

## Ondřejek Pavel. *Defragmentation of Law. Reconstruction of Contemporary Law as a System*. Cambridge: Intersentia, 2023, 234 s.

### Úvod

Knihy Pavla Ondřejka *Defragmentation of Law. Reconstruction of Contemporary Law as a System* je dalším z děl tohoto autora, které se pohybuje na určité myšlené ose mezi systémovým a metodologickým pojetím práva. Pavel Ondřejek se dlouhodobě profiluje v české a evropské právní vědě jako autor, který se zabývá otázkami fungování právního řádu jako systému i nástroje působení na životní vztahy. Z dřívějších děl tohoto autora je třeba připomenout zejména ve své době v českém prostředí ojedinělou práci o principu proporcionality (*Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*)<sup>1</sup> a dále jeho habilitační práci věnovanou právě systémovému pojetí práva (*Koncepce práva jako systému*).<sup>2</sup>

Právě tato ideová základna Ondřejkova přemýšlení o právu vytvořila předpolí pro dílo, jemuž je věnována tato recenze. Je potřeba říci, že recenzovaná práce se nepochybně obrací k širšímu vědeckému publiku již proto, že je psána v anglickém jazyce, a také volbou mezinárodního nakladatelství *Intersentia*, které je mj. také publikačním partnerem *Cambridge University Press*.<sup>3</sup>

Již v názvu knihy rezonuje základní myšlenka, která je pro systémové teorie práva inherentní, a to je otázka, zda právo představuje svou povahou systémový jev, anebo zda je systém práva produktem jeho interpretace. Užití pojmu „rekonstrukce“ naznačuje, že autor se blíží druhému z uvedených pojetí, tedy k systému práva jako interpretativnímu modu existence práva jako společenského jevu. Systémová povaha práva je tedy otázkou optiky, přístupu k jeho fenoménu, nikoliv nezbytným atributem jeho existence *per se*. Právo není systemizováno na základě objektivních faktorů.<sup>4</sup>

Cílem knihy podle slov samotného autora však není popsat právo jako fragmentární jev, ale představit normativní argumenty pro opačný trend uvažování, tedy „defragmentaci“ práva vedoucí k obnově systémového pojetí práva jako společenského jevu. Tyto normativní argumenty tedy představují nástroje k defragmentaci práva. Proti fragmentaci Ondřejek staví princip jednoty práva ve smyslu jeho vnitřní koherence, který je možno stabilizovat skrze rozhodovací praxi aplikačních institucí a právní doktrínu.<sup>5</sup>

Tato recenze si neklade za cíl zcela do detailu popsat vše, co je v knize uvedeno, ale má ambici seznámit s obsahem jednotlivých kapitol a vyzdvihnout jejich silná místa a zároveň upozornit na některé pasáže, které se mohou jevit problematičtějšími.

<sup>1</sup> ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012.

<sup>2</sup> ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020. Pro stručné seznámení s obsahem této práce viz recenzi Jana Kysely. KYSELA, J. Recenze: Ondřejek Pavel. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020. *Právník*. 2021, č. 3, s. 213–226.

<sup>3</sup> Intersentia. In: *Cambridge Core* [online]. [cit. 2024-04-28]. Dostupné z: <https://www.cambridge.org/core/publications/publishing-partners/intersentia>.

<sup>4</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law. Reconstruction of Contemporary Law as a System*. Cambridge: Intersentia, 2023, s. 23.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 30.

## 1. Fragmentace práva a normativní konflikty

V první kapitole se autor zabývá pojmy diferenciacie a fragmentace současného právního řádu, což jsou ústřední pojmy celé této práce. *Ondřejek* tu vychází z induktivního výkladu a na příkladech z praxe právní úpravy v některých evropských zemích (Německo, Maďarsko, Česká republika) demonstruje situace, které jsou podle něho projevem tzv. fragmentace právního řádu. Samotný pojem fragmentace *Ondřejek* definuje jako proces, v němž rostoucí komplexita společenských vztahů a tomu odpovídající právní regulace oslabuje vazby mezi jednotlivými právními institucemi, právními odvětvími a prameny práva.<sup>6</sup> V tomto procesu jsou zakotvena určitá nebezpečí, a to zejména četnější normologické (normativní) konflikty, oslabení systémových vazeb mezi jednotlivými částmi právního řádu, jakož i mezi obecnějšími právními principy a hodnotami, jež jsou základem právní regulace (tzv. vnitřní systematika práva). Tato fragmentace pak má i praktické dopady, kdy například adresátům právních norem nemusí být zřejmé, která norma má být aplikována, tedy jak mají podle práva jednat.<sup>7</sup>

*Ondřejek* uvádí, že fenomén fragmentace práva je spojován zejména s mezinárodním právem veřejným, kde různí autoři spojují existenci tohoto fenoménu s několika různými příčinami. Uvádí zde metaforu *Joosta Pauvelina*, který připodobňuje mezinárodní právo veřejné, které je založené na různých smlouvách, dohodách apod., kde existují nejrůznější mezinárodní soudy a tribunály, k ostrovům, které by měly být v ideálním případě „propojené“. Tato propojenost by totiž měla přispívat k tomu, aby nedocházelo k fragmentaci práva. Další autoři, kteří se věnují fragmentaci práva, pak zdůrazňují, že v rámci mezinárodního práva veřejného neexistuje jediný a jedinečný orgán, který by byl nadán legislativní pravomocí,<sup>8</sup> tedy toto právo je tvořeno různými orgány, v různých částech světa a za různými účely.

Kromě právotvorby pak k fragmentaci práva přispívá i jeho následná interpretace a aplikace. Jen v rámci jednoho státu existují různé orgány, které tyto mezinárodní normativní právní texty interpretují a aplikují, a jak upozorňuje *Tamar Mediggo*, v mezinárodním právu veřejném neexistuje jediný soudní orgán, který by sloužil jako poslední instance, pokud jsou vedeny mezinárodněprávní spory.<sup>9</sup> Tento fakt samozřejmě může vést k tomu, že v různých zemích jsou vykládána jednotlivá ustanovení mezinárodních smluv či dohod různým způsobem a právě i tento rozdílný výklad může vést k fragmentaci práva. Můžeme mít stejný text, to ovšem neznamená, že všude budou fakticky platné a účinné stejné normy.

*Ondřejek* se rozhodl zkoumat, zda se některé tyto příčiny vedoucí k fragmentaci práva nevyskytují nejen na úrovni mezinárodního práva veřejného, ale i na úrovni vnitrostátního práva. Z toho důvodu se domnívá, že fenomén fragmentace práva a s ním související problémy se týkají nejen práva mezinárodního, ale i vnitrostátního.<sup>10</sup> S touto *Ondřejkovou* tezí můžeme souhlasit. Rostoucí komplexita společenských vztahů a s nimi spojená komplexita právní regulace se projevuje i na vnitrostátní úrovni, kde se může stát, že se „řada odlišných právních předpisů s odlišným předmětem či cílem [...] v praxi týká stejných

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 5.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 5.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 11–13.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 13–15.

nebo velmi obdobných případů.“<sup>11</sup> Tím dochází k tomu, že se právní regulace překrývá a řetězí, což v konečném důsledku snižuje právní jistotu adresátů, kteří se musí potýkat s přemírou právní regulace.<sup>12</sup>

Po tom, co Ondřejek představil příčiny fragmentace práva a obhajoval názor, že tento fenomén nemusí být spojován pouze s mezinárodním právem, ale i právem vnitrostátním, se věnuje metodologickému rozměru problému fragmentace. Ondřejek pracuje se třemi typy fragmentace práva: materiální (anglicky *substantive*), institucionální a metodologickou.<sup>13</sup> Tvrdí, že důsledkem materiální a institucionální fragmentace práva je autonomní metodologie interpretace práva jednotlivých institucí. Tuto tezi autor demonstruje na příkladu různých soudních institucí na úrovni ústavních tribunálů, ale také systematicky z hlediska vnímání postavení a aplikovatelnosti ústavního práva.

Ondřejek se blíže zabývá normativními konflikty<sup>14</sup> jako jedním z efektů fragmentace práva. Odlišuje přitom normativní spor, normativní kolizi a normativní soutěž (*H. Hamner Hill*).<sup>15</sup> Ondřejek chápe normativní konflikty poměrně široce, neboť pod tuto kategorii výslovně řadí také odlišná řešení týchž právních případů různými soudy, které nejsou součástí téže hierarchické soustavy soudních orgánů.<sup>16</sup> Lze pozitivně hodnotit, že se Ondřejek snaží pro lepší pochopení představené definice projektovat v jednoduchých a přehledných grafických schématech. Ondřejek používá zajímavé příklady partikularizace práva z prostředí střední a východní Evropy druhé poloviny 20. století.<sup>17</sup> Dochází k závěru, že právo je sice nedokonalý systém, který se ale snaží dosáhnout vnitřní koherence, k čemuž přispívá nemalou měrou aplikační činnost orgánů veřejné moci a právní doktrína.

<sup>11</sup> NONNEMANN, F. Better Regulation a Česká republika. In: *Law Muni* [online]. 2008 [cit. 2024-04-28]. Dostupné z: <https://www.gdpr.cz/better-regulation-a-ceska-republika>.

<sup>12</sup> Ibidem. Problematice přeregulovanosti a s ní spojeným úvahám o lepší regulaci (*Better Regulation*) se věnuje více například Rudolf Rys. RYS, R. Evropský rozměr lepší regulace. In: *GDPR* [online]. 27. 12. 2023 [cit. 2024-04-28]. Dostupné z: [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/sprava/rys\\_rudolf.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/sprava/rys_rudolf.pdf). Rys tvrdí, že v legislativních pravidlech vlády nalezneme požadavky na lepší regulaci, když je vyžadováno, aby „přípravě každého právního předpisu musí předcházet podrobná analýza právního a skutkového stavu. Její součástí je i zhodnocení nezbytnosti změny právního stavu, a nejsou-li určité vztahy právním předpisem dosud upraveny, zhodnocení nezbytnosti rozšíření právní regulace i na tyto vztahy, včetně zhodnocení dopadů předpokládané změny právního stavu nebo dopadů právní regulace, která má být rozšířena na právní vztahy dosud právem neupravené; při tomto hodnocení se postupuje podle Obecných zásad pro hodnocení dopadů regulace (dále jen „obecné zásady“).“ Čl. 2 odst. 1 Legislativních pravidel vlády. K přeregulovanosti též POMAHAČ, Viktor. Úřady a soudy – spory, nebo dialog. *Právník*. 2016, č. 10, s. 875–884.

<sup>13</sup> Materiální fragmentací Ondřejek rozumí to, že vznikají komplexní předpisy, které jsou relativně nezávislé na dalších právních předpisech. Institucionální fragmentací pak rozumí to, že existují institucionálně nezávislé instituce, které jsou oprávněny rozhodovat a které nejsou v hierarchickém postavení. Metodologická fragmentace je pak podle Ondřejka spojena s dvěma předchozími, kde materiální a institucionální fragmentace souvisejí s tím, že jednotlivé instituce (státní orgány) vytvářejí relativně autonomní metodologii výkladu práva. Viz ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 7–9.

<sup>14</sup> Ondřejek odkazuje na Hanse Kelsena, který za normativní konflikt považoval situaci, kdy jedna norma předepisuje nějaké jednání a norma další jednání jiné. Ondřejek uvádí, že podle něho se jedná o normativní konflikt nejen ve výše zmíněném případě, ale i v případech, kdy jsou v kolizi cíle právního předpisu, zásady, na nichž je právní předpis založen, nebo mezi hodnotami, které stojí v pozadí právní úpravy. Příklad, kdy existují dvě normy, kdy jedna předepisuje určité jednání a druhá předepisuje jiné, Ondřejek označuje normativním sporem. Ten je podle něho charakteristický tím, že o existenci normativního sporu můžeme hovořit tehdy a pouze tehdy, pokud je nemožné, aby subjekt jednal v souladu s oběma dotčenými právními normami. Normativní kolize jsou pak případy, kdy jsou v kolizi například cíle, či účely právních norem. Normativní soutěží se Ondřejek vědomě nevěnuje, což explicitně uvádí. Viz ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 16–17.

<sup>15</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 17.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 18.

<sup>17</sup> Důležitým příkladem partikularizace práva již v éře samostatného českého právního řádu po roce 1993 je původní nastavení zákoníku práce z roku 2006, který pracoval s principem delegace. Ústavní soud ČR však příslušně pasáže zákoníku práce zrušil nálezem Pl. ÚS 83/06.

## 2. Způsoby řešení fragmentace práva

V druhé kapitole *Ondřejek* představuje základní způsob řešení problému fragmentace, a tím je systémový přístup v interpretaci práva. V této části diskutuje vztah mezi systematickou metodou výkladu a ostatními přístupy, přičemž připomíná *Savignyho* myšlenku vnitřní souvislosti práva jako významového jednotného celku. Tento hermeneutický postulát<sup>18</sup> se prolíná celým dalším *Ondřejkovým* přemýšlením o důležitosti systematického výkladu pro projekt defragmentace práva.

Při charakteristice principu jednoty a koherence práva si autor osvojuje *Dworkinův* pohled na právo jako na integritu pravidel, principů a politik (*law as integrity*), který lze použít i pro kontinentální systém práva. Svůj výklad o principu koherence *Ondřejek* opírá o poněkud neuspořádané úvahy o principech a hodnotách v právu,<sup>19</sup> kde místy operuje spíše jen s ústavními principy (srov. koncept „neviditelné ústavy“ z maďarského prostředí 90. let 20. století), z čehož dovozuje důležitost systematicko-teleologického výkladu oproti ideologiím zákonné a legální (textualistické) interpretace. Jakkoliv je smysl této úvahy zřejmý, volba argumentů tu dle našeho názoru postrádá hlubší systematickou souvislost a jde spíše o volbu zajímavých příkladů z diskuse o důležitosti vnitřní systematiky práva (*C. W. Canaris*), tedy na důležitost i nepsaných pramenů práva, jako jsou principy či důležitost hodnot, se kterými v rámci právního systému pracujeme a které jsou právem chráněny.

To, že jsou i nepsané prameny práva velice důležité, je ostatně současnou právní vědou, ale i praxí přijímáno. V českém právním prostředí napsal například již v roce 2002 *Zdeněk Kühn* knihu *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*.<sup>20</sup> S existencí principů a jejich důležitostí pro interpretační a aplikační praxi pak pracují i učebnice teorie práva.<sup>21</sup> *Ondřejek* v této části uvádí, že neexistují pouze „ústavní“ principy, ale že v rámci jednotlivých právních odvětví můžeme rovněž hledat právní principy, které mohou být v kolizi. *Ondřejek* se následně vymezuje proti totálnímu konstitucionalismu, když tvrdí, že neplatí, že by měly ústavní principy mít vždy přednost. Nesouhlasí tedy s tím, že by ústavní principy měly trumfnout zásady jednotlivých odvětví.<sup>22</sup>

Ostatně *Ondřejek* spojuje principy, zásady, účely a hodnoty s vnitřní systematikou práva, kde již například *Gustav Radbruch* uvádí, že ty nejdůležitější účely práva, kterými jsou obecné blaho, spravedlnost a právní jistota, nejsou nikdy v naprosté harmonii, ale jsou ve vztahu napětí.<sup>23</sup> Dle *Radbrucha* je tedy nemožné, aby nastala v právním řádu naprostá koherence, neboť samotné „nejvyšší“ účely, hodnoty či práva jsou ve vzájemné tenzi a nelze *a priori* rozhodnout, která z nich má mít přednost.

<sup>18</sup> V obecné hermeneutické filosofii se často používá pojem „souvislostní působení“ či „působící souvislost“ (*Wirkungszusammenhang*), která má socio-historický charakter a vytváří půdorys pro kontextuální porozumění dějinným skutečnostem (W. Dilthey).

<sup>19</sup> Srov. ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 38–45.

<sup>20</sup> KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

<sup>21</sup> KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, nebo ŠKOP, M. – SMEJKALOVÁ, T. – ŠTĚPÁNÍKOVÁ, M. *Teorie práva – průvodce studiem*. In: *Právnická fakulta Masarykovy univerzity* [online]. [cit. 2024-04-28]. Dostupné z: [https://is.muni.cz/do/law/stud/el/teorie\\_prava/pages/05\\_08\\_pravni\\_principy.html](https://is.muni.cz/do/law/stud/el/teorie_prava/pages/05_08_pravni_principy.html).

<sup>22</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 20–21.

<sup>23</sup> RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.

Kromě právě zmíněné koherence hodnot stojících v pozadí právní regulace uvádí *Ondřejek* v návaznosti na jiné autory koherenci spočívající v:

- a) absenci logických sporů mezi pravidly, která jsou obsažena v jednom právním předpise,
- b) kompatibilitě mezi pravidly (příkazy, zákazy a dovoleními), která jsou obsažena ve vícero právních předpisech, a
- c) absenci teleologických sporů a vzájemných diskrepancí mezi principy a účely právní regulace.<sup>24</sup>

*Ondřejek* tvrdí, že zajištění koherence na úrovni jednoho předpisu má snadné řešení, a tím je pečlivá příprava návrhu právních předpisů a důkladná práce právotvůrce v rámci legislativního procesu.<sup>25</sup> Kompatibilitu mezi pravidly obsaženými v různých právních předpisech pak komplikuje fakt, který byl zmíněn již výše, že v současné době existuje velké množství právních předpisů, což zmenšuje nejen přehlednost pro adresáty, ale i pro samotné normotvůrce. Toto může být umocněno ještě tím, že například v České republice je oprávněno k tvorbě právních předpisů vícero subjektů. Můžeme zmínit například vládu, která může vydávat nařízení,<sup>26</sup> nebo ministerstva, která mohou vydávat vyhlášky.<sup>27</sup> I přes toto vidí *Ondřejek* řešení v důkladné právotvorbě a dostatečně dlouhé době mezi datem platnosti a účinnosti právního předpisu.

Třetí úroveň koherence, kterou *Ondřejek* zmiňuje, je koherence založená na absenci teleologických sporů a diskrepancí mezi principy a účely. Vychází z toho, že ačkoli principy a účely nemůžeme často vyčíst ze samotného textu právních předpisů, nemusí být jejich určení ryze subjektivní. Odkazuje přitom na shodu mezi akademiky a lidmi, kteří interpretují a aplikují právo.<sup>28</sup> Zdá se tedy, že chce naznačit, že se jedná o intersubjektivní záležitost, kde se existence principů a účelů odvozuje od shody, která panuje mezi příslušníky relevantního společenství (tj. mezi právníky, soudci a právními vědci, akademiky). Tyto osoby se tak, zdá se, podílejí, na vytváření vnitřní systematiky práva, na tom, jak právo chápeme jako vnitřně uspořádaný systém.

*Ondřejek* stroze konstatuje, že dle jeho názoru jsou mezery v právní úpravě (terminologicky „mezery v zákoně“) v klasickém vymezení jako nezamýšlené neúplnosti právní úpravy, výrazem nekonzistence ve smyslu c). Jejich vyplněním pak soudní praxe pomáhá omezit teleologické spory v pozadí právního řádu. Tato část a toto tvrzení by si dle našeho názoru zasloužilo další rozvedení a argumentační podporu. Ta ovšem v recenzovaném díle schází.

Působení těchto úrovní koherence autor demonstrovuje i na grafickém schématu soustředných kruhů.<sup>29</sup> Na to navazuje stručným přehledem meta-pravidel pro řešení kolize norem až po principu proporcionality a praktické konkordance (*K. Hesse*), jemuž je věnována poměrně velká pozornost i v souvislosti s teorií *Rudolfa Smenda* (*Integration Theorie*).

<sup>24</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 47.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 46–47.

<sup>26</sup> Čl. 78 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

<sup>27</sup> Čl. 79 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

<sup>28</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 47.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 50.

Ve zbytku této kapitoly autor dále představuje argument konzistence, a to nejprve v kontextu mezinárodního práva veřejného, aby poté plynule přešel do institucionálního rozměru konzistence (*O. Weinberger*) demonstrovaného převážně na příkladech z vnitrostátního práva (např. pandemie covidu-19 a související zákazy a omezení služeb).<sup>30</sup>

Autor uzavírá tuto kapitolu delší úvahou na téma konformní interpretace a její důležitosti při defragmentaci právního řádu. Jelikož tento výklad se odvíjí primárně od představy stupňovité výstavby právního řádu (*Stufenbau*),<sup>31</sup> autor v této souvislosti připomíná intra-systémové a inter-systémové vazby (*J. Sieckman*) a *in concreto* princip jednoty ústavy. Důležité je, že *Ondřejek* chápe ústavnost spíše v relativním slova smyslu a odmítá absolutní (totální) pojetí – totální konstitucionalismus (*M. Kumm*).<sup>32</sup> Toto pojetí ústavnosti je podle našeho mínění také blíže k běžné představě právní praxe, která obvykle chápe ústavnost jako takové měřítko, které se nezkoumá *a priori* u každého právního případu, ale pouze tam, kde jsou relevantní ústavně-právní otázky. Konečně autor nepomíjí též princip dynamiky práva, tedy nezbytnost adaptace práva k realitě (životnímu světu) a jejím měnícím se požadavkům. Opět nechybí příklady z české konstitucionální praxe.<sup>33</sup>

### 3. Proporcionalita

Ve třetí kapitole *Ondřejek* představuje princip proporcionality jako metodologický nástroj, který podle jeho mínění má přispívat k omezení fragmentace právního řádu a k racionalitě práva jako komplexu norem. Proporcionalita představuje tradiční autorovo téma, a proto čtenář nemůže být překvapen hloubkou *Ondřejkova* teoretického „ponoru“ do této problematiky, kterou ovšem zároveň představuje v kvalitní šíři srovnávaných míst v právních řádech. *Ondřejek* diskutuje nejen základy testu proporcionality jako metodologického nástroje pro řešení kolizí principů, hodnot a základních práv, ale především zdůvodňuje jeho pro-systémovou povahu.<sup>34</sup>

Právě tento moment *Ondřejkovy* úvahy je možná nejspornější. Princip proporcionality je algoritmus založený na objektivizovaných kritériích testovaných interpretem, který vychází ze svého předvedění a předporozumění danému problému.<sup>35</sup> To je také terčem kritiky mnoha autorů, kteří zpochybňují schopnost principu proporcionality garantovat právní jistotu (*S. Tsakyrakis, F. Urbina*). Subjektivita soudcovské interpretace je zřejmým a neodmyslitelným faktorem, který limituje proporcionalitu jako objektivní test ústavnosti opatření orgánu veřejné moci.

*Ondřejek* však zcela záměrně vsází – po vzoru *Roberta Alexyho* – na racionální stránku principu proporcionality, z níž těží jeho pro-systémové pojetí. Konec konců, proporcionalita v podobě obecného právního principu je součástí vnitřního systému práva, tudíž

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 61–63.

<sup>31</sup> Z aktuální právněteoretické literatury podrobně viz POTACS, M. *Rechtstheorie*. Wien: Facultas/UTB, 2015, s. 103 an.

<sup>32</sup> „Totální konstitucionalismus je charakterizován ústřední rolí ústav, které mění ostatní právní odvětví v aplikované ústavní právo.“ ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 69, poznámka pod čarou č. 214.

<sup>33</sup> Viz analýza nálezu Ústavního soudu ve věci ústavnosti zákona o volbách do Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR sp. zn. Pl. ÚS 44/17 ze dne 2. 2. 2021.

<sup>34</sup> Viz ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 86–87.

<sup>35</sup> K hermeneutickému charakteru principu proporcionality srov. HOLLÄNDER, P. Princip proporcionality: hermeneutický kruh, anebo jednosměrná ulice? In: HOLLÄNDER, P. *Filipika proti redukcionizmu: (texty z filozofie práva)*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 139 an.



argument pro-systémovostí má oporu v samotném logicko-systematickém zařazení proporcionality jako právní ideje. Ne nadarmo *Ondřejek* připomíná německou teorii „organické koncepce státu“, kde jednotlivec je zakotven ve společnosti, sdílí její hodnoty a je solidární s ostatními členy společnosti. *Ondřejka* není namísto kritizovat za jeho – možná přílišný – optimismus vůči proporcionalitě a její pro-systémové dimenzi, jakkoliv není ani v právní praxi, ani v doktríně zcela sdílený. Z jeho výkladu je zřejmé, že si limity proporcionality uvědomuje, avšak spolu s *Aharonem Barakem*, *Robertem Alexym* a dalšími sdílí přesvědčení, že lepší a vhodnější nástroj pro řešení konfliktů ústavních principů a základních práv v podmínkách hodnotového pluralismu prozatím neexistuje.<sup>36</sup>

*Ondřejek* však nesetrvává jen u aplikační role principu proporcionality, ale všímá si též její úlohy v normotvorbě, a to zejména ve vazbě na proces RIA (*Regulatory Impact Assessment*). Závěr této kapitoly je věnován zajímavé otázce, zda lze princip proporcionality chápat jako neutrální princip ústavního práva. *Ondřejek* se k tomuto problému staví spíše obezřetně a připomíná, že proporcionalitu nelze aplikovat jako absolutně formální princip oddělený od hmotných principů ústavního práva.<sup>37</sup>

Konečně se autor věnuje analýze tzv. vážící formule, která je spojena s *Robertem Alexym*, kde zúročuje svá předchozí zkoumání problému proporcionality.<sup>38</sup> V této části kapitoly *Ondřejek* uvádí velice dobré argumenty, kterými demonstruje, že byť se *Alexy* snažil o „objektivní“ uchopení principu proporcionality prostřednictvím vážící formule, tak se to ne zcela zdařilo. Uvádí zde výtky, mezi kterými je například to, že triadická škála, kterou *Alexy* navrhuje použít ve vážící formuli, je nedostatečná, nebo – podle názoru recenzentů – velice pádnou námitku, kterou je zpochybnění toho, jak budou tyto váhy jednotlivým základním právům, veřejným zájmům aj. „přidělovány“.<sup>39</sup> Není totiž zřejmé, jaká váha má být v tom kterém případě jednotlivým základním právům či veřejným zájmům přidělena. Toto zhodnocení bude opět záviset na interpretujícím a aplikujícím subjektu.

Tento moment je dle našeho názoru velice důležitým, neboť se zde ukazuje to, co jsme uvedli výše, totiž že interpretace a aplikace principu proporcionality je ovlivněna subjektivním faktorem. I kdybychom vytvořili tu nejkrásnější matematickou formuli, která by měla být využívána k řešení složitých případů, stále musíme řešit, jaké hodnoty a na základě jakých kritérií máme do této formule dosadit. Problém „ne-objektivity“ proporcionality se tak nezdá býti prostřednictvím vážící formule vyřešen, možná je jen pro některé pozorovatele zahalen do hávu „kouzelné“ vážící formule, tedy formálně-matematického vyjádření, které zavdává interpretovi pocit objektivity.

#### 4. Právní pluralismus

Ve čtvrté kapitole se *Ondřejek* soustředí na problém právního pluralismu, který tu je představen v užším slova smyslu jako situace, kdy na tomtéž teritoriu působí dva či více právních řádů. I právní pluralismus podle *Ondřejka* může působit jako faktor stabilizace práva, což je základní teze této části knihy. *Ondřejek* vychází ze dvou podob právního pluralismu, a to užší a širší koncepce.

<sup>36</sup> Viz ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 91.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 114.

<sup>38</sup> ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012.

<sup>39</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 117.

Užší koncepce, k níž se přiklání i *Ondřejek*, vychází z pluralismu „oficiálních“ (lépe řečeno státních) právních systémů. Neuvažuje tedy pluralismus založený na jiných formách regulace lidských společenství (normativní pluralismus). Jako jeden příklad institucionálního pluralismu přináší autor judikaturní analýzu problému zásady *non bis in idem* (ne dvakrát v téže věci) v prostředí výkladu Evropské úmluvy o ochraně lidských práv Evropským soudem pro lidská práva a českých správních soudů.<sup>40</sup> V tomto případě jde o to, že tuto zásadu typickou pro veřejnoprávní trestání lze vykládat více skutkově (*de facto*), tedy jako totožnost skutků, anebo právně (*de iure*), jako totožnost skutkových podstat reflektujících chráněné účely či zájmy (tzn. objekty).

*Ondřejek* si všímá, že díky tomu, že nejvyšší národní i evropské soudy berou vzájemně v potaz svou rozhodovací praxi, dochází k postupné harmonizaci výkladových závěrů.<sup>41</sup> To je možné prostřednictvím toho, že jednotlivé soudy reflektují rozhodovací praxi okolních soudů a pracují ve svých rozhodnutích s jejich právními názory, na kterých mohou vystavět svou vlastní argumentaci v řešení jednotlivých případů. Například český Ústavní soud pracuje s právními názory německého Spolkového ústavního soudu (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>42</sup> nebo Evropského soudu pro lidská práva. To, že vnitrostátní soudy reflektují právní názory mezinárodních soudů, může pak přispívat k harmonizaci řešení různých otázek. V případě Evropského soudu pro lidská práva se pak bude jednat o otázky základních lidských práv a svobod a jejich ochrany.

Dále si *Ondřejek* klade otázku, jak normativní pluralismus působí na fragmentaci práva. V tomto směru již nejde o tak hlubokou analýzu a spíše s určitým odstupem autor zmiňuje *Pavlakosovu* koncepci „proto-právních“ vztahů, dále koncept *cyberspace* a jeho komplikovanou regulovatelnost či specificky problematiku sociálních sítí jako určitého normativního subprostoru.

## 5. Systémový přístup k právu a koherentismus

V páté kapitole se autor jinou cestou vrací k problému systémového přístupu k právu a představuje normativní koherentismus jako přístup k chápání práva jako normativního systému. Podle *Ondřejka* se požadavek koherence promítá v celém mechanismu právní regulace. Lze uvažovat koherenci faktickou a koherenci normativní,<sup>43</sup> která je pro celou knihu nosnou ideou.<sup>44</sup> Ohledně tvrzené axiologické povahy práva vychází *Ondřejek* z *Canarisovy* koncepce členění vnitřní a vnější systematiky práva.<sup>45</sup> Vnitřní systematika práva

<sup>40</sup> Zejm. rozsudek ESLP *Zolotukhin proti Rusku*, kde velký senát ESLP odmítl důraz na formální pojetí *idem*, tedy *de iure*, a upřednostnil faktické pojetí této zásady (*de facto*). Naproti tomu Nejvyšší správní soud v řadě svých judikátů upřednostnil pojetí *de iure* a odlišil se od doktríny ESLP. ESLP dále vyvinul svou judikaturu ve věcech aplikace zásady *non bis in idem* v rozsudku *A. a B. proti Norsku* (rozsudek velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ve věci *A a B proti Norsku*, č. 24130/11 a č. 29758/11, ze dne 15. 11. 2016), a to ve vztahu k věcem řešeným paralelně v daňovém řízení a soudním trestání (trestné činy daňové).

<sup>41</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 136.

<sup>42</sup> Viz Nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 165/11.

<sup>43</sup> Faktická koherence se vztahuje k faktům a zjišťování skutkového stavu, normativní koherence se pak společně s otázkami odůvodnění vztahuje ke koherenci interpretačních závěrů. ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 152.

<sup>44</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 152.

<sup>45</sup> CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Entwickelt am Beispiel des Deutschen Privatrechts. *Rechtstheorie, Schriften zur Rechtstheorie*. 1969, Nr. 14. Vnitřní systém práva je tvořen účely a hodnotami, které tvoří pozadí právních předpisů, jejich jednotlivých ustanovení. Vnější systém je spojen s pozitivním právem.



zahrnuje účely, principy, hodnoty a zájmy, které ovlivňují porozumění právním normám sdruženým do právních institutů a právních odvětví (vnější systematika práva). Lze poznamenat, že tato koncepce zásadně ovlivňuje metodologické myšlení v německy mluvících zemích již několik desítek let, přičemž současná díla zaměřená systematicky či metodologicky se bez tohoto členění neobejdou.

*Ondřejek* tu připomíná tezi o duální povaze práva (*R. Alexy*), která podmiňuje tezi o duální povaze právní argumentace (reálná a ideální).<sup>46</sup> Tyto premisy jsou pro *Ondřejka* podstatné pro zdůvodnění určité základny pro program normativního koherentismu. Na druhé straně dostává prostor i teorie komplexity práva, z níž vede pouze cesta racionalismu, tedy požadavek rozumného uspořádání právních vztahů. Normativní koherentismus tak pro *Ondřejka* představuje cestu ke zlepšení a rozvinutí přístupů výkladových hypotéz v zájmu racionality právních řešení.

*Ondřejek* se zabývá úlohou normativního koherentismu v normotvorbě, kde pléduje za vyšší důraz na koherenci přijímaného pozitivního práva (*enacted law*). Tento přístup lze zajistit důrazem na zajištění normativně-systémových, institucionálních a procedurálních podmínek. Tato představa normotvůrce, který je „epistemicky odpovědný“ (*A. Amaya*), evokuje tradiční součást teorie legislativy ve vztahu k budoucímu fungování přijímaného práva, a to je tzv. anticipovaná interpretace (epistemicky odpovědný normotvůrce mluví k epistemicky odpovědnému interpretovi).

*Ondřejek* rozebírá i druhou část mechanismu právní regulace, kterou je interpretace a aplikace práva, z pohledu normativního koherentismu. Základní tezí je v tomto ohledu imperativ holistické interpretace, tedy vnímání práva jako určitého významového celku. Samozřejmě se čtenáři okamžitě vtírá otázka, na jaké úrovni lze vymezit právo jako celek. Jde o dynamickou, anebo statickou kategorii? Hermeneutický pohled na právo vyžaduje představuje neustálých re-definic významového celku, který vytváří napětí hermeneutického kruhu, v němž interpret právní problém vykládá.

*Ondřejek* vnímá problém významového celku spíše relativně a strukturálně, když zmiňuje užití jiných subsystémů než národního práva, judikaturu a doktrínu, ale také a v neposlední řadě kontext vnitřního systému práva.<sup>47</sup> Jde tu tedy o klasickou otázku pramenů práva a jejich souvztažností. Pokud mají právní argumenty i zvolená řešení mít – řečeno s *Robertem Alexym* – nárok na správnost (*Anspruch auf Richtigkeit*), představuje normativní koherentismus východisko, které může pomoci odůvodnit řešení složitých případů aplikace práva.

## Slovo závěrem

Recenzované *Ondřejkovo* dílo má nepochybně programový potenciál znovu posílit rezonanci myšlenky systémovosti práva jako celku v současném právním myšlení. Tento postulát je do jisté míry oslabován praktickými problémy při systémové práci s právním řádem, který je fragmentarizován, což předkládaná kniha dostatečně přesvědčivě demonstrovuje. Jednotlivé odvětvové a meta-odvětvové diskursy vedené na půdorysu tradičních disciplín právní vědy (civilistická, trestní a administrativistická nauka) navíc ze své

<sup>46</sup> Viz k tomu blíže ALEXY, R. Dvojaká povaha práva. *Právní obzor. Teoretický časopis pro otázky státu a práva (Juridical Review. Theoretical journal for the questions of state and law)*. 2012, roč. 95, č. 1, s. 3–11.

<sup>47</sup> ONDŘEJEK, P. *Defragmentation of Law*, s. 167.

povahy tendují spíše k fragmentárnímu pojmání práva. Do jaké míry jde tedy o postulát realistický, či spíše idealistický, to není na celém projektu to podstatné. Jak bylo řečeno v úvodu, jde o logické pokračování dosavadní autorovy teoretickoprávní tvorby. Kniha rozhodně nezapře důraz na racionální (méně již diskursivní) a interpretativní povahu práva.

Text osvěžují praktické příklady, které jsou voleny nejen z české judikatury, ale také z judikatury evropských a mezinárodních soudů, na kterých *Ondřejek* demonstruje jím uváděné myšlenky a které používá pro demonstraci jím uváděné teorie. Toto propojení teorie s praktickými příklady pak přispívá k čtivosti textu a ukázce toho, že se v případě této knihy nejedná o ryze teoretické pojednání, které by nemělo i praktický dopad.

Celému dílu dominuje jasná koncepce výkladu a metoda demonstrace prezentovaných tezí. Kniha tedy bezesporu představuje důležitý mezník v současné české právně-teoretické a právně-filosofické diskusi. Vzhledem k tomu, že je psána v anglickém jazyce, má potenciál mířit i na široké mezinárodní publikum.

Lukáš Hlouch\* – Linda Tvrdíková\*\*

---

\* JUDr. Lukáš Hlouch, Ph.D., Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: Lukas.Hlouch@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8498-3347>.

\*\* Mgr. Bc. Linda Tvrdíková, Ph.D., Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: Linda.Tvrdikova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>.