bezčasi po sovětské okupaci Československa sice sociologie práva nezemřela, ale v tehdejší literární produkci „Biafry ducha“ bychom sotva našli výstup trýpytící se „jak stéblo slámy v chlévě“. Na počátku devadesátých let se právní vědy, a také sociologie práva, osvobodily z jednotné ideologické krusty autoritativního státu a začaly se svobodně rozvíjet, byť na ně číhají osidla jiných ideologií, ale to už je záležitostí volby a vědecké integrity. Nejen autoři statí v tomto čísle, ale například také *Miloš Večeřa*, *Pavel Maršálek* nebo *Michal Šejvl* dokládají svými díly, kam se právní sociologie po dlouhých peripetiích posunula.

III.

Pozoruhodný je *Ehrlichův* posmrtný osud. Za svého života byl *Ehrlich* jedním z mnoha profesorů práva v habsburské monarchii, navíc profesorem s docela neortodoxními názory, nesrovnávanými se s mainstreamem předlitavského pozitivistického prostředí, tudíž poněkud přehlíženým. Stal se univerzitním rektorem, ale stál v čele univerzity, která tehdy sice nesla jméno vládnoucího císaře (dnes spisovatele a básníka *Osyja Jurije Fed'kovyče*), ale sídlila v Černovicích na nejzazším východě podunajského soustátí a ve Vídni, Praze i Budapešti byla vnímána jako periferie.

Ehrlich byl celosvětově objeven až několik desetiletí po smrti. Jeho myšlenky a vědecká pověst pronikly „z *Czerniowców w szeroki świat*“, jak o něm v roce 2006 napsal polský právní sociolog *Andrzej Kojder*. *Ehrlichova* díla jsou opakovaně vydávána, byla také přeložena, jsou čtena, citována, pracuje se s nimi. O *Ehrlichovi* a výsledcích jeho práce byla napsána nejedna kniha a vznikají další. K nejnovějším patří publikace o 352 stranách obsahující hlavně bibliografický soupis *Ehrlichových* publikací a také seznam literatury týkající se *Ehrlicha* a jeho spisů, vzniklá ve spolupráci akademiků z černovické a košické univerzity (*Eugen Ehrlich: Bibliographic Index*), vydaná v roce 2018 s obsáhlou úvodní studií profesora právní sociologie z univerzity v Curychu *Manfreda Rehbindera* vydavatelstvím Vernon Press.

Lze si jen přát, aby alespoň *Ehrlichovo* základní dílo *Grundlegung der Soziologie des Rechtes* nalezlo svého překladatele do češtiny a ochotného vydavatele.

STATI

Od sociologie práva k ústavnímu pluralismu: Eugen Ehrlich a teorie společenského konstitucionalismu

Jiří Příbář*

Abstrakt: Tento článek analyzuje některé teoretické myšlenky evropského ústavního pluralismu, ve kterých je přítomen vliv Ehrlichovy sociologie práva. Po úvodní analýze samotného pojmu ústavního pluralismu EU a kritice jeho pozitivistického pojetí článek analyzuje teorii společenského konstitucionalismu, normativní plurality a heterarchie převládající nad normativně hierarchickým pojetím práva. Zatímco konvenčnější právní teorie se tyto heterarchie a pluralismus transnacionálního konstitucionalismu snaží překrýt monismem a hierarchií kosmopolitních hodnot, teorie společenského konstitucionalismu naopak tyto heterarchie radikalizuje a chápe i transnacionální systém práva jen jako jeden z mnoha společenských systémů funkcionálně diferencované globální společnosti. Význam Ehrlichovy sociologie práva spočívá v tom, že umožňuje analýzu takto diferencovaného systému práva, který funguje nezávisle na státní organizaci s jejím monopolem politické moci, a to jak v podmínkách nadnárodní organizace EU, tak v širším kontextu globálního práva. Závěrečná část se proto zaměřuje na Teubnerovu teorii společenského konstitucionalismu, která originálním způsobem rozvíjí odkaz Ehrlichova sociologického pojetí práva, analyzuje režimy vědění jako nové ústavní subjekty a chápe je jako novou konstelaci vztahu mezi sociální mocí a ústavní autoritou, která přesahuje klasická schémata ústavní teorie i kosmopolitní etiky jako legitimizačního zdroje globálního práva a politiky.

Klíčová slova: Eugen Ehrlich, živé právo, ústavní pluralismus, sociologie práva, konstitucionalismus, právní teorie, ústavní teorie

Úvod

Kdo chce porozumět zákonům moderní společnosti, nesmí se spoléhat na jejich literu a instituce, v nichž vznikají, nebo oficiální účely, kvůli kterým se přijímají. Namísto právního textu se musí věnovat sociálním a kulturním kontextům, v nichž právo skutečně žije a uznává se jeho závaznost.

Tak by se dala ve zkratce vyjádřit základní metoda rakouského sociologa a teoretika práva Eugena Ehrlicha (1862–1922), který působil jako profesor i rektor univerzity v Černovicích v Bukovině. Někdejší etnická a kulturní rozmanitost tohoto nejvýchodnějšího cípu habsburského Předlitavska přímo vyzývala tohoto černovického rodáka a absolventa vídeňské univerzity, aby kriticky přehodnotil legalistické myšlení, které dominovalo vědeckému i politickému životu habsburské monarchie, a namísto formule *zákon je zákon* zformuloval sociologii tzv. *živého práva*.

* Prof. JUDr. Jiří Příbář, DrSc. Centre of Law and Society, School of Law and Politics, Cardiff University. E-mail: priban@cf.ac.uk.

Ve stejné době, kdy ve Spojených státech zakládá Roscoe Pound sociologickou jurisdikci, která staví na rozdílu práva v knihách a v praxi (*law in books* a *law in action*),¹ ve středovýchodní Evropě vzniká díky Ehrlichovi první ucelená sociologická teorie práva, pro kterou se stal určujícím rozdílem mezi zákonným a živým právem (*das lebende Recht*).²

Tento rozdíl jako kdyby přitom nejlépe ilustrovala sama historická budova Černovické univerzity, kterou navrhl Josef Hlávka a do jejíhož historizujícího slohu se poskládaly západní, východní i osmanské tradice a vlivy. V těchto budovách kdysi také působily desítky spolků, ve kterých se sdružovali studenti s německými, židovskými, rusínskými, rumunskými nebo ukrajinskými kořeny. V oficiálních budovách a pravidlech univerzitního studia tak ve skutečnosti pulsoval pluralitní kulturní život, od něhož i profesor Ehrlich odvozoval samu podstatu práva a smysl jeho existence.

Namísto představy, že právo je hierarchický systém neosobních norem, Eugen Ehrlich chápal právo jako spontánně se utvářející a společensky uznávaný řád, jehož prostřednictvím lidé a celé komunity organizují své každodenní životy. Abstraktní litera zákona podle něho předchází konkrétní zkušenost s právem. Právo nezávisí na aktech svrchované moci, ale na tom, co sama společnost uzná a spontánně vynucuje jako pravidla své sebeorganizace.

Není divu, že Ehrlichovy dobové představy, podle kterých je třeba postavit obecnou právní vědu a teorii na metodách sociálních věd, se nesnesly s tehdejší právní pozitivismem a legalismem, takže Hans Kelsen Ehrlichovy *Základy sociologie práva* zrecenzoval ve své době natolik přísně, že se po dlouhých desetiletích od této recenze distancoval.³ Základní kritika Ehrlichova učení však trvá a vždy spočívala v obecné výtce, že v něm dochází k záměně právních norem a kulturních zvyků.

Vídeňští právníci a filosofové v čele s pražským rodákem Hansem Kelsenem považovali zaměňování právních norem za kulturní zvyky za nejhorší poklesek právníckého stavu. Naproti tomu Maxu Weberovi Ehrlichova sociologie práva stála jen za letmou kritickou zmínkou, když rozpracovával ve stejné době svůj vlastní systém speciální právní sociologie, a přitom používal některé podobné pojmové distinkce, například státního a nestátního práva.⁴

Podle Webera Ehrlich kritikou obyčejového práva a rozšířením obecného pojmu práva jen vnesl zmatek do rozdílu mezi právní a sociologickou metodologií.⁵ Tuto argumentaci Kelsen od Webera převzal. A přece po více než sto letech od zániku habsburské říše vše vypadá tak, že navzdory přehlížení ze strany klasiků moderní sociologie a v zarputilé při právních filosofů měl nakonec pravdu Ehrlich, který i z nejbližší periferie dokázal rozpoznat, že střední Evropa nestojí na pilířích nadnárodní legality, ale na pluralitě živého práva.

Představa, že by síla obyčejů mohla mít přednost před psaným právem, podobně jako živá nářečí mohou mít navrch před obecnými gramatickými pravidly, je pro právní ima-

¹ POUND, Roscoe. *Law in Books and Law in Action*. *American Law Review*. 1910, Vol. 44, No. 1, s. 12–36.

² EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Duncker und Humblot, 1913.

³ KELSEN, Hans. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. In: KELSEN, Hans – EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, s. 3.

⁴ Viz například COUTU, Michel. *Book Review: Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, by Marc Hertogh (ed). *Osgoode Hall Law Journal*. 2009, Vol. 47, No. 3, s. 587–593, s. 590.

⁵ WEBER, Max. *Economy and Society, Vols 1. and 2.* Berkeley, CA: University of California Press, 1968, s. 753.

ginaci těžce představitelná. Podobně i pro Webera byla hlavním rysem moderního státu jeho legální legitimita a monopol politické moci. Nicméně jedním z nejzajímavějších rysů dnešních teorií globálního práva a konstitucionalismu je právě to, že Ehrlichovo pojetí živého práva v nich často převládá nad formálním legalismem či klasickými pojmy analytické teorie mezinárodního práva, jak je rozpracoval i Kelsen ve své monistické čisté teorii práva.

Tyto proměny právní teorie v posledních třech desetiletích jsou dobře známé a popsány v současné literatuře zrovna tak, jako jejich historicko-teoretický kontext. Metafora dnešní společnosti jako „globální Bukoviny“ se díky Ehrlichově sociologii práva pevně usadila v sociologii i teorii transnacionálního globalizovaného práva i politiky.⁶ Postmoderní globalizovaná společnost totiž postrádá někdejší imperiální hierarchie a nevládne v nich neosobní duch legality, ale její vnitřní konflikty, protiklady a paradoxy naopak otevírají prostor pro sdílení živého práva, které se ustavuje a vyvíjí spontánně a v závislosti na tom, jak se vyvíjí celá společnost a její jednotlivé systémy hospodářství, vědy, vzdělávání nebo vládnutí.

Paradox Ehrlichovy sociologie práva spočívá v tom, že se stala jedním z hlavních zdrojů inspirace dnešních teorií právního pluralismu, přestože samotný termín pluralismu Ehrlich nijak nerozpracoval. Ačkoli se jeho sociologická teorie práva občas vnímá jako pozdní projev romantického myšlení vzhledem k důrazu na spontaneitu sociálního vývoje a organičnost právního řádu, ve skutečnosti bychom zde marně hledali nějaké objektivní zákony dějinného vývoje, které by měly přednost před racionální legalitou osvícenského ducha. Nevládne zde zvyk a mrav nad zákonem a politikou, organický duch zákona nediktuje mechanické liteře její obecný smysl a historický účel. Proti odcizení legalitou nestojí autentický prožitek sounáležitosti, který by byl podmínkou legitimního právního státu.

Ehrlichovo uznání kulturních odlišností etnické rozdíly neoslavuje a nezasahuje do historického působení světového ducha, ale vychází z rozmanitosti kolektivního života, v němž se stírají rozdíly mezi centrem a periferiemi, ale přitom roste napětí mezi legalitou a legitimitou. Právě tyto paradoxy modernity se projeví naplno v procesu globalizace, takže Ehrlichova sociologie práva dnes vypadá moderněji a atraktivněji, než jak tomu bylo v době jejího vzniku před více než sto lety, kdy se v Evropě impéria sice otřásala, ale ještě zdaleka nerozpadala, a kdy jednotící a absolutní duch legality vypadal jako nejúčinnější záruka a ochrana před relativní morálkou a nenávisťnými ideologiemi.

Zkušenost minulého století nám říká, že i liberálně legalistická záruka zformulovaná do obratu *zákon je zákon*, se překvapivě snadno proměnila v kulturní zkušenost, ve které *zločin se stal zákonem*. I toto selhání legalismu jako obrany občanských svobod a rovnosti proti výbušnému světu relativních morálních názorů a ideologických přesvědčení je proto třeba vzít v úvahu jako jeden z důvodů, proč dnešní teorie globalizovaného práva nepovažuje někdejší ostré distinkce mezi zvykem a normou nebo konkrétní zkušeností a abstraktním pravidlem za rozhodující pro pochopení toho, jak dnešní právo funguje a jak probíhají jeho systémové operace.

V následující úvaze proto navazují na některé teoretické myšlenky evropského ústavního pluralismu, ve kterých je přítomen vliv Ehrlichovy sociologie práva. Po úvodní analýze

⁶ TEUBNER, Gunther. Global Bukovina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1996, s. 3–28.

samotného pojmu ústavního pluralismu EU a kritice jeho pozitivistického pojetí rozvinu teorii společenského konstitucionalismu, normativní plurality a heterarchie převládající nad normativně hierarchickým pojetím práva. Zatímco konvenčnější právní teorie se tyto heterarchie a pluralismus transnacionálního konstitucionalismu snaží překrýt monismem a hierarchií kosmopolitních hodnot, teorie společenského konstitucionalismu naopak tyto heterarchie radikalizuje a chápe i transnacionální systém práva jen jako jeden z mnoha společenských systémů funkcionálně diferencované globální společnosti. Význam Ehrlichovy sociologie práva spočívá v tom, že umožňuje analýzu takto diferencovaného systému práva, který funguje nezávisle na státní organizaci s jejím monopolem politické moci, a to jak v podmínkách nadnárodní organizace EU, tak v širším kontextu globálního práva. V závěrečné části se proto věnuji Teubnerově teorii společenského konstitucionalismu, která originálním způsobem rozvíjí odkaz Ehrlichova sociologického pojetí práva, analyzuje režimy vědění jako nové ústavní subjekty a chápe je jako novou konstelaci vztahu mezi sociální mocí a ústavní autoritou, která přesahuje klasická schémata ústavní teorie i kosmopolitní etiky jako legitimizačního zdroje globálního práva a politiky.

1. Ústavní pluralismus EU: pojem, dějiny a teorie

Pro moderní konstitucionalismus býval typický právní monismus, normativní hierarchie, politická jednota, kulturní homogenita a sociální řád. Zatímco právní teorie analyzovala základní normu ústavního pořádku a jeho institucionální zajištění, politická teorie se zaměřovala na rozhodovací procesy, rozložení moci, její organizaci a nástroje donucení.

Teorie právního pluralismu vždy tyto konceptuální hranice narušovaly, takže zpravidla staví do protikladu státní právo a nestátní normativní systémy a používají tento protiklad jako výchozí bod pro analýzu i normativní ospravedlnění transformace moderního státu v transnacionálním právním a politickém vývoji. Typicky argumentují, že globální změny ve společenské organizaci politické moci a právní autority vedou k oslabení národního státu. Komplexita vzájemných vazeb mezi různými právními systémy podle těchto teorií vyžaduje nový konceptuální rámec a právní představivost.

Sociologický pohled na systém pozitivního práva jako pluralitu právních řádů operujících uvnitř i mimo státní organizaci se potom nabízí jako možné východisko, jak překonat omezení spojená s pojmem práva vycházejícím ze státní organizace a jejího monopolu politické moci. Konstitucionalisté a právní teoretici nicméně často označují samotný pojem ústavního pluralismu za oxymoron,⁷ zatímco i v rámci teorie evropského práva zůstává otázka nadřazenosti práva v centru pozornosti jako ústřední téma a mnohdy se považuje za základní podmínku fungování tohoto nadnárodního systému.⁸

Rozdíl mezi sociologickým pojmem ústavy jako systémem moci, jejíž formování umožňují právní procedury, a právním pojmem ústavy jako systému právních pravidel a principů, které transformují společenskou moc v politickou autoritu, zásadním způsobem ovlivňuje i současné diskuse o právním a ústavním pluralismu.⁹ Zatímco právní

⁷ LOUGHLIN, Martin. Constitutional Pluralism: An Oxymoron. *Global Constitutionalism*. 2014, Vol. 3, No. 1, s. 9–30.

⁸ KELEMEN, Daniel. On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2016, Vol. 23, No. 1, s. 136–150, s. 150.

⁹ PŘIBÁŇ, Jiří. Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism. *Ratio Juris*. 2015, Vol. 28, No. 1, s. 31–51.

pluralisté definují ústavy jako jakýkoli normativní řád konstituovaný jednotou primárních a sekundárních pravidel, jejich kritici argumentují, že takové konceptuální rozšíření by vedlo k tomu, že mezi ústavy by se musel zahrnout například i organizovaný zločin se svým systémem pravidel, a proto takové rozšíření vytváří konceptuální a metodologický zmatek.¹⁰

Co lze z ontologické perspektivy deskriptivní sociologie analyzovat jako sociální fakt, to z hlediska normativní právní vědy někteří právní teoretici považují za vyloučené. Podle nich je sociologická teorie práva jen soubor metodologických postulátů využitelných právní vědou.¹¹ Tato kritika rezonuje obzvláště silně mezi teoretiky ústavního a mezinárodního práva.¹²

Proces společenské globalizace, jehož jeden ze segmentů představuje i evropeizace, si však vyžaduje přehodnocení samotného pojmu normativního řádu a autority.¹³ Moderní politické a právní hierarchie se musí potýkat s výzvami zcela nových mocenských struktur, které se ustavily v heterarchicky uspořádaných neprávních režimech depolitizovaného vládnutí. Pluralita a heterarchie mocenských struktur tak vedou k pluralitě právní regulace a konstitucionalizaci normativních řádů, takže se ústavní stát stává jen jednou z mnoha mocenských struktur a právních autorit.¹⁴

Právní pojem ústavního pluralismu coby systému pluralitních pramenů práva je navíc třeba odlišit od sociologického pojetí ústavního pluralismu, který ho chápe jako sociální pluralitu sebeustavujících normativních řádů. Jednoduchá skutečnost koexistence různých oficiálních systémů práva, které navzájem uznávají svou autoritu a vyjednávají své vzájemné hranice v procesu ústavního dialogu, jak je tomu například v komplexních strukturách práva EU, se musí odlišit od plurality koexistujících oficiálních a neoficiálních normativních systémů, ze které se konstituuje sama společnost.¹⁵

Proces evropské integrace potom nabízí jedinečnou příležitost, jak promýšlet konstitucionalismus jako součást právního pluralismu. Teorie evropského právního a ústavního pluralismu často přejímají sociologické a socioprávní pojmy a metody, aby přesněji zachytily normativní, procedurální a institucionální komplexitu EU a koexistenci mnohočetných ústavních systémů na úrovni evropské, národní i regionální. Evropské právo funguje nezávisle na národních státech a jejich ústavních pořádcích. Od raného stadia evropské integrace se proto tento proces chápal jako přesahující hranice a principy mezinárodního práva a obsahující výrazné prvky práva ústavního.¹⁶

Historicky jedinečný proces evropské integrace od samého počátku politologové a sociologové vnímali jako proces konstitucionalizace a tento původně právní pojem aplikovali nejen na politické, ale i sociální integrační procesy. Podobně i právní teoretici a konstitucionalisté do analýz evropského práva přejali sociologický pojem pluralismu, aby

¹⁰ ROBERTS, Simon. Against Legal Pluralism. *Journal of Legal Pluralism*. 1998, Vol. 42, s. 95–106.

¹¹ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State* (translated by Anders Wedberg). 2nd edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1961, s. 174.

¹² SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. *European Journal of International Law*. 2007, Vol. 18, No. 3, s. 409–451.

¹³ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies. The Self-Deconstruction of the Law's Hierarchy. *Law and Society Review*. 1997, Vol. 31, s. 763–787.

¹⁴ TWINING, William. *Globalisation and Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 51.

¹⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward a New Legal Common Sense*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

¹⁶ WEILER, Joseph H. H. – WIND, Marlene (eds). *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

mohli popsat normativní paradoxy uvnitř systému práva EU.¹⁷ Vzhledem k těmto vzájemným konceptuálním a teoretickým vlivům mezi právními a sociálními vědci se proto pojem ústavního pluralismu akademicky prosadil natolik, že se postupně stal „převažující ortodoxií“¹⁸ právní a politické teorie evropské integrace.

Tato ortodoxie má své historické a donekonečna diskutované milníky. Pokud jde o teoretické reflexe právního vývoje EU, první podstatné rozpracování pojmu ústavního pluralismu se objevuje v MacCormickově analýze Evropské unie po přijetí Maastrichtské smlouvy v polovině 90. let minulého století. MacCormick přejímá obecnou sociologickou teorii institucí jako součást argumentu, podle kterého právo je institucionální normativní řád, který ve společnosti existuje společně s mnoha jinými normativními řády. Vzhledem k tomu, že společnost představuje takovou pluralitu normativních řádů, lze si představit i koexistenci více právních řádů v rámci jedné politické společnosti a různé formy toho, jak se tyto řády a v jejich rámci přijímaná rozhodnutí posuzují a prosazují. Podle MacCormicka ústava vzniká tehdy, když tyto normy jsou zpětně uznány v rámci institucionálního rozhodování a tím získají seberefrenční charakter. Takový seberefrenční ústavní pořádek nemusí být nijak výlučný a může vést ke vzájemnému uznání a přiznání si platnosti mezi dvěma nebo více normativními řády existujícími v rámci jedné společnosti.¹⁹

Podobný milník ve studiu ústavního pluralismu EU představuje i komplexní a polyfonní studie Neila Walkera z přelomu století.²⁰ Na rozdíl od MacCormickova uměřeného nařazení sociologického institucionalismu a právního normativismu představuje Walkerův přístup mnohem radikálnější směsici sociologického funkcionalismu, politické analýzy postvestfálského světa a normativních nároků právní teorie a filosofie, která si osvojila pojem pluralismu jako novou legitimizační formuli ústavní autority.

V posledních dvou desetiletích se tak ústavní pluralismus rozvinul v teoreticky silné, ale intelektuálně velmi rozmanité hnutí.²¹ Heterarchie ústavních konverzací, dialogů a vyjednávání se považují za důležitější než hierarchie ústavních norem a rozhodnutí²² a EU se považuje za nejoriginálnější a nejnadějnější experiment, v němž dochází ke spojení kosmopolitních normativních nároků a systému pozitivního práva.²³

¹⁷ Viz BELLAMY, Richard – CASTIGLIONE, Dario (eds). *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*. Oxford: Blackwell, 1996; STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; HALBERSTAM, Daniel. The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe. *European Law Review*. 2005, Vol. 30, No. 6, s. 775–801.

¹⁸ WEILER, Joseph H. H. Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts. In: BÚRCA, Gráinne de – WEILER, Joseph H. H. (eds). *The Worlds of European Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 8–18, s. 8; k protikladu mezi obecnými ortodoxiemi a heterodoxiemi v teoriích právního pluralismu viz MELISSARIS, Emmanuel. *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Aldershot: Ashgate, 2009, s. 25–44.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 102–104.

²⁰ WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, Vol. 65, No. 3, s. 317–359.

²¹ CRUZ, Julio Baquero. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. *European Law Journal*. 2008, Vol. 14, No. 4, s. 389–422.

²² HALBERSTAM, Daniel. Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States. In: DUNOFF, Joel P. – TRACHTMAN, Jeffrey L. (eds). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 326–355.

²³ KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, Joel P. – TRACHTMAN, Jeffrey L. (eds). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, s. 258–325.

2. Ústavní pluralismus EU: od základní normy k uznání normativní plurality a ústavní toleranci

Právní teorie používá pojem „normativní systém“ jako deklaraci nezávislosti na pojmovém aparátu politické teorie s jejím důrazem na suverenitu, mocenské prameny legality, politické instituce a kulturu ovlivňující tvorbu a aplikaci práva. Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Joseph Raz a mnoho dalších vědců koncipovalo teorie práva jako normativního systému se zvláštními základy a vnitřními operacemi, které jsou nezávislé na mocenských vztazích a politických rozhodnutích. Tato teoretická orientace na systémovost práva ale současně otevírá možnost uvažovat o právu v pluralistickém duchu, protože různé právní systémy spolu mohou interagovat a komunikovat bez toho, že by jeden systém byl nezbytně podřízen systému druhému, nebo že by se musel konstituovat třetí systém, který by byl oběma systémům nadřazen.

Tento pluralistický potenciál systémově orientované právní teorie a filosofie je zastíněn Kelsenovým fundamentálně unitárním a monistickým pohledem na právo jako systém založený základní normou, ať se jedná o mezinárodní, nebo státní právo. Podle Kelsena není ani v mezinárodním právu dualismus možný, protože by ve skutečnosti vedl k právně pluralitní situaci vyvolané multiplicitou národních systémů pozitivního práva.²⁴ Podobně i Raz tvrdí, že dva nebo více právních systémů mohou koexistovat a být uplatňovány v rámci jednoho společenství, ale že jsou do jisté míry vždy potenciálně inkompatibilní, protože právní systémy nemohou „uznat žádný nárok na nadřazenost nad tím samým společenstvím, který by mohlo být učiněno jiným právním systémem“.²⁵ Zatímco pluralitní koexistence může existovat fakticky, podle Raze je to z právního hlediska nemožné.

Podle tohoto názoru mohou jednotlivé právní systémy vzájemně tolerovat své operace, jako například právní normativní systémy nebo obyčejové právo, a umožnit určitou míru kompatibility s ostatními právními systémy například uznáním principu extraterritoriální platnosti některých norem těchto systémů. Všechny právní systémy nicméně uplatňují autoritu na normativní regulaci jakéhokoli jednání příslušníků daného společenství. V tomto ohledu se právní systémy považují za odlišné od jiných institucionalizovaných systémů, protože na rozdíl od jiných asociací, společností, klubů nebo spolků je jejich účelem nejobecnější cíl, jakým je podřízení lidského chování nadvládě pravidel. Na rozdíl od jiných normativních systémů včetně systémů morálních pravidel tak právní systémy mohou podle Raze nárokovat obecnou autoritu a možnost regulovat všechny formy jednání, i když samozřejmě ani zdaleka ne všechny formy jednání ve společnosti fakticky regulují.

Navzdory Kelsenově globálnímu právnímu monismu zapouzdřeném v systému mezinárodního práva a Razově názoru, podle kterého je klíčovým znakem všech právních systémů jejich schopnost nárokovat si svrchovanou autoritu, si však lze představit právní systémy, které se navzájem překrývají bez toho, že by jeden z nich měl nadřazenou platnost. Normativní konflikty mezi dvěma nebo více právními systémy nárokovajícími si nadřazenost potenciálně destabilizují život společnosti, ale právní systémy jsou také operativně sebeomezené a seberegulované právě z toho důvodu, aby se zabránilo faktické destabilizaci života normativními konflikty.

²⁴ KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law*. Berkeley, CA: University of California Press, 1967, s. 328.

²⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 119.

Pluralita jako sociologický fakt se v právní teorii typicky staví do protikladu k právně teoretickému pojmu normativní plurality. Opakovaně se zdůrazňuje rozdíl v metodologii, jakou používají právní a sociální vědci při studii těch samých institucí, ať se jedná o parlamenty, nebo rodiny. Nicméně i ti nejsilnější stoupcí právního pozitivismu dnes uznávají, že autorita práva není pouze záležitostí čisté normativity, ale souvisí také s účinností právních norem a procesů.

Klasický problém právního pozitivismu, který původně vyčlenil pojmy suverenity a zvyku poslušnosti jako vnější sociální podmínky systému pozitivního práva, se tak vrací jako problém moci a vlivu práva ve společnosti. I Kelsen nakonec uznává, že platnost práva nespočívá v čisté normativitě a minimum účinnosti „*musí přistoupit k postavení právní normy, pokud tato norma nemá ztratit platnost*“.²⁶

Kelsen formuluje problém právní účinnosti jako systémový problém klasického vztahu mezi právem a mocí, když tvrdí, že zákon ve skutečnosti vytváří „*určitý řád (nebo organizaci) moci*“.²⁷ Ačkoli Raz kritizuje neurčitost Kelsenova tvrzení, že právní normy musí být „*víceméně účinné*“,²⁸ také přiznává, že účinnost právních systémů je právní filosofii a teorií opomíjena a že celý problém spíše patří do oboru sociologie práva.²⁹

Platnost právního systému se definuje současně „čistou“ normativitou i „špinavou“ sociální účinností, což ovšem vede k logickým a pojmovým paradoxům. Jedním z nich je paradox právního pluralismu, který staví na obecné systémové teorii komunikace, ve které identita je rozpoznatelná jen jako rozdíl a jednota se určuje prostřednictvím rozmanitosti.

Právě v tomto kontextu chtěl například Neil MacCormick rozvinout vztah podobností a rozdílů mezi právním a sociologickým přístupem k systémové teorii, aby lépe porozuměl výzvám právního pluralismu.³⁰ MacCormickova teorie právního pluralismu nicméně vycházela z pozitivistického přístupu k právnímu pluralismu, který chápe proces evropské právní integrace jako vzájemné uznávání institucionálně normativních řádů bez nároku na nadřazenost.³¹ Otázka autorizace se tak podle něho v EU stává otázkou sebereferečního zmocnění prostřednictvím formálního zákonodárství a autoritativní interpretace, která transformuje původně konvenční a obyčejový charakter pravomocí vyplývajících z práva EU. Vzhledem k tomuto zpětnému sebekonstituování se právní normy EU postupně vyvinuly a uspořádaly do nového právního systému, který koexistuje s ústavními systémy členských zemí.³²

V kontextu této ústavní evoluce Joseph Weiler kdysi slavně kritizoval projekt ústavní smlouvy a teorie evropského konstitucionalismu jako vedené kelsenovskou snahou ustavit *Grundnorm* – základní normu jako nejvyšší pramen ústavní autority EU. Na ústavu jako právní pramen se ovšem podle Weilera v ústavodárném nadšení hledělo ze schmittovské perspektivy autority, která má převážet v extrémních situacích ústavních konfliktů. Weiler přitom odmítal monistické i dualistické pojetí evropského práva a volal po evropském ústavním *Sonderweg*, tedy zvláštní cestě, ve které by se právě etika vzájemné tolerance stala onou „duchovní“ základní normou evropského konstitucionalismu.³³

²⁶ KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law*, s. 11.

²⁷ *Ibidem*, s. 214.

²⁸ *Ibidem*, s. 212.

²⁹ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s. 42–44.

³⁰ MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. *Modern Law Review*. 1993, Vol. 56, No. 1, s. 1–18, s. 8.

³¹ MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, s. 104.

³² *Ibidem*, s. 103.

3. Sociologický pojem ústavního pluralismu: normativní pluralismus a sociální pluralita

Stručný úvod do dějin evropského ústavního pluralismu ukazuje, že je třeba důkladněji se zabývat vlivem metodologií sociologie a antropologie práva.³⁴ Radikální obhájci právního pluralismu, jako například Franz von Benda-Beckmann, se zaměřují na vazby mezi obyčejovým a oficiálním právem a dalšími systémy, jako například náboženským nebo koloniálním právem v konkrétních společnostech. Součástí těchto studií je pozitivistická ortodoxie, podle které právo je homogenní sociální instituce zajištěná státní mocí a definující podmínky příslušnosti k politické společnosti.

Tito právní pluralisté se silně inspirovali mimo jiné právě Ehrlichovým sociologickým pojmem práva a kritikou jurisprudence jako vědy výlučně se zaměřující na státní právo.³⁵ Ehrlichovy etnografické právní výzkumy a pojem živého práva poskytují argumentační základ pro současnou právní antropologii a etnografii nestátního práva.³⁶ Diferencovaný systém státního práva se tak analyzuje v kontextu nediferencovaných sociálních norem. Identifikace práva se společenským uznáním a tím, co Ehrlich popisoval jako „vnitřní řád společenství“, nahradil pojem státního práva jako nejobecnější právně teoretické konstrukce. Ehrlichova teorie uznání je tak snadno rozpoznatelná i v současné sociologické teorii práva, například v Tamanahově konvencionalistickém a pragmatickém přístupu, podle kterého „*právo je cokoli, co lidé v sociálním prostředí běžně jako právo uznávají ve společenské praxi*“.³⁷

Antropologové a sociologové práva, kteří takto kritizují pojem práva jako centralizovaného a státně sankcionovaného normativního systému, zdůrazňují heterogenní a pluralitní principy pozitivního práva, a dokonce hovoří o „chaotickém zmatku“ v jeho sociálních funkcích a vzájemných strukturálních vztazích.³⁸ Pluralistický přístup ke studiu práva tak účinně zpochybňuje stát jako jediný pramen platného práva ve společnosti. Vzájemná propojenost mezi státním právem a sociálními normami vede ke studiu těchto nestátních právních řádů jako „*poloautonomních sociálních polí*“.³⁹

Právní pluralisté běžně označují za právní řád jakýkoli sociální režim či pole kolektivně uznávané normativní regulace a uznávají jejich pluralitu, heterogenitu a překrývající se struktury včetně množství vzájemných kolizí a konfliktů.⁴⁰ Namísto kelsenovské čisté právní normativity tak pluralisté popisují současné multikulturní a heterarchické společnosti jako ty, ve kterých převládá „interlegalita“⁴¹ neustále se prolínajících, přestupujících a přesahujících právních řádů, které si navzájem vypůjčují normy a pravidla. Namísto

³³ WEILER, Joseph H. H. In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg. In: WEILER, Joseph H. H. – WIND, Marlene (eds). *European Constitutionalism Beyond the State*, s. 7–23.

³⁴ BENDA-BECKMANN, Franz von. *Legal Pluralism in Malawi: Historical Development 1858–1970 and Emerging Issues*. Malawi: University of Malawi, Kachere Series, 2007, s. 55.

³⁵ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*; citováno z anglického překladu EHRLICH, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (translated by W. Moll). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1936, s. 13.

³⁶ HERTOGH, Marc (ed.). *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

³⁷ TAMANAHA, Brian. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 197.

³⁸ GRIFFITHS, John. What Is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 1986, Vol. 18, No. 24, s. 1–55, s. 27.

³⁹ FALK MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law and Society Review*. 1973, Vol. 7, No. 4, s. 719–746.

⁴⁰ FISCHER-LESCANO, Andreas – TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. 2004, Vol. 25, No. 4, s. 999–1046.

⁴¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Toward a New Legal Common Sense*, s. 437.

monopolu politické moci koncentrované v moderním státě právní a ústavní pluralismus odkazuje na specifické formy moci vyvíjející se v těchto právních řádech.

Právní pluralismus posunul teoretický zájem směrem k sociálnímu okolí státního práva a vědci dnes běžně studují „vnitřní/vnější“ distinkce v právních systémech,⁴² „nelegalitu“ v různých oblastech práva,⁴³ „a-legalitu“⁴⁴ atd. Tento posun zahrnuje i studium různých forem nelegitimního práva a odporu k oficiálnímu právu.

Obecný proces globalizace představuje hlavní zdroj současných diskusí o právním pluralismu. Vyvíjející se systémy globálního hospodářství, politiky, vědy, technologie, vzdělání nebo médií vedou k logickému závěru, že, podobně jako na úrovni národního státu, musí existovat paralelně se vyvíjející systém právních pravidel a standardů, podle nichž se reguluje vývoj v ostatních oblastech globální společnosti.

Gunther Teubner, jeden z neoriginálnějších interpretů Ehrlichova odkazu, v této souvislosti například zdůrazňuje existenci tzv. globálních právních fenoménů, které vznikají a operují zcela nezávisle na národních státech nebo mezinárodních politických organizacích založených na principu státní suverenity.⁴⁵ Utvářejí se naopak komunikací mezi systémem pozitivního práva a globální společností a jako takové mají i schopnost formovat hranice mezi globálním právem a jeho okolím.

Podobně jako Teubner se i William Twining snaží ustavit metajazyk právní teorie, který by dokázal transcendovat jednotlivé právní kultury a odpovědět na pluralitu vzájemně se prostupujících právních řádů, které se ustavují a vyvíjejí v globální společnosti.⁴⁶ Právní řády mohou odkazovat ke komplexním institucionalizovaným systémům, ale zrovna tak mohou označovat i řády mnohem méně organizované a obsahující rozmanité sociální praktiky a normy. V globální společnosti tak podle Twininga existuje velké množství normativních řádů, které lze označit za právní v tom smyslu, že dokážou reflektovat a regulovat globalizační procesy v různých sociálních sektorech a systémech, jako jsou například hospodářství nebo technologie.

4. Kosmopolitní pluralismus? Tři kontroverze

Pluralistický rozdíl mezi státním právem a sociálními normami připomíná ozvěnu Ehrlichova klasického rozdílu mezi zákonným a živým právem. Dokonce vyvolává velmi podobné kritiky, podle nichž pluralisté nerozlišují mezi právem a zvykem. Podobně jako Max Rheinstein ve své někdejší kritice Ehrlichova sociologického pojmu práva⁴⁷ například i dnes Simon Roberts argumentuje, že nestátní normy mají charakteristiky odlišné od norem, které vydávají státní orgány ve formě zákonů, a proto teorie právního pluralismu jednoduše opomíjejí jedinečný charakter práva ve společnosti.⁴⁸

⁴² HARRIS, Olivia (ed.). *Inside and Outside the Law*. London: Routledge, 1996.

⁴³ JOHNS, Fleur. *Non-Legality in International Law: Unruly Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁴⁴ LINDAHL, Hans. A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries. *Modern Law Review*. 2010, Vol. 73, No. 1, s. 30–56.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther (ed.). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law Without a State*.

⁴⁶ TWINING, William. *Globalisation and Legal Theory*, s. 53.

⁴⁷ RHEINSTEIN, Max. Sociology of Law, Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. *International Journal of Ethics*. 1938, Vol. 48, No. 2, s. 232–239.

⁴⁸ ROBERTS, Simon. After Government? On Representing Law Without the State. *Modern Law Review*. 2005, Vol. 68, No. 1, 1–24.

Druhá kontroverze bezprostředně souvisí s první a týká se toho, co Roscoe Pound kdysi označil jako „fobie ze státu a jeho suverenity“.⁴⁹ Dnešní odborníci na studium globálního právního pluralismu také silně argumentují proti právnímu monismu a státnímu právu a vyzývají k „porušení tabu“⁵⁰ a oddělení práva od státu. Tento důraz však může zrovna tak vést k opomíjení samotného problému autority v právu a strukturálního propojení mezi politickou mocí a právem, k jakému dochází v konstitucionalismu.

Konečně třetí kontroverze právního pluralismu se ukazuje v jeho údajné funkci coby kritické teorie demaskující monismus a centralismus státního práva jako privilegovaný a reduktivní pohled na právo, který klade důraz na národní stát a jeho morální a politické nároky a očekávání.⁵¹ Požadavek plurality, diverzity, heterogenity a heterarchie právních řádů potom získává dvojí kvalitu analytického nástroje i kritického pojmu zatíženého politickými a právními očekáváními. Tato očekávání se neomezují na kritiku koloniálního práva a politiky a dotýkají se i obecné teorie globálního právního pluralismu a jeho zaměření na „potlačované diskurzy“⁵² nestátního práva.

Globální právní pluralismus si navíc přisvojili stoupenci kosmopolitní etiky a práva a rozdíl mezi ústavním monismem a pluralismem přeformulovali jako rozdíl mezi hierarchicky konzervativní/uzavřenou/špatnou a heterarchicky progresivní/otevřenou/dobrou politikou. Tato politika krásného nového pluralitního světa však paradoxně vyžaduje jednu všeobecně platnou morální autoritu a normativní nadřazenost. Pod maskou nové ontologie globálního společenského a právního pluralismu tak etika kosmopolitismu vznáší staré nároky na morální vedení a uspořádání globální společnosti.

Všechny tři kontroverze se projevují ve specifických kontextech včetně ústavního pluralismu EU, ale přitom se v nich ukazuje obecný problém spojování práva s kosmologickým uspořádáním,⁵³ v němž v durkheimovské tradici identifikují právo v jeho pluralitě s indexem sociální solidarity, který dává smysl kolektivní existenci.⁵⁴

Proti tomuto pojmu právního pluralismu jako zdroji legitimacy globální společnosti, který jí poskytuje kosmopolitní plnou penzi, se staví ty antropologické a sociologické teorie práva, podle nichž problém autority nelze jednoduše eticky rozředit. Leopold Pospíšil se například zaměřoval na etnografický výzkum rozmanitých forem autority, díky kterým lze v rámci konkrétního společenství vydávat příkazy prostřednictvím využití normativních řádů.⁵⁵

Zmiňované kontroverze se týkají i oblasti práva EU a teorií evropského konstitucionalismu. Postnacionální konstitucionalismus EU v některých teoriích nabývá normativního očekávání, že sama pluralitní koexistence jednotlivých právních systémů a režimů

⁴⁹ POUND, Roscoe. Introduction. In: SIMPSON, Sidney P. – STONE, Julius (eds). *Cases and Readings on Law and Society (American Casebook Series)*. St. Paul: West Publishing, 1948.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: JOERGES, Christian – SAND, Inger-Johanne – TEUBNER, Gunther (eds). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 3–28, s. 8.

⁵¹ GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 1981, Vol. 19, s. 1–47.

⁵² TEUBNER, Gunther. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*. 1992, Vol. 13, s. 1443–1462.

⁵³ GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Sociology*. New York, Basic Books, 1983, s. 234.

⁵⁴ PŘIBÁŇ, Jiří. Polity as Constitutional Law's Community: On the Expressive Function and Symbolism of National and Transnational Constitutions. In: NOBLES, Richard – SCHIFF, David (eds). *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*. Aldershot: Ashgate, 2014, s. 95–112.

⁵⁵ POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New Haven, CT: Yale University Press, 1971.

povede postupně k rozpadu mocenské politiky typické pro národní státy a jejímu nahrazení depolitizovanou správou a vládnutím na nadnárodní úrovni EU. Pod zdánlivě technickými problémy ústavního dialogu a konverzací se tak objevují normativní struktury legitimní postnacionální a postsuverénní politiky a etiky prosazované právem EU.⁵⁶

Napětí mezi instrumentálně funkcionální a expresivně symbolickou racionalitou konstitucionalismu se projevuje stále častěji a silně se zobrazilo i do nedávných krizí Unie.⁵⁷ Právní systém EU je vzhledem ke svému polycentrismu nejkompexnější příklad plurality právní autority, která se utváří v komunikaci mezi různými právními subsystémy. Paradigma právního monismu zde neplatí, protože právní normy EU nejsou nejvyšším zdrojem platnosti ústavních systémů členských států, ale zrovna tak se nejedná o variantu mezinárodního práva, jehož procedury a vyjednávání by zcela závisely na členských zemích jako suverénních stranách Smlouvy o EU.

Někteří autoři v této souvislosti popisují právo EU ne jako systém, ale řád.⁵⁸ Na rozdíl od institucionálně a normativně komplexních a sebereferenčních právních systémů na úrovni národního státu má pojem právního řádu charakter volnější normativní formace, která se vyvíjí podle daných vzorců interakce mezi jednotlivými právními systémy. Jestliže však budeme považovat za právní systém takové uspořádání, v němž komunikačním médiem je legalita,⁵⁹ potom můžeme nadále popisovat i právo EU jako systém, který je typický svou *pluralitou ústavních autorit*.⁶⁰

Tato pluralita kromě jiného značí i kapacitu právního systému EU vznášet nezávislé vlastní ústavní nároky, které se vyvíjejí paralelně s přetrvávajícími nároky členských zemí na ústavní suverenitu.⁶¹ Právě tyto nároky na ústavní autoritu v rámci EU dokazují, že její právní systém nemůže být čistě hierarchický a vertikální, ale naopak heterarchický a horizontální.⁶² Právní systémy členských zemí a EU jsou ve vzájemné interakci, ale současně si udržují své vlastní znaky a nezávislé zdroje a kritéria ústavní autority. Podle Walkera je právě tento agonistický proces vyjednávání mezi různými ústavními autoritami a uvnitř nich plný možností vzájemného obohacení prostřednictvím otevřeného dialogu a společného experimentování v konsenzuálnějších kontextech.⁶³

Prohlubující se evropská integrace znamená současně prohlubující se konstitucionalizaci, ale ta samozřejmě vede k demokratickým dilematům a představuje výzvu pro moc i autoritu v EU.⁶⁴ Měnící se konfigurace právní autority v EU znamená, že státy nelze považovat za ústavní suverény ani ve vnitrostátním, ani v mezinárodněprávním kontextu. Procedurální definice ústavního pluralismu EU jako systému vyjednávání mezi různými autoritami a uvnitř nich, který vytváří politický a společenský konsens díky vzájemnému učení se a dialogu, je ovšem plný normativních očekávání. Agonistická politika má

⁵⁶ CLAES, Monica et al. *Constitutional Conversations in Europe – Actors, topics and procedures*. Antwerp: Intersentia, 2012.

⁵⁷ DAVIES, Gareth. Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence. *European Law Journal*. 2015, Vol. 21, No. 1, s. 2–22.

⁵⁸ CULVER, Keith – GUIDICE, Michael. Not a system but an Order: An Inter-institutional View of European Union Law. In: DICKSON, Julie – ELEFTHREADIS, Pavlos (eds). *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 54–76.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 362–363.

⁶⁰ ROUGHAN, Nicole. *Authorities: Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁶¹ WALKER, Neil. Constitutional Pluralism Revisited. *European Law Journal*. 2016, Vol. 22, No. 3, s. 333–355, s. 333–334.

⁶² Ibidem, s. 337.

⁶³ Ibidem, s. 359.

⁶⁴ MENÉNDEZ, Agustín José. The European Democratic Challenge. *European Law Journal*. 2009, Vol. 15, s. 277–308.

ve skutečnosti posilovat konsens a funkcionálně diferencované ústavní režimy mají být normativně integrované jako ustavující autorita sdílených hodnot a principů. Výzva k novému teoretickému metajazyku ústavního pluralismu v EU tak ve skutečnosti v sobě skrývá klasické konstitucionalistické volání po hodnotových a principiálních základech evropské politické společnosti.

Paradox ústavního pluralismu EU, který současně popisuje sektorovou a funkcionální multiplicitu evropského práva a usiluje o normativní legitimizaci těch samých struktur a procesů, se projevuje i v akademické publikační inflaci v oblasti vlády práva a hodnot EU.⁶⁵ Teorie evropského práva si přitom často vypůjčují pojmy a argumenty kosmopolitního konstitucionalismu, takže sdílené liberální hodnoty a normy lidských práv a demokratické participace se považují za základní legitimizační rámec EU.

Inspirací se stávají i sociologicky orientované normativní teorie právního pluralismu, které sice kritizují univerzalizmus, ale současně obhajují kosmopolitismus jako systém sociální interakce přesahující teritoriální hranice a neteritoriální vazby, v nichž jsou sociálně zapouzdření jednotlivci i celé komunity globální společnosti. Podle Paula Schiff Bermana je to například tato vzájemná závislost, a ne autonomie, co definuje humanitu i právo jako normativní konstrukt pro řešení konfliktů a vyjednávání na globální úrovni.⁶⁶

Právní pluralismus v této kosmopolitní verzi ve skutečnosti využívá sociologické argumenty ke spekulativní formulaci fundamentálních hodnot operujících na transnacionální evropské a globální úrovni. Sally Engle Merry, jedna z nejvýznamnějších představitelky antropologie právního pluralismu, například předpokládá, že z pluralitních struktur a kulturních rozdílů nakonec vznikne transnacionální konsensus, v němž lidská práva nebudou omezena normativními nároky státu a jeho občanů.⁶⁷ Pluralistické koncepty uznání, vyjednávání, dialogu, konverzace a tolerance tak nabývají primárně morální význam, který odporuje antropologickému předpokladu morálního relativismu a omezení nároků morálky a vědění na platnost jejich kulturním rámcem.⁶⁸

Výsledkem této vnitřní kontroverze sociologicky orientovaných teorií ústavního pluralismu tak je argumentační paradox, v němž právní pluralismus doprovází *morální monismus* a EU slouží jako zásobník morálních aspirací a organizace prosazující univerzální hodnoty prostřednictvím partikulárních právních procesů a politických rozhodnutí.⁶⁹ Záměna faktické sociální rozmanitosti a normativních morálních očekávání je tak jedním z důsledků tohoto argumentačního zmatku v sociologických i právně pozitivistických teoriích ústavního pluralismu.⁷⁰

⁶⁵ Viz například WILLIAMS, Andrew. *The Ethos of Europe: Values, Law and Justice in the EU*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; WEATHERHILL, Stephen. *Law and Values in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 1995; SCHROEDER, Werner (ed.). *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*. London: Bloomsbury, 2016; JAKAB, András – KOCHENOV, Dimitry (eds). *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States. Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁶⁶ BERMAN, Paul S. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 13. Ke kritice tohoto pohledu viz GALAN, Alexis – PATTERSON, Denis. The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders. International Journal of Constitutional Law*. 2013, Vol. 11, s. 783–800.

⁶⁷ MERRY, Sally Engle. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, s. 225–227.

⁶⁸ GEERTZ, Clifford. Anti Anti-Relativism. *American Anthropologist*. 1984, Vol. 86, No. 2, s. 263–278.

⁶⁹ STONE SWEET, Alec. A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe. *Journal of Global Constitutionalism*. 2012, Vol. 1, No. 1, s. 53–90.

⁷⁰ LUKES, Steven. *Moral Relativism*. London: Profile Books, 2008.

Závěrečné poznámky: moc a autorita v Ehrlichově „globální Bukovině“

Proces společenské diferenciaci lze s jistou mírou nadsázky označit za základní normu společenského konstitucionalismu, protože v něm dochází současně k rozšíření pojmu konstitucionalismu mimo rámec politické ústavy. Společenský konstitucionalismus má schopnost teoreticky uchopit ústavní procesy současně jako součást sociální integrace i fragmentace, divergence i konvergence, inkluze i exkluze, právní i zvykové regulace. Jde o rozdíly, které jsou součástí funkcionálně diferencovaného procesu společenské sebekonstitucionalizace,⁷¹ kterou sociologie práva považuje za nejlepší ochranu proti přílišnému zpolitizování konstitucionalismu.⁷²

Tato konceptuální expanze společenského konstitucionalismu však obsahuje opačné riziko, totiž přílišné socializace konstitucionalismu, která s sebou přináší navíc další dvě teoretická rizika, totiž riziko zastření pojmu ústavy její příliš širokou aplikací na nejrozmanitější procesy sebekonstituování specifických systémů společnosti, a dále riziko depolitizace pojmu ústavy záměrnou eliminací původního významu a historického vývoje moderních politických ústav.⁷³

Řečeno jazykem právního konstitucionalismu, teorie společenského konstitucionalismu často ignorují problémy ústavní autority a sociální moci tím, že zdůrazňují pouze spontaneitu a horizontalitu ústavních procesů. Současný stav evropského ústavního pluralismu však potvrzuje, že představa spontánně se utvářejících heterarchií, které postupně nahrazují formální hierarchie státu a jeho politické ústavy, je příliš naivní a znamená regres právní i sociologické analýzy na úroveň filosofické hádanky a spekulativního moralismu.

Národní stát jako organizace mocenské mobilizace v moderní společnosti vyžaduje ústavní autoritu, aby ho bylo možné považovat za legitimní. Ústavní autorita však nepotřebuje stát jako svou exkluzivní organizaci a dokáže konstituovat nestátní, a dokonce nepolitické formy legitimizace. To je základní zkušenost s historickým vývojem ústavního pluralismu EU.

Riziko depolitizace znamená, že i ve společenském konstitucionalismu EU je třeba jednotlivé ústavy analyzovat jako organizace, jejichž hlavní funkcí je proměna účinné sociální moci na normativní právní autoritu. Riziko přílišné politizace naopak znamená, že ani v politickém konstitucionalismu nelze ústavní problémy omezit na témata právního monismu nebo ustavující moci jako konkrétně existující kolektivní autority v pozadí všech legitimních ústavodárných procesů. Také proto evropský ústavní pluralismus vyžaduje podrobnou genealogii všech mocenských asymetrií, konfliktů a napětí, které vzniká zrovna tak v hierarchických, jako i v heterarchických strukturách evropské transnacionální společnosti.

Pochopit tyto teoretické výzvy v jejich šíři i hloubce znamená vrátit se k samým základům sociologickoprávní metody, jak ji vypracoval před více než sto lety Eugen Ehrlich,

⁷¹ PŘIBÁŇ, Jiří (ed.). *Self-Constitution of European Society: Beyond EU politics, law and governance*. Abingdon: Routledge, 2016.

⁷² ANDERSON, Gavin. Beyond 'Constitutionalism Beyond the State'. *Journal of Law and Society*. 2012, Vol. 39, No. 3, s. 359–383.

⁷³ THORNHILL, Chris. Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy. *Theory and Society*. 2008, Vol. 37, s. 161–197.

a radikálně ji přeformulovat pro současné potřeby právní a sociální teorie globalizace. Jinými slovy, znamená to převést Ehrlichovy pojmy a konstrukce do podmínek toho, co jsme na počátku tohoto článku označili Teubnerovými slovy za „globální Bukovinu“.

Teubner rozpracoval Ehrlichovy sociologickoprávní pojmy živého práva a spontánní evoluce sebeutvářejících se normativních řádů v rámci systémové teorie. Bezprostředně přitom navázal na Ehrlichovo rozlišování oficiálně stanovené litery práva a neoficiálně uznávaného živého práva, takže v Teubnerově pojetí nejsou ústavy politické, ale sociální konstrukty, které nevytvářejí přehledné normativní celky ve společnosti, ale naopak jsou projevem její diferenciaci a fragmentace.⁷⁴

Podle Teubnera je třeba oddělit ústavu od moci a rozšířit její význam i na nepolitické systémy, režimy a sektory v globální společnosti. Podobně jako Ehrlich i on tak volá po zkoumání všech právních pravidel, principů a norem v jejich sociálním prostředí, ale ještě víc v kontextu nejrozmanitějších režimů vědění, jejichž sociální síla si sama vyžaduje konstitucionalizaci a s ní i možnost transformovat se na legitimní autoritu.⁷⁵ Jinými slovy, Teubner z klasické právní otázky po ústavním subjektu vytváří problém sebekonstituce *epistémé* ústavního systému jako zdroje jeho autority.

Jestliže napříště není ústavním subjektem jen lid projevující se fiktivní jednotou vůle jako nejvyšší hybatel ústavního pořádku, ale režim vědění, který předem říká, co i takový lid smí a nesmí vyslovit a chtít, radikálně se tím proměňují klasická konstitucionalistická témata, jakým je například vztah demokracie a technokracie nebo obecného a odborného rozumu. Ústavní subjekt už není pouze imaginární lid jako subjekt suverénní politické moci a zdroj obecné humanity, ale zrovna tak i nehumánní a nepolitické informace a poznatky, které jsou představitelné jen jako pluralita režimů a sítí vědění, které operují v systému globalizovaného práva.

Jestliže před sto lety Eugen Ehrlich vyzval právníky, aby obecnou teorii práva koncipovali prostřednictvím sociologických a etnografických metod a zbavili se tím přeceňované vazby mezi právní normou a jejím politickým vynucením, Gunther Teubner dnes tuto výzvu posouvá dál a vyzývá nejen ke zrušení této vazby, ale k přehodnocení samotného pojmu ústavy jako sociálního procesu právní asistence ve vývoji a seberegulaci ostatních sociálních systémů. Pro takovou ústavu nepotřebujeme imaginární moc svrchovaného lidu, ale reálné uznání, že právo je jen jeden z mnoha sociálních systémů naší fragmentarizované a diferencované globální společnosti. Ehrlichova sociologie živého práva tak dnes žije v globální Bukovině a daří se jí dobře!

⁷⁴ TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 71.

Eugen Ehrlich – zakladatel právní sociologie

Petr Osina*

Abstrakt: Cílem článku je představení významného rakouského právníka a romanisty Eugena Ehrliche. V úvodní části se autor podrobně věnuje hlavním událostem Ehrlichova života, v rámci nichž představuje nejdůležitější etapu jeho působení na Univerzitě Františka Josefa v Černovicích. Další část je zaměřena na rozbor základních prvků sociologické koncepce Eugena Ehrliche. V díle *Základy sociologie práva* Ehrlich identifikoval tři druhy či prameny práva – státní právo, právo právníků a společenské právo. Poté následuje pasáž věnovaná pojmu živé právo a jeho roli v rámci působení práva ve společnosti. Živé právo je právo, které ovládá život sám, i když nebylo v právu stanoveno. Ehrlichova sociologie práva nezpochybňovala právní platnost státního práva, pokud připustila možnost jeho konfrontace s živým právem nebo právem právníků. Další část článku analyzuje kritické připomínky, které vůči Ehrlichově teorii vznesl další rakouský právník Hans Kelsen. Poslední část se soustředí na roli společenského zájmu v kontextu práva. Pro Ehrliche nebyly právní normy neživými konstrukcemi, které by existovaly nezávisle na sociální realitě. Byly součástí fungujícího řádu společenské komunikace, který chrání určité zájmy preferované společností a diskriminuje ty zájmy, které společnost neschvaluje.

Klíčová slova: právní sociologie, státní právo, právo právníků, živé právo, právní skutečnosti, společenský zájem

Místo úvodu

Eugen Ehrlich byl významný rakouský právník a romanista, který je považován za jednoho ze zakladatelů právní sociologie. Narodil se 14. září 1862 jako Elias Ehrlich ve městě Černovice v Bukovině na východním okraji habsburské monarchie (dnes je severní část Bukoviny s bývalým hlavním městem Černovice součástí Ukrajiny, jižní část je součástí Rumunska). Byl synem židovského advokáta Simona Ehrliche a jeho manželky Eleonory Donnerfeld. V roce 1865 se rodina přestěhovala do města Sambor v Haliči a tam strávil dětství spolu se svým bratrem Oswaldem.

V roce 1879 Ehrlich maturoval na gymnáziu s polským vyučovacím jazykem v Samboru a rozhodl se pro studium práva ve svém rodném městě na nedávno (1875) založené Univerzitě Františka Josefa s německým vyučovacím jazykem. Ve druhém roce studia se přesunul do Lvova a po smrti svého otce dokončil svá studia ve Vídni. Dne 8. dubna 1886 byl promován doktorem práv a již v roce 1894 se habilitoval na vídeňské univerzitě jako soukromý docent římského práva na základě spisu *Die stillschweigende Willenserklärung (Konkludentní projev vůle)*.¹ Stal se katolíkem a začal používat jméno Eugen, které bylo inspirováno významným rakouským vojevůdcem princem Evženem Savojským.

Mezi lety 1886 a 1896 působil jako praktikující právník. Poté začal vyučovat římské právo jako mimořádný profesor na Univerzitě Františka Josefa v Černovicích, kde se násled-

* JUDr. Petr Osina, Ph.D., Právnícká fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, katedra teorie práva a právních dějin. E-mail: petr.osina@upol.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6514-1048>. Rád bych poděkoval doc. Ondřeji Horákovi za jeho podnětné připomínky k textu.

¹ EHRlich, E. *Die stillschweigende Willenserklärung*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1893.

ně v roce 1900 stal řádným profesorem. Eugen Ehrlich byl děkanem právnické fakulty v akademickém roce 1901/1902 a 1908/1909 a proděkanem v následujícím akademickém roce 1902/1903 a 1909/1910, jak bylo obvyklé.² Dne 23. června 1906 byl na zasedání senátu Univerzity Františka Josefa v Černovicích jednomyslně zvolen rektorem. Dne 2. prosince 1906 se konala inaugurace, v jejímž průběhu Ehrlich pronesl jako inaugurační přednášku široce uznávaný projev na téma *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes (Skutečnosti obyčejového práva)*. Rektorem univerzity byl pak v akademickém roce 1906/1907 a prorektorem v následujícím akademickém roce 1907/1908.³

V srpnu 1914 byla Univerzita Františka Josefa v Černovicích uzavřena kvůli příchodu ruských jednotek. Ehrlich odjel do Vídně, kde pokračoval ve vědecké práci. Zároveň se zapojil do mírového hnutí a publikoval několik politických textů. Jako člen studijní komise pro národnostní otázky v rámci Ústřední organizace pro trvalý mír (*Central Organization for a Durable Peace*) napsal zprávu s názvem *Národnostní problémy v Rakousku (The National Problems in Austria)*. Jeho cílem bylo přesvědčit vítězné mocnosti, aby nerozdělovaly poraženou habsburskou monarchii kvůli domnělé neúspěšné národnostní politice, která měla spočívat v potlačování národnostních menšin.⁴

Druhou polovinu roku 1918 strávil Ehrlich ve Švýcarsku, kde také sledoval zánik Rakouska-Uherska. V listopadu 1918 byla Bukovina anektována Rumunským královstvím. Univerzita Františka Josefa v Černovicích byla přeměněna na rumunskou Univerzitu Ferdinanda I. s rumunštinou jako vyučovacím jazykem. Ehrlich požádal vídeňské úřady o penzionování, a když mu nebylo vyhověno, odjel v srpnu 1920 z Bernu zpět do svého rodného města. Když chtěl zase začít vyučovat na univerzitě, čelil silnému odporu tehdejšího rektora Iona Nistora. Kromě formálních důvodů byl Ehrlich obviněn z austrianismu a označen za nepřítele rumunského lidu. Odjel proto vyjednávat do Bukurešti, kde mu bylo nabídnuto vedení nové katedry právní filosofie a sociologie v Černovicích. Podpořil ho dokonce rumunský král Ferdinand I., který uznával Ehrlichovy vědecké úspěchy a mezinárodní věhlas.

Protesty proti Ehrlichovi však pokračovaly také během roku 1921, kdy na podzim dokonce rumunští studenti hrozili, že násilím zabrání tomu, aby se ujal svých výukových aktivit. Ehrlich proto zůstal v Bukurešti, kde napsal texty spíše politického charakteru. Po zhoršení svého zdravotního stavu na jaře 1922 odjel do Vídně, kde 2. května zemřel svobodný a bezdětný v nedožitých šedesáti letech v nemocnici po amputaci nohy v terminálním stadiu tehdy ještě nevléčitelné cukrovky.⁵

1. Ehrlichova sociologická teorie

Eugen Ehrlich je ve světě znám především jako autor knihy *Grundlegung der Soziologie des Rechts (Základy sociologie práva)*. Jeho myšlenky jsou přijímány nebo kritizovány především v kontextu této knihy, respektive jejího anglického překladu.⁶ Další díla jsou

² NEZHURBIDA, S. – DYACHUK, M. – REHBINDER, M. – TOMAŠČÍKOVÁ, S. *Eugen Ehrlich: Bibliographic Index*. Wilmington: Vernon Press, 2018, s. xv.

³ NEZHURBIDA, S. – REHBINDER, M. *Eugen Ehrlich an der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz. Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs. Band 1*. 2021, s. 50.

⁴ PORSCHE-LUDWIG, M. *Eugen Ehrlich interkulturell gelesen*. Nordhausen: Verlag Traugott Bautz, 2011, s. 12.

⁵ NEZHURBIDA, S. – DYACHUK, M. – REHBINDER, M. – TOMAŠČÍKOVÁ, S. *Eugen Ehrlich: Bibliographic Index*, s. xxi.

⁶ EHRLICH, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.

dostupná z větší části pouze v němčině a jsou z tohoto důvodu přístupná poměrně úzkému okruhu badatelů, ačkoli tyto práce zachycují velmi důležitý vývoj Ehrlichova sociologického pojetí. Základy sociologie práva byly navíc pouze částí ambicióznější série publikací o soudním rozhodování. V dalším díle této řady, která tvoří nedokončenou trilogii, Ehrlich rozvíjí problémy výkladu zákonů a soudcovské tvorby práva a pečlivě zkoumá roli teoretické činnosti právníků (právní doktríny) v rámci fungování společenské mašinérie práva.⁷

V kontextu plánované série prací jsou Základy sociologie práva pouze úvodní částí, kde si autor klade za cíl podkopat sebevědomí těch právníků, kteří se zdráhají vzít v úvahu cokoli jiného než státní právo a prameny státem akceptované. Není zřejmé, zda byl sám Ehrlich připraven na ohlas, který Základy sociologie práva vyvolají v rámci tehdejší právní vědy. Většina právníků dílo prostě ignorovala, protože Ehrlich útočil na státní právo, které bylo tehdy v ohnisku zájmu střeoevropské právní vědy. A kritika těch, kteří dílo četli a chtěli vyjádřit svůj postoj, byla často spíše zlomyslná, což je dobře viditelné na prvních útocích Hanse Kelsena.⁸

Na první pohled se ostrost této kritiky nezdá být přiměřená. Teze o spojení právní vědy s empirickým výzkumem formuloval Ehrlich už krátce před zveřejněním *Základů sociologie práva* během kongresu německých právníků v roce 1911⁹ a ve třech dalších významných publikacích.¹⁰ Samotné myšlenky o neúplnosti státního práva a o nemožnost soudce zůstat v úzkých mezích zákonných norem byly běžné v rámci hnutí volného práva, do kterého Ehrlich patřil na přelomu 19. a 20. století (a sympatizoval s ním ještě dříve).¹¹

Ehrlich rozlišoval mezi volným nalézáním práva (*freie Rechtsfindung*) a technickým nalézáním práva (*technische Rechtsfindung*). Technické nalézání práva znamená vynášení rozhodnutí na podkladě pevně stanovených pravidel, zatímco volné nalézání práva znamená nacházení spravedlivých rozhodnutí odpovídajících okolnostem jednotlivých případů, při zohlednění oficiálního práva, zvykového práva a předchozích rozhodnutí. Při technickém nalézání práva výrazně kritizoval především používání analogie, různých právnických technik a konstrukcí, ale také výkladových metod, v jejichž důsledku se soudce při rozhodování vlastně nedrží textu zákona, pouze se tak tváří.¹²

⁷ EHRLICH, E. *Die juristische Logik*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1918.

⁸ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRLICH, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 3–54.

⁹ EHRLICH, E. Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern? In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, s. 61–79.

¹⁰ EHRLICH, E. Die Erforschung des lebenden Rechts. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 11–27 (původně publikováno in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*. 1911, 35); EHRLICH, E. Ein Institut für lebendes Recht. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 28–42 (původně publikováno in: *Juristische Blätter*, 1911); EHRLICH, E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukovina. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 43–60 (původně publikováno in: *Recht und Wirtschaft*. 1912, 1).

¹¹ EHRLICH, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*. Leipzig: Verlag C. L. Hirschfeld, 1903; EHRLICH, E. Über Lücken im Rechte. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 80–169 (původně publikováno in: *Juristische Blätter*. 1888).

¹² EHRLICH, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*. Leipzig: Verlag C. L. Hirschfeld, 1903, s. 26.

Je třeba zmínit, že hlavním vědeckým cílem Eugena Ehrlicha bylo zavést do přípravy studentů práv aplikované empirické metody. Formuloval to jako hlavní úkol ve svém inauguračním rektorském projevu v roce 1906 v Černovicích.¹³ Již v roce 1909 byl do učebního plánu zařazen nový vyučovací kurz „Živé právo“. Nicméně po organizačním neúspěchu projektu empirického výzkumu v Bukovině byl Ehrlich odrazen do té míry, že popíral jakoukoli heuristickou hodnotu empirického výzkumu práva. Mezitím právnická obec Rakousko-Uherska stále ignorovala nové komponenty, které chtěl Ehrlich přidat do nauky hnutí volného práva.

Drsný, ironický a do jisté míry kategorický tón *Základů sociologie práva* může být vysvětlen Ehrlichovým zklamáním z dlouhotrvajícího mlčení rakouské právnické obce a snahou probudit tuto komunitu. Pokud to byl cíl, který Ehrlich sledoval, když na Štědrý den roku 1912 dokončil své dílo, pak jej bylo dosaženo. Někteří nicméně tvrdili, že jeho práce přitáhla daleko více pozornosti ve Spojených státech, Japonsku a některých dalších zemích mimo německy mluvící svět, kde toto dílo zůstalo po mnoho let bez uznání.¹⁴

V celém svém díle Eugen Ehrlich zpochybňoval to, co nazýval „vulgární, státně zaměřené pojetí práva“.¹⁵ Z jeho pohledu by toto pojetí práva uznávalo pouze právo vyprodukované (respektive sankcionované) státem. Je to jednoduše zákonné právo, v rámci něhož jsou zákonodárcem stanoveny základní právní normy, které společnost řídí, a role soudnictví je omezena na aplikaci těchto norem v jednotlivých případech v souladu s původním záměrem zákonodávce. V ojedinělém případě, kdy je stávající zákon nejasný nebo mlčí, se soudce může obrátit na společenské normy a uznat je jako zvykové právo, které jinak neexistuje. Podle této koncepce, kterou Ehrlich považoval za zvláště rozšířenou v německé právní vědě své doby, je právo nástrojem v rukou státu, ale nikoli v rukou lidí. V podstatě sestává z příkazů jiným státním orgánům, aby v případě nedodržení norem uplatňovaly určité předepsané sankce.

Pro Ehrlicha příběh práva nekončí státem a jeho úředníky. Jeden z hlavních důvodů, proč nekončí u státu, je právě to, že tam ani nezačíná. V díle *Základy sociologie práva* Ehrlich identifikoval tři druhy či prameny práva. První dva druhy práva jsou stále úzce spojeny se státem, a proto jsou jako takové obecně uznávány také přívrženci „vulgárního“ pojetí práva – zaprvé je to státní právo (*Staatsrecht*) vznikající pouze prostřednictvím státu a za druhé právo právníků (*Juristenrecht*) vytvořené soudci a právními vědci.¹⁶

Veřejné právo v širokém slova smyslu je tvořeno na jedné straně právními normami, které vytvářejí stát a jeho instituce (správní právo), a na druhé straně normami, které obsahují obecná ustanovení (především trestní a procesní právo), jejichž cílem je ochrana veřejného práva v užším smyslu a také práva soukromého, tedy norem vytvořených ve společnosti. Na základě těchto obecných ustanovení právníci navrhuji na konkrétnější úrovni právní normy pro rozhodování, o které se soudci opírají při řešení konfliktů ve společnosti.

¹³ EHRlich, E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede. In: REHBINDER, M. (ed.) – EHRlich, E. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, s. 104–132 (původně publikováno in: *Die feierliche Inauguration des Rectors der k. k. Franz-Josephs-Universität in Czernowitz für das Studienjahr 1906/1907*. Czernowitz: Selbstverl. der k. k. Universität, 1906, s. 25–66).

¹⁴ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*. Portland: Hart Publishing, 2009, s. 95–124.

¹⁵ EHRlich, E. *Die juristische Logik*, s. 82.

¹⁶ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, s. 110.

Pro Ehrlicha byl důležitější třetí druh práva – společenské právo, o kterém tvrdil, že existuje nezávisle na dvou výše uvedených typech, a za jehož zdroj považoval právní skutečnosti (*Tatsachen des Rechts*).¹⁷ Podle jeho názoru je hlavní funkcí práva vytvářet řád uvnitř sdružení lidí a mezi sdruženími navzájem v rámci společnosti. Činí tak tím, že poskytuje normy, podle kterých lidé mohou regulovat a koordinovat své jednání, většinou bez zásahu státních úředníků. Navíc ve většině případů tyto normy vytvářející řád nejsou produkovány státem, ale plynou z institucí a struktur, jejichž součástí jsou lidé.

Právní skutečnosti jsou tudíž společenské vztahy, které jsou také právními vztahy. Jako takové jsou zdrojem společenského řádu.¹⁸ Ehrlich je označoval jako skutečnosti, protože jejich existenci lze zjistit pozorováním skutečné každodenní praxe ve společnosti. Tyto právní skutečnosti rozdělil do čtyř kategorií – zvyk (*Übung*), panství (*Herrschaft*), držba (*Besitz*) a projev vůle (*Willenserklärung*).¹⁹ Podle Ehrlicha normy obsažené v těchto právních skutečnostech mají mnohem větší dopad na životy lidí než normy státního a soudcovského práva. Zde sídlí živé právo – právo vytvořené a udržované samotnými lidmi. Naproti tomu oficiální právo vždy riskuje, že se stane pouhou mrtvou literou v důsledku ztráty kontaktu se společností, ve které působí. V pozdější publikaci Ehrlich srovnával pokus zachytit rozmanitost života v právních předpisech k marné snaze zachytit dravý proud potoka do rybníka.²⁰

2. Živé právo jako právo společenské

Můžeme si klást otázku, jak by se dala nakreslit alespoň prozatímní rozlišovací linie mezi státem a společenským právem. Efektivita a společenský význam nemohou poskytnout žádné kritérium. Oficiální právo může v některých situacích dokonce předběhnout jiné druhy práva a být efektivnější, což znamená být v souladu se společenským vývojem. Ani sankce nemůže sloužit jako rozlišovací kritérium, jelikož také ostatní společenské normy (etika, náboženství) mají donucovací charakter. Ehrlich říká, že by byly zcela bezvýznamné, kdyby nevyužily určité množství donucení.²¹

Každý způsob rozlišování může mít také dvě verze podle toho, zda rozdíl spočívá ve způsobu, jakým zákon upravuje svůj předmět, nebo v předmětu samotném. Ehrlich zastával názor, že oficiální státní právo je evidentně jedním ze společenských řádů a představuje pouze fázi v dialektice práva jako společenského fenoménu. Tento postoj je patrný, když rozšiřuje společenské právo mimo oblast vnitřních společenských řádů a připouští, že normy státního práva jsou svým obsahem společenské – tyto normy jsou efektivní prostřednictvím stejných druhů sociálního tlaku, který používají menší sdružení při prosazování svých norem vůči jednotlivci.²²

Ehrlich se často zdráhal používat termín „právo“ pro státní regulaci, jelikož „*stát nelézá právo, může pouze vydat státní právo, které se skládá z příkazů nařízených státem jeho vlastním institucím*“.²³ Rozdíl je však způsoben spíše mnohovýznamovostí slova

¹⁷ Ibidem, s. 67.

¹⁸ REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, s. 32.

¹⁹ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 69.

²⁰ EHRLICH, E. *Die Soziologie des Rechts*. In: REHBINDER, M. (ed.) – EHRLICH, E. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, s. 243.

²¹ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 50.

²² Ibidem, s. 122.

²³ Ibidem, s. 152.

„právo“, které implikuje jak spontánní faktický řád vztahů mezi lidskými bytostmi, tak příkazy státních orgánů, společenských institucí a právní vědy. Čtenář knihy *Základy sociologie práva* může vnímat váhání jejího autora mezi záměrem vyhradit toto slovo pouze institucím přímo zplozenými společností, a naopak používat toto slovo také pro státem vytvořená pravidla a struktury. Toto kolísání může být jedním z hlavních důvodů pozdějšího rozporuplného vnímání klíčových myšlenek jeho sociologie práva.²⁴

Přehodnocování rozdílu mezi státním právem, právnickým právem a živým právem vedlo Ehrlicha k závěru, že veškeré právo je tvořeno stejným materiálem jako společenský život obecně. Materiál práva je stejný v různých oblastech sociální reality, ať už jde o vnitřní řady sociálních skupin, státní organizace nebo rutinní interakce vedené smyslem pro spravedlnost. Ve skutečnosti ústřední místo v díle *Základy sociologie práva* zaujímá živé právo, v pozadí stojí právo právníků a státní právo se zkoumá pouze potud, pokud má význam pro charakteristiku obou výše uvedených druhů práva. Toto schéma prošlo kritickým zkoumáním kvůli zřetelné převaze živého práva nad právem právnickým i státním.²⁵

Ehrlich zastával pozici skepticismu nebo alespoň nevšímavosti vůči státnímu právu. To je první dojem, který zůstane po přečtení *Základů sociologie práva*, kde se soustředil na zkoumání obyčejového práva a starověkého římského práva, které bylo předmětem jeho profesního zájmu spolu se středověkým anglickým a německým právem. Státní právo je zmíněno pouze tehdy, když Ehrlich potřeboval ukázat, že na stát zaměřené pojetí práva se mylí, když považuje státní právo za primární nebo dokonce jediný zdroj platných právních norem. V kondenzované podobě tuto myšlenku vyjadřuje slavná a často citovaná věta z předmluvy *Základů sociologie práva*: „*Těžiště vývoje práva nespočívá v legislativě, ani v právní vědě, ani v soudním rozhodování, ale ve společnosti samé.*“²⁶

Ehrlich útočil na etatistické pojetí práva, které redukuje veškeré právo na to, které vydává nebo uznává stát. Toto je neuralgický bod jeho hlavního díla. Aby svůj postoj podpořil, důkladně zkoumal zvykové a obchodní právo, právní doktrínu, právní a soudní praxi různých epoch a zemí. Všechna jeho zjištění odhalovala nedostatky etatistického pojetí práva. Není dokonce třeba odkazovat na nějakou konkrétní pasáž *Základů sociologie práva*, která by naznačovala tato zjištění – jakákoli náhodně otevřená stránka by přinesla přímý nebo nepřímý důkaz tohoto postoje. V nejvíce zhuštěné podobě mohou být tyto úvahy nalezeny v sedmé kapitole, kde se Ehrlich zabýval vztahem mezi státem a právem.²⁷

V Ehrlichově době žilo v rámci vévodství Bukovina vedle sebe devět etnik – Arméni, Němci, Židé, Rumuni, Ukrajinci, Poláci, Slováci, Maďaři a Romové. Právník tradiční školy by bezpochyby řekl, že všechny tyto národy měly jen jedno v celém Rakousku platné rakouské právo. A přesto by nás pouhý letmý pohled přesvědčil, že každá z těchto skupin v právních vztazích každodenního života dodržovala často zcela jiná pravidla. Prastarý princip personality v právu tedy nadále působil, pouze na papíře byl nahrazen principem teritoriality.²⁸

²⁴ REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, s. 112.

²⁵ RHEINSTEIN, M. *Sociology of Law: Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's Grundlegung der Soziologie des Rechts. International Journal of Ethics*. 1938, Vol. 48, No. 2, s. 232–239.

²⁶ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*.

²⁷ *Ibidem*, s. 110–137.

²⁸ EHRLICH, E. *Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina*. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 43.

Pojetí živého práva je do značné míry také součástí obecné koncepce. Ehrlich trvá na nezávislosti tohoto práva: „Živé právo je právo, které ovládá život sám, i když nebylo v právu stanoveno. Zdrojem našich znalostí tohoto práva je za prvé právní dokument, za druhé přímé pozorování života, obchodu, zvyků a obyčejů všech sdružení, a to nejen těch, které zákon uznal, ale i těch, které přehlédl, a dokonce i těch, které neschválil.“²⁹

Ehrlichův koncept jde nad rámec dobře známého rozlišení amerického právního teoretika Roscoe Pounda (1870–1964) mezi právem v knihách a právem v praxi,³⁰ se kterým je často zaměňován. Živé právo není pouze v praxi nejednotně uplatňovaným právním předpisem, ale také odkazuje na pravidla, která se státem stanovenými a vynucovanými normami nemusí mít příliš mnoho společného.

Mnohé pasáže *Základů sociologie práva* naznačují, že Ehrlich dal zjevně přednost společenskému právu a předřadil jej před oficiální právo, což by logicky vedlo k úvahám o platnosti státního práva v případech rozporu mezi nimi. Taková tvrzení se rovnala zásahu do samotných základů evropské právní vědy, která byla založena na oficiálním „rozumném“ právu určeném k překonání tradičního „barbarského“ zvykového práva. Právní věda nemohla takový zásah tolerovat a výsledkem tudíž bylo, že Ehrlichovo jméno se přinejmenším v evropské právní vědě před polovinou 20. století téměř nezmiňovalo.

Pochybnosti o správnosti tohoto postoje přetrvávají dodnes, kdy autoři jako Roger Cotterrell,³¹ Klaus A. Ziegert³² nebo Stefan Vogl³³ předkládají přesvědčivé argumenty na obranu Ehrlichovy teorie. Někteří badatelé se odvolávají na Ehrlichovy myšlenky ve snaze podložit vlastní úvahy o současném vývoji práva. Významným příkladem je pokus Günthera Teubnera představit Ehrlicha jako průkopníka právního pluralismu,³⁴ což podnítilo živé polemiky a množství kritické literatury.³⁵

Je pravda, že Ehrlich kritizoval právní vědu své doby za necitlivost k sociální realitě práva a za to, že se k právu chovala pouze jako k nástroji státní politiky. Toto chybné stanovisko mělo podle něj za následek redukci právní vědy na činnost státních úředníků. Z hlediska této kritiky si byl Ehrlich jistý, že hlavní část života práva probíhá bez zásahů státních úředníků, přestože ve velkém množství reálných situací právní řád umožňuje státu realizovat zprostředkovatelskou roli.

Jedna z výhod etatické teorie práva spočívá v její zdánlivé schopnosti jasně vymezit hranici práva, která se víceméně shoduje se suverénní vůlí. Jestliže tuto teorii opustíme, k identifikaci předmětné oblasti právních studií jsou zapotřebí jiná kritéria, která je nutné oddělit od kritérií náboženských nebo etických. Ehrlich se s tím zjevně snažil vyrovnat

²⁹ Ibidem, s. 45.

³⁰ POUND, R. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*. Vol. 44, 1910, s. 12.

³¹ COTTERRELL, R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centers and Peripheries in Legal Studies. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*. Portland: Hart Publishing, 2009, s. 75–94.

³² ZIEGERT, K. A. World Society, Nation State and Living Law in the Twenty-first Century. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 223–236.

³³ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 95–124.

³⁴ TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997, s. 3–28.

³⁵ NELKEN, D. An e-mail from Global Bukowina. *International Journal of Law in Context*. 2007, No. 3, s. 189–202; TAMANAHA, B. A Vision of Socio-Legal Change: Rescuing Ehrlich from “Living Law”. *Law and Social Inquiry*. 2011, No. 1, s. 297–318; HERTOGH, M. Rescuing Living Law From Jurisprudence. *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*. 2012, No. 1, s. 135–152.

a zřejmě nevěřil, že by mohla existovat nějaká definitivní identifikace. Ve svém textu z roku 1911 napsal, že „každý právník ví, že je nemožné rozlišovat mezi morálkou a právem – něco, co bylo včera morálkou, se dnes stává právem – právo je morálka včerejška“.³⁶

Ehrlich je v jednom z následujících článků dokonce ještě horlivější: „Nechávám na těch, kteří mohou ztrácet čas s neplodnou terminologií, aby rozhodli, zda budeme jednat v souladu s právem nebo s morálkou.“³⁷ V *Základech sociologie práva* psal: „Obecně řečeno, mimoprávní normy morálky, etických zvyků a slušnosti se tak snadno stávají právními normami, že ve většině případů je rozlišení zcela nemožné.“³⁸ Zdůrazňoval, že vzhledem k tehdejšímu stavu nauky o právu je obtížné přesně označit, v čem se právní norma liší od ostatních norem, a proto nelze vymezit rozdíl mezi právem a morálkou ve stručné a jednoduché podobě.³⁹

Řešení navržené Ehrlichem spočívalo v rozlišení různých druhů společenské regulace prostřednictvím rozdílu v psychologických emocích – předpokládal, že porušení zákona navozuje „pocit vzpoury“, porušování mravních pravidel vede k „rozhořčení“, porušování etikety vzbuzuje „pocit znechucení“.⁴⁰ Ehrlichova kritéria pro kategorizaci společenské normy se Hansi Kelsenovi jevily jako „nejsměšnější ze všech“.⁴¹ Nicméně zarámování těchto kritérií do obecného vývoje společenských věd v první polovině 20. století může vést také k jinému hodnocení, jelikož podobné pokusy podnikl polský právní teoretik Leon Petrażycki (1867–1931)⁴² a pokračovali v nich jeho stoupenci, zejména francouzský právní sociolog ruského původu Georges Gurvitch (1894–1965)⁴³ a americký sociolog ruského původu Nicholas Timasheff (1886–1970).⁴⁴

Ehrlich si nebyl jist základní terminologickou otázkou právní filosofie – co je právo a jak jej definovat. Jeho nedůsledné vyjadřování v *Základech sociologie práva* je z velké části způsobeno touto nejistotou. Zdánlivě přesvědčivý pokus o konfrontaci státního práva s právem společenským zcela nevyšel. Ehrlich nevyklučoval možnost, že se státní právo stane společensky efektivním. Pravidla státního práva totiž nemohou být „nespolečenská“, pokud se vytvářejí v průběhu společenského vývoje.⁴⁵

Osvícený zákonodárce se podle Ehrlicha může stát nejlepším hlasatelem živého práva. Rozšířením vhledu do společnosti a jejich sil, pro něž je znalost lidské přirozenosti základem, můžeme realizovat kontrolu společnosti legislativou právě jako inženýr, který řídí parní stroj pomocí znalostí jeho mechanismu.⁴⁶ Nic nebrání tomu, aby se státní právo stalo společenským právem (nebo živým právem). Zvláště proto, že státní právo může

³⁶ EHRlich, E. Die Erforschung des lebenden Rechts. In: EHRlich, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 20.

³⁷ EHRlich, E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina. In: EHRlich, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 48.

³⁸ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 104.

³⁹ *Ibidem*, s. 134.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 132.

⁴¹ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRlich, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 34; COTTERRELL, R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies. In: HERTOIGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 85.

⁴² PETRAŽYCKI, L. *Law and Morality*. Cambridge: Harvard University Press, 1955.

⁴³ GURVITCH, G. *Sociology of Law*. New York: Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1942.

⁴⁴ TIMASHEFF, N. *An Introduction to the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, 1939.

⁴⁵ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 315.

⁴⁶ EHRlich, E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1916, Vol. 29, s. 591.

uvést v činnost nebo zastavit společenský vývoj – přímá akce státu je mnohem efektivnější než norma pro rozhodování.⁴⁷

Hlavní rozdíl, který Ehrlich nachází mezi živým právem a státním právem, se nezdá být zející propastí, která by je zcela oddělovala. Tento rozdíl ukazuje, že normy státního práva nepředstavují vnitřní řád sdružení, ale vnitřní řád společnosti, který je vnucován menším sdružením jako vnější řád. Tento vnější řád v mnohem větší míře než vnitřní řád sdružení nese znaky řádu nadvlády.⁴⁸

Další typické nedorozumění souvisí s námitkou nerozlišování mezi tím, co je, a tím, co má být, mezi fakty a normami, mezi společenským a právním. Tuto námitku poprvé formuloval Hans Kelsen.⁴⁹ Ehrlich se ze všech sil snažil odmítnout interpretaci z pohledu dualismu bytí a mětí. Zdůrazňoval, že tento dualismus není efektivní při zkoumání sociální reality práva. Trval také na tom, že popírání originálního původu a všemocnosti státního práva nemusí nutně znamenat jeho absolutní negaci či znevažování. Ehrlich nebyl tak krátkozraký, aby ignoroval to, do jaké míry je oficiální právo schopno restrukturalizovat společenský život. Zároveň nebyl nakloněn tomu, aby bylo stanoveno jasné rozhraní mezi různými druhy práva, protože věřil, že ve společenské realitě nemůže být tak jednoduchá dělicí linie.⁵⁰

Některé pasáže *Základů sociologie práva* by mohly vést k obvinění Ehrliche ze směšování faktů s normami.⁵¹ Hlavním důvodem těchto obvinění je, že popisuje určité právní skutečnosti, které bezprostředně upravují společenské vztahy, bez zprostředkování jakýchkoli institucí nebo kodifikovaného práva. Ehrlich tvrdil, že úkolem sociologie práva je zjišťovat fakta, ale nikoli je hodnotit. Vzhledem k tomu, že řešení konfliktu nutně implikuje hodnocení, soudci nejsou povinni uplatňovat fakta místo norem, když řeší konkrétní případy.⁵² Kritikou státně orientovaného pojetí práva Ehrlich nehodlal nahradit státní právo konkurenčním právním řádem nebo právem živým, jehož platnost se logicky nemůže časově ani prostorově shodovat s platností státního právního řádu.⁵³

3. Kritika Ehrlichovy teorie

Ehrlichův útok na převládající pozitivistické myšlení nezůstal samozřejmě bez jakékoli reakce. Hans Kelsen, tehdy mladý a nadějný právní vědec, vydal v roce 1915 (tedy dva roky po prvním vydání *Základů sociologie práva*) velmi kritickou recenzi. Tvrdil v ní, že Ehrlich ve svém pojetí práva smísil skutečnosti a normy, což je rozdíl, který se později stal základním kamenem jeho ryzí nauky právní.

Kelsen ve vzájemné diskusi v letech 1915–1917 obvinil Ehrliche, že teoreticky izoluje stát od tvorby práva a jeho skepticismus vůči státnímu právu je naprosto podvrtný. Jeho

⁴⁷ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 102.

⁴⁸ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 122.

⁴⁹ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRLICH, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2003, s. 46.

⁵⁰ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 132.

⁵¹ VAN KLINK, B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 133.

⁵² EHRLICH, E. *Die juristische Logik*, s. 389.

⁵³ VAN KLINK, B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. In: HERTOGH, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 134.

argumenty byly podle Kelsena založené na primitivní záměně časových a logických vztahů. Obvinil také Ehrlicha z nepochopení toho, že právní normy logicky předcházejí jakékoli konkrétní právní skutečnosti nebo vztahy.⁵⁴

Tato otázka byla ústředním tématem debaty a dotýká se kantovského rozlišení mezi „je“ a „má být“. Pro Ehrlicha se tvrzení, že státní právo je odvozené ze společenského řádu, nerovnálo tvrzení, že společenské živé právo má přednost před státním právem. Kelsen považoval tuto myšlenku odvoditelnosti práva od společnosti za „zjevně špatnou“ a trval na tom, že z toho, co „má být“, nelze odvodit to, co „je“. Potom lze obtížně mluvit o právu a povinnosti.⁵⁵

Kelsen navíc vytýkal Ehrlichovi to, že nevysvětlil, proč jsou skutečnosti, se kterými pracuje, právními skutečnostmi. Kladl otázku, v jakých ohledech se normy, které plynou z těchto skutečností, liší od etických, morálních, náboženských nebo jiných norem. Ehrlichův návrh, že právní normy lze odlišit od jiných norem pomocí pocitů, které vyvolávají, pomocí *opinio necessitatis*, které je doprovází, a důležitosti jejich obsahu, nebral Kelsen vážně. Pokud se Ehrlich při definování práva záměrně zdržel odkazu na stát, jeho pojetí práva by zůstalo bezbřehé a k nerozeznání od jiných společenských norem nebo pravidel obecně. V důsledku toho ze sociologického hlediska Ehrlichův projekt podle Kelsena sehlává ve ztotožnění práva a společnosti.⁵⁶

Proto má sociologie práva velké problémy etablovat se jako samostatná disciplína nezávislá na obecné sociologii. Kelsen naopak prosazoval jasné oddělení právních norem od dalších typů norem, což mělo vést ke ztotožnění práva a státu. Z jeho pohledu je stát zvláštní forma společnosti, sociální jednota nebo právní organizace, se kterou lze spojit všechny právní normy, ať už jsou produkovány státními úředníky nebo členy asociací.⁵⁷ Je úkolem právní vědy popsat soubor platných právních norem na určitém území v určitém čase, bez ohledu na jejich etickou hodnotu a empirické působení.

S ohledem na tento rozdíl Kelsen rozhodně odmítl Ehrlichovy argumenty o tom, že vnímání práva a právního vztahu je vytvořeno z materiálu, který extrahujeme ze smyslově vnímatelné reality. Ehrlich se bránil Kelsenovým útokům, ale nepodařilo se mu přesvědčit své současníky, takže jeho sociologie práva zůstala po mnoho let stigmatizována jako teorie, která směšuje normativní a faktické aspekty. Sociologicko-právní studie nicméně získaly status vědecké disciplíny a získaly větší pozornost v Evropě, USA a také v Japonsku.⁵⁸

I když výsledek debaty mezi Ehrlichem a Kelsenem je historicky vnímán jako Kelsenovo vítězství, Ehrlichův přístup se postupem času nakonec prosadil. V tomto kontextu je velmi zajímavé Kelsenovo prohlášení z roku 1965, podle kterého tehdy Ehrlichovi křivdíl a lituje, pokud jemu samotnému a také sociologii práva svými ostrými polemikami ztížil cestu k všeobecnému uznání.⁵⁹

⁵⁴ KELSEN, H. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: KELSEN, H. – EHRLICH, E. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*, s. 16.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 14.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 46.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 42.

⁵⁸ REHBINDER, M. Einleitung. In: EHRLICH, E. *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986, s. 7–9.

⁵⁹ REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, s. 101.

4. Společenský zájem v kontextu Ehrlichovy právní sociologie

Ehrlich se nemohl smířit s deduktivistickým obrazem vynucování práva, kde se předpokládá, že soudce automaticky odvozuje rozhodnutí z norem. V návaznosti na Jheringa se pokoušel objevit v pravidlech práva určité společenské zájmy, kterými se zákonodárci domněle řídili a které vyplňují případné mezery v právní úpravě. Z tohoto úhlu pohledu Ehrlichova sociologie práva nezpochybňovala právní platnost státního práva, pokud připustila možnost jeho konfrontace s živým právem nebo právem právníků. Konečným cílem sociologie práva mělo být propojení soudce se skutečnou vůlí zákonodárce.⁶⁰ Tuto skutečnou vůli je třeba zjišťovat nikoli metafyzickými spekulacemi (o účelech práva nebo objektivních zákonech dějin), ale prostřednictvím sociologického zkoumání empirických faktů.

Pro Ehrlicha nebyly právní normy neživými konstrukcemi, které by existovaly nezávisle na sociální realitě. Naopak, byly součástí živého, fungujícího a efektivního řádu společenské komunikace, který chrání určité zájmy preferované společností a diskriminuje ty zájmy, které společnost neschvaluje a odsuzuje. Společnost sama vytváří obecný řád společenských vztahů, který je později přetvořen do právního řádu společenskými skupinami a jednotlivci, kteří tak jednají v postavení zákonodárců v širším významu.⁶¹

Ehrlich zároveň nesdílel „naivní“ návrhy sociální filosofie Charlese Montesquieu, který si myslel (v Ehrlichově interpretaci), že společnost řídí sama sebe a organizuje svůj vývoj autonomně; že je to „živé tělo vytvořené přírodními silami a do určité míry existující nezávisle na státní moci“, které je řízeno „duchem zákonů“. ⁶² Kritické poznámky, které učinil Ehrlich o filosofii tohoto vlivného francouzského myslitele (kvůli jejímu spoléhání se na kauzální vysvětlení právních jevů a pro její selhání při vymezení ostré hranice mezi právem, jaké by mělo být, a právem, jaké je), jsou velmi užitečné při obraně jeho vlastních myšlenek před podobnými interpretacemi.⁶³

Z tohoto pohledu kritika vznesená proti Ehrlichovi kvůli přehnanému spoléhání na kauzální vysvětlení mašinerie práva (s akcentem na obyčejové právo) nezní dostatečně přesvědčivě. Na rozdíl od historické školy a naturalismu Ch. Montesquieu věnuje Ehrlich větší pozornost individuálnímu úsilí při tvorbě práva. Nejen zákonodárci, kteří chápou společenské potřeby a regulují je v právních rádech, ale také právníci a obyčejní lidé, kteří sledují své vlastní strategie, svou každodenní praxí zároveň přispívají k právnímu vývoji.⁶⁴

Ehrlichovi zřejmě nelze vyčítat, že zaměňuje normy a hodnoty s fakty. Právní skutečností popisuje jako do určité praxe vykrytalizované společenské vztahy, kterým je lidským rozumem přiřazen právní význam.⁶⁵ Ale pokud také zdůrazňuje myšlenku o „*normativní síle skutečnosti*“, ani zdaleka nenaznačuje, že fakta jsou donucovací sama o sobě bez společenské autority, která by vytvořila odpovídající sociální instituce. Síla zde může být interpretována jako tlak, který sociální prostředí vyvíjí na zákonodárce, jako pocit nutnosti,

⁶⁰ VOGL, S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: Hertogh, M. (ed.). *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, s. 119.

⁶¹ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 317.

⁶² EHRLICH, E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1916, Vol. 29, s. 585.

⁶³ *Ibidem*, s. 589.

⁶⁴ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 399.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 27.

který zažívají soudci, členové parlamentu a další osoby zmocněné v tomto právním řádu tvořit právní normy. Je to tato síla, která tlačí zákonodárce k poskytování právní ochrany některým společenským vztahům.

Ne každý vztah a ne každý zájem dosáhne právní ochrany. To je podmíněno tím, že jsou považovány za společensky relevantní a cenné, takže se stanou právní skutečností. Mnoho zájmů může zůstat alespoň zpočátku (některé dokonce trvale) mimo právo a právní pravidla. Poslední slovo při udělení ochrany takovým zájmům patří příslušným autoritám. Mohou buď jednat podle svého uvážení, nebo být vedeni metafyzickými ideály. To nejlepší, co mohou udělat, je využít vědeckou metodu – tedy sociologii práva nastíněnou Ehrlichem.

Tato vědecká metoda může být stanovena následujícím způsobem. Nejprve se objeví jistý společenský zájem, který má tendenci být platný v konkrétní situaci. Pak tento zájem postupně krystalizuje a získává status společensky uznávaného a projevuje se ve formě obyčeje, držby nebo projevu vůle. V poslední fázi jsou některé společensky uznávané zájmy zakotveny v právních pravidlech (státní právo, právo právníků). Vytváření právních norem ze společenských praktik proto vyžaduje další intelektuální úsilí, neboť je třeba z těchto praktik vytáhnout to, co je všeobecně platné, a vyjádřit to náležitým způsobem.⁶⁶

Ehrlichovi bylo zřejmé, že masa společenských zájmů zůstává (alespoň zpočátku a některé z nich neustále) mimo právo a jeho pravidla.⁶⁷ Zdůrazňuje, že právní instituce existující ve společnosti mohou tvořit právní řád bez ohledu na to, jestli jsou upraveny právními předpisy. Tyto instituce jsou závislé na právu pouze tehdy, pokud jsou pravidla práva schopna určit, jak je má posuzovat soudce, konkrétně zda soudce musí případně poskytnout ochranu protichůdným zájmům v nich obsaženým.⁶⁸

Jinými slovy, pokud soudce zjistí, že nějaké vztahy nebo zájmy stojí za ochranu, ale ve skutečnosti nejsou chráněny, jeho povinností je předefinovat rozsah právní ochrany s přihlédnutím nejen ke znění příslušných právních předpisů, ale také k právní doktríně, pocitu spravedlnosti a idejím, které ve společnosti převládají. Tímto způsobem soudce nejedná na vlastní pěst, ale vykonává vůli zákonodárce. Na rozdíl od dalších představitelů hnutí volného práva, kteří věřili, že právník by měl porovnávat své abstrakce s intuitivním pochopením živé reality, Ehrlich trval z několika důvodů na tom, že existují určité objektivní hranice soudního uvážení.

Soudní uvážení je přípustné pouze v situacích, kdy zájmy nejsou právně vyvážené. To znamená, že neexistují žádné použitelné právní normy a na jejich základě nelze sestavit žádnou jasnou hierarchii souvisejících zájmů. I v těchto situacích má soudce vyvážit zájmy podle řádu stanoveného v právních pravidlech.⁶⁹ Úkolem soudce je odhalovat sociologická fakta, která dosvědčují existenci určitých zájmů, a najít pro ně místo mezi jinými právně chráněnými zájmy.

Při neexistenci platných právních norem soudce vytváří „normy rozhodování“ z existujícího právního a sociologického materiálu, který je relevantní pouze pro daný případ. Norma rozhodování může být v rozporu s jinými normami a pravidly tohoto právního řádu. Formálně tento rozpor vylučuje platnost této normy a její další aplikaci, i když politické

⁶⁶ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 141.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 275.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 324.

⁶⁹ EHRlich, E. *Die juristische Logik*, s. 191.

a jiné konstelace mohou být příznivé pro její přežití. Pokud je splněno kritérium přiměřenosti, rozhodnutí a vhodná „norma rozhodování“, která byla použita k dosažení tohoto rozhodnutí, mohou být považovány za spravedlivé. Toto spravedlivé rozhodnutí a příslušná norma zůstávají pouze iniciativou právníka, který musí projít názorovým bojem, aby se norma stala právní normou – to znamená, aby se začlenila do právního řádu.⁷⁰

Soudní nalézání práva není odvozeno z intuice. Ehrlich nesouhlasil s tvrzením Hermannu Kantorowicze (1877–1940) a dalších představitelů hnutí volného práva, kteří věřili, že soudní rozhodování je plně diskrečním aktem pouze ozdobeným právními argumenty poté, co bylo skutečné rozhodnutí přijato na základě soudcovy intuice.⁷¹ Ehrlich nicméně souhlasil s tím, že soudní rozhodnutí může být výsledkem uvážení nebo intuitivního vhledu. Zároveň dodával, že nic nebrání soudci v tom, aby nahradil své přesvědčení vědeckými poznatky, které jsou založeny na faktech. Abychom dospěli k vědecky přijatelnému rozhodnutí, soudce musí najít a porovnat protichůdné zájmy se zájmy chráněnými pravidly práva. Společným jmenovatelem pro hodnocení je tedy zájem. Právní norma, která nechrání zájem před zásahem, není právní normou nebo alespoň kompletní právní normou.⁷²

Toto srovnání zájmů poskytuje měřítko pro určení jejich relativní hodnoty. Soudce se má ujistit, že zájem, který se domáhá ochrany u soudu, se neliší od zájmu, který byl zakotven v právní normě.⁷³ Zájmy hájené zákonodárci v době, kdy formulovali právní normy, nemusí být totožné se zájmy, které uplatňovali účastníci řízení před soudem. Situace je víceméně jasná, když dotčený zájem buď odporuje zájmu chráněnému právní normou, nebo je s ním v souladu. Povinností soudce je buď žalobu zamítnout, nebo jí vyhovět. Jelikož je podle Ehrliche funkcí sociologické právní vědy (jako každé jiné vědy) zaznamenávat fakta, ne je vyhodnocovat, nemůže mít tendenci zavést v aktuální fázi lidského vývoje doktrínu, která by mohla umožnit soudci porušit svou soudcovskou přísahu.⁷⁴

Může se ukázat, že zájmy účastníků řízení nejsou v souladu se zájmy stanovenými v pravidlech práva. V tomto případě soudce nemůže odepřít přístup ke spravedlnosti z toho důvodu, že neexistuje odpovídající pravidlo k urovnání konfliktu a musí případ vyřešit i v případě nepřítomnosti takového pravidla. Soudce přitom nemůže žalobu zamítnout nebo připustit pouze na základě svého uvážení. Dokud soudce vykládá právní normy, musí se odvolávat na zájmy jejich tvůrce, nikoli na svůj vlastní zájem.⁷⁵

Dilematu mezi úmyslem soudce a úmyslem zákonodávce se lze vyhnout podle Ehrliche prostřednictvím nezávislého vyvažování protichůdných zájmů a poskytnutí soudní ochrany zájmu, který soudce považuje za vyšší.⁷⁶ A přesto to není síla zájmu, která je zde rozhodující. Vědecky přesné vyvážení by mělo vycházet ze zkoumání společenského kontextu, v rámci něhož zákonodávce vytvořil odpovídající právní text. V případě, kdy v právním řádu neexistuje relevantní text, soudce musí určit okamžik, od kterého zájem

⁷⁰ EHRLICH, E. *Soziologie und Jurisprudenz. Die Zukunft*. 1906, Bd. 54, s. 231–240.

⁷¹ KANTOROWICZ, H. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Winter, 1906.

⁷² EHRLICH, E. *Die juristische Logik*, s. 187.

⁷³ *Ibidem*, s. 192.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 389.

⁷⁵ EHRLICH, E. *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes: vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*. In: EHRLICH, E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, s. 226.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 223.

dosáhl stupně, který je způsobilý právní ochrany. Zde lze vidět jemný rozdíl mezi pozicí Ehrlicha a tím, co je stanoveno ve švýcarském občanském zákoníku pro případy mezer v zákonech.⁷⁷

Ehrlich sdílel přesvědčení své doby, že zákonodárci nemohou plně předvídat vývoj společnosti, a proto nemohou vytvářet právní pravidla pro všechny možné situace. Dokonce pokud připustíme, že může existovat právně dokonalý (úplný a konzistentní) soubor právních norem, také tyto normy rychle zastarají a budou zaostávat za tempem života. Ani soudce nemůže zastavit vývoj společnosti a nemůže přestat aplikovat dříve stanovené normy, které by mohly být v okamžiku, kdy musí být aplikovány, již zastaralé.

Jestliže stojí před tímto dilematem, musí soudce sladit plynulost společenského života s rigiditou pravidel práva. To je možné odhalením a analýzou zájmů, které původně sledoval zákonodárce, a jejich srovnáním s těmi, které jsou v konfliktu v rámci případu, který leží před soudcem. Pokud soudce zjistí, že se zákonodárce snažil chránit určité společenské zájmy, ale nepovedlo se mu to z důvodu nedokonalého znění předmětné právní normy, je soudce zmocněn překonat doslovný význam tohoto pravidla a poskytnout ochranu zájmu, který měl být chráněn. Zde opět soudce nejedná diskrečně, ale má využívat vědeckých metod sociologie práva.⁷⁸

Bez tohoto vědeckého základu nemůže soudce správně řešit spory, které mu předloží žalobci. Naivní pojetí vymáhání práva, které dominovalo v německé a rakouské právní vědě na počátku 20. století bylo pro Ehrlicha nepřijatelné, neboť zde ideologie přísné věrnosti liteře zákona zakrývala svobodu uvážení soudce. Byl přesvědčen, že deduktivistický obraz vymáhání práva nemá nic společného se skutečným fungováním práva.⁷⁹

Závěr

Určitě nebude přehnané tvrdit, že Eugen Ehrlich přesáhl rámeček své doby. Základy, na kterých vybudoval svou filosofii práva, odolaly společenským změnám a vytvoření mnohem komplikovanější společnosti. Na těchto základech potom další právní teoretici (např. Roscoe Pound nebo Benjamin Cardozo) vybudovali nové sociologické teorie. Ehrlichovo hlavní dílo zachytilo ducha a historicko-sociologický význam významné éry evropských dějin, která začínala Francouzskou revolucí a trvala až do vypuknutí 1. světové války. Došlo k velkým technologickým změnám, probíhala průmyslová revoluce, monarchie se hroutily a obyčejní lidé se začali dožadovat sociální spravedlnosti. Bylo třeba vytvořit nový systém právní vědy.

Ehrlich dokázal uchopit tuto pocíťovanou potřebu nového právního přístupu – jeho odpovědí bylo živé právo. Účinně zpochybnil vládnoucí právní myšlení, když se postavil proti převládající představě, že státní legislativa je dokonalý systém. Posledních sto let po Ehrlichově smrti rozhodně nebylo obdobím bez existence společenského neklidu, otřesů a zásadních změn. On sám ale věřil, že z tohoto potenciálního právního chaosu lze vybudovat pořádek pouze tehdy, pokud ti, kteří se potýkají s těmito podmínkami, plně přijmou živé právo. Někdy se uvádí, že trendy posledního století v soudnictví potvrdily

⁷⁷ Čl. 1 al. 2 ZGB: „Nelze-li v zákoně nalézt žádné ustanovení, rozhodne soud podle obyčejového práva, a pokud takové není, podle pravidla, které by jako zákonodárce stanovil.“

⁷⁸ EHRlich, E. *Die juristische Logik*, s. 2.

⁷⁹ EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, s. 382.

Ehrlichovy předpoklady. Ti, kdo rozhodují, se zcela jistě nemohou izolovat od světa nebo společnosti. Zvláště viditelná je aplikace živého práva v těch zemích, kde hraje významnou roli precedenční právo.

Vědecké metody podléhají zdokonalování a výzkum v přírodních vědách daleko předčí pokrok vytvořený ve společenských vědách. Člověk a lidské vztahy jsou daleko složitější než atomy nebo elektrony, a proto nelze vymyslet žádné pevné vzorce, které by tyto vztahy popisovaly. Přírodovědec pouze pozoruje fakta, zatímco právní sociolog se zabývá fakty ve vztahu k tomu, co by mělo být. Žádné elektronické zařízení nemůže předpovědět, jaký by měl být cíl a účel práva. Mohli bychom skončit konstatováním, že Eugen Ehrlich udělal první krok, přestože mnoho dalších kroků bude teprve třeba podniknout.

Korupcia a (ne)účinnosť práva – konflikt normatívnych systémov?

Tomáš Gábris*

Abstrakt: Je notoriou, že pojem „účinnosť práva“ má okrem svojho právnodogmatického rozmeru aj rozmer sociologický, v zmysle dodržiavania a efektivity právnych noriem. S tým úzko súvisí téma nedodržiavania práva, respektíve protiprávneho konania. Vo vzťahu k skúmanému problému korupčného správania ide v tomto príspevku na jednej strane o (ne)účinnosť právnej úpravy trestania korupcie, ale na druhej strane i samotná korupcia môže byť jedným z dôvodov praktickej neúčinnosti (nedodržiavania) práva. Príčinu, ale i riešenie oboch problémov možno hľadať v sociologickej a psychologickvej rovine páchania trestných činov korupcie, ktoré v porovnaní s inými trestnými činmi vykazujú určité špecifiká.

Kľúčové slová: korupcia, sociologická škola práva, psychológia, behaviorálna ekonómia, trestné právo, účinnosť práva

Úvod

Normativistický a formálno-positivistický prístup k právu redukuje právo a predmet právnej vedy na samotné právne texty a v nich obsiahnuté právne normy. Takýto reduktívny prístup však už na prelome 19. a 20. storočia viedol k pomerne prudkej protireakcii – k sociologickým prístupom k právu.¹ Osobitne Eugen Ehrlich (1862–1922), považovaný za zakladateľa sociologickoprávnej školy, tak namiesto dôrazu na formálne, štátom tvorené právo naopak kladie do popredia iný normatívny systém, tzv. „živé právo“, tvorené spoločnosťou samotnou.² Namiesto právnych noriem (legislatívy) a dokonca i namiesto súdnej praxe (aplikácie práva) tak zdôrazňuje prax každodennej realizácie práva, pričom ide o realizáciu, ktorá je v tomto zmysle sama prameňom práva.

Zaiste, každý príliš extrémny náhľad zvyčajne sleduje primárne cieľ vyvolania diskusie a korekcie opačného extrémneho náhľadu. Nebolo tomu inak ani pri strete normativizmu a sociologickoprávnej školy. Na jednej strane, izolovanosť sveta právnych noriem od reality okolitého sveta bola totiž síce na prelome 19. a 20. storočia originálnym nástrojom normativistického prístupu k právnej vede, vedecký výskum práva by však nemal byť samoučelným a mal by zohľadňovať i „reálne“ fungovanie práva v praxi. Samotná efektívnosť právnych noriem, ale ani jeho tvorba, však nemala byť podľa Kelsena predmetom právnej vedy.³ Jej predmetom malo byť iba právo redukované zásadne len na právne normy a vzťahy medzi nimi. To však samozrejme nevylučovalo, že efektívnosť mohla byť, a aj bola, súčasťou fungovania práva v praxi.

* Prof. JUDr. Tomáš Gábris, PhD., LL.M. Slovenská akadémia vied, Ústav štátu a práva. E-mail: gabris.tomas@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6862-2688>. Príspevok je výstupom grantového projektu VEGA 1/0120/22 *Kognitívne aspekty sociálnych a morálnych emócií*.

1 Podrobnejšie napr. VEČEŘA, M. Sociologický a ekonomický koncept práva. In: BĀRĀNY, E. a kol. *Zmeny v chápaní práva: Pluralita systémov, prameňov, perspektív*. Bratislava: Ústav štátu a práva, 2019, s. 30–44.

2 Podrobne jeho dielo analyzuje ZIEGERT, K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law. *International Journal of the Sociology of Law*. 1979, Vol. 7, No. 3, s. 225–273.

3 KELSEN, H. *Čistá právna veda*. Bratislava: Kalligram, 2018.

Opačným extrémom bola redukcia právnej vedy výlučne na sociologický opis praxe. Kým teda normativizmus izoloval svet právnej vedy od právnej praxe v záujme dosiahnutia nespochybniteľnej vedeckosti právnej vedy, sociologickoprávna škola sa rozhodla hľadať vedeckosť právnej vedy v sociologickej deskripcii každodennej právnej empirie. Veda mala sociologickými metódami skúmať, respektíve *de facto* iba popisovať, ehrlichovské „živé právo“ a jeho normy. Jej predmetom malo byť právo redukované zásadne iba na prakticky realizované právne vzťahy.

Skutočnú podstatu práva a jeho fungovania v 20. a 21. storočí plne nevystihol ani jeden z uvedených „extrémnych“ smerov. Preto sa dnes riešenie podstaty práva a jeho fungovania hľadá v ich vzájomnej „postpozitivistickej“ kombinácii, napravujúcej nedostatky oboch krajných prístupov. Dnešný postpozitivismus otvorene hľadá kompromis medzi týmito prístupmi, v zmysle nutnosti bližšieho prepojenia dvoch „svetov práva“, v poundovskom zmysle „*law in books*“ a „*law in action*“,⁴ čoho sme dnes svedkami v právnej praxi aj právnej vede. Právna veda si totiž dnes už uvedomuje nutnosť skúmania nielen noriem, ale aj právnej praxe a širšieho spoločenského kontextu fungovania práva, kombinujúc výskum právnych noriem a ich skutočnej realizácie a aplikácie. Súčasťou právnej vedy je tak dnes napríklad i tvorba práva (tzv. právna politika), ktorá si vyžaduje prekročiť rámec kelsenovskej čistej právnej vedy a vyžaduje si i interdisciplinárne zohľadňovanie výsledkov iných vied. Rovnako si však tvorba práva vyžaduje prekročiť tiež rámec ehrlichovskej koncepcie právnej vedy ako iba deskribujúcej právnu prax. Právna veda, ale aj právo, ak má byť skutočne „efektívne“, si tak vyžaduje kombináciu formálnych prístupov k právnemu textu a právnym normám, a materiálnych prístupov k skutočnému fungovaniu práva v praxi – osobitne k možnostiam ovplyvňovania konania a správania adresátov práva.

Osobitne významným sa tento „kombinačný“ prístup stáva najmä tam, kde formálne právo a jeho štátne vynútenie nie je v praxi efektívnym, a to napríklad vzhľadom na existenciu iných normatívnych systémov, ktoré môžu byť v praxi preferovanými pred kogentnými normami štátom tvoreného práva. Práve v takýchto prípadoch sa prejavuje ehrlichovský normatívny pluralizmus, ktorý môže fungovať i v rozpore a proti štátom tvorenému právu. Kým však takáto situácia mohla byť každodennou realitou vidieka v Bukovine na prelome 19. a 20. storočia, v druhej polovici 20. storočia už k takýmto zjavným stretom medzi normatívnymi systémami vzhľadom na všadeprítomnosť štátu a jeho práva nedochádzalo. Aj v súčasnosti však predsa dochádza ku konfliktom medzi normatívnymi systémami, čo pôvodne normativizmus opomínal vedecky skúmať, a sociologickoprávna škola zase naopak príliš preceňovala a zdôrazňovala. Dnes už pritom máme nástroje a aj vôľu venovať v právnej vede a aj v samotnom práve (právnej úprave aj právnej praxi) primeranú pozornosť takýmto normatívnym stretom, a máme možnosť navrhovať spôsoby ich riešenia.

V tomto príspevku uvedené demonštrujeme na príklade, ktorý by čitateľ zrejme *prima facie* nepovažoval za prípad normatívneho stretu. Namiesto konfliktu medzi slovenským právom a morálkou, náboženstvom, normami „cudzej“ kultúry, právom Európskej únie, alebo normami športu, sa tu totiž zameriame na konflikt právneho poriadku Slovenskej

⁴ Osobitne v Spojených štátoch bolo Ehrlichovo dielo (EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Tr. Walter Moll. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1937) veľmi pozitívne prijaté – aj vzhľadom na osobitosti systému *common law*. Pozri bližšie TAMANAHA, B. A *Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 23.

republiky, konkrétne právnej regulácie boja proti korupcii, s vlastným normatívnym systémom korupcie. Áno, i samotná korupcia a korupčné vzťahy majú podľa sociológov svoje pravidlá, ktoré v praxi môžu dominovať nad právnymi normami zakazujúcimi a sankcionujúcimi korupciu. Ide primárne o normy toho, ako by sa mal účastník korupčného konania správať – normu vzájomnej dôvery účastníkov korupčného vzťahu, normu mlčanlivosti, a normu vzájomného poskytovania neoprávnených výhod. Hlbší výskum a spoznanie sociologických a psychologických „noriem korupcie“ pritom ponúka právu možnosť využiť obdobné špecifické nástroje na rozrušenie tohto normatívneho systému a jeho podriadenie právnej kontrole. A tým sa už dostávame k základnej myšlienke nášho príspevku – že právnej vede a právnej praxi môžu efektívne pomôcť Ehrlichom zdôrazňované poznatky sociológie a psychológie, respektíve dnes už aj iných vied, vrátane tzv. behaviorálnej ekonómie, ak sa právna veda a právna prax od nich umelo neizolujú v duchu hľadania „čistej právnej vedy“.

1. Normatívny systém korupcie?

Právny systém je samozrejme iba jedným z mnohých normatívnych systémov, ktorými sa riadi každá spoločnosť. Sociológia je pritom tou vedou, ktorá skúma podstatu a fungovanie normatívnych systémov spoločnosti vo všeobecnosti, kým špecifiká jednotlivých normatívnych systémov sú prenechané špecializovaným vedám ako je etika, teológia, či právo. Podľa sociologických teórií predstavujú základ každého normatívneho systému spoločenské normy, chápané ako neformálne pravidlá, ktoré ovplyvňujú ľudské správanie⁵ – a to bude nepochybne platiť aj pre správanie korupčné. I korupcia má teda svoje špecifické „pravidlá“, ktoré nezriedka dominujú nad právnym normatívnym systémom, čím spôsobujú neúčinnosť⁶ právnej reprobácie korupcie. Neúčinnosť právneho potierania korupcie má však i iný rozmer – rozmer neúčinnosti právnej ochrany či právnej regulácie iných spoločenských oblastí. Napríklad už iba zneužívanie právomocí verejných činiteľov, ktoré je úzko spojené s korupciou, priamo ovplyvňuje realizáciu práva v tých oblastiach, v ktorých má korumpovaný verejný činiteľ zverenú osobitnú právomoc. Neúčinnosť boja proti korupcii je tak zároveň i potenciálnou príčinou rozširujúcej sa neúčinnosti práva ako takého,⁷ s konečným dôsledkom straty autority práva ako efektívneho nástroja regulácie spoločenských vzťahov. Knappovými slovami, normy korupcie sú „deregulátorom“, respektíve „antiprávnym systémom“.⁸

Vzhľadom k uvedenej kvalifikácii korupčného systému ako osobitného normatívneho systému mu nevenuje pozornosť právna veda, ale iné vedy – najmä sociológia a psychológia. Tie poukazujú na to, že špecifikom korupčného normatívneho systému je na rozdiel od právneho normatívneho systému primárne skrytý a na vzájomnej dôvere postavený

⁵ KÖBIS, N. C. – IRAGORRI-CARTER, D. – STARKE, Ch. A Social Psychological View on the Social Norms of Corruption. In: KUBBE, I. – ENGELBERT, A. (eds). *Corruption and Norms: Why Informal Rules Matter*. Cham: Palgrave Macmillan, 2018, s. 32.

⁶ Ide o jeden z druhov účinnosti práva – spoločenskú alebo sociálnu účinnosť, popri účinnosti v normativistickom významu účinnosti právnych noriem. Alexy hovorí v tejto súvislosti o „platnosti“, a to až troch druhov: sociologickej, etickej a právnej. Porovnaj ALEXY, R. *Pojem a platnosť práva*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 115–117.

⁷ V zmysle nedosahovania spoločensky cieľného rezultatívneho pôsobenia práva. Tak v HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 170.

⁸ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 36.

obojsstranne výhodný vzťah medzi účastníkmi korupcie. Poškodenou je tu totiž spoločnosť, respektíve iné subjekty, stojace mimo korupčného vzťahu medzi korumpovaným a korumpujúcim. Uvedené má význam pri neefektívnom (spoločensky neúčinnom) právnom postihovaní korupcie v tom rozmere, že samotní účastníci vzťahu zväčša nie sú ochotní korupčný vzťah narušiť. Práve tu je však prítomný priestor pre právo zohľadňujúce výsledky sociologických a psychologických výskumov korupčného správania, ponúkajúcich návody ako tento korupčný normatívny systém a na ňom postavený korupčný vzťah „rozrušiť“ a podriaďiť ho tým pod právny normatívny systém. Využitie poznatkov z týchto disciplín tak potenciálne umožňuje nastaviť právnu úpravu takým spôsobom, aby bola spoločensky efektívna – spoločensky účinná, efektívne sa dotýkajúca noriem korupčného systému.

Pritom platí, že tak ako právna teória rozlišuje medzi rôznymi druhmi noriem, i sociológia a psychológia rozlišujú medzi tzv. injunktívnymi normami (predpisujúcimi „čo má byť“) a deskriptívnymi normami (popisujúcimi „čo je“).⁹ Tieto vedy majú pritom za to, že práve deskriptívne normy, popisujúce ako sa správajú ostatní v našom okolí, ovplyvňujú mieru rešpektovania injunktívnych noriem. V prípade korupcie to konkrétne znamená, že v spoločnostiach a spoločenských vzťahoch, kde je všeobecne známa vysoká miera korupcie, injunktívna norma zakazujúca korupciu nebude mať taký účinok, aký by mala v spoločnosti s nízkou mierou korupcie. Účinnosť alebo neúčinnosť normy teda podľa sociológov a psychologov významne závisí od praxe (reality) konkrétnej spoločnosti.¹⁰ Spoločnosť tak ovplyvňuje individuálnu percepciu noriem a ochotu dodržiavať injunktívne normy. Neúčinnosť injunktívneho normatívneho systému v spoločnosti nerešpektujúcej injunktívne normy (spoločnosti evidujúcej rozpor medzi injunktívnymi a deskriptívnymi normami) následne exponenciálne rastie, až sa spoločnosť dostane do stavu, kedy namiesto pôvodných injunktívnych noriem realitu lepšie vystihujú deskriptívne normy.¹¹

V práve je možným príkladom takejto situácie tzv. obsolétna právna úprava, ktorú napokon nerešpektujú, neaplikujú a nevynucujú ani samotné orgány verejnej moci vrátane orgánov aplikácie práva. Na druhej strane, iné formy neúčinnosti práva, ktoré je nahrádzané nepravými normatívnymi systémami, napríklad deskriptívnymi normami korupcie, sú štátom vnímané ako neželané. Narušenie takéhoto normatívneho systému právnym systémom, napríklad snaha o rozklad korupčných noriem právnymi normami, je teda praktickou a vysoko naliehavou otázkou prekonávania neželaného normatívneho pluralizmu. V tejto situácii by mali nastúpiť nástroje, ktoré dokážu identifikovať normy systému korupcie, a tieto následne rozrušiť normami právného systému. Práve ciele použítie poznatkov psychológie a sociológie o normatívnom systéme korupcie pritom môže napomôcť aj právnej vede a právnej praxi identifikovať vhodné nástroje na dosiahnutie sledovaného účelu, namiesto „metódy pokusu a omylu“, ktorá v minulosti sprevádzala právnu úpravu trestného postihu korupcie.

Ustanovenia trestných kódexov, reprobujúce a sankcionujúce korupčné správanie, boli totiž v minulosti predmetom pomerne rýchlo sa meniacej „experimentálnej legislatívy“,¹²

⁹ KÖBIS, N. C. – IRAGORRI-CARTER, D. – STARKE, Ch. *A Social Psychological View on the Social Norms of Corruption*, s. 32.

¹⁰ CIALDINI, R. B. – KALLGREN, C. A. – RENO, R. R. *A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior*. *Advances in Experimental Social Psychology*. 1991, Vol. 24, s. 212–213.

¹¹ KÖBIS, N. C. – IRAGORRI-CARTER, D. – STARKE, Ch. *A Social Psychological View on the Social Norms of Corruption*, s. 34.

¹² V Knapbovej taxonómii nejde o experiment, ale len o empiriu. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 35.

napr. v tej podobe, že samotné podplácanie nebolo trestným,¹³ alebo naopak, že podplácanie síce bolo trestným činom, ale prijímanie úplatku trestným činom nebolo, pokiaľ sa s ním zároveň nespájalo zneužitie funkcie (tento experiment sa testoval v 90. rokoch v Čile).

V slovenských aj českých podmienkach je v súčasnosti trestným ako podplácanie, tak aj prijímanie úplatku, a tiež nepriama korupcia realizovaná cez sprostredkovateľa. Ani súčasný stav však stále nie je uspokojivým, a trestnými normami sa nepodarilo narušiť normatívny systém korupčného správania, ako na to opakovane poukazovala napríklad výročná správa Úradu špeciálnej prokuratúry Slovenskej republiky, ktorá videla problém najmä v súvislosti s nepriamou korupciou. V správe za rok 2019 sa tak opätovne konštatovalo, že už rok predtým, „V správe za rok 2018 ÚŠP poukazoval na problém s formuláciou skutkovej podstaty trestného činu nepriamej korupcie podľa § 336 ods. 1 a 2 Trestného zákona, vyplývajúci zo zle formulovanej skutkovej podstaty uvedeného trestného činu.“¹⁴

Konkrétne, zo správy za rok 2018¹⁵ vyplývalo, že „najzávažnejšie korupčné trestné činy sa darí doposiaľ preukazovať často iba ako prečin nepriamej korupcie, pretože sa jedná o komplikovanejšie vzťahy, kde ‚rozhodujúce osoby‘ komunikujú so ‚záujemcami‘ často iba prostredníctvom sprostredkovateľov a záujemcovia o činnosť ‚rozhodujúcej osoby‘ potom vo väčšine prípadov nekomunikujú priamo s rozhodujúcimi osobami, ba často ani nevedia, kto presne je v danom prípade ‚rozhodujúcou osobou‘, ale komunikujú a úplatky dohadujú, či odovzdávajú výhradne s takto nastrčenými sprostredkovateľmi. Dokumentovanie takejto korupčnej trestnej činnosti za použitia dostupných vyšetrovacích metód a zaužívaných infomačno-technických prostriedkov a prostriedkov operatívno-pátracej činnosti (najmä použitie agenta a odpočúvanie a záznam telekomunikačnej činnosti) potom prináša väčšinou priame dôkazy vo vzťahu k tomuto sprostredkovateľovi, ale nie vo vzťahu k ‚rozhodujúcej osobe‘. V takejto dôkaznej situácii, kedy sa podarí preukázať, že ‚sprostredkovateľ‘ v súvislosti s vybavovaním konkrétnej veci žiadal alebo prijal úplatok, ale neexistuje dôkaz, že úplatok bol alebo mal byť ďalej sprostredkovateľom odovzdaný ‚rozhodujúcej osobe‘, potom nie je možné vzniesť obvinenie za sprostredkovateľstvo k prijímaniu úplatku podľa § 329 Trestného zákona (resp. § 328 Trestného zákona), kde hrozí vysoká trestná sadzba, ale jediným riešením je vznesenie obvinenia za nepriamu korupciu.“ Problém teda spočíval v tom, že sa nedarilo odhaliť konečných prijímateľov úplatku, a trestal sa len „sprostredkovateľ“, a to „len“ za miernejšie trestaný trestný čin nepriamej korupcie, namiesto prísnejšie sankcionovateľného spolupáchateľstva pri trestnom čine prijímania úplatku.

Úrad špeciálnej prokuratúry tu sám prišiel s určitým „psychologicky podkutým“ riešením: „Pokiaľ by trestná sadzba pre takto zadokumentovanú nepriamu korupciu bola aspoň blízka (ak nie rovnaká) základnej trestnej sadzbe za prijímanie úplatku, potom by pre ‚vybavovača‘ mohli prichádzať do úvahy možné benefity, ktoré umožňuje použiť Trestný poriadok pre osoby, ktoré sa pričínili o usvedčenie páchatela korupčnej trestnej činnosti. ‚Vybavovač‘ by z dôvodu vyššej trestnej sadzby, ktorá by mu hrozila, bol motivovaný sa reálne zamyslieť nad tým, či nie je v tomto prípade na mieste vypovedať celú pravdu o tom,

¹³ Novelou č. 183/1999 Z. z. bolo do vtedajšieho Trestného zákona v Slovenskej republike doplnené ustanovenie § 163a o okolnosti vylučujúcej trestnosť vtedajšieho podplácania a nepriamej korupcie – ak bol čin spáchaný na účely odhalenia alebo zistenia páchatela prijímania úplatku.

¹⁴ Správa o činnosti Úradu špeciálnej prokuratúry a poznatky Úradu špeciálnej prokuratúry o stave zákonnosti za rok 2019, s. 42. [cit. 2021-12-29]. Dostupné z: <<https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=486919>>.

¹⁵ Správa o činnosti Úradu špeciálnej prokuratúry a poznatky Úradu špeciálnej prokuratúry o stave zákonnosti za rok 2018, s. 40–41. [cit. 2021-12-29]. Dostupné z: <<https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=469980>>.

že v skutočnosti bol iba sprostredkovateľom hlavného páchatela (,rozhodujúcej osoby‘), a nie iba osobou, ktorá svojim vplyvom pôsobí na ,rozhodujúcu osobu‘. Súčasná trestná sazba za prečin nepriamej korupcie (0 až 3 roky) je však natoľko nízka a bezvýznamná, že práve naopak, motivuje pristihnutých ,vybavovačov‘ k tomu, aby nevypovedali v trestnom konaní pravdu o skutočnom prepojení s ,rozhodujúcou osobou‘ a o tom, že v danom korupčnom vzťahu boli v skutočnosti iba sprostredkovatelia pre hlavného páchatela. Namiesto toho je pre takto pristihnutú osobu vhodnejšie klamať a uvádzať, že ,rozhodujúca osoba‘ o úplatku vôbec nevedela a že teda úplatok si ,vybavovač‘ vypýtal iba pre seba. Na základe takehoto konania je jednak páchatel odsúdený pre iný trestný čin, aký reálne spáchal, ale najmä nepomôže orgánom činným v trestnom konaní odkryť celú korupčnú schému a navyiac je mu za to uložený bezvýznamne nízky trest, a to bez ohľadu na to, že často ide o veľmi vysoké úplatky.“

Zákonodarca napokon v roku 2020 Úrad špeciálnej prokuratúry vypočul a zákonom č. 312/2020 Z. z., ktorým sa novelizoval aj Trestný zákon, zvýšil trestnú sadzbu pre tento trestný čin. Bez ohľadu na to, či sa očakávaná Úradu špeciálnej prokuratúry v tomto smere v praxi naozaj potvrdia, z uvedeného zjavne vyplýva predpoklad osobitných psychologických pravidiel, ktoré by mohli byť potenciálne využiteľné pri odhaľovaní a postihovaní prípadov korupcie.

Uvedené intuitívne, respektíve z empirie vychádzajúce vyhodnotenie potreby legislatívnej zmeny, sledujúcej využitie psychologických pravidiel myslenia spolupáchatela prijímania úplatku, však možno podporiť i vedecky – s využitím poznatkov a metód sociológie a psychológie, respektíve sociálnej psychológie, a to prípadne i v kombinácii s ekonómiou, označovanej ako tzv. behaviorálna ekonómia.¹⁶ Kým sa však dostaneme k možnostiam jej využitia v rámci potenciálneho preformulovania skutkovej podstaty príslušných korupčných trestných činov, musíme podrobiť analýze súčasnú právnu úpravu, aby bolo zrejmé, kde môžeme hľadať priestor pre nové právne normy rozrušujúce normatívny systém korupčných vzťahov.

2. Právny normatívny systém postihu korupcie

Trestnoprávna úprava korupcie v slovenskom Trestnom zákone č. 300/2005 Z. z. rozlišuje v aktuálne platnom a účinnom znení okrem osobitných skutkových podstát športovej korupcie a volebnej korupcie všeobecné skutkové podstaty pomenované ako prijímanie úplatku, podplácanie a nepriama korupcia.

Prijímanie úplatku upravuje § 328 Trestného zákona tak, že sa ho dopustí ten, kto „*priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá slúbiť úplatok, aby konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie*“. Páchatel sa potrestá odňatím slobody na dva roky až päť rokov. Osobitnú skutkovú podstatu v tejto súvislosti obsahuje § 329:

¹⁶ Jeden zo svetových expertov na problematiku korupcie, Johann gróf Lambsdorff, operuje napríklad s interdisciplinárnymi návrhmi, ako sú: zvyšovanie transakčných nákladov korupcie; certifikácia subjektov, ktoré sa zaviazujú k antikorupčnejmu boju a vzdaniu sa korupčných praktík; zneistenie možnosti recipročného plnenia medzi stranami korupčného vzťahu a iné. Z právneho hľadiska potom navrhuje, okrem represie, pracovať osobitne na úprave prevencie a transparentnosti, ale tiež právneho zvyšovania rizika a neistoty pre účastníkov korupčného správania. Pozri LAMBSDORFF, J., Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. xiii–xiv.

„Kto v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá sľúbiť úplatok, potrestá sa odňatím slobody na tri roky až osem rokov.“ Vo vzťahu k zahraničným verejným činiteľom § 330 normuje: „Kto ako zahraničný verejný činiteľ priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo dá si sľúbiť úplatok v súvislosti s výkonom úradných povinností alebo v súvislosti s výkonom jeho funkcie v úmysle, aby sa získala alebo zachovala neprímeraná výhoda, potrestá sa odňatím slobody na päť rokov až dvanásť rokov.“

S prijímaním úplatku lícuje svojimi znakmi skutková podstata podplácania v § 332 Trestného zákona, podľa ktorého „Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa sľúbi, ponúkne alebo poskytne úplatok inému, aby konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie, alebo z tohto dôvodu priamo alebo cez sprostredkovateľa sľúbi, ponúkne alebo poskytne úplatok inej osobe, potrestá sa odňatím slobody až na tri roky.“ Obdobne ako pri prijímaní úplatku, aj pri podplácaní sa osobitne rozlišujú prípady prijímania úplatku v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu (§ 333: „Kto inému v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu priamo alebo cez sprostredkovateľa poskytne, ponúkne alebo sľúbi úplatok, alebo z tohto dôvodu poskytne, ponúkne alebo sľúbi úplatok inej osobe, potrestá sa odňatím slobody na šesť mesiacov až tri roky.“) a podplácanie zahraničného verejného činiteľa (§ 334: „Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa zahraničnému verejnému činiteľovi alebo inej osobe poskytne, ponúkne alebo sľúbi úplatok v súvislosti s výkonom úradných povinností alebo v súvislosti s výkonom jeho funkcie zahraničného verejného činiteľa v úmysle, aby sa získala alebo zachovala neprímeraná výhoda, potrestá sa odňatím slobody na dva roky až päť rokov.“).

Nepriamu korupciu, ako tretí všeobecný typ protiprávneho korupčného konania, upravuje § 336 ods. 1 vo forme prijímania úplatku, ktorý do prijatia novely Trestného zákona zákonom č. 312/2020 Z. z. o výkone rozhodnutia o zaistení majetku a správe zaisteného majetku a o zmene a doplnení niektorých zákonov znel: „Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo dá si sľúbiť úplatok za to, že bude svojím vplyvom pôsobiť na výkon právomoci osoby uvedenej v § 328, 329 alebo 330, alebo za to, že tak už urobil, potrestá sa odňatím slobody až na tri roky.“ Ponúkanie úplatku postihoval § 336 ods. 2 nasledovne: „Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa inému sľúbi, ponúkne alebo poskytne úplatok za to, že bude svojím vplyvom pôsobiť na výkon právomoci osoby uvedenej v § 332, 333 alebo 334, alebo za to, že tak už urobil, alebo z tohto dôvodu poskytne, ponúkne alebo sľúbi úplatok inej osobe, potrestá sa odňatím slobody až na dva roky.“

Novela zákonom č. 312/2020 Z. z. zaviedla do tejto úpravy podstatnú zmenu v tom, že vyslyšala požiadavku Úradu špeciálnej prokuratúry, a podstatne zvýšila trestnú sadzbu pri nepriamej korupcii v § 336 ods. 1 aj ods. 2:

- „(1) Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá sľúbiť úplatok za to, že podplácaný bude svojím vplyvom alebo prostredníctvom vplyvu iného pôsobiť, alebo za to, že pôsobil
- a) na výkon právomoci verejného činiteľa,
 - b) na výkon právomoci zahraničného verejného činiteľa,
 - c) na osobu v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu alebo
 - d) na osobu, aby konala alebo sa zdržala konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie,
- potrestá sa odňatím slobody na tri roky až osem rokov.“

„(2) Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa inému sľúbi, ponúkne alebo poskytne úplatok za to, že podplácaný bude svojím vplyvom alebo prostredníctvom vplyvu iného pôsobiť, alebo za to, že pôsobil

- a) na výkon právomoci verejného činiteľa,
 - b) na výkon právomoci zahraničného verejného činiteľa,
 - c) na osobu v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu alebo
 - d) na osobu, aby konala alebo sa zdržala konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie,
- potrestá sa odňatím slobody na dva roky až päť rokov.“

Novelou zákonom č. 312/2020 Z. z. pribudli tiež nové skutkové podstaty „Prijatie a poskytnutie nenáležitej výhody“ v § 336c a §336d. Podľa § 336c ods. 1 konkrétne platí, že „Kto ako verejný činiteľ priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá sľúbiť nenáležitú výhodu v súvislosti s jeho postavením alebo funkciou, potrestá sa odňatím slobody až na tri roky.“ Podľa § 336d ods. 1 zase platí, že „Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa verejnému činiteľovi alebo inej osobe poskytne, ponúkne alebo sľúbi nenáležitú výhodu v súvislosti s postavením alebo funkciou verejného činiteľa, potrestá sa odňatím slobody až na dva roky.“

Efektívnosť (sociologickú účinnosť) príslušných zmenených trestnoprávných noriem v praxi je ešte priskoro vyhodnocovať, uvedenú zmenu však možno privítať aj z pohľadu psychologického a sociologického, a to minimálne ako experiment vo vzťahu k predpokladom, ktoré formuluje nielen špeciálna prokuratúra, ale i psychológia, sociológia a behaviorálna ekonómia, o možnostiach narušania korupčného normatívneho systému.

Ani minulej právnej úprave pritom nebol cudzí poznatok, že vzhľadom na skrytosť korupčných vzťahov, ktorých efektívne odhaľovanie závisí často od toho, či sa naruší vzťah medzi účastníkmi korupčného vzťahu, musí právna úprava obsahovať aj istý „psychologický“ nástroj narušenia tohto korupčného vzťahu. Takým je už dnes § 86 ods. 1 písm. f) Trestného zákona: „Trestnosť trestného činu zaniká aj vtedy, ak ide o trestný čin [...]f) podplácania podľa § 332 alebo § 333, nepriamej korupcie podľa § 336 ods. 2 a prijatia a poskytnutia nenáležitej výhody podľa § 336d, ak páchatel' úplatok alebo nenáležitú výhodu poskytol alebo sľúbil len preto, že bol o to požiadany, a urobil o tom dobrovoľne bez odkladu oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru [...].“ Do rovnakej kategórie patrí aj § 39 ods. 2 písm. e) o mimoriadnom znížení trestu: „Súd môže znížiť trest pod dolnú hranicu trestnej sadzby ustanovenej týmto zákonom aj vtedy, ak odsudzuje páchatela [...] e) ktorý sa zvlášť významnou mierou podieľal na objasnení trestného činu korupcie [...] alebo na zistení alebo usvedčení jeho páchatela tým, že poskytol v trestnom konaní dôkazy o takom čine, ak vzhľadom na povahu a závažnosť ním spáchaného trestného činu má súd za to, že účel trestu možno dosiahnuť aj trestom kratšieho trvania; znížiť trest odňatia slobody pod dolnú hranicu trestnej sadzby sa nesmie voči organizátorovi, návodcovi alebo objednávateľovi trestného činu, o ktorom poskytol dôkazy v trestnom konaní.“

Obdobná je právna úprava korupčných trestných činov v českom Trestnom zákonníku č. 40/2009 Sb., ktorý v tejto súvislosti rozlišuje v § 331 ods. 1 a 2 základnú skutkovú podstatu „Prijetí úplatku“, pri ktorej sa rozlišuje prijatie úplatku a na druhej strane jeho aktívne žiadanie: „(1) Kdo sám nebo prostřednictvím jiného v souvislosti s obstarávaním věcí obecného zájmu pro sebe nebo pro jiného přijme nebo si dá sľúbiť úplatek, nebo kdo sám nebo prostřednictvím jiného v souvislosti s podnikáním svým nebo jiného pro sebe nebo pro jiného přijme nebo si dá sľúbiť úplatek, bude potrestán odnětím svobody až na čtyři léta

nebo zákazem činnosti.“ „(2) Kdo za okolností uvedených v odstavci 1 úplatek žádá, bude potrestán odnětím svobody na šest měsíců až pět let.“ Kvalifikované skutkové podstaty v ods. 3 a 4 predpokladajú vyššie tresty (3 až 10, respektíve 5 až 12 rokov), ak je páchatelom „úradná osoba“.

V § 332 ods. 1 sa zase normuje „Podplacení“: „Kdo sám nebo prostřednictvím jiného poskytně, nabídne nebo slíbí úplatek jinému nebo pro jiného v souvislosti s obstaráváním věci obecného zájmu, nebo kdo sám nebo prostřednictvím jiného poskytně, nabídne nebo slíbí úplatek jinému nebo pro jiného v souvislosti s podnikáním svým nebo jiného, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo peněžitým trestem.“

Napokon, § 333 ods. 1 a 2 sankcionuje „Nepřímé úplatkářství“ – v oboch formách, prijímania aj poskytovania úplatku: „(1) Kdo sám nebo prostřednictvím jiného žádá, dá si slíbit nebo přijme úplatek za to, že bude svým vlivem nebo prostřednictvím jiného působit na výkon pravomoci úřední osoby, nebo za to, že tak již učinil, bude potrestán odnětím svobody až na tři léta.“ „(2) Kdo sám nebo prostřednictvím jiného z důvodu uvedeného v odstavci 1 jinému poskytně, nabídne nebo slíbí úplatek, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta.“

Z uvedeného je zrejmé, že obe právne úpravy obdobne rozlišujú prijímanie úplatku a podplácanie (poskytovanie úplatku), pričom s vyššími trestami a podrobnejším rozlišovaním pozície podplácanej osoby (prijímateľa úplatku) sa stretieme v právnej úprave Slovenskej republiky. Oba právne poriadky tiež obdobne sankcionujú nepriamu korupciu, pričom v tomto prípade bola i výška trestu v oboch štátoch a ich právnych poriadkoch rovnaká, až do prijatia novely zákonom č. 312/2020 Z. z. v Slovenskej republike. Z toho dôvodu by aj pre Českú republiku mohlo obdobne platiť konštatovanie vyslovené špeciálnou prokuratúrou v Slovenskej republike o nedostatočnej motivácii páchatela nepriamej korupcie „rozkrýť“ korupčnú schému, a teda porušiť normy korupčného vzťahu, keďže v Českej republike v prípade „mlčania“ páchatelovi hrozí „len“ nižší trest vo výmere 0 až 3 roky za nepriamu korupciu, namiesto prísnejšieho trestu za spolupáchateľstvo prijímania úplatku. Ak by mu naopak hrozila aspoň tá sadzba, ktorá je ustanovená pri skutkovej podstate prijímania úplatku (0 až 4 roky alebo 6 mesiacov až 5 rokov, prípadne 3 až 10, či 5 až 12 rokov), existuje predpoklad, že by v snahe znížiť si svoj trest podieľaním sa na objasnení trestného činu porušil „normu mlčanlivosti“ a odkryl konečného prijímateľa úplatku.

Či je však táto intuícia, respektíve predpoklad špeciálnej prokuratúry správny, ukáže až prax. Akými inými, ďalšími spôsobmi by pritom bolo možné využiť znalosť normatívneho systému korupcie v pokračujúcom boji proti nemu samotnému, preskúmame podrobnejšie v nasledujúcom texte.

3. Nové nástroje boja proti korupcii

Sociálna psychológia, a osobitne jej aplikácia na ekonómiu vo forme tzv. behaviorálnej ekonómie, je dnes veľmi populárnou disciplínou, ktorá môže nájsť široké pole uplatnenia aj v práve, a to vo všetkých jeho odvetviach. Nás na tomto mieste bude osobitne zaujímať jej využiteľnosť v oblasti trestného práva všeobecne, a v oblasti trestania korupcie osobitne.

Vedecké analýzy pritom preukazujú, že na mieru každej trestnej činnosti, vrátane korupčnej, vplyvajú štyri základné psychologické faktory: sila túžby dosiahnuť želaný cieľ, subjektívne nastavené normy, vnímaná miera odhaliteľnosti, a konečný vlastný postoj

k trestnej činnosti.¹⁷ Práve miera štátnej kontroly, respektíve odhaliteľnosti, je pritom spomedzi uvedených štyroch prvkov najviac objektívne ovplyvniteľná – čím viac sa trestná činnosť odhaľuje a čím viac je o tom verejnosť informovaná, tým vyššia bude subjektívne vnímaná miera odhaliteľnosti trestnej činnosti, pôsobiaca pre potenciálnych páchatelov ako odstrašujúci faktor.

Aj subjektívne prvky, najmä konečného vlastného postoja (rozhodnutia), však možno ovplyvňovať právnou úpravou – osobitne sa to činí odstrašujúcimi sankciami. Vo vzťahu k všeobecnej problematike trestnej činnosti však sociálna psychológia a behaviorálna ekonómia upozorňujú osobitne na zistenie, že kombinácia vysokej sankcie pri nízkej miery úspešného odhaľovania trestnej činnosti nebude pôsobiť dostatočne odstrašujúco, a to najmä u mladých páchatelov, náchylných vyhľadávať v živote riziko.¹⁸ Pre mladých s prirodzeným sklonom k vyhľadávaniu nebezpečenstva by podľa výskumov mali byť naopak zavádzané nízke tresty (ideálne nezafažujúce štát, napr. výlučne peňažné sankcie) v kombinácii s vysokou mierou detekcie. Práve rýchle potrestanie je totiž v týchto prípadoch tým rozhodujúcim odstrašujúcim faktorom, a tým aj zárukou najvyššej efektívnosti (účinnosti) trestnej politiky a trestného práva.¹⁹ S pribúdajúcim vekom páchatelov trestnej činnosti však už významne rastie aj odstrašujúca funkcia výšky trestu, keďže klesá sklon páchatelov vyhľadávať v živote riziko a nebezpečenstvo.

Zaujímavé v tomto kontexte môže byť aj zistenie behaviorálnych vedcov, že samotná dĺžka trestu odňatia slobody nie je pre odstrašenie páchatela až taká rozhodujúca, keďže každým ďalším rokom trestu odňatia slobody efektívnosť odstrašenia geometricky klesá – rozdiel medzi 9- a 10-ročným trestom odňatia slobody tak pre páchatela nemá taký efekt a význam ako rozdiel medzi peňažným trestom a trestom odňatia slobody hoci len na rok, alebo pri výbere medzi odňatím slobody na 1 alebo 2 roky.²⁰

Ideálom pre účely odstrašenia ale každopádne stále zostáva najmä vysoká miera odhaliteľnosti trestnej činnosti. Práve miera detekcie je však osobitne pre trestnoprávny postih korupcie veľmi problematickou, nakoľko zvyčajne obe strany – podplácajúci aj podplácaný – o tomto trestnom čine z pochopiteľných dôvodov mlčia. Motiváciou pre poskytovateľa úplatku, aby prelomil mlčanie, mala byť v minulosti testovaná úprava o beztrestnosti podplácania. Avšak ani tá sa neukázala postačujúcou na zvýšenie miery detekcie tejto trestnej činnosti. Podpláca sa totiž práve za účelom dosiahnutia cieľa, ktorý by sa bez podplatenia dosiahol len ťažko alebo vôbec. Podplácajúci aj podplácaný sú preto s korupčným vzťahom a jeho výsledkom spokojní a nemajú dôvod narušovať očakávanie druhej strany tohto vzťahu, riadeného osobitnými normami korupčného normatívneho systému.

O isté možné narušenie sa snažil slovenský Úrad špeciálnej prokuratúry, keď vo svojej vyššie uvedenej správe navrhol (a zákonodarca to akceptoval) zvýšenie trestnej sadzby pre páchatelov nepriamej korupcie, aby boli títo páchatelia ako sprostredkovatelia prijíma-

¹⁷ RABL, T. – KUHLMANN, T. M. Understanding corruption in organisations – Development and empirical assessment of an Action Model. *Journal of Business Ethics*. 2008, Vol. 82, No. 2, s. 477–495.

¹⁸ TEICHMAN, D. The Optimism Bias of the Behavioral Analysis of Crime Control. *University of Illinois Law Review*. 2011, No. 5, s. 1697 an.

¹⁹ DEVLIN, A. *Fundamental Principles of Law and Economics*. London: Taylor and Francis, 2014, s. 115.

²⁰ Pozri tiež PATERNOSTER, R. The deterrence effect of the perceived certainty and severity of punishment: a review of the evidence and issues. *Justice Quarterly*. 1987, Vol. 4, No. 2, s. 173; WILSON, J. Q. – BOLAND, B. The effect of the police on crime. *Law & Society Review*. 1978, Vol. 12, s. 367.

nia úplatku náchylnejší spolupracovať s políciou a odhaliť „rozhodujúcu osobu“, ktorá je konečným prijímateľom úplatku. Sprostredkovatelia majú byť k uvedenému narušeniu konkrétne motivovaní vysokým trestom za nepriamu korupciu, v kombinácii s možnosťou zníženia rovnako vysokého trestu za spolupáchateľstvo pri trestnom čine prijímania úplatku, ak pomôžu odhaliť a usvedčiť konečného prijímateľa úplatku.

Ak sa pritom porovnávajú sadzby trestov ustanovené za jednotlivé druhy korupčnej trestnej činnosti, je tu tiež potrebné venovať pozornosť aj zisteniam o vzájomných vzťahoch medzi výškami trestov za jednotlivé skutkové podstaty. Právna úprava postihu korupcie totiž niekedy pracuje so symetrickými odstrašujúcimi sankciami – s približne rovnakými sankciami pre podplácajúceho aj pre podplácaného, nakoľko obaja sa približne rovnako podieľajú na ohrozovaní spoločenského záujmu. Experti tu však naopak odporúčajú asymetrické sankcie,²¹ a to dokonca aj na strane samotného prijímateľa úplatku – tresty za prijímanie úplatku bez poskytnutia protiplnenia by mali byť nižšie, než tresty za reálne poskytnutie protiplnenia (zvýhodnenia) za prijatý úplatok. Na druhej strane, teda na strane poskytovateľa úplatku, sa zase navrhuje, aby tresty za samotné ponúkanie úplatku (podplácanie) boli vyššie než za podplácanie spojené s reálnym prijatím výhody plynúcej z poskytnutého úplatku.²²

Tento náhľad totiž počíta s predpokladom, že prijatie úplatku nie je až natoľko závažným zásahom do fungovania príslušnej oblasti chráneného záujmu, než poskytnutie neoprávnenej výhody za prijatý úplatok. Naopak, ak už samotné prijatie úplatku bez poskytnutia neoprávnenej výhody (protiplnenia) je rovnako závažným konaním ako prijatie úplatku spojené s poskytnutím protiplnenia, to vedie prakticky k tomu, že prijímateľ úplatku čeliaci vysokému trestu už za samotné prijatie úplatku, nie je motivovaný prestať v trestnej činnosti a nemá dôvod neposkytnúť neoprávnenú výhodu. Práve opačná právna úprava by naopak motivovala páchatela trestného činu – prijímateľa úplatku – neposkytnúť protiplnenie, čím by sa mohol narušiť „vzťah korupčnej dôvery“ medzi poskytovateľom a prijímateľom úplatku. Obdobne, nižší trest pre poskytovateľa úplatku v prípade, že prijímateľ úplatku mu naozaj poskytne protiplnenie, má tiež fungovať ako psychologický spôsob narušenia vzájomnej dôvery v poskytnutie neoprávneného protiplnenia. Zdá sa preto, že vhodnejším by naozaj mohlo byť rozlišovanie medzi „len“ prijatím a poskytnutím úplatku na jednej strane, a na druhej strane reálnym poskytnutím či prijatím neoprávnenej výhody založenej na korupčnom správaní.²³

K tomu sa tiež dodatočne navrhuje, aby trestnosť prijímania úplatku automaticky zanikala, ak prijímateľ úplatku tento úplatok oznámi a sám neposkytne za prijatý úplatok protiplnenie. Na opačnej strane, podplácajúci by sa mohol zbaviť trestnosti svojho konania, ak by sám oznámil svoje korupčné správanie po prijatí výhody, kvôli ktorej poskytol úplatok. Najvhodnejšou motiváciou pre priznanie korupčného správania je totiž vraj zánik trestnosti v prípade oznámenia trestného činu, a to automatický zánik trestnosti, namiesto dočasného odloženia trestného stíhania (podľa § 159c českého *trestního řádu*), či v slovenských podmienkach využívaného znižovania trestu alebo zániku trestnosti až *ex post*,

²¹ LAMBSDORFF, J. – NELL, M. Fighting corruption with asymmetric penalties and leniency. In: *CEGE Discussion Papers*. Göttingen: University of Göttingen, Center for European, Governance and Economic Development Research (CEGE), 2007, No. 59 [cit. 2021-12-29]. Dostupné z: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/32012/1/524498032.pdf>>.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

len v závislosti na úvahe orgánov činných v trestnom konaní.²⁴ Úplná beztretnosť niektorých foriem korupcie pritom dnes nie je možná, nakoľko by to bolo v rozpore s čl. 15 Dohovoru OSN proti korupcii (*United Nations Convention Against Corruption*, UNCAC)²⁵ – preto je potrebné hľadať a využívať iba mechanizmy dodatočného zániku trestnosti.

Všetky uvedené úvahy a návrhy vychádzajú z toho, že najlepší spôsob, ako vyšetriť korupciu a usvedčiť páchatelov tohto trestného činu, je spôsob využívajúci informácie získané od jednej zo strán tohto vzťahu. To si však vyžaduje narušenie noriem korupčného vzťahu, osobitne záväzku mlčanlivosti vyplývajúceho z trestnej činnosti páchanej na oboch stranách korupčného vzťahu. Či a ako by bolo možné tieto závery reálne pretaviť do konkrétneho znenia právnej úpravy, skúsime navrhnúť nižšie, na príklade slovenského Trestného zákona.

4. Právne normy rozrušujúce normatívny systém korupcie

Lambsdorff a Nell, ktorí navrhujú viaceré inovatívne právne riešenia pre efektívny postih korupcie a pre narušenie „noríem korupcie“, ponúkajú aj konkrétne návrhy na formulovanie príslušnej trestnoprávnej úpravy, ktorá by napĺňala vyššie uvedené ambície. Ak by sme ich myšlienky mali aplikovať do slovenského kontextu, mohlo by ísť napríklad o obdobu nasledujúcej formulácie skutkovej podstaty prijímania úplatku:

- (1) *Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá sľúbiť úplatok, aby konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie, potrestá sa (...)*
- (2) *[Nižším trestom] sa páchatel potrestá, ak nekonal alebo sa nezdržal konania tak, že by porušil svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie.*
- (3) *Trestnosť trestného činu zaniká, ak páchatel pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá sľúbiť úplatok, aby konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie, a urobil o tom dobrovoľne bez odkladu oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru predtým ako by konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie.²⁶*

Formulácia ods. 2 pritom podľa priznania samotných autorov Lambsdorffa a Nella implicitne obsahuje obrátenie dôkazného bremena, ktoré by mal znášať obvinený, čo možno považovať podľa navrhovateľov tohto riešenia za problematické. Je preto otáznne, či by takýto odsek bol v právnej úprave akceptovateľným. Bremeno by malo ťažiť orgány

²⁴ Ibidem.

²⁵ „Každý štát, zmluvná strana, prijme legislatívne a iné opatrenia, ktoré sú potrebné na ustanovenie nižšie uvedených konaní ako trestných činov, ak sú spáchané úmyselne:

(a) *prísľub, ponuka alebo poskytnutie nenáležitej výhody verejnému činiteľovi, priamo alebo nepriamo, pre neho samotného alebo pre inú osobu alebo subjekt, aby takýto činiteľ konal alebo sa zdržal konania pri výkone svojich úradných povinností;*

(b) *vyžadovanie alebo prijatie nenáležitej výhody verejným činiteľom, priamo alebo nepriamo, pre neho samotného alebo pre iný subjekt, aby takýto činiteľ konal alebo sa zdržal konania pri výkone svojich úradných povinností.“*

²⁶ Ustanovenie ods. 3 by však vzhľadom na štruktúru slovenského Trestného zákona malo byť upravené v § 86.

činné v trestnom konaní, ktoré sú povinné zisťovať i okolnosti svedčiace v prospech páchatela. Je však možné zvoliť aj opačnú legislatívnu techniku, a to že odsek 2 bude upravovať vyšší trest pre toho, kto naozaj poruší svoje povinnosti:

- (2) *[Vyšším trestom] sa páchatel potrestá, ak z dôvodu podľa odseku 1 konal alebo sa zdržal konania tak, že porušil svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie.*

I bez tohto odseku 2, výlučne za použitia nového odseku 3, by sa však tiež mohol naplniť sledovaný cieľ narušenia dôvery medzi účastníkmi korupčného vzťahu.

Vo vzťahu ku skutkovej podstate podplácania Lambsdorff a Nell obdobne navrhujú zánik trestnosti poskytovateľa úplatku v prípade, ak prijímateľ úplatku reálne poskytol poskytovateľovi úplatku požadované neoprávnené plnenie či výhodu, čo ešte ďalej tiež môžeme „vylepšiť“ novým odsekom 2 v súlade s požiadavkou asymetricky zníženého trestu pre poskytovateľa úplatku v situácii, že prijímateľ úplatku skutočne poruší svoju povinnosť:

- (1) *Kto priamo alebo cez sprostredkovateľa slúbi, ponúkne alebo poskytne úplatok inému, aby konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie, alebo z tohto dôvodu priamo alebo cez sprostredkovateľa slúbi, ponúkne alebo poskytne úplatok inej osobe, potrestá sa [...].*
- (2) *[Nižším trestom] sa páchatel potrestá, ak iný z dôvodu podľa odseku 1 konal alebo sa zdržal konania tak, že porušil svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie.*
- (3) *Trestnosť trestného činu zaniká, ak páchatel urobí o tom dobrovoľne oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru bez odkladu po tom ako iný z tohto dôvodu konal alebo sa zdržal konania tak, že porušil svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie.²⁷*

Takéto riešenie načrtnuté Lambsdorffom a Nellom však so sebou nesie aj civilnoprávne a administratívnoprávne súvislosti vo vzťahu k poskytnutým plneniam a neoprávneným výhodám a možnosti ponechať si ich alebo naopak povinnosti ich vrátiť. Možnosť ponechania si neoprávnených výhod a plnení by nepochybne prispievala k tomu, aby sa medzi strany korupčnej dohody zasiała nedôvera a destabilizoval sa ich korupčný vzťah, sami autori tejto myšlienky však priznávajú, že by to zrejme nebolo v súlade so všeobecne akceptovanou predstavou o spravodlivosti.

Lambsdorff a Nell tu ďalej uvažujú aj nad tým, či zánik trestnosti v oboch prípadoch – prijímania úplatku aj podplácania – pripustiť iba pred, alebo aj po začatí trestného stíhania. Ak by sa zánik trestnosti pripúšťal iba pred začatím trestného stíhania, bolo by pre páchatelov atraktívnejšie využiť túto možnosť hneď v ranom štádiu trestnej činnosti. Na druhej strane, v priebehu trestného konania, respektíve po začatí trestného stíhania, môže mať zánik trestnosti tiež svoje výhody, najmä v záujme dokazovania trestnej činnosti. V slovenských podmienkach by však mohlo rovnakú úlohu plniť už dnes v Trestnom zákone známe mimoriadne zníženie trestu na základe § 39 Trestného zákona.

²⁷ Opäť, ustanovenie ods. 3 by vzhľadom na štruktúru slovenského Trestného zákona malo byť upravené v § 86.

Citovaní autori však tiež upozorňujú aj na niektoré nepredpokladané nedostatky právnej úpravy zániku trestnosti, zavedenej v tejto súvislosti v minulosti v Turecku. Tam zánik trestnosti prijímateľa úplatku nastával vtedy, ak prijímateľ úplatku ešte neposkytol neoprávnenú výhodu poskytovateľovi úplatku, ale nakoľko mohli poskytovatelia úplatku v prípade oznámenia trestnej činnosti z ich strany žiadať od prijímateľov úplatku vrátenie úplatku, to v podstate viedlo k tomu, že prijímatelia úplatku boli vydierateľní a museli poskytovateľom úplatku neoprávnenú výhodu naozaj poskytnúť i proti svojej vôli – inak im totiž hrozilo, že by poskytovateľ úplatku trestný čin oznámil, sám by postihnutý nebol, úplatok by sa mu vrátil, a jediným postihnutým by zostal prijímateľ úplatku. Ten bol v tejto situácii nútený poskytnúť protiplnenie za prijatý úplatok i keby si to náhodou medzitým rozmyslel.

Všetky uvedené riziká je teda potrebné pri prípadnej novelizácii trestných kódexov zobrať do úvahy. Pred našim pokusom o ich pretavenie do možného nového znenia príslušných ustanovení v rámci slovenského Trestného kódexu sa však ešte musíme prista- viť aj pri otázke, či možno závery Lambsdorffa a Nella aplikovať rovnako aj na skutkovú podstatu nepriamej korupcie, ktorú vnímal ako problém Úrad špeciálnej prokuratúry, a o ktorej uvedení autori mlčia.

Nepriama korupcia je špecifická tým, že trestá „prostredníka“, ktorý prijme, žiada alebo dá si sľúbiť úplatok, aby ovplyvnil rozhodujúcu osobu, pričom samotná rozhodujúca osoba nemusí o tejto korupcii ani vedieť a nemusí z nej vôbec profitovať. Práve týmto trestným činom nepriamej korupcie sa pritom podľa slovenského Úradu špeciálnej prokuratúry často zakrýva trestný čin prijímania úplatku samotnou rozhodujúcou osobou, ktorú „prostredník“ neprezradí ako reálne profitujúcu z korupcie. Namiesto jej potrestania za prijímania úplatku v spolupáchateľstve s prostredníkom je tak v konečnom dôsledku reálne potrestaný iba prostredník, a aj to len pomerne nízkym trestom za nepriamu korupciu. Konečný prijímateľ úplatku, ktorému by hrozil vyšší trest, zostáva neznámym a nepotrestaným.

Úrad špeciálnej prokuratúry tu mal za to, že sledovaný cieľ potrestania konečného prijímateľa úplatku sa dá dosiahnuť tým, že prostredník bude čeliť vyššiemu trestu než doteraz, pričom hroziaci trest sa mu môže znížiť (prípadne môže trestnosť činu zaniknúť), ak prostredník pomôže usvedčiť skutočného konečného prijímateľa úplatku. Uvedená úvaha má pritom svoje rácie i z pohľadu teórií Lambsdorffa a Nella, ktorí obdobne pred- sadzujú zníženie trestu alebo zánik trestnosti, v záujme motivovať jedného z páchatelov korupcie, aby porušil existujúci korupčný vzťah.

Ako by teda mohla vyzeráť komplexná úprava všetkých naznačených aspektov narúšania korupčného normatívneho systému v skutkových podstatách prijímania úplatku, pod- plácania, aj nepriamej korupcie? V slovenských podmienkach by si to vyžadovalo zasiah- nuť primárne najmä do § 86 ods. 1 Trestného zákona, a to napríklad nasledovne (zmenený a doplnený text je zvýraznený nekurzívnym písmom, vypustený text je prečiarknutý):

§ 86 ods. 1:

Trestnosť trestného činu zaniká aj vtedy, ak ide o trestný čin

- f) prijímania úplatku podľa § 328 až 330 a prijatia nenáležitej výhody podľa § 336c, ak páchatel pre seba alebo pre inú osobu prijme, žiada alebo si dá sľúbiť úplatok, aby konal alebo sa zdržal konania tak, že poruší svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie, v úmysle, aby sa získala alebo zachovala neprimeraná výhoda, alebo prijme, žiada alebo si dá sľúbiť nenáležitú

výhodu v súvislosti s jeho postavením alebo funkciou, ak urobí o tom dobrovoľne bez odkladu oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru predtým ako by takto konal alebo sa zdržal takéhoto konania,

- g) *podplácania podľa § 332 alebo § 333, nepriamej korupcie podľa § 336 ods. 2, a prijatia a poskytnutia nenáležitej výhody podľa § 336d, ak páchatel' úplatok alebo nenáležitú výhodu poskytol alebo slúbil len preto, že bol o to požiadaný a bez odkladu urobil o tom dobrovoľne oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru, alebo ak urobil o tom dobrovoľne oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru bez odkladu po tom ako prijímateľ úplatku konal alebo sa zdržal konania tak, že porušil svoje povinnosti vyplývajúce zo zamestnania, povolania, postavenia alebo funkcie, alebo bez odkladu po tom ako prijímateľ prijal nenáležitú výhodu v súvislosti s postavením alebo funkciou verejného činiteľa,*
- h) nepriamej korupcie podľa § 336 ods. 1, ak sa páchatel' významným spôsobom podieľal na zistení osoby na výkon právomoci ktorej mal svojim vplyvom pôsobiť alebo tak už urobil, a zároveň sa páchatel' významným spôsobom podieľal na usvedčení tejto osoby ako páchatela trestného činu prijímania úplatku podľa § 328, 329 alebo 330,
- i) nepriamej korupcie podľa § 336 ods. 2, ak páchatel' úplatok poskytol alebo slúbil len preto, že bol o to požiadaný a bez odkladu urobil o tom dobrovoľne oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru, alebo ak urobil o tom dobrovoľne oznámenie orgánu činnému v trestnom konaní alebo Policajnému zboru bez odkladu po tom ako prijímateľ úplatku svojim vplyvom pôsobil na výkon právomoci osoby uvedenej v § 336 ods. 2.

Ustanovení § 328 až 334 by sa potom mali doplniť o nové odseky 2 s vyššou trestnou sadzbou v prípade páchatel'ov prijímania úplatku, ktorou sa prijímateľ úplatku potrestá, ak z dôvodu podľa odseku 1 konal alebo sa zdržal konania tak, že porušil svoje povinnosti, a v prípade podplácania (poskytovania) úplatku zase naopak s asymetricky nižšou trestnou sadzbou pre poskytovateľa úplatku, ak prijímateľ úplatku z dôvodu podľa odseku 1 skutočne konal alebo sa zdržal konania tak, že porušil svoje povinnosti.²⁸

Uvedené úpravy by vo svojej kombinácii mali mať podľa teórie Lambsdorffa a Nella dostatočne destabilizačný účinok na korupčný normatívny systém, a teda na vzájomné vzťahy medzi účastníkmi korupčného vzťahu. Zároveň by sa malo zabezpečiť to, že postihovať sa bude najmä zneužívanie postavenia a funkcie za účelom získania neoprávnených výhod. Zároveň prijímateľ úplatku bude mať možnosť zbaviť sa trestnej zodpovednosti po prijatí úplatku, ak neoprávnenú výhodu napriek prijatiu úplatku neposkytne. Poskytovateľ úplatku sa zase môže zbaviť trestnej zodpovednosti tak, že sám oznámi spáchanie trestného činu po tom, ako prijímateľ úplatku recipročne konal a poskytol poskytovateľovi úplatku neoprávnenú výhodu.

Výsledkom by mala byť situácia, v ktorej sa poskytovateľ úplatku bude obávať ponúknuť či poskytnúť úplatok, nakoľko prijímateľ úplatku môže následne odmietnuť neoprávnenú výhodu poskytnúť a môže sa zbaviť trestnej zodpovednosti tým, že trestný čin podplácania oznámi orgánom činným v trestnom konaní – nakoľko si ani sám prijímateľ úplatku

²⁸ Z dôvodu legislatívnej špecifickosti slovenského Trestného zákona však možno uvažovať aj o osobitnej úprave na jednom mieste – v nateraz absentujúcom § 335 Trestného zákona.

nebude istý, či mu zo strany poskytovateľa úplatku nehrozí trestné oznámenie po tom, ako mu poskytne neoprávnenú výhodu.

Zaiste, ideálne by tento model fungoval vtedy, ak by sa neoprávnená výhoda či poskytnutý úplatok nemuseli vrátiť, respektíve by sa považovali za oprávnené získané. Vtedy by sa priam núkalo trestnú činnosť oznamovať a zbavovať sa trestnej zodpovednosti, navyše i so ziskom.²⁹ Toto „ekonomické“ riešenie sa však zjavne nepovažuje za súladné s väčšinou predstavou o morálke a spravodlivosti. Kompromisom by tu zrejme mohlo byť nanajvýš ponechanie určitej zlomkovej časti úplatku oznamovateľovi trestnej činnosti.

Takto navrhnuté riešenie, budujúce na poznatkoch behaviorálnej ekonómie, respektíve sociológie a psychológie, však nepochybne nie je zaručeným všeliekom. Zavedením navrhovanej úpravy sa síce môže do jednorazového korupčného vzťahu zasiať neistota, ak však ide o vzťah opakujúci sa, založený na dlhodobej koordinácii a spolupráci, stále zostáva v hre riziko, že účastníci tohto korupčného vzťahu si budú dôverovať a nebudú mať motiváciu trestný čin oznamovať – osobitne ak budú ťažiť z toho, že jedna strana aj druhá strana získava neoprávnené výhody. Pravdepodobnosť efektívneho narušenia korupčného normatívneho systému je však predsa len vyššia, než je tomu na základe aktuálne platnej a účinnej právnej úpravy. K tomu pritom ešte navyše pristupuje aj vyššia pravdepodobnosť narušenia korupčných vzťahov medzi prostredníkom a konečným prijímateľom úplatku zmenou výšky trestnej sadzby za nepriamu korupciu, tak ako to navrhla aj špeciálna prokuratúra. Správnosť jej úvah pritom potvrdzujú všetky zistenia, ktoré sme v tomto príspevku zosummarizovali, hoci aj tu opäť platí, že „zákonitosti“ v spoločenských vedách majú inú povahu než vo vedách prírodných, a preto špecifickosť konkrétnej spoločnosti môže rozhodne ovplyvniť výsledok pôvodne predpokladaný zákonodarcom.

Záver

Zistenia sociológov konštatujú, že deskriptívny stav spoločenských pravidiel do veľkej miery ovplyvňuje efektivitu právnych noriem. Správanie členov spoločnosti ovplyvňuje aj naše správanie a naše predstavy o očakávanom správaní ostatných členov spoločnosti.³⁰ Rozšírenosť korupcie v spoločnosti zvyšuje neefektívnosť právneho postihu korupcie predpokladaného trestnými kódexami. Naopak, odmietanie korupcie väčšinou spoločnosti, ale tiež vysoká miera odhaľovania a prísne trestanie korupcie, vedú k zvýšenej opatrnosti i v prípade jedincov subjektívne náchylných ku korupčnému správaniu.³¹

Tak ako spoločenský normatívny systém ovplyvňuje efektívnosť právneho normatívneho systému, obdobne môže i právny normatívny systém zasiahnuť do spoločenského normatívneho systému – pokiaľ využije tomu primerané nástroje. Primárnym nástrojom využívaným za týmto cieľom je tradične štátne donútenie a kontrola. Práve pri špecifickom druhu trestnej činnosti, akou je korupčná trestná činnosť, sú však štátne donútenie a kontrola kvôli skrytosti korupcie neefektívnymi. Právny systém tu musí využiť iné

²⁹ LAMBSDORFF, J. Graf. *Economic Approaches to Anticorruption*, s. 28–29. [cit. 2021-12-29]. Dostupné z: <<https://www.cesifo-group.de/DocDL/dicereport211-forum5.pdf>>.

³⁰ KÖBIS, N. C. – VAN PROOIJEN, J.-W. – RIGHETTI, F. – VAN LANGE, P. A. M. “Who Doesn’t?”—The Impact of Descriptive Norms on Corruption. *PLOS ONE*. 2015, Vol. 10, No. 6.

³¹ DUPUY, K. – NESET, S. *The cognitive psychology of corruption: Micro-level explanations for unethical Behaviour*. [cit. 2021-12-29]. Dostupné z: <<https://www.u4.no/methodology-of-the-u4-issue-on-the-cognitive-psychology-of-corruption>>.

nástroje na to, aby narušil normatívny systém korupcie, a tým odstránil jeho latentnú dominanciu v tejto oblasti spoločenského života. Vhodnými nástrojmi sú pritom tie, ktoré poznajú „normy“ korupčného normatívneho systému. Tieto psychologické a sociologické normy musí právny normatívny systém narušiť, čo môže efektívne urobiť práve nástrojmi počítajúcimi so špecifickými psychologickými a sociologickými aspektmi korupčného ľudského správania, sledujúceho vlastné záujmy.

Zasiatie nedôvery a pochybností do vzťahu medzi účastníkmi korupcie, ako aj doplnenie možnosti maximalizovania prospechu na úkor druhej korupčnej strany, bude v ideálnom prípade viesť k narušeniu predpokladu jednoduchého získania výhod, pričom do „vzorca výpočtu“ konečného rozhodnutia potenciálneho páchatela trestných činov korupcie pribudne i nutnosť počítať s rizikom „zrady“ druhého účastníka tohto vzťahu, ktorý môže „zradou“ získať viac než pokračovaním v korupčnom vzťahu založenom na dodržiavaní noriem korupčného systému. Využitie psychológie, sociológie a dnes populárnej behaviorálnej ekonómie tak zvyšuje pravdepodobnosť väčšej efektivity právneho normatívneho systému a jeho „prevládnutia“ nad mimoprávnym či antiprávnym normatívnym systémom korupcie. Avšak, tak ako to platí vo všetkých spoločenských a humanitných vedách, uvedené závery sú len pravdepodobnostné, a musia počítať aj s jedinečnosťou každej spoločnosti, každého jednotlivca a každého (korupčného) vzťahu – osobitne dlhodobého a „osvedčeného“ korupčného vzťahu.

GLOSA

Obyčejové právo v českém právním řádu

Ondřej Horák*

Abstrakt: Podle převažujícího přístupu české právněteoretické literatury (zvláště V. Knappa, J. Boguszaka a A. Gerlocha) není právní obyčej pramenem kontinentálního práva. Na základě zahraničních (zejména německojazyčných) publikací (mj. F. Gschnitzera, F. Bydlińskiego, B. Rüttherse) se článek snaží ukázat, že obyčejové právo stále bývá uznáváno za jeden z pramenů kontinentálních právních řádů, někde výslovně právními předpisy (např. občanskými zákoníky Španělska či Švýcarska), jinde výkladem (v Německu či Rakousku). Pozornost je věnována také (tradičně sporné) problematice ustálené judikatury jako jednoho z druhů obyčejového práva. Dále jsou představeny konkrétní příklady, které je podle názoru autora možné chápat jako působení právního obyčeje v českém právu (v případě vyloučení či zúžení aplikace právní úpravy, rozšíření její aplikace či zmírnění tvrdosti). Tyto příklady jsou voleny nejen z oblasti práva soukromého, ale také veřejného (včetně práva finančního, správního či trestního).

Klíčová slova: zvyklost, právní obyčej, obyčejové právo, soudcovské právo

„Právněpozitivisticky motivovaná tvrzení, že chybí aktuální obyčejové právo, jsou každopádně neodůvodněná.“

F. Bydliński

„Člověk má pocit, že v určitém smyslu se musí rozhodnout, že jakékoli jiné rozhodnutí by porušilo smysl pro spravedlnost, ale pro toto rozhodnutí se marně hledá právní zdůvodnění.“

E. Ehrlich

„...pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti.“

Ústavní soud ČR

Východiska

Obyčejové právo má nejen slavnou minulost,¹ ale konvenuje také nejnovějším trendům v humanitních vědách, zejména směru, který bývá charakterizován jako „performativní obrat“ (*performative turn*).² Jak se však k obyčejovému právu staví naše právní věda a jaká je jeho pozice v českém právu?³

* Doc. JUDr. Mgr. Ondřej Horák, Ph.D., Právnícká fakulta Univerzity Palackého v Olomouci; Univerzita obrany v Brně. E-mail: ondrej.horak@upol.cz, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3549-6539>.

¹ K pojmu a problematice obyčejového práva z historické perspektivy v novější české a slovenské literatuře: DOSTALÍK, Petr. Právní obyčej jako pramen práva v právu římském. In: SEHNÁLEK, David – VALDHANS, Jiří – DÁVID, Radovan – KYNCL, Libor (eds). *Dny práva – 2009 – Days of Law. Sborník příspěvků*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2507–2518; GÁBRIŠ, Tomáš. *Právo a dějiny. Právněhistorická propedeutika*. Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku, 2012, s. 43–45 a 177–184, a LACLAVÍKOVÁ, Miriam. *Slovensko v Československu (1918–1938). Pramene súkromného práva a súdna prax*. Praha: Leges, 2019.

² Inspirativně k pramenům práva z právněhistorické perspektivy srov. MEDER, Stephan. *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. K performativitě v právu v naší literatuře srov. SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR – A. Čeněk, 2008, passim; GÁBRIŠ, Tomáš. Zákon a soudne rozhodnutí jako performativní akty. In: TUROŠÍK, Michal – ŠEVČIKOVÁ, Andrea (eds). *Kvalita normotvornej a aplikačnej stránky zákonnosti ako determinant právneho štátu*. Banská Bystrica: PF UMB, 2017, s. 39–48. K významu obyčejového práva v globalizující (západní) kultuře: OREBECH, Peter – BOSELNMAN, Fred – BJARUP, Jes –

V následujícím výkladu vycházíme z těchto (již zřejmě obecně akceptovaných) tezí: 1) právo je poznáváno zprostředkovaně, 2) právo nejsou jen právní předpisy, 3) praxe se podílí na dotváření práva.

- 1) Poznávání i realizace práva má převážně obyčejový charakter. Většina právních vztahů ve společnosti nevzniká na základě znalosti právních pramenů, ale zprostředkovaně – napodobováním vzorů fungujících ve společnosti či získáváním informací z masmédií (internet, televize, noviny).
- 2) Stále častěji se nejen v teorii, ale i v praxi zdůrazňují nepsané právní prameny. Zmíňme alespoň důvodovou zprávu k občanskému zákoníku: „*Osnova vychází z pojetí, že se zřetelem k soukromému právu právní řád nezahrnuje jen právní předpisy, ale i jiné prameny, z nichž práva a povinnosti vyplývají. Do tohoto okruhu tedy mj. spadají i nepsané principy (např. princip právní jistoty), zásady (např. zásada presumované poctivosti) i zvyklosti apod.*“⁴
- 3) Konečně je obecně uznáváno, že aplikační praxe má velký význam při dotváření právních pravidel, zejména v podobě judikatury vyšších soudů.⁵

1. Obyčejové právo a domácí právní teorie

Bohužel nejen poznávání práva, ale i vytváření učebních textů mívá obyčejový a národní charakter, kdy bývá udržováno a prohlubováno domácí pojetí, bez potřeby kritické reflexe.⁶

V akademické obci, která se s výkladem o obyčejovém právu setkávala převážně v rámci výkladů právních dějin, převládá přesvědčení, že obyčejové právo je něco archaického a rigidního. Navíc to bylo většinou v době, která v zásadě cokoli, co nebylo pod dohledem státu, chápala jako podezřelé až nebezpečné. Toto pojetí se odráží i v syntézách (učebnicích) teorie práva a vede k tomu, že většina našich domácích autorů již právní obyčej nepovažuje za pramen práva (středoevropského prostoru). Uvedme alespoň několik příkladů:

V. Knapp v rámci jinak podrobného výkladu o obyčejovém právu jen letmo zmiňuje, že se „*houževnatost obyčejového práva jeví v tom, že [...] ve střední Evropě v oblasti občanského práva platilo do poloviny 20. století*“.⁷ J. Boguszak již výslovně uvádí, že „*obyčej se v kontinentálně evropském typu právní kultury v současnosti uplatňuje jen sporadicky, a to jen v případech stanovených normativními právními akty [...] (uplatňuje se ‚secundum et intra legem‘)*“.⁸ R. Polčák obdobně tvrdí, že se „*obyčeje s faktickou opinio iuris již dnes*

CALLIES, David – CHANOCK, Martin – PETERSEN, Hanne. *The Role of Customary Law in Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

³ V příspěvku ponecháváme záměrně stranou oblast kanonického práva (*Codex Iuris Canonici* z roku 1983, kán. 23–28) a mezinárodního práva, kde je působení právního obyčeje stále ještě samozřejmé. Srov. mj. BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge University Press, 2004; WOOD, Michael. *Third report on identification of customary international law*. International Law Commission, 2015.

⁴ ELIÁŠ, Karel a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 56.

⁵ K východiskům současného přístupu: HORÁK, Ondřej. Zákon a rozhodnutí. (K problematice tvorby práva v meziválečné právní vědě.) In: SEHNÁLEK, David – VALDHANS, Jiří – DÁVID, Radovan – KYŇCL, Libor (eds). *Dny práva – 2009 – Days of Law*, s. 2566–2573.

⁶ Výjimkou je v právněteoretické oblasti inspirativní výklad T. Sobka v kapitole *Právní obyčej*. Srov. SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*, s. 144–151.

⁷ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 134–137, cit. s. 135.

⁸ BOGUSZAK, Jiří a kol. *Teorie práva*. 2. vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 50–53, cit. s. 52.

vyskytují jen výjimečně a v moderním právu se s nimi setkáváme prakticky už jen v oboru práva mezinárodního.“⁹ P. Osina v obecné rovině shrnuje: „Obyčejové právo jako samostatný (s psaným právem souběžný) právní systém dnes v oblasti kontinentálního práva neexistuje už téměř nikde, tedy ani u nás ne.“¹⁰

Nejkonkrétněji se v rámci nejstručnějšího výkladu z výše uvedených učebnic vyjádřil A. Gerloch: „V kontinentálním právu není právní obyčej pramenem práva (v českých zemích od roku 1811, od vydání rakouského Všeobecného občanského zákoníku (ABGB), na Slovensku od roku 1950, kdy byl přijat občanský zákoník platný pro celé území československého státu).“¹¹

Aktuálně se jedná o nejrozšířenější přístup i pasáž, která je doslovně uvedena v několika učebních textech,¹² a to dokonce různých autorů.¹³ Čím se však zdají být informace samozřejmější a pouze se přebírají či literárně modifikují, tím více se vytrácí jejich vazba k realitě. Jen na okraj doplňme ještě jednu právněhistorickou glosu – vyloučení obyčejového práva z pramenů práva se většinou spojuje s přijetím občanských zákoníků z roku 1811 (§ 10) a 1950 (§ 568), již josefinský o. z. z roku 1786 však v § 9 obsahoval ustanovení o zrušení obyčejového práva, naopak na Slovensku se i po vydání o. z. 1950 uplatňovalo obyčejové právo minimálně v dobově nekodifikovaném pracovním právu.

2. Obyčejové právo a kontinentální právní řady

Tvrzení, že „v kontinentálním právu není právní obyčej pramenem práva“ nereflktuje kontinentální úpravy ani zahraniční literaturu. Není v jazykových schopnostech autora obsáhnout všechny kontinentální právní řady, přesto se zdá, že minimálně v polovině evropských států je právní obyčej uznáván za pramen práva.¹⁴

V některých právních řádech je právní obyčej uznáván psaným právem (např. Španělsko, Švýcarsko či Norsko), v jiných je jeho postavení jako pramene práva natolik samozřejmé, že to ani výslovně v pramenech není zmiňováno (např. Německo).¹⁵

Uvedme alespoň dva konkrétní příklady výslovného uznání: jeden z jihoevropského a jeden ze střeoevropského právního prostoru.

Código civil de España (1889) Art. 1 (1): „Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.“ [Prameny španělského právního řádu jsou zákon, obyčej a obecné zásady práva.]; Art. 1 (3) „La costumbre, sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.“ [Obyčej se použije pouze v případě mezery v zákoně, a pokud není v rozporu s morálkou nebo veřejným pořádkem a je-li prokázán.]¹⁶

⁹ HARVÁNEK, Jaromír a kol. *Právní teorie*. Plzeň: A. Čeněk, 2013, s. 229–233, cit. s. 230.

¹⁰ OSINA, Petr. *Teorie práva*. 2. vydání. Praha: Leges, 2020, s. 39. Dále srov. KOLEKTIV. *Občanské právo hmotné I*. 5. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 103.

¹¹ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 8. vydání. Plzeň: A. Čeněk, 2021, s. 88.

¹² KOLEKTIV. *Teória práva*. 5. vydání. Bratislava: EuroKódex, 2013, s. 92.

¹³ ZOUBEK, Vladimír. *Postmoderní právovéda a státověda*. Plzeň: A. Čeněk, 2016, s. 136.

¹⁴ Pro základní informaci o právu členských států srov. Portál evropské e-justice: <https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-cs.do>.

¹⁵ Srov. mj. RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2005, s. 171–173 a 176–177; RÜTHERS, Bernd – FISCHER, Christian – BIRK, Axel. *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*. 6., überarbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2011, s. 147–149 a 150–152, a KLOSE, Martin. *Modernes Gewohnheitsrecht. Rechtswissenschaft*. 2017, Nr. 4, s. 370–401.

Zivilgesetzbuch (1907) Art. 1 A. *Anwendung des Rechts* [Použití práva] 1 (2) „*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.*“ [Není-li zákonného předpisu, má soud rozhodnout podle zvykového práva a není-li ani toho, pak podle pravidla, které by jako zákonodárce pro tento případ stanovil.]¹⁷

Většina právních řádů ve svých ústavách či občanských zákonících sice právní obyčej jako pramen práva výslovně nezmiňuje, že však je v německé či francouzské literatuře obyčejové právo uznáváno jako pramen práva, není ani v naší odborné literatuře novinkou.¹⁸

3. Obyčejové právo a česko-rakouská právní tradice

V § 9 odst. 2 o. z. se uvádí: „*Soukromá práva a povinnosti osobní a majetkové povahy se řídí občanským zákoníkem v tom rozsahu, v jakém je neupravují jiné právní předpisy. K zvyklostem lze hledět tehdy, dovolává-li se jich zákon.*“ V důvodové zprávě se k tomu (v návaznosti na komentář Rouček–Sedláček) vysvětluje: „*Podle vzoru § 10 rakouského občanského zákoníku (ABGB) se pro okruh obecného soukromého práva vylučuje aplikovatelnost právních obyčejů jako pramene práva. Z toho důvodu osnova nečiní rozdílu mezi právními obyčejí a zvyklostmi a staví je vzájemně naroveň. Ze zvyklostí lze odvozovat oprávnění a povinnosti osob jen tam, kde na ně zákon odkáže. V ostatních případech mohou sloužit jen jako interpretační pomůcka.*“¹⁹

Důvodová zpráva reflektuje převažující přístup tradiční rakouské civilistiky k výkladu § 10 ABGB: „*Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.*“ [Na zvyklosti lze hledět jen v těch případech, kde se jich zákon dovolává.]

Jen připomeňme, že v pozadí této úpravy měl být kromě kodifikačního principu také monarchistický princip, neboť umožněním obyčejového práva by se lid podílel na výkonu státní moci.²⁰ Měl však vyhovovat i ovládaným, kteří „*viděli v jasných zákonech svoji záštitu proti libovůli vládnoucích a kladli do (reformátorského) práva zákonného a nikoli do (retrospektivního) obyčeje své naděje ve volnost, rovnost a bratrství.*“²¹

Rakouská civilistika se však postupně dokázala z tohoto pojetí vymanit. Přispěly k tomu posuny v právním myšlení spojené s historickou školou (Savigny, Puchta), sociologickými přístupy (Ehrlich) i politické změny spojené s rozpadem Rakouska-Uherska (vznik republiky a přičlenění *Burgenlandu*, kde platilo uherské obyčejové právo).

¹⁶ Blíže: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010, s. 48–49, a MALDONADO RAMOS, Jaime. *Código Civil. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. 7. Edición. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2020, s. 31–32.

¹⁷ Blíže: EMMENEGGER, Susan. In: CARONI, Pio et al. (eds). *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd. I., Einleitung und Personenrecht. 1. Abteilung, Einleitung, Artikel 1–9 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 2012, s. 375–385; HONSELL, Heinrich. In: GEISER, Thomas – FOUNTOLAKIS, Christiana (eds). *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB*. 6. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, s. 26–29.

¹⁸ KÚHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 124.

¹⁹ ELIÁŠ, K. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, s. 69.

²⁰ ZEILLER, Franz von. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*. Bd. I. Wien: Geistinger, 1811, s. 78–81 (dostupné z: <<http://www.ubs.sbg.ac.at/pdf/ACO0930122.pdf>>).

²¹ TILSCH, Emanuel. *Občanské právo. Část všeobecná*. 3. doplněné vydání (ed. Emil Svoboda). Praha: Věšhrd, 1925, s. 50–53, cit. s. 51.

V rámci připomenutí výročí E. Ehrlicha (1862–1922) zdůrazněme zejména jeho inaugurační rektorský projev z prosince 1906 v Černovicích, v němž uplatnil široký odborný rozhled (od římského práva přes anglické a slovanské právo až k dobové praxi).²² Místo tradičního dualismu zákonného a obyčejového práva rozlišoval tři druhy pramenů práva: 1) zákon („*das eigentliche Gesetz*“), 2) soudní a správní praxi („*die Entscheidungsnormen*“) a 3) společenské obyčejové právo („*das eigentliche gesellschaftliche Gewohnheitsrecht*“), jehož význam zdůrazňoval.²³ Vyčleněním práva právníků („*Juristenrecht*“) navazujícího na kategorii „*Entscheidungsnormen*“, jehož částí bylo také soudcovské právo („*richterliches Recht*“), však položil základy pozdějšího zvýšeného zájmu o metodologii výkladu práva, judikaturu a osobu soudce.²⁴ Z dlouhodobé perspektivy to však současně vedlo k oslabení významu obyčejového práva. Patrné je to také například na nejnovější domácí učebnici obecné části správního práva, která sice v rámci výkladu o pramenech správního práva pomíjí obyčejové právo, ale obsahuje samostatnou podkapitolu nazvanou „*Správní praxe*“, která má mít normativní význam v případě ustálené, jednotné a dlouhodobé činnosti (i nečinnosti) veřejné správy, zakládající legitimitní očekávání.²⁵

V souvislosti s Ehrlichem bychom neměli opomenout ani E. Tilsche (1866–1912), který se sice k existenci obyčejového práva pro oblast rakouského občanského práva vyjadřoval negativně, zdůrazňoval však význam (prostých) zvyklostí. Snad můžeme říci, že forma obyčejového práva pro něj byla příliš „svazující“ ve srovnání s „volnějšími“ zvyklostmi a že při výkladu § 10 ABGB „obětoval“ těžkopádný právní obyčej, aby „zachránil“ praktické zvyklosti („*aby útvar méně kvalifikovaný, ale života schopný, odloučil se od mrtvolvy práva obyčejového*“). Svůj inspirativní sociologizující přístup představil v přednášce v Právnické jednotě v Praze dne 18. května 1911, věnované proměnám všeobecného občanského zákoníku v důsledku vývoje společnosti, přičemž rozeznával tři periody (do roku 1859 konzervativního absolutismu, do roku 1879 liberalismu a poté sociální péče).²⁶

K obyčejovému právu se kladně stavěl H. Kelsen (1881–1973), jinak Ehrlichův ostrý oponent,²⁷ což souviselo s jeho odborným zájmem o mezinárodní právo i ambicemi o vytvoření komplexní teorie (v normativním pojetí sice mělo obyčejové právo vycházet ze stej-

²² EHRlich, Eugen. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede, gehalten am 2. Dezember 1906. In: *Die feierliche Inauguration des Rectors der k. k. Franz-Josephs-Universität in Czernowitz für das Studienjahr 1906/1907*. Czernowitz: Selbstverl. der k. k. Universität, 1906, s. 25–66 (dostupné z: <<https://www.digitale-sammlungen.de/en/details/bsb11168299>>). K tomu mj. BARTA, Heinz. Erinnerung an Eugen Ehrlich. In: BARTA, Heinz – GANNER, Michael – VOITHOFER, Caroline (eds). *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*. Innsbruck: Innsbruck University Press, 2013, s. 22–25.

²³ EHRlich, E. *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, s. 52. Blíže: VOITHOFER, Caroline. Recht(squellen) bei Eugen Ehrlich. In: BARTA, Heinz – GANNER, Michael – VOITHOFER, Caroline (eds). *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*, s. 101–113.

²⁴ EHRlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München – Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, s. 97 an., s. 143.

²⁵ KOPECKÝ, Martin. *Správní právo. Obecná část*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 34–35.

²⁶ TILSCH, Emanuel. Všeobecný zákoník občanský a zvyklosti průběhem století. *Právník*. 1911, roč. 50, seš. 12, s. 453–465 (též zvl. otisk: Praha 1911; přetištěno: *Sborník článků vztahujících se k stému výročí Všeobecného zákoníka občanského*. Praha: Právník, 1911). „Hypothese vývoje, jak mně se jeví, je tedy tato: V periodě první vyžadovala se pro zvyklost výslovná sankce zákonodárcova, což odpovídá principu autority. V druhé (individualismu) stačí i mlčky udělená sankce jednotlivého individua, což odpovídá principu individualismu. V třetí (sociální péče) konečně emancipuje se zvyklost i od individua, stává se zjevem samostatným, a to je přiměřeno nazírání sociálnímu. Když užijeme kategorie hodnoty, můžeme též říci: první periodě jsou zvyklosti nesympatické, druhé lhostejné, třetí sympatické.“ TILSCH, Emanuel. *Všeobecný zákoník občanský a zvyklosti průběhem století*, s. 463.

²⁷ DOBLER, Philipp. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen. In: BARTA, Heinz – GANNER, Michael – VOITHOFER, Caroline (eds). *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*, s. 177–190.

ného normového ohniska jako právní předpisy, respektive z ústavy v právněpozitivním smyslu, což by vyžadovalo výslovné zmocnění, v širším pojetí však mohlo vycházet také z hypotetické *Grundnormy*, respektive z ústavy v právnělogickém smyslu, tedy bez výslovného zmocnění).²⁸ Ve srovnání se současnou českou právní teorií Kelsen přiznával také větší význam otázce *obsolence* či *desuetuda* (obsoletní norma pro něj není platnou normou).²⁹

Novější „vstřícný“ přístup k obyčejovému právu je v rakouské literatuře ovlivněn především názory F. Gschnitzera (1899–1968), které nejkomplexněji představil v slavnostní přednášce při zahajovacím sezení Rakouských právnických dnů v roce 1967. Zúročil přitom své zkušenosti z univerzitní i soudní dráhy a na konkrétních příkladech z různých oblastí soukromého i veřejného práva přesvědčivě doložil, že obyčejové právo stále má mezi (rakouskými) prameny práva své místo.³⁰ Gschnitzerovo vystoupení našlo odezvu takřka ve všech novějších komentářích k *ABGB* či učebnicích občanského práva: při výkladu § 10 *ABGB* se rozlišuje pouhá „faktická zvyklost“, která je závazná, pokud na ni zákon odkáže, a „právní obyčej“ jako samostatný pramen práva, jehož aplikace je možná bez výslovného odkazu.

Konkrétní příklady působení obyčejového práva v Rakousku můžeme představit prostřednictvím dalšího z významných rakouských civilistů a právních teoretiků, který je výrazně recipován také některými českými autory. F. Bydlinski (1931–2011) se ve své metodologické práci vymezuje vůči tradičním právněpozitivistickým výtkám vůči obyčejovému právu a jako jeho konkrétní příklady uvádí „*právní institut správy k věrné ruce (Treuhand), důvod ospravedlnění chování podle sportovních pravidel nebo typického pro sport u zranění, některá zvláštní pravidla v agrárním právu (reálná společenství jako právnické osoby); smlouvy o předání mezi živými se zvýhodněním přejímajícího; pravidla o veřejných pozemkových služebnostech, a také uznaná (ze zákona nezduvodnitelná) platnost ustanovení o efektivní mzdě v pracovníprávních kolektivních smlouvách*“.³¹

Konečně dodejme, že moderní přístupy rakouské civilistiky k obyčejovému právu u nás nejsou neznámé (Melzer, Lavický, Tichý),³² přičemž musíme ocenit také naši současnou komentářovou literaturu.³³ Ve srovnání s právními teoretiky, kteří by programově měli být otevření zahraničním podnětům, musíme dále vyzdvihnout také brněnskou konstitucionalistiku.³⁴

²⁸ Srov. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, s. 230 an. Naši normativisté sice byli zdrženlivější, vzhledem k recepci bývalého uherského práva však byli s problematikou právního obyčeje pravidelně konfrontováni. Srov. WEYR, František. *Teorie práva*. Brno; Praha: Orbis, 1936, s. 204 an., zvl. s. 209 an. (reprint: Praha: Wolters Kluwer ČR, 2015); CHYTIL, Václav. *Nepsané právo. Časopis pro právní a státní vědu*. 1930, roč. 13, s. 1–25.

²⁹ Srov. KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, s. 220; a KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 152–153.

³⁰ GSCHNITZER, Franz. *Gibt es noch Gewohnheitsrecht?* In: *Verhandlungen des 3. Österreichischen Juristentages 1967*. Bd. II/6. Wien: Manz, 1969, s. 24–43.

³¹ Podle BYDLINSKI, Franz. *Základy právní metodologie*. Wien: FOWI, 2003, s. 82.

³² Srov. MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, s. 19–20; TICHÝ, Luboš. *Obecná část občanského práva*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 82–83.

³³ Srov. MELZER, Filip – TĚGL, Petr. *Komentář k § 9*. In: MELZER, Filip – TĚGL, Petr (eds). *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I – § 1–117 Obecná ustanovení*. Praha: Leges, 2013, s. 189–190; a LAVICKÝ, Petr. *Komentář k § 9*. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část § 1–654. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 97.

³⁴ Srov. FILIP, Jan. *Ústavní právo České republiky. 1. Základní pojmy a instituce. Ústavní základy ČR*. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita – Doplněk, 2003, s. 57–58.

4. Obyčejové právo v našem právním řádu

4.1 Pojem a význam

Jako hlavní znaky obyčejového práva se v literatuře tradičně uvádí dlouhodobost a přesvědčení o závaznosti. Bývá také rozlišováno mezi obyčejovým právem a pouhými zvyklostmi. Jen na okraj doplníme, že novější právní předpisy (včetně o. z.) zmiňují především zvyklosti a jen výjimečně obyčeje (viz § 30 odst. 1 prováděcí vyhlášky k zákonu o myslivosti č. 244/2002 Sb.).

Poměr zákonného a obyčejového práva bývá sporný, rozlišuje se působení a) *secundum legem*, b) *praeter legem* a c) *contra legem*.³⁵ Právní obyčej tak může vést ke vzniku, změně, konkretizaci či zániku právních norem. Případy sub a) a b) jsou samozřejmé, třetí sice (z hlediska teorie obyčejového práva) také, pozitivisticky orientovaným teoretikům však působí problémy.³⁶

Jak pojmové znaky obyčejového práva, tak jeho poměr k zákonnému právu jsou reflektovány také českou judikaturou, která je však poměrně skromná. Přesto jeden z nálezů Ústavního soudu argumentujících obyčejovým právem patří k těm nejznámějším a také nejdůležitějším. Věcně se jednalo o problematiku suspenzivního veta prezidenta republiky a počítání lhůt (Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997, č. 30/1998 Sb.), konkrétně o určení konce patnáctidenní lhůty k vetování zákona v situaci, kdy ústavní předpisy vlastní úpravu počítání času neobsahují, především se však týkalo obhájení tradiční pozice a významu právních principů, které byly v našem prostředí upozadovány. Soudcem zpravodajem se stal P. Holländer.³⁷

Za stěžejní část nálezu považují následující odstavec: „*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 veřejností 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. Pro oblast práva z toho plyne závěr, že pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti.*“

Na podporu závaznosti právních principů se v odůvodnění dále uvádí také srovnání s obyčejovým právem: „*Typickým příkladem vymezitelnosti i nepsaných právních pravidel lidského chování je právo obyčejové. Pro vznik právního obyčeje je nutné obecné přesvědčení o potřebě dodržovat obecné pravidlo chování (opinio necessitatis) a dále jeho zachovávání po dlouhou dobu (usus longaevus, resp. longa consuetudo). Obě tato hlediska jsou definičními hledisky i pro vymezení obecného právního pravidla (hlediskem odlišujícím obecný princip a právní obyčej je zejména míra jejich obecnosti).*“

³⁵ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*, s. 136.

³⁶ Blíže: HOEREN, Thomas. Derogation im Zivilrecht. Historische und rechtstheoretische Überlegungen zum Verhältnis von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 1993, Vol. 61, s. 493–527.

³⁷ Dostupné mj. z: <http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=Pl-33-97>.

Obyčejové právo bylo využito jako podpůrný argument – šlo o vysvětlení něčeho dobově méně samozřejmého (právních principů) něčím tradičním a známým (obyčejovým právem). V současné době to však může sloužit i v opačném gardu, přičemž kritiky i obsahy právních principů a obyčejového práva jsou obdobné. Navíc dělící linie mezi aplikací principů a obyčejového práva v praxi není zřetelná.³⁸

V moderní demokratické společnosti sice nebylo dlouhodobě možné držet právní principy mimo rámec aplikace práva, přesto je důležité zdůraznit, že v pozadí jejich renesance stála nejen zkušenost německé právní vědy, ale také tradice teorie a praxe obyčejového práva.

Jako další zajímavý náleží Ústavního soudu můžeme uvést spor o kontrasignaci rozhodnutí prezidenta republiky o jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB (Pl. ÚS 14/01 ze dne 20. 6. 2001, č. 285/2001 Sb.) a s tím spojenou argumentaci týkající se ústavních zvyklostí. Soudcem zpravodajem se stal Vladimír Klokočka. V nálezu se mj. uvádí: „*Je známo, že ústavní zvyklosti, konvence, mají v ústavním státě velký význam právě tím, že komponují ústavu do funkčního celku a zaplňují prostor mezi strohým vyjádřením ústavních principů a institucí a variabilitou ústavních situací. V demokratickém právním státě je sotva představitelné, aby interpretace ústavy a jí odpovídající ústavní zvyklosti, respektované a nenapadené po celou dobu od vzniku Ústavy, byly účelovou dezinterpretací ústavy zpochybněny a s nimi i celá dosavadní praxe včetně řady rozhodnutí, jež nebyla dosud nikdy napadena.*“

Ještě zajímavější však jsou oba připojené disenty, zejména společné odlišné stanovisko pěti soudců (V. Güttlera, M. Holečka, I. Janů, Z. Kesslera a J. Malenovského), z něhož vybíráme některé úvahy: „*Ústavní obyčej je nepochybným doplňkem psané ústavy, a pokud splňují náležitosti vyžadované právem (dědobá praxe a přesvědčení o jejich nezbytnosti, resp. právní závaznosti), jsou způsobilé modifikovat pravidla obsažená v ústavním textu. [...] Prima facie by tedy bylo možno následnou praxí ústavních orgánů považovat za sérii obecně ústavně dovolených chování, jež případně mohou vést k ústavní zvyklosti praeter constitutionem. Vzhledem k předchozím vývodům v tomto odlišném stanovisku tak tomu ovšem v daném případě být nemůže. Příkaz kontrasignace lze z Ústavy dovodit, a případná odchylná ústavní zvyklost, jež by byla vyústěním řady jmenovacích aktů bez kontrasignace, by tak musela být zvyklostí contra constitutionem. Ani takovou eventualitu nelze a priori vyloučit, neboť ústavní obyčej (zvyklost) může být normou ústavního práva způsobilou derogovat zásadně kterékoli psané ústavní pravidlo. Kvantita a kvalita praxe, jež má vést ke vzniku obyčeje contra constitutionem ovšem musí být podstatně vyšší než objem a kvalita praxe vedoucí ke vzniku obyčeje praeter constitutionem, neboť obyčejotvorná praxe nevstupuje do právně indiferentního prostoru jako koncentrovaný výraz obecně dovoleného chování, což je případ praxe praeter constitutionem, nýbrž musí překonat pocit závaznosti ústavně platného příkazu kontrasignace.*“

Z druhého disentu (P. Holländera a V. Jurky) můžeme ještě doplnit: „*Domníváme se, že vznik ústavních zvyklostí praeter constitutionem je pravidelnou a přirozenou součástí*

³⁸ I ve výše uvedeném rozhodnutí ÚS, kdy podle prezidentské kanceláře počíná patnáctidenní lhůta dnem následujícím po dni postoupení zákona (v souladu se zvyklostí, jež se vyvinula od účinnosti Ústavy), a případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den, se jedná spíše o pravidla než principy. Nejjednodušší i nejsprávnější by však bylo subsidiárně použít úpravu počítání času v o. z. (děkuji redakci za podnět).

fungování demokratických ústavních systémů v rámci evropské kontinentální právní kultury, tedy v kontextu tradice psaných ústav a psaného práva. Tento jev nezůstal v současnosti nereflektován i judikaturou ústavních soudů. [...] V posuzované věci lze považovat za nutné testovat naplnění konstitutivních znaků ústavní zvyklosti, jež jsou analogické konstitutivním znakům právní obyčeje (zvyklosti).“ Symptomatické také je, že se oba disenty liší v názoru, zda se v ústavní praxi od nabytí účinnosti Ústavy ústavní zvyklost jmenování guvernéra a viceguvernéřů České národní banky prezidentem republiky bez kontrasignace předsedou vlády nebo jím pověřeným ministrem vyvinula (P. Holländer, V. Jurka) nebo nikoli (ostatní disentuující soudci).

4.2 Ustálená judikatura jako obyčejové právo?³⁹

Za jeden z projevů (druhů) obyčejového práva bývá považováno také soudcovské právo (*Richterrecht, judge-made law, usus fori, Gerichtsgebrauch*), respektive nikoli každé soudcovské dotváření práva, ale ustálená judikatura jako jeho kvalifikovaná část. Někdy se také mluví o soudním obyčejovém právu (*Justizgewohnheitsrecht*). Současně se jedná o nejtradičnější zdůvodnění závaznosti ustálené judikatury v (středo)evropském prostoru.⁴⁰

Tato teorie sice má podle některých „závažné mezery“, které však většinou plynou pouze z archaického nazírání na obyčejové právo – jako typický příklad můžeme zmínit výtku, že „*paradoxně by se měly pramenem práva stávat zejména letité a ustálené judikáty, což ovšem s praxí (a podle mého názoru ani s racionální teorií precedentu) vůbec nekomponuje*“.⁴¹

Předně by nemělo být nic paradoxního na tom, že by se pramen práva měl vyznačovat jistou stálostí a že neustálé změny realizací a akceptací práva neprospívají; také není teoreticky správné a prakticky vhodné argumentovat proti teorii ustálené judikatury teorií precedentu, jde sice o dvě příbuzné, ale pojmově odlišné problematiky, navíc tím pro myšlenku závaznosti soudcovského práva nic nezískáme.

Historická zkušenost také ukazuje, že definiční znaky obyčejového práva *usus longaevis* (respektive *longa consuetudo*) i *opinio necessitatis* nejsou poměrně flexibilní a záleží primárně na posouzení aplikujících orgánů. Meziválečná věda dospěla k tomu, že i jedno rozhodnutí může „potvrdit“ právní obyčej. Obyčejové právo, zdánlivě rigidní a statické, pak může být flexibilnější a dynamičtější než zákonodárství.⁴²

³⁹ Z novější domácí literatury k problematice judikatury srov. mj. BOBEK, Michal a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, passim.

⁴⁰ Ze současné německé právní teorie srov. mj. RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*, s. 174–186, zvl. 176–177; RÜTHERS, Bernd – FISCHER, Christian – BIRK, Axel. *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, s. 149–160, zvl. s. 150 an.; KLOSE, Martin. *Modernes Gewohnheitsrecht*, zvl. s. 373 a 379–380; z tradiční rakouské literatury srov. také KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 259–260. Také v německojazyčné literatuře pochopitelně najdeme řadu autorů, kteří vykládají obyčejové a soudcovské právo (srov. mj. LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C. H. Beck, 1996).

⁴¹ KÜHN, Zdeněk. Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, roč. 9, č. 3, s. 239. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/8390>>, obdobně KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 124.

⁴² Srov. LUBY, Štefan. *Obyčejové právo a súdna prax. (Civilistická štúdia zo slovenského práva)*. Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity v Bratislave, 1939, s. 114–115. Luby současně uvádí také některé „nevýhody“ obyčejového práva: 1) neurčitost, 2) retrospektivní charakter, 3) menší právní jistotu. Takové hodnocení je však do značné míry anachronické a uvedená negativa se mohou po zkušenosti s pozdějším právním vývojem jevit spíše jako pozitiva. Předně proti sobě Luby staví zákonné a obyčejové právo a vyzdvihuje přednosti kodifikace, což je pochopitelné v situaci, kdy

Kupodivu však je obdobně problematická také argumentace některých autorů, kteří jinak obyčejové právo uznávají. F. Bydlinski shrnuje, že „*lze vyvodit esenciální rozdíl mezi zvykovým právem a soudcovským právem: prvé vzniká ve vztahu k dosud platnému právnímu řádu autonomně v právním styku, druhé je produkováno – ledaže se jedná o otevřené porušení práva – alespoň jako pokus o odůvodnění ze stávajícího závazného právního řádu*“.⁴³

Přitom je historicky prokazatelné, že obyčejové právo se tradičně odráželo právě v soudním rozhodování a že nevznikalo autonomně, ale jako součást právního řádu.⁴⁴ V neposlední řadě také Ehrlich ukázal, že není nějaká striktní hranice mezi státním, soudcovským či obyčejovým právem, ale dochází k vzájemnému prolínání a ovlivňování.⁴⁵ Na okraj je možné ještě poznamenat, že Bydlinski Ehrlicha sice nezmiňuje, ve svém výkladu o obyčejovém právu však dospívá k obdobnému výsledku, i když méně přesvědčivými argumenty.⁴⁶

4.3 Příklady

Příkladů působení obyčejového práva může být celá řada. Zjednodušeně řečeno jde o situace, kdy se „kvalifikovaná“ praxe odchyluje od právních předpisů, pravidelně půjde o dotváření práva prostřednictvím teleologické redukce či analogie.

Uvedme alespoň několik situací vedoucích ke vzniku obyčejového práva (méně spornou otázkou *obsolescence* ponecháváme stranou), a to nejen z oblasti práva soukromého, ale také veřejného (včetně práva finančního, správního či trestního):

- a) vyloučení či zúžení aplikace právní úpravy – např. uplatnění námitky promlčení mezi blízkými příbuznými jako zneužití práva (takový obyčej platí od nepaměti, přičemž nalezl odraz v judikatuře ÚS o ochraně dobrých mravů; srov. náleží ÚS ze dne 6. 9. 2005, sp. zn. I. ÚS 643/04); nebo že zásadně nedochází k trestnímu postihu při ublížení na zdraví při sportovních utkáních (zvláště při bojových sportech)⁴⁷;
- b) rozšíření aplikace právní úpravy – např. zdaňování movitého příslušenství při převodu nemovitosti jako její „součásti“ (šlo sice o praxi problematickou, ovšem dlouhodobě aplikovanou a akceptovanou i vrcholnými soudy)⁴⁸;

mělo být na Slovensku právo poprvé kodifikováno. Dnes však nestojíme před otázkou „bud“ – anebo“, ale uvažujeme o jejich koexistenci, respektive o doplnění zákonného práva a vysvětlení některých jevů, na které nám nedává odpověď. Dále se proměnil vztah k soudnictví a pojetí právní jistoty – v současnosti naopak očekáváme méně formalismu, ochranu základních práv, hledání účelu, aplikaci principů a dotváření práva (neboli méně „zákonné“ a více „právní“ jistoty, kdy se z „neurčitého“ snažíme vytvářet „spravedlivé“).

⁴³ BYDLINSKI, Franz. *Základy právní metodologie*, s. 84.

⁴⁴ Srov. mj. také KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, s. 234.

⁴⁵ EHRLICH, Eugen. *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, s. 52–53 a 59.

⁴⁶ Srov. BARTA, Heinz. *Erinnerung an Eugen Ehrlich*, s. 25.

⁴⁷ Blíže k jednotlivým teoriím srov. COUFALOVÁ, Bronislava – PINKAVA, Jan – POCHYLÁ, Veronika. *Trestněprávní odpovědnost ve sportu*. Praha: Leges, 2014; KRÁLÍK, Michal. *Civilní a trestní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy*. Praha: Leges, 2016.

⁴⁸ Srov. rozsudek NSS ze dne 13. 12. 2004, č.j. 5 Afs 130/2004-62, a s ním související usnesení ÚS ze dne 19. 7. 2007 sp. zn. II. ÚS 144/05. Novější rozsudky NSS (např. 2 Afs 42/2007-39 či 5 Afs 52/2007-100) sice formálně stále navazují na předchozí rozhodovací praxi, paušalizující přístup správců daně však již kritizují a zdůrazňují, že „*při posuzování právní povahy každé věci, je třeba postupovat zcela individuálně s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem*“. V případě prodeje bytů a domů byl takový přístup v zásadě akceptován i veřejností, kdy kupní cena nemovitosti pravidelně zahrnovala také movité příslušenství bez odlišení, nebo se movité příslušenství převádělo samostatnými smlouvami.

- c) zmírnění tvrdosti právní úpravy – např. tolerance mírného překročení nejvyšší povolené rychlosti; důvody aplikujícího orgánu jsou teleologické (cílem úpravy je bezpečnost silničního provozu, přičemž snaha o důsledné dodržování rychlosti narušuje řidičovu pozornost) i pragmatické (při větším překročení je udělení sankce přestupcem lépe akceptováno).⁴⁹

Uvedená řešení samozřejmě můžeme hodnotit také jako nesprávnou aplikaci právních předpisů, odpovědné orgány však mají odlišný názor a ten je dlouhodobě akceptován. Tyto a řada dalších případů sice mají charakter *contra legem*, ale přitom u většiny z nich bude převládat přesvědčení, že jsou v souladu s právem založeným na principech a účelech a pružně reagujícím na společenskou realitu.

Dále můžeme upozornit na situace, kdy obyčejově zachovávaná pravidla jsou (respektive podle Ehrlicha by měla být) dodatečně převzata zákonodárstvím (např. úprava pracovní doby akademických pracovníků podle § 70a zák. č. 111/1998 Sb., o vysokých školách; snad jen na okraj doplníme, že uvedená praxe se týkala veřejných vysokých škol, naopak jedna ze státních vysokých škol novou zákonnou úpravu zohlednila až rok po její účinnosti) a kdy pravidla zakotvená v právním předpisu jsou aplikována i po jeho zrušení (např. u sňatečných svědků je stále vyžadována jejich zletilost, která byla zakotvena v matricních vyhláškách platných v letech 1949 až 2001⁵⁰).

Závěrem

„Nepsané“ právo (včetně práva obyčejového) bylo, je a stále bude jedním z pramenů kontinentálních právních řádů. Situace, kdy by všechny právní vztahy měly být regulovány pouze „psaným“ právem, není reálná ani vhodná. Obyčejové právo pochopitelně již dlouho nepatří ke stěžejním pramenům vnitrostátního práva, převažující názor české právněteoretické literatury, že v kontinentálním právu není právní obyčej pramenem práva, však nereflektuje kontinentální právní úpravy (např. švýcarskou, španělskou či norskou) ani zahraniční literaturu (inspirativní by pro nás mohla být zejména literatura rakouská). Pokud bychom považovali také ustálenou judikaturu za jeden z druhů obyčejového práva, což je předmětem dlouholetých diskusí, jeho význam i počet příkladů by se výrazně zvýšil. Zda a jak budeme umět obyčejové právo uchopit, zůstává samozřejmě otevřené, právní teorie by však měla být schopna ukazovat různé přístupy – domácí i evropské, nové i tradiční.

⁴⁹ Takovou praxi nepřímo aproboval i NSS, přičemž argumentoval materiální stránkou přestupku. Srov. rozsudek NSS ze dne 14. 12. 2009, čj. 5 As 104/2008-45.

⁵⁰ Blíže: HARAŠTA, Dominik. *Svatební svědek z historicko-komparativní perspektivy*. Diplomová práce. Olomouc, 2020 [cit. 2022-02-03]. Dostupné z: <<https://theses.cz/id/iypo33/>>.

Mezinárodní právo správní. Skica právní disciplíny

Jakub Handrlica*

Abstrakt: Mezinárodní právo soukromé jako specifická disciplína práva soukromého je naší akademii důvěrně známé. Věnuje se otázce, jak má tuzemská právní úprava nakládat s cizím prvkem ve vztazích soukromého práva. Naproti tomu akademický zájem o problematiku nakládání s cizím prvkem ve vztazích práva správního doposud u nás nevykrytalizoval v etablování autonomní právní disciplíny. V zahraničí je přitom konceptualizace mezinárodního práva správního již desetiletí předmětem intenzivního zájmu právní akademie. Tento příspěvek má za cíl tuto specifickou oblast práva, její vztah k jiným právním odvětvím a předmět jejího zájmu představit tuzemskému odbornému auditoriu.

Klíčová slova: mezinárodní právo správní, cizí prvek, aplikace cizího práva

Úvod

Pandemie koronaviru během uplynulého roku konfrontovala právní řády států celého světa. Ukázalo se, že v celé řadě aspektů právo nebylo na pandemii takového rozsahu připraveno, a současně je zjevné, že pandemie existující režimy veřejného práva do značné míry ovlivnila. Jedním z témat, která během éry pandemie v diskursu veřejného práva značně rezonovala, bylo zavedení očkovacích certifikátů jednotlivými státy a jejich uznávání v jiných státech.¹ Aktuálnost tématu, kterému bude tento příspěvek věnován, je možné demonstrovat na následujících praktických situacích:

- 1) Za prvé, očkovací certifikát vydaný českým orgánem je českým občanem předložen u kontroly při vstupu za účelem pobytu na dovolené na území Řecka.
- 2) Za druhé, očkovací certifikát vydaný příslušným orgánem Norského království je předložen norským občanem u kontroly při vstupu za účelem realizace služební cesty na území České republiky.
- 3) Za třetí, ukrajinský očkovací certifikát je předložen státním občanem Ukrajiny tuzemskému orgánu; jedná se ovšem o osvědčení, které bylo paděláno.

* Prof. JUDr. Jakub Handrlica, Ph.D., DSc. Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: jakub.handrlica@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2274-0221>. Tento článek je psanou a dále rozpracovanou verzí jedné z tezí přednesených v rámci mého jmenovacího řízení pro obor správního práva před vědeckou radou Univerzity Karlovy dne 23. září 2021. Tento příspěvek byl napsán v rámci řešení projektu Grantové agentury České republiky *Mezinárodní právo správní. Znovuobjevení právní disciplíny* (reg. č. 20-01320S).

¹ Srov. např. GREELY, H. COVID-19 immunity certificates: science, ethics, policy, and law. *Journal of Law and the Biosciences*. 2020, Vol. 7, No. 1, s. 1–29; TAZZIOLI, M. A “Passport to Freedom”? COVID-19 and the Re-bordering of the Word. *European Journal of Risk Regulation*. 2021, Vol. 12, special issue 2, s. 355–361 (srov. i další články uveřejněné v tomto zvláštním čísle časopisu *European Journal of Risk Regulation*, které jsou věnovány problematice očkovacích certifikátů); CHEN, L. et al. COVID-19 health passes: current status and prospects for a global approach. *Journal of Travel Medicine*. 2021, Vol. 28, No. 7, s. 1–3.

Ve všech výše uvedených případech dochází k tomu, že v oblasti správního práva je nutno se vypořádat s otázkou bezinfekčnosti osvědčenou cizím orgánem prostřednictvím očkovacího certifikátu. Předmět právního vztahu zde tedy vykazuje cizí prvek.² Výše uvedené certifikáty byly vydány cizími orgány podle cizího práva; toto cizí právo nemůže samo o sobě způsobit právní účinky vydaného certifikátu v jiných právních řádech. Současně ovšem platí, že byla-li osoba očkována látkou, která je aprobována také v tuzemsku, není substantivní důvod pro to, aby důsledky očkování provedeného v cizině nebyly považovány za rovnocenné důsledkům očkování provedenému u nás. Legislativa jednotlivých států se tedy musí s právními účinky cizích certifikátů odpovídajícím způsobem vyrovnat. Platí totiž, že je to právní řád cílového státu, který ve výše uvedených případech správní orgány aplikují a který musí účinky cizích očkovacích certifikátů upravit.³

Skutečností je, že v různých jurisdikcích byly vytvořeny právní úpravy, které existenci cizího prvku ve vztazích správního práva upravují. Akademický zájem o tyto úpravy a snaha o konceptualizaci teoretického přístupu k fenoménu cizího prvku ve vztazích správního práva v zahraniční právní nauce kulminovaly do konceptualizace etablování mezinárodního práva správního⁴ jako právní disciplíny.

V naší právní akademii doposud nebyla této problematice věnována větší pozornost.⁵ Tento příspěvek má za cíl tuto specifickou disciplínu práva, její vztah k jiným právním odvětvím a předmět jejího zájmu představit tuzemskému odbornému auditoriu.

1. Cizí prvek ve vztazích veřejného práva

Existence cizího prvku v právních vztazích je právem tradičně normována ve vztazích práva soukromého.⁶ Takovým cizím prvkem může být subjekt, který má vztah k zahraničí, dále pak právní skutečnost rozhodná pro vznik právního vztahu, ke které došlo nebo která má nastat v cizině. Relevanci k zahraničí může mít i předmět právního vztahu (věci, práva a nehmotné výsledky lidské činnosti). Cizí prvek může konečně představovat také skutečnost, že předmětný právní vztah je vztahem závislým na jiném právním vztahu, který se řídí cizím právem. Tyto právní vztahy označujeme jako soukromoprávní vztahy s cizím prvkem.⁷ Faktem je, že v jednotlivých jurisdikcích je uznávána rovnost různých

² Srov. BISCOTTINI, G. Sulla rilevanza degli atti amministrativi stranieri. *Studi nelle scienze giuridiche e sociali della Università di Pavia*. 1951, Vol. 32, s. 1–32.

³ Srov. HÁKLI, J. COVID-19 Certificates as a New Form of Mobility Control. *European Journal of Risk Regulation*. 2021, Vol. 12, special issue 2, s. 362–369. K problematice zavedení vzájemného uznávání očkovacích certifikátů srov. také HANDRLICA, J. Hesitantly towards mutual recognition of “vaccination passports”. A survey on potential ubiquity in administrative law. *Juridical Tribune*. 2021, Vol. 11, special issue, s. 277–290.

⁴ *Droit administratif international, diritto amministrativo internazionale, internationales Verwaltungsrecht*.

⁵ Na tomto místě lze uvést, že ani jedna z učebnic správního práva používaných na českých právnických fakultách o existenci mezinárodního práva správního nerefereje. Z příspěvků, které se tématu v naší odborné literatuře v minulosti věnovaly, lze uvést zejména POTOČNÝ, M. Výklad českého mezinárodního práva správního. In: MIKULE, V. – SLÁDEČEK, V. – VOPÁLKA, V. (eds). *Veřejná správa a právo. Pocta D. Hendrychovi k 70. narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 213–220. Srov. také HANDRLICA, J. Existuje mezinárodní právo správní? In: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. a kol. (eds). *Právo jako multidimenzionální fenomén. Pocta Aleši Gerlochovi k 65. narozeninám*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2020, s. 420–427. Problematice se také věnovaly dva mé příspěvky publikované v angličtině v časopisu *The Lawyer Quarterly*: HANDRLICA, J. A treatise for international administrative law. *The Lawyer Quarterly*. 2020, Vol. 10, No. 4, s. 462–475, a HANDRLICA, J. A treatise for international administrative law. Part. II. On overgrown paths. *The Lawyer Quarterly*. 2021, Vol. 11, No. 1, s. 178–191.

⁶ Srov. KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 6. vydání. Brno: Doplněk, 2004, s. 17–18.

⁷ *Ibidem*, s. 17–18.

režimů práva soukromého. V návaznosti na existenci cizích prvků ve vztazích soukromého práva proto právní řady zakotvují normy, na základě kterých je stanoveno, jestli se předmětný soukromoprávní vztah s cizím prvkem řídí právním řádem tuzemským nebo cizím. Soubor těchto právních norem tvoří základ zvláštní právní disciplíny, mezinárodního práva soukromého.⁸

Zatímco rovnost různých režimů soukromého práva se tradičně připouští, obdobná rovnost nebyla v právu veřejném uznávána. Důvodů pro tento postoj je několik a odborná literatura⁹ je shrnuje následovně:

- 1) Za prvé, z pohledu klasické státovědy představovala aplikace vlastního veřejného práva státem jeden z projevů jeho suverenity nad konkrétním teritoriem. Naopak, rovnost různých režimů práva veřejného a z toho plynoucí možnost aplikace cizího veřejného práva v právních vztazích podřízených jurisdikci státu by *per se* implikovala omezení jeho suverenity a jeho podřízení moci jiného státu.
- 2) Za druhé, odborná literatura poukazovala na absenci jednotného chápání klíčových institutů správního práva v různých právních řádech. Instituty, jakými jsou správní akt, nařízení nebo nulita, sice v jednotlivých jurisdikcích existují, jejich univerzální pojmání však chybí. Aplikace cizího veřejného práva by v tomto aranžmá narážela na divergence v obsahu základních institutů hmotného práva v konkrétních jurisdikcích.
- 3) Za třetí, odlišnosti různých režimů veřejného práva implikují rozdílnost v obsahu ukládaných povinností. Přijetí koncepce rovnosti divergentních režimů práva veřejného by znamenalo, že vůči jednotlivci by ve vztazích správního práva mohly být aplikovány různé režimy veřejného práva. Tato poslední výtka proti potenciální rovnosti režimů práva veřejného je tedy koncipována ne z roviny státovědecké, ale z perspektivy ochrany práv jednotlivce.

Skutečností však je, že stejně jako ve vztazích práva soukromého se cizí prvky vyskytují i ve vztazích práva veřejného.¹⁰ Typy, ve kterých se může cizí prvek ve vztazích práva veřejného vyskytovat, jsou přitom obdobné, jak je identifikovala nauka mezinárodního práva soukromého:

- 1) Za prvé se může jednat o subjekt, který má vztah k cizině. Příkladem může být fyzická osoba (např. cizinec jako vlastník nemovitosti) jako adresát individuálního rozhodování správních orgánů o jeho právech a povinnostech.
- 2) Za druhé, cizí prvek může představovat i předmět právního vztahu. Příkladem může být řídičské oprávnění řídit motorové vozidlo, které bylo uděleno cizím státem a je prokazováno cizím řídičským průkazem, nebo již výše zmíněné prokázání bezinfekčnosti na základě cizího očkovacího certifikátu.

⁸ Ibidem, s. 21.

⁹ Např. VOGEL, K. *Administrative Law: International Aspects*. In: BERNHARDT, R. (ed.). *Encyclopedia of Public International Law. Volume 9 – International Relations and Legal Co-operation in General*. Amsterdam: North Holland, 1986, s. 2–6. Srov. také LALIVE, P. *L'application du droit public étranger. Annuaire de l'Institut de droit international*. 1975, Vol. 56, s. 157–158.

¹⁰ Srov. BISCOTTINI, G. *Diritto amministrativo internazionale. Vol. 2. La circolazione degli uomini e delle cose*. Padova: Ed. Antonio Milani, 1966, s. 20–25.

- 3) Cizím prvkem může být i právní vztah v cizině, který má právní důsledky pro právní vztah v tuzemsku (např. relevance příjmů z ciziny pro výpočet základu daně v tuzemsku, plnění veřejného důchodového pojištění uhrazená v cizině pro výpočet důchodu v tuzemsku).

Lze tedy konstatovat, že stejně jako v právu soukromém mluvíme o soukromoprávních vztazích s cizím prvkem, referuje odborná literatura také o vztazích správního práva s cizím prvkem.¹¹

Reflexí výše nastíněných dogmatických výhrad k rovnosti různých režimů veřejného práva je v nauce správního práva teze o *unilateralitě* jeho norem.¹² Ta implikuje obecnou zásadu, že správní právo dané jurisdikce (*ius fori*) je aplikovatelné i v případě vztahů správního práva s cizím prvkem. Na cizí subjekt je tedy při rozhodování o jeho právech nebo povinnostech tuzemským správním orgánem použitelné v zásadě tuzemské správní právo hmotné. Stejně tak, rozhoduje-li tuzemský správní orgán o určitých skutečnostech, které nastaly v cizině, aplikuje *ius fori*. Tak tomu může být například v případě rozhodování o určitých protiprávních jednáních, které občan spáchal mimo území státu. Konsekvencí výše nastíněného dogmatického odmítnutí rovnosti různých řádů veřejného práva je tedy koncepce jednoty *fóra* a *práva* ve správním právu.¹³ Platí tak, že i ve vztazích správního práva s cizím prvkem je v zásadě aplikovatelné *ius fori*.

Výše uvedené ovšem neznamená, že by normy *ius fori* nemohly předpokládat situace, kdy je ve vztazích správního práva s cizím prvkem aplikovatelné cizí veřejné právo. Takové případy v právní úpravě jsou pravidelně reflexí praktické potřeby postavit naroveň účinky tuzemského a cizího aktu nebo osvědčení. Příkladem může být vzájemné uznávání vysokoškolských diplomů, cestovních pasů, řidičských průkazů, úmrtních listů atd. Jedná se o případy, kdy normy *ius fori* zakládají ve vztazích správního práva s cizím prvkem režim *nepřímé* aplikace cizího práva. Méně časté jsou případy, kdy normy správního práva vyžadují, aby bylo ve vztazích správního práva použito cizí správní právo *přímo*, tj. aby správní orgán podle norem hmotného práva cizího státu rozhodoval buď o předběžné otázce, nebo v meritu věci.

Z výše uvedeného plynou dva závěry, které lze na tomto místě shrnout. Za prvé, že ne každý vztah správního práva s cizím prvkem je upraven odchýlně od obdobného právního vztahu, ve kterém by cizí prvek nefiguroval.¹⁴ Zákonodárce ovšem v řadě případů

¹¹ Tak je tomu zejména v německé odborné literatuře. Z té starší lze odkázat zejména na NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht. Vierter Band. Allgemeiner Teil*. Zürich – Leipzig: Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1936, s. 44–47. V novější německé literatuře o tomto fenoménu referuje např. MENZEL, J. *Internationales Öffentliches Recht. Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, s. 62–85.

¹² I teze o unilateralitě byla traktována zejména v německé akademii. I zde lze ze starší literatury odkázat na NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht. Vierter Band*, s. 115–120. Z novější literatury srov. např. SCHNYDER, A. *Wirtschaftskollisionsrecht. Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftlicher Normen und Berücksichtigung von Marktrecht*. Zürich: Schulthess, 1990, s. 45–55, a SIEMS, M. *Die Harmonisierung des internationalen Deliktsrechts und die „Einheit der Rechtsordnung“*. *Recht der internationalen Wirtschaft*. 2004, Jhrg. 9, Nr. 5, s. 662–668. Kritickou analýzu teze o unilateralitě lze nalézt v díle OHLER, C. *Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Strukturen des deutschen internationalen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 33–47, a nověji v monografii HEMLER, A. *Die Methodik der „Eingriffsnorm“ im modernen Kollisionsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 63–72.

¹³ V našem právním řádu je tato koncepce explicitně reflektována v zákoně č. 500/2004 Sb., kde § 2 odst. 1 stanovuje, že správní orgán postupuje v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu.

¹⁴ Např. skutečnost, že vlastník pozemku nebo stavby je cizincem, který se dlouhodobě zdržuje mimo území našeho státu,

nepřímou nebo přímou aplikaci cizího veřejného práva ve vztazích správního práva s cizím prvkem předpokládá. Bude-li tento článek referovat o mezinárodním právu správním, bude tím myšlen soubor právních norem, které upravují vztahy správního práva s cizím prvkem prostřednictvím výše uvedených metod aplikace cizího veřejného práva.

V návaznosti na uvedené lze doplnit ještě druhý závěr. Mluvíme-li o mezinárodním právu správním, myslíme tím – obdobně jako je tomu v případě mezinárodního práva soukromého – právní rámec vytvořený v jednotlivých národních jurisdikcích. Mezinárodní právo správní ve smyslu, jak je prezentováno tímto příspěvkem, tedy nemá univerzální charakter. Naopak, mezinárodní právo správní chápeme jako součást práva vnitrostátního – existuje tedy mezinárodní právo správní německé, rakouské, francouzské, italské, a také české.¹⁵

2. Terminologie

Zejména odborná literatura románské jazykové provenience věnovala v relaci k úpravě vztahů správního práva s cizím prvkem vymezení terminologie nemalou pozornost. V italské právní akademii je tradována distinkce mezi termíny *diritto internazionale amministrativo* a *diritto amministrativo internazionale*, kterou pod vlivem dualistické nauky zavedl D. Donati.¹⁶ Zatímco první termín měl za cíl referovat o té části mezinárodního práva veřejného, která upravuje oblast spolupráce mezi státy v oblasti veřejné správy, druhý termín referoval o oblasti vnitrostátního práva, která reaguje na existenci cizích prvků ve vztazích práva správního. Tato terminologie byla následně recipována i dalšími italskými autory.¹⁷ Obdobná terminologická distinkce¹⁸ byla tradována i v odborné literatuře frankofonní¹⁹ a hispanofonní.²⁰

nemá *per se* za následek, že by v řízení týkajícím se této nemovité věci měla být aplikována jiná než tuzemská úprava správního práva (*ius fori*); právní úprava na tomto místě řeší toliko otázky doručování písemností do zahraničí – srov. např. § 2 odst. 5 (*in fine*) zákona č. 416/2009 Sb.

- ¹⁵ Tezi o existenci evropského mezinárodního práva správního se tento příspěvek bude věnovat níže v části třetí a páté.
- ¹⁶ DONATI, D. *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1906, s. 430–438.
- ¹⁷ Např. BORSI, U. Carattere e oggetto del diritto amministrativo internazionale. *Rivista di diritto internazionale*. 1912, Vol. 12, No. 2, s. 352–362, D'ALESSIO, J. Il diritto amministrativo internazionale e sue fonti. *Rivista di diritto pubblico*. 1913, Vol. 10, No. 10, s. 276–273, RAPISARDI MIRABELLI, A. *Diritto internazionale amministrativo*. Milano: Antonio Milani, 1939, FRAGOLA, U. *Diritto amministrativo internazionale. Manuali di scienze giuridiche ed economiche*. Napoli: Pallerano & Del Gaudio, 1951, BISCOTTINI, G. *Diritto amministrativo internazionale. La rilevanza degli atti amministrativi stranieri*. Padova: Ed. Antonio Milani, 1964, atd.
- ¹⁸ *Droit international administratif a droit administratif international, derecho internacional administrativo a derecho administrativo internacional*.
- ¹⁹ Např. NEUMEYER, K. Le droit administratif international. *Revue générale de droit international public*. 1911, Vol. 18, s. 492–516, GASCON Y MARIN, J. Les transformations du droit administratif international. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. 1930, Vol. 46, s. 6–32, NEGULESCU, P. Principes du droit international administratif. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. 1935, Vol. 51, s. 595–625, WEIL, P. *Le Droit administratif international: bilan et tendances*. Paris: Institut des hautes études internationales, 1962, a nověji např. NGUYEN, M. Droit administratif international. *Revue de droit suisse*. 2007, Vol. 126, s. 77–125. Lze ovšem poukázat na skutečnost, že ani v právní akademii nebyla nastiňena terminologická distinkce vždy sledována konsekventně. Srov. např. GASCON Y MARIN, J. Les fonctionnaires internationaux. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. 1932, Vol. 48, s. 721–797 (zde je termín *droit administratif international* použit jako reference ke vztahům mezinárodního práva veřejného).
- ²⁰ Např. MANADÉS, R. *Introducción al derecho administrativo internacional*. Buenos Aires: Novum, 2014, s. 12–16, MENDÉS RIVERA, J. – OLGUÍN TORRES, A. *El Derecho internacional administrativo y su relación con el Derecho internacional ambiental*. In: RENDÓN HUERTA BARRERA, T. – SORIANO FLORES, J. (eds). *Reflexiones jurídicas contemporáneas*. Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 2015, s. 233–254.

V řadě jiných právních kultur jazyková vybavenost neumožňuje výše nastíněnou distinkci mezi tou částí mezinárodního práva, která upravuje vztahy mezi suverénními státy, a částí vnitrostátního práva, která reaguje na existenci cizích prvků ve vztazích správního práva, realizovat. Exemplárním případem je německá odborná literatura, ve které – zejména pod vlivem monumentální čtyřsvazkové monografie K. Neumeyera – rezonuje termín *internationales Verwaltungsrecht*.²¹ Významný odborník na problematiku zamezení dvojího zdanění K. Vogel si ve své knižně vydané habilitační práci tři desetiletí po vydání posledního dílu Neumeyerova díla posteskl,²² že na rozdíl od jazyka italského nemá němčina kapacitu postihnout nuanci plynoucí z právního dualismu. Termín *internationales Verwaltungsrecht* je proto v německé odborné literatuře používán *promiscue* jak pro vztahy mezinárodního práva veřejného, tak i pro vztahy práva správního, tj. vztahy mezi státem a jednotlivcem.²³ S obdobnými terminologickými problémy se potýká také nizozemská nauka.²⁴

Rovněž odborná literatura anglojazyčné provenience naráží na tento nedostatek. Termín *international administrative law* byl ve starší literatuře, zejména v USA, používán pro tu část mezinárodního práva veřejného, která se zabývala fenoménem mezinárodních správních unií.²⁵ Novější odborná literatura tento pojem převzala a označuje jím buď tu oblast práva, která upravuje správu mezinárodních organizací,²⁶ nebo tu, která upravuje mezinárodní spolupráci mezi správními orgány různých států navzájem.²⁷ Současně ovšem akademici britských i amerických univerzit reflektovali kontinentální diskurs o etablování specifické disciplíny vnitrostátního práva, upravující nakládání s cizím prvkem ve vztazích správního práva. I tato disciplína byla v anglojazyčné literatuře označo-

²¹ Skutečností ovšem je, že termín *internationales Verwaltungsrecht* byl v německé akademii používán i před Neumeyerem. Srov. např. ISAY, E. *Internationales Verwaltungsrecht*. In: STIER-SOMLO, F. – ELSTER, A. (eds). *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. Bd. 3. Berlin: De Gruyter Recht, 1928, s. 344–348.

²² VOGEL, K. *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1965, s. 161 (je přitom zajímavým detailem, že autor sám v podtitulu své monografie mluví o „tak zvaném mezinárodním právu správním“, spíše než o mezinárodním právu správním ve smyslu etablované disciplíny).

²³ Srov. např. MERKLI, T. – EICHBERGER, M. – BATLINER, A. *Internationales Verwaltungsrecht, das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahme. Liechtensteinische Juristen-Zeitung*. 2003, Nr. 10, s. 82–94, MÖLLERS, C. – VOSSKUHLE, A. – WALTER, C. (eds). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, BIAGGINI, G. *Die Entwicklung eines internationalen Verwaltungsrecht als Aufgabe der Rechtswissenschaft*. In: HILLGRUBER, C. – VOLKMANN, U. – NOLTE, G. – Poscher, R. (eds). *Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*. Berlin: De Gruyter, 2014, s. 413–440.

²⁴ Srov. např. JANSEN, O. *Internationaal bestuursrecht weer voor het voetlicht*. In: DEN OUDEN, W. – BARKHUYSEN, T. – MARSEILLE, B. – SCHLÖSSELS, R. – PETERS, D. (eds). *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*. Haag: Wolters Kluwer, 2018, s. 425–439.

²⁵ Srov. REINSCH, P. *Public International Unions: Their Work and Organisation. A Study in International Administrative Law*. Boston: Ginn and Company, 1911, SAYRE, F. *Experiments in International Administration*. New York: Harper & Brothers, 1919.

²⁶ Srov. AMERASINGHE, C. *The future of international administrative law*. *International and Comparative Law Quarterly*. 1996, Vol. 45, No. 4, s. 773–795, KINNEY, E. *The emerging field of international administrative law: its content and potential*. *Administrative Law Review*. 2002, Vol. 54, No. 1, s. 415–433, AGO, S. *What is 'international administrative law'? The adequacy of this term in various judgements of international administrative tribunals*. In: QUAYLE, P. (ed.). *The role of international administrative law at international organizations*. Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 88–102 (zde autor zpochybňuje používání pojmu „international administrative law“ v souvislosti s výkonem správy mezinárodními tribunály).

²⁷ Srov. např. SCHMIDT-ASSMANN, E. *The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship*. *German Law Journal*. 2008, Vol. 9, No. 11, s. 2061–2076.

vána jako *international administrative law*. Lze tedy shrnout, že pod tímto pojmem se mohou v odborné literatuře psané v anglickém jazyce skrývat různé, naprosto rozdílné oblasti práva. Tato ambivalence termínu *international administrative law* může působit matoucím dojmem – o to více, že anglický jazyk nabyl v uplynulých desetiletích statusu *lingua franca* mezinárodního diskursu v právní akademii.²⁸

Faktem je, že v tuzemské odborné literatuře nebylo zatím diskutované téma předmětem širšího zájmu. M. Potočný referoval²⁹ ve svém příspěvku v *Počtě D. Hendrychovi* o mezinárodním právu správním, což je termín, se kterým pracuje i tento příspěvek. Ačkoliv by bylo možné diskutovat i o jiné terminologii,³⁰ pojem mezinárodní právo správní se jeví – i s ohledem na ustálený a obecně aprobovaný termín „mezinárodní právo soukromé“ – jako nejvhodnější.

Stejně jako je tomu v případě mezinárodního práva soukromého,³¹ ani použití pojmu „mezinárodní“ u mezinárodního práva správního nemá za cíl pojednat o této disciplíně práva jako o součásti mezinárodního práva veřejného.³² Termín „mezinárodní“ upozorňuje na skutečnost, že normy mezinárodního práva správního reagují na existenci cizího (mezinárodního) prvku ve vztazích správního práva.

3. Konceptualizace právní disciplíny

Skutečnost, že v různých jurisdikcích byly přijaty specifické normy upravující existenci cizího prvku ve vztazích správního práva, implikovala zájem právní akademie.³³ V jednotlivých státech tak došlo k postupné konceptualizaci mezinárodního práva správního. Nejednalo se však o proces přímočarý a je nutné konstatovat, že na rozdíl od disciplíny mezinárodního práva soukromého zatím ani v zahraničí nedošlo k jednotnému chápání toho, co „mezinárodní právo správní“ představuje a jaký je jeho poměr k jiným etablovaným oborům právní nauky. Následující řádky si dávají za cíl tento proces postupné konceptualizace ve stručnosti prezentovat.³⁴

O existenci mezinárodního práva správního jako disciplíně práva referovali již autoři v období před první světovou válkou. V Německu to byl L. von Stein, v Ruském impériu F. F. von Martens a v Itálii P. Fedozzi.³⁵ Jejich přístup bych charakteristický internaciona-
lismem, kdy existenci vnitrostátní normy řešící otázku cizího prvku ve vztazích správního

²⁸ Alternativou by bylo používání termínu *administrative international law* (dle vzoru *private international law*). S tímto termínem pracuji v anglickém abstraktu tohoto článku.

²⁹ POTOČNÝ, M. *Výklad českého mezinárodního práva správního*, s. 213–220.

³⁰ Např. o mezinárodním správním právu, o správním právu mezinárodním atd.

³¹ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 30–33.

³² Srov. GROF, A. Zum „internationalen Verwaltungsrecht“. *Juristische Blätter*. 1986, Jhrg. 108, Nr. 2, s. 213.

³³ Srov. ANTONESCU, M. *Essai de détermination méthodologique du droit administratif international*. In: NEGULESCU, P. (ed.). *Mélanges Paul Negulescu*. București: Monitorul oficial i Imprimeriile statului, 1935, s. 230–235.

³⁴ Velice detailní nástin jednotlivých dogmatických přístupů, včetně bohatých referencí na existující německou, francouzskou, italskou a španělskou odbornou literaturu k tématu, lze najít v díle VOGEL, K. *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, s. 153–187. Z novější literatury lze poukázat na přehled jednotlivých autorů, který lze nalézt v díle MENZEL, J. *Internationales Öffentliches Recht*, s. 43–61. Ten je ovšem omezen toliko na autory německé jazykové oblasti.

³⁵ Srov. VON STEIN, L. *Handbuch der Verwaltungslehre*. 3. Auflage. Stuttgart: Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1887, s. 186–187, MARTENS, F. *Das Consularwesen und die Consularjurisdiction im Orient*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1874, s. 56–57, FEDOZZI, P. *Il diritto amministrativo internazionale. Nozioni sistematiche*. Perugia: Unione tipografica cooperativa, 1901.

práva *per se* svazovali se závazky plynoucími z instrumentů mezinárodního práva veřejného. Na tomto místě lze konstatovat, že tato tendence k internacionalismu měla v následující nauce mezinárodního práva správního značnou odezvu,³⁶ a to i v tuzemské právní akademii.³⁷

Teprve D. Donati akcentoval – pod vlivem nauky o právním dualismu – distinkci mezi řešením otázek správního práva mezi subjekty mezinárodního práva veřejného na straně jedné a řešením problematiky cizího prvku ve vztazích správního práva, kde figuruje stát a jednotlivec, na straně druhé. Jeho teze o existenci svébytné disciplíny vnitrostátního práva,³⁸ řešící výše uvedené vztahy, byla recipována K. Neumeyerem v jeho čtyřsvazkovém pojednání věnovaném německému mezinárodnímu právu správnímu.³⁹ K. Neumeyer koncipoval tezi o disciplíně mezinárodního práva správního jako na mezinárodním právu veřejném nezávislé disciplíně. Nerozporoval přitom skutečnost, že řada norem *ius fori* je reflexí mezinárodních smluv nebo mezinárodních obyčejů. Při koncipování mezinárodního práva správního vycházel K. Neumeyer z nauky mezinárodního práva soukromého, jejímž byl sám řádným profesorem na mnichovské univerzitě. Tezi o unilateralitě, známou v mezinárodním právu soukromém⁴⁰ jako jednu z metod řešení existence cizího prvku ve vztazích soukromého práva, K. Neumeyer konsekventně aplikoval na vztahy správního práva. Mezinárodní právo správní proto podle K. Neumeyera tvořil soubor norem vnitrostátního práva, které upravují buď *přímou* nebo *nepřímou* aplikaci cizího veřejného práva ve vztazích práva správního. Systém nauky mezinárodního práva správního byl rozdělen do části obecné a zvláštní. Zatímco cílem obecné části je věnovat se otázkám, které se neomezují jenom na určitý konkrétní druh vztahů správního práva s cizím prvkem,⁴¹ část zvláštní se zabývá jednotlivými sektorálními úpravami, ve kterých se vztahy správního práva s cizím prvkem vyskytují.⁴²

Neumeyerova koncepce mezinárodního práva správního byla v následujících desetiletích široce reflektována nejen v německé právní akademii, ale také v jiných právních naukách. Zejména v literatuře latinskoamerických zemí se stala vlivnou teze, že mezinárodní právo správní je specifickou subdisciplínou mezinárodního práva soukromého.⁴³

³⁶ Srov. např. TACHOS, A. Le „droit administratif international“ hellénique. *Revue hellénique de droit international*. 1987/1988, Vol. 40/41, s. 179–195.

³⁷ POTOČNÝ, M. *Výklad českého mezinárodního práva správního*, s. 213.

³⁸ *Diritto amministrativo internazionale*.

³⁹ NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung I*. München: J. Schweitzer Verlag, 1910, NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung II*. München: J. Schweitzer Verlag, 1922, NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung III*. München: J. Schweitzer Verlag, 1926, a NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht. Vierter Band*.

⁴⁰ Srov. KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 111–112.

⁴¹ Jedná se zejména o otázky územní aplikovatelnosti norem, ochrany veřejného zájmu při přímé a nepřímé aplikaci cizího veřejného práva, kvalifikace cizích správních aktů (kvalifikační problém), metody zjišťování cizího veřejného práva atd.

⁴² V této souvislosti došlo v odborné literatuře ke konceptualizaci několika oblastí správního práva, ve kterých se řešení cizích prvků frekventovaně vyskytuje – jedná se zejména o mezinárodní právo daňové, mezinárodní právo bankovní, mezinárodní právo sociálního zabezpečení. Lze upozornit na skutečnost, že tyto pojmy jsou *promiscue* používány i pro ty subdisciplíny mezinárodního práva veřejného, které se věnují úpravě uvedených oblastí prostřednictvím mezinárodních smluv.

⁴³ Srov. např. ENNIS, H. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: D. T. Lelong Editores, 1953, s. 571, TENÓRIO, O. *Direito internacional privado*. 11th edition. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, s. 471 (obě díla citována dle VOGEL, K. *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, s. 137, pozn. 126). Srov. také VALLINDAS, P. *Introduction au droit international privé lato sensu*. Athènes: N.A. Saccoulas, 1943, s. 509–510.

Tento směr odrážel skutečnost, že zatímco normy mezinárodního práva soukromého se staly v jednotlivých jurisdikcích předmětem pravidelné kodifikace, normy mezinárodního práva správního byly charakteristické svojí roztržitostí v jednotlivých izolovaných právních předpisech. Ty přitom na straně jedné zakládaly případy *přímé* nebo *nepřímé* aplikace cizího veřejného práva, neodpovídaly však současně na otázky, které z takové aplikace plynou.⁴⁴ Nastíněný směr právní nauky přitom chápal poměr předpisů mezinárodního práva správního a mezinárodního práva soukromého jako poměr *lex specialis* k *lex generalis*.

V kontinentální právní nauce vykrytalizoval jiný směr chápání mezinárodního práva správního, podle kterého se jedná o svébytnou, autonomní právní disciplínu. Vliv nauky mezinárodního práva soukromého je ale patrný i zde – stejně jako se mezinárodní právo soukromé vymezilo jako svébytná disciplína vůči právu soukromému,⁴⁵ plédovaly pro stejný poměr mezinárodního práva správního a správního práva i někteří kontinentální autoři. Ze starších lze zmínit F. Reue, který tuto tezi postuloval ve své monografii o užívání cizího práva.⁴⁶ Nověji byla tato teze prezentována v několika učebnicích správního práva německé a švýcarské provenience.⁴⁷ Pro pojetí mezinárodního práva správního jako autonomní disciplíny se vyslovil ve své knižně vydané habilitační práci⁴⁸ i významný německý internacionalista C. Ohler.

Nastíněný směr chápání mezinárodního práva správního se v odborné literatuře stal nejenom předmětem recepce, ale také kritiky. Hlavní výtkou proti konceptualizaci mezinárodního práva správního jako autonomní disciplíny byla skutečnost, že charakter právních úprav je natolik roztržitý, že lze jenom stěží mluvit o jakémkoliv svébytném mezinárodním právu správním.⁴⁹ Zatímco úprava vztahů soukromého práva s cizím prvkem se vývojově vymanila z obecných kodifikací občanského práva⁵⁰ a stala se předmětem samostatných, komplexních právních úprav, jsou normy upravující vztahy správního práva s cizím prvkem v různých jurisdikcích upraveny v roztržitých předpisech správního práva.⁵¹ Tato roztržitost je produktem skutečnosti, že zákonodárce přistupuje k řešení otázek *přímé*, respektive *nepřímé* aplikace cizího veřejného práva ve vztazích správního

⁴⁴ Např. jakým způsobem postupovat v případě, že norma sice požaduje aplikaci cizího veřejného práva, nestanovuje však jak toto právo zjistit a jak postupovat v případě, že toto cizí právo zjistit nelze.

⁴⁵ Srov. KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 30 („nelze souhlasit s názorem, který je [mezinárodní právo soukromé – pozn. autora] pokládá za součást občanského práva“).

⁴⁶ Srov. REU, F. *Anwendung fremden Rechts. Eine Einführung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1938, s. 102–104.

⁴⁷ Srov. např. FLEINER-GERSTER, T. *Grundzüge des Allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht*. 2. Auflage. Zürich: Schulthess, 1980, § 10 („v současnosti můžeme referovat o mezinárodním právu správním jako o samostatné disciplíně“), EHLERS, D. – PÜNDER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht, 2016, § 4 („mezinárodní právo správní lze chápat jako paralelu mezinárodního práva soukromého“). Srov. také BREINING-KAUFMANN, C. *Internationales Verwaltungsrecht. Zeitschrift für schweizerisches Recht*. 2006, Vol. 125, Nr. 2, s. 125 („mezinárodní právo správní je disciplínou sui generis“).

⁴⁸ OHLER, C. *Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, s. 6–9.

⁴⁹ Srov. BONAUDI, E. A proposito di diritto amministrativo internazionale. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia*. 1928, Vol. 40, s. 101–187, a posléze MATSCHER, F. Gibt es ein Internationales Verwaltungsrecht? In: SANDROCK, O. (ed.). *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*. Berlin: De Gruyter, 1979, s. 641–650. Nastíněné výtky jsou sdíleny i současnými administrativisty, srov. např. TERHECHTE, J. – MÖLLERS, C. *Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht*. In: TERHECHTE, J. (ed.). *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*. Baden Baden: Nomos Verlag, 2019, s. 1445–1446.

⁵⁰ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 30–31.

⁵¹ Srov. VOGEL, K. *Administrative Law: International Aspects*, s. 3–4.

práva ambivalentně.⁵² Pravidelně se jedná o normy, které jsou produktem recepce mezinárodní smlouvy do vnitrostátního právního řádu, nebo – nověji – výsledkem implementace směrnice EU. Pokusy o harmonizaci úprav jsou ve vnitrostátních právních úpravách spíše výjimečné než pravidelné.⁵³

Výše nastíněné výtky kulminovaly do vzniku jiné linie argumentace, podle které je mezinárodní právo správní specifickou subdisciplínou správního práva a součástí jeho zvláštní části.⁵⁴ Podle tohoto názorového směru tvoří zvláštní část správního práva jak předpisy upravující jednotlivé oblasti hmotného práva, tak i mezinárodní právo správní, které řeší otázky plynoucí z výskytu cizího prvku ve vztazích upravených naposledy uvedenými předpisy.

Na tomto místě lze ještě uvést, že Neumeyerova teze o existenci mezinárodního práva správního byla také základem pro úvahy o zrodu evropského mezinárodního práva správního.⁵⁵ I tyto myšlenky jsou reflexí aktuálního vývoje v nauce mezinárodního práva soukromého, která během uplynulých desetiletí akcentovala prohlubující se europeizaci právních úprav prostředky unijního práva.⁵⁶ Obdobné úvahy vedly některé zahraniční akademiky k tezi, že zvyšující se tendence k přijímání unijních úprav, normujících jak *přímo*, tak i *nepřímo* aplikaci cizího veřejného práva, vede k etablování specifické oblasti – evropského mezinárodního práva správního. Zavedení vzájemného uznávání očkovacích certifikátů prostřednictvím nařízení⁵⁷ během pandemie koronaviru je zatím posledním projevem těchto dlouhodobých tendencí.

Zcela na závěr této části lze zmínit, že termín evropské mezinárodní právo správní lze chápat i v jiném než výše uvedeném smyslu. Z dříve nastíněného přehledu plyne, že ke konceptualizaci mezinárodního práva správního došlo v různých právních akademiích. Tato konceptualizace byla na straně jedné důsledkem odrazu rozdílných právních úprav existujících v rovině vnitrostátního práva. Na straně druhé lze pozorovat dlouhodobý proces vzájemného ovlivňování jednotlivých právních akademií. Reflexe těchto procesů vede k tvrzení, že existuje evropské mezinárodní právo správní, a to bez bezpodmínečné vázanosti na regionální právní rámec, vytvořený pod gescí EU, ale jako součást evropského *ius commune*.⁵⁸

⁵² Ibidem.

⁵³ Ze zprávy sekce správního práva, která byla k tématu vzájemného uznávání správních aktů předložena na XIX. kongresu Mezinárodní akademie srovnávacího práva konaném ve Vídni v roce 2014, plyne, že jenom v jediné ze zkoumaných jurisdikcí byla problematika uznávání cizích správních aktů výslovně řešena v obecném předpisu upravujícím správní řízení. Jednalo se o úpravu maďarskou.

⁵⁴ Srov. STEINDORFF, E. Internationales Verwaltungsrecht. In: STRUPP, K. (ed.). *Wörterbuch des Völkerrechts*. 2. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1962, s. 581–592. HOFFMANN, G. Internationales Verwaltungsrecht. In: MÜNCH, I. (ed.). *Besonderes Verwaltungsrecht*. Berlin: De Gruyter, 1985, s. 851–862. Z novější literatury srov. RUFFERT, M. Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts. In: MÖLLERS, C. – VOSSKUHL, A. – WALTER, C. (eds). *Internationales Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 395–419.

⁵⁵ Srov. LINKE, C. *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2001.

⁵⁶ Srov. např. BOGDAN, M. – PERTEGÁS SENDER, M. *Concise introduction to EU private international law*. 4th edition. Zutphen: Europa Law Publishing, 2019, s. 16–26.

⁵⁷ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953 ze dne 14. června 2021 o rámci pro vydávání, ověřování a uznávání interoperabilních certifikátů o očkování, o testu a o zotavení v souvislosti s onemocněním COVID-19 za účelem usnadnění volného pohybu během pandemie COVID-19, Úř. věst. L 211, 15. 6. 2021, s. 1–22.

⁵⁸ Srov. SOMMERMANN, K. Objectives and methods of a transnational science of administrative law. In: BLANKE, H. – VILLALÓN, P. – KLEIN, T. – ZILLER, J. (eds). *Common European Legal Thinking: Essays in Honour of Albrecht Weber*. Vienna: Springer International, 2015, s. 543–545.

4. České mezinárodní právo správní

„Českým mezinárodním právem správním rozumím tu oblast vnitrostátního práva České republiky, do níž byla přenesena (transformována) ta pravidla mezinárodního práva, která se týkají otázek správního práva a jež vážou Českou republiku jako mezinárodněprávní subjekt, smluvní stranu nebo člena mezinárodního vládního orgánu, nebo organizace.“⁵⁹

Tak byla disciplína mezinárodního práva správního v naší literatuře definována M. Potočným. Jedná se o definici internacionalistickou, lpící na vzájemné provázanosti mezi mezinárodním právem veřejným a mezinárodním právem správním. Jak bylo již uvedeno výše, tento příspěvek tuto definici nesdílí. Stejně jako je tomu v případě mezinárodního práva soukromého, ani v případě mezinárodního práva správního nereferuje termín „mezinárodní“ k mezinárodním smlouvám jako prameni mezinárodního práva veřejného, ale k existenci cizího (tj. zahraničního, mezinárodního) prvku ve vztazích správního práva. Skutečností je, že tento cizí prvek je pravidelně řešen v návaznosti na závazky plynoucí z mezinárodních smluv. Příkladem může být právní úprava v oblasti silničního provozu, která upravuje⁶⁰ specifický vztah mezi jednotlivcem a státem, označený jako řídičské oprávnění. Jeho obsahem je právo držitele k řízení motorového vozidla zařazeného do skupiny vozidel, pro kterou mu bylo řídičské oprávnění uděleno. Vedle ryze tuzemských vztahů správního práva, ve kterých figuruje stát a tuzemští držitelé řídičských oprávnění, se zde vyskytují i vztahy s cizím prvkem, ve kterých figuruje řídičské oprávnění udělené cizím státem.⁶¹ Ve vazbě na požadavky Vídeňské a Ženevské úmluvy o silničním provozu⁶² zde naše vnitrostátní úprava⁶³ stanovuje, že řídičské oprávnění se na území našeho státu osvědčuje jak řídičským průkazem vydaným tuzemským správním orgánem, tak i příslušným orgánem státu, který je smluvní stranou Vídeňské nebo Ženevské úmluvy o silničním provozu.⁶⁴ Předmětné ustanovení implikuje, že řídičským oprávněním uděleným jinými smluvními stranami uvedených mezinárodních smluv jsou *ex lege* přiznány tytéž právní účinky jako řídičskému oprávnění udělenému naším státem. Vazbu na mezinárodní právo veřejné předpokládá i právní úprava v oblasti školství. Ta stanovuje,⁶⁵ že absolvent zahraniční školy, který získal doklad o dosažení základního, středního nebo vyššího odborného vzdělání může tuzemský správní orgán požádat o vydání osvědčení o uznání zahraničního vzdělání, a to za předpokladu, že mezinárodní smlouva obsahuje závazek státu uznat takové zahraniční vzdělání za rovnocenné. Na rozdíl od výše uvedené právní úpravy řídičských oprávnění zde vnitrostátní právní úprava nepředpokládá, že by existenci oprávnění prokazoval cizí akt, ale je explicitně předpokládáno vydání osvědčení tuzemským správním orgánem. Již uvedené příklady prokazová-

⁵⁹ POTOČNÝ, M. *Výklad českého mezinárodního práva správního*, s. 213.

⁶⁰ Srov. § 80 zákona č. 361/2000 Sb.

⁶¹ Charakter držitele tohoto oprávnění zde není relevantní, může se jednat o našeho občana nebo cizince.

⁶² Srov. Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 82/2013 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o silničním provozu, přijaté v Ženevě dne 19. září 1949, a Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 83/2013 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o silničním provozu, přijaté ve Vídni dne 8. listopadu 1968.

⁶³ Srov. § 104 odst. 2 zákona č. 361/2000 Sb.

⁶⁴ Srov. Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 82/2013 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o silničním provozu, přijaté v Ženevě dne 19. září 1949, a Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 83/2013 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o silničním provozu, přijaté ve Vídni dne 8. listopadu 1968.

⁶⁵ Srov. § 108 odst. 2 zákona č. 561/2004 Sb.

ní bezinfekčnosti očkovacími průkazy mohou demonstrovat výše nastíněné tvrzení, že ne každá norma řešící vztah správního práva s cizím prvkem musí být nezbytně reflexí mezinárodního práva veřejného. Norma zakládající účinky očkovacích certifikátů vydaných správními orgány jiných států EU není zakotvena v mezinárodní smlouvě, ale v přímo platném nařízení EU,⁶⁶ které je integrální součástí vnitrostátního právního řádu. Lze tedy konstatovat, že vztah správního práva s cizím prvkem je sice často, ne však vždy nutně odrazem pramene mezinárodního práva veřejného.⁶⁷

Všechny výše uvedené příklady se týkaly situací, kdy normy zakotvují *nepřímou* aplikaci cizího veřejného práva. Jedná se o případy, které nauka mezinárodního práva soukromého zná⁶⁸ pod termínem *uznání*. Cizí veřejné právo je zde aplikováno zprostředkovaně prostřednictvím cizího aktu (osvědčení), kterému jsou buď *ex lege*, nebo *ex actu* přiznány právní účinky i v našem právním řádu.

Vedle těchto případů je ovšem normami vnitrostátního práva předpokládána i *přímá* aplikace cizího veřejného práva.⁶⁹ Otázka, jestli osoba je, respektive není osobou vykonávající podle práva cizího státu činnost srovnatelnou s činností samostatně výdělečné osoby, je relevantní ve vztahu k rozhodování tuzemských orgánů ve věcech platby veřejného zdravotního⁷⁰ a důchodového pojištění.⁷¹ Jiným příkladem může být norma, podle které lze v řízení o udělení státního občanství nahradit doklad, který je třeba podle právní úpravy předložit, odpovídajícím dokladem vydaným cizím státem, pokud tento stát požadovaný doklad nevydává.⁷² Pro posouzení toho, jestli lze v řízení předložený doklad použít, je zde nutné, aby tuzemský správní orgán aplikoval cizí právo a učinil si závěr o tom, jestli cizí stát doklad vyžadovaný normou *legis fori* vydává, nebo ne.⁷³ Jiným aktuálním příkladem může být nová právní úprava přijatá v souvislosti s ozbrojeným konfliktem na území Ukrajiny. Ta předpokládá⁷⁴, že dočasnou ochranu lze udělit cizinci, který „doloží, že byl ke dni 24. února 2022 držitelem platného povolení k trvalému pobytu na území Ukrajiny.“ Na rozdíl od výše uvedených odkazů na cizí právní úpravy, které jsou abstraktní povahy, uvedené ustanovení implicitně odkazuje na použití ukrajinského práva, které jediné může stanovit, jaký je obsah právního vztahu spočívajícího v trvalém pobytu na území Ukrajiny⁷⁵ a také to, jakými doklady, resp. jinými skutečnostmi lze existenci takového trvalého pobytu dokládat.

Uvedené příklady z naší vnitrostátní úpravy vedou k otázce, jaké je postavení mezinárodního práva správního v tuzemském právu. V této souvislosti lze připomenout konstatování Z. Kučery ohledně emancipace mezinárodního práva soukromého vůči disciplíně

⁶⁶ Srov. čl. 5 odst. 5 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/953.

⁶⁷ Srov. také § 108 odst. 3 zákona č. 561/2004 Sb. (nostrifikace zahraničního vzdělání v případě, že mezinárodní smlouva o rovnocennosti absentuje). Na tomto místě lze uvést jiný aktuální příklad normy zakládající *sui generis* nepřímou aplikaci cizího práva. Jedná se o § 5 odst. 4 zákona č. 67/2022 Sb., který pro případ absence zahraničního dokladu o získání vzdělání předpokládá jeho nahrazení čestným prohlášením.

⁶⁸ Srov. KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 407.

⁶⁹ HANDRLICA, J. Aplikace cizího veřejného práva v řízeních před správními orgány. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, roč. 28, č. 4, s. 565–585.

⁷⁰ Srov. § 7 odst. 1 písm. n) zákona č. 48/1997 Sb.

⁷¹ Srov. § 6 odst. 1 písm. g) zákona č. 155/1995 Sb.

⁷² Srov. § 67 odst. 2 zákona č. 186/2013 Sb.

⁷³ Srov. HANDRLICA, J. *Aplikace cizího veřejného práva v řízeních před správními orgány*, s. 565–585.

⁷⁴ Srov. § 3 odst. 2 zákona č. 65/2022 Sb.

⁷⁵ Jedná se tedy o odkaz na ukrajinský zákon ze dne 22. září 2011, č. 3773-VI (čl. 5).

práva občanského.⁷⁶ Ten odůvodňoval tezi o etablování mezinárodního práva soukromého jako *autonomní* disciplíny práva splněním dvou premis:

- 1) Za prvé, zatímco v minulosti byly normy tohoto práva pravidelně součástí obecných kodifikací práva občanského, v důsledku vývoje došlo k jejich vynětí z těchto kodifikací, a naopak k přijetí komplexních, kodifikovaných úprav mezinárodního práva soukromého.⁷⁷
- 2) Za druhé, zatímco v minulosti byl význam vztahů soukromého práva s cizím prvkem marginální a výskyt těchto vztahů byl spíše výjimečný, další vývoj vedl k multiplikaci tohoto druhu vztahů a posílení jejich společenského a hospodářského významu.⁷⁸

Aplikujeme-li výše uvedené premisy na normy mezinárodního práva správního, můžeme dojít k následujícímu závěru:

Význam správních vztahů s cizím prvkem a s tím spojená potřeba jejich právní úpravy nesporně roste. Během uplynulého století došlo k rapidnímu nárůstu situací, kdy ve vztazích správního práva figuruje jeden z typů cizího prvku. Demonstrovat to lze na neustále se zvyšujícím počtu osob se zahraničním vzděláním. Potřeba upravit účinky cizích očkovacích certifikátů⁷⁹ se stala markantní v uplynulém období, které bylo zasaženo epidemií koronaviru. Bez zavedení právního rámce pro vzájemné uznávání očkovacích certifikátů v rámci EU by byl přeshraniční pohyb osob ne-li nemožný, pak alespoň značně ztížený.⁸⁰ Aktuální příliv osob v důsledku ozbrojeného konfliktu na území Ukrajiny již dnes implikuje nutnost vyrovnat se s existencí odborných kvalifikací nabytých v rámci ukrajinského vzdělávacího systému. O růstu významu těchto vztahů tedy nemůže být pochyb,⁸¹ stejně jako je nezpochybnitelná potřeba tyto vztahy reflektovat v nauce správního práva.⁸²

Avšak k procesu vymanění se norem mezinárodního práva správního z rámce jednotlivých předpisů zvláštní části práva správního a k jeho kodifikaci doposud nedošlo. Nelze tedy pozorovat proces obdobný tomu, který proběhl v oblasti mezinárodního práva soukromého.⁸³ Lze tedy dle mého názoru jenom stěžít mluvit o autonomní právní disciplíně.

Současně ale nelze pominout význam norem upravujících případy *přímé* a *nepřímé* aplikace cizího veřejného práva. Pokud tedy závěry Z. Kučery aplikujeme na oblast českého mezinárodního práva správního, lze dojít k tezi o tom, že se s ohledem na stav právní úpravy jedná o součást zvláštní části správního práva.

⁷⁶ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 30–31.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Na tomto místě lze ovšem poukázat na skutečnost, že ani prokazování bezinfekčnosti prostřednictvím cizích průkazů není fenoménem, který by právo předtím neznalo. Tzv. žlutá karta (*Carte Jaune*), prokazující očkování proti žluté zimnici, choleře, neštovicím a tyfové horečce, byla zavedena Mezinárodní sanitární úmluvou pro leteckou navigaci z roku 1933.

⁸⁰ Srov. CHEN, L. – FRIEDMANN, D. – VISSER, L. COVID-19 immunity passport to ease travel restrictions. *Journal of Travel Medicine*. 2021, Vol. 27, No. 5, s. 1–3.

⁸¹ Srov. např. sdělení Ministerstva dopravy ze dne 17. března 2022 o platnosti ukrajinských řidičských průkazů na území České republiky, uveřejněné zde: <https://www.mdcr.cz/Media/Media-a-tiskove-zpravy/Ukrajinske-ridicске-prukazy-v-CR-plati,-predpisy-n>.

⁸² Srov. RUFFERT, M. The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project. In: RUFFERT, M. (ed.). *The Transformation of Administrative Law in Europe*. Munich: European Law Publishers, 2007, s. 157.

⁸³ Srov. RUFFERT, M. *Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts*, s. 396.

5. Vztah k jiným právním disciplínám

Chápeme-li české mezinárodní právo správní jako specifickou disciplínu zvláštní části správního práva, lze se ptát, jaký je jeho poměr k jiným právním disciplínám.

Vztah k mezinárodnímu právu veřejnému byl již nastíněn výše. Mezinárodní právo správní je součástí vnitrostátního práva, přičemž české mezinárodní právo správní je odlišné od mezinárodního práva správního italského, německého, nizozemského atd. Zatímco mezinárodní právo veřejné řeší právní vztahy mezi subjekty mezinárodního práva, mezinárodní právo správní řeší vztahy mezi státem a jednotlivcem. Současně ovšem platí, že fenomén cizího prvku implikuje užší vztahy a řadu styčných míst mezi mezinárodním právem správním a mezinárodním právem veřejným. Řada případů *přímé* nebo *nepřímé* aplikace cizího veřejného práva je v našem právu reflexí závazku plynoucího z mezinárodní smlouvy. Jak ovšem bylo nastíněno výše, nejedná se o zdroj výlučný.⁸⁴

Normy vedoucí k *přímé*, respektive *nepřímé* aplikaci cizího veřejného práva jsou pravidelně obsaženy i v předpisech práva unijního. Jde-li o směrnice, plyne tato aplikace z předpisu zákonné povahy, který je součástí vnitrostátního právního řádu. Nejinak je tomu v případě, že je zdrojem *přímé* nebo *nepřímé* aplikace nařízení. Mluvíme-li tedy o *evropském mezinárodním právu správním*,⁸⁵ nereferujeme o samostatné disciplíně práva, ale o okruhu právních norem, které řeší existenci cizího prvku ve vztazích správního práva *prostředky* unijního práva.

Konečně je zde vztah k mezinárodnímu právu soukromému. Ten lze vnímat ve dvou rovinách. Za prvé, absence jakékoli kodifikace v oblasti mezinárodního práva správního vede k tomu, že řada praktických aplikačních problémů není právem vysloveně řešena. Příkladem může být situace, kdy norma vnitrostátního práva sice vyžaduje *přímou* aplikaci cizího veřejného práva,⁸⁶ neřeší ovšem otázku, jak obsah takového cizího práva zjistit nebo jak postupovat, když takový obsah objektivně zjistit nelze. V těchto případech lze argumentovat ve prospěch subsidiární aplikace obecné úpravy mezinárodního práva soukromého.⁸⁷

Vedle výše uvedeného je zde ještě rovina dogmatická.⁸⁸ Skutečností zůstává, že nauka správního práva dosud nevěnovala otázkám vztahů správního práva s cizím prvkem větší pozornost. I přes nesporný fakt, že aplikační praxe čelí dramatickému nárůstu správních vztahů, ve kterých figurují různé typy cizích prvků, nenalezneme v žádné z učebnic správního práva používaných na českých právnických fakultách výklad o aplikaci cizího veřejného práva, uznání cizích aktů, o jejich kvalifikaci, respektive teoretický základ pro postup tuzemského správního orgánu v případě jejich nezákonnosti. Třetí příklad, uvedený v úvodu tohoto článku, přitom demonstruje potřebu se s těmito problémy vypořádat i v teoretické rovině. Lze tedy konstatovat, že současná tuzemská nauka správního práva nedává odpovědi na otázky, které případy *přímé*, respektive *nepřímé* aplikace cizího práva

⁸⁴ Srov. např. § 108 odst. 3 zákona č. 561/2004 Sb. (právní úprava zde předpokládá uznání zahraničního vzdělání v tuzemsku i v případě, že mezinárodní smlouva o rovnocennosti dosaženého vzdělání absentuje).

⁸⁵ Srov. LINKE, C. *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht*, s. 12.

⁸⁶ Např. § 7 odst. 1 písm. n) zákona č. 48/1997 Sb.

⁸⁷ Srov. HANDRLICA, J. *Aplikace cizího veřejného práva v řízeních před správními orgány*, s. 580.

⁸⁸ Srov. ZWEIGERT, K. *Aussprache*. In: *Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*. Kiel: Hansischer Gildeverlag, 1964, s. 141–142 (autor zde tematizuje fenomén postupné „emancipace“ mezinárodního práva správního z disciplíny mezinárodního práva soukromého).

ve správněprávních vztazích přinášejí. Naopak nauka mezinárodního práva soukromého se problémům *přímé*, respektive *nepřímé* aplikace cizího práva dlouhodobě věnuje⁸⁹ a vodítko k těmto odpovědím poskytnout může.

Závěr

„*Mezinárodní právo správní je nově rodící se disciplínou mezinárodního práva soukromého.*“ Tak zněl podtitul přednášky, kterou K. Neumeyer přednesl v roce 1901 na mnichovské univerzitě v rámci svého habilitačního řízení v oboru mezinárodního práva soukromého. Více než tři desetiletí poté si v úvodu⁹⁰ čtvrté části svého díla o mezinárodním právu správním posteskl, že uvedená teze nezbudila u členů vědecké rady žádnou pozornost. Toto postesknutí bylo pro další vývoj velice symptomatické. V jednotlivých jurisdikcích sice normy upravující vztahy správního práva s cizím prvkem vzbudily zájem právní akademie, tento zájem ovšem nikdy nekulminoval v etablování této disciplíny v rozsahu, v jakém k tomu došlo u mezinárodního práva soukromého. Důvodem byla nejenom absence jakékoliv kodifikace v tomto odvětví, ale také absence jednotného chápání toho, co mezinárodní právo správní znamená a jaký je jeho vztah k jiným disciplínám práva. I přes zájem právní nauky, který trvá více než jedno století, tak mezinárodní právo správní není ani frekventovaným předmětem výuky na právnických fakultách, ani předmětem habilitačního nebo jmenovacího řízení. Učebnice správního práva se mu buď věnují zcela okrajově (to je případ německé právní akademie), nebo (jako je tomu u nás) se mu nevěnují vůbec.

Pravdou však je, že počet vztahů správního práva, ve kterých se objevuje cizí prvek, má rostoucí tendenci. Legislativa na mezinárodní, ale také unijní úrovni na tento fenomén reaguje přijetím specifických úprav. Zavedení režimu vzájemného uznávání očkovacích certifikátů v rámci EU je zatím posledním významným projevem této dlouhodobé tendence.

Tento článek proto předkládá tezi o tom, že mezinárodní právo správní představuje specifickou disciplínu zvláštní části správního práva. S ohledem na dlouhodobé tendence nárůstu cizích prvků ve vztazích správního práva lze očekávat, že jeho význam bude posilovat. Je proto úkolem právní nauky poskytnout mu odpovídající pozornost a věnovat se teoretickým problémům, které tato disciplína obsahuje.

⁸⁹ KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 179–187 (otázky přímé aplikace cizího práva) a s. 406–419 (otázky nepřímé aplikace cizího práva).

⁹⁰ Srov. NEUMEYER, K. *Internationales Verwaltungsrecht. Vierter Band*, s. 1.

Nahrazování směrnic nařízeními v právu Evropské unie

Habilitační přednáška

Magdaléna Svobodová*

Abstrakt: Od roku 2000 lze v Evropské unii sledovat proces nahrazování směrnic nařízeními. Jedním z důvodů změny formy sekundárního aktu je problém nenáležitě transpozice směrnic. Nařízení jako forma právní regulace je výhodné pro subjekty podnikající v mezinárodním obchodu či pracující v jiných členských státech, neboť obsahuje jednotnou právní úpravu v celé EU. Na druhou stranu však rozsáhlejší přijímání nařízení vede k posilování Evropské unie v oblasti normotvorby na úkor vnitrostátních parlamentů a přispívá k federalizaci EU. Příspěvek se zaměřuje na dvě otázky: 1) zda je v konkrétních případech nařízení jako forma právní regulace vhodnější než směrnice a 2) zda je nahrazování směrnic nařízeními v EU v souladu se zakládacími smlouvami a zda je legitimní.

Klíčová slova: nařízení, směrnice, princip proporcionality, demokratický deficit

Úvod

Cílem evropské integrace bylo podle „otců zakladatelů“ vytvoření Evropské federace. Od roku 2000 lze v Evropské unii sledovat proces nahrazování směrnic nařízeními, tedy rušení platné právní úpravy obsažené ve směrnici a její nahrazení novou úpravou v nařízení EU. Dosud takto bylo přijato okolo 40 nařízení, která zrušila a zcela nahradila směrnice. Dalších přibližně 40 nařízení zrušilo a nahradilo směrnice zčásti.¹ Směrnice a nařízení jsou základními nástroji právní regulace Evropské unie, jsou přijímány orgány Unie, a tvoří tak součást jejího právního systému. Zatímco směrnice jsou určeny členským státům, které mají povinnost transponovat je do svého právního řádu, a vedou tak ke sblížení vnitrostátních právních řádů (nikoli k unifikaci), nařízení se přímo aplikují na vnitrostátní úrovni, obsahují jednotnou právní úpravu v EU, a lze je proto označit za „evropský zákon“. Nahrazování unijních směrnic nařízeními tak v konečném důsledku znamená nahrazování harmonizovaných vnitrostátních právních úprav jednotnou unijní úpravou platnou (zpravidla) ve všech členských státech.² To je výhodné pro subjekty, které podnikají v mezinárodním obchodu či pracují v jiných členských státech, protože se nemusejí seznamovat s jednotlivými národními úpravami. Vnitrostátní úpravy transponující směrnice se totiž do určité míry liší, navíc státy v mnoha případech neprovádějí směrnice náležitě. Nenáležitá transpozice směrnic patří ostatně mezi hlavní důvody, proč Evropská

* JUDr. Magdaléna Svobodová, Ph.D. PF UK, katedra evropského práva. E-mail: svobodom@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2968-6854>. Habilitační přednáška přednesená dne 20. 1. 2022 na vědecké radě Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Tento text částečně vychází z dříve publikovaného odborného článku autorky SVOBODOVÁ, M. Několik poznámek k nahrazování směrnic nařízeními v Evropské unii. *Správní právo – Legislativní příloha*. 2020, roč. LIV, č. 3, s. XXXIV–LVII.

1 Viz SUCHANOVÁ, K. *Nahrazování směrnic nařízeními na příkladu právní úpravy ochrany osobních údajů v EU*. Diplomová práce. Právnická fakulta Univerzity Karlovy, 2020, s. 122–137.

2 Blíže srov. KRÁL, R. *Nařízení ES z pohledu jejich vnitrostátní aplikace a implementace*. Praha: C. H. Beck, 2006, a KRÁL, R. *Směrnice EU z pohledu jejich transpozice a vnitrostátních účinků*. Praha: C. H. Beck, 2014.

komise předkládá do legislativního procesu stále častěji nařízení. Na druhou stranu však rozsáhlejší přijímání nařízení vede k posilování Evropské unie v oblasti normotvorby na úkor vnitrostátních parlamentů a přispívá k federalizaci EU.

Proč je důležité zabývat se tématem nahrazování směrnic nařízeními? Tato problematika má dopad na různá právní odvětví, nejvíce patrně na oblast správního práva.³ Je významná z hlediska tvorby i aplikace práva, přičemž má řadu aspektů.⁴ Ve svém příspěvku bych se ráda zaměřila na dvě otázky: 1) zda je v konkrétních případech nařízení jako forma právní regulace vhodnější než směrnice a 2) zda je nahrazování směrnic nařízeními v EU v souladu se zakládacími smlouvami a zda je legitimní.

1. Vhodnost nařízení jako formy právní regulace

Pokud jde o první otázku, domnívám se, že přijímání nařízení je obecně vhodné v případě, kdy Unie reguluje hmotná práva a povinnosti vnitrostátních subjektů. To se v procesu evropské integrace děje stále častěji. Pokud totiž takovou právní úpravu obsahuje směrnice, jsou práva jednotlivců do značné míry závislá na náležitě transpozici směrnice členskými státy. Poměrně často se stává, že členské státy neprovedou směrnici včas nebo řádně. V takovém případě se jednotlivci mohou dovolávat směrnice, tj. uplatňovat její přímý účinek, pouze vůči státu, nemohou se však dovolávat směrnice vůči jiným jednotlivcům. Také eurokonformní výklad vnitrostátního práva ve světle znění a účelu neprovedené směrnice není vždy možný, například pokud je vnitrostátní právní norma natolik přesně formulovaná, že nedává pro eurokonformní výklad prostor.

Jako příklad lze uvést obecné nařízení 2016/679 o ochraně osobních údajů – tzv. GDPR, které zrušilo dříve platnou směrnici 95/46. Nařízení stanoví řadu práv subjektů údajů, tedy fyzických osob, jejichž osobní údaje jsou zpracovávány: právo na zpracování osobních údajů se souhlasem subjektu údajů, právo na opravu, výmaz, na přenositelnost osobních údajů a další. Tomu odpovídají povinnosti správců. Kdyby příslušná pravidla stanovila směrnice, kterou členský stát neprovedl řádně nebo včas do svého právního řádu, byly by subjekty údajů poškozeny na svých právech. Nemohly by se totiž dovolávat svých práv stanovených ve směrnici vůči soukromým správcům. Současně je však v této souvislosti třeba poukázat také na skutečnost, že GDPR má povahu tzv. kulhajícího nařízení. Za „kulhající nařízení“ se obecně považuje nařízení, které není plně aplikovatelné bez dalšího, ale vyžaduje vnitrostátní konkretizaci či adaptaci vnitrostátních právních předpisů.⁵ GDPR např. vyžaduje určení kompetentních vnitrostátních orgánů a umožňuje členským státům odchýlit se v řadě případů od pravidel obsažených v GDPR. Takové nařízení tedy neobsahuje skutečně jednotnou právní úpravu v EU.⁶

³ Srov. KŘEPELKA, F. Transformations of Directives into Regulations: Towards a More Uniform Administrative Law? *European Public Law*. 2021, Vol. 27, No. 4, s. 781–806.

⁴ Podrobněji viz WUNDERLICH, N. – PICKARTZ, T. Hat die Richtlinie ausgedient? Zur Wahl der Handlungsform nach Art. 296 Abs. 1(6) AEUV. *Europarecht*. 2014, 49. Jahrgang, Nr. 6, s. 659–670; VAN DEN BRINK, T. The Impact of EU Legislation on National Legal Systems: Towards a new Approach to EU – Member State Relations. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2017, Vol. 19, s. 211–235; KŘEPELKA, F. Nahrazování směrnic nařízeními (důvody, skutečnost, možnosti). *Právník*. 2017, roč. 156, č. 3, s. 213–234.

⁵ Pojem „kulhající nařízení“, něm. „hinkende Verordnung“, použil L.-J. Constantinesco ve své publikaci CONSTANTINESCO, L.-J. *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Baden-Baden: Nomos, 1977, s. 562. Viz HÄRTEL, I. *Europäische Rechtsetzung. Handbuch*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2006, s. 175.

⁶ Podrobněji viz SVOBODOVÁ, M. *Několik poznámek k nahrazování směrnic nařízeními v Evropské unii*, s. XXXIV–LVII.

Za nevhodné považují nahrazování směrnic nařízeními EU v oblasti procesního práva, pokud unijní úprava nahrazuje vnitrostátní pravidla. Taková nařízení vedou k tříštění správních i soudních procesněprávních úprav platných v členských státech a zavádění konceptů, které jsou národnímu právnímu řádu cizí, a mohou tak způsobovat interpretační a aplikační obtíže v členských státech. K regulaci procesních pravidel obecně by Unie měla přistupovat zdrženlivě. Lze zmínit např. problémy s institutem obráceného důkazního břemene, který byl do českého právního řádu začleněn v důsledku transpozice unijní antidiskriminační směrnice. Tento institut a způsob transpozice v českém právním řádu byl dokonce předmětem rozhodování Ústavního soudu ČR, který posuzoval jeho ústavnost.⁷ V oblasti správního řízení zapadají české zvláštní procesní úpravy terminologicky a koncepčně do obecné úpravy ve správním řádu. Unijní zvláštní procesní úpravy jsou terminologicky nebo i koncepčně odlišné oproti české obecné procesní úpravě. Pokud je unijní úprava obsažena v nařízení, vzniká naléhavá potřeba přijmout vnitrostátní adaptační zákon a takové nařízení má povahu kulhajícího nařízení.

Jako příklad nevhodného nahrazení směrnice nařízením lze uvést návrh tzv. procedurálního nařízení, COM(2020) 611 final, které má zrušit a nahradit platnou procedurální směrnici 2013/32. Návrh byl předložen Evropskou komisí již v roce 2016 v rámci reformy Společného evropského azylového systému v reakci na migrační krizi. Jedná se o dosud neschválený návrh procesních pravidel pro udělování mezinárodní ochrany (azylu a doplňkové ochrany), který je nicméně podporován i novou Komisí ustavenou v roce 2019 po volbách do Evropského parlamentu. Azylové řízení je správním řízením, na které se v České republice vztahuje správní řád a následný soudní přezkum upravuje soudní řád správní. Pokud by bylo uvedené procedurální nařízení schváleno, musely by české orgány začít aplikovat toto nařízení při posuzování žádostí o mezinárodní ochranu. Procedurální nařízení ovšem neobsahuje komplexní úpravu, musel by se proto vyjasnit jeho vztah ke správnímu řádu i k soudnímu řádu správnímu. Zatímco procedurální směrnice umožňovala alespoň zčásti terminologicky a koncepčně uzpůsobit a organicky začlenit unijní pravidla do českého právního řádu, procedurální nařízení to v podstatě neumožňuje.

2. Legalita a legitimita nahrazování směrnic nařízeními

Druhá otázka se týká legality a legitimacy volby nařízení jako formy právní regulace. Evropská unie nemůže libovolně nahrazovat směrnice nařízeními jen podle svého uvážení. Má jen ty pravomoci, které jí svěřily členské státy v zakládacích smlouvách, a v rámci vlastní normotvorby musí respektovat princip proporcionality. Konkrétní formu sekundárního aktu určují v některých případech zakládací smlouvy. Například stanoví, že Úřad evropského veřejného žalobce, který v minulém roce zahájil činnost i v České republice, musí být zřízen formou nařízení. Častěji však zakládací smlouvy formu sekundárního aktu nepředepisují a záleží na rozhodnutí Komise, která zpravidla návrhy předkládá, jakou formu zvolí. Komise však musí respektovat zmiňovaný princip proporcionality a ve svém návrhu musí volbu nařízení přesvědčivě odůvodnit, zvláště když namísto dosavadní formy směrnice pro úpravu určité materie zvolí nařízení. To se však ne vždy děje.

⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 37/04, publikováno pod č. 419/2006 Sb.

Proces nahrazování směrnic nařízeními vyvolává i širší systémové otázky související s tzv. demokratickým deficitem EU, o němž se vede dlouhodobě diskuse a na něj existují různé pohledy. Rozsáhlejší přijímání nařízení jakožto „evropských zákonů“ totiž zvyšuje nároky na demokratičnost Unie. Podle některých názorů sice demokratický deficit v Unii neexistuje, protože EU není státem a nelze na ni klást stejné požadavky jako na stát.⁸ Já se nicméně domnívám, že pokud členské státy přenášejí ve stále větší míře na EU své pravomoci, díky kterým přímo reguluje práva a povinnosti vnitrostátních subjektů, a Unie se tedy chová jako stát, je třeba současně posilovat demokratické fungování EU. Demokracie patří mezi základní hodnoty Unie. EU může dokonce sankcionovat členské státy za to, že tuto hodnotu nerespektují. Demokratičnost Unie však dle mého názoru stále není dostatečná. Přenos pravomocí na Unii oslabuje vnitrostátní parlamenty, zároveň však Evropskému parlamentu nenáležejí postavení, které by mu jakožto jedinému přímo volenému orgánu náležet mělo.

Závěr

Závěrem bych ráda shrnula, že nahrazení směrnice nařízením považuji za účelné v případě, že nařízení reguluje hmotná práva a povinnosti fyzických a právnických osob či zlepšuje fungování vnitřního trhu. Za nevhodné naopak považuji přijímání nařízení tehdy, když má nahrazovat vnitrostátní procesní pravidla nebo regulovat oblast, v níž je třeba zachovat možnost členských států stanovit vyšší standardy ochrany (např. v oblasti ochrany životního prostředí). V každém případě by měl unijní normotvůrce schvalovat nařízení co nejméně kulhající. Evropská komise považuje nahrazování směrnic nařízeními za způsob, jak zefektivnit unijní legislativu. Zároveň je zjevné, že rozsáhlejší nahrazování směrnic nařízeními posunuje evropskou integraci dál směrem k federalizaci EU. Současný vývoj však ukazuje, že v členských státech neexistuje politická vůle přeměnit Evropskou unii ve skutečnou Evropskou federaci, v níž by byl demokratický deficit odstraněn. Ruku v ruce s nahrazováním směrnic nařízeními je tak nezbytné posilovat demokratičnost Unie, aby byl demokratický deficit alespoň snížen.

⁸ Viz k tomu např. KRATOCHVÍL, P. – SYCHRA, Z. The end of democracy in the EU? The Eurozone crisis and the EU's democratic deficit. *Journal of European Integration*. 2019, Vol. 41, No. 2, s. 172. V článku je obsažen přehled jednotlivých názorů odborníků na problematiku demokratického deficitu EU, a to včetně názorů, že Unie demokratickým deficitem netrpí. Tento názor zastává např. A. Moravcsik. Srov. MORAVCSIK, A. In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union. *Journal of Common Market Studies*. 2002, Vol. 40, No. 4, s. 603–624.

MORS VENIT VELOCITER

Zemřel velký komparatista (ohlédnutí za prof. Ulrichem Drobničem)

Dne 3. března 2022 zemřel ve věku 93 let profesor *Ulrich Drobnič*, bývalý ředitel Institutu Maxe Plancka pro zahraniční a mezinárodní právo soukromé (dále MPI) v Hamburku.

Zaslouží se tak připomenout jeho osobnost a dílo. *Prof. Drobnič* je nepochybně právní vědec světového formátu. Významně totiž ovlivnil rozvoj především evropského soukromého práva. Ale nejen to. Sluší se zdůraznit též sociální dimenzi jeho osobnosti. Během své profesní kariéry totiž nejen významným způsobem podporoval vědomí západní svobodné právní komunity o situaci v právních systémech sovětského bloku, ale zároveň se snažil „intelektuálně“ pomoci konkrétním představitelům právní vědy a dalším zájemcům, a to zejména v bývalé NDR a v dalších třech státech střední Evropy – v Polsku, Maďarsku a tehdejší Československu. Příznačné bylo jeho úsilí o sdílení rozvoje právní kultury s těmi, jejichž možnosti přístupu k relevantním pramenům byly v té době omezené. Vzpomeňme např. *prof. V. Knappa*, *prof. P. Kalenského* či *prof. A. Kandou*. Byl to *Drobnič*, jako hlavní vydavatel díla *International Encyclopedia of Comparative Law*, který pozval *V. Knappa* do redakční rady (*Editorial Committee*). *V. Knapp* se také stal hlavním redaktorem prvního dílu (*National Reports*) tohoto fenomenálního projektu. *Prof. Drobnič* studoval společně s *prof. A. Kandou* na Mezinárodní fakultě srovnávacího práva ve Štrasburku, kde *V. Knapp* přednášel. Tak se rozvinula nejen spolupráce mezi *Drobničem* a *Knappem*, ale i *Drobničem* a *Kandou*. Z tohoto období též pochází *Kandova* habilitační práce.¹ Snad nejučinnějším způsobem realizace těchto *Drobničových* snah bylo poskytování stipendií sloužících k pobytu v proslulé knihovně MPI, jejíž knižní fond je druhý nejrozsáhlejší hned za knihovnou amerického Kongresu.

Profesní činnost *Ulricha Drobniče* byla totiž s MPI těsně svázána. Zaměstnancem tohoto institutu se stal po absolvování právnícké fakulty v Tübingenu, tedy shodou okolností ve městě, kam byl ústav přechodně po evakuaci z Berlína umístěn, než zaujal své dnešní „trvalé“ sídlo v Hamburku. Po studijních pobytech na *New York University*, *University of Michigan* a *Cornell University* byl *Drobnič* vědeckým pracovníkem MPI, v roce 1967 se stal jeho vědeckým členem a v letech 1979–1996 byl jedním ze tří ředitelů MPI.

Těžiště jeho úsilí se koncentrovalo na evropskou integraci v oblasti soukromého práva obecně, právo zajišťovacích institutů (mobiliární i věcněprávní zajištění) a mezinárodní právo soukromé zvláště. Charakteristická je metoda jeho přístupu k právu. Nepochybně byl ovlivněn svým učitelem *Konradem Zweigertem*, který je autorem teze o tom, že obdobně „*jako neexistuje německá a anglická chemie, neexistuje ani oddělování jednotlivých národních systémů*“. Nastavovat zrcadlo domácímu právu prostřednictvím jeho srovnání s jiným právním systémem je pro *Drobniče* samozřejmou věcí, stejně jako úsilí o podporu obchodního styku, kterou viděl v harmonizaci, respektive unifikaci především obchodního korporátního a procesního práva.

¹ KANDA, Antonín. *Vliv změny poměrů na trvání závazků*. Praha: Československá akademie věd, 1966.

Ve stručnosti lze *Drobniga* zmínit jako autora děl, která mají průkopnický charakter a ovlivnila celou řadu generací právních vědců. Nejprve ve spolupráci s *Ernstem Rabelem* a pak samostatně dokončil nové zpracování srovnávací práce o mezinárodním právu soukromém (*The Conflict of Laws*. 1955). Na toto dílo navázal prací zásadního významu *American-German Private International Law* z roku 1972. Svě takřkajíc celoživotní téma, zmíněné mobiliární a věcněprávní zajištění, zpracoval ve formě rozsáhlého posudku pro Německý sjezd právníků (*Deutscher Juristentag*) v roce 1976. Obdobný charakter a význam má rozsáhlá komparatistická studie na toto téma pro komisi OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL). Specifickou metodu založenou *prof. Rudolfem Schlesingerem* charakteristicky označovanou jako výzkum společného jádra právních systémů (*Common core of legal systems*) rozvinul v základním příspěvku sborníku, jenž se zabývá i otázkami právní sociologie (*Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*. 1977). *Drobnigovy* práce jsou významné tím, že se jejich autor pokouší ve svých právněsrovnávacích dílech o kontextuální metodu, která na rozdíl od metody funkcionální, užívané obecně, je podstatně náročnější, ale pro čtenáře akademického pozadí poučnější. Tak zdůrazňoval relativní samostatnost tzv. socialistického práva jako jedné z „právních rodin“, a tento pojem přejímá i *V. Knapp*.² Snažil se o vysvětlení zásadních změn v oblasti civilního práva, zejména v tehdejší Československu a poté i v NDR, které se přijetím nových občanských zákoníků odchýlily, a to např. ve srovnání s Polskem, od tradičního římskoprávního pojetí soukromého práva.

Svoji představu o harmonizaci soukromého práva v Evropské unii pak uveřejnil v přednášce základního kurzu Haagské akademie vydané touto institucí v roce 1996 (*Private Law in the European Union*).

Obdobně jako autor proslul *Drobnig* i jako vydavatel. Vůbec nejvýrazněji se proslavil obřímím projektem *Mezinárodní encyklopedie srovnávacího práva* (*International Encyclopedia of Comparative Law*), kterou vydával od roku 1963, původně s *Zweigertem*, od roku 1985 pak po desetiletí i po svém emeritování sám. Až neuvěřitelné je *Drobnigovo* redaktorské nasazení při sjednocování rukopisů díla, které podává srovnávacím způsobem obraz hlavních oblastí soukromého práva a které např. v roce jeho emeritování obsahovalo 15 tisíc tiskových stran. Jako vydavatel se podílel na více než dvou tuctech sborníků, na nichž spolupracovali špičkoví autoři doslova z celého světa.

Toto ocenění nikterak neubírá významu jeho činnosti v zájmu harmonizace práva, jako osobnosti, která nenápadně uplatňuje své nápady, ale především je tím, kdo v pozadí se svým týmem projekty realizuje. *Drobnig* byl skutečným tahounem dvou tzv. Landových komisí, které v letech 1992–1996, respektive 1999–2002 vypracovaly principy evropského smluvního práva (PECL). Ty se pak staly základem další akademické soukromoprávní kodifikace, a sice návrhu společného finančního rámce evropského občanského zákoníku publikovaného kompletně s komentářem v roce 2009 [Bar, Chr. von – Clive, E. (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, sv. I–sv. VI.]. *Drobnig* sám vedl tým odpovědný za část (book) IX. o mobiliárním zajištění (čl. IX.-1:101 – čl. IX.-7:302). V oblasti mezinárodního práva soukromého se *Drobnig* angažoval také při reformě německé úpravy v roce 1986.

Prof. Drobnig byl na první pohled nenápadná, a přesto mimořádná osobnost, jak ji autor těchto řádků mohl poznat při nejrůznějších příležitostech, mimo jiné i při několikaletých

² KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy*. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 112, zejm. 117.

návštěvách Prahy. *Ulrich Drobnič* se zúčastnil zasedání skupiny pro Evropský občanský zákoník v Praze dne 4. 12. 2007 a vystoupil na dvou přednáškách o zajištění závazků 10. 12. 2010 a 13. 5. 2013.

Na první pohled poněkud zdrženlivý, ale veskrze laskavý a shovívavý, suchým anglickým humorem oplývající právní vědec – dřič.

Čest jeho památce.

Luboš Tichý*

Za Peterem Mankowskim

Dne 10. února letošního roku zemřel náhle v nedožitých 56 letech profesor univerzity v Hamburku *Peter Mankowski*. Neočekávaně tak skončila kariéra mimořádné vědecké osobnosti.

Peter Mankowski se vymykal jak svým nadáním a enormní pílí, tak svým životním osudem.

Pouhý letmý pohled na seznam jeho publikací svědčí o něčem neuvěřitelném. Na 66 stránkách seznam jeho prací je uvedeno téměř 1 500 děl. To je sotva představitelné i v mezinárodním srovnání. Přitom nejde o příspěvky lečjaké. Co do rozsahu některé přesahují tisíc stran. Avšak i jeho připomínky k soudním rozhodnutím o několika stranách svědčí o mimořádné znalosti věci, mají přesvědčivou argumentaci, jasnou strukturu a jsou psány srozumitelným jazykem. Ne nadarmo byl jeho styl oceněn Berenbergovou cenou.

Peter Mankowski pěstoval praktickou jurisprudenci. Používal tradičních metod s uměleňou komparací. Charakteristickým rysem jeho děl je míra úplnosti aktuálních poznatků a jejich orientace na konkrétní řešení sporných klíčových problémů při výkladu a aplikaci práva. Zřejmou většinu jejich čtenářů představovali soudci a advokáti. Ti také oceňovali vysokou úroveň prací *Mankowského*, jak je zřejmé z reakcí, recenzí a soudních rozhodnutí.

Je logické, že tak rozsáhlé dílo musí nutně zahrnovat více oblastí soukromého práva. Přesto je i jejich šíře pozoruhodná.

Snad na prvním místě je třeba zmínit *Mankowského* publikace na poli mezinárodního práva soukromého. V právní kultuře, jako je ta německá, v níž tento obor požívá výsostné místo, si *Mankowski* vydobyl pověst současného „papeže“. Zde stačí vyzvednout jeho produkty evropského významu, jakými jsou komentáře k nařízením Řím I a Řím II a zvláštní část vědecké učebnice mezinárodního práva soukromého (srov. von Bar – *Mankowski*. *Internationales Privatrecht*, Bd. II. 2. Auflage. 2019, 1099 s.). Toto dílo založené původně jeho učitelem *Christianem von Barem* sepsal ve druhém vydání sám. Přesvědčivost samotného textu jenom zvyšuje síla pramenů, o které se opírá. Dílo totiž obsahuje více než 30 tisíc (sic!) poznámek pod čarou. Publikace je důkazem mimořádně efektivní metody práce s pozitivním právem na pozadí jeho vývoje a dokonce i filozofických koncepcí. Tak

* Prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy, E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

např. o volbě práva se čtenář na téměř padesáti stránkách dozví nejen o realitě tohoto subjektivního kolizního určovatele podle čl. 3 nařízení Řím I, ale i o jeho smyslu jako projevu svobodné vůle a jako určité paralely – a přesto v některých ohledech nesrovnatelného dvojníka – hmotněprávní autonomie vůle stran.

Peter Mankowski byl profesorem občanského práva a značné pole své působnosti zasvětil jak obecné části, tak i jeho jednotlivým oblastem, zejména právu ochrany spotřebitele. Není pochyb, že nepsaným ideálem mu byla spravedlivá smlouva, jejíž zásady rozvinul v habilitační práci příznačně nazvané *Odstraňovací práva (Beseitigungsrechte)*. Tübingen, 2003, 1338 s.). Vyčerpávajícím způsobem jde do nejdrobnějšího detailu, analyzuje soukromoprávní instituty umožňující prolomení zásady loajality stran tam, kde zásada spravedlivé smlouvy převáží nad zásadou závaznosti.

Jinou oblastí zájmu *Mankowského* bylo dopravní právo, zejména námořní doprava. Jak píše Ulrich Magnus, disertační práce *Mankowského* z roku 1995 byla jakýmsi divotvorným hrncem. Dílo o smluvních vztazích v námořním právu z hlediska mezinárodního práva soukromého o rozsahu habilitační práce (691 s.) znamenalo průlom do tehdejšího (komplexního) pojetí námořního dopravního práva; obsáhlo i dílčí aspekty tématu, od pojištění až po tak „odlehle“ instituty, jakými jsou např. stavba lodí nebo smlouva o přemístění lodního nákladu. Dílo je dodnes citováno, vzdor změně objektivního práva.

Další oblastí hodnou zaznamenání je obchodní právo v širším slova smyslu, od pojmu mezinárodní kupní smlouvy a její kodifikace ve smyslu CISG až po právo obchodní arbitráže. Jako příklad slouží vydavatelský počín *Mankowského*, který je vlastně průřezovým dílem zahrnujícím nejdůležitější mezinárodní úmluvy v této široké oblasti mezinárodního obchodu (Mankowski (ed.). *Commercial Law*. 2019).

O šíři *Mankowského* talentu a enormní pílě svědčí i dílo, které se do určité míry vymyká z řady jeho prakticky zaměřených publikací: *Právní kultura (Rechtskultur)*. 2016, 547 s.). Jak sám Mankowski skromně píše v předmluvě, jde o drobný pokus vymezit pojem právní kultury a naplnit ho rozumným obsahem. Autor tento pojem osvětlil mimořádně srozumitelným způsobem a z různých perspektiv: tedy např. ve významu součásti veřejného mínění, součásti právní reality či jako uskutečnění autonomie vůle stran. V roce 2019 na toto téma Mankowski prezentoval na Právnické fakultě UK v Praze, text jeho přednášky byl pak publikován v *Právníku*.¹

Díla *Mankowského* byla hojně citována, a to nejen ve vědeckých a prakticky orientovaných dílech. Jeho myšlenkami se inspirovaly soudy, včetně Soudního dvora Evropské unie. Často byl citován i českými autory, včetně článků uveřejněných v *Právníku*. *Právník* též publikoval recenze *Mankowského* děl.²

Mankowski však nebyl jen vědcem. Byl zasloužilým učitelem, který habilitoval dva své žáky. Byl oblíbeným, byt velmi důsledným členem profesorského sboru právnické fakulty hamburské univerzity a členem významných redakčních rad. Byl spoluvydavatelem

1 MANKOWSKI, Peter. Právní kultura – na příkladu právní kultury Spolkové republiky Německo. *Právník*. 2020, roč. 159, č. 7, s. 567–581.

2 PAUKNEROVÁ, Monika. Magnus Ulrich – Mankowski Peter (eds). Brussels I Regulation. 2. revidované vydání. Mnichov: Sellier, European Law Publishers, 2012, 972 s. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 1, s. 86. TICHÝ, Luboš. Ulrich Magnus – Peter Mankowski (eds). Brussels I Regulation. Sellier, European Law Publisher, 2007, 852 s. *Právník*. 2008, roč. 147, č. 6, s. 706–707. TICHÝ, Luboš. Magnus Ulrich – Mankowski Peter (eds). Brussels I Regulation. Köln: Otto Schmidt, 2016, 1163 s. *Právník*. 2019, roč. 158, č. 6, s. 608–610. TICHÝ, Luboš. Von Bar Christian – Mankowski Peter. Internationales Privatrecht. Band 2: Besonderer Tell. Mnichov: C. H. Beck, 2019, 1099 s. *Právník*. 2020, roč. 159, č. 11, s. 890–892.

dvou časopisů, členem Německé rady pro mezinárodní právo soukromé a funkcionářem dalších spolků.

Byl člověkem sršícím nápady, zároveň však velmi tolerantním a milým partnerem v dialogu, osobou s mimořádným smyslem pro humor a statečným člověkem. Tak, jak ho osud obdařil na duchu, tak slabá byla jeho fyzická kondice. Nikdy si však nestěžoval ani na čekání na transplantaci srdce, ani na transplantaci ledviny.

V *Peteru Mankowském* odešla osobnost, jež v právnické komunitě má sotva obdoby. Za svůj krátký život byl schopen nesrovnatelného výkonu.

Luboš Tichý*

Za Františkem Novákem

V úterý 12. dubna 2022 zemřel dlouholetý vědecký pracovník Ústavu státu a práva *JUDr. František Novák, CSc.* Jeho rodištěm je Český Brod. Spatřil zde světlo světa v sobotu 24. ledna 1953. V Českém Brodě také absolvoval vzdělání základní a pak v letech 1968 až 1971 na gymnáziu, které právě v té době slavilo půlstoletí od svého založení, i středoškolské. Po maturitě nastoupil na Právnickou fakultu Karlovy univerzity. Studium úspěšně absolvoval v roce 1976. Téhož roku byl 1. září přijat na Ústav státu a práva ČSAV do nástupní praxe. Jistě netušil, že na tomto pracovišti zůstane takřka čtyřicet tři léta. Doktorem práv byl *František Novák* promován 6. července 1977.

Novák již v prosinci 1976 zahájil v ústavu jako svém školícím pracovišti řádnou vědeckou aspiranturu pod vedením *JUDr. Kamila Fabiana, CSc.*, tehdy vedoucího oddělení obecné teorie státu a práva. Necelé čtyři roky nato obhájil kandidátskou disertační práci nazvanou *Některé základní problémy teorie funkcí socialistického státu v současné vývojové etapě s akcentem na výkon soudnictví jako jedné z forem realizace státních funkcí*. Dosažení vědecké kvalifikace mělo za následek změnu pracovní pozice; od roku 1981 začal *František Novák* působit v Ústavu státu a práva jako vědecký pracovník. Po otevření právnické fakulty na Západočeské univerzitě v Plzni v roce 1993 se *Novák* rovněž zapojil do práce na tamější katedře teorie práva. Ve vydavatelském ústavu *Právníka* však jako vědecký pracovník setrval a působil zde i v Akademii věd České republiky také v různých funkcích, např. po určitou dobu vedl oddělení obecné teorie práva, jeden čas byl činný jako zástupce ředitele pro vědu, byl členem legislativní komise Akademie věd ČR aj. V roce 2020 se *František Novák* dohodl s Ústavem státu a práva na ukončení svého pracovního poměru k 30. červnu.

Novákovo odborné zaměření zpočátku, tedy v sedmdesátých a osmdesátých letech, významně ovlivnil jeho školitel, s nímž *Novák* i po úspěšném ukončení vědecké aspirantury spolupracoval na některých projektech. Společně například (se zapojením *Viktora Jansy*) přeložili *Alexejevovu* učebnici *Obecná teorie práva*, vydanou nakladatelstvím Panorama v roce 1986. *Novákova* zajímaly metodologické otázky spojené s funkcemi státu a regulativními možnostmi práva. Odrážejí to také jeho příspěvky v *Právníku*. První text,

* Prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy, E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

který v našem časopisu uveřejnil, je recenze na sovětské kolektivní dílo o sociálně ekonomické úloze státu (1979, roč. CXVIII, s. 588 a násl.). Recenze a zprávy z vědeckého života, se kterými *František Novák* na stránkách *Právníka* začínal v letech 1979 až 1982, provázejí kariérní počátky většiny akademiků. Už v roce 1981 se však také prezentoval statí o funkci tvorby a ochrany životního prostředí v systému státních funkcí (1981, roč. CXX, s. 10 a násl.). K problematice funkcí státu se *Novák* v našem časopisu opakovaně vracel, přičemž své analytické myšlení předvedl patrně nejpřesvědčivěji ve statích *Hodnota a právo* a *Struktura a funkce a struktura funkce* (1984, roč. CXXIII, s. 134 a násl. a s. 421 a násl.).

V druhé polovině osmdesátých let *Nováka* začala více zajímat právní informatika a disciplíny s ní spjaté (logika, lingvistika, teorie legislativy). S *Františkem Cvrčkem* vytvořil autorskou dvojici, které se prezentovala knihami *Základy právní informatiky* (Brno: Masarykova univerzita, 1992), *Juristická a lingvistická analýza právních textů* (Praha: Academia, 1999) a *Legislativa – teoretická východiska a problémy* (Plzeň: Aleš Čeněk, 2017). Četné studie publikoval *František Novák* samostatně, v *Právníku* uveřejnil po roce 1990 přes tři desítky příspěvků zaměřených na problematiku právních informačních systémů a možnosti využití právní informatiky, na legislativní otázky, roli právních expertů v legislativním procesu a na právně informatickou podporu legislativy nebo na interpretaci v právu.

Kromě časopisů vydávaných Ústavem státu a práva, tedy *Právníka* a *The Lawyer Quarterly*, přispíval *Novák* i do dalších odborných periodik, účastnil se vědeckých konferencí, zapojil se do řešení četných grantových a dalších vědeckovýzkumných projektů. Juristické preference *Františka Nováka* se promítly i v jeho členství v European Association of Legislation a v Českém sdružení pro právní a sociální filosofii, kde působil i jako místopředseda.

Mors venit velociter. V případě *Františka Nováka* přišla nečekaně, náhle a zaskočila jeho blízké, přátele i kolegy. Čest jeho památce.

RECENZE

Pavliček Václav – Jirásková Věra a kol. Ústavní právo a státověda. I. díl – Obecná státověda. 3. vydání. Praha: Leges, 2021, 522 s.

O třetím vydání,¹ které máme nyní nově k dispozici, stále plně platí, co konstatoval *dr. E. Barány*, když v *Právniku* recenzoval vydání první v roce 1998 – že je zároveň učebnicí a vědeckým dílem.² Jinak se ovšem jedná o dílo významně přepracované, které doznalo i vylepšení struktury a pořadí kapitol, i zvětšení rozsahu na základě nových poznatků. Budiž na tomto místě oceněno i technické zpracování knihy – čtenářsky příjemná grafická úprava včetně přehlednosti údajů v záhlaví každé stránky, vhodná kvalita papíru, snadnost otvírání ve hřbetu a dobrá čitelnost i vnitřního kraje řádků.

Podstatnější ale je připomenout, že předmět státovědy je značně nesamozřejmý, spíše ještě víc než u řady jiných společenskovědních disciplín. Těžko hledat v jiných zemích přesný ekvivalent toho, jakým způsobem je státověda pěstována u nás i na Slovensku.³ Už co do názvu zjišťujeme, že podobné věci mívají v zemích na západ od Německa v názvu spíše politiku než stát, a přesným překladem našeho termínu je asi právě jen německé *Staatswissenschaft*. Což je ovšem dnes už název poněkud historický, a spíše je pod ním třeba rozumět to, co vzniklo na půdě připravené kameralistikou a znělo celým devatenáctým stoletím. To ovšem tenkrát byla disciplína s univerzálními a preskriptivními ambicemi – vymyslet, jak má být stát uspořádán ve všech směrech, takže v jejím rámci jako důležitý prvek vznikaly zejména i teorie národního hospodářství. Tato fáze „všeobjímající“ je ostatně popsána v úvodní kapitole recenzované knihy o vývoji státovědy.⁴ Určitě hlavně z důvodu kvantitativního nárůstu poznatků v jednotlivých oborech vědění nicméně následně došlo k dekompozici původně jednotné disciplíny tak, že dnes se v německé oblasti mluví spíše v plurálu o „vědách státních“, k nimž se počítá věda právní, správní věda, národní hospodářství, politologie, taky sociologie... A pod názvem správní věda lze najít spíše nějaký takto nazvaný kurs v rámci bakalářského studijního programu, anebo zřídka též literární pokus o zužující definici oboru, která je pak bližší našemu pojetí.

Předchozím odstavcem jsem chtěl vyjádřit mínění, že státověda je do značné míry endemitem, stejně jako její různé označované analogie v jiných právních prostředích. Je proto důležité si všimnout, jak autoři vymezují rozsah státovědy tím, jakou problematiku

1 PAVLIČEK, Václav – JIRÁSKOVÁ, Věra a kol. *Ústavní právo a státověda. I. díl – Obecná státověda. 3.* podstatně přepracované a rozšířené vydání. Praha: Leges, 2021, 508 stran textu a věcný rejstřík; je-li v této recenzi odkaz na číslo strany, jedná se o odkaz na toto dílo.

2 BARÁNY, E. Václav Pavliček a kol.: *Ústavní právo a státověda. 1. díl. Obecná státověda.* Praha, Linde 1998. *Právnik*. 1999, č. 6, s. 592–594.

3 Z monografické a učebnicové literatury poslední doby připomeňme RESCHOVÁ, Jana – KINDLOVÁ, Miluše – GRINC, Jan – PREUSS, Ondřej – ANTOŠ, Marek. *Státověda: stát, jednotlivec, konstitucionalismus.* Praha: Wolters Kluwer, 2019; SVATOŇ, Jan – FILIP, Jan. *Státověda.* Praha: Wolters Kluwer, 2011; CIBULKA, Lubor. *Státověda.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2017; KLÍMA, Karel a kolektiv. *Státověda. 2. vydání.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

4 PAVLIČEK, Václav – JIRÁSKOVÁ, Věra a kol. *Ústavní právo a státověda. I. díl – Obecná státověda,* s. 35.

a jakým způsobem zde řeší – to je aspekt vědecký. Pokud jde o aspekt pedagogický, tomu zde recenzovanému svazku jsou komplementární příslušná vydání *Dílu II. – Ústavní právo České republiky*. Nabízí se říci, s připomínkou tradiční struktury učebnic, že autoři pojmají státovědu jaksí jako část obecnou, a naše ústavní právo jako část zvláštní.

V obecné části, je-li mi dovoleno pro účely recenze to takto používat, se autoři neomezují v čase ani prostoru, pokud jde o výklad či volbu příkladů provedení vykládaných institucí v konkrétních souvislostech. Sotva zde najdeme něco týkajícího se specificky našeho státního území, což autoři logicky ponechávají pro část zvláštní. O České republice se zde píše z nadhledu, jako kdyby to byl stát cizí, jenž je (z hlediska pedagogického „zatím“, tomu je právě věnován díl druhý) zajímavý jen do stejného stupně jako státy ostatní, tedy tím co je na něm možné demonstrovat, pokud jde o právě vykládaný model. Tak je ČR jen souřadně zmíněna mezi státy, jejichž dvoukomorový parlament obráží něco úplně jiného než reprezentaci a ochranu zájmů dílčích územních celků,⁵ nebo jediný instruktivní historický odstavec o samosprávě jen proto, že je na něm možno ukázat, jakou ve srovnání s jinými státy jistě významnější roli hrála v kontextu naší národní politiky v rámci Rakouska.⁶ Z téhož hlediska mi potom připadá oprávněné, že autoři věnují poměrně rozsáhlý výklad o státnosti Izraele.⁷ Nejde o to, že právě Izrael by měl být státem, jehož konkrétní znalost by byla o hodně důležitější než znalost jiných spíše vzdálených zemí, nýbrž o to, že představuje dost ojedinělou variantu, kde v demokracii musí hrát obrovskou roli náboženství. Přičemž organizace onoho náboženství je navíc úplně decentralizovaná, s různými odstíny a různými stupni intenzity manipulace těmi kterými svými věřícími. A k pochopení tohoto principu je výklad historie a institucionálních řešení určitě nezbytný.

Kniha samotná se věcně zřetelně skládá ze dvou částí, z nichž ta druhá, rozsahem výrazně menší (s. 365 až 508) je věnována jednotlivým institucím v ústavním systému, v konvenčním pořadí hlava státu – parlament – vláda a státní správa – justice – samospráva. Je pojednáno i o ombudsmanovi, který je jak známo implantátem a nikoliv povinnou součástí ústrojí, přesto je frekventovaným úkazem. Kam jej umístit? Nalézáme jej hned za parlamentem, tedy před exekutivou a justicí. Nutno tomu přiznat logiku v tom, že ombudsman je zcela specifický svou vlastně absencí pravomoci, ale taky to vypadá o hodně lépe, než když v prvním vydání byl na místě posledním. Myslím, že toto systematické svým způsobem povýšení i přispěje k žádoucímu usazování úřadu ombudsmana v systému.

Zařazením do struktury knihy i rozsahem se mi jako nejdůležitější partie jeví výklad předcházející jednotlivým institucím, a to je teoretická část – sem spadají též kapitoly směřující k jaksí esenciálním aspektům státu, totiž zastupitelská a přímá demokracie, stranickopolitické systémy a konstitucionalismus (formy a obsah ústavy, procesy její tvorby a otázky její stability). Mezi těmito kapitolami bych pak zvláště upozornil na rozsáhlou kapitolu *Stát a jednotlivec* (s. 181–211). Na základě stavu věcí v antických demokraciích osvětluje dnes poněkud nesamozřejmě znějící pravdu, že stupeň demokracie a míra individuální svobody nejdou nezbytně ruku v ruce a mohou být i nezávisle proměnnými.

⁵ Ibidem, s. 396.

⁶ Ibidem, s. 497.

⁷ Ibidem, s. 170–180.

Na příkladu pravidelné součásti ústav, jíž je katalog práv a svobod, se ukazuje, že to byla právě snaha po fixování výsledků antifeudální revoluce, jež vedla k nahrazení přirozeno-právního přístupu pozitivistickým, přičemž v současnosti (jež počíná skončením 2. světové války) je lidskoprávní koncepcí principiálně návratem k přístupu iusnaturalistickému.

Vedle toho se zde samozřejmě řeší otázky jako pojmové vymezení státu včetně vzniku, zániku a kontinuity států, suverenita se zvláštní pozorností věnovanou tomuto pojmovému znaku státu na pozadí globalizace a v kontextu evropské integrace, typy a formy státu (právě sem jsou vloženy poměrně rozsáhlé úvahy o zvláštностech v Asii, Latinské Americe a již zmiňovaném Izraeli), formy vlády a územní organizace států (výklad o centralizaci a decentralizaci, unitární a složené státy, ale i dnes už celkem nezbytně rozsáhlé pojednání směřující nikoliv dovnitř, ale navenek státu – mezinárodní organizace, nadstátní organizace, a specificky Evropská unie). Vysoce si považují výkladu o novosti a odlišnosti útvaru, jímž je Evropská unie (s. 264 a násl.), kde se vysvětluje mj. ta složitá věc, že EU je přese všechno stále mezinárodní organizací odvozenou od suverenity členských států, a to i s tím důsledkem, že pochopitelně je třeba posuzovat soulad evropských norem či opatření s ústavním právem členských států, a ne že by snad evropské normy stály nad ústavním právem státu. Smluvní státy jsou pány smluv, mají jediné ony tudíž i právo stanovovat kompetence orgánům mezinárodní organizace. Vztah mezi EU a členskými státy se řídí nejen smlouvami, ale rovněž ústavami států.

Poněkud jiná věc ovšem je, že zde dochází nejen k takto popsanému přenosu kompetencí, nýbrž potom při aplikaci nezbytně i k výkladu rozsahu kompetencí. Evropské orgány nějak konají, správnost tohoto konání co do kompetence i co do stránky hmotněprávní ovšem už neposuzují členské státy, nýbrž evropský soud. Zkušenost je, že evropské orgány postupují spíše způsobem extenzivním. Jinak řečeno, členský stát, ledaže by snad uspěl u evropské justice, musí strpět jakýkoliv postup i v rozporu s vlastní ústavou, i s evropským hmotným právem, protože jinak mu zbývá jediné krajní řešení vystoupením z celé organizace.

Velmi právem autoři zdůrazňují, že „[...] EU má jen ty kompetence, které na ni byly členskými státy přeneseny (zásada svěřeni pravomoci), a že tyto kompetence mohou být změněny pouze jednomyslným rozhodnutím členských států“ (s. 265). Autorům, a při té příležitosti i sobě, bych přál, aby v některém z budoucích vydání recenzovaného díla nemuselo v tomto ohledu dojít k nějaké rektifikaci, která by nás přinutila ohlížet se za suverenitou jen do minulosti a začít třeba tvrdit, že „*kreativní praxí Evropské komise a konstantní judikaturou SDEU byly překonány dřívější doktrinální pohledy na členské státy jako suverénní, kompetence byly sice unii originárně svěřeny suverénním aktem členských států, následně se však rozvíjejí suverénním konáním unie samotné, a členské státy mají jen ty kompetence, které jim EU přenechává jako svým regionálním útvarům*“.

Jan Bárta*

* JUDr. Jan Bárta, CSc. Ústav státu a práva AV ČR. E-mail: barta@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1221-9002>.

Vyšný Peter – Puchovský Ján. Právne dejiny Latinskej Ameriky: predkoloniálne obdobie. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020, 159 s.

V období pred príchodom španielskych a iných európskych kolonizátorov do oblasti dnešnej Latinskej Ameriky, označovanom okrem iného ako „predkoloniálne obdobie“ či „predkolumbovské obdobie“, v nej existovalo množstvo indiánskych¹ (pôvodných, domorodých, natívnych) kultúr, dosahujúcich rôznu stupeň rozvoja (v niektorých prípadoch išlo o zložité spoločnosti organizované na úrovni štátu). Právna historiografia sa týmito kultúrami, a to nielen v Európe či v Spojených štátoch amerických, ale aj v samotnej Latinskej Amerike, dosiaľ zaoberala skôr len v menšej miere. Tento stav má tri hlavné príčiny.

Prvou príčinou je pretrvávajúce presvedčenie o značne obmedzenom prínose indiánskych (právnych) kultúr pre európsky kontinentálny právny systém všeobecne a pre jeho latinskoamerický subsystem osobitne, ktoré však nemá absolútnu platnosť. V Latinskej Amerike sa indiánske (obyčajové) práva, hoci prevažne nie v ich pôvodných, t. j. v predkoloniálnych podobách, ale v podobách vzniknutých ich neskorším vývojom v koloniálnom a postkoloniálnom období, v určitom rozsahu uplatňujú najmä na miestnej úrovni – v samosprávnych indiánskych obciach, a to popri štátnych právnych poriadkoch (Latinská Amerika je tak, mimochodom, vynikajúcim „laboratóriom“ na empirický výskum fenoménu právneho pluralizmu). Popritom určité prvky indiánskych práv prenikli aj do štátnych právnych poriadkov – napríklad podľa preambuly ekvádorskej ústavy je jedným z cieľov, ktorý sa ňou má dosiahnuť, „*sumak kawsay*“, čo je koncept miestnych Indiánov, znamenajúci „dobrý život“ (v najširšom možnom význame).²

Na druhej strane v diachrónej perspektíve bolo uplatňovanie sa indiánskych práv diskontinuálne. Zatiaľ čo v koloniálnom období sa mohli uplatňovať indiánske právne normy, ktoré neboli v rozpore s koloniálnym právom a kresťanským (katolíckym) náboženstvom a spôsobom života, v nasledujúcom období nezávislých latinskoamerických štátov bolo ich pôsobenie potláčané – hoci nie aj plošne potlačené –, keďže v týchto štátoch sa všetky kategórie ich obyvateľstva mali spravovať rovnakým a zároveň novým, týmito štátmi postupne vytváraným právom. Uvedené sa v Latinskej Amerike začalo výraznejšie meniť až v 90. rokoch 20. storočia, keď sa Indiánom, oficiálne nazývaným „domorodcami“ (napríklad španielsky: *indígenas*), aj pod vplyvom zintenzívnenia medzinárodnoprávnej

¹ Pojem „Indiáni“ (španielsky: *indios*; anglicky: *Indians*) sa v súčasnej Latinskej Amerike, ako aj v Spojených štátoch amerických a Kanade vníma ako „politicky nekorektný“ pojem. Ide totiž o označenie, ktoré bolo späté s politickou, ekonomickou, kultúrnou a náboženskou nadvládou najskôr kolonistov európskeho pôvodu a potom neindiánskeho obyvateľstva dekolonizovaných amerických štátov nad pôvodným obyvateľstvom amerického svetadielu, a ktoré zároveň v minulosti nadobudlo značne pejoratívny náboj, keďže Indiánom sa pripisovali rôzne negatívne charakteristiky, napríklad „zaostalosť“, podporujúce dešpektívny postoj Neindiánov voči Indiánom, ako aj ich ovládanie Neindiánmi, spojené s rozsiahlou marginalizáciou, diskrimináciou a pauperizáciou Indiánov. Na druhej strane v historickom, ako aj v historicko-právnom vedeckom kontexte je použitie pojmu „Indiáni“ namieste. V minulosti sa totiž Amerika oficiálne označovala výrazom „Indie“ (španielsky: *Indias*; anglicky: *Indies*) – dôvodom bol známy *Kolumbov omyl* (*Kolumbus* nevedel, že svojimi transatlantickými výpravami objavil Ameriku, ale domnieval sa, že sa nimi dostal do Indie) – pričom oficiálnym – a aspoň zo začiatku aj neutrálnym, t. j. nie dešpektívnym – výrazom na označenie pôvodného obyvateľstva bol výraz „Indiáni“.

² PORTILLO VALDÉS, José María. *El constitucionalismo en América Latina*. México: El Colegio de México, 2016, s. 11–12.

ochrany domorodých kultúr, priznali status svojbytnej súčasťi latinskoamerických národov a rôzne osobitné práva, vrátane možnosti v určitom rozsahu oficiálne používať vlastné právne obyčaje.³

Indiánske práva teda boli a sú, hoci nie sústavne v rovnakej miere, integrálnou súčasťou latinskoamerického subsystemu európskeho kontinentálneho právneho systému, a preto ich pri skúmaní tohto subsystemu a systému nemožno ignorovať. Ďalším dôvodom uvedeného je skutočnosť, že určité významné, moderné právnovedecké teórie – ľudských práv, rasizmu, spoločenskej zmluvy, štátnej suverenity, legitímneho a legálneho vládnutia, medzinárodného spoločenstva, spravodlivej vojny a iné – sa preukázateľne formovali aj pod vplyvom skúseností európskych kolonizátorov so spôsobom života indiánskeho obyvateľstva a jeho akademického reflektovania predovšetkým (ale nie len) salamanskou teologicko-filozofickou školou (16.–17. storočie).⁴

Druhou príčinou nízkeho záujmu právnohistorickej vedy o predkoloniálne indiánske kultúry a ich práva sú deficit a/alebo určité závažné obmedzenia výpovednej hodnoty prameňov ich poznania, vyplývajúce napríklad z nazerania na indiánske spoločnosti cez prizmu európskej a kresťanskej kultúry v písomných prameňoch. Väčšina písomných prameňov vznikla až v koloniálnom období, čiže s určitým časovým odstupom od predkoloniálneho obdobia, o ktorom referujú. Ich autori, ktorými boli nielen španielski, portugalskí či iní európski kolonizátori (vojaci, úradníci, klerici, zámožní osadníci a podobne), ale aj indiánske elity, ktoré prijali kresťanstvo a získali európske vzdelanie, predkoloniálnu minulosť viac-menej dezinterpretovali, a to sčasti neúmyselne (neschopnosť autorov opísať predkoloniálne indiánske kultúry dostatočne presne a ucelene a zároveň systematicky v ich vlastných pojmoch, čiže nie prostredníctvom európskych myšlienkových schém) a sčasti zámerne (snaha autorov podporiť „vhodne upravenými“ výkladmi predkoloniálnej minulosti mocenské či majetkové záujmy kolonizátorov alebo indiánskych elít). Z hľadiska svojej špeciálnej funkcie zdroja poznatkov o predkoloniálnych indiánskych právach sa koloniálne písomné pramene vyznačujú tým, že o uvedených právach iba v obmedzenej miere referujú priamo, t. j. uvedením znenia právnych noriem. Väčšinou o nich informujú iba nepriamo, a to tak, že opisujú štruktúry indiánskych spoločností a formy každodenného života ich členov, respektíve rôznych skupín ich členov, z čoho možno odvodiť ustálené a záväzné (vymáhané) pravidlá správania sa, vzťahujúce sa na tieto štruktúry a formy.

Konečne treťou príčinou malého záujmu právnej historiografie o predkoloniálne indiánske práva je skutočnosť, že táto veda zatiaľ systematicky nezužitovala aj pre ňu do veľkej miery relevantné, bohaté poznatky o predkoloniálnych indiánskych kultúrach, ku ktorým v ostatných desaťročiach dospeli vedy ako archeológia, antropológia, história a podobne. Archeológia, niekedy v spolupráci s históriou, priniesla množstvo poznatkov o sociálnej, ekonomickej, politickej, administratívnej či kultovej organizácii predkoloniálnych indiánskych spoločností, na základe ktorých možno rekonštruovať normy i inštitúty

³ Bližšie pozri napríklad: DUVE, Thomas. Indigenous Rights in Latin America: A Legal Historical Perspective. In: *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*. 2017, No. 02 [cit. 2022-01-05]. Dostupné z: <<https://ssrn.com/abstract=2976301>>.

⁴ K tomu pozri napríklad: VYŠNÝ, Peter. *Historicko-právne súvislosti dobytia Nového sveta Španielmi*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2015.

najmä ich verejného práva. Archeologicky, prípadne archeologicko-historicky preskúmané príbytky a hospodárstva (poľnohospodárske pozemky, dielne a iné) predkoloniálnych Indiánov prispievajú k poznaniu ich rodinného a majetkového práva. V neposlednom rade sú archeologické a historické výskumy zdrojom informácií o predkoloniálnom indiánskom obchode a jeho režimoch, a napríklad aj o takzvaných prestížnych či luxusných predmetoch (paláce, odevy, telesné ozdoby a iné), ktoré boli vylúčené z ekonomicko-právneho obehu, aby zostali v rukách úzkej elity, respektíve aby sa ich nezmocnili obyčajní ľudia, ktorých podriadenosť privilegovanej elite vyplývala aj z toho, že im nepatrili dobovo mimoriadne oceňované (okrem iného aj pre ich nadprirodzené, náboženské významy) prestížne/luxusné predmety. Antropológia sa prevažne zameriava na etnografický výskum súčasných Indiánov, ktorého výsledky možno vzťahovať na ich dávnych predkoloniálnych predkov iba v značne obmedzenom rozsahu, keďže medzi prvými a druhými Indiánmi sú, pochopiteľne, mnohé podstatné odlišnosti. Na druhej strane antropológia vytvorila užitočné koncepty vrátane určitých konceptov práva, pomocou ktorých možno z medzikultúrnej perspektívy analyzovať a interpretovať napríklad písomné pramene poznania predkoloniálnych indiánskych kultúr a ich práv.

Z predchádzajúceho textu je zjavné, že poznanie právnych dejín predkoloniálnych indiánskych kultúr nie je dostatočné. Preto treba uvítať tu recenzovanú monografiu z pera slovenských právnych historikov a iberoamerikanistov *Petra Vyšného* a *Jána Puchovského*, ktorá stručne – ale na druhej strane veľmi výstižne – a so zohľadnením najnovších interdiciplinárnych poznatkov (ako vyplýva z rozsiahlej bibliografie monografie) približuje tieto právne dejiny, a to s prevažným zameraním na právne dejiny troch reprezentatívnych kultúr predkoloniálnej Latinskej Ameriky – aztéckej, mayskej a inkskej. Hoci sa môže zdať, že výskum problematiky monografie nemá v našom prostredí zásadnejší význam, autori presvedčivo ukazujú, že to tak nie je. Okrem toho, že prispieva k lepšiemu poznaniu právnych poriadkov latinskoamerických štátov ako integrálnej súčasť kontinentálneho svetového právneho systému, umožňuje tiež zhodnotiť indiánske podoby javov, ktoré sú právnymi univerzáliami (verejná moc, manželstvo, majetkové vzťahy, stíhanie a trestanie delikventov a tak ďalej), a tým prispieť k lepšej znalosti ich podstaty. V neposlednom rade autori monografiou poskytli solídny materiál pre porovnávacie bádanie. V tejto súvislosti je obzvlášť zaujímavé, že Indiáni v niektorých smeroch predbehli európsky právny vývoj. Napríklad postavenie aztéckych otrokov bolo (okrem osôb zotročených pre spáchanie trestného činu) natoľko priaznivé, že je otáznе, či vôbec možno hovoriť o existencii skutočného otroctva u Aztékov. Aztécke rodinné právo zase zakotvilo pomerne právnú rovnosť manžela a manželky či rodičovskú (čiže nie otcovskú) moc nad deťmi. U Inkov existoval štátom riadený systém sociálneho zabezpečenia masy radového obyvateľstva. Zastávanie úradov sa u Aztékov, Mayov i Inkov spájalo so značnou zodpovednosťou, pričom zlý výkon úradu sa v určitých prípadoch trestal smrťou. Aztécke, mayské i inkské elity si svoj privilegovaný život museli takpovediac zaslúžiť: ako vojenský a/alebo civilní hodnostári mali náročné, aj ekonomické či kultové povinnosti voči štátu/vládcovi a ich správanie muselo byť sústavne vzorné – za spáchanie určitých trestných činov boli potrestaní podstatne prísnejšie – v zásade smrťou – ako delikventi nepatriaci k elite spáčajúci tie isté trestné činy. A tak ďalej.

Recenzovaná monografia právne dejiny Aztékov, Mayov a Inkov nielen opisuje, ale do určitej miery ich aj analyzuje, a okrem toho ich aj systematicky porovnáva, čo nemá konkurenciu v zahraničnej právnohistorickej literatúre, ktorá okrem v zásade iba dvoch diel,

v ktorých sa však porovnávajú iba aztécke a mayské právo,⁵ zahrňa (nepočítané) práce (odhliadnuc od učebníc ide zväčša o štúdie a kratšie články) zamerané iba na aztécke,⁶ alebo iba na mayské⁷ alebo iba na inkské⁸ právne dejiny, respektíve iba na parciálne problémy prvých, druhých či tretích právnych dejín. Porovnaním aztéckych, mayských a inkských právnych dejín autori monografie identifikovali ich podstatné podobnosti a odlišnosti, ktoré možno považovať za ich pôvodný príspevok do poznatkovej bázy právnohistorickej vedy. Istú mieru originality možno monografii priznať aj preto, že autori v nej skúmané právne dejiny predstavili relatívne komplexne, využívajúc pri tom relevantné pramene a právnohistorickú, ako aj inú odbornú literatúru, zahrňajúcu aj významné najnovšie tituly. Osobitne možno vyzdvihnúť, že monografia sa pokúša pomerne ucelene predstaviť aj právne dejiny Mayov, ku ktorým na rozdiel od právnych dejín Aztékov či Inkov existuje oveľa menej odbornej literatúry, ako aj pramenných informácií: hoci mayológovia už v súčasnosti dokážu prečítať mayské hieroglyfické texty, tieto texty sú zdrojom poznania mayského práva iba veľmi okrajovo; alfabetické pramene zase o mayskom práve referujú iba obmedzene. Recenzovaná monografia čiastočne nadväzuje na skoršie, užšie zamerané publikácie autorov,⁹ zároveň však vo veľkom rozsahu prináša aj autormi dosiaľ nepublikované poznatky a závery.

Ako už bolo spomenuté, autori sa v monografii prevažne zaoberali právnymi dejinami iba troch predkoloniálnych kultúr, a to – Aztékov, Mayov a Inkov. Takéto zúženie problematiky možno považovať za opodstatnené. Objektívne totiž vyplýva z jej rozsiahlosti, zložitosti a mnohorozmernosti, ako aj z toho, že uvedené kultúry možno považovať za reprezentatívne; navyše patria tieto kultúry aj k najviac preskúmaným.

Keďže sa aztécka, mayská a inkská kultúra podobne ako napríklad štáty v Európe, vyvíjali rozdielne, autori vhodne rozdelili text recenzovanej publikácie na relatívne samostatné state, v ktorých postupne priblížili tieto (právne) kultúry a až následne pristúpili k ich systematickej komparácii v závere publikácie.

Jednotlivé kultúry spracovali autori tak, že pri všetkých troch kultúrach sa zaoberali najskôr ich názvom, prameňmi poznania a základnými medzníkmi ich všeobecného vývoja, čo síce priamo nesúvisí s právnymi dejinami, no vzhľadom na nedostatočnú informovanosť o týchto kultúrach u nás¹⁰ umožňuje lepšie uchopenie problematiky, a následne

⁵ BROKMANN HARO, Carlos. *Hablando fuerte. Antropología jurídica comparativa de Mesoamérica*. México: Centro Nacional de Derechos Humanos-CNDH, 2015; BROKMANN HARO, Carlos. *La flecha dorada. Pluralismo y derechos humanos en los sistemas jurídicos de Mesoamérica*. México: Centro Nacional de Derechos Humanos-CNDH; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

⁶ Pozri napríklad: OFFNER, Jerome A. *Law and Politics in Aztec Texcoco*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

⁷ Pozri napríklad: BROKMANN HARO, Carlos. *Hablando fuerte. Antropología jurídica comparativa de Mesoamérica*. México: Centro Nacional de Derechos Humanos-CNDH, 2015, s. 73 an.

⁸ Pozri napríklad: GENG DELGADO, Federico. *Historia del derecho peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2005.

⁹ Pozri napríklad: PUCHOVSKÝ, Ján. *Právne dejiny ríše Inkov a miestokráľovstva Peru*. Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2010; VYŠNÝ, Peter. *Štát a právo Aztékov*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012; VYŠNÝ, Peter. *El derecho en Tenochtitlan. Aspectos jurídicos del orden social de una ciudad-estado prehispánica*. Praha: Leges, 2019.

¹⁰ V slovensko-českom priestore možno čerpať poznatky o Aztékoch, Mayoch a Inkoch zo staršej monografie KATZ, Friedrich. *Staré americké civilizácie*. Praha: Odeon, 1989, ktorej časť venovaná Mayom je však už prekonaná, ako aj z viacerých novších monografií, napríklad: KOSTIČOVÁ, Zuzana Marie. *Náboženství Mayů*. Praha: Karolinum, 2018; KOVÁČ, Milan. *Slnko jaguára. Náboženský svet Olmékov, Mayov a Aztékov*. Bratislava: Chronos, 2002; KŘÍŽOVÁ, Markéta. *Aztékové. Půvab a krutost indiánske civilizácie*. Praha: Karavela, 2005; KŘÍŽOVÁ, Markéta. *Inkové. Nejmocnější indiánsky stát*.

sa zaoberali spoločenskou organizáciou, štátnou organizáciou a právom týchto kultúr. Ide o štruktúru, ktorá je podľa názoru recenzenta vzhľadom na spracovanú tému zvolená veľmi dobre, keďže najskôr čitateľovi umožní orientáciu v reáliách konkrétnej kultúry a až následne sa zaoberá jej právnymi dejinami.

Rozdelenie jadra monografie na relatívne samostatné state, týkajúce sa (troch) skúmaných kultúr, napomáha jeho prehľadnosti, ako aj lepšej zrozumiteľnosti. V závere autori tieto state vhodne a zaujímavovo analyzujú a komparujú, a tým aj obsahovo prepájajú.

Oceniť treba aj rozsiahlu bibliografiu, ktorá poskytne záujemcovi o ďalšie štúdium množstvo aktuálnych, najmä zahraničných prác. Je ale potrebné uviesť, že hoci publikácia má bohatú bibliografiu, na niektorých miestach textu by sa žiadalo viac odkazov na zdroje. Ide ale len o drobný nedostatok, ktorý nijakým spôsobom neznižuje čitateľnosť či vedeckú hodnotu diela.

Vzhľadom na náročnosť a „neznámosť“ témy treba ďalej vyzdvihnúť snahu autorov o to, aby čitatelia publikácii rozumeli a zaujala ich. Práve to bol zrejme dôvod, prečo autori zvolili v právnom texte nie veľmi obvyklé mapy, ktoré čitateľom pomáhajú lepšie sa orientovať v priestore skúmaného teritória a tabuľky, ktoré prehľadne spracúvajú množstvo informácií, ktoré by mohli jednoliaty text „presýtiť“ často veľmi špeciálnymi informáciami.

Ako uvádzajú samotní autori, publikácia spracovanú problematiku nevyčerpáva, ale aj tak umožňuje čitateľom získať o nej pomerne ucelenú predstavu; popritom je aj solídnym „odrazovým mostíkom“ pre jej ďalší výskum. Recenzent sa domnieva, vzhľadom na to, že ide o úplne prvú publikáciu takéhoto rozsahu o danej téme na Slovensku, že takýto prístup k spracovaniu témy, opísaný vyššie, je vhodný a úplne pochopiteľný.

Hoci ide o vedeckú monografiu, autori v závere konštatujú, že podoby práva skúmaných kultúr sú „vhodným a zaujímavým materiálom na výučbu svetových dejín štátu a práva“.¹¹ S presvedčením autorov treba zaiste súhlasiť a domnievame sa, že zaujímavým materiálom pre edukáciu bude nielen daná tematika, ale aj samotná monografia, keďže ucelene a prehľadne spracúva celú problematiku, teda je aj vhodným študijným materiálom. Autori zároveň v celom texte zvyrazňovali podstatné skutočnosti, čo ešte zjednoduší orientáciu študenta v texte.

Záverom možno konštatovať, že ide o mimoriadne podnetnú publikáciu spracovanú prehľadne a zrozumiteľne aj so širším záberom nielen pre študentov práva. Určite teda zaujme právnych historikov, študentov práva, študentov iných spoločenskovedných odborov, napr. historikov a kulturologov, a azda aj širšiu verejnosť.

Marek Prudovič*

Praha: Karavela, 2006; KŘÍŽOVÁ, Markéta. *Dějiny Střední Ameriky*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2016. Čiastkové informácie možno nájsť aj v publikáciách: HICKLING PRESCOTT, William. *Dějiny dobytí Peru*. Praha: Panorama, 1980; HEMMING, John. *Dobytí říše Inků*. Praha: Odeon, 1970; FARFÁNOVÁ BARIOSOVÁ, Eva. *Synové boha Slunce. Vzestup a pád říše Inků*. Praha: Vyšehrad, 2019; DE XEREZ, Francisco. *Pravdivá zpráva o dobytí Peru & provincie Cuzka zvané Nová Kastilie Franciskem Pizarrem*. Praha: Mladá fronta, 1970.

¹¹ VYŠNÝ, Peter – PUCHOVSKÝ, Ján. *Právne dejiny Latinskej Ameriky: predkoloniálne obdobie*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020, s. 158.

* JUDr. PhDr. Marek Prudovič, externý doktorand na katedre dejín práva Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave. E-mail: marek.prudovic@outlook.sk. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4661-9186>.

From the Sociology of Law to the Constitutional Pluralism: Eugen Ehrlich and Theory of Societal Constitutionalism

Jiří Příbáň

Abstract: The article analyses some theoretical ideas of European constitutional pluralism influenced by Ehrlich's sociology of law. After the introductory analysis of the concept of EU constitutional pluralism and critique of its positivist understanding, the article focuses on theory of societal constitutionalism, normative plurality and heterarchies prevailing over the normative hierarchical concept of law. While more conventional legal theories frame these heterarchies and pluralism of transnational constitutionalism by monist approaches, theory of societal constitutionalism radicalises these heterarchies and considers the transnational system of law one of many societal systems of functionally differentiated global society. The importance of Ehrlich's sociology of law consists of its capacity to analyse this differentiated system of law which functions independently of state organisation with its monopoly of political power in both supranational EU law and transnational global law. The concluding part, therefore, focuses on Teubner's theory of societal constitutionalism which draws on Ehrlich's sociological notion of law in the most original way, analyses knowledge regimes as new constitutional subjects and understands them as a new constellation of relationships between social power and constitutional authority stretching beyond classic constructs of constitutional theory and cosmopolitan ethics as legitimation forces of global law and politics.

Keywords: Eugen Ehrlich, living law, constitutional pluralism, sociology of law, constitutionalism, legal theory, constitutional theory

Eugen Ehrlich – Founder of Legal Sociology

Petr Osina (<https://orcid.org/0000-0001-6514-1048>)

Abstract: The aim of the article is to introduce the important Austrian lawyer and Roman law teacher Eugen Ehrlich. In the introductory part, the author deals in detail with the main events of Ehrlich's life, in which he presents the most important stage of his work at the Franz Josef University in Czernowitz. The next part focuses on the analysis of the basic elements of Eugen Ehrlich's sociological conception. In *Fundamentals of the Sociology of Law*, Ehrlich identified three types or sources of law – state law, lawyers' law, and social law. This is followed by a passage devoted to the concept of living law and its role in the operation of law in society. Living law is a system of rules that governs life itself, even if it has not been established in law. Ehrlich's sociology of law did not call into question the legal validity of state law if it accepted the possibility of confronting it with living law or the law of lawyers. The next part of the article analyzes the critical remarks made by another Austrian lawyer, Hans Kelsen, on Ehrlich's theory. The last part focuses on the role of public interest in the context of law. For Ehrlich, legal norms were not inanimate constructions that existed independently of social reality. They were part of a functioning order of social communication that protects certain interests preferred by society and discriminates against those interests that society does not approve of.

Keywords: legal sociology, state law, lawyers' law, living law, legal facts, social interest

Corruption and In-Effectiveness of Law – Conflict of Normative Systems?

Tomáš Gábriš (<https://orcid.org/0000-0002-6862-2688>)

Abstract: It is notorious that the concept of “effectiveness of law” has, in addition to its dogmatic legal dimension, also a sociological dimension – in terms of compliance with and effectiveness of legal norms. Closely related to this is the topic of non-compliance with the law, respectively illegal conduct. With regard to the examined problem of corrupt behaviour, this article is about the (in)effectiveness of legal regulation of punishment of corruption. On the other hand, the corruption itself can also be one of the reasons for practical ineffectiveness (non-compliance) of law in general. The reason, but also the way to solve both problems may consist in sociological and psychological aspects of corruption, which shows certain specificities in comparison with other crimes.

Keywords: corruption, socio-legal studies, psychology, behavioral economics, criminal law, effectiveness of law

Customary Law in the Czech Legal System

Ondřej Horák (<https://orcid.org/0000-0003-3549-6539>)

Abstract: According to the prevailing view of recent Czech legal-theoretical literature (especially V. Knapp, J. Boguszak and A. Gerloch), legal custom is no longer a source of law in continental law. Based on foreign (especially German) publications (F. Gschnitzer, F. Bydlinski, B. Rùthers et al.), the paper seeks to show that customary law is still recognized as one of the sources of continental legal systems, somewhere explicitly by act (for example by civil codes of Spain or Switzerland), elsewhere by interpretation (in Germany or Austria). Attention is also paid to the (traditionally controversial) issue of case law as one of the types of customary law. Furthermore, concrete examples are presented, which can be understood as the effect of legal custom in Czech law (in the case of exclusion or narrowing of the application of legal regulation, extension of its application or reduction of its hardness). They are elected not only from the field of private law, but also from public law (including financial, administrative or criminal law).

Keywords: custom, legal custom, customary law, judge-made law, case law

Administrative International Law. A Sketch of a Legal Discipline

Jakub Handrlica (<https://orcid.org/0000-0003-2274-0221>)

Abstract: Private international law as a specific and autonomous discipline has been well known to our legal scholarship. It deals with the question of treatment of those relations of private law, where a certain foreign element appears. On the contrary, our domestic legal scholarship hasn't paid so far any considerable attention to those relations of administrative law, where a similar foreign element uses to appear. This is in a strict contrast with the fact, that foreign legal scholarship has been discussing emergence of a special branch of public law – administrative international law – for several decades. This article aims to present this special discipline of law to the domestic auditorium.

Keywords: administrative international law, foreign element, application of foreign law

Replacing Directives with Regulations in European Union Law

Magdaléna Svobodová (<https://orcid.org/0000-0003-2968-6854>)

Abstract: A process of replacing directives with regulations in the European Union can be observed since 2000. One of the reasons for such change is the problem of incorrect or delayed transposition of directives. The form of regulation is advantageous for entities engaged in international trade or working in other Member States, as it contains unified rules applicable across the EU. On the other hand, however, the more widespread adoption of regulations leads to a strengthening of the European Union in the area of law-making at the expense of national parliaments and contributes to the federalisation of the EU. This paper focuses on two questions: 1) whether regulation as a form is preferable to directives in particular cases, and 2) whether the replacement of directives with regulations is in conformity with the Treaties and legitimate.

Keywords: regulation, directive, principle of proportionality, democratic deficit

Úskalí asistované reprodukce v muslimských zemích

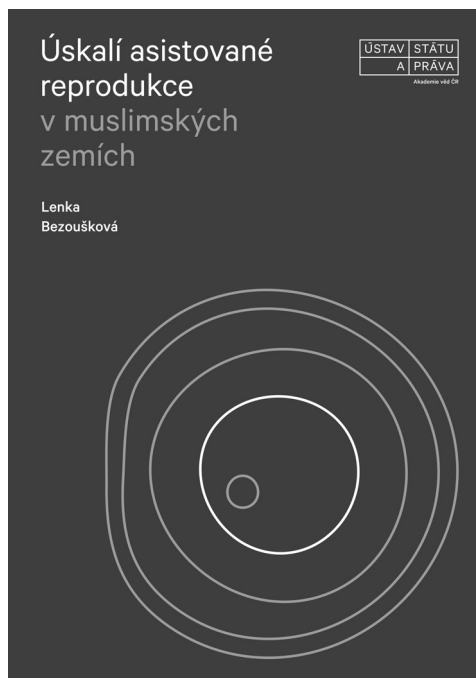
Lenka Bezoušková

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2021, 115 stran (e-kniha)

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Publikace nabízí vhled do problematiky asistované reprodukce v kontextu islámského právního systému. Podrobně se věnuje konkrétním restrikcím a pravidlům ustanoveným v islámském právu a vysvětlením jejich smyslu. Autorka představuje postoje sunnitských i šíitských učenců k dostupným metodám asistované reprodukce, popisuje také rozdíly v právních úpravách jednotlivých muslimských států. Souběžně pojednává i o souvisejících tématech, jako je uzavření či ukončení manželství, určení otcovství či status nemanželských dětí.



Osnova československého občanského zákoníku

Jan Kober

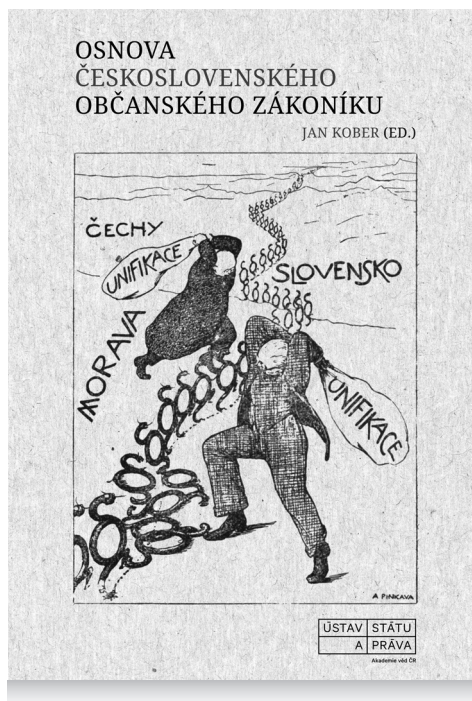
Ústav státu a práva AV ČR

Praha 2021, 473 stran (e-kniha)

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Publikace přináší edici pramenů k historickému vývoji československého civilního práva – vládní návrh občanského zákoníku z roku 1937 a z roku 1946. Edici doplňuje podrobná studie zasazující oba návrhy do historického kontextu své doby.



Lékařské posudky v pracovním právu

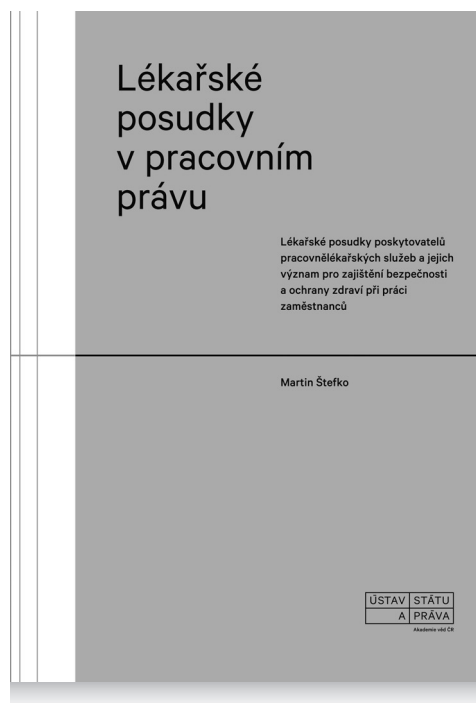
Martin Štefko

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2020, 216 stran

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Komplexní publikace Lékařské posudky v pracovním právu se detailně věnuje specifické oblasti pracovně-lékařského práva, kterou je posuzování zdravotní způsobilosti zaměstnance k výkonu práce. Úvodní část popisuje historický vývoj legislativních úprav v této oblasti a aktuálně platné národní a mezinárodní předpisy. Jádrem knihy je pak analýza konkrétních institutů regulujících posuzování zdravotní způsobilosti, včetně klíčového výstupu z této posuzovací činnosti poskytovatele pracovně-lékařských služeb, tj. samotného lékařského posudku.



Republika so Svätou korunou?

Svätá koruna, idea republiky a historická ústava v maďarskom právnom poriadku

Ivan Halász

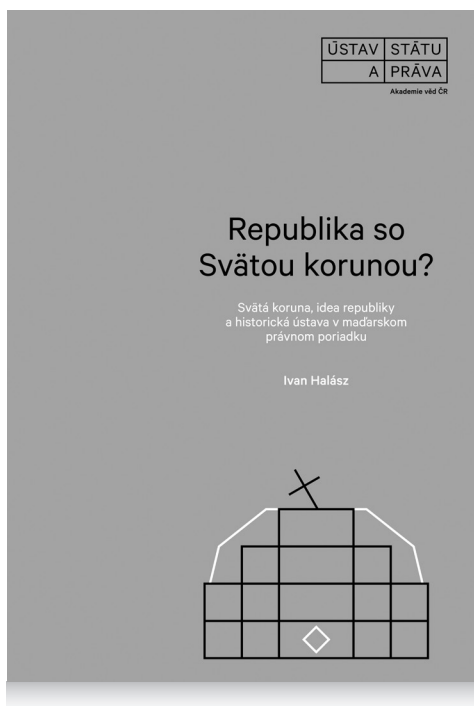
Ústav štátu a práva AV ČR
Praha 2020, 132 stran

ŮSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Cieľom monografie je objasniť českej a slovenskej odbornej i laickej verejnosti niektoré dôležité pojmy maďarského (predtým uhorského) ústavnoprávneho vývoja, ktoré po druhej svätovej vojne síce ustúpili do úzadia, ale po roku 2010 došlo k ich revitalizácii. Ide predovšetkým o svätoštefanskú Svätú korunu a pojem historickej ústavy. Okrem toho tu bude reč aj o komplikovanom vývoji štátnej formy Maďarska v hektickom 20. storočí a s ním súvisiacimi časťami zmenami oficiálneho názvu maďarského štátu.

Tieto pojmy je potrebné priblížiť nielen v ich aktuálnom kontexte, ale aj v historickej perspektíve, lebo inak ľahko môže dôjsť k nedorozumeniu a nepochopeniu maďarského vývoja. Na druhej strane si treba uvedomiť, že maďarské spoločenské a politické myslenie dodnes silne ovplyvňuje intenzívne historické povedomie a zahľadenosť do minulosti. Pre lepšie pochopenie tohto faktu sa jednoducho stačí prejsť po uliciach Budapešti alebo prezrieť si ponuku mnohých kníhkupectiev.



Osobitnú pozornosť venuje monografia vývoju republiky a republikánskeho myslenia, ako aj historizujúcej terminológii v súčasnom verejnom práve. Táto tendencia sa v posledných rokoch totiž taktiež výrazne posilnila.

Biometric Data and Its Specific Legal Protection

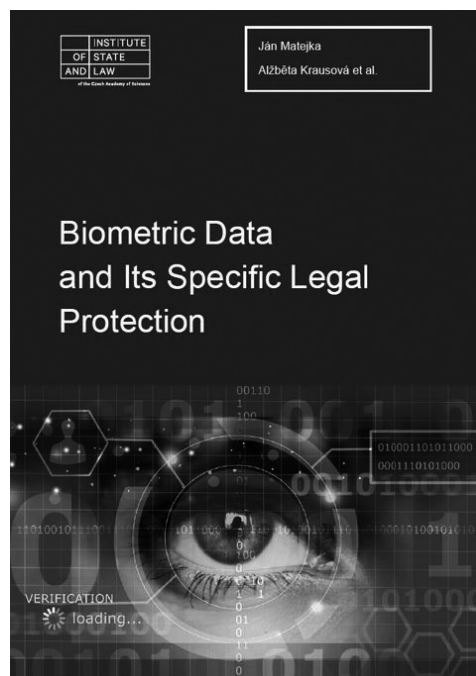
Ján Matejka,
Alžběta Krausová, Vojen Güttler

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2020, 192 stran

ÚSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Kniha se zabývá technologickými a právními aspekty biometrie, jejíž využití je stále širší a častější. Biometrické ověřování je v současné době prováděno na denní bázi, například při odemknutí telefonu pomocí otisku prstu nebo při ověřování podoby během bezpečnostní kontroly. Monografie přináší odpovědi na otázky, jak biometrické technologie fungují, kde jsou využívány a jaká rizika jsou s nimi spojena. Autoři se věnují zejména možným dopadům využívání těchto technologií na lidská práva a svobody a právní ochraně proti možnému zneužití biometrických údajů, přičemž právní analýza je zaměřena především na legislativu Evropské unie a České republiky. Součástí knihy jsou také praktická doporučení pro správné zpracování a uchování biometrických dat.





XXIX. Konference Karlovarské právnické dny

**Grandhotel Ambassador Národní dům,
Karlovy Vary 16. 6.–18. 6. 2022**

KJT

Pořádají:
**Karlovarské právnické dny – Společnost českých,
německých, slovenských a rakouských právníků, z.s.
Česká advokátní komora, Slovenská advokátska komora
DAV – Arbeitsgemeinschaft Internationales Wirtschaftsrecht
Ústav štátu a práva SAV, EPRAVO.CZ, a.s., DTJV**

Odborní mediální partneři
Nakladatelství C. H. Beck, s.r.o., Nakladatelství Leges, s.r.o., Nakladatelství Wolters Kluwer CR, a.s.,
Atlas consulting, spol. s r.o., Právní rádce, Právní prostor, Advokátní deník,
IWRZ – Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

Program

- Doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.**, PF UK – Realizace mezinárodních závazků ČR k sankčním opatřením EU (zmrazení majetku, omezení obchodu a plateb) a jejich dopady do majetkové sféry vnitrostátních subjektů
- Prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš**, PF TU v Trnavě, ÚSP AV ČR – Úvahy nad právem a jeho ohybáním
- Dr. Eric Heinke**, místopředseda RAK Wien, **JUDr. Monika Novotná**, místopředsedkyně ČAK, **JUDr. Ondřej Trubač, Ph.D., LL.M.**, advokát Praha – Role a působení advokáta
- Doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D.**, PF UP v Olomouci – Zprostředkovatel z pohledu spotřebitele
- Mgr. František Korběl, Ph.D.**, advokát Praha – Aktuální stav implementace a změn nového stavebního zákona
- JUDr. Zdeněk Krčmář**, NS ČR – Podřízené pohledávky v insolvenčním řízení (Podřízenost nucená věřitelům insolvenčním zákonem)
- JUDr. Tomáš Lichovník**, ÚS ČR – Trestní právo v rozhodnutích Ústavního soudu
- Doc. JUDr. Filip Melzer, LL.M., Ph.D.**, PF UP v Olomouci – „Condictio ob rem“ v českém právu
- JUDr. Robert Pelikán, Ph.D.**, advokát Praha – Relativní neplatnost v novém českém právu
- Prof. JUDr. Irena Pelikánová, DrSc.** – Vstup unijního interpreta do národního práva – příklad zneužívajících klauzulí ve spotřebitelských smlouvách
- Doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.**, PF MU Brno – Soukromoprávní odpovědnost za kybernetický útok
- JUDr. František Púry, Ph.D.**, NS ČR, PF UK, **JUDr. Martin Richter, Ph.D.**, advokát Praha – Problematické aspekty zjišťování škody a její výše v trestním řízení
- Hon.-Prof. PD Dr. Jürgen Rassi**, OGH Wien – Dopad Covid-19 do hmotné právních vztahů v rakouském právu
- Mag. Dominik Schindl**, WU Wien – Klimatické žaloby v mezinárodním srovnání
- JUDr. Ivan Syrový, PhD.**, advokát Bratislava – Viazanosť súdu predloženým znaleckým posudkom a postup pri odstraňovaní rozporov medzi predloženými znaleckými posudkami
- Prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D.**, ÚS ČR, PF UK – Rozhodování o příkázání věci jinému senátu nebo jinému soudu podle § 262 TrŘ ve světle judikatury Ústavního soudu
- Doc. JUDr. Ivana Štenglová**, PF UK, VSCI Praha, **JUDr. Petr Šuk**, NS ČR – Zvláštní druhy akcií jako nástroj účasti akcionářů na řízení společnosti
- Doc. JUDr. Petr Tégl, Ph.D.**, PF UP v Olomouci – Vybrané problémy týkající se vztahů mezi spoluvlastníky a vztahů spoluvlastníků vůči třetím osobám
- Mgr. Michal Vávra**, advokát Brno, **Dr. Michael Wukoschitz**, advokát Vídeň – Dopad Covid-19 do oblasti cestovního práva v ČR a Rakousku
- Doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc.**, Ústav štátu a práva SAV – Ohýbanie práva
- Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, prezident KJT, advokát, Kolín n. R. – Nařízení EP a Rady 2019/1150 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb
- Doc. JUDr. Lucia Žitňanská, PhD.**, PF TU v Trnavě – Interakcia medzi trestnoprávnou a korporačnou zodpovednosťou člena orgánu za škodu

**Názvy příspěvků jsou redakčně zkráceny. Příspěvky budou simultánně tlumočeny ČJ/NJ.
Moderátoři konference: JUDr. Vladimír Zoufalý a Mgr. Michal Vávra,
JUDr. Petr Bříza, Doc. Jozef Vozár, JUDr. Ondřej Trubač a Mgr. Kamil Blažek
Změna programu vyhrazena. Časové uspořádání programu sledujte na www.kjt.cz**

Účastnický poplatek je 10 000 Kč + DPH.
V rámci Slavnostní recepcce dne 17. 6. 2022 budou předána tradiční ocenění společnosti.
Anketní lístek lze vyplnit na www.kjt.cz.
Není vázáno na účast na konferenci
Podmínky účasti a přihlášení www.kjt.cz

Partneři konference:

AGROFERT

SKUPINA ČEZ

KARLOVARSKÉ PRÁVNICKÉ DNY

PRESTIŽNÍ CENA 2022

pro nejlepší právnický časopis v České a Slovenské republice

Anketní lístek

	Časopis Recenzované časopisy (R)		Vydavatel		Hodnotte 1-10 úroveň	
					Odborná/informační	
1	Acta Iuridica Olomucensia	(R)	Univerzita Palackého v Olomouci	ČR		
2	Ad Notam		Notářská komora ČR	ČR		
3	Ars notaria		Notářská komora SR	SR		
4	Bulletin advokacie/Advokátní deník	(R)	Česká advokátní komora	ČR		
5	Bulletin slovenskej advokácie	(R)	Slovenská advokátska komora	SR		
6	Bulletin Stavební právo		Česká společnost pro stavební právo	ČR		
7	Časopis pro právní vědu a praxi	(R)	Masarykova univerzita, Brno	ČR		
8	Epravo		EPRAVO.CZ, a. s.	ČR		
9	International and Comparative Law Review	(R)	Univerzita Palackého v Olomouci	ČR		
10	Jiné právo		Kolektiv autorů (blog)	ČR		
11	Jurisprudence	(R)	Wolters Kluwer ČR, a. s., a PF UK	ČR		
12	Justičná revue	(R)	Ministerstvo spravedlivosti SR	SR		
13	Kriminalistika	(R)	Ministerstvo vnitra ČR	ČR		
14	Obchodní právo	(R)	Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
15	Obchodněprávní revue	(R)	C. H. Beck	ČR		
16	Právněhistorické studie	(R)	PF Univerzita Karlova v Praze	ČR		
17	Právní prostor		ATLAS consulting spol. s r. o.	ČR		
18	Právní rádce		Economia, a. s.	ČR		
19	Právní rozhledy	(R)	C. H. Beck	ČR		
20	Právnické listy	(R)	PF ZČU v Plzni, Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
21	Právník	(R)	Ústav státu a práva AV ČR	ČR		
22	Právní obzor	(R)	Ústav státu a práva SAV	SR		
23	Právo a rodina		Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
24	Soukromé právo		Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
25	Revue církevního práva	(R)	Společnost pro církevní právo	ČR		
26	Revue pro právo a technologie	(R)	Masarykova univerzita Brno	ČR		
27	Rodinné listy		Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
28	Soudce		Soudcovská unie ČR	ČR		
29	Soudní rozhledy	(R)	C. H. Beck	ČR		
30	Správní právo	(R)	Ministerstvo vnitra ČR	ČR		
31	Státní zastupitelství	(R)	Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
32	Súkromné právo	(R)	Wolters Kluwer SR s. r. o.	SR		
33	Trestněprávní revue	(R)	C. H. Beck	ČR		
34	Trestní právo	(R)	Wolters Kluwer ČR, a. s.	ČR		
35	Zo súdnej praxe	(R)	Wolters Kluwer SR s. r. o.	SR		
36	Zpravodaj Jednoty českých právníků		Jednota českých právníků	ČR		

Není nutné hodnotit všechny časopisy, jde o hodnocení výlučně dle vlastní znalosti a možnosti srovnání.

Odborná a informační úroveň se hodnotí zvláště přidělením bodů od 1 do 10, kdy 1 bod je určen pro nejnižší a 10 pro nejlepší úroveň.

Níže lze navrhnout na cenu Pocta judikátu pravomocný rozsudek publikovaný mezi 1.3.2019 a 28.2.2022:

Soud..... sp. zn. ze dne.....

Anketní lístek prosíme zaslat poštou nejpozději do 31.5.2022, per e-mail do 12:00 hod. 17.6.2022 na adresu casopis@kjt.cz, případně vyplnit na www.kjt.cz, zde je zveřejněn i Statut této ceny. Obdržené anketní listky budou slosovány o věcné ceny (právnickou literaturu).

Souhlasím s uchováním následujících údajů pro účely zpracování ankety po dobu dvou let od uzávěrky.

Prohlašuji, že jsem anketní lístek vyplnil/a osobně dle svého nejlepšího přesvědčení.

Jméno, příjmení, titul.....Profese.....

Adresa sídla.....Tel.....E-mail.....

Podpis.....

Při el. vyplnění (bez vlastního podpisu) zašlete ze svého vlastního e-mailu uvedeného ve Vašich veřejných kontaktech.

OLOMOUCKÉ PRÁVNICKÉ DNY 2022

XV. ROČNÍK MEZINÁRODNÍ
VĚDECKÉ KONFERENCE

9.–10. ČERVNA 2022



Vážení kolegové,

přijměte, prosím, pozvání na XV. ročník mezinárodní vědecké konference **Olomoucké právníké dny 2022** pořádaný Právnickou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci ve dnech 9.–10. června 2022 v prostorách PF UP.

Konference se bude již tradičně odvíjet ve dvou částech – po úvodních přednáškách, kde vystoupí významní čeští a zahraniční odborníci se svými příspěvky, budou následovat tematicky zaměřené sekce.

Podrobné informace ke konferenci včetně elektronické přihlášky naleznete na:
<https://www.pf.upol.cz/opd/>

S úctou

doc. JUDr. Václav Stehlík, LL.M. Ph.D.
děkan Právnické fakulty
Univerzity Palackého v Olomouci

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci
Tř. 17. listopadu 8 | 771 11 Olomouc | T: 585 637 509
www.pf.upol.cz



VÍCE INFORMACÍ