

„ZMENY V CHÁPÁNÍ PRÁVA: PLURALITA SYSTÉMOV, PRAMENŮV, PERSPEKTÍV...“

Eduard Bárány a kolektív

**Táto monografia predstavuje výstup rámci projektu APVV-15-0267
Právny pluralizmus: zmeny v chápaní práva.**

Zodpovedný riešiteľ: JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

Recenzenti: Prof. JUDr. Ľubor Cibulka, CSc.

JUDr. Peter Kukliš, CSc.

© Ústav štátu a práva SAV

ISBN 978-80-89607-79-2



Vedúci riešiteľského kolektívu:

JUDr. Eduard BÁRÁNY, DrSc.

Redaktorka autorského kolektívu:

Mgr. Daniela LENGYELOVÁ, PhD.

Publikácia neprešla jazykovými úpravami.

Konferencia „Zmeny v chápaní práva: pluralita systémov, prameňov, perspektív...“, Piešťany, 3.- 5. apríl 2019

Odborný garant:

JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

Organizačné zabezpečenie:

Mgr. Daniela Lengyelová, PhD.

Mgr. Andrea Škopová, PhD.

ZOZNAM ÚČASTNÍKOV:

BÁRÁNY EDUARD
BENIAČOVÁ KATARÍNA
BERDISOVÁ LUCIA
COLOTKA PETER
COMPLAK KRYSŤIAN
CVRČEK FRANTIŠEK
ČECHÁK PETR
DOBROVIČOVÁ GABRIELA
DOSTÁL ONDREJ
FANDÁK MARCEL
GAJDOŠÍKOVÁ ĽUDMILA
GAJDOŠOVÁ MARTINA
GERLOCH ALEŠ
GÜTTLER VOJEN
HALÁSZ IVAN
HOŠNA ŠTĚPÁN
JUDIAK PAVOL
KACPER ROZEK
KÁČER MAREK
KLIMENTOVÁ ELIŠKA
KNAIZL ZDENĚK
KRÁLIK LUKÁŠ
KRÁLIKOVÁ DARINA
KRÓLICZEK PAWEŁ
KRUNKOVÁ ALENA
KURILOVSKÁ LUCIA
LAKOMÁ BĚLA (VAVERKOVÁ)
LENGYELOVÁ DANIELA
MAGUROVÁ HANA
MAGUROVÁ ZUZANA
MACHOTKA KAREL
MELICHER PETER

MRÁZEK JOSEF
MRVA JÁN
NEVEDELOVÁ VIERA
NOVÁK FRANTIŠEK
OROSZ LADISLAV
PALKA KAROLINA
PAVLÁTOVÁ JARMILA
PINZ JAN
REISENAUEROVÁ ZDENKA
RYBNIKÁR SAMUEL
SÁDEL PAVOL
SERZHANOVA VIKTORIA
SLOVÁČEKOVÁ KATARÍNA
SOBCZYK PAWEŁ
STOLORZ MAREK
SVÁK JÁN
ŠEJVL MICHAL
ŠKOP MARTIN
ŠKOPOVÁ ANDREA
TACZKOWSKA-OLSZEWSKA
JOANNA
TAKÁČOVÁ VIOLA
VACULÍKOVÁ NADEŽDA
VARGOVÁ EVA
VEČEŘA MILOŠ
VOLF MICHAL
VOSTRÁ ZUZANA
VYŠNÝ PETER
WALCZUK KONRAD
WRZOCIALSKI BOGDAN
ZOUBEK VLADIMÍR

OBSAH

PREDHOVOR	7
I. KAPITOLA: TEORETICKÝ ZÁKLAD	9
CVRČEK, F.: Je teorie práva v krizi?	11
ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K.: Krize – proměna – kritika právní vědy/ práva optikou teorie sociální konstrukce reality.....	18
VEČEŘA, M.: Sociologický a ekonomický koncept práva.....	30
KLIMENTOVÁ, E.: Ekonomický přístup k právu.....	45
PINZ, J.: Právo jako jeden ze tří společenských normových řádů	53
COLOTKA, P.: Právo vo svetle porovnaní.....	63
BÁRÁNY, E.: Ako nedefinovať právo.....	69
KÁČER, M.: Pluralita legalít: medzi formálnym a materiálnym právnym štátom ...	75
II. KAPITOLA: ÚSTAVNÉ ZAKOTVENIE	83
SERZHANOVA, V.: Kilka refleksji o władzy państwowej	85
OROSZ, L.: O (POSILŇOVANÍ) SÚDNEJ MOCI.....	94
GAJDOŠÍKOVÁ, L.: Právo/právny poriadok a rozhodovacia činnosť ústavného súdu slovenskej republiky	107
HALÁSZ, I.: Preambula v maďarskom ústavnom vývoji – obsah a normativita.....	116
III. KAPITOLA: HODNOTY.....	123
ZOUBEK, V.: Výzvy axiologie západního chápání hodnot právních a ústavních v mezích korektního multikulturalismu	125
BERDISOVÁ, L.: Právo a etika: reflexia etických modelov v etických kódexoch právnických profesií.....	137
PALKA, K.: Problematyka wykładni znamion przestępstwa kłamstwa oświęcim- skiego na podstawie art. 55 ustawy o instytucie pamięci narodowej.....	153
IV. KAPITOLA: MEDZINÁRODNÉ PRÁVO	161
MRÁZEK, J.: Právo, legalita, legitimita, demokracie a mezinárodní vláda práva....	163
WRZOCHALSKI, B.: Pluralizm w doktrynie prawa międzynarodowego publicznie- go a praktyka dyplomatyczna. spójrzanie filozoficzno-prawne (doświadczenia polskie).....	180
V. KAPITOLA: TVORBA PRÁVA	197
ŠKOP, M.: „Psaní zákonů“ – tvůrčí nebo administrativní činnost?.....	199
NOVÁK, F.: Aktuální legislativa české republiky a proces změn v její struktuře ..	210
VI. KAPITOLA: ĽUDSKÉ PRÁVA.....	219
ŠEJVL, M.: Úskalí zdůvodňování lidských práv v současné situaci.....	221
GAJDOŠOVÁ, M.: Mení sa chápanie slobody združovania?.....	234

COMPLAK, K.: „Abecadlo rasizmu meksykańského” a sprawa polska wprowadzenie	251
KURILOVSKÁ, L.: Osobné údaje v digitálnej spoločnosti a ich regulácia	262
VOSTRÁ, Z.: Vybrané otázky související s počátkem a koncem lidského života ve světle judikatury evropského soudu pro lidská práva	271
VII. KAPITOLA: DÔSLEDKY V PRÁVNÝCH ODVETVIACH	281
SVÁK, J.: Pramene športového práva alebo hľadanie grálu medzi právom a pa-raprávom.....	283
HUČKOVÁ, R. - KRUNKOVÁ, A.: Aspekty kybernetickej bezpečnosti – potreba ústavnej premeny?.....	292
VAVERKOVÁ, B.: Právní regulace zdravotní péče z veřejného zdravotního pojiště-ní v České republice	299
KACPER, R.: Wykładnia przepisów dotyczących abuzywności klauzul umownych w kontekście dyrektywy 93/13/EWG	306
KNAIZL, Z.: Zásahy státu do vlastnického práva k nemovitostem	315

PREDHOVOR

Stále menej zákutí právneho poriadku je ušetrených právneho pluralizmu a s ním súvisiacich zmien v chápaní práva. To isté platí aj pre právne myslenie, kde mimo právnych dejín ostáva len málo tém, pri spracúvaní ktorých možno ignorovať súčasné pôsobenie viacerých právnych systémov a rôznosť chápaní i vymedzení práva.

Konferencia „ZMENY V CHÁPANÍ PRÁVA: PLURALITA SYSTÉMOV, PRAMEŇOV, PERSPEKTÍV...“ usporiadaná Ústavom štátu a práva Slovenskej akadémie vied v dňoch 3. - 5. apríla 2019 v Piešťanoch poskytla priestor na prezentáciu rôznorodých tém súvisiacich s uvedenými tendenciami právneho myslenia a právneho poriadku. Predstavovala jeden z výstupov projektu APVV-15-0267 Právny pluralizmus: zmeny v chápaní práva. Dokumentovala nepríjemné zistenie, že ide o neuzatvoriteľnú tému, lebo mnohosť právnych poriadkov pôsobiacich na tom istom území, pre tých istých adresátov práva a neraz i v tých istých spoločenských vzťahoch vedie nevyhnutne ku zmnoženiu chápaní práva, to generuje nové problémy rýchlejšie, ako ich právne myslenie zvláda.

Predložený zborník má rovnaký názov ako spomínaná konferencia, ale obsahuje aj texty, ktoré na nej neodznegli a nie sú do neho zaradené niektoré príspevky, ktoré si vypočuli účastníci piešťanského stretnutia. Vzniká teda otázka, či ide o konferenčný zborník, kolektívnu monografiu, či iný zborník? Akákoľvek odpoveď nie je úplne správna. Na kolektívnu monografiu je text príliš mozaikovitý a mnohé časti ku úplnosti spracovania témy chýbajú, ale na zborník je poskytnutý obraz príliš úplný a snád i zjednotený. Bez konferencie by však zborník pravdepodobne vôbec nevznikol. S podobnými otázkami bývajú usporiadatelia konfrontovaní pravidelne, lebo uvedené piešťanské stretnutie bolo už 17. teoreticko-právnu konferenciou organizovanou každý nepárny rok Ústavom štátu a práva Slovenskej akadémie vied. Tie párne roky usporadúvajú obdobné podujatia kolegovia z Ústavu štátu a práva Akadémie vied Českej republiky. Preto sme už rezignovali na správne pomenovanie publikačných výstupov z týchto vedeckých stretnutí a sústreďujeme sa na využitie príležitosti ku vzájomnému oboznámeniu sa s výsledkami výskumu a uvažovania, ako i na vedecké diskusie. Ide o medzinárodné stretnutia právnych mysliteľov z krajín strednej Európy rozvíjajúce tradície uvažovania o práve vlastné tejto časti sveta. Ich základnou charakteristikou je otvorenosť rôznym názorom, témam i metodologickým prístupom v rámci široko formulovaných názvov podujatí. Teoreticko-právnych konferencií sa aktívne zúčastňujú predstavitelia všetkých generácií, od doktorandov po vedcov v dôchodkovom veku. Aj tento zborník zahŕňa texty spadajúce do odvetví pozitívneho práva, čo vyplýva z témy, lebo právny pluralizmus je rovnako koncepciou aj skutočnosťou vlastnou väčšine práva v postmodernej situácii.

Aj v dobe internetu a videokonferencií má význam osobné stretnutie ľudí uvažujúcich o podobných problémoch, a tak zachovávame tradíciu teoreticko-právnych konferencií. V strednej Európe je 17 konferencií už tradíciou.

V pozadí vedeckého stretnutia sú jeho organizátorky. Bez dlhodobej prípravy a ich trepezlivého úsilia počas konferencie, by sa žiadna nekonala. Preto patrí poďakovanie všetkých účastníkov Mgr. Daniele Lengyelovej, PhD. a Mgr. Andrei Škopovej, PhD., ktorých práca i vlastná prítomnosť umožnili bezproblémové rokovanie konferencie.

Dúfam, že čitateľ prijme ponúknutý zväzok s porozumením a záujmom.

JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

I. KAPITOLA: TEORETICKÝ ZÁKLAD

- 1) CVRČEK, F.: Je teorie práva v krizi?
- 2) ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K.: Krize – proměna – kritika právní vědy/ práva optikou teorie sociální konstrukce reality
- 3) VEČEŘA, M.: Sociologický a ekonomický koncept práva
- 4) KLIMENTOVÁ, E.: Ekonomický přístup k právu
- 5) PINZ, J.: Právo jako jeden ze tří společenských normových řádů
- 6) COLOTKA, P.: Právo vo svetle porovnaní
- 7) BÁRÁNY, E.: Ako nedefinovať právo
- 8) KÁČER, M.: Pluralita legalít: medzi formálnym a materiálnym právnym štátom

JE TEORIE PRÁVA V KRIZI?

CVRČEK, F.

1. Podivné trendy

1.1 Zhruba od druhé poloviny 90. let lze pozorovat nápadný úbytek monografií věnovaných obecné teorii práva. Nejde o to, že by ubylo těchto publikací v absolutním smyslu, ale spíše o to, že jde o reedice klasických teorií, standardní učebnice opakující dávno známé, monografie věnované marginálním či módním tématům, případně spekulativní koncepce vyhýbající se aktuálnímu stavu práva. Nezdá se bohužel, že by se tento trend týkal pouze České republiky. My se ovšem zaměříme v tomto příspěvku především na ni.

1.2. Stav právního řádu ČR, alespoň na úrovni právních textů (předpisů a judikatury) je docela dobře empiricky popsán¹ a není to věru něco, čím bychom se mohli chlubit. Postačí snad zmínit nadprodukcí novelizací,² která sama o sobě působí destruktivně bez ohledu na kvalitu předpisů samých, nerespektování požadavků RIA v oblasti hodnocení předpisů a post, nejednotnost judikatury, posilování „precedenční“ judikatury a metodických pokynů na rozhodování státní správy atd.

1.3 Reakce výzkumu na tento stav se snaží buď hájit klasické principy práva nebo kritizuje dílčí problémy nebo se jim vyhne vůbec, popřípadě přejde na pole ideologické žurnalistiky podporující momentální establishment. Dva naposledy zmíněné přístupy nás nezajímají, neboť s teorií práva nemají nic společného.

1.4. Hájit klasickou teorii práva je jistě záslužné z hlediska výuky, ale je třeba si uvědomit, že její slabina je v eklektičnosti, spojující normativní, sociologické, etické a ekonomické koncepce zastřešené tzv. multidimenzionalitou. Přitom sociologické výzkumy v oblasti práva se v ČR prakticky nekonají od 90. let, interdisciplinární výzkumné týmy jsou naprostou výjimkou a o nějakých zásadně nových obecných poznatcích není vidu ani sluchu. Kritický osten vůči praxi pak není ani tak o teorii, jako spíše o odvaze veřejně říci to, co všichni vědí nebo tuší, což se nápadně podobá době před rokem 90. Teorie si tak koleduje o to stát se propedeutikou odpřednášenou v prvním semestru na právnických fakultách.

1.5 Ve výuce právní teorie na většině právnických fakult lze pozorovat tendence k potlačení nejen teorie, ale i dějin či římského práva ve prospěch pozitivních právních oborů. V kontextu rozpadu právního řádu jde o zcela nesmyslný trend, který ovšem jako obvykle sleduje tzv. světové trendy obvykle v době, kdy se v onom světě opouštějí. Představa, že nejlépe prospějeme praxi tím, že se budeme přizpůsobovat jejím nešvarům a přitom zahodíme tradici, paměť a rozum, povede k výchově poslušných úředníků a nikoliv vzdělaných právníků, které společnost skutečně potřebuje.

1.6. Přes výše naznačené problémy nesměřujeme primárně k hledání příčin této krize. Jde o stav, který je třeba změnit, ale bez nových přístupů to asi nepůjde. Klademe si spíše otázku, co může teorie práva sama učinit pro změnu tohoto stavu.

doc. JUDr. František Cvrček, CSc., Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, Praha

¹ Viz CVRČEK, F.; NOVÁK, F., *Legislativa. Teoretická východiska a problémy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 21 a násl.

² Viz např. CVRČEK, F.; PALA, K.; RYCHLÝ, P. Changes of Czech Law Demonstrated by Corpus Evidence, In: *Korpus – Gramatika – Axiologie*, Praha: 2015 č. 12, s. 3 -15

Dále uvedené náměty jsou pouze příklady jednoho možného přístupu. Nepochybně podobné návrhy by mohly vzejít od kvalitativní či kvantitativní sociologie, deontické logiky, historie atd.

2. Tři cesty

2.1. Tradice

2.1.1. Před nedávnými lety existovalo na právnických fakultách takzvané blokové studium, kdy první státní zkouška po třech semestrech se skládala z tzv. teoreticko-historických oborů, tj. teorie práva, českých dějin a římského práva. Dnes podobná praxe přetrvává v ČR pouze na právnické fakultě ZČU, aniž by šlo o státní zkoušku, ale o tzv. soubornou zkoušku. Zkušenosti s touto formou jsou vesměs pozitivní a to jak na straně studentů tak učitelů. Směřujeme tím k vyšší míře obecnosti v chápání práva, ukazují se římskoprávní základy kontinentálního práva a vývoj práva v ČR. Logickým dovršením by bylo zavedení světových dějin práva, které by poukázalo na rozmanitost právních koncepcí a jejich tradic.

V této koncepci se ovšem současně klade otázka, jaký rozsah znalostí má takováto souborná zkouška pokrýt, co je podstatné a co je skutečně naučitelné. Bohužel byla zavrhnuta praxe skript, která měla rozsah okolo 60 str. a přešlo se k učebnicím o rozsahu 500 str. a více stran, což rozhodně nebylo z důvodů, které by měly prospět studentům. Představa, že by student mohl zvládnout takový rozsah informací, je poněkud iluzorní.

2.1.2. V Ústavu státu a práva Akademie věd ČR (dále jen ÚSP) se vytvářejí od roku 1985 databáze,³ původně pozitivního práva a od roku 2010 databáze doktrinální tj. strukturované slovníky s právní ontologií, doplněné lingvistickými moduly pro analýzu právních textů.⁴

V rámci tvorby hesel z výše uvedených teoreticko-historických oborů se ukázalo, jaký je skutečný rozsah základních termínů, které současné učebnice obsahují. Například u římského práva je to okolo 4500 termínů a u teorie práva s právní filosofií je spodní hranice 3000. Proti pozitivním oborům je to ovšem málo, neboť např. jen nový občanský zákoník podle kvalifikovaných odhadů překračuje 15 000 termínů bez doktrinálních.

Nejde však jen o rozsah, ale především o problémy spojené s linearitou textů, která mnohdy znemožňuje rekonstruovat strukturu daných textů. Autoři prostě předpokládají tištěnou formu textů, které se budou číst od první do poslední stránky a čtenář si kontexty zrekonstruuje na základě již přečteného. Jednoduchý příklad představuje tvorba věcných rejstříků, které předpokládají, že termín v nich uvedený je popsán na stránce X, ke které odkazuje. Pokud se nespokojíme s pouhým odkazem na stranu X, ale budeme chtít automaticky dohledat místo výskytu daného termínu⁵, zjistíme, že postupně potřebujeme lemmatizaci, sémantické grupy, booleovské operátory a stejně někdy algoritmus selže, protože se termín popisuje v naprosto odlišných slovech, na které prostě použité postupy nestačí.

³ CVRČEK, F. *Právní informatika*, Praha: Ústav státu a práva, 2010, s. 28 a násl.

⁴ Viz projekt PES (Právní elektronický slovník) CVRČEK, F; PALA, K.; RYCHLÝ, P. *Legal Electronic Dictionary for Czech. Proceedings of the Eight International Conference on Language Resources and Evaluation (LREC 12)*. Istanbul: European Language Resources Association, 2012, s. 283-287, CVRČEK, F. Právní elektronický slovník (PES). In *Právník*, 2015 roč. 154, č. 3, s. 247 - 260

⁵ Nejde o hledání explikace termínu, ale o místo jeho výskytu samotného.

Obvykle se autoři snaží problémy s linearitou textu řešit podrobnější strukturou, tj. vytvářením hierarchických rubrik, kde se koncentrovaně popisuje daný problém, který lze pochopit bez závislosti na zbytku textu a daný úsek je označen metatermínem. Jde o praxi známou v právu již od glosátorů a zcela běžnou u pozitivních zákonů, komentářů či učebnic.

2.1.3. Je paradoxní, že v době digitalizace, která zjevně mění způsob prezentace textů,⁶ jsou jak texty pozitivního práva, tak učebnic strukturované hůře, než před 100 lety.⁷ To nás vedlo k úvaze digitalizovat „staré“ texty a otestovat na nich efektivnost vyhledávání za pomoci metatermínů, tj. struktury rubrik. V římském právu šlo o Heyrovského⁸ a Sommera⁹ a u pandektního práva Arndtse.¹⁰ Ukázalo se, že: a) staré texty jsou strukturovanější (odhad o 50%), b) nové texty v případě římského práva nepřinášejí více jak 20 % nových informací¹¹ a c) rozsah termínů řádově přesahuje současné texty.¹²

Tyto poznatky ovlivňují postup v současné digitalizaci právních doktrinálních textů. Začít digitalizaci klasických starých textů se zdá být rozumným postupem s tím, že se pokusíme omezit rozsah základních termínů. Předpokládáme, že studenti jsou schopni za semestr si osvojit okolo 500 termínů daného oboru.¹³ Nejde o to, že bychom redukovali původní texty, ale označíme místa těch termínů, která považujeme za nejdůležitější. Přirozeně jde o dohodu dané katedry o tom, co považuje za minimum svého oboru, resp. o minimum znalostí, které musí student zvládnout pro úspěšné absolvování zkoušky. Podobně lze označit další termíny, podle míry důležitosti.

Na základě takto zpracovaných textů lze automaticky generovat původní strukturu daného autora s označenými termíny podle míry důležitosti. Je volbou studenta, kterou úroveň si vybere. Postup respektuje dosažené znalosti v dané době a zároveň označí, co považujeme v současnosti za relevantní. Rozsah je redukován na přijatelnou úroveň a zpracovatel si uvědomí, jak obtížné je označit, co je v jeho oboru podstatné. Nejde zdaleka o triviální úlohu, což si každý zpracovatel obvykle uvědomí až při realizaci této úlohy. Máme-li totiž označit to podstatné, musíme mít jasno o celku a vnitřní struktuře oboru.

Popsaný postup se testuje v rámci projektu Elektronizace práva ZČU na platformě vyvinuté v ÚSP a Fakultě informatiky MU.¹⁴

Právo je od přirozenosti konzervativní. Elektronizace práva však není s tradicí nikterak v rozporu, naopak. Moderní technologie nám umožňují tradici uchovat, poučit se z ní a uvědomit si základy, na kterých stavíme a jak nebezpečné je ony základní principy opouštět.

⁶ Např. odkazy na stránky v tištěné formě ztrácejí smysl, protože digitální formát se může kdykoli změnit. Číslování odstavců a vět zavedené již 16. st. Stephanem se doposud nestalo běžnou praxí ani u právnických časopisů.

⁷ U zákonů platí totéž. V ČR máme jediný zákon (Trestní zákoník č. 40/2009 Sb.), který respektuje pravidlo jeden paragraf – jedna rubrika. Zatímco u ABGB (Všeobecný občanský zákoník č. 846/1811 Soud.) je počet rubrik nad paragrafem 60 %, u OZ (Občanský zákoník č. 40/1964 Sb.) 30 % a u NOZ (Občanský zákoník č. 89/2012 Sb.) taktéž 30 %.

⁸ HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského*, Praha: J. Otto, 1910

⁹ SOMMER, O. *Učebnice soukromého práva římského*. Díl I. Praha: Všehrd, 1946 a Díl. II, Praha 1935

¹⁰ ARNDTS, C.L. *Učební kniha pandekt*, Praha: 1886

¹¹ U obecného úvodu Heyrovského o interpretaci a u současné teorie práva je poměr podobný.

¹² U Sommera jsou např. důležité termíny psány proložené.

¹³ Jde o analogii s učením se cizích jazyků.

¹⁴ Viz PES a použitá data ÚSP z projektu LEGSYS

2.2. Nové učebnice

2.2.1. Elektronické zpracování právních textů samozřejmě nespočívá tom, že převedeme text určený pro tisk do stejné formy, v které je možno vyhledávat plnotextově. V roce 1965 vydal Julio Cortazar román *Rayuela*,¹⁵ který bylo možno číst dvěma různými postupy podle předem uvedeného schématu. Výsledkem byly vlastně dva různé romány o téže věci. Samozřejmě, že autor musel od začátku psát tento román s vědomím a cílem dva různé romány vytvořit. Jde o banální příklad, který ovšem snad demonstruje, že opuštění linearity textů, kterou elektronická prezentace textu umožňuje znamená být si od počátku vědom, že nový způsob přístupu k zpracovanému textu musí také změnit způsob jeho napísání.

Pokud nám elektronické zpracování textu umožňuje číst text od kteréhokoli místa, které jsme vyhledali, musíme nejprve mít k dispozici text tak dobře vytvořený, že ono relevantní místo snadno najdeme a současně toto místo je provázáno se všemi ostatními místy textu významnými pro pochopení a to na různých úrovních. Lze to přiblížit na situaci, kdy zcela jinak určíme bod na úsečce, jinak na ploše a jinak v prostoru, někdy i vícedimenzionálním. Představa, že lineární text automaticky převedeme do plochy či prostoru, je prostě naivní.

2.2.2. V případě práva víme, že zdaleka nezáleží na počtu prvků, ale především na počtu vztahů. Platných zákonů je okolo 800 a přitom jen formálních vztahů mezi nimi jsou miliony.¹⁶ Z toho plyne, že při přípravě doktrinálních textů bude rozhodující úvaha vedena o struktuře. Vymyslet ovšem pro daný právní obor takovou strukturu je vysoce komplikovaný problém, který patrně nelze řešit apriorně. Musíme k tomu mít rozsáhlá data, zkušenosti s jejich prezentací a především představu celku. Tak daleko ovšem zatím nejsme.

2.2.3. Zdá se, že rozumným krokem je pokus o koncentraci dat nad reprezentativní učebnicí daného právního oboru. Předpokladem je ovšem kvalitní zpracování oné výchozí učebnice na počítačové platformě, která toto zpracování umožní.¹⁷ Prakticky to znamená dekompozici textu v několika rovinách, tj. rozklad hesel, rozklad jejich objasnění,¹⁸ popis vztahů asociace, synonymity, vztahů nadřazenosti a podřazenosti, právní ontologie¹⁹ a především doplňování systému poznámek a glos. Poznámkami se míní stručná citace názorů jiných autorů, které jsou rozporu s autorem zpracované učebnice. Glosy jsou naproti tomu názory kolektivu připravujícího novou učebnici, např. příslušné katedry. Poznámky a glosy jsou prostředkem postupného překonání původní učebnice. Původní učebnice se tak kontinuálně doplňuje a mění až do bodu, kdy budeme mít dostatek materiálu k vytvoření učebnice nové. Bodem zlomu ovšem není množství poznámek a glos o sobě, ale především představa nové struktury, dohoda o rozsahu základních termínů a míře jejich důležitosti. V zásadě jde o to zachovat tradici a současně reagovat průběžně na nové poznatky. Pokud k problému přistupujeme seriózně, může se stát, že původní učebnice může vydržet desítky let. Současný stav, kdy si každý teoretik napíše vlastní učebnici, v které opakuje 90 % toho, co je ve všech ostatních a zejména minulých, které se jakoby zahodí, se spíše

¹⁵ V češtině vyšel v roce 1972 - CORTAZAR, J.: *Nebe, peklo, ráj*, Praha: Odeon 1972

¹⁶ Viz CRČEK, F. Mapa českého právního řádu – první krok, In. *Metamorfózy práva e střední Evropě IV, Žijeme v nejlepším z možných světů?*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2014, s. 73 a násl.

¹⁷ Jeden z možných přístupů představuje platforma projektu PES.

¹⁸ Objasněním míníme popis hesla, který může být definicí, seznamem podpoložek, příkladem atd.

¹⁹ Tím se míní určení místa hesla obvykle v hierarchické struktuře.

podobá přepisování již napsaného, než snaze přijít s něčím novým. Je nám samozřejmě jasné, na jaké obtíže tento postup narazí, zejména v nynějším tlaku na kvantitu publikací. Podle našeho názoru snad tento tlak nebude trvat věčně a státní správa pochopí, že grafo-manie ve vědě společnosti nic nepřináší a z hlediska autorů nejde o nic jiného, než o „groteskní podobu touhy po moci“, jak říká M. Kundera.

2.3. *Pokus o operacionální teorii*

2.3.1. Teorie práva v našich podmínkách stojí na konceptu právní normy. Ať už přijme představu, že právní norma je entita, kterou má zákonodárce v hlavě a vyjadřuje ji v právních textech (předpisech) nebo že právní norma je entita, kterou získáváme a post interpretací z právního textu, nemění to nic na skutečnosti, že algoritmus pro generování právních norem nemáme. Vlastně se tváříme, jakoby jsme tento algoritmus měli a nad právními normami „tvoríme“ teorii, u které je jasné, že operacionální není. Taková teorie nám sice může poskytnout představu, jaký by právní svět měl být, ale je nám pramálo platná k tomu, abychom věděli, jaký je či jak stávající stav změnit. Je nabitelní, že taková teorie bude napadána z nepraktičnosti, subjektivismu a ideologičnosti. Pod tímto tlakem aktivitu převezmou pozitivní právní obory a vytvoří si vlastní oborové teorie, čímž destrukci právního řádu doplní destrukcí doktríny. Důsledky si lze snadno představit. Opuštění základních právních principů, rozpad jednotné terminologie, ztráta pohledu na právo jako celek, podpora „tvůrčí“ role judikatury, atd.

2.3.2. Je paradoxní, že využití moderních technologií přitom nabízí prostředky, které jsme doposud nikdy k dispozici neměli. Nejde o to, že bychom měli staré teorie zavrhnout, spíše naopak se k některým starším koncepcím vrátit, respektive oživit, co jsme nerozvázně opustili. Jak je možné, že texty starších učebnic jsou strukturovanější než současné, a tedy z informačního hlediska pro zpracování vhodnější? Jak to, že v digitálně zpracovaném ABGB se vyhledává efektivněji než v novém občanském zákoníku? Proč sociologie, ekonomie, lingvistika a další obory analyzují data s využitím matematických, statistických a dalších formálních prostředků a právní teoretici spíše obecnost a celkový pohled na právo opouštějí? Přitom právní praxe moderních technologií běžně využívá, ať už jde o informační systémy, editační systémy právních vzorů či systémy převádějící hlas do psané podoby. Teorie práva však až na vzácné výjimky jakoby tyto trendy pominula.

2.3.3. Často slyšíme, jak je náš právní řád složitý, má milióny právních norem, 80 % přichází z Bruselu atd. Tyto výroky připomínají Gogola, který upozorňoval, že „Lidé ve vědách znají vědí, že čarodějnice mají maličký ocásek.“

Vyjdeme-li z metodiky Přehledu platných právních předpisů od roku 1945, ukáže se, že v ČR současně platí okolo 800 zákonů.²⁰ Je pravda, že formálně platných zákonů k 1.1.2019 je 2500, ale 60 % jsou novelizace, které se vnoří do oněch 800. To je počet naprosto standardní ve srovnatelných zemích jako je Rakousko či Švédsko. Máme-li v něčem problém, pak to je extrémní tendence k novelizování, nekonzistence zákonů, terminologická nejednotnost či zvyšování počtu paragrafů a jejich rozsah, ale nikoli celkový počet zákonů. Podobně je to i se sekundárními předpisy a mezinárodními smlouvami. Takzvaný tlak Bruselu rozhodně nedosahuje 80 %, ale maximálně 20 %. Jde o to, že teprve minulá vláda začala brát evropské právo trochu vážně a současná vláda skutečně vážně. Postupně

²⁰ Zákony míníme ústavní zákony, zákony a zákonná opatření.

se opouští praxe citací evropského práva v § 1 v poznámce pod čarou a evropské normy se stávají součástí normativních částí našich předpisů. Nejvíce se pak evropské předpisy promítají do sekundárních předpisů, zejména do příloh jako tabulky, vzorce a různé obrázky. Dojem nadmíry evropských předpisů souvisí jednak s odstraňování minulých neimplementací a jednak s výrazným poklesem počtu nových zákonů v posledním roce. V roce 2018 bylo přijato okolo 50 zákonů, což je ovšem standardní počet jak ve srovnatelných zemích tak s první republikou. Není jasné, zda jde o exces nebo o návrat k normalitě. V naposledy zmíněném případě by šlo o radikální a vítaný posun.

2.3.4. Celkově má náš právní řád na úrovni platného primárního práva přes 20 milionu slov.²¹ Odečteme-li nevýznamová slova a formální znaky, dostaneme se na nějakých 10 milionů. Vygenerujeme-li všechny kontexty²² slova „právo“ dostaneme 15 000 výskytů. Jednotlivé kontexty lze klasifikovat do skupin jako objektivní právo (např. právní odvěti), subjektivní právo (např. právo na něco), označení subjektu (např. veřejný ochránce práv) apod. Podobně lze postupovat se subjekty práva. Pokud přijmeme hypotézu, že subjekt práva je entita, které právo přisuzuje nějaké právo nebo povinnost, tj. v našem případě se vyskytuje v bázi kontextů vygenerovaných od slova „právo“, dostaneme okolo 1500 výskytů. V zásadě lze postupovat i opačně tak, že vyjdeme z označení subjektů ve velkých zákonech a zkoumáme jejich kontexty ve zbytku právního řádu. Takové postupy je třeba provést pro každou třídu reprezentující doktrinnální termín. Vzhledem k tomu, že pracujeme s kompletní bází, můžeme volit roviny pro celek i jednotlivá odvěti, která zpětně identifikujeme přes pro ně typické termíny. Zda jsou naše báze reprezentující doktrinnální termíny úplné, lze ověřit na každém textu označením rozpoznávaných termínů. Co zbude, je třeba doplnit do terminologických bází.

2.3.5. Je třeba upozornit, že jde především o kolokace,²³ nikoli jednoslovné právní termíny. Analýzu jednoslovných právních termínů jsme již prováděli²⁴ a víme, že počet výskytů na slovníku²⁵ o 600 000 slovech je 700 u předpisů a 1500 u judikátů. Ačkoli kolokace se řádově pohybují mnohem výše, nejde o počty technicky nezvládnutelné. Současné ze zpracování slovníků máme zkušenost s velmi pomalým nárůstem nových slov. Báze udržujeme 30 let a posledních letech přibývají pouze technické a odborné výrazy, www odkazy atd., právně významných slov je minimum. Lze proto očekávat, že s kolokacemi to bude podobné.

2.3.6. Projekt založený na tomto postupu probíhá rámci Centra pro výzkum právního jazyka v ÚSP. Zjednodušeně řečeno jde o pokus operacionalizovat doktrinnální terminologii. Zatímco v případě tvorby klasických informačních právních systémů bylo nutné tradiční pravidla opustit (např. pojetí času v souvislosti s retroaktivitou), zdá se, že terminologická operacionalizace bude možná. V každém případě bude mít tento postup reálné aplikace. Pokud vytvoříme databáze empirických realizací právních termínů v platném právu, poskytneme např. legislativě efektivní nástroj pro testování návrhů nových právních předpisů. Zda a do jaké míry v rámci klasifikace empirických právních termínů platného

²¹ Slovem nazýváme jakýkoliv řetězec mezi dvěma mezerami, tedy i tečky, čárky, tiskové značky atd.

²² Kontext chápeme jako 3 slova vlevo a 7 vpravo, s doplněním jednotlivých kontextů vpravo, pokud přesahují 7 slov.

²³ Viz blíže ČERMÁK, F.; ŠULC, M. *Kolokace*, Praha: Ústav Českého národního korpusu, 2016

²⁴ Viz CVRČEK, F. *Právní informatika*, Praha: Ústav státu a práva, 2010, s. 129 a násled.

²⁵ Tento slovník pokrývá všechny předpisy, judikáty a důvodové zprávy obsažené v bázi LEGSYS, kterou má ÚSP k dispozici obsahující přes 100 000 dokumentů.

práva a jejich vzájemných vztahů použijeme doktrinální terminologii či jiný postup, mimo jiné otestuje míru operacionalizace současné teorie.

Zásadní na tomto postupu je, že pracujeme s právním řádem jako celkem,²⁶ na reálných datech a s možností každý krok ověřit.

3. Závěry

3.1. Je holým faktem, že teorie práva, ale i teoreticko-historické obory obecně jsou pod tlakem směřujícím k jejich omezení jak na úrovni výzkumu tak v oblasti výuky. Tento trend je podle našeho názoru v přímém protikladu s dosavadními poznatky o reálném právu jako komplikované struktuře, která vyžaduje obecný a celostní náhled. Nejde přitom pouze o aktuální stav platného práva, ale o pochopení základů a vývoje práva v čase a prostoru. Komplexní přístup založený na provázanosti teoreticko-historických oborů se proto zdá rozumným východiskem.

3.2. Moderní technologie nejsou v žádném rozporu s tradicí, naopak nám ji pomohou lépe pochopit a poučit se z ní. To je důvodem snahy digitálně zpracovat nejprve klasické učebnice, provést jejich dekompozici, doplnit je bázi poznámek a glos a tím si připravit půdu pro torbu strukturálně i rozsahem nových učebnic.

3.3. Pokud chceme dokázat, že teorie práva má své opodstatnění, měla by také mít nějaké efektivní výsledky, tj. aplikace využitelné praxi. Jako příklad uvádíme projekt operacionalizace doktrinálních právních termínů na textech primárního platného práva ČR.

Netvrdíme, že operacionalizace doktrinálních termínů je jedinou cestou. Teoretické koncepty založené na modelech jaké by právo mělo být jsou nezastupitelné jak z hlediska historického tak z hlediska budoucnosti. Nicméně obhajobě role teorie by jistě neškodilo vyvinout také prostředky pro analýzu práva jaké je.

Abstract: This paper deals with the importance of the theoretical approach to study of legal phenomena and possibilities of using modern technologies. The author describes three examples of using these technologies: 1) the digital decomposition of the classical legal textbooks, 2) the creation and the processing of new legal textbooks which from the beginning assume nonlinear presentation and c) the operationalization of the doctrinal terminology on the base of primary Czech law-acts. In the opinion of the author theory of law, history of law and Roman law create a whole that forms the basis of law education at the law faculties. The operationalization of doctrinal terms makes possible to understand the legal order as the whole, makes possible the verification and thus tests the degree of applicability of the theory itself.

Key Words: legal order, theory of law, legal terminology, electronic legal dictionary, textbooks of law

²⁶ Míní se samozřejmě na úrovni textů.

KRIZE – PROMĚNA – KRITIKA PRÁVNÍ VĚDY/ PRÁVA OPTIKOU TEORIE SOCIÁLNÍ KONSTRUKCE REALITY

ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K.

1. Úvodem

V poslední době nejenom v české právní vědě zaznívají hlasy, že (tradiční) právní nauka se ocitá v „krizi“¹. Různé právně-teoretické koncepce, jež mnohdy patří k pilířům právního vědění, se stávají terčem nesmlouvavé kritiky², což ve svém důsledku má dokládat obecnější tezi o krizi právní vědy jako takové.³ Umírněněji se někdy v témže kontextu hovoří o „změnách v chápání práva“⁴ a jeho paradigmát.

Nabízejí se tak otázky, co vyvolává tento stav a o čem vypovídá. Možné odpovědi, a to zejména z pohledu sociologické interpretativní teorie vědění, se pokouší přinést tento příspěvek.

2. K roli „údivu“ v procesu poznávání a vědění

Proč určitý jev upoutává naši pozornost? Proč o něm cítíme potřebu hovořit, vysvětlovat jej (i kriticky) či analyzovat? Obecněji, co stojí v pozadí různých hypotéz, teorií, ale i vědních disciplín?

Prisvědčíme-li věcnému Aristotelovi (384 před n. l. – 322 před n. l.), je to obvykle lidský údiv nad obklopujícím světem *sensu largo* (resp. jeho dílčí výsečí), který upoutává naši vědomou pozornost a předchází poznání i vědomí.⁵ Tatáž poněkud poeticky vyjádřená myšlenka se opakuje i u řady dalších myslitelů. Do moderní (metodologie) vědy ji vnesl a rozvinul zejména americký polyhistor, zakladatel sémantiky a pragmatismu, Ch. S. Peirce (1839–1914)⁶, jenž tvrdil, že „spouštěčem“ (*trigger*) jakéhokoliv nového objevu, teorie či pouze dílčí hypotézy je úžas pozorujícího subjektu nad určitým fenoménem. „Ka-

JUDr. Katarzyna Žák Krzyžanková, Ph. D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy Praha, katedra teorie práva a právních učení

Tento příspěvek vznikl v rámci programu Univerzity Karlovy Progres Q 04 „Právo v měnícím se světě“.

¹ Kupříkladu nad tím, zda je současná teorie práva v „krizi“, se na konferenci „*Změny v chápání práva: pluralita systémů, pramenů a perspektiv*“, jež se uskutečnila v dubnu 2019 v Piešťanech a z níž vznikla i tato publikace, zamýšlel F. Cvrček. Implicitně tedy o této možnosti uvažuje, a to když posuzuje stávající stav právní nauky, ale i práva dle tohoto měřítko.

² Recentně v českém právním prostředí srov. monografii V. JANEČKA *Kritika právní odpovědnosti*, jež byla vydána v roce 2017 v nakladatelství Wolters Kluwer, a ve které autor dospívá k potřebě zcela nového teoretického výměru soukromoprávní odpovědnosti. Jenom tak lze totiž dle autora řešit „*současnou paralýzu české teorie*“ (obálka předmětné knihy) a „*český problém odpovědnosti*“ (s. 1 *et passim*).

³ Zůstává však otázkou, co je zde vlastně příčinou a co následkem (viz dále).

⁴ Tato charakteristika se objevuje třeba v názvu konference, jež vyústila ve vydání této knihy.

⁵ Slovy samotného Aristotela: „*(j)ako dnes, tak v dřívějších dobách lidé začali filosofovat, protože se něčemu divili. Z počátku se divili záhadným zjevům (ta apora), jež jim bezprostředně ukazovala zkušenost, a teprve potom ponenáhlu postupující naznačenou cestou dospěli k záhadám významnějším... Ten pak, kdo pochybuje a diví se (aporón kai thaumázón), má vědomí nevědomosti...*“ (ARISTOTELES *Metafyzika*. Praha: Rezek, 2003, s. 38, 982 b).

⁶ K odkazu Peirceho a jeho hodnocení srov. blíže NUBIOLA, J. Abduction or the logic of surprise. *Semiotica. Journal of the International Association for Semiotic Studies*. Berlin – Boston: De Gruyter, Vol. 2005, Issue 153-1/4, s. 118-120.

ždý druh vědy začíná novým fenoménem, který negativně narušuje naše podvědomé očekávání.⁷ Nejde však o jakoukoliv nepravidelnost v obklopujícím světě, nýbrž o něco, co vyžaduje naši vědomou pozornost, novou regulaci či pohled, díky nimž údiv zanikne a situace se stává pochopitelná i snesitelná pro vnímavého pozorovatele.

Polský sociolog Z. Bauman (1925-2017) pak k tomu výstižně dodává, že určitý jev zpravidla není vnímán, analyzován a mnohdy ani pojmenován až do okamžiku, kdy vznikne spor ohledně jeho správného uchopení, resp. „*kdy začne dělat ‚potíže‘, (neboť) jevy vnímáme pouze tehdy, když se pro nás stávají ‚problémem‘, když vyžadují koncentraci a naši vědomou pozornost a když víme anebo se domníváme, že na vyvinutém úsilí bude záviset, zda a jaké budou...*“⁸

Z uvedeného bychom proto mohli usuzovat, že **jsme svědky procesu verifikace, či dokonce rekonstrukce dosavadních představ o tom, co má být náplní, nástroji právní vědy**, a to evidentně tváří v tvář pozorovaným či pouze pociťovaným proměnám jejího základního předmětu poznávání a myšlení, tedy práva.⁹

Úsilí (nejenom) právní obce je vynakládáno na pochopení probíhajících procesů, které narušují dosavadní a za „ustálený“ považovaný pohled právní vědy. Patrná je přitom snaha popsat a částečně i do právní nauky reflektovat možné důsledky z toho plynoucí, v čemž lze spatřovat zárodky vytváření určitého širšího stabilizačního rámce pro další tradování právní nauky i práva samotného.

Slovy, P. L. Bergera (1929-2017) a T. Luckmanna (1927-2016), dvou významných amerických sociologů majících však zřetelné evropské kořeny¹⁰, zažíváme proměnu naší „právní reality“, kterou se pokoušíme „vstřebat.“¹¹ Prizmatem *Sociální konstrukce reality. Pojednání o sociologii vědění* (The Social Construction of Reality. A Treatise in the Socio-

⁷ *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Vol. 7, § 188 (CP 7.188). [online, cit. 2019-03-31]. Dostupné na: <<https://colorsemiotica.files.wordpress.com/2014/08/peirce-collectedpapers.pdf>>

⁸ BAUMAN, Z. Ponowoczesne wzory osobowe. *Studia socjologiczne*, 1993, č. 2, s. 8. Dodojme, že dle Baumana určitý jev přitom může vyvolat otázky teoreticko-metodologické (tj. představuje „problém“ z pohledu vědců) a/nebo existenciální (z pohledu běžných jednotlivců).

⁹ BOGUSZAK, J.; ČAPEK, J.; GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: EurolexBohemia, 2001, s. 14 *et passim*. Proměny práva jsou tedy způsobilé ovlivnit podobu vědy o právu. Jak bude dále rozvedeno, platí to však i opačně, posun v právní nauce může vést ke změně práva.

¹⁰ P. L. Berger se narodil ve Vídni, odkud krátce před 2. světovou válkou s rodiči – židovskými konvertity ke křesťanství – emigroval do Palestiny a posléze v roce 1946 do Spojených států amerických, kde začátkem 50. let získává občanství. Mj. ve snaze lépe porozumět americké společnosti se zapisuje ke studiu sociologie na *New School for Social Research* v New Yorku, kde se setkává s dalším Vídeňákem, T. Luckmannem. (T. Luckmann se narodil do slovinsko-rakouské rodiny na území tehdejšího Jugoslávského království, za války se ale rodinou přesídlil do Vídne.) Pod vlivem myšlenek dalšího rodilého Vídeňana a svého učitele, Alfréda Schutze, Berger s Luckmannem v roce 1966 sepisují své nejznámější dílo, *Sociální konstrukce reality*. Další osud těchto vědců již sledoval odlišnou trajektorii – Berger působí na univerzitách ve Spojených státech, kdežto Luckmann se vrací do Evropy. Oba se však ve svých pracích zaměřují na studium náboženství a zejména zkoumají jeho „*utěšující funkci v mnoha variacích, ve kterých působí*“ ... a která pomáhá lidem čelit „*všudypřítomné(m) možnosti odcizení*“ (MARADA, R. Bergerův a Luckmannův existenciální humanismus. In: BERGER, L. P.; LUCKMANN, T. *Sociální konstrukce reality. Pojednání o sociologii vědění*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury (CDK), 1999, český překlad – Jiří Svoboda, s. 214). K poutavé autobiografii Bergera srov. pak Týž: *Adventures of an Accidental Sociologist: How to Explain the World Without Becoming a Bore*. New York: Prometheus Books, 2011.

¹¹ Konkrétně řečeno, autoři vyslovují tezi, že „*(j)estliže se každodenní rutinní činnost odvíjí bez přerušení, je vnímána jako neproblematická... (I) tato bezproblémová oblast každodenní reality zůstává neproblematickou pouze do určitého okamžiku, a to do okamžiku, kdy se objeví problém, jenž naruší její hladký průběh. Jakmile se tak stane, začne se realita dosud bezproblémového každodenního života snažit vstřebat do sebe novou, problémovou oblast...*“ (BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 30).

logy of Knowledge), dnes již klasického společného díla obou výše zmíněných autorů¹², se podrobněji zaměříme na to, jak se vlastně vytváří právně-teoretické vědění, resp. i samotný obsah práva. Umožní nám to formulovat možnou odpověď na otázky položené v úvodu, které – připomeňme – vybízejí k vysvětlení stávajícího hodnocení či dokonce snad i stavu právní vědy, nepřímo tedy i práva samotného. Lze předestřít, že analyzovaná koncepce má potenciál poskytnut širší rámec i pro některé další diskuze – či dokonce spory – vedené na půdě současné právní vědy. Je proto poněkud překvapující, že v české právní nauce je Bergerova a Luckmannova koncepce obvykle opomíjena, popř. je zmiňována jen velmi okrajově,¹³ což se částečně snaží tento příspěvek napravit a což zdůvodňuje místy deskriptivnější charakter této stati.¹⁴

3. Kontextuální poznámky

Sociální konstrukce reality v době svého vzniku představovala průlom v dosavadních přístupech rozvíjených v sociologii. Funkcionalistický celospolečenský pohled tzv. makro-sociologie je nahrazen mikro-pohledem, kdy do centra zájmu se dostává jednotlivce a jim zakoušená každodennost. Bylo by však chybou tvrdit, že tato koncepce vznikla *ex nihilo*. Jak přiznávají samotní autoři, teorie je vystavěna na základech položených jejich slavnými předchůdci (m. j. M. Weberem, K. Marxem, G. H. Meadem, A. Gehlenem či E. Durkheimem), byť jejich „(p)rvotním cílem je studium sociální teorie, nikoliv teorií. Předmětem tohoto studia nejsou oddělená a odlišná stanoviska, jak jsou vyjádřena v dílech těchto mužů, ale ucelený soubor systematického teoretického uvažování.“¹⁵

Cílem je konstituovat (ale i etablovat) nově pojatou sociologii vědění, jež by zkoumala **vše**, co je v dané společnosti považováno za vědění, a nezužovala by se tedy jen na vývoj idejí a světových názorů (*Weltanschauungen*), jak tomu bylo v tomto oboru doposud, ale rovněž by analyzovala „obyčejné vědění... v každodenním, neteoretickém či preteoretickém životě.“¹⁶ Hlavní úsilí je přitom zaměřeno na popis a vysvětlení procesů, v jejichž průběhu či též důsledku začíná být jakýkoliv soubor vědění lidmi chápán jako realita.¹⁷ Stěžejní se tak

¹² Členové *Mezinárodní sociologické asociace* (International Sociological Association) na svém kongresu v Montrealu v roce 1998 se pokusili kriticky zhodnotit sociologické knižní dědictví 20. století. V průzkumu, který za tímto účelem mezi svými členy uskutečnili, se *Sociální konstrukce reality* umístila na 5. místě v řebříčku nejvlivnějších publikací 20. století (tj. předstihla mj. Habermasovu *Teorii komunikativního jednání* či Parsonsovu *Strukturu sociálního jednání*). Bližší k výsledkům srov. *Books of the XX Century*. [online, cit. 2019-03-31]. Dostupné na: <<https://www.isa-sociology.org/en/about-isa/history-of-isa/books-of-the-xx-century/>>.

¹³ V české literatuře lze najít jen sporadické odkazy na společnou práci Bergera a Luckmanna. Jde o kusé zmínky v pracích věnovaných právní sociologii (např. v Muchových *Textech ze sociologie* či v *Sociologii práva* z pera M. Večeří a M. Urbanové).

¹⁴ Pozornost autorů se primárně nesoustředí na právo, jelikož usilují o vytvoření všeobjímající koncepce (viz bod 3). Nicméně mám za to, že řadu z jejich myšlenek lze úspěšně aplikovat či ilustrovat na příkladu práva/právní vědy. Jak bude dále opakovaně ukázáno, lze rovněž vidět řadu paralel mezi závěry formulovanými Bergerem a Luckmannem v obecné rovině na straně jedné, a mezi tezemi vyslovovanými právními vědci ve vztahu k právu na straně druhé.

¹⁵ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 24, autoři zde přitom citují z Parsonsova díla *The Structure of Social Action*. Zvolením tohoto „eklektického“ přístupu dochází k určitým simplifikacím, což ale autoři nijak nezastírají [„(v)íme, že na různých místech se dopouštíme zkreslení jistých myslitelů tím, že jejich myšlenky činíme součástí teoretických úvah, které by mnohým z nich byly cizí“ (s. 23)], nepovažují to však za újmu, neboť – jak bylo naznačeno výše – jejich „cílem není vyčerpávající výklad ani syntéza pro syntézu“ (s. 23).

¹⁶ *Ibidem*, s. 22.

¹⁷ Lapidárně řečeno, „náplní (Bergerovy a Luckmannovy) sociologie vědění je analýza sociálního vytváření reality“ (BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 11).

stává otázka „*Jak?*“, přičemž autory podaná odpověď může být s jistými modifikacemi vztažována na vysvětlení různých sfér lidské reality a vědění, kdy právní realita/vědění představuje jednu z nich.¹⁸ Lze tedy uvažovat o potencionální univerzalitě tohoto pohledu, který spojuje jak mikro, tak i makro-pohledy,¹⁹ resp. má přesah i do dalších vědních oborů zkoumajících či jen zprostředkovávajících určité vědění (což je ale z povahy věci do jisté míry každá disciplína).

Je však třeba upozornit, že správnému přijetí na půdě jiného vědního odvětví může bránit specifická – dílem složitá, dílem neobvyklá – terminologie zvolená autory.²⁰ U právníků pak k tomu přistupuje i další nebezpečí spočívající v tom, že celá řada těchto termínů se vyskytuje i v jejich odborném slovníku (zejména tedy používaném v rámci oboru právní sociologie), kdy ale tímž názvům jsou připisovány jiné konotace. Ke stěžejním prvkům Bergera a Luckmannova názvosloví přitom patří jednak realita, kterou rozumí „*vlastnost náležející jevům, kterým přisuzujeme existenci nezávislou na naší vlastní vůli*“²¹, jednak vědění, tedy „*jistot(a), že tyto jevy jsou skutečné a jsou nositeli určitých vlastností*“.²² Z tohoto vědění je pak spletena síť významů, bez nichž by daná společnost nemohla existovat.

4. K sociálnímu vytváření reality

Východiskem analyzované teorie je axiomatický názor, že člověk se od přírody rodí jako otevřený ke světu, což mu umožňuje přijímat za svá různá prostředí či vykonávat rozmanité činnosti. Tato biologická otevřenost, nesoucí v sobě bezbřehost možností chování, však k dalšímu životu není optimální, neboť „*lidská existence (se nejlépe) ... odvíjí jen v prostředí řádu, stability a určitého směřování*“.²³ Proto je třeba vnášet určitý řád do obklopujícího světa, který stabilizuje lidskou existenci a uzavře vstupní biologickou otevřenost a z toho plynoucí přemíru volby. V rámci vývoje (zejména tedy raného) se tak

¹⁸ Důraz autorů na proces vzniku vědění některé osoby svádí k závěru, že dle této koncepce může být obsah společenských pravidel libovolný. Tento výklad však odporuje intencím autorů (vždyť – jak si všimají – již prostředí i naše tělesnost předurčuje určité materiální aspekty přijímané reality), jež v pozdějších pracích jsou stále čitelnější. Srov. blíže zejména Bergerovo pozdní dílo *In Praise of Doubt: How to Have Convictions Without Becoming a Fanatic*, které sepsal spolu s A. Zijderveldem a které bylo vydáno v roce 2009 v newyorském nakladatelství Harper, v němž je odmítán jak fundamentalismus „*usilující o navrácení zjevnosti tradice, obvykle pojímané jako návrat (pravdivé nebo představované) neposkvrněné minulosti téže tradice*“ (s. 78), tak i relativismus, jenž ve svých nejkrajnějších podobách hlásá tezi, že „*neexistují fakta a jenom vyprávění, jež jsou epistemologicky rovnocenná*“ (s. 74). Řešení je spatřováno ve střední cestě, tedy postoji „*racionalní pochybnosti*“.

¹⁹ Tato schopnost však bývá některými sociology zpochybňována. Kupříkladu J. Keller upozorňuje, že při nekritickém rozšíření závěrů na sféru makro-sociologie vzniká realitě neodpovídající představa, že i „*ty nejformálnější organizace... (jsou) místa letmého střetávání navzájem si zcela rovných lidí, kteří naprosto rovnoprávně a zvenčí ničím a nikým neřízené a neomezené konverzaci konstruují pravidla chodu těchto organizací*...“ (KELLER, J. *Dvanáct omylů sociologie*. Praha: Slon, 1995, s. 33).

²⁰ S určitou nadsázkou lze ale po vzoru J. Kellera říct, že se jedná o rys příznačný pro řadu sociologických prací. Konkrétně řečeno, „*(d)louho o sobě sociologie pěstovala mýtus, podle něhož údajně vznikla tak pozdě proto, že se zabývala zkoumáním těch nejkompexnějších a nejsložitějších vrstev reality. Složitost její vlastní terminologie má tuto komplexnost nezasvěceným alespoň naznačit*“ (KELLER, J. *Dvanáct omylů sociologie*. Praha: Slon, 1995, s. 25, podtrženo – K. Ž. K.).

²¹ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 9.

²² *Ibidem*. Zajímá nás přitom vědění chápáné v dané společnosti jako „dané“, což nemusí nutně odpovídat „platnému“ vědění, kdy platnost je hodnocena např. z pohledu nejmodernějších výsledků příslušných vědních odvětví.

²³ *Ibidem*, s. 55.

lidská bytost postupně přizpůsobuje jednak obklopujícímu přírodnímu světu, jednak kulturně-sociálnímu řádu vytvořenému předchozími generacemi, k jehož zachování svou činností postupně sama přispívá tím, že pokračuje v jeho vytváření.²⁴ *Homo sapiens* bude tedy vždy i *homo socius*, a to nemá-li být odsouzen k existenci na úrovni pouhého zvířete.²⁵

Tato vstupní myšlenka předurčuje další rámec úvah, ve kterých se postupně stále zřetelnějšími stávají tři základní kameny celé koncepce, a to že: 1) společnost je produktem člověka; 2) společnost je objektivní realitou; 3) člověk je výtvozem společnosti.²⁶ Jinými slovy, trajektorie společenského vývoje i existence probíhá po ose externalizace – objektivace – internalizace. Nejedná se o tři izolovaná stadia či procesy. „*Je (totiž) ... nutno si uvědomit, že tyto tři složky po sobě v tomto časovém sledu nenásledují. Společnost a každá její část je spíše dána těmito třemi složkami současně, takže analýza jen z pohledu jedné nebo dvou z nich je nedostatečná...*“²⁷ Je tedy nezbytné projít s autory celou cestu, aby bylo možné vyslovit relevantní závěry ve vztahu k společenskému řádu a jeho dílčím složkám jako je právní řád.

4.1. Externalizace

Jak tedy vlastně vzniká sociální řád? Začátek lze hledat v externalizaci, tedy v lidské schopnosti se projevat ve světě. V rámci kontaktu s okolím člověk interaguje s jinými členy společnosti, což vede k postupnému vzájemnému vytváření různorodých vzorců, modelů či norem chování řešících vzájemný styk. Ty z možných způsobů chování a lidské činnosti, které se aktérům osvědčí, bývají v budoucnu znovu napodobovány a vykonávány. Dochází tedy k jejich tzv. **habitualizaci**, k jejímž kladům patří fakt, že zužuje možnost volby, resp. „*osvobozuje jedince od 'břemene všech ostatních možností' a poskytuje mu psychologickou úlevu*“. Vzniká tak i „*prostor pro přemýšlení a pro zlepšování*“, umožňující další „*usměrnění a tříbení činnosti*“.²⁸

Postupně přitom může habitualizace vést k **institucionalizaci**, a to pokud dochází ke vzájemné typizaci habitualizovaných činností určitým druhem vykonatelů. Základem instituce je tedy dle Bergera a Luckmanna určitá sdílená a všem relevantním aktérům dostupná typizace habitualizovaných činností.²⁹ Pro instituci je ale rovněž příznačné, že má vždy své dějiny, jež zachycují proces, který vedl k jejímu vzniku, a jejichž znalost umož-

²⁴ *Ibidem*, s. 56.

²⁵ V právní vědě se opakovaně objevuje teze, že člověk je předurčen k tomu, být společenským tvorem. Obvykle se poukazuje na to, že jen přítomnost dalších lidí umožňuje lidským bytostem „*zachovávat a rozvíjet se jako druh organické přírody*“ (KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 29). Dle I. A. Bláhy je pak k „*zspolečnění... člověk nutkán jednak potřebou družnosti, jednak potřebou bezpečnosti fyzické, hospodářské, sociální a metafyzické...*“ (BLÁHA, I. A. *Sociologie*. Praha: Academia, 1968, s. 249). Lidé žijící v určitém uskupení však mívají různé partikulární zájmy, které mohou kolidovat, a tedy i vést ke společenské entropii. „*K vyrovnaní, resp. snížení této entropie ve společnosti, (což) je jak v zájmu společnosti jako celku, tak v zájmu jednotlivce... dochází různými prostředky... Jedním z nich je i právo, (které) jako celek působí... k zachování homeostáze společnosti...*“ (KNAPP, V., *op. cit.*, s. 32). Srov. též: WEINBERGER, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 15 a násl.

²⁶ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 64.

²⁷ *Ibidem*, s. 128. Je třeba dodat, že jednotlivé prvky neustále navzájem interagují, důsledkem čehož je chápání společnosti (a jejich dílčích složek) jako „*objektivní i jako subjektivní reality*“ (s. 128).

²⁸ *Ibidem*, s. 57.

²⁹ Instituce tedy stanoví, že „*činnost typu X bude vykonávána aktéry X*“ (BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 58).

ňuje správně porozumět dané instituci. Kromě toho se vyznačuje i schopností řídit lidské chování, neboť „*předem stanov(i) vzorce chování, které lidskému jednání předurčují jeden směr ze všech teoreticky možných směrů.*“³⁰ Existenci instituce dle autorů analyzovaného díla lze přitom chápat tak, že určitý druh činnosti byl podřízen (primární) sociální kontrole. Případné tresty a další sankční mechanismy zaváděné k podpoře určité instituce jsou proto vždy jen doplňkové a ukazují, že „*procesy institucionalizace neproběhly zcela úspěšně.*“³¹ Tedy zejména nedošlo k adekvátní internalizaci u zamýšlených recipientů dané instituce.

Zaměříme-li naši pozornost na oblast práva, pak nelze přehlédnout, že i právo/právní řád lze pojímat jako instituci ve výše uvedeném pojetí, tedy jako souhrn typizací určitých habitualizovaných činností.³² Opravňuje nás to proto k vyslovení závěru, který byl dříve vyřčen ve vztahu k sociálnímu řádu obecně: Právo/právní řád je obvykle výsledkem minulé lidské činnosti (většinou osob označovaných jako normotvůrce³³), přičemž existuje pouze tehdy, když lidská činnost bude pokračovat v jeho udržování³⁴ a vytváření. Právu vlastní existence sankcí přitom upozorňuje, že objektivace a internalizace neproběhly či nemusí proběhnout u všech zamýšlených adresátů norem vždy zcela úspěšně. Dále hrozba sankce je způsobila přispět k tomu, aby přijatá pravidla bez ohledu na subjektivní významy, které konkrétní jedinec jim připojuje, byla zachovávána, a to třeba i „*navzdory pokusům daného jednotlivce o vytvoření nových definic.*“³⁵

4.2. Objektivace

Milníkem ve vytváření jakéhokoliv sociálního řádu (tedy právní řád nevyjímaje) představuje okamžik, kdy vzorce habitualizovaných lidských činností (vč. tedy těch, které mají potenciál být institucionalizovány) jsou předávány nové generaci. Pravidla, jejichž obsah byl doposud plně v moci jejich tvůrců, a která tedy byla „*změnitelná, vrtkavá či hravá*“ získávají pevnou, ba přísnou strukturu.³⁶

³⁰ *Ibidem*, s. 58.

³¹ *Ibidem*.

³² Obdobně na právo nahlíží O. Weinbereg, který jej považuje za určitý „institucionální řád“ (WEINBERGER, O., *op. cit.*, s. 16 a násl.)

³³ Lze připomenout, že recentně je v právní teorii stále více akcentována role exegeta, jenž v procesech právní interpretace a aplikace spoluutváří finální podobu právního pravidla, a to zejména pokud závazně rozhoduje o tom, co bude po právu (*Quid iuris?*) v určitém případě. Bergerova a Luckmannova koncepce ale toto nevylučuje, ba vychází z toho, že pravidla vždy vznikají při vzájemném kontaktu rozhodných aktérů, přičemž některá z nich postupně sedimentují. Blíže: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 11–14 *et passim*.

³⁴ Pokud určité právní pravidlo tedy není „udržováno“ čili aplikováno, byť je součástí platného a účinného normativního právního textu, přestává mít vliv na život právních recipientů. Právní teorie takové řešení akceptuje, přičemž tato pravidla obvykle označuje jako „obsoletní“, a to kdy „*určité právní normy nelze fakticky realizovat pro změnu společenských podmínek*“, nebo „*redundantní, kdy není dána potřeba právní regulace společenských vztahů*“ (GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vydání. Plzeň: vydavatelství a nakladatelství Aleš Čenka, 2017, s. 287). Souhrnně se pak v těchto situacích hovoří o „*zjevné neúčelnosti*“ (*ibidem*).

³⁵ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 65. Jednotlivec může tedy například usilovat o reinterpretaci určitého právního pravidla. Význam sankce na chování člověka však nelze přeceňovat, a to jak přesvědčivě vysvětluje například V. Knapp. Blíže: KNAPP, V., *op. cit.*, s. 36 a násl.

³⁶ Autoři neváhají přitom tvrdit, že jen s příchodem nové generace lze hovořit o sociálním světě. Srov. BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 64. V oblasti práva by přitom bylo možné převod spojit s promulgací právních předpisů, a to zejména v kontinentálním typu právní kultury.

Má-li být tento převod úspěšný, vyžaduje to, aby předávané vědění bylo pojímáno jako něco daného, nezměnitelného, samozřejmého, tedy jako objektivovaná realita. Relevantní „*vědění je (proto) v průběhu socializace vštěpováno jako objektivní pravda a tím je internalizováno jako subjektivní realita. Tato realita má schopnost jedince utvářet. Formuje určitý typ osobnosti...*“³⁷

Významným či dokonce nenahraditelným nástrojem, který umožňuje tento převod vědění je lidský jazyk. Jazyk umožňuje uchovávat a předávat zkušenosti určité osoby či skupiny dalším subjektům, které se takto stávají prostředkem „*intersubjektivní sedimentace*.“³⁸

U institucí typu právo, jež mají „*trvale()* řešit *trval(ý)* problém daného společenství“³⁹, by ideálně mělo docházet k systematickému předávání vědění, a to zejména potenciálním aktérům institucionalizovaných rolí, což z logiky věci vyžaduje nějakou formu vzdělávacího procesu.⁴⁰ Jednotlivce je totiž třeba připravit k určité institucionální roli, aby byl s to reprezentovat daný institucionální řád. Jen řádný výkon „*role umožňuj(e) institucím existovat, stále znovu a znovu, jako skutečný jev ve zkušenosti žijících jedinců*.“⁴¹ Právní vzdělávání – ať obecné realizované na právnických fakultách, anebo navazující (tedy v rámci přípravy na výkon advokacie, notářské profese apod.) můžeme považovat za příklad *par excellence* takovéto přípravy k výkonu určité role.⁴²

K přípravě k určitým rolím přitom bude z logiky věci docházet ve společnostech s větším potem osob, kde dochází k dělbě práce, tedy kde již všichni nedělají všechno. Zásoba vědění dané společnosti se nutně začne vnitřně štěpit na tu část, která je dostupná každému a dále na tu část, která je relevantní z pohledu realizace určité role. Dle Bergera s Luckman-na je ale součástí obecného, všemi sdíleného vědění vždy informace, kdo je odborníkem na konkrétní roli a u koho lze tedy v případě potřeby hledat pomoc.⁴³ Přeneseno na půdu práva tak existuje vědění o právu, které je dané všem, a pak specializované vědění, jež je obvykle potřebné k výkonu určitého právního povolání (například k činnosti advokáta, soudce, státního zástupce).⁴⁴ Na druhou stranu je třeba poukázat na to, že vykonavatelé

³⁷ *Ibidem*, s. 69.

³⁸ *Ibidem*, s. 70. Je nasnadě, že komentáře k zákonu, právní učebnice či judikáty vyššího soudu představují vštěpné příklady „*řešitelných a zapamatovatelných*“, (neboli) ... *sedimentovaných... entit()*“ (s. 70), které umožňují uchovávat a předávat určité zkušenosti další (právní) generaci či jen příjemcům právního řádu.

³⁹ *Ibidem*, s. 72.

⁴⁰ Jednotlivec, jenž je předurčen (byť potencionálně) k výkonu určité institucionální role, je přitom dle názoru Bergera a Luckmanna zasvěcován do určitých oblastí společensky objektivovaného vědění nikoliv pouze v úzkém kognitivním smyslu, ale rovněž ve smyslu znalostí relevantních hodnot, emocí a nezbytných dovedností.

⁴¹ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 77.

⁴² Dodejme, že dle analyzované koncepce jednotlivé instituce tendují k vytváření svého specifického jazyka, který umožňuje pregnantněji uchopovat problémy a vztahy, které řeší. V oblasti práva je příkladem tohoto speciálního jazyka právní a právnický jazyk. K rozlišování právního a právnického jazyka srov. v primární literatuře zejména WRÓBLEWSKI, B. *Język prawny i prawniczy*. Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 1948.

⁴³ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 76.

⁴⁴ V právní teorii o distribuci vědění o právu obdobně píše H. L. A. Hart, dle kterého „... v podstatě všichni, kdo se setkávají s anglickým slovem „law“ (právo), dokázali bez potíží vyjmenovat další a další příklady (právních pravidel...) a většina lidí dokáže ještě mnohem víc – například alespoň zhruba popsat, jak lze zjistit, co je v Anglii uzákoněno. Vědí, že existují odborníci, s nimiž je možné se poradit, a soudy, které mají rozhodující a směřované slovo“ (HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 18). Z českých autorů pak třeba V. Knapp, upozorňuje, že „každý je si... jistě vědom toho, že v železniční dopravě, v rybářství atd. nějaké právo platí“ (KNAPP, V., *op. cit.*, s. 23), byť tedy nepracuje v dané oblasti a nemá konkrétní povědomí o obsahu relevantních právních norem. Implicitně lze z tohoto dovodit, že v případě potřeby bude ale s to tato pravidla zjistit (s jejich existencí totiž počítat).

určitých společenských rolí často tendují k tomu zachovat si pokud možno exkluzivitu svého vědění. Za tímto účelem proto mnohdy „zahalí (svůj obor) ... *do starodávných symbolů moci a tajemství, neobvyklým oděvem počínaje a nesrozumitelným jazykem konče, a to vše je ve vztahu k veřejnosti i samotné skupině (odborníků) ... legitimizováno jako praktická nutnost.*“⁴⁵

Důležitou součástí převodu vědění – ať obecného, či speciálního, jež je nezbytné k výkonu určité roli, je **legitimizace**. Vědění o typizovaných habitualizacích (institucích) je třeba nejenom představit a vysvětlit jako objektivní fakt, ale je třeba rovněž nabídnout i jeho subjektivní věrohodnost (ospravedlnitelnost). Dochází tak k druhoplánové objektivaci významů, kdy se mohou vytvářet i zcela nové významy. Legitimizace přitom obvykle sestává z více úrovní s tím, že jejich dostupnost je obvykle spojena i s konkrétním postavením dané osoby. Výchozí úroveň představují jednoduchá tradiční ponaučení typu „*Tak se to dělá.*“ či „*Tak je to v daném případě po právu.*“ Na vyšší úrovni legitimizačních procesů se setkáváme s různými teoretickými větami, vysvětlovacími schématy popisujícími vztahy mezi soubory objektivních významů v jejich elementární podobě. Patří zde tedy různá praktická přísloví, zásady, legendy či třeba moudré příslovíčky. V oblasti právní nauky by to pak mohly být zejména dodnes mezi právníky oblíbené různé latinské parémie (např. *Dura lex, sed lex. Ex iniuria ius non oritur. Ius retro non agit.*). Ještě dále v ospravedlnění jdou různé explicitní teorie vysvětlující určitou institucionální oblast. Vytváření, udržování a předávání této abstraktnější, složitější a intelektuálně obecně náročnější úrovně legitimizace bývá svěřováno odborníkům na danou disciplínu, tedy „*profesionálním legitimizátorům.*“⁴⁶ Příkladem v oblasti práva by mohly být různé teorie právní interpretace (objektivní, subjektivní, dynamické, statické apod.).⁴⁷ Lze dodat, že s nástupem této úrovně legitimizace, jakož i profesionálních legitimizátorů může oblast legitimizace (tedy v našem případě právo) „*nabývat určitou míru samostatnosti ve vztahu k legitimizovaným institucím a nakonec může nastartovat svůj vlastní proces institucionalizace.*“⁴⁸ Vytváří se tedy (právní) věda, která se může stavět kriticky k objektu svého poznávání (právu), který stál u základu jejího vzniku. Nejvyšší úroveň legitimizace je konečně tvořena určitými „*symbolickými světy*“, tedy „*soubory teoretických tradic, které uspořádávají v celek rozdílné oblasti významů a zahrnují institucionální řád v jeho symbolické celistvosti.*“⁴⁹ Symbolický svět vytváří všezahrnující rámec, v rámci kterého se odehrává veškerá zkušenost i lidská činnost v dané oblasti, tedy – lapidárně řečeno – veškerý institucionální svět. Všechny nižší legitimizační úrovně lze přitom chápat jako určité úhly pohledu na jevy (institute), které jsou součástí tohoto symbolického světa. V oblasti

⁴⁵ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 89. I tento postřeh lze vztáhnout na právníky. V soudních síních je soudce zahalen v taláru, v některých případech i obhájce a státní zástupce. Existuje též jasně daný „zasedací pořádek“, pravidla, co se týče vstávání při vyhlášení rozsudku atd. O specifickém právním a právnickém jazyce již byla učiněna zmínka výše (viz poznámka pod čarou č. 43). Na druhou stranu tyto rysy práva jsou poněkud paradoxní, a to pokud zohledníme základní jeho smysl – udržování společenské rovnováhy, kdy většinovým příjemcem je osoba, která nemá odborné vzdělání. Zůstává-li „*řeč práva*“ pro laiky „*tajným kódem*“, tak se z povahy věci snižuje efektivita i legitimita práva jako systému. Srov. k tomu též: MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018, s. 227 *et passim*.

⁴⁶ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 96.

⁴⁷ Příklady právních legitimizací na jednotlivých úrovních inspirovány na: WOJTCZAK, S. – WITCZAK-PLISIECKA, I. – AUGUSTYN, R. *Metafory konceptualne jako narzędzia rozumowania i poznania prawniczego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017, s. 15-16. K naznačenému dělení teorii interpretace práva pak kupříkladu srov. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K., *op. cit.*, s. 75 a násl.

⁴⁸ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 96.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 96.

práva by bylo možné za tento symbolický svět označit například ideu právního pozitivismu, či třeba i zásadu dělby moci.⁵⁰ Dodejme, že i o tomto symbolickém světě mohou být vedeny úvahy (např. kritika či obhajoba ideje právního pozitivismu), čímž je dáván prostor pro „legitimizace druhého stupně“.

Tyto vyšší úrovně legitimizace (tedy různé teorie, symbolické světy), popř. teorie o těchto legitimizacích, jsou způsobile významně ovlivnit samotnou podobu institucí, jakož i prvotních legitimizací. Existuje tedy úzká oboustranná interakce mezi světem institucí a jejich legitimacemi. „*Vztah mezi 'ideami' a sociálními procesy, které je udržují, je vždy dialektický. Je správné, když řekneme, že teorie jsou vytvářeny proto, aby legitimizovaly již existující společenské instituce. Ale také se stává, že společenské instituce jsou změněny proto, aby byly v souladu s již existujícími teoriemi, tedy aby byly více 'legitimní'.*“⁵¹ Za iluzorní je proto třeba považovat názory těch z „odborníků na legitimizaci“, kteří mají za to, že „*jejich teorie nemají k běhu života vůbec žádný vztah.*“⁵²

Za problematický či dokonce nebezpečný z pohledu existujícího sociálního řádu /sociální reality/ autoři považují bezbřehý pluralismus názorů na konkrétní podobu těchto legitimací, neboť „*podporuje skepticismus, tak novátorství, a proto ze své podstaty podvrací danou realitu tradičního status quo.*“⁵³ Pluralita vždy odhaluje, že „(v)šechny společenské reality jsou nejisté. Všechny společnosti jsou jen konstrukty čelící chaosu. Neustále hrozící nebezpečí anomického děsu propukne naplno, kdykoliv jsou legitimizace, jež tuto nejistotu zastírají, ohroženy nebo se zhroutí.“⁵⁴ Akceptujeme-li tento názor, dospíváme k paradoxnímu závěru, **právní vědci svými rozmanitými teoriemi, ale i rezignací na jakoukoliv legitimizaci zkoumaných institutů mohou přispívat k rozkladu právní vědy i právního řádu.** Jde o to pozoruhodnější názor, že obvykle bývají zapojeni do procesů vzdělávání nových generací, tedy do předávání právní reality a jejího řádu budoucím vykonatelům rozličných právních rolí. Na druhou stranu, jak správně upozorňuje M. Škop, jen konstrukce právní vědy/ práva umožňuje „*nabídnout obraz teorii, jako zatížených určitými ideologiemi...*“, která nemusí být nadále vnímána jako dostatečná, čímž je dán prostor pro různé „*opravy, náprav(y) či vylepš(ení)*“, tedy pro „*přízpusob(ení) teorie vnímání tohoto druhého a přivést je zpět do práva*“⁵⁵

4.3. Internalizace

K uvádění jednotlivce do určité sociální reality dochází v rámci procesů socializace. Úspěšnost se odvíjí od toho, na kolik je tato realita individuem internalizována, tedy v jaké míře u něj dochází k „(b)ezprostředn(ímu) vnímání či interpretac(i) objektivní události

⁵⁰ Tento příklad zmiňuje A. Gerlocha, jenž hovoří o určitých „meta-zásadách“, „právních axiomech“ či též „teologicko-axiologických konsekvencích“, který je třeba bez dalšího respektovat a jejich optikou nahlížet na zbytek právního řádu (GERLOCH, A., *op. cit.*, s. 141 a násl.).

⁵¹ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 127. „Odborníci na legitimizaci (tak) mohou působit jako teoretici obhájci statu quo. Mohou také vystupovat jako revoluční ideologové. Definice reality mají schopnost naplňovat samy sebe.“

⁵² *Ibidem*, s. 117. Validitu této teze lze podpořit poměrně rozšířeným přebíráním různých právně-teoretických koncepcí či argumentů soudními orgány (např. Radbruchovy formule, Fullerových „pravidel výtečnosti“ tvorby práva), jež jsou způsobile suspendovat interpretační závěr plynoucí z jazykového výkladu určitého pravidla.

⁵³ *Ibidem*, s. 125.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 104.

⁵⁵ ŠKOP, M. *Dekonstrukce jako metoda poznání práva*. [online, cit. 2019-03-31]. Dostupné na: < <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/prteorie/skop.pdf> >.

jako události mající význam, tedy jako projev subjektivních procesů jiného člověka, přičemž zároveň význam tohoto projevu přijmu subjektivně za svůj.⁵⁶ Úspěšně provedená socializace je předpokladem pro pochopení druhého i obklopujícího světa. K základní prvotní socializace dochází v raném věku v rodině.⁵⁷ V průběhu dalšího života však lidé bývají uváděni do nových oblastí světa společnosti („subsvětů“)⁵⁸, a to aby nabyli potřebné vědění nutné pro výkon určité role. Součástí tohoto vědění je jednak nabytí všech potřebných dovedností, jednak ovládnutí příslušného jazyka, identifikace s danou rolí, jež je podpořena legitimizací, popř. i účasti na určitém obřadu (např. imatrikulaci, promoci, složení advokátního slibu).

Míra internalizace (tedy symetrie mezi objektivní a subjektivní elitou) této nové reality odvisí od intenzity a kvality výuky, popř. i následné sítě udržovacích mechanismů vědění (např. v podobě povinného dalšího vzdělávání).⁵⁹ Sekundární socializací získaná subjektivní realita je však obvykle méně odolná vůči soupeřícím definicím reality než ta, která je získána cestou primární socializace.

Tváří v tvář jiným možným realitám či legitimizačním teoriím může docházet k modifikacím (transformacím) získaného vědění. Lze přitom rozlišit dvě základní situace: Je-li i přes dílčí modifikace vědění konzistentní, tj. přes úpravu určitých etap či prvků navazuje stávající vědění na předchozí poznatky, jde stále hovořit o téže sociální realitě a sekundární socializaci. V některých případech však transformace může mít podobu resocializace (**alternace**), kdy jedinec přijme za svou novou realitu (legitimizační teorii), jejíž optikou nově rekonstruuje celou svou minulost, a to aby ji uvedl do souladu s novou realitou. Příznačný je i sklon zpětně promítat do minulosti prvky, jež tehdy nebyly subjektivně dostupné.⁶⁰

5. Co tedy znamená, když se mluví o „krizi“, „změně“ právní vědy/práva či je „kritizuje“?

Analýza stěžejních momentů Luckmannovy a Bergerovy koncepce sociální konstrukce reality legitimizuje vyslovení několika tezí, jež mohou přispět k vysvětlení toho, co vlastně znamená, když někdo hovoří o tom, že právní věda/ právo je v krizi či se mění, popř. když někdo právní nauku/ právo kritizuje.

Ukazuje se totiž, že lidé tvoří právo a v posledku i právní vědu, aby vysvětlili a ospravedlnili určité právo předávané nové generaci. Mění-li se právo, mění se i právní věda, nicméně i právní věda je způsobilá měnit právo, byť není jediným faktorem, který je sto tuto proměnu iniciovat.

⁵⁶ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 28. Úspěšně provedenou právní socializaci můžeme po vzoru Harta chápat jako „*náš nutkavý pocit chovat se v souladu s pravidlem a obrátit se proti všem, kde se takto nechovají*“ (HART, H. L. A., *op. cit.*, s. 26)

⁵⁷ Raná socializace je nesmírně emocionálním procesem, kdy výuka habitualizovaných činností obvykle probíhá po této ose: (1) teď se (ne)mám tak a tak chovat; (2) vždy, když se ocitnu v této situaci tak se (ne)mám tak a tak chovat; (3) lidé se v takové situaci tak a tak (ne)mají chovat. Posun od individuálního já k lidem (tedy „zobecnělému druhému“) završuje primární socializaci. Dodejme, že v rámci prvotní socializace je internalizována celá řada právních pravidel, byť si to jednotlivec nemusí ani uvědomovat. Je-li tento proces opakován po generace, lze hovořit o určitých „*společenských automatismech*“, takže právní norma... jako přímý motiv lidského chování v mnoha případech ustupuje do pozadí“ (KNAPP, V., *op. cit.*, s. 25).

⁵⁸ V rámci sekundárních socializací se ale od začátku pracuje s představou zobecnělého druhého, a tedy nositel práv a povinností bývá obvykle druhově určen.

⁵⁹ Stupeň internalizace je určující i pro možnost následné transformace dříve získaného vědění.

⁶⁰ BERGER, L. P.; LUCKMANN, T., *op. cit.*, s. 160.

Pro soudobou právní vědu je přitom příznačná pluralita teorií⁶¹, což však nesvědčí sedimentaci významů a může podněcovat změny (k lepšímu i horšímu). Vede to pak k zajímavému paradox: právo jakožto stěžejní prvek sociálního řádu má primárně přispívat ke stabilizaci lidské a společenské existenci, avšak právní vědě vlastní pluralita názorů působí v tomto ohledu „kontraproduktivně“. Na druhou stranu jen díky pluralitě názorů se může vytvářet kvalitnější prostor pro lidské žití.

Pluralita názorů se pak promítá do hodnocení práva a právní vědy (popř. jejich dílčích koncepcí). „*Kritika, krize, proměna*“ práva/ právní vědy je totiž důkazem, že dochází ke střetům realit, a to těch, které byly doposud internalizovány mluvčími a co subjektivně vnímají jako „fakt“ na straně jedné, a jinými realitami navrhovanými či prezentovanými dalšími relevantními aktéry na straně druhé. Obklopující svět pak přestává být pro ně čitelný a pochopitelný.

Hovoří-li někdo o „krizi“, tak tato nová realita vyvolává v něm údiv, ale stále se mentálně nevzdává své dříve internalizované reality. Osoba tedy vnímá změnu, alternativní pohledy, teorie či legitimizace, nicméně tyto zatím nevedou ke změně jejího jednání.

Kritika obvykle pramení z resocializace (alternace). Je zavrhována dřívější sociální realita, a to ve prospěch nového pohledu. Optikou této nové reality pak osoba hodnotí předchozí teorie či reality, se kterými se seznámila v určité fázi – nyní již neúspěšné – socializace.

Změna je zřejmě nejmírnější. Jednotlivec vnímá proměnu sociální reality, analyzuje ji, ale (zatím) ji nijak nehodnotí. Je tedy otevřena jak na přijetí nové reality, ale i na zachování dosavadních schémat.

Abstract: From the viewpoint of Berger and Luckmann's theory of the social construction of reality, law and legal science is analysed in an attempt to offer a possible explanation of what it means when talking about „transformations“ of contemporary law and legal science, or even their „crisis.“ The recent trend of “criticism” of various legal-theoretical constructions will also be given attention.

Key words: crisis of law, crisis of jurisprudence, critique of law, critique of jurisprudence, metamorphoses of law, metamorphoses of jurisprudence, P. L. Berger, T. Luckmann

Použitá literatura:

- ARISTOTELES *Metafyzika*. Praha: Rezek, 2003. ISBN: 0-86027-19-8.
 BAUMAN, Z. Ponowoczesne wzory osobowe. *Studia socjologiczne*, 1993, č. 2, s. 7–31. ISSN: 0039-3371.
 BERGER, L. P. *Adventures of an Accidental Sociologist: How to Explain the World Without Becoming a Bore*. New York: Prometheus Books, 2011. ISBN: 9781616143893
 BERGER, L. P.; LUCKMANN, T. *Sociální konstrukce reality. Pojednání o sociologii vědění*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury (CDK), 1999. ISBN: 80-85959-46-1.
 BERGER, L. P.; ZIJDERVELD, A. *In Praise of Doubt: How to Have Convictions Without Becoming a Fanatic*. New York: Harper, 2009. ISBN 9780061778179
 BLÁHA, I. A. *Sociologie*. Praha: Academia, 1968

⁶¹ Hart neváhá tvrdit, že „*dějiny právní teorie... (jsou) utváře(ny)... oscilací mezi extrémy*“ (HART, H.L.A., *op. cit.*, s. 23).

- BOGUSZAK, J.; ČAPEK, J.; GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: EurolexBohemia, 2001. ISBN: 80-86432-13-0
- Books of the XX Century*. [online, cit. 2019-03-31]. Dostupné na: <<https://www.isa-sociology.org/en/about-isa/history-of-isa/books-of-the-xx-century/>>.
- Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. [online, cit. 2019-03-31]. Dostupné na: <https://colorsemiotica.files.wordpress.com/2014/08/peirce-collectedpapers.pdf>
- GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vydání. Plzeň: vydavatelství a nakladatelství Aleše Čenka, 2017. ISBN: 978-80-7380-652-1.
- HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004. ISBN: 80-7260-103-2.
- JANEČEK, V. *Kritika právní odpovědnosti*. Praha: Wolters Kluwer, 2017. ISBN: 978-80-7552-812-4.
- KELLER, J. *Dvanáct omylů sociologie*. Praha: Slon, 1995. ISBN: 80-85850-09-5.
- KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995. ISBN: 80-7179-028-1.
- MARADA, R. Bergerův a Luckmannův existenciální humanismus. In: BERGER, L. P.; LUCKMANN, T. *Sociální konstrukce reality. Pojednání o sociologii vědění*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury (CDK), 1999, český překlad – Jiří Svoboda, s. 202-214. ISBN: 80-85959-46-1.
- MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018. ISBN: 978-80-87284-66-7.
- MUCHA, I. *Texty ze sociologie*. Praha: Vydavatelství 999, 2001. ISBN: 80-86391-04-3.
- NUBIOLA, J. Abduction or the logic of surprise. *Semiotica. Semiotica. Journal of the International Association for Semiotic Studies*. Berlin – Boston: De Gruyter, Vol. 2005, Issue 153-1/4, s. 117-130.
- VEČEŘA, M.; URBANOVÁ, M. *Sociologie práva*. 2. upravené vydání. Plzeň: vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011. ISBN: 978-80-7380-321-6.
- WEINBERGER, O. *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1995. ISBN: 80-210-1123-8.
- WOJTCZAK, S. – WITCZAK-PLISIECKA, I. – AUGUSTYN, R. *Metafory konceptualne jako narzędzia rozumowania i poznania prawniczego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017. ISBN: 978-83-8107-191-8.
- WRÓBLEWSKI, B. *Język prawny i prawniczy*. Kraków: Polska Akademia Umiejętności, 1948.
- ŠKOP, M. *Dekonstrukce jako metoda poznání práva*. [online, cit. 2019-03-31]. Dostupné na: <<https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/prteorie/skop.pdf>>.
- ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019. ISBN: 978-80-7598-404-3.

SOCIOLOGICKÝ A EKONOMICKÝ KONCEPT PRÁVA

VEČEŘA, M.

Úvod

Právo jako soubor právních norem a oblast sociálního života je součástí doby, ve které vzniká, ve které je právo uplatňováno a právní vědou vykládáno. Významným dějinným obdobím spojeným se snahami o metodologické a ontologické uchopení práva byl přelom 19. a 20. století, který bývá označován jako vystoupení tzv. právního modernismu.¹ Řada představitelů právní vědy si v tomto období uvědomovala potřebu nového teoretického rozpracování otázek práva a právní vědy, z něhož by vyplynuly i odpovědi na základní ontologické, noetické a metodologické otázky práva. Tento zájem o právně filosofické otázky práva nepřichází v tomto období náhodou. Právní filosof Vladimír Kubeš při charakterizaci právní filosofie 20. století dospěl k explikativnímu zjištění, že: „*filosofie práva sdílí osudy filosofie obecné, avšak o nějakých 30 až 40 let později*“.² Obdobně jako byl pro obecnou filosofii poloviny 19. století v reakci na úpadek obecné filosofie příznačný příklon k metodologickým otázkám spočívající v nástupu ideálu exaktní pozitivistické vědy a návrat ke Kantovi, tak i v právní filosofii lze s posunem několika desetiletí sledovat obdobnou snahu o překonání dosavadní tradiční právní vědy.

Přelom 19. a 20. století tak představoval obrácení pozornosti k hlubším právně filosofickým otázkám, k úloze právní vědy jako takové a k rozvoji právního myšlení. Výrazně se tyto snahy projeví v německém právně filosofickém myšlení. Lze zde připomenout zejména teorii volného nalézání práva s jejím hlavním představitelem Hermannem Kantorowiczem a školu zájmové jurisprudence, rozpracovanou Rudolfem von Iheringem a Philipem Heckem³. Potřebu nového ontologického přístupu si uvědomovali i tvůrce ryzí nauky právní Hans Kelsen a zakladatel brněnské normativní právní školy František Weyr. Oba si stanovili úkol vytvořit novou ryzí právní vědu. V tomto období hledání vědeckých konceptů právní vědy vycházejících z aplikované právní vědy se zformovaly dva významné metodologické koncepty práva, které lze označit za paradigmatické. Jde o sociologický a ekonomický koncept práva. Oba vystoupily jako kritické přístupy k dosavadnímu chápání práva, položily důraz na faktické lidské chování v právních situacích a na kritéria efektivit práva. Přes tyto shodná východiska v přístupu k právu se tyto dva koncepty práva rozcházejí ve způsobu uvažování o právu a jeho výstupech.

1. Sociologický koncept práva

1.1 Historická geneze

Sociologický koncept práva jako způsob sociologického uvažování o právu se u řady právních myslitelů objevuje mnohem dříve, než nabyl podoby vědeckého přístupu. V podobě tzv. protosociologie práva se s ním můžeme setkat u Charlese Montesquieua, Jeana-

prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno, katedra právní teorie, Česká republika

¹ Viz k tomu KUBEŠ, V. *Právní filosofie XX. století*. Brno: MU, 1992, s. 14.

² KUBEŠ, V. *...a chtěl bych to všechno znovu*. Brno: MU, 1994, s. 77.

³ Viz k tomu VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. *Sociologie práva*. 2. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 71 an.

-Jacquesa Rousseaua, Giambattisty Vica a dalších.⁴ Problematika práva a role právníků se objevuje i u zakladatele sociologie jako vědy Augusta Comta.⁵

Zakladatelem sociologického přístupu k právu byl v Evropě rakouský romanista a právní filosof a sociolog Eugen Ehrlich, který tak v reakci na právní pozitivismus a pojmovou jurisprudenci svým známým dílem *Základy sociologie práva* (1913) založil sociologii práva jako vědní disciplínu. V předmluvě k této knize vyslovil často právními sociology opakovanou větu: „*Těžiště právního vývoje neleží ani v legislativě, ani v právní vědě či soudních rozhodnutích, ale ve společnosti samé*“.⁶ Pro Ehrliche je právem především „*živé právo*“ (*lebendes recht*), které „*není právními větami pevně stanovené právo a přece ovládá život. Zdrojem jeho poznání jsou především moderní listiny, ale také pozorování života, obchodu, chování, jednání a způsobů života, zvyků a obyčejů*“. Ehrlich tím chtěl vyjádřit fakt, že realistický popis působení práva ve společnosti musí brát v úvahu vedle platného práva i živé právo, které určuje běh života samo o sobě, ač není založeno na právních propozicích. Jde o chápání práva jako faktického právního života, kterým lidé žijí v každodenních právních vztazích. Vedle zákonného práva tak ve společnosti působí živé právo, které je výrazem těch pravidel, která jsou ve společnosti spontánně a fakticky dodržována.⁷ Se svou vírou v pokrok a lidský rozum byl Eugen Ehrlich přesvědčen o možnosti účelově a racionálně právem zasahovat do života společnosti v souladu s jejími zákonitostmi. Sociologii práva chápal jako teoretickou součást právní vědy, která stojí nad právní dogmatikou.

Obdobně i představitel americké sociologické jurisprudence a faktický zakladatel americké sociologie práva americký právník a sociolog Roscoe Pound staví oproti formálnímu právu v knihách (*law in books*) reálné právo v jeho působení, působící právo (*law in action*).⁸ Pound byl ve svém přístupu k právu silně ovlivněn kontinentální tradicí a navazuje na Eugena Ehrliche a Maxe Webera.⁹ Hlavním úkolem práva je zachovávat společenskou rovnováhu. Právo je podle Pounda nástrojem sociálního inženýrství, neboť působí na komplikovanou hru různorodých společenských zájmů. Usiluje o odstranění třenic, sporů a škod uvnitř společnosti. Má zabezpečovat sociální soudržnost a vyrovnávat konflikty zájmů ve společnosti. Právník má plnit úlohu „inženýra kompromisu“. Inženýrský charakter práva spočívá podle Pounda v tom, že legislativní rozhodnutí a právní konstrukce jsou určitými technickými a inženýrskými prostředky k vyvolání specifických společenských vztahů. Takto chápané sociální inženýrství (sociální konstruování) je zvláštním druhem právní politiky. Právníci a zákonodárci se musí zaměřit na sociální inženýrství, soudy a zákonodárci se musí zaměřit na realizaci společenských cílů prostřednictvím právní regulace se znalostí sociálního inženýrství.¹⁰

⁴ Do období protosociologie práva někteří autoři řadí i Georga Wilhelma Hegela a Immanuela Kanta. Viz KUBŮ, L. *Dějiny právní filozofie*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2002, s. 116.

⁵ Comtovo druhé stadium (1300-1800) jeho zákona tří stadií dějinného vývoje patřilo právníkům, kdy se vytvořil kult právníků a práva. Po něm následovalo stadium vědecké, kdy je tento kult nahrazen vědeckým poznáním. COMTE, A. *Sociologie*. Praha: Orbis, 1927, s. 166 an.

⁶ EHRLICH, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New York: Arno Press, 1975, s. 5.

⁷ Ehrlich je představitelem tzv. teorie uznání, podle níž existují skutečnosti, které jsou uznány za základ právní regulace. Viz k tomu podrobněji KUBŮ, L. *Dějiny právní filozofie*. Olomouc: UP, 2002, s. 145.

⁸ POUND, R. *Social Control Through Law*. New Haven: Yale University Press, 1942, s. 11.

⁹ PŘIBÁŇ, J. *Sociologie práva: systémově teoretický přístup k modernímu právu*. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996, s. 96-97.

¹⁰ COTTERRELL, R. *The Sociology of Law: an Introduction*. 2nd ed. London: Butterworths, 1992, s. 74.

Takto položené základy právně sociologického přístupu k právu se staly jeho stálou součástí a navázaly na ně generace právních sociologů a právních teoretiků ve svých úvahách o právu.

1.2 Sociologické chápání práva jako metodologické paradigma

Pojem, povaha a podstata práva zůstávají stále velkým tématem obecné teorie práva. Různé přístupy k právu lze různým způsobem třídit a systemizovat. Britský právní teoretik Anthony Allott vhodně rozlišil tři základní způsoby chápání práva:¹¹

metafyzické chápání – zabývající se podstatou práva chápanou jako abstrakce, patří sem i přirozené právo;

lingvistické chápání – zaměřující se na obsahový význam práva, právního předpisu či konkrétního právního ustanovení;

sociální chápání – chápání práva jako faktického právního systému.

V obdobném smyslu můžeme charakterizovat tato tři chápání práva jako právně filozofický, právně dogmatický a právně sociologický přístup.¹² Přístup právně filosofický klade důraz na hodnotovou a ontologickou stránku práva, právně dogmatický se zaměřuje na normativní stránku práva a právně sociologický zdůrazňuje fakticitní, reálnou podobu práva v právních vztazích.¹³

K obdobnému třídění dospívá i významný český právní teoretik Viktor Knapp, který ve své *Teorii práva* konstatuje tři teoretické, resp. gnozeologické přístupy k právnímu poznání, které se zakotvily v právní vědě:¹⁴

- **Přístup přirozenoprávní** – vychází z dualistického přístupu rozlišujícího právo dané lidmi a právo přirozené.
- **Přístup pozitivistický** – monistický, omezující se na poznání obsahu právních norem.
- **Přístup sociologický** – zkoumá právo nejen jako normativní systém, ale především jako společenský jev, jako společenský agens.

K těmto přístupům Knapp uzavírá, že v současné době ve vědeckém poznání práva převažuje přístup sociologický, kdy podle Knappa zůstala právní sociologie dodnes jedním z nejvýznamnějších myšlenkových proudů v právní vědě.¹⁵ Odůvodnění (justifikaci) existence práva Knapp nalézá v nutnosti společenského soužití, které vytváří nezbytnost vzájemného respektování individuálních zájmů i harmonizování individuálních zájmů

¹¹ ALLOT, A. *The Limits of Law*. London: Butterworths, 1980, s. 1.

¹² K těmto třem přístupům lze případně přidat ještě čtvrtý, a to psychologické chápání práva, jako právo, které mají lidé ve svém (právním) vědomí. Slovy polského právního filozofa a sociologa Leona Petrażyckého jde o zážitky pozitivního (tj. platného a závazného) práva a intuitivní právo působící jako výsledek vnitřního přesvědčení právního subjektu. COTTERRELL, R. *The Sociology of Law: an Introduction*. 2nd ed. London: Butterworths, 1992, s. 39.

¹³ Právo podle právního teoretika Oty Weinbergera má zároveň dvě podoby: je normativně ideální entitou a zároveň i skutečností společenského života. WEINBERGER, O. *Norma a instituce: (úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 64.

¹⁴ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 5 an.

¹⁵ S těmito Knappovými závěry koresponduje i jím chápaný předmět právní vědy, do něhož zahrnuje vedle normativních položek i otázky právních vztahů, společenské působení práva, chování člověka podle práva a další. KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. BECK, 1995, s. 5.

a zájmů společenských. Tyto zájmy jsou vždy v něčem rozporné a právo tedy nastupuje jako *ultima ratio* tehdy, jestliže entropie zájmů ve společnosti vzrůstá nad snesitelnou míru.¹⁶

Právo je jedním z nejvýznamnějších prostředků stabilizace společenských vztahů. Požadavky kladené na právo a očekávání spojená s jeho existencí a působením vyplývají z potřeby zajistit a reprodukovat existující společenské vztahy a vnášet do společnosti řád.¹⁷ Nepřehlédnutelný sociální účel odkazuje na sociální kontext práva vázaný na konkrétní sociokulturní systém, jehož je právo výrazem. Lze zde vyspecifikovat tři oblasti sociálních faktorů působících na právo:¹⁸

- **Společenské podmínky** - sociální, ekonomické a kulturní podmínky, které v dlouhodobé perspektivě určují varietu typů právních systémů, a to co do formy a zejména obsahu práva, ale i fungování a struktury právních institucí a obsah právních vztahů (živé právo).
- **Sociální ideály** - patří sem efektivní působení různých sociálních idejí a ideálů, které ovlivňují i právní život, jako např. ideály lidské důstojnosti, sociálního vyrovnání a politické kultury.
- **Vliv jedinců a skupin** - snahy jednotlivců a různých zájmových a mocenských skupin působit různými cestami na legislativní i aplikační proces.

Zejména americká sociologicky orientovaná jurisprudencce se svou pragmatičností zdůrazňuje provázanost vztahů mezi právem, společností a sociálními realitami, kdy ideály lidí, sociální podmínky, ve kterých lidé žijí, a život práva jsou vzájemně sobě příčinou i následkem.

Těsné sepětí práva s existencí lidské společnosti, vyjádřené známým Ciceronovým výrokem *Ubi societas ibi ius*,¹⁹ přesvědčivě dokládají i závěry právně antropologických bádání.²⁰ Podle Oty Weinbergera je právní ontologie založena na antropologických úvahách vycházejících z toho, že člověk je společenská bytost. Právně antropologické rozborů považoval Weinberger za základní pro objasnění podstaty práva.²¹ Společnost mohla a může existovat jen tehdy, jestliže se procesem selekce vyvinul soubor pravidel, která směřují jednotlivce, aby se choval způsobem umožňujícím sociální život. Právo je v tomto smyslu, jak výstižně poznamenává Friedrich Hayek, starší než zákonodárství.²² Právo jako soubor vynucovaných pravidel chování je zřejmě stejně staré jako společnost. Lze konstatovat, že primárně existovala zobecněná lidská zkušenost a z ní vycházející lidské chování a návazně vznikaly normativní systémy a formy sociálního donucení k jejich respektování. Nebo-li, jak to vyjádřil římský právník Julius Paulus: *To, co je správné, není odvozeno z pravidla, nýbrž pravidlo vzniká z naší znalosti toho, co je správné*.²³ Není přitom rozhodující, zda právu předcházely morální nebo náboženské normy.

¹⁶ KNAPP, V. Člověk, občan a právo. Právník, 1992, roč. CXXXI, č. 1, s. 2

¹⁷ Právo jako řádového činitele charakterizoval již prvorepublikový brněnský sociolog Inocenc Arnošt Bláha. BLÁHA, A.I. *Sociologie*. Praha: Academia, 1968, s. 248.

¹⁸ GRANA, S. a kol. *The Social Context of Law*. New Jersey: Prentice Hall, 2002, s. 4 an.

¹⁹ Cicero výrokem „*Kde je společnost, tam je právo*“ vyjádřil nezbytnost práva pro život společnosti.

²⁰ POSPÍŠIL, L. *Etnologie práva: teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: Set out, 1997, s. 7.

²¹ WEINBERGER, O. *Norma a instituce: (úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 5-6.

²² HAYEK, F. *Právo, zákonodárství a svoboda. 1. pravidla a řád*. Praha: Academia, 1991, s. 69.

²³ *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (Digesta 50.17.1).

Právo je třeba chápat jako sociální fenomén, jako subsystém společnosti tvořící součást sociální struktury společnosti. Právní teorie představuje součást teorie společnosti.²⁴ Společenská podstata práva se projevuje i v tom, že se právo mění spolu se společností.²⁵

1.3 Spontánnost a záměrnost v právu

Součástí úvah o fungování práva ve společnosti je otázka **poměru spontánnosti a záměrnosti** v právu. S rostoucí složitostí sociálního života moderní a pozdně moderní společnosti se poměr spontánnosti a záměrnosti v právu mění. V dřívějších dějinných obdobích převládala spontánnost v právu, příznačně v obyčejovém právu. Prvky spontánnosti v sobě nese i soudcovské právo v podobě dotváření platného práva a projev spontánnosti v sobě zahrnuje i implementace právních principů jako určitý korektiv v procesu tvorby, interpretace a aplikace práva.²⁶

Proti snahám o záměrné sociální konstruování se vždy stavěla zejména liberální teorie, tak jak to ve vztahu k tvorbě práva a jeho účelu výrazně vyjádřil Friedrich A. Hayek. Podle Hayeka optimální právo vzniká především ze zvyklosti a precedentu a je pouze opravované zákonodárstvím tak, aby sloužilo především k utváření spontánního řádu svobodné společnosti.²⁷ Hayek a neoliberální teorie tak odmítají vedle záměrnosti v právu i právní normativismus, neboť zaujímá přístupy blízké konstruktivistickému pragmatismu, spočívajícím na dogmatu, že právní pravidla jsou vždy výrazem vůle zákonodárce.

Moderní právní systémy jsou výsledkem složitého procesu institucionalizace sociálního světa a lidského chování. Právo představuje stále složitější institucionální fakt jako výsledek procesu sociálního konstruování společenských institucí, k nimž patří i právo.²⁸ Právo se tak jeví jako zobecněná racionalita,²⁹ ale i jako výsledek působení sociálních vlivů a střetu sociálních zájmů.

1.4 Fakticita a normativita

Spontánnost a záměrnost se jeví z jiného aspektu jako **vztah fakticity a normativity**, tedy jako poměr toho, co je, k tomu, co má být. Jde tedy o to, co určuje obsah platného práva a také, jak se právo v realitě projevuje a jak ji ovlivňuje. Je to i otázka materiálních pramenů práva. Nejtěšnější je vztah fakticity a normativity chápán u právně sociologických směrů, které považují fakticitu práva za vlastní materiální pramen práva. Ehrlichově sociologii práva byla proto blízká i teorie volného práva Hermana Kantorowicze, kdy jeho volné právo vycházelo z potřeb společnosti a proto volné právo chápal jako nezávislé na státní moci.³⁰ Stejně tak chápaly právo jako sociální jev zájmová jurisprudence Rudolfa von Iheringa, teorie solidarity Léona Duguita nebo Marxova teorie práva. Sociální život vytváří impulzy ke změně práva a reinterpretaci jeho obsahu. Právo vyrůstá ze sociálních vztahů, je jejich výrazem. Podle Niklase Luhmanna je právo třeba chápat jako sociální

²⁴ GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 26.

²⁵ Viz k tomu podrobněji MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018, s. 51.

²⁶ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. aktual. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 290.

²⁷ HAYEK, F. *Právo, zákonodárství a svoboda. I. pravidla a řád*. Praha: Academia, 1991, s. 102 an.

²⁸ Formy života a způsoby lidského chování existují pouze ve vytvořeném institucionálním rámci. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991, s. 75.

²⁹ KABELE, J. *Přerody: principy sociálního konstruování*. Praha: Karolinum, 1998, s. 256.

³⁰ Viz k tomu KUBŮ, L. *Dějiny právní filozofie*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2002, s. 147.

system.¹ Právo a společnost musí být nahlíženy a zkoumány ve vztahu vzájemné závislosti a vzájemného ovlivňování.

Protipólem úzkého sepětí fakticity a normativity jsou ve větší nebo menší míře teorie právního pozitivismu, které shledávají širší nebo až absolutní cézuru mezi fakticitou a normativitou. V krajní poloze tento přerýv postuluje právní normativismus, představovaný ryzi naukou právní Hanse Kelsena a brněnskou právní školou Františka Weyra. Kelsenův a Weyrův kritický idealismus vyšel z noetického dualismu světa jaký je (dle kauzálního zákona) a světa, jaký býti má (světa norem) a striktně odlišil poznání normativní od poznání kauzálního. Kelsen i Weyr usilovali o ryzost (čistotu) metody právní vědy a proto odmítli zavedená noetická východiska dosavadní právní vědy. Právní věda má výlučně poznávat, nikoliv tvořit nebo hodnotit. Weyr proto zdůraznil nehodnotící a antiideologický přístup právní vědy, která se musí rozejít s přirozenoprávními, morálními, historickými a sociologickými pohledy na právo.² Vladimír Kubeš v tomto směru poznamenává, že normativní škoie pro vytýčený její úkol „*nezbylo, než abstrahovat od obsahu normy vůbec, abychom přišli k čistému pojmu norma*“.³

Ze zásady noetické nezávislosti světa bytí (sein) a světa měti (sollen) Weyr dovodil, že z toho, že něco jest, nemůžeme usuzovat na to, že něco býti má. „*Normy ... nemohou vznikat a zanikat podle kauzálního zákona, nýbrž podle poznávacích pravidel normativních, čímž pak pojem 'vzniku' a tvorby nebo změny nabývá zcela jiného noetického významu než v oboru kauzálního poznávání*“.⁴ Podle Weyra tedy „*Obsahem normy může být cokoliv. ... Vše, co jest (= bylo způsobeno), ale také vše, co není (= nebylo způsobeno), může takto býti obsahem normy*“.⁵ Je přitom podle Weyra lhostejno, zda se týká obsah normy něčeho, co není, zda někdy bylo (ale už není), či nikoliv, zda někdy bude, či zda podle přírodních zákonů je jisto, že nikdy býti nemůže. Jde o volní akt určitého normotvorného subjektu. Stejně i Hans Kelsen připomíná, že normy stanovené lidskými volními akty mají ve vlastním volním významu libovolný charakter, tj. každé libovolné chování může jimi býti stanoveno jako mající býti. „*Právní normy neplatí mocí svého obsahu. Kterýkoliv libovolný obsah může býti právem, neexistuje žádné lidské chování, jež by bylo důsledkem svého obsahu vyloučeno státi se obsahem právní normy*“.⁶ Normativita je tak zcela oddělena od fakticity sociálního světa.

Vztah fakticity a normativity se promítá do úvah o roli praktického poznání ve vztahu k tomu, co má být („správného“ měti).⁷ Zde se dotýkáme otázky, zda existence přirozeného práva má význam pro zdůvodnění právně politických názorů, a také pochybností skotského filosofa Davida Huma o možnosti odvození norem z výroků. Jde o fakt, zda lze objektivně zdůvodnit racionální analýzou a/nebo empirickým poznáním co má být („správným“) právem, aniž by tento závěr vycházel z určitých zájmových postojů. Právní pozitivismus možnost takového praktického poznání, z něhož by bylo možno dovodit objektivně platné hodnoty, zpochybňuje. Vychází z pozic nonkognitivismu, tedy v zásadě popírá možnost poznání správného práva a kognitivní zdůvodnění právních norem i bez podepření přítomnosti určitého volního prvku. Je pro něj příznačné spojování právních norem pouze s normotvornou autoritou.⁸

¹ Srov. LUHMANN, N. *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge and Kegan Paul, 1985, s. 7 an.

² WEYR, F. O metodě sociologické. *Vědecká ročenka Právnické fakulty MU*. 1927, roč. 6, s. 27 an.

³ KUBEŠ, V. *Právní filosofie XX. století*. Brno: MU, 1992, s. 53.

⁴ WEYR, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 31.

⁵ WEYR, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, s. 34.

⁶ KELSEN, H. *Ryzi nauka právní: Metoda a základní pojmy*. Praha – Brno: Orbis, 1933, s. 33.

⁷ WEINBERGER, O. *Norma a instituce: (úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 57.

⁸ Pavel Holländer připomíná Kelsenovo stanovisko: *Žádná norma bez normotvorné vůle*. Viz k tomu podrobněji HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. rozš. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 149-151.

Ota Weinberger, který se vždy považoval za Weyrova žáka, takto přísný nonkognitivismus odmítá. Jako představitel logického optimismu konstatuje, že pozitivisté musí „*uznat možnost právně politické argumentace a vzdát se přepjatých tezí o neomezené možnosti učinit libovolný povinnostní obsah platným právem*“.⁹ Platnost právního řádu je tak podle Weinbergera nepochybně společenskou skutečností.

1.5 Jaká je normativní síla skutečnosti?

Právo existuje ve společnosti a reflektuje společenské poměry, tedy to, co v normotvorbě označujeme jako *occasio legis*. Normativní síla skutečnosti se v právu projevuje zřetelně ve spontánní právotvorbě obyčejového práva. Ve vztahu k normotvůrci působí normativní síla skutečnosti jako limitující faktor, který jej vede k zohlednění antropologických, sociálních a morálních limitů lidských jedinců a lidského společenství.

Antropologické danosti sociálního života vedly mnohé filosofy k myšlence přirozeného práva, které v sobě nese i určitý morální obsah. Britský právní filosof Herbert Hart výstižně vyjádřil antropologické danosti konstatováním, že „*v základu sociálního života je touha přežít, a to i za cenu utrpení, a proto musí existovat jistá pravidla chování, která každá lidská organizace musí mít, má-li zůstat životaschopná*.“ Ač byl stoupencem právního pozitivismu, připustil existenci minimálního obsahu přirozeného práva vycházejícího z deficitů lidí. K těmto deficitům lidí patří lidskou zranitelnost, přibližná rovnost, omezený altruismus a omezené zdroje.¹⁰

Právo je konfrontováno i s limity sociálními. Sociální život je nezbytný pro přežití jednotlivce a uspokojování jeho potřeb, je ale předpokladem i přežití lidského společenství. Právo musí reflektovat mechanismus mezilidských vztahů, zákonitosti fungování lidských seskupení a sociálních institucí, sociální ideály, skupinová přesvědčení a systémy víry. Ve svém vývoji je ovlivňováno oblastmi sociálního života, zejména politikou, ekonomikou, morálkou, úrovní vědeckého poznání a náboženstvím. Mechanismus sociálního života je v zásadních rysech ve všech lidských společenstvích obdobný, což se promítá do určité podobnosti struktury právních pojmů, právních institutů a právních vztahů. To usnadňuje právníku základní orientaci i v cizích právních řádech, i když jedinečnost každého právního řádu si nakonec vyžaduje osvojení znalosti daného národního práva.

Míra, ve které se v právu prosazuje normativní síla skutečnosti, je ovlivněna převládajícími přístupy v právní vědě a právní praxi. Přirozenoprávní teorie se staví ve vztahu k sociální fakticitě irelevantně a zdroje přirozenoprávních norem hledá mimo realitu skutečnosti v metafyzických pramenech, zejména v bohu, přírodě nebo lidském rozumu. Platné právo je považováno za nedokonalý výraz ideálního, spravedlivého a věčného přirozeného práva. Světský zákonodárce má přirozené právo promítnout do platného práva a míra shody určuje kvalitu pozitivního práva, zda je spravedlivým, platným a dobrým právem. Normativní síla metafyzické skutečnosti, kterou zprostředkovává přirozené právo je v tomto konceptu značná. Právní pozitivismus vlivy fakticity v právu zpravidla opomíjí a právní normativismus přímo programově vliv všech mimoprávních zdrojů práva vylučuje ze svého zřetele ve snaze vytvořit „čistou“ právní vědu. Právně sociologický směr počí-

⁹ WEINBERGER, O. *Norma a instituce: (úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 60.

¹⁰ HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 192 an.

tá s normativní silou skutečnosti a zaměřuje se na působení skutečnosti na tvorbu práva, ale i na jeho interpretaci a realizaci adresáty práva a aplikujícími orgány.

Specifickou problematiku představuje otázka normativní síly skutečnosti v situaci totalitních systémů, kdy výsledkem působení normativní síly skutečnosti je nehumánní právní řád postavený na persekuci vybraných skupin obyvatelstva a pošlapání kodexů lidských práv. Takové „nenáležitě“ právo („neprávo“), jak ho charakterizuje „Radbruchova formule“ v souvislosti se zločinným nacistickým právem, představuje zásah do principu spravedlnosti, právní jistoty a lidské důstojnosti. Jestliže rozpor mezi takovým pozitivním právem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, musí jako „nenáležitě právo“ ustoupit spravedlnosti.¹¹

Vliv fakticity a faktických prvků v právu je v dnešní právní vědě v zásadě akceptován. Přesto se v právu setkáváme s i **kontrafaktickými prvky**, kdy právo své závěry neodvozuje ze skutečného stavu věci, ale určitých předpokladů. Takovými samozřejmými kontrafaktickými prvky v právu jsou právní domněnky a právní fikce, připuštění formální pravdy u některých druhů rozsudků (např. u rozsudku pro zmeškání nebo rozsudku pro uznání, kdy není třeba provádět dokazování), afirmativní akce (zvýhodňující určité fyzické, psychické nebo sociální handicapy) apod.

Specifické téma představují úvahy některých filosofů a publicistů, že se dnešní doba stává postfaktickou, že žijeme v **postfaktické společnosti**, kdy fakta přestávají být spolehlivá. Na spolehlivé informace útočí protichůdná fakta pochybného původu a kvality (fakenews, hoaxy, trollové apod.).¹²

V této souvislosti lze připomenout diskuse o postmoderní relativizaci pravdy, kdy postmoderna přináší ztrátu víry v ideu pokroku a racionality. Pro jurisprudenci má zásadní význam fakt, že v těchto úvahách dochází k relativizaci vědy a poznání světa, jak ho chápala celá moderní doba. Je zpochybněna možnost objektivního pohledu na svět a poznání objektivní pravdy. Na negativní důsledky těchto postmodernistických noetických přístupů pro právní oblast kriticky poukázal civilní procesualista Josef Macur ve vztahu k teorii civilního procesu.¹³ Výstižně s použitím příkladů ukázal, jak se základní zásady civilního procesu (dispoziční a projednací), konstrukce skutkového stavu a koncepty pravdy v konfrontaci s takovými postmodernistickými přístupy posledních desetiletí relativizují. Bez uznání existence vnější objektivní skutečnosti, která je v podstatě nezávislá na subjektu, by poznání pravdivosti skutkových tvrzení procesních stran bylo nemožné. Nelze dospět do stavu, kdy každá procesní strana má svoji pravdu, a není možno objektivně zjistit, zda pravda jedné strany je lepší nebo horší, než pravda druhé strany, přičemž i soudce může mít „svoji pravdu“.

2. Ekonomický koncept práva

Vedle sociologického konceptu práva se od 30. let minulého století prosazuje v právní vědě ekonomický koncept práva. Společným jmenovatelem sociologické a ekonomické analýzy práva je hledisko efektivity práva, jak právo zlepšit a dosáhnout ve výsledku jeho působení většího prospěchu. Rozdílnost ale spočívá v pohledu na to, jaký účel je právem sledován, kterému účelu má být dán z hlediska sledovaného efektu přednost.

¹¹ Viz k tomu podrobně HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. rozš. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 21.

¹² Výraz „postfaktický“ byl v roce 2016 v Německu vyhlášen slovem roku.

¹³ MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: MU, 2001, s. 51.

2.1 Hledisko účelu v právní vědě

Lidské jednání je ve své podstatě záměrné jednání, a proto je pro lidské chování zásadní teleologické (účelové) myšlení. Teleologie (finalita) spočívá v uspořádání vztahů a souvislostí mezi účely a prostředky. Cílem (účelem) jednání je to, čeho má být jednáním dosaženo.¹⁴ Pro teleologické uvažování o právu je významnou otázkou volba mezi prostředky k dosažení určitého cíle (programu) jednání.¹⁵

Účely (cíle) jednání jsou těsně navázány na hodnoty, potřeby a zájmy jako základní prvky motivace lidského jednání. Volba účelů a prostředků závisí na posouzení relativní váhy účelů v daném sociálním kontextu, a zda jsou dané prostředky možné a přípustné. Hodnocení účelů (cílů) vychází z ekonomických, morálních, sociálních a dalších kritérií. Cíle (účely) jednání si mohou konkurovat, mohou mít alternativní nebo rozpornou povahu.

Teleologický způsob uvažování není v právní vědě běžný, i když právní praxe pracuje s účely a cíli právní úpravy v oblasti právotvorby i aplikačního procesu. Názorně to ukazuje konfrontace přístupů právníků národohospodáře Karla Engliše a normativce Františka Weyra. Engliš jako stoupenec brněnské právní školy rozpracoval ve své národohospodářské teorii noetickou teleologii jako součást teorie myšlenkového řádu vycházejícího z noetického trialismu kauzálního, normativního a teleologického poznávání.¹⁶ Podle Weyra je ale lidskému intelektu vrozen jen noetický dualismus kauzálního a normativního poznávání. Zásadně odmítal začlenění postulátu (tj. poznatku o tom, co je chtěno, co je žádoucí, co sleduje určitý účel) coby výsledku teleologického nazírání ze strany adresáta práva, neboť z hlediska povinnostního subjektu jde vždy jen o normu.¹⁷ Teprve mnohem později pod vlivem Englišových názorů a diskusí s ním Weyr dovodil jako možný i teleologický způsob poznávání v právu u adresátů práva a v *Úvodu do studia právnického* (1946) připustil, že „normu nelze chápat pouze jako výraz něčeho, co býti má, nýbrž je možno spatřovat v ní i výraz něčeho, co jest chtěno“.¹⁸ Tím se Weyr myšlenkově přiblížil k Englišově myšlence, že „vznik každé normy (proto i celého právního řádu) lze pochopit pouze teleologicky, norma vzniká jako prostředek k účelu“.¹⁹

V kontrapozici k Weyrovu odmítání teleologie jeho žák, právní teoretik a logik Ota Weinberger, vytvořil na základě formálně teleologické teorie jednání neoinstitucionalistickou teorii práva, podle které existenci a působení práva chápeme vlastně jen tehdy, jestliže známe jak jeho právní účinky, tak také ostatní společenské důsledky.²⁰

2.2 Hledání účelů v právu

V anglosaské právní vědě lze základy teleologického uvažování spojovat s utilitarismem, jehož zakladatelem byl britský filosof a právní teoretik Jeremy Bentham. Jeho etická teorie vychází z pojmu užitek, užitečný (z lat. utilis) a užitečnost považuje za základní

¹⁴ Ota Weinberger připomíná, že teleologická úvaha nemusí vycházet pouze z jediného účelu, zpravidla bývá určena celým systémem různých účelů. WEINBERGER, O. *Norma a instituce: Úvod do teorie práva*. Brno: MU, 1995, s. 11.

¹⁵ Ani v právu ale nelze akceptovat Machiavellskou zásadu, že účel světi prostředky.

¹⁶ ENGLIŠ, K. *Malá logika: věda o myšlenkovém řádu*. Praha: Melantrich, 1947, s. 39 an.

¹⁷ WEYR, F. Čtyry kapitoly z právní noetiky. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1929, roč. XII, s. 13 an.

¹⁸ WEYR, F. *Úvod do studia právnického: (normativní teorie)*. Brno: MU, reprint 1994, s. 15.

¹⁹ ENGLIŠ, K. *Teorie státního hospodářství*. Praha: F. Topič, 1932, s. 70.

²⁰ WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha: Filosofia, 1997, s. 203 an.

princip lidského jednání, který má vést k zajištění maximálního štěstí pro jednotlivce a blaha společnosti, jež je dáno souhrnem individuálního štěstí. Podle utilitaristů správnost jednání závisí na hodnotě důsledků jednání, na užitku, který přináší. Pokud utilitarismus uvažujeme jako etickou teorii, pak se orientuje na celkový společenský užitek jako souhrn užitků (štěstí) ve společnosti.²¹ Právo nemá být jen souhrnem právních předpisů, ale jeho základním cílem by mělo být zabezpečení nejvyššího blaha pro co největší počet lidí.²² Zajišťovat tento cíl má být úkolem každého zákonodárství.

Utilitarismus neoznačuje jedinou teorii, ale celou skupinu teorií, které jsou jen variací na stejné téma. Jednání je správné nebo špatné výhradně v závislosti na tom, zda jsou dobré nebo špatné jeho následky. Tento koncept, označovaný jako konsekvencialismus,²³ spatřuje účel (cíl) v právu v zajištění blaha pro společnost a co nejširší okruh jejích členů.

S počátky teleologického směřování na kontinentálně evropské právní vědě se setkáme zejména v německé právní teorii v přístupu zájmové jurisprudence pod vlivem sociologického přístupu. K zakladatelům teleologických úvah patří Rudolf von Ihering. Ve svém dvousvazkovém díle *Účel v právu* postuluje právo jako teleologický pojem. Právo je společenská instituce, kterou máme studovat z hlediska účelů, kterým slouží. Cílem práva je zabezpečení klidu jako základní podmínky společenského života.²⁴ Od Iheringa a dalšího představitele zájmové jurisprudence Philippa Hecka lze vysledovat významnou myšlenkovou linii ke Gustavu Radbruchovi, který účely práva spojuje s hodnotou práva, s idejí práva, a dostává se ke třem komponentám ideje práva - ke třem účelům práva.²⁵ První komponentou ideje práva je spravedlnost, která spočívá v rovném zacházení se stejnými a v nerovném zacházení s rozdílnými. Druhý účel práva představuje sama účelnost, resp. obecné blaho ve smyslu účelného, tj. efektivního a rozumného uspořádání věcí pro dosažení obecného blaha. Třetím požadavkem na právo z hlediska ideje práva je právní jistota. Jde tak o širší chápání účelu práva než pouze v poloze utilitaristické účelnosti.

Právo naplňuje současně celou řadu účelů. Účely jednotlivých právních norem i obecné účely práva mohou působit a také působí proti sobě. Do kolize se dostávají jak účely právních norem v konkrétním právním případě, tak účely na obecné úrovni (např. větší míra svobody může snižovat míru právní jistoty). Řešení kolize účelů práva není vlastně ničím jiným nežli snahou o to, aby zmíněných účelů bylo maximálním způsobem dosaženo. Upřednostnění, či naopak upozadění některého účelu je vždy otázkou racionálně obhajitelné argumentace. K řešení napětí mezi účely práva v konkrétním posuzovaném případě je nutná úvaha směřující k jejich poměrování.

2.3 Ekonomická analýza práva

Ekonomický koncept práva se zaměřuje na ekonomickou analýzu práva, na hledání ekonomické účelnosti práva, ekonomický efekt práva při nízkých transakčních nákladech.

²¹ Sobek v této souvislosti připomíná, že bez sociálních ohledů jde o investování prostředků tam, kde to bude mít nejlepší efekt pro celkový společenský blahobyt. SOBEK, T. *Právní myšlení: Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 503.

²² RIDDALL, J. G. *Jurisprudence*. London: Butterworths, 1991, s. 14.

²³ Viz k tomu podrobně MILLER, D. (ed.). *Blackwellova encyklopedie politického myšlení*. Brno: CDK Proglas, 1995, s. 540 an.

²⁴ Svoji práci *Boj za právo* Ihering uvozuje okřídlenou větou: *Cílem práva je pokoj, prostředkem dosažení tohoto cíle je však boj*. Viz IHERING, R. *Boj za právo*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 35.

²⁵ Viz RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 31 an.

Pro zaměření analýzy na ekonomické následky právní regulace se vžilo označení ekonomická analýza práva, resp. její anglický ekvivalent „*Law and Economics*“.²⁶ Ekonomická analýza práva znamená aplikaci ekonomické teorie (zvláště mikroekonomie) do právní oblasti a představuje přístup (školu) v právní vědě rozvíjený od 30. let minulého století zejména chicagskou školou ve Spojených státech. Ekonomie bývá často zařazována mezi empirické vědy a někteří autoři ji postulují jako exaktní vědu, z čehož vychází i velká očekávání spojovaná s hnutím (školou) *law and economics*.²⁷

Právo a ekonomický život se setkávají v každodenní realitě a vzájemně se ovlivňují. Sociální vztahy jsou regulovány vedle právních norem i normami ekonomického života. Předmět studia ekonomie a právní vědy se stýká v oblasti lidského jednání. Ekonomie je věda, která studuje lidské chování z hlediska uspokojování lidských potřeb. Předpokládá, že každý člověk se snaží maximalizovat svůj užitek racionálním jednáním. Právní věda je naproti tomu především normativní dogmatickou vědou, která se zaměřuje na obsah právních norem a jejich realizaci v právních vztazích. Předmětem ekonomické analýzy práva není obsah právní normy, ale lidské jednání pod vlivem právních norem. Vzájemná provázanost práva a ekonomických vztahů si vyžaduje právní pohled na ekonomický život a jeho právní regulaci a na druhé straně právní jednání zahrnuje i ekonomický aspekt.

Moderní ekonomická analýza práva je spojena s Chicagskou univerzitou a jejím profesorem ekonomie Ronaldem Coasem, který se zaměřil na otázku transakčních nákladů. Základním dílem představujícím současný stav ekonomické analýzy práva je obsáhlá práce *Economic Analysis of Law* (1972) významného amerického právního teoretika a soudce Richarda A. Posnera. Posner v ní vychází z předpokladu, že člověk se snaží racionálně maximalizovat užitek ve všech oblastech života, nejen v ekonomických záležitostech. Tedy nejen pokud se nachází přímo na trhu, ale i v oblastech netržního chování jako je manželství, trestná činnost či dědění. Posner se tak programově vrací k myšlenkám utilitarismu Jeremy Benthamova přelomu 18. a 19. století. Zvažuje i fakt, že člověk není vždy racionální, že zisk není vždy kalkulovatelný a působí i moment nejistoty a riskování. Základními pojmy ekonomické analýzy práva jsou: hodnota (prospěchu, služby), užitečnost, efektivita. Předpoklad racionální maximalizace užtku je podle Posnera účelnějším nástrojem analýzy než úplná deskripce reality.²⁸

Základní metodou ekonomické analýzy práva je modelování spočívající v tvorbě ekonomických modelů lidského chování. Na problematiku lidského chování se zaměřuje zejména behaviorální přístup v ekonomické analýze práva. V jeho rámci lze v ekonomické analýze práva rozlišit:²⁹

- pozitivní analýzu práva – jak se aktéři chovají v reakci na právní normy,
- normativní analýzu práva – jaká by měla být právní úprava, aby byla společensky žádoucí.

²⁶ Jako synonyma chápou označení Ekonomická analýza práva, ekonomický přístup k právu, *Law & Economics* a L&E Jan Broulík a Jan Bartošek ve své práci BROULÍK, J., BARTOŠEK, J. *Ekonomický přístup k právu*. Praha: C.H. Beck, 2015.

²⁷ Podle Posnera je *law and economics* v posledních letech nejambicióznějším a nejvlivnějším pokusem vypracovat zastřešující koncept spravedlnosti, který bude podkladem pro judičiální rozhodnutí, a to na objektivním základě. POSNER, R. A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, s. 353.

²⁸ POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011, s. 4.

²⁹ Viz k tomu podrobně JOLLS, CH., SUNSTEIN, C. R., THALER, R. A *Behavioral Approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, s. 1471.

Určitým problémem ekonomické analýzy práva je přirozená tendence k absolutizaci kritéria ekonomické efektivity. Koncept *law and economics* představuje právo jako pružnou dynamickou stránku rozhodování, uplatňovanou ale fakticky podle neprávních hodnot, kupř. ekonomických hodnot vlastnictví a svobodného trhu. Právo tak nepřímou reflektuje ekonomické a politické prostředí dané společnosti.³⁰

Ekonomická analýza práva se tak jeví jako doktrína, ve které absentují axiologické a ideologické zřetele. To je také důvod, proč bývá právními filosofi také často zavržována. Britský právní filosof Ronald Dworkin v tomto směru namítá, proč by měly hodnoty jako bohatství převažovat nad hodnotami jako je spravedlnost?³¹ Ne všechno, co se dotýká spravedlnosti, lze vyjádřit ekonomickými pojmy. S touto kritikou Richard Posner nesouhlasí konstatováním rozdílných významů slova spravedlnost, kdy někdy se spravedlností rozumí distributivní spravedlnost, jindy efektivita, ale má i řadu dalších významy. Na řadě příkladů se pak Posner snaží ukázat, že neefektivnost zraňuje náš smysl pro spravedlnost a ve větší nebo menší míře znamená porušení práva.³²

3. Sociologická nebo ekonomická analýza práva?

Oba přístupy k analýze práva mají *raison d'être*, svůj důvod existence. *Sociologický přístup k právu představuje jeden ze základních metodologických přístupů k právu spočívající v analýze fungování práva ve společnosti, v analýze sociálního kontextu práva. Ekonomický přístup k právu si všímá ekonomických stránek působení práva, ať už se jedná o legislativní politiku nebo o ekonomické aspekty v interpretaci a aplikaci práva. Nejde tedy o metodologický přístup k právu, ale o zdůraznění ekonomických stránek fungování práva, o ekonomický způsob uvažování o problémech práva. Základním axiomem ekonomie je, že člověk je racionální tvor a chce maximalizovat svůj užitek. Ekonomická analýza práva proto staví jako stěžejní kritéria svých úvah náklady a užitek.*

Sociologický přístup a přístupy ekonomické analýzy práva se potkávají při posuzování efektivnosti právní úpravy. Právně sociologický pohled na efektivnost práva jde jen zčásti cestou ekonomických hledisek, svým rozsahem a přístupem ekonomickou analýzu práva podstatně přesahuje. Efektivností rozumí právní sociologie míru schopnosti právního systému (právní normy) dosáhnout cílů, které jsou s právním systémem (právní normou) spojovány. Ekonomická analýza práva spočívá ve využití ekonomického aparátu ke konceptualizaci možných cílů práva analýzou nákladů a užitku k maximálnímu využití zdrojů. V tom tkví také určité úzké místo ekonomické analýzy práva s tendencí absolutizovat ekonomické parametry při tvorbě a aplikaci práva. Posnerovo zdůraznění maximalizace bohatství jako účelu pozitivní i normativní analýzy práva je ve svém důsledku postaveno ahodnotově a může vést k tomu, že někteří lidé přijdou o svá práva.³³

³⁰ Mauro Zamboni poukazuje na to, že *law and economics* má tendenci k postupům, kdy ekonomické a politické hodnoty formují samotnou strukturu práva. Viz ZAMBONI, M. *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Berlin: Springer, 2008, s. 60.

³¹ Cit. podle ZAMBONI, M. *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Berlin: Springer, 2008, s. 60.

³² POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011, s. 35.

³³ Jak to výstižně vyjádřil Josef Šíma „*bohatí se počítají, chudí jen někdy*“. ŠÍMA, J. Spor o metodu uvnitř ekonomie a práva. In: PAVLÍK, J. (ed.). *Filosofické základy metodologie ekonomických věd*. II. Praha: Oeconomica, 2003, s. 193-205.

Nejširší uplatnění nalézá ekonomická analýza práva při směřování právní politiky a přípravě legislativní úpravy. V našich podmínkách se takto ekonomická analýza práva uplatňuje v metodice hodnocení dopadů právní regulace (označované zkratkou „RIA“ z angl. *Regulatory impact assessment*) formálně upravené ve vládou schválených „Obecných zásadách pro hodnocení dopadů regulace“.³⁴ RIA je součástí legislativního procesu v České republice od listopadu 2007.

Uplatnění ekonomické analýzy práva v aplikační praxi v souladu s jejími principy maximalizace užtku se může právníkovi jevit u některých případů jako právně problematické.³⁵ Ekonomický pohled se u nás v aplikační praxi vyskytuje omezeně při rozhodování zejména nejvyšších soudů a Ústavního soudu. Jde však spíše o zohlednění ekonomických hledisek než o uplatnění principů ekonomické teorie, jak s nimi pracuje ekonomická analýza práva (maximalizace užtku, Paretoovo optimum, Kaldor-Hicksova efektivnosti a další).

Zkušenosti ze Spojených států ukazují, že právníci by měli mít elementární znalost problematiky ekonomické analýzy práva a do právního uvažování vhodně integrovat i ekonomické myšlení. Ekonomická analýza práva zprostředkovává hlubší ekonomické souvislosti práva. Legislativní praxe by měla mnohem více hodnotit i ekonomické důsledky (dopady) přijímaných právních norem. Ekonomizující pohled se subsidiárně uplatní i v judičiální oblasti, a to nejen u případů, kde jde o materiální hodnoty.

Abstract: The sociological concept of law was formulated by Eugen Ehrlich at the beginning of the 20th century. It represents one of the basic methodological approaches to law. Law is understood as a social phenomenon constituting component of the social structure of society. The sociological aspect of law concerns issues of spontaneity and intentionality in law, the relationship between factuality and normativity, and the normative power of reality. Since the 1930s, the economic concept of law has been enforced in the jurisprudence. It was developed by the school of Law and Economics. It emphasizes economic categories in law, especially the concepts of utility, cost, and use of resources. The sociological and economic approach in law meets in assessing the effectiveness of law. However, they emphasize different aspects of law effectiveness.

Keywords: law, sociological concept of law, economic concept of law, school of Law and Economics, effectiveness of law.

Použitá literatura:

1. ALLOT, A. *The Limits of Law*. London: **Butterworths**, 1980. 322 s.
2. BLÁHA, A.I. *Sociologie*. Praha: Academia, 1968. 433 s.
3. BROULÍK, J, BARTOŠEK, J. *Ekonomický přístup k právu*. Praha: C.H. Beck, 2015. 197 s. ISBN 978-80-7400-573-2.

³⁴ Obecné zásady pro hodnocení dopadů regulace byly schváleny usnesením vlády ČR ze dne 14. 12. 2011 usnesením č. 922 a naposledy novelizovány v r. 2016 usnesením č. 76 ze dne 3. 2. 2016. *Vláda ČR* [online]. [vid. 12.5.2019]. Dostupné z: <http://www.vlada.cz/assets/ppov/lrv/ria/metodiky/Obecne-zasady-pro-hodnoceni-dopadu-regulace.pdf>

³⁵ Richard Posner uvádí příklad řešení sporu, kdy se pastevci zatoulaly krávy na pozemek a způsobily zde zemědělci škodu. Podle Posnera by měl soud rozhodnout spor o náhradu škody ve prospěch té strany, kde spočívá vyšší užitek. Viz výklad Prezentace Ekonomie a právo [online]. 7. 1. 2012 [vid. 15.7.2014]. Dostupné z: www.vsfs.cz/soubor.php?s=presentation051031.ppt&adr=epssi

4. COMTE, A. *Sociologie*. Praha: Orbis, 1927. 466 s.
5. COTTERRELL, R. *The Sociology of Law: an Introduction*. 2nd ed. London: Butterworths, 1992. 398 s. ISBN 978-0-406-51770-8.
6. ENGLIŠ, K. *Theorie státního hospodářství*. Praha: F. Topič, 1932. 230 s.
7. ENGLIŠ, K. *Malá logika: věda o myšlenkovém řádu*. Praha: Melantrich, 1947. 511 s.
8. EHRLICH, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New York: Arno Press, 1975. 541 s. ISBN 9780405065026.
9. GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2007. 380 s. ISBN 0-19-926978-5.
10. GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. aktual. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017. 335 s. ISBN 978-80-7380-652-1.
11. GRANA, S. a kol. *The Social Context of Law*. New Jersey: Prentice Hall, 2002. 214 s. ISBN 978-0130413741.
12. HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004. 312 s. ISBN 80-7260-103-2.
13. HAYEK, F. *Právo, zákonodárství a svoboda. 1. pravidla a řád*. Praha: Academia, 1991. 131 s. ISBN 80-200-0278-2.
14. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. rozš. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012. 421 s. ISBN 978-80-7380-366-7.
15. IHERING, R. *Boj za právo*. Bratislava: Kalligram, 2009. 107 s. ISBN 978-80-8101-062-0.
16. JOLLS, CH., SUNSTEIN, C. R., THALER, R. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, s. 1471-1550.
17. KABELE, J. *Přerody: principy sociálního konstruování*. Praha: Karolinum, 1998. 394 s. ISBN 80-7184-359-8.
18. KELSEN, H. *Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy*. Praha – Brno: Orbis, 1933. 55 s.
19. KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C.H. Beck, 1995. 247 s. ISBN 80-7179-028-1.
20. KNAPP, V. Člověk, občan a právo. *Právník*, 1992, roč. CXXXI, č. 1, s. 1-5.
21. KUBEŠ, V. *...a chtěl bych to všechno znovu*. Brno: MU, 1994. 194 s. ISBN 80-210-0910-1.
22. KUBEŠ, Vladimír. *Právní filosofie XX. století*. Brno: MU, reprint 1992. 138 s. ISBN 80-210-0491-6.
23. KUBŮ, L. *Dějiny právní filozofie*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2002. 202 s. ISBN 80-244-0466-4.
24. LUHMANN, N. *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge and Kegan Paul, 1995. 436 s. ISBN 978-0-7100-9747-7.
25. MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: MU, 2001. 219 s. ISBN 80-210-2539-5.
26. MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018. 304 s. ISBN 978-80-87284-66-7.
27. MILLER, D. (ed.). *Blackwellova encyklopedie politického myšlení*. Brno: CDK Proglas, 1995. 580 s. ISBN 80-85617-47-1.
28. POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011. 1009 s. ISBN 978-0-7355-9442-5.
29. POSNER, R. A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 485 s. ISBN 0-674-70875-X.
30. POSPÍŠIL, L. *Etnologie práva: teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha: Set out, 1997. 144 s. ISBN 80-902058-4-4.
31. POUND, R. *Social Control Through Law*. New Haven: Yale University Press, 1942. 138 s.
32. PŘIBÁŇ, J. *Sociologie práva: systémově teoretický přístup k modernímu právu*. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996. 197 s. ISBN 80-85850-18-4.
33. RIDDALL, J. G. *Jurisprudence*. London: Butterworths, 1991. 204 s. ISBN 0-406-60064-3.
34. RADBRUCH, G. *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012. 157 s. ISBN 978-80-7357-919-7.

35. SOBEK, T. *Právní myšlení: Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011. 620 s. 978-80-87439-03-6.
36. ŠÍMA, J. Spor o metodu uvnitř ekonomie a práva. In: PAVLÍK, J. (ed.). *Filosofické základy metodologie ekonomických věd*. II. Praha: Oeconomica, 2003, s. 193-205. ISBN 80-245-0656-4.
37. VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. *Sociologie práva*. 2. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, 313 s. ISBN 978-80-7380-321-6.
38. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha: Filosofie, 1997. 278 s. ISBN 80-7007-096-X.
39. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991. 276 s. ISBN 0-7923-1143-4.
40. WEINBERGER, O. *Norma a instituce: (úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995. 217 s. ISBN 80-210-1123-8.
41. WEYR, F. *Úvod do studia právního: (normativní teorie)*. Brno: Masarykova univerzita, reprint 1994. 79 s. ISBN 80-210-0915-2.
42. WEYR, F. Čtyry kapitoly z právní noetiky. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1929, roč. XII, s. 1-16.
43. WEYR, F. O metodě sociologické. *Vědecká ročenka Právnické fakulty MU*, 1927, roč. 6, s. 26-82.
44. WEYR, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936. 388 s.
45. ZAMBONI, M. *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Berlin: Springer, 2008. 166 s. ISBN 978-3-540-73925-8.

EKONOMICKÝ PŘÍSTUP K PRÁVU

KLIMENTOVÁ, E.

Úvod

V posledních letech se lze v českém právním prostředí stále častěji setkat s trendem prosazování alternativních přístupů k právu. Zejména pak dochází k zapojování ekonomických teorií a ekonomických metod do oblasti práva. Ekonomická analýza práva, v zahraničním kontextu označována pojmem „*law and economics*“, spočívá v používání poznatků ekonomie, především pak mikroekonomické teorie, při zkoumání právní úpravy nebo při analýze právních vztahů. Využívání exaktních kvantitativních metod a vědeckých disciplín, jako například uplatnění ekonometrie v oblasti práva, pak přináší další rozměr, který společně s aplikací poznatků z ekonomických teorií představuje ekonomický přístup k právu.

Cílem příspěvku je objasnit přínosy tohoto přístupu k právu. Byť se ekonomický přístup k právu dostává do kurzu a jeho aplikace začíná být v českém právním prostředí jakýmsi módním trendem, jeho vliv a využití je například oproti zemím angloamerické právní kultury stále zanedbatelný. Demonstrovat to lze i na jeho absenci ve výuce práva českých vysokých škol, kde se ekonomickému přístupu věnuje pozornost pouze velmi okrajově nebo vůbec. V akademickém prostředí se lze často setkat s kritikou tohoto přístupu a s jeho odmítáním.

Beze snahy o přílišné protežování či adoraci ekonomického přístupu k právu si následující text klade za cíl vypořádat se s jeho kritikou, vyvrátit předsudky založené na příliš omezeném chápání tohoto přístupu a ukázat užitečnost jeho využívání.

1. Na co právo nedokáže odpovědět

Zapojování dalších vědních oborů do oblasti práva jde ruku v ruce s jeho multidimenzionálním charakterem. Multidimenzionalita práva spočívá v tom, že právo jako fenomén může být zkoumáno v několika rovinách - v novíně normativní, sociální, axiologické, mocenské, informační a v dalších rovinách.¹ Na prvním místě stojí jistě normativní přístup k chápání práva, jakožto systému pravidel regulujících chování. Omezit se na analýzu právních pravidel a zkoumání komplexu práva jen z hlediska normativního by však znamenalo popření dalších rovin, které právo, v postavení multidimenzionálního fenoménu, v sobě samém již obsahuje. Zejména by docházelo k popírání roviny axiologické a roviny sociální.

Jednotlivé dimenze práva a fakt, že se různé roviny a přístupy obsažené v chápání práva navzájem nevylučují, ale stojí vedle sebe, lze ilustrovat na analýze jakékoliv právní normy. Normativní dimenze zkoumá, jaká práva a povinnosti právní regulace přináší, co je jejich obsahem a jaké je nastavení právní regulace. Kupříkladu normativní pohled na úpravu skutkové podstaty trestného činu krádeže dovoluje zjistit, v čem daný trestný čin spočívá a jaká je výše trestu.

Mgr. Eliška Klimentová, Univerzita Karlova, Katedra ústavního práva, Česká republika

¹ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017. Právnícké učebnice (Aleš Čeněk). ISBN 978-80-7380-652-1.

Axiologická dimenze do komplexu práva zase vnáší hodnoty, které normativní právní regulace zprostředkovává. V konkrétním případě by se mohlo jednat o polemiku ohledně spravedlnosti postihu pachatele, který se dopustí trestného činu krádeže. Axiologický prvek lze spatřit i ve zkoumání toho, zdali je daná výše trestu za konkrétní protiprávní jednání dostatečným prostředkem pro ochranu chráněného zájmu, kterým je ochrana vlastnického práva něčí věci.

Sociální dimenze práva je pak promítnutím společenských vztahů do normativní regulace, tedy to, jak konkrétní sociální okolnosti ovlivňují podobu práva. Na druhou stranu se sociální dimenze práva zabývá i samotným výsledkem právní regulace² - jak se konkrétní pravidla projevují ve skutečném chování subjektů. Zkoumá to, jestli právní regulace plní své cíle, jak právo funguje v reálném světě a jestli obsah toho, co bývá označováno jako „*law in books*“ je v souladu se skutečnou situací, tedy s tím, jak se projevuje tzv. „*law in action*“. Sociální rovina práva tak může řešit například to, jestli existence trestání krádeží mění chování lidí tak, že budou krást méně, nebo jestli daná výše trestu je dostatečně vysoká na to, aby splnila svou funkci, ať už se jedná o funkci nápravnou či represivní. Vyhodnocení výsledků dopadů právní regulace může mít pak značný vliv na budoucí podobu regulačních pravidel a může přispívat k jejich změnám tak, aby bylo lépe dosaženo cílů regulace.

Právní věda, která tradičně pracuje s normativní analýzou práva, má své limity. Konkrétní problémy mohou vznikat při polemice nad vztahem normativity a reality a napětím mezi nimi. Pro zkoumání reality nemá právní věda dostatečné instrumentální zabezpečení. Nedomáží kvalifikovaně vyhodnotit fungování právních institutů v reálném světě a jejich dopady na chování subjektů. Značná úskalí vyvěrají i v rámci vztahu mezi idealitou a realitou. Hodnocení tohoto vztahu je z pohledu práva ještě o stupeň komplikovanější. Nejenže právo neumí vědecky zkoumat realitu, stejně tak není schopno samo o sobě uspokojivě formulovat ideály. Chceme-li se zabývat i dalšími dimenzemi práva, je proto nezbytné aplikovat interdisciplinární přístup. Axiologická dimenze práva má nesporné přesahy do oblasti etiky, filozofie, historie i náboženství. Sociální dimenze pak musí využívat takové postupy a metody společenských věd, které jí pomohou analyzovat vliv právních norem na chování subjektů.

Zapojením alternativních přístupů k právu není normativní dimenze a normativní přístup k analýze práva nijak znehodnocován či odsouván do pozadí. Alternativní přístupy jen v rámci analýzy práva řeší jiné okruhy otázek. Normativní dimenze dokáže poskytnout odpověď na otázku „*jak?*“. Analyzuje to, jak je nastaven systém pravidel regulující chování lidí a jaký je jeho konkrétní obsah, což je z podstaty věci klíčové. Alternativní přístupy, zejména pak ekonomický přístup k právu, se pak zabývají širším okruhem otázek. Pomocí vlastních teorií a metod jsou schopny odpovědět na otázku „*proč?*“, například proč má daná normativní úprava podobu jakou má, proč byl uzákoněn určitý právní institut. Dokáží též odpovědět na otázku „*k čemu?*“. S jejich pomocí lze zjistit, zdali výsledná právní regulace opravdu zabezpečuje cíl, k jehož dosažení byla určena.

2. Co je a co není ekonomie

Za jednu ze společenských věd, která může být pro právní vědu značně přínosná, je považována ekonomie. Vymežit ekonomii jako vědu není triviální a objevují se různé defi-

² GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017. Právnícké učebnice (Aleš Čeněk). ISBN 978-80-7380-652-1.

nice. Ty se navíc v průběhu času mění spolu s tím, jak se zdokonaluje ekonomické poznání. Od původních definic ekonomie, jakožto vědy o bohatství³, jsme se posunuli k modernějším definicím. Například G. Mankiw definuje ekonomii jako vědu, která zkoumá, jak společnost využívá její vzácné zdroje.⁴ V českém prostředí např. R. Holman vyzdvihuje, že ekonomie patří mezi společenské vědy a definuje ji jako vědu o lidském jednání.⁵ Z uvedených formulací je patrný jeden stěžejní poznatek - ekonomie není primárně vědou o penězích, ale o lidech.

Problémem uvedených definic je, že se příliš zaměřují na předmět zkoumání a nedokáží plně odlišit ekonomii od jiných společenských věd. Pokud se o to chceme pokusit a pochopit, co je ekonomie, musíme opustit snahu definovat ekonomii předmětem zkoumání. Stejně jako u jiných společenských věd je totiž předmětem jejího zkoumání lidská společnost. Patrné rozdíly nalezneme až v metodologii jednotlivých věd. A právě metodologie ekonomie je to, co ji činí užitečnou i pro aplikaci v právní oblasti. Ekonomie zkoumá a analyzuje preference lidí a na základě toho je schopna predikovat jejich chování v definovaných situacích.

V ekonomii je často využíván utilitaristický přístup k analýze chování. Ekonomie pracuje s pojmem užitku a jeho maximalizací a teorií nákladů. Klíčové pro pochopení principů ekonomie je to, že užitek ani náklady nemusí nutně vyjadřovat konkrétní finanční sumy. Naopak užitek jednotlivce v sobě zahrnuje i jiné než finanční hodnoty. Užitek mohou představovat i abstraktní hodnoty, jako je např. radost. Tyto abstraktní hodnoty pak nemusí nijak souviset s finančním profitem, naopak s ním mohou být v kontrapozici a být ztělesněním finančního úbytku. Jednotlivec může maximalizovat svůj užitek prostřednictvím radosti z darování peněz na nějaký obecně prospěšný účel. Zdánlivě „neekonomické“ chování subjektu lze v tomto případě hodnotit jako plně racionální.

Obdobně pak náklady neznamenají jen reálné peněžní výdaje, ale i náklady v podobě vynaloženého času, úsilí vloženého do vyjednávání, ale i náklady obětované příležitosti. Z toho je zřejmé, že cílem ekonomie není jen touha po maximalizaci peněžního zisku, ale že je schopna ve svých kalkulacích obsáhnout i další abstraktní hodnoty. Tím lze vyvrátit argument, že ekonomický přístup zahrnuje příliš úzký pohled na danou problematiku. Nutnost zohledňovat širší škálu účelů a hodnot je kryta již v samotných ekonomických metodách.

Držitel Nobelovy ceny Gary Becker se kupříkladu od 50. let minulého století začal zabývat pro ekonomii do té doby neprozkoumanými oblastmi - rasovou diskriminací (Ekonomie diskriminace, 1957), investicemi do lidského kapitálu jako je vzdělání a zdraví (Lidský kapitál, 1964) nebo zločinem a rozhodováním pachatelů zločinu (Eseje z ekonomie zločinu a trestu, 1974). V roce 1976 pak vydal klíčovou publikaci „*Ekonomický přístup k lidskému chování*“. Zde prezentuje přesvědčení, že ekonomické metody umožňují analyzovat jakékoli lidské rozhodování bez ohledu na to, v jaké oblasti se pohybujeme⁶ a přispěl tak položení základního kamene průniku ekonomie do práva. Jiným příkladem širokého využití ekonomie může být behaviorální ekonomie, kterou v současné době před-

³ MARSHALL, A. Principles of Economics. 8. vyd. Palgrave Macmillan UK. 2013. ISBN 978-0-230-24929-5.

⁴ MANKIW, N. G. *Zásady ekonomie*. Praha: Grada, 1999. 763 s. Profesionál. ISBN 80-7169-891-1.

⁵ HOLMAN, R. *Ekonomie*. 5. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 696 s. Beckovy ekonomické učebnice. ISBN 978-80-7400-006-5.

⁶ BECKER, G. S. *The economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago, 1996. 314 s. ISBN 0-226-04112-3.

stavují např. další držitelé Nobelovy ceny Richard Thaler a Daniel Kahneman. Behaviorální ekonomie pracuje s konceptem omezené racionality a do ekonomie tak přináší psychologické, kognitivní nebo emoční faktory lidského rozhodování. S jejími metodami je pak možné analyzovat jednoduché problémy jako je např. výběr oběda v kantýně až po složité procesy finančních trhů.⁷ Z uvedených příkladů je patrné, že ekonomie je přímo předurčena k tomu, aby pomáhala při různých činnostech souvisejících s právní problematikou.

Jako mylný se pak jeví argument, že právo a ekonomie se zabývají spolu nekorespondujícími okruhy záležitostí nebo že ekonomie sleduje užší cíle než právo samotné či snad že jsou jim vlastní odlišné hodnoty. Jak již bylo uvedeno, předmětem ekonomie je zkoumání chování společnosti jako celku či jednotlivých lidí. Právo chování lidí a společnosti do určité míry determinuje na základě normativních pravidel. Ekonomie proto potřebuje chápat tato normativní pravidla, aby dokázala pochopit chování společnosti. Právo naopak potřebuje pochopit zákonitosti ekonomie, aby bylo schopné domýšlet svůj dopad - dopad legislativy i individuálních normativních aktů.

Kvalitativně ale nejde právo a ekonomii stavět na stejnou úroveň. Zatímco právní věda analyzuje pouze pravidla hry, ekonomie se zabývá zkoumáním hráčů, jejich reakcí na stanovená pravidla a v neposlední řadě i pravidly samotnými.

3. Použití ekonomického přístupu k právu

Častým argumentem ze strany kritiky bývá, že role sociální dimenze práva je příliš přeceňována a že její význam není pro právní praxi tak významný. Totéž je vytýkáno i aplikaci ekonomického přístupu k právu. Na tomto místě je však nutné rozlišovat jednak dvě roviny sociální dimenze práva a také různé okruhy právních profesí, které s potřebou zapojit ekonomický přístup k právu do své činnosti, mohou přijít do kontaktu. Sociální dimenze práva se projevuje *ex ante* před tvorbou normativní právní regulace, kdy ovlivňuje její podobu, a také *ex post*, kdy zprostředkovává obraz o reálném fungování regulace v praxi.

Co se týče první roviny, sociální dimenze práva ztělesňuje systém společenských vztahů, které determinují obsah systému práva *de lege lata*. Sociální dimenze práva zahrnuje reálné okolnosti a vztahy mezi subjekty, vliv zájmových skupin, rozdělení moci, způsob vládnutí, ekonomické uspořádání státu, rozdělení bohatství a mnoho dalších aspektů, které vyplývají ze společensko-historického kontextu. Ve fázi tvorby normativní právní regulace sociální rovina nepůsobí samostatně, nýbrž se prolíná i s dalšími rovinami jako například rovinou axiologickou nebo mocenskou. Mocenská rovina práva pak s sebou přináší vlivy související s realizací státní politiky nebo cílů mezinárodní politiky. Platné právo na tyto vlivy reaguje tím, že se je snaží regulovat, eliminovat nebo naopak jejich fungování podporuje.

Zkoumání sociální dimenze práva je nutnou podmínkou k odhalení *de lege ferenda* důvodů vzniku právní regulace a jednotlivých právních institutů. Znalost těchto okolností pak může být nápomocná při výkladu práva. Použití ekonomických modelů a teorií v této rovině je velmi přínosné tím, že zjednodušené modely a teorie mohou usnadnit chápání

⁷ THALER, R. H. a SUNSTEIN, C. R. Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness. New international ed. London: Penguin Books, 2009. x, 305 s. ISBN 978-0-141-04001-1.

reálných vztahů a chování lidí. James Buchanan a Gordon Tullock položili základ ekonomie veřejné volby a začali se zabývat zkoumáním procesu, jakým jsou vytvářena normativní pravidla.¹ Vnímali politický systém a ústavu jako způsob, jakým se snaží jednotlivci chránit své zájmy. Zpochybnili představu vlády jako neomylného subjektu, který napravlují tržní selhání. Naopak upozornili na selhávání vlády, která na základě většinového hlasovacího systému prosazuje zájmy svých voličů. Nemusí však brát příliš v potaz náklady, které vzniknou nevládnoucí menšině. Mancur Olson zase analyzoval vliv zájmových skupin na politický proces.² Díky ekonomickému přístupu dokázal vysvětlit, proč jsou některé zájmové skupiny schopné dosáhnout svých cílů, zatímco jiným se to nedaří.

V rovině *ex post* se sociální dimenze práva projevuje v samotném výsledku normativní regulace. Její role spočívá především ve zkoumání toho, jak regulace funguje ve skutečnosti, jak se promítá do reality a jak ovlivňuje chování a rozhodování subjektů. Analýza výsledků právní regulace - tedy to, jestli skutečně naplňuje cíle, pro něž byla přijata, a zdali opravdu zabezpečuje zájmy, pro jejichž ochranu byla vytvořena, hraje dost podstatnou roli. Boje o podobu a snahy o změnu právní úpravy by postrádaly smysl, kdyby nikoho nezajímaly dopady jejich aplikace. Právě v této oblasti je aplikace ekonomického přístupu k právu velmi užitečná. Pomocí ekonometrických modelů na základě reálných empirických dat se lze přiblížit poznání, jak normativní regulace ovlivnila chování lidí a zda bylo skutečně dosaženo deklarovaného cíle. Můžeme nalézt celou řadu odborných prací, které se zabývají aplikovanou empirickou ekonomikou. Například Steven Levitt zkoumal příčiny poklesu kriminality v USA na začátku 90. let 20. století. Došel k překvapivému závěru, že mezi faktory, které se na poklesu nepodílely, patří i zákony upravující používání zbraní (a to jak zákony, které zpříšňovaly stav, tak i ty, které stav uvolňovaly).³ Takový poznatek může být pro analýzu práva velmi důležitý - zákonodárci chtějí snižovat kriminalitu pomocí pravidel o používání zbraní, která ale na míru kriminality reálně nemají žádný vliv. Tess Wilkkinsonová a Ryanová se mj. zabývala porušováním kontraktů. Došla k závěru, že jasné stanovená sankce za porušení smlouvy může vybízet k jejímu častějšímu porušování.⁴ Do kontraktu může být s dobrým úmyslem zanesena sankce, která však ve výsledku vede k přesně opačnému chování, než kterého mělo být docíleno - tj. aby kontrakty nebyly porušovány.

Zohlednění *ex post* i *ex ante* projevů sociální dimenze je nutné dát do vztahu s použitím ekonomického přístupu k právu či dalších alternativních přístupů v rámci jednotlivých právních profesí. Stává se pravidlem, že akademické diskuze o ekonomickém přístupu k právu se stočí k problematice jeho využitelnosti pro rozhodovací praxi soudců. V tomto směru je nutné pamatovat na pravidlo, které musí vždy stát v popředí, a tím je, že soudce rozhoduje na základě zákona. Ekonomický přístup k právu a použití jeho metod by bylo pro soudce přínosné v případech, kdy zákon nehovoří jasně, případně nabízí soudci značnou míru volnosti. V této oblasti pak ale zjevně narazíme na problém samotné úlohy soudce a procesu jeho rozhodování. Otázky, jaká je role soudce, je-li *ad absurdum* na jedné straně pouhým strojem, který aplikuje zákon či na druhém protipólu je tím, kdo je oprávněn právo dotvářet, ale představuje zcela jiný problém a odlišnou diskuzi. I přesto se ale kritika ekonomického přístupu k právu velmi často zaměřuje na jeho použitelnost v rozho-

¹ BUCHANAN, J. M. a TULLOCK, Gordon. The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy. [Ann Arbor]: University of Michigan, 1962. x, 361 s. ISBN 0-472-06100-3.

² OLSON, M. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. x, 186 s. Harvard economic studies; vol. 124. ISBN 0-674-53751-3.

³ LEVITT, S. D. *Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not*, 18 J. Journal of Economic Perspective 163. 2004.

⁴ WILKINSON-RYAN, T. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. Michigan Law Review, Vol. 108, pp. 633, 2010; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 09-03.

dovacím procesu soudce. Argument postavený na tvrzení, že použitelnost tohoto přístupu ze strany soudce ovlivňuje jeho nestrannost, je zjevně mylný. Jak bylo popsáno výše, cílem ekonomie není vyhrát. I pro soudce může být využívání ekonomického přístupu k právu velmi žádoucí a potřebné. Například při kalkulaci výše náhrady škody, když právní úprava neobsahuje podrobná kritéria, ekonomický přístup naopak pomáhá nestrannosti soudce a zohledňuje individuální okolnosti případu (byť za cenu možnosti různého rozhodování v obdobných případech). Diskuze nad přínosy či naopak kritika a odpor aplikace ekonomického přístupu k právu v rámci rozhodovací praxe soudců ale postrádají smysl, neboť jsou ohraničeny mantinely pravidel a představ o tom, jaká je samotná role soudce a jak by mělo jeho rozhodování vypadat. Tato polemika je balancováním na tenkém ledě a pro hodnocení přínosů či slabých stránek ekonomického přístupu k právu není nijak přínosná. Pro profesi soudců není validní použitelnost a užitečnost ekonomických metod nijak vyzdvihoval, stejně tak ale není pro tuto oblast relevantní kritika jejich využitelnosti. Pozornost by měla být zaměřena na dvě jiné oblasti, kde je používání ekonomického přístupu k právu více než žádoucí.

Oblast, ve které je použití ekonomického přístupu k právu stěžejní, je oblast legislativní tvorby. Ve fázi normotvorného procesu lze využít všechny metody ekonomického přístupu k právu. Ekonomický přístup k právu s sebou přináší možnost zkoumat účelnost práva. Tedy to, jestli právní úprava skutečně plní účel, který měla zajišťovat. Konflikt mezi právem *de lege lata* a jeho obsahovou nespravedlností či neúčelovostí byla v právní teorii řešena už o staletí dříve.⁵ Právě ekonomický přístup k právu může do této diskuze významně přispět. Cíl nebo účel dané právní úpravy vychází z preferencí zájmové skupiny, která ji prosadila a je ovlivněn společensko-historickým kontextem, rozličnými okolnostmi a hodnotami, jež se zrcadlí v různých dimenzích práva. V konečné podobě je pak dán zákonodárcem. Otázkou však zůstává, zda právní úprava může vést k deklarovanému cíli a není jen bezzubou úpravou nebo dokonce úpravou, která vede k opačnému cíli. Právě aplikace ekonomického přístupu dokáže zhodnotit, jestli byl v konečném důsledku regulační cíl naplněn, či zdali se právní úprava minula účinkem či změnila chování subjektů jiným směrem, než se očekávalo. Bez zhodnocení účelů a dopadů úpravy není možné regulační pravidla do budoucna efektivně měnit. Do značné míry pak použití ekonomického přístupu k právu dokáže pomoci ještě před samotným zavedením právní regulace, kdy na základě ekonomické analýzy dokáže predikovat budoucí chování subjektů a odhadnout možné dopady. V souladu s tím bylo do českého právního prostředí zavedeno hodnocení dopadů regulace (tzv. RIA), které však bohužel v praxi často není příkladnou ukázkou toho, jak ekonomický přístup k právu aplikovat. Jeho důsledné použití v tomto procesu, byť by to bylo žádoucí, se zatím v české praxi příliš neuchytilo.⁶

Akademická sféra pak představuje druhou oblast, kde by nemělo být využívání ekonomického přístupu bráněno. Ekonomické metody i metody z jiných vědních oborů dávají analýze práva hlubší rozměr a umožňují zkoumat další aspekty, na které by metodologický aparát právní vědy nestačil. Kde jinde, než na poli vědy by se měly prosazovat nové při-

⁵ JHERING, R. *Der Zweck im Recht* (Lip., 1877-83, 2 sv.; 3. vyd. 1893, 1. sv. přel. do rus. jaz. 1881) nebo též RADBRUCH, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. 1946. Opětovně publikováno in: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hrsg. R. Dreier, S. L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003, s. 216).

⁶ Např. OECD. *OECD Environmental Performance Reviews: Czech Republic 2018*, OECD Environmental Performance Reviews, OECD Publishing, Paříž. 2018.

stupy. Právě zde je prostor zkoumat jaký je účel právních institutů, jaké jsou skutečné důvody jejich vzniku, zda fungují, jak se očekává, jestli garance určitých práv plní efekty, kterých chceme dosáhnout, jak funguje dělba moci v praxi a například i to, jestli zavádění formálně nezávislých institucí znamená, že i jejich rozhodování je v realitě nezávislé.

Zkoumání skutečných dopadů právní regulace je alternativou k jiným postupům při analýze práva, ve kterých je rozebírán text zákona, hledají se skuliny v právní úpravě, je vytvářena polemika, kritizují se sporná ustanovení nebo dochází ke komparaci napříč právními systémy. Obojí má v právní vědě své místo a znevažovat některý z přístupů jistě není žádoucí, stejně tak jako přilišné vyzdvihování některého z nich. Jedná se jen o aplikaci odlišných přístupů.

Závěr

Ekonomický přístup k právu i jakákoli další interdisciplinarita v právní oblasti může být přínosná a nelze ji zcela odmítnout. Je to dáno tím, že použití teoretických základů, poznatků a metod z jiných vědních oborů nám dovoluje poznat i další roviny nebo dimenze práva, ve kterých může být právo zkoumáno. Ekonomický přístup k právu dává možnost zkoumat a poznat sociální dimenzi práva, jakožto společenský kontext, který ovlivňuje tvorbu pravidel i výsledek normativní regulace. Úplné popření využitelnosti ekonomického přístupu k právu by pak znamenalo odmítnutí sociální dimenze práva, a tedy i pojetí práva jako multidimenzionálního fenoménu.

Abstract: In recent years, there has been a growing trend to promote alternative approaches to law in the Czech legal environment. Particularly, economic theories and economic methods are involved in the field of law. "Law and economics" is based on application the knowledge of economics, especially microeconomic theory, in examining legislation or in analyzing legal relations. The use of exact quantitative methods and scientific disciplines, such as the using of econometrics in the field of law, brings another dimension which, together with the application of knowledge from economic theories, represents an "economic approach to law".

An economic approach to law and any other interdisciplinarity in the legal field can be beneficial and cannot be completely rejected. The use of theoretical foundations, knowledge and methods from other disciplines allows us to recognize other levels or dimensions of law.

Keywords: economic approach to law, Law and economics, interdisciplinarity, economic analysis of law, multidimensional phenomenon

Použitá literatura:

1. BECKER, Gary S. The economic approach to human behavior. Chicago: University of Chicago, 1996. 314 s. ISBN 0-226-04112-3.
2. BUCHANAN, James M. a TULLOCK, Gordon. The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy. [Ann Arbor]: University of Michigan, 1962. x, 361 s. ISBN 0-472-06100-3.

3. GERLOCH, Aleš. Teorie práva. 7. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017. Právnícké učebnice (Aleš Čeněk). ISBN 978-80-7380-652-1.
4. HOLMAN, Robert. Ekonomie. 5. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. xxii, 696 s. Beckovy ekonomické učebnice. ISBN 978-80-7400-006-5.
5. JHERING, Rudolf. Der Zweck im Recht (Lip., 1877-83, 2 sv.; 3. vyd. 1893, 1. sv. přel. do rus. jaz. 1881)
6. LEVITT, Steven D. Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not, 18 J. Journal of Economic Perspective 163. 2004.
7. MANKIW, N. Gregory. Zásady ekonomie. Praha: Grada, 1999. 763 s. Profesionál. ISBN 80-7169-891-1.
8. MARSHALL, Alfred. Principles of Economics. 8. vyd. Palgrave Macmillan UK. 2013. ISBN 978-0-230-24929-5.
9. OECD Environmental Performance Reviews: Czech Republic 2018, OECD Environmental Performance Reviews, OECD Publishing, Paříž. 2018.
10. OLSON, Mancur. The logic of collective action: public goods and the theory of groups. Cambridge: Harvard University Press, 1971. x, 186 s. Harvard economic studies; vol. 124. ISBN 0-674-53751-3.
11. RADBRUCH, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. 1946. Opětovně publikováno in: G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe. Hrsg. R. Dreier, S. L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003, s. 216).
12. THALER, Richard H. a SUNSTEIN, Cass R. Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness. New international ed. London: Penguin Books, 2009. x, 305 s. ISBN 978-0-141-04001-1.
13. WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. Michigan Law Review, Vol. 108, pp. 633, 2010; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 09-03.

PRÁVO JAKO JEDEN ZE TŘÍ SPOLEČENSKÝCH NORMOVÝCH ŘÁDŮ

PINZ, J.

Motto

*„Dvě věci naplňují mysl vždy novým
a rostoucím obdivem a úctou, čím
častěji se jimi zabývá: hvězdné nebe
nade mnou a mravní zákon ve mně“*

Immanuel Kant

Úvod

V každé lidské společnosti se státním zřízením je přítomen faktor regulace jako její nezbytná civilizační složka. Tento regulativ chování lidí vzniká buď spontánně, tj. samostatně přirozenou cestou již v době předstátní nebo záměrně, tj. vědomě organizovaným úsilím až v době existence státu. Tak se v průběhu času vyvinuly tři hlavní sociální řády (*socialis ordo*), a to řád mravní, řád právní a řád morální. Na samém počátku lidské pospolitosti spontánně z lidské podstaty vzniknul řád mravní jako vnitřní řád člověka, jehož základem byly osvědčené obyčeje souhlasně přijímané ostatními lidmi (*consensus facit legem*). Prvotním projevem mravu jako individuálního jevu kulturního bylo probuzení mravního citu u člověka, totiž studu. V souvislosti s prvky počínající dělby práce v minimálně organizovaných lidských buňkách a postupném přechodu prvotních sociálních útvarů do státu se počal tvořit řád právní jako obecný vnější řád lidí. Nejprve si vzniklá vládní moc osvojila jistou část dosavadních obyčejů, které již měly charakter předstátního obyčejového práva (*consuetum pro lege servatur*), přičemž jistou část si jich vhodně upravila a vnutila je obyvatelstvu jako direktivu soužití, tím že je uzákonila. Potom vytvořila svůj vlastní právní řád jako pozitivní právo. Na základě stavovského a zájmového rozrůznění jednotlivých částí státního obyvatelstva a jeho začlenění do stavovských organizací a zájmových sdružení se začaly vytvářet řády morální jako dílčí vnější řád lidí. Ačkoliv všechny tyto normové soubory mají shodný objekt, totiž chování člověka ve vztahu k ostatním lidem, jsou si jinak vzájemně odlišné, tak jako jsou si jeden od druhého odlišné zmíněné fenomény, tj. mrav, právo a morálka.

I. Mrav, morálka a právo

V každém jménu je kus historie. **Mrav** (řec. *éthos*, lat. *mos/morus*, něm. *die Sitte/die Manier*, franc. *les manière/les moeurs*, ital. *educazione*, angl. *manner*) je vlastní sobě apriorně daný způsob chování jedince (kategorický imperativ), na který částečně navazují zděděné zvyky starých předků (*more maiorum*) a otců (*more patrio*), obrazyjící se v chování soukmenovců, které se opakovalo obvyklým způsobem (*more consuetudo*), resp. podle obvyklých způsobů (*more solito*). Touto cestou vstupoval mrav od počátku pospolitého života lidí do svědomí člověka, rozlišující dobré a zlé. Tak postupně vzni-

¹ JUDr. Jan Pinz, Ph.D., Právnická fakulta University Karlovy Praha, katedra teorie práva a právního učení, Česká republika

kal mravní zákon v mravním vědomí člověka. Z toho je zřejmé, že ne všechny osvědčené zvyky a obyčeje pronikaly do nitra člověka a dále dotvářely jeho mravy, nýbrž jen ty zvyky a obyčeje, které odpovídaly jeho mravnostnímu kritériu jako dobré. Tedy i původní faktor předstátního práva, tj. práva obyčejového prostoupením do nitra člověka nabyl povahy mravní. Mravy (*mores, die Sitten/Manieren/Gesittunge, les manières/moeurs. costumi, manners/customs*) mají tudíž svůj prazdroj jen v takových starých zvycích a obyčejích, které odpovídají vnitřnímu mravnímu citu. „*Mravní závaznost je v tom označena, že nepřichází z venku, nýbrž pochází z nás, pochází z vlastního vědomí závaznosti. Je to naše svědomí...Mravní závazek je spojen s nejširšími projevy života, píše Bergson, prožíváme jej dříve, než jej zdůvodníme rozumem; předchází nás a je v nás a je v nás dříve, než jej reflexivně poznáme...*“¹ Protože prozřetelnost nikomu neodepřela mravní smysl, je každý člověk v podstatě mravní bytost. „*Mravný je, kdo ovládá své vášně a nedovolí jim, aby jednaly bez rozumu nebo dokonce proti rozumu...V tomto jednání člověk projeví svou mravní hodnotu...*“² Od mravů odvozené slovo **mravnost** (*morum ratio/morum conditio, die Sittlichkeit/Sittsamkeit, le bonnes moeurs, moralità, point of ethics*) představuje souhrn mravních, tj. z vnitřní stránky člověka vyplývajících zásad určujících způsob jeho chování a jednání, nebo samotný stav mravů. Podobně soudí právní sociolog Emanuel Chalupný, když praví „*mravnost jest oborem, v němž rozhodují vnitřní hnutí lidská...*“³ O mravních vlastnostech, mravnosti jako protikladu politiky, mravouce, mravním subjektivismu, mravním principu, mravních citech a soudech uvažuje stejně tak řada myslitelů jako jsou český náboženský a sociální filosof Petr Chelčický (1390-1460), renesanční politik, historik a literát Niccolò Macchiavelli (1469-1527), anglický filosof a teoretik společnosti a práva Thomas Hobbes (1588-1679), skotský filosof a etik Francis Hutcheson (1694-1747), anglický křesťanský etik, biskup Joseph Butler (1692-1752) a anglický filosof Anthony Ashley Cooper Shaftesbury (1671-1713).⁴ Při objasňování rozdílnosti práva a mravnosti postupuje obdobně skotský filosof a historik David Hume (1711-1776) i skotský ekonom a filosof Adam Smith (1723-1790), když rozlišuje vynutitelnost zevní u práva a tuto nevynutitelnost u mravnosti, jakož i mravní zřetel k úmyslu a právní zřetel k výsledku.⁵ Hovoříme-li pak o zákonu mravnosti, jde nutně o pravidla mravů. Podle Kantovy mravouky je člověk jako mravní bytost vybaven autonomií vůle, jež je podrobena zákonu mravnosti, který si osoba lidská dává sama sobě. Tato mravní povinnost je shodná s přirozeností rozumné bytosti.⁶ Ve starověké Helladě (4. st. př. n. l.) slul dobrý mrav slovem *éthos* a nauka o dobrých mravech se nazývala podle Aristotela etika (řec. *éthikos*, lat. *ethica*). Ovšem tento řecký název *éthos* zahrnoval též význam zvyklostí, obyčejů a obvyklého chování nebo životních způsobů člověka, jeho mravního vědomí a smýšlení. **Etika** představovala praktickou filosofii, týkající se lidského chování vzhledem k mravním požadavkům, zejména posouzení lidských úkonů z hlediska svědomí, tj. jakožto úkonů dobrých a zlých. Etika se od Řeků (Démokritos-mravní ideje vznikají z lidské přirozenosti, sofisté-exis-

¹ SERTILLANGES, P.: Základy mravní iniciativy. Filosofická revue. Roč. XI, 1939, č. 1, s. 4.

² BOŠKOVIČ, H.: Umění a morálka. Filosofická revue. Roč. VI, 1934, č. 3, s. 111.

³ CHALUPNÝ, E.: Sociologie. Díl druhý: Dějiny sociologie. Praha: Nákl. vlast., 1922, s. 52.

⁴ Viz např. CHELČICKÝ, P.: Síť víry, HOBBS, T.: O občanu, HUTCHESON, F.: Stručný nástin mravní filosofie, SHAFTESBURY, A. A. C.: Zkoumání o ctnosti a zásluze.

⁵ Viz např. HUME, D.: Zkoumání o zásadách mravnosti, SMITH, A.: Theorie mravních citů.

⁶ Viz JANET, P.: Dějiny vědy politické se zřetelem k mravovědě. Díl II. Praha: J. Laichter, 1896, s. 374-377.

tuje etická rovnost lidí, Sókratés-etika uznává duchovní princip v člověku a v přírodě, Platón-božská idea dobra platí v etice, Aristotelés-etické ctnosti jsou ctnosti charakterové, Xenokratés-etika je samostatná část filosofie, stoa-aspekt skepticismu a fatalismu je přítomen v etice, Epikúros-ateistický charakter individualistické etiky) vyvíjela rozmanitým způsobem a v různých systémech dále dotvářela, až v novověku dosáhla svého vrcholu v díle vynikajícího německého představitele kritické filosofie Immanuela Kanta (1724-1804), a částečně také v díle M. Schelera a N. Hartmanna (existuje jednota etiky, ale mnohost morálék). Pokračování tohoto pojetí etiky patřilo novokantismu. Avšak dominantní rozměr vtiskává etice již Kantův kategorický imperativ obecného mravního zákona vycházející z praktického rozumu a založený na autonomii vůle osobnosti. Uznání lidské svobody je hlavním postulátem mravnosti. Proto je předpokladem pravé etiky vždy svoboda člověka jako rozumné bytosti a mravní odpovědnost individua, a to zpravidla ve vztahu k polární dvojici nejvyšších a nejvšeobecnějších etických kategorií, jimiž je dobro a zlo. „*Každá forma svobodného jednání je vázána zákonitostí mravní... Lidský duch nabývá tím větší dokonalosti, čím více je podřízen mravní zákonitosti ve svém svobodném rozhodování.*“⁷ Kromě této klasické normativní individuální etiky se částečně již ve středověku a novověku a více ve 20. století objevovaly různé svérázné koncepce etiky buď podřízené křesťanskému dogmatu, teorii hodnot, mravní sociologii, existencionální filosofii, filosofii člověka aj. anebo odmítané filosofii pragmatismu či opovrhované filosofii Nietzscheho nebo doktrínou fašismu. Některé z těchto etických směrů však ze zásadní neujasněnosti podstaty věci zaměňují skutečný předmět etiky, tj. vnitřní pravidla chování jednotlivce za vnější pravidla chování sociální skupiny (morálka). Obecně se však etika považuje za filosofické vysvětlení a zdůvodnění *fenoménu mravního, jakož i učení o mravním*.⁸ Ostatně k témuž závěru došel i jeden z největších badatelů v oboru etiky řádný profesor sociologie na Masarykově universitě v Brně Inocenc Arnošt Bláha (1879-1960), když svou etiku nazývá filosofii mravnosti, kde má své místo nauka o svědomí a mravním cítění.⁹

Morálka (*moralitas, die Moral, la morale, morale, morals/morale*) je z vnějšku přepsaný způsob stejného chování určitého množství jedinců ve svém prostředí, který má svůj původ ve snaze vedoucích představitelů různých stavů a společenských organizací, sdružení a spolků vhodně ovlivňovat postoje svých příslušníků uvnitř těchto společenských celků. Svůj název získala morálka odvozeně od latinského názvu mravní (*moralis*), když se hledal výraz pro skupinové normy vnějšího chování. Pojem morálky vstoupil do organizované lidské společnosti až o několik století později než pojem mravu. Každý společenský stav, společenská třída, vrstva, sociální skupina, politické, společenské a náboženské hnutí, zájmové sdružení má soubor pravidel chování, svou morálku. Takže morálka bývá nejednou stavěna do služeb stavovských a skupinových představ o nejvhodnějším chování jejich řadových členů. Tak cíle morálních směrů začaly splývat s teoriemi zájmu, resp. prospěchu. Proti tomu vznikla nauka o mravním smyslu vrozeném. „*S hlediska mravního se snažila*

⁷ HABÁŇ, M.: Duchovní autonomie. Filosofická revue. Roč. XI, 1939, č. 4, s. 151.

⁸ BRUGGER, W.: Philosophisches Wörterbuch. Freiburg im Breisgau: Verlag Herder KG, 1990, česky BRUGGER, W.: Filosofický slovník. Praha: Naše vojsko, 1994, s. 130.

⁹ Viz TVRDÝ, J.: Bláhova etika. Sociologická revue, roč. X, 1939, sv. 1, s. 71 a násl. Z Bláhových pojednání o etice, jejíž předmětem je mrav, resp. mravnost, lze uvést: Stará a nová mravnost (1905), Smysl pro mravní hodnoty (1920), K problému mravnosti (1920), Filosofie mravnosti (1922), Základy mravnosti (1922), Současné názory mravní (1923), Vybrané kapitoly z etiky (1926, Brannost a mravní zákon (1938), Základy mravovědy a mravní výchovy (1939).

*reagovati proti morálce, zájmu a sobectví... Užitek morálka prošla několika etapami... a tak se morálka redukuje na aritmetiku požitků.*¹⁰ Stavovský a skupinový egoismus převládá ve vytváření smyslu podstaty morálky nad altruismem. Snaha o vytvoření funkční morálky celospolečenské se nesetkala s úspěchem. Ale i „*k morálce všelidské dochází velmi pozdě, a i vedle ní trvají morálky skupin menších: třídy, stavů, národů, pohlaví atd. Každá společenská skupina má konec konců dvoji morálku, altruistickou k své třídě, egoistickou k ostatním.*“¹¹ Dodržování morálních norem podléhá na rozdíl od mravů vnější, společenské (stavovské, skupinové) kontrole. A protože „*je součástí kulturního systému, proto se liší v jednotlivých společnostech, v historických epochách, a dokonce mezi různými skupinami...*“¹² Morální normy jako praktická pravidla chování se od mravouky liší i podstatou. „*Etika je obecně teoretická a zpravidla spojena s metafyzickým zkoumáním, čímž se liší od aplikované morálky.*“¹³ Od morálky odvozené slovo **morálnost** (*status moralitatis, die Moral, la moralité, moralità, morality*) značí jednak souhrn morálních zásad platných pro určité množství lidí a určujících způsob jejich chování a jednání a jednak stav morálky vůbec. Jestliže „*obsahem a podstatou mravnosti jsou vnitřní hnutí, která se v některých případech promítají navenek a objektivizují se v činy*“¹⁴ tak obsahem a podstatou morálnosti jsou vnější pohnutky, které působí na chování adresáta morálních norem.

Právo (*dikaion, ius, das Recht, le droit/la loi/la justice, legge, law/right*) vzniklo z potřeb sociálního soužití, tedy má své sociální kořeny. Jako sociální jev je jedním z nejmocnějších společenských činitelů, který formuluje individuální konání lidí určitým uniformním způsobem. Tak vzniká koordinované chování se závaznými a donucujícími vzory. Ostatní činitelé sociální konformity jako mrav (cestou jeho napodobování), morálka nebo i náboženství, veřejné mínění, etiketa a móda působí oproti právu jen v omezeném rozsahu. Právo je tedy výtvozem civilizace v podobě nástroje sociální koordinace a je také jednou z nejdůležitějších forem sociální kontroly. V něm se projevuje autokraticky platná vůle společnosti jako celku. Protože je umělým výtvozem, je právem pozitivním, vlastně *ius contra naturam*, tj. souborem obecně závazných pravidel vnějšího chování lidí, jejichž vynucování je zabezpečeno legálními sankcemi. Tyto normy mezilidských vztahů zakládají vztah občanský oproti stavu přírodnímu (*status civilis contra status naturalis*), a to na základě utvoření obce/státu s pevným zevnějším řádem lidské společnosti, tj. soustavou práva. Právo je určitým způsobem nepochybně spjato s mocí, ačkoliv jde v zásadě o pojmy rozdílné. „*Právo jest nástrojem, jímž stát uplatňuje svou autoritu nad individuem... Hospodářství, řeč, věda, umění, náboženství, mravnost jsou tvořivé složky, ať kultury materiální, ať kultury duchovní, kdežto moc a právo jsou složky organizující a ochranné.*“¹⁵ Autorita je vážnost pramenící z jistého uznání a přinášející s sebou určitý vliv. Moc dodává právu tuto autoritu. Právo zase dodává moci legálního charakteru a uvnitř mocenského prostoru působí jako koordinátor jednotlivých protichůdných zájmů.

¹⁰ GILLET, S. M.: Svědomí. Filosofická revue. Roč. V, 1933, č. 1, s. 21.

¹¹ CHALUPNÝ, E.: Sociologie. Díl čtvrtý: Skladba (statika). II. Nauka o výtvozech a činnostech civilisace. Praha: Nákl. vlast., 1919, s. 89 a 90.

¹² BAKEŠOVÁ, A. et alien: Filosofický slovník. Praha: Euromedia Group, 2009, s. 228.

¹³ DUROZOI, G., ROUSSEL, A.: Dictionnaire de philosophie. Paris: NATHAN, 1990, česky: Filosofický slovník. Praha: EWA Edition, 1994, s. 73.

¹⁴ BAKEŠOVÁ, A. et al.: Opus citatum, s. 117.

¹⁵ BLÁHA, I., A.: Sociologie. Praha: Academia, 1968, s. 250.

II. Řád mravní, morální a právní

Soubor mravních norem o tom, co má být z hlediska mravnosti, tj. z hlediska vnitřního příkazu jedince je **mravní řád** (*ordo moralis*). Jsou to pravidla chování, jejichž substancí je svobodná vůle člověka, která je vázána jen jeho vlastním mravním zákonem. Mravní normy jsou tedy pravidla autonomní, která postihují pouze vnitřní stránku chování člověka. Na veřejnost nepůsobí přímo, leda nepřímo jako odpozorovaný vzor jednání jednotlivce. Takový jednatel sám nic svému okolí nedoporučuje ani nevnučuje, jeho mravní zkušenost je individualizovaná a formuje se u každého jednotlivce jinak. Sankce za porušení tohoto vlastního vnitřního mravního příkazu (mravní trest) spočívá v určité vnitřní formě újmy toho, kdo jako individuum příkaz porušil. Obvykle jde o výčitky svědomí. Svěákonný subjekt mravního řádu disponuje vůči sobě vždy takovou sankcí, která svou mírou odpovídá jím stanovenému stupni mravního prohřešku, přičemž rozhodujícím faktorem při tomto posuzování je jeho vlastní lidská důstojnost uvnitř mravního světa, který nosí s sebou ve svém svědomí. Čím vyšší lidskou důstojností se člověk vyznačuje, tím vyšší sankci mu jeho mravní zákon ukládá. Mravní řád jako soubor individuálních mravních světů je jako takový, tzn. celou svou podstatou řádem individuálním, resp. souhrnem jednotlivých samostatných mravních řádů, které poskytují ostatním členům sociálních skupin jen zcela nezávazné vzorce chování. Avšak cestou více četné imitativnosti, tj. napodobování chování výrazných subjektů mravnosti jinými členy sociálních skupin na základě uznání a přijetí těchto nezávazných vzorců chování jejich vlastním mravním přesvědčením, vzniká proces přeměny individuálního charakteru řádu mravního v charakter řádu sociálního. Právě tím, jak nezávazné vzorce mravního chování jsou spontánně napodobovány ostatními jedinci, tzn. jak jsou z vnitřku ukládány do jejich vědomí (počátek sociální konformity) a jak jejich chování je těmito vzory fakultativně formováno (etická koordinace chování), probíhá proces sociální koordinace, jehož výsledkem je sociální řád.¹⁶ Napodobování mravu je činitelem sociální konformity.

Každý **morální řád** (*moralis ordinem*) je souborem morálních norem o tom, co má být z hlediska morálnosti, tj. z hlediska vnějšího příkazu, resp. doporučení (*commendatio*) určité sociální skupiny. Jsou to pravidla chování, jejichž substancí není svobodná vůle člověka, nýbrž je to vůle určité skupiny lidí, zpravidla vůle několika vedoucích představitelů, kterou zavazují členy této skupiny a tuto vůli nazývají morálním zákonem. Morální normy jsou tedy pravidla heteronomní, která postihují pouze vnější stránku chování člověka. Na členskou veřejnost působí přímo, společenským tlakem skupiny. Morální zkušenost adresátů morálního řádu má kolektivní charakter a je celoskupinově formulována. Sankce za porušení tohoto cizího vnějšího morálního příkazu (morální trest) spočívá v určité vnější formě újmy toho, kdo jako příslušník nějaké sociální skupiny příkaz porušil. Sociální skupina jako subjekt morálního řádu disponuje vůči svým členům vždy takovou sankcí, která svou mírou odpovídá předem stanovenému stupni morálního prohřešku. Obvykle jde o nějakou formu nepříznivé reakce příslušné sociální skupiny, např. napomenutí, výtky, vyloučení. Morální řád jako soubor společných prvků skupinového morálního světa je jako takový, tzn. celou svou podstatou řádem sociálním, resp. souhrnem komponentů jednotného morálního světa každé sociální skupiny. Tyto morální řády poskytují příslušným sociálním skupinám závazné, resp. doporučené vzorce chování. Právě tím, jak závazné,

¹⁶ Ibidem, s. 247.

resp. doporučené vzorce morálního chování jsou z vnějšku ukládány do vědomí jejich členů (sociální konformita) a jak jejich chování je těmito vzory obligatorně, resp. komendativně formováno (imperativní, resp. komendativní koordinace chování), probíhá proces sociální koordinace, jehož výsledkem je sociální řád. Samotná morálka je činitelem sociální konformity.

Soubor právních norem o tom, co má být z hlediska právnosti, tj. z hlediska vnějšího příkazu státu jako jedné ze sociálních skupin je (státní) **právní řád** (*de regulae iuris*). Jsou to pravidla chování, jejichž substancí je vůle státu, resp. jeho vedení nebo zákonodárného orgánu, kterou zavazují členy této zvláštní sociální skupiny a nazývají tuto vůli právním zákonem. Právní normy jsou tedy pravidla heteronomní, která postihují pouze vnější stránku lidského chování. Na celostátní veřejnost působí přímo celospolečenským tlakem státu. Právní zkušenost adresátů právního řádu má kolektivní charakter a je celostátně formulována. Sankce za porušení tohoto vnějšího právního příkazu (právní trest nebo opatření) spočívá v určité vnější formě újmy toho, kdo jako státní občan nebo jiný obyvatel státu příkaz porušil. Stát jako sociální skupina *sui generis* a subjekt právního řádu disponuje vůči svým členům sankcemi, které svou mírou odpovídají předem stanoveným stupňům právního prohřešku. Obvykle jde o nějakou formu nepříznivé reakce sociální skupiny-státu. Právní řád jako soubor společných prvků zvláštního skupinového právního světa je jako takový, tzn. celou svou podstatou řádem sociálním. Tento právní řád poskytuje celospolečenské skupině-státu závazné vzorce chování. Právě tím, jak závazné vzorce právního chování jsou z vnějšku ukládány do vědomí jejich členů (sociální konformita) a jak jejich chování je těmito vzory obligatorně formováno (imperativní koordinace chování), probíhá proces sociální koordinace, jehož výsledkem je sociální řád. Samotné právo je činitelem sociální konformity.

III. Některé rozdíly mezi jednotlivými společenskými normovými řády

Velké **rozdíly mezi řádem morálním a řádem právním** z hlediska jejich struktury neexistují. Zbývající hlavní rozdíly mezi nimi jsou tyto: 1. právo se opírá o organizovanou moc, zatímco morálka o moc dohodnutou, 2. porušení morálních norem je trestáno společenskou sankcí, zatímco porušení právních norem je postihováno sankcí legální, která může mít i povahu fyzického donucení. Naopak shod mezi oběma sociálními řády je více: 1. morální řád i právní řád jsou celou svou podstatou řády sociální a normativní, 2. oba dva řády se opírají o vnější umělou autoritu, 3. oba dva řády svou nadosobní povahou odstraňují v sociálním soužití chaos a libovůli, 4. normy morální i normy právní jsou heteronomní pravidla chování, 5. morálka i právo jsou sociální síly formující mezilidské vztahy, resp. regulující a koordinující chování jedinců, 6. právo a morálka se obsahově mění spolu s vývojem společnosti, proto nemůže vzniknout jednotné a obecně platné právo, ani jednotná a obecně platná morálka pro všechny lidi a na všech místech a pro všechny časy.

Rozdíly mezi řádem mravním a řádem morálním jsou zásadní, i když jejich dlouhodobé a tradiční vzájemné zaměňování nebo významové směřování hraje v laickém přístupu k těmto pojmům dosud svou roli. Na počátku bylo slovo *ethos* a *éthika*, které překládal M. T. Cicero do latiny slovy *mos* a *moralis* ve významech „mrav“ (obyčej, zvyk, mravní vědomí) a „mravní“ (etický).¹⁷ I když nejprve pro řecký název *éthika* hledal latin-

¹⁷ Viz PRAŽÁK, J. M. et al.: Latinsko-český slovník. Díl L-Z. Praha: SPN, 1955, s. 106.

ský ekvivalent pomocí opisného sousloví *doctrina de vita et moribus* nebo *ars bene vivendi*. Tak řeckou mravouku pojmenovával slovy „Nauka o životě a mravech“ nebo „Umění dobrého žití“. Nakonec však vytvořil nový název odvozený od latinského substantiva *mos*, a to adjektivum *moralis*.¹⁸ Na překladatelskou činnost Cicerona z 1. st. př. n. l. navázal až na konci 4. st. n. l. svou jazykovědnou aktivitou latinský církevní otec, první učitel církve (*doctor ecclesiasticus*) svatý Ambrož (*sanctus Ambrosius*), zvaný zlatý Ambrož (*aurelius Ambrosius*). Tento církevní jazykozpyt vytvořil z dosud jediného latinského výrazu pro označení adjektiva „mravní“, „etický“ (*moralis*) latinský novotvar ve tvaru substantiva *moralitas*, původně určený pro vhodnější pojmenování etiky.¹⁹ V tomto smyslu byl výraz *moralitas* přijat transkripcí do románských jazyků a dále do jazyků anglosaských. Tím byla založena nesnáze trvající až do 17. st., když se po staletí vzájemně zaměňoval latinský výraz pro mravovědu *ethica* s nově utvořeným latinským slovem s tímž významem *moralitas*. Tak se tento výraz transponoval do jiných jazyků jako *die Moral*, *la morale*, *morale*, *morals*. Teprve s Kantovým učením se začalo terminologicky rozlišovat mezi mravem, etikou a morálkou. V české filosofii se pro skutečnou etiku volil nejprve výraz „dobrověda“ a nakonec přímo „etika“ a pro označení vnějších pravidel chování platných v určité sociální skupině, např. v církevních obcích, slovo „morálka“ jako transposice latinského názvu *moralitas*. Touto cestou se tedy konečně dospělo k odlišení mravu od morálky, tj. k označení pro pojem regulace a koordinace vnějšího chování členů nějakého lidského sdružení podřízeného centrální autoritě, již se měl každý člen důvěřivě a bez přezkoušení podříditi. Morálka jako nový pojem obsahově vykristalizovala také do nového společenskovo vědního oboru od mravů a mravovědy významově zřetelně odlišného.²⁰ „*Étos (řec.) mrav...působí jako subjektivní motivy, jako vnitřní měřítko postojů a jednání jedinců... Pojem 'étos' není tedy totožný s pojmem 'morálka'. Podstata morálky, její společensky konkrétní obsah a její funkce závisejí na historicky konkrétním společenském charakteru těch poměrů, z nichž vyplývají...to znamená, že...morálkou, která vládne ve společnosti je morálkou vládoucí třídy.*“²¹ Oproti tomu podstatou mravů je individuální obsah založený na předpokládaných mravních principech, přičemž mrav, který vládne v jednotlivcích je pravidlem svéprávným, podléhajícím jen vlastnímu hodnocení podle vnitřních kritérií, neboť mravní vědomí žádá svobodu volby. Mravy uvnitř individua mají ovšem také svůj částečný vývoj, protože se dělí na část vrozenou, tj. *a priori* daný přirozený mravní zákon a část získanou, tj. mravní pravidla nabytá výchovou a příklady. Takže pravidla chování, které si jedinec sám sobě ukládá, pocházejí ze dvou zdrojů, čímž dochází i u mravů z části k jejich lokální a časové modifikaci (*Alia terra, alios mores; O tempora, o mores!; Others times, other manners*). Zásadní odlišení mezi mravností a morálností je více patrné i z několika dalších srovnání: Mravnost rozeznává jen dobro a zlo v souladu s vnitřním přesvědčením a nezná právo silnějšího. Morálnost rozeznává dobro a zlo podmíněčně v závislosti na vůli a zájmu tvůrce morálních norem a v něm respektuje i právo silnějšího. Cílem mravnosti je dobro, cílem morálnosti je vliv. Z mravů se poznává podstata člověka, z morálky podstata

¹⁸ Čadova etika individuální. Red. F. ŠERACKÝ dle přednášek F. ČÁDY. Praha: „Dědictví Komenského“, 1920, s. 5.

¹⁹ Sv. Ambrož (340-397) nově přepracoval Ciceronův etický traktát *De officiis*. Viz VORAGINE, J.: *Legenda aurea*. Praha: Vyšehrad, 2012.

²⁰ Blíže k tomu viz PINZ, J.: *Mrav, morálka a právo*. In: Pocta Karlu Schellemu k 60. narozeninám. Sborník prací k životnímu jubileu. Ostrava: KEY Publishing, 2012, s. 900-907.

²¹ BARCK, K. et al.: *Philosophisches Wörterbuch*. Leipzig: VEB Bibliographisches Institut, 1974, český Filozofický slovník. Díl a...n. Praha: Svoboda, 1985, s. 175 a 410.

lidí, kteří jsou členy příslušné sociální skupiny. Chování proti dobrým mravům (*contra bonnos mores*) znamená protivit se mravním bytostem, jejich vnitřním dobrým vlastnostem, které se jako převažující způsoby chování jednotlivce spontánně projevují navenek. Konečně mrav jako soubor vnitřních pravidel jednotlivce chování se týká ideálů podle názorů vlastních, zatímco morálka jako soubor vnějších pravidel pospolného chování se týká ideálů podle názorů cizích. Každá morálka slouží v konečném důsledku na upevnění společenských vztahů výhodných pro danou vrstvu vládnoucích. Nikoliv náhodou se mluví o líceměrnosti morálky. Ostatně morální pravidla na rozdíl od pravidel mravních nepronikají do nitra subjektu, ale působí pod vnějším tlakem. Proto lze také soudit, že morální pravidla, ať už se jedná o morálku malých sociálních skupin (např. stavovská morálka, stranická morálka, profesní morálka) nebo velkých (např. náboženská morálka, národnostní morálka, celospolečenská morálka) jsou pravidla nižšího druhu než pravidla mravní. Relativně samostatným a trochu na okraji pozornosti v morálních institucích je pojem morálního práva, morální osoby, morálního nátlaku apod. Ve všech případech jde o jevy, které se odvolávají na morální normy, tedy na heterogenní pravidla upravující vnější stránku lidského chování. Odkazem na morálnost vstupuje do posuzování daného faktického stavu vliv poplatný v té době a v tom místě panující morálce, nikoliv pohled vyplývající z vnitřního přesvědčení podle svobodné vůle mravního svědomí.

Rozdíly mezi řádem mravním a řádem právním jsou obdobné rozdílům mezi řádem mravním a řádem morálním, tzn. že jsou tyto rozdíly zásadní. Hlavní rozdíly mezi nimi jsou tyto: 1. právo se opírá o organizovanou moc, o reálnou autoritu, zatímco mrav o vnitřní přesvědčení, o autoritu duchovní, 2. právní normy jsou pravidla heteronomní, zatímco mravní normy pravidla autonomní, 3. porušení právních norem je trestáno sankcí legální, zatímco porušení mravních norem podléhá jen sankci vnitřní podle vlastního uvážení, 3. řád právní je svou podstatou řádem sociálním, zatímco řád mravní je sám o sobě řádem individuálním, 4. právní normy jsou pravidla vnější, upravují vnější stránku chování lidí, zatímco mravní normy jsou pravidla vnitřní, upravují vnitřní stránku chování člověka, 5. právo jako celek se obsahově mění s vývojem společnosti, zatímco kategorický mravní zákon jako základ mravu je sám o sobě nezávislý na vývoji společnosti.²² Ostatně uzákoněná mravní norma přestává být normou mravní, neboť pozbývá vlastnosti, která činí nějaký lidský úkaz mravním, totiž znaku vnitřní závaznosti. Vůbec právo se od ostatních sociálních řádů liší tím, že jednak odpovídá kolektivní potřebě pořádku, bezpečnosti a ochrany a jednak se opírá o celospolečensky organizovanou moc a legální sankci. Při tom je to právě stát, který zprostředkovává lidské zespolečenštění, do něhož byl stejně nutkán potřebou družnosti i potřebou bezpečnosti, ať už fyzické, hospodářské, sociální nebo metafysické. V organizaci sociálního soužití stát tím, že vytváří právní řád, přináší s sebou princip řádový a s ním i princip autority, který odstraňuje chaos a libovůli. Avšak stát jako nositel právního řádu nemůže na rozdíl od řádu morálního a spontánní imitativnosti řádu mravního-působit na názory, přesvědčení a víru lidí. Může však a má dbát na ideu spravedlnosti, která je spolu s idejí moci jednou ze dvou hlavních idejí práva. Protože velkým nebezpečím pro autoritu a prestiž práva jsou jednak nespravedlivé zákony a jednak nedodržování zákonů vůbec. Je tudíž úkolem státu hájit práva a bránit křivdám. Avšak zatím až doposud vyplňuje stránky dějin zkušenost, že každá společenská vrstva nebo

²² Srv. Ado, A. V. et al: Slovar po etike. Moskva: Politizdat, 1975, česky Etický slovník. Bratislava: Pravda, 1978, s. 143-145.

struktura ovlivňující tvorbu práva, si skrze zákony zajišťuje ochranu svých privilegovaných zájmů. Takže idea moci často obětuje ideu spravedlnosti. Jenom přímé zákonodárství může být tomu překážkou.

Závěr

Všechno rozjímání o právním řádu je skoro zbytečné nepřečteme-li si výstižnou definici práva od velkého německého právního filosofa Rudolfa Stammlera: „*Právo je chtěné, kvalifikované, nezměnitelné a zavazující.*“ Kde jsou proti tomu nejrůznější experimenty tzv. moderního práva a bizarní konstrukce tzv. jiného práva od různých právních aktivistů, jejichž nedostatečná zkušenost a povrchní vzdělanost s pohledem upřeným jen jedním módním směrem jim dává křídla k letu do země právního nihilismu. Vedle fenoménu práva i fenomén státu je vystaven destruktivnímu působení obdobných elementů. Klasická nauka státní (*Theorie des Staates, allgemeine Staatslehre, Staatstheorie, Staatswissenschaft*) je stejně jako klasická nauka právní v posledních dvou desetiletích znehodnocována autoritativními výklady nejrůznějších politologických aktivistů, jejichž obor je nesourodou směsí zřetelů politických a ideologických spekulací s tendencí čím dál tím více vytlačovat skutečnou právní a státní vědu. Je proto jejím úkolem bránit této právní a státní dekadenci.

Abstract: First the article deals in general with the terms manners, morality and law. It analyses in detail the essence, nature and scope of the manners, moral and legal order. It also deals with the essential differences between individual social norm orders. Finally it focuses on the correlation between the law and state phenomena.

Key words: social norm order, / social normality order, conception, manners, morals, law, ethical order, / manners order, moral order, law order, phenomenon of law, phenomenon of state, correlation / correlativeness of law and state.

Použitá literatura:

1. Sertillanges, P.: Základy mravní iniciativy. Filosofická revue, roč. XI, 1939, č. 1, s. 3-5.
2. Boškovic, H.: Umění a morálka. Filosofická revue, roč. VI, 1934, č. 3, s. 110-113.
3. Chalupný, E.: Sociologie. Díl druhý: Dějiny sociologie. 1. vydání. Praha: Nákl. vlast., 1922, 184 s.
4. Hobbes, T.: Základy filosofie státu a společnosti. O občanu (Philosophicall Rudiments concerning Government and Society). 1. vydání. Praha: Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1909, 259 s.
5. Hume, D.: Zkoumání o zásadách mravnosti a zkoumání o rozumu lidském (An Enquiry Concerning The Principles Of Morals, An Enquiry Concerning Human Understanding). 1. vydání. Praha: J. Laichter, 1899, 368 s.
6. Janett, J.: Dějiny vědy politické se zřetelem k mravovědě. Díl II. 1. vydání. Praha: J. Laichter, 1806, 564 s.
7. Habán, M.: Duchovní autonomie. Filosofická revue, roč. XI, 1939, č. 4, s. 149-151.
8. Brugger, W.: Filosofický slovník (Philosophisches Wörterbuch). 1. vydání. Praha: Naše vojsko, 1994, 638 s. ISBN 80-206-0409-X.
9. Tvrď, J.: Bláhova etika. Sociologická revue (Revue de sociologie), roč. X, 1939, č. 1, s. 71-78.
10. Gillet, S. M.: Svědomí. Filosofická revue, roč. V, 1933, č. 1, s. 21-23.

11. Chalupný, E.: Sociologie. Díl čtvrtý: Skladba (statistika). Nauka o výtvorech a činnostech civilisace. 2. vydání. Praha: Nákl. vlast., 1919, 287 s.
12. Bakešová, A. et alieni: Filosofický slovník. 1. vydání. Praha: Euromedia Group, 2000, 360 s. ISBN 978-80-242-2582-1.
13. Durzoi, G., Roussel, A.: Filozofický slovník (Dictionnaire de philosophie). 3. vydání. Praha: EWA Edition, 1996, 252 s. ISBN 80-85764-07-5.
14. Bakešová, A. et al.: Opus citatum.
15. Bláha, I., A.: Sociologie. 1. vydání. Praha: Academia, 1968, 438 s.
16. Bláha, I. A.: Opus citatum.
17. Pražák, J. M. et al.: Latinsko-český slovník. Díl L-Z. 17. vydání. Praha: SPN, 1955, 685 s.
18. Čádova etika individuální. 1. vydání. Red. F. Šeracký dle přednášek F. Čády. Praha: Dědictví Komenského“, 1920, 251 s.
19. Voragine, J.: Legenda aurea. 1. vydání. Praha: Vyšehrad, 2012, 448 s. ISBN 978-80-7429-237-8.
20. Pinz, J. Mrav, morálka a právo. 1. vydání. In: Pocta Karlu Schellemu. Sborník prací k životnímu jubileu. Ostrava: KEY Publishing, 2012, 1248 s. ISBN 978-80-7418-144-3.
21. Barck, M. et al.: Filozofický slovník. Díl a...n. (Philosophisches Wörterbuch). 1. vydání. Praha: Svoboda, 459 s.
22. Ado, A. V.: Etický slovník (Slovar po etike). 1. vydání. Bratislava: Pravda, 1978, 288 s.

PRÁVO VO SVETLE POROVNANÍ

COLOTKA, P.

Pri zamýšľaní sa nad chápaním práva, na ktoré by sa uvádzané načrtávanie práva vo svetle porovnaní mohlo upínať, som si spomenul na texty, ktoré vznikli ešte pred vypuknutím migračnej krízy v lete roku 2015. Uvádzané načrtávanie práva vo svetle porovnaní som videl ako sprevádzané najmä medzinárodnoprávnou a komparatistickou dimenziou, inšpiráciu ako prítomnú v globálnych, regionálnych, štátnych, národných, lokálnych a iných kontextoch. Napríklad v mlyne komunitných a spoločenských praktík a situácií nátlakov. A zvlášť vo zvýšenej miere vtedy, keď pre určité kategórie väčšmi zraniteľných osôb, ešte aj s prihliadnutím na vrchnostenské manažovanie ich osudov, predstavujú skôr málo bezpečné vákuum než predstavu či pocit zázemia.

Pôvodne som mal na mysli pojať za východisko viacero textov, ktoré by pochádzali od rôznych autorov. S prihliadnutím na vysokú mieru komplexnosti, súvisiacu ešte aj s rozrôzneným mapovaním legalít, či ich spôsobov, rozhodol som sa zvlášť pre text, ktorý zahŕňa ľudskú vzájomnosť, sprevádzanú medzinárodnoprávnym a sociologizujúcim poznaním a sprostredkovaním ¹.

JUDr. Peter Colotka, CSc., LL.M., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, Bratislava

¹ K premýšľanej medzinárodnoprávnej i vizionárskej dimenzii pozri bližšie CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015. Pozn. 1.: Conklinova socioprávna pozícia spočíva na viacerých, asi nie vždy úplne vyvážených pilieroch. Medzi tie dôležitejšie zrejme patrí vízia práva, ktorá je kombináciou prednosti zažitej sociálnej obsažnosti a (až) z nej viac-menej dodatočne čerpanej legality. Ďalším pilierom je takou víziou práva zasiahnutá a upravená tvárnosť medzinárodného spoločenstva. Ide pritom o čiastkovú úpravu určitej verzie medzinárodného spoločenstva, no podľa môjho názoru nie o paradigmatický zásah jeho prevládajúceho modelu (ako úhrnu vôľ štátov). Hlavný prúd diskurzivity ešte vždy prevládajúceho sumarizačno-voluntaristického modelu medzinárodného spoločenstva by sa totiž v prípade prelomovej úspešnosti prezentovaných tendencií, ale i niektorých starších prúdov v právnom myslení, ktorými sa autor čiastkovo inšpiroval, v podstate premenil na antikvárnú pamiatku. Medzi tendenciami, ktoré zvlášť po druhej svetovej vojne modifikujú tvárnosť medzinárodného práva, možno dozaista evidovať viaceré miľníky, ako zvlášť Viedenský dohovor o zmluvnom práve (1969), štruktúru odvážnejšieho case law, ako rozhodnutie Medzinárodného súdneho dvora vo veci *Nottebohm* (Lichtenštajnsko proti Guatemale) (druhá fáza) (1955) MSD, Zb. 4. (dostupné na <https://www.icj-cij.org>), pričom prichádza do úvahy (aj vzhľadom na kultúrny kontext) porovnávať s francúzskym znením rozhodnutia a ďalej aspoň prelistovať viaceré poradné stanoviská, komentáre, správy, návrhy, ktoré pochádzajú predovšetkým z prostredia medzinárodných inštitúcií, ale evidovať aj časť iných, zorientovať sa v miere univerzálnosti ticha, s ktorým sa možno stretnúť, keď je reč o právnom postavení osôb bez štátnej príslušnosti v rámci vnútroštátnych legislatívnych úprav, ktoré sa pravidelne vzťahujú na nadobúdanie štátneho občianstva, pričom sa žiada evidovať, že zákonom uznaný status osôb bez štátnej príslušnosti je skôr (napríklad menovite ruskou) výnimkou (s. 18), oboznamovať sa s evolutívnymi tendenciami a poznať aspoň niektoré trendy judikatúry, zorientovať sa v otázke uzavretosti, alebo priepustnosti nediskriminačnej klauzuly a vlastne voči výslovnému zákazu diskriminácie osôb bez štátnej príslušnosti zásadne ohluchnutej antidiskriminačnej klauzuly (s. 155 a n.) (...). Pozn. 2.: Na viacerých miestach Conklinovej knihy sa možno stretnúť s konštatovaním zmnoženia „členov medzinárodného spoločenstva“, ktoré asi patrí k tomu, čo treba približne vedieť o modernom práve tkvejúcom v decízorstve väčšiny a o 20. storočí. Avšak asi aj v rámci zvýšenej miery v medzinárodnoprávnom priestore prítomnej plurality subjektov treba zase raz pripomenúť štáty, lebo bez nich niet ani jednej zo súčasných vízií medzinárodného spoločenstva a teda ani tej, ktorá sa orientuje na sumu vôľ štátov, ani tej, ktorá štát, premieňa na tretiu stranu, atď. V spojitosti s členmi medzinárodného spoločenstva nech sú uvedené dobre zapamätateľné entity: Organizácia spojených národov, Medzinárodný súdny dvor, výbory ľudskoprávných paktov/dohovorov, Medzinárodný výbor Červeného kríža, Medzinárodný trestný tribunál, medzinárodné arbitrážne tribunály, Európska únia, fyzické osoby, či ďalej doplnané „entity sui generis“ (domorodé obyvateľstvo, obyvateľstvo bez samospráv, bojujúce strany (belligerents) (...)). Pozri bližšie CONKLIN, s. 4 a najmä s. 36 et passim.

Nazdávam sa, že text kanadského profesora Williama Conklina na tému osôb bez štátnej príslušnosti zároveň potvrdzuje, že sa chápanie práva nachádza pod kontrolou diskurzu, ktorý voči svojim alternatívam má prevahu.

A keď aj niektoré iné texty majú s uvádzanou knihou viaceré podobné črty, je to azda i preto, že ich navzájom premost'uje zvlášť prihlásenie sa k socioprávnemu portrétovaniu práva.

V deväťkapitolovej knihe sa Conklin veľmi dôrazne vymedzuje voči formalizmu. To, čo zamýšľa ako zanietenú alternatívu k formalistickému učeniu Kelsena a iných mysliteľov, v podstate prezentuje ako svoju vlastnú víziu. Ide o víziu uznania obsažnej reciprocitý sociálnych vzťahov fyzických osôb, na ktorú nadväzuje slovné spojenie „účinná štátna príslušnosť“ (effective nationality). Možno to vyjadriť asi takto: Dost' bolo legality, vyplývajúcej iba z formálnych prameňov práva, dost' bolo kategorizovania osôb v priamej úmere k lojalite voči štátu a ňou implikovanej štátnej príslušnosti (nationality). Recipročnými sociálnymi vzťahmi, tradíciami atp. (miestne) zabývanú obsažnú zážitkovú víziu autor svojrázne kontrastňuje napríklad voči slovom „nebesá“ označovanému formálnemu prístupu k právu s jeho povinnatosťou (oughts) a tým akoby vyčerpanému chápaniu práva.²

Skutočnosť, že socioprávne úvahy kladú do popredia kritérium účinnosti je zrejme mimo pochybnosť. Sociologizujúco ním každodenne sprevádzané úvahy a ich nositelia majú pred očami namiesto formálnych prameňov práva a z nich vyžarujúcej legality privilegiované hľadisko efektivity a efikacity. Ak by ich bolo potrebné kontextuálne odlišiť, efikacitou sa zvyčajne rozumie dosiahnutie zamýšľaného, či očakávaného účinku. Vzhľadom na model medzinárodného spoločenstva ukotvený v spleti vôľ štátov, Conklin konštatuje, že v takých podmienkach, v ktorých medzinárodnoprávne artikulované štandardy ohľadom rozhodovania o osobách v kontexte štátnej príslušnosti, sú ponechané na doménach výlučných kompetencií štátov, potom sa s takou situáciou spája „malá efikacita“.³ Očakávania právnej reflexie recipročných účinkov medziľudských vzťahov osobami bez štátnej príslušnosti sú v takej situácii zrejme tiež viac alebo menej iluzórne.

Na každý pád tu v spojitosti s kritériom efektivity ide o účinnosť chápanú prinajmenšom inak, než je blízke formálnejšiemu okruhu úvah, rozvíjaných v rámci právneho pozitivizmu normativistického zamerania alebo analytickej jurisprudencie. Najmä, ak sa tam chápaná účinnosť zväčša konštruje v časovej skratke a považuje až za výstup legality tabuľkovo identifikovaných a podľa kritéria právnej sily pyramidálne zoradených formálnych prameňov práva korešpondujúcich právu ako koherentne usporiadanému systému. Z tohto pohľadu by sa však asi bolo možné pre zmenu zase napríklad aj opýtať, že ako

² Pozri bližšie a porovnaj CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015, s. 51; k prameňom práva pozri napr. s. 42. Príklad: Článok 28 Dohovoru o postavení osôb bez štátnej príslušnosti (1954) predpokladá u takej kategórie osôb štátom vydaný cestovný doklad (osobám, ktoré sa legálne zdržiavajú na území štátu, bude taký doklad vydaný, ak to nepredstavuje hrozbu pre „národnú bezpečnosť alebo verejný poriadok alebo inú požiadavku“); v prameňoch medzinárodného práva sa v podmienkach medzinárodného spoločenstva ako sumy štátnych vôľ konštruje hierarchia, pričom pre štát záväzná množina povinností sa odvíja od jeho súhlasu (...) porovnaj napr. s. 236. Naopak, k náprotivne evidovanej reciprocite sociálnych vzťahov ako predpokladu legality pozri bližšie napr. s. 26-27, 285, 305, 318 et passim; k efektívnej štátnej príslušnosti porovnaj s. 191 a n. Pozn.: Účinný status sa podľa tohto prístupu žiada dôrazne odlišiť od statusu de iure, pretože nebývajú vždy v súlade.

³ CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015, s. 44. Pozn.: Postačí si tu možbyť predstaviť šancu nositeľa medzinárodnoprávného statusu osoby bez štátnej príslušnosti a bez cestovného dokladu na štátmi všeobecnejšie ústretovo zabezpečovanú právnu ochranu v podmienkach medzinárodného spoločenstva ako sumy vôľ jednotlivých štátov.

k legalite akcelerovaného moderného sveta pristupovať zo zorného uhla archaickým spoločenstvom dlhodobo konzervovaných sociálnych obsahov, či väzieb, na ktorých povedzme v niektorej skupine nomádov priam prisažne záleží?

V konfliktológii, ktorá vzniká, časť vyznávačov socioprávne inšpirovaných úvah rozhodne vykročí skôr v ústrety tomu, čo fakticky – napríklad miestne – tmelí živú skupinu, než úvahám o prednosti takej legality, ktorá prinajmenšom medziriadkovo a celkom ticho oficializuje aj manévrovací priestor relevantných autorít v medziach zákona. V jeho rámci a skrze neho potom podľa vlastnej voľnej úvahy administrátori pôsobia a postupujú. Relevantnú agendu, súvisiacu s rubrikou osôb bez štátnej príslušnosti tak posudzujú primerane interne a plošne. V momente, keď sa prijme rozhodnutie, pôjde o ďalšie zo série rozhodnutí v rámci identifikovateľnej vnútroštátnej legislatívy. Kruh v medziach zákona sa potom asi sotva pravidelne uzatvára povedzme citlivým vhl'adom či prihliadaním na zväzky sociálnej reciprocity, ale administratívnou rutinou. V súlade s oficiálnym vnútroštátnym právom kompetentní decízori snád' až príliš rutinne upúšťajú od toho, aby sa zaoberali precíteným príbehom takých osôb, či inkluzívnejším prístupom k osobe bez štátnej príslušnosti, či spoločenstvu cudzincov.

K tomu, aby sa niečo také ako doména rozhodovania v mene štátu a podľa vlastnej úvahy jeho decízorov nahradilo sociálnejšou alternatívou, usiluje sa ťažiskovo prispieť práve kombinátorika Conklinovho textu. Nielenže sa prednostne kľúčovo zaoberá problematikou osôb bez štátnej príslušnosti, ale riešenie ich situácie zároveň vidí v inak koncipovanej vízii medzinárodného spoločenstva, než akou je vízia medzinárodného spoločenstva na spôsob zhľuku vôľ štátov.

V porovnaní napríklad s textom článku o posttranzíčnej Európe, publikovanom v porovnateľnom období nemeckým právnym komparatistom Uwe Kischelom, sa Conklinov text z pohľadu sociologickej jurisprudencie asi dá považovať za relatívne autentickjší, no napriek tomu a napriek tematickým i ďalším diferenciaciam badať paralely, súvisiace zvlášť s odmietaním etatizmu, resp. s implicitným či explicitným prihliadaním na to, čo je na prvý pohľad vlastné právnej štátnosti.⁴

Implicitné prihliadanie na vlastnosti právnej štátnosti možno u Conklina nájsť v kontexte medzinárodného práva verejného, keďže vlastnosti právnej štátnosti v podstate pripisuje časti predstavy, ktorú si o budúcnosti zmysluplného medzinárodného spoločenstva vytvoril. A keďže ide o posun smerom k celku, autor akoby dával prednosť skôr inému nositeľovi, než (voľnou úvahou administrátorov hlboko poznačenej) entite štátu. V globálnej mierke tak ako bdely sprievodca vedie skupinu záujemcov cez mnohé zákutia kľukatým, ale svoj zámer zblízka sledujúcim textom na tému osôb bez štátnej príslušnosti. Problematiku, resp. štátmi až tak akosi nedovidenú sériu prekérnych osudov niekoľkých desiatok miliónov osôb, ktoré nie sú štátnymi príslušníkmi (nationals), ako i často svojvoľné praktiky štátnych orgánov, ktoré voči tejto skupine osôb sú úradne a inak uplatňované, pripisuje doktríne o výlučnej kompetencii štátu (domaine réservée) v otázkach administrovania či podmieňovania štátnej príslušnosti kritériami, ktoré, ako napríklad diskrečné posudzovanie miery lojality voči štátu, sa vlastne v úplnosti nachádzajú pod jeho internou kontrolou ako etatického suveréna.

Nuž, netreba snád' tak nejak zabúdať, že idea a neskoršia koncepcia právneho štátu vzišla z oponovania púho mocenskému chápaniu štátu, resp. príbehu rozšírenej svoj-

⁴ KISCHEL, U.: Après la transition: la situation juridique actuelle de l' Europe de l' Est. *Revue internationale de droit comparé*, 67^e année, n°1, Janvier - Mars 2015, s. 145-166.

vôle nekontrolova(teľ)nej diskrečnej štátnej moci, či jej sotva predvídateľného výkonu. Ide akiste aj o príbeh moderného zákonodarstva, hľadanie odpovede na dávnu otázku stráženia strážcov atď. Netreba však zároveň pripomenúť i príbeh statusových rozdielností a hlavným prúdom právneho pozitivizmu v 19. storočí konštitučne zviditeľnených rozdielností, resp. diferencií v právnom postavení občanov a tých, ktorí k takej populácii statusovo nepatria?

Znovu a znovu možno byť svedkom toho, že sa od štátu i napriek miere jeho voľnosti očakáva, že ako člen medzinárodného spoločenstva bude vyvíjať úsilie a aplikovať medzinárodné právo, ktoré podľa svojich možností zohľadní vo vnútroštátnej legislatíve.

Keď ale autor na rôznych miestach predstavuje napríklad najmä medzinárodné právo ľudských práv v podmienkach vízie medzinárodného spoločenstva ako „agregátu vôlí štátov“, ktoré sú ako suverénne entity viazané *ius cogens*, resp. dvomi samovykonávacími ustanoveniami čl. 2 oboch ľudskoprávných paktov OSN⁵, poukazuje zároveň na to, že praktiky štátov sa aj vo sfére ľudských práv, ich chápania, či dodržiavania okruhu ich generácií, ako i jednotlivých medzinárodnoprávne uznaných subjektívnych práv od štátu k štátu líšia; aby sa niečo také nestávalo, autor pod titulkom „my approach“ ponúka svoju alternatívu.

Namiesto obrazu medzinárodného spoločenstva ako úhrnu vôlí štátov (mimochodom stále vyššieho počtu štátov, ktoré sú, či sa, ako možno aj pozorovať, stávajú jeho členmi), je ponúknutý iný náčrt. Nepočetnými ustanoveniami Viedenského dohovoru o zmluvnom práve (1969), zvlášť článku 53 a celkom doslovne snád článku 64, v ktorom už niet výrazu štát, inšpirovaný náčrt medzinárodného spoločenstva „ako celku“, teda spoločenstva presahujúceho doménu výlučných vnútorných kompetencií štátov v kontexte osôb bez štátnej príslušnosti. Isteže sa tým mení obraz práva, ktoré nadobúda práve tie črty, ktoré socioprávnym prístupom vyzdvihovala „sociabilita“ viaže už ani nie tak na vzťah štát – fyzická osoba, ale na vzťah fyzickej osoby a fyzickej osoby, kde štáty hrajú rolu „tretích strán“. Do popredia sa tak začína klásť niečo iné ako šachovnica teritoriality štátu. Namiesto nej sa totiž odkazuje na „miesto“ zažívanej sociálnosti, kým štát aj s jeho územím a naň vzťahovanými formálnymi prameňmi práva, vrátane prameňov medzinárodného práva (uvádzanými v čl. 38 Štatútu Medzinárodného súdneho dvora (1945)), akoby sa v určitom zmysle slova vzdaloval do predmoderných čias⁶. Zdá sa, že Conklin by pre také obdobie asi uprednostnil označenie „raná moderna“⁷.

⁵ Autor hovorí o „destabilizácii medzinárodného spoločenstva ako úhrnných (aggregated) vôlí členských štátov“, v spojitosti s čím odkazuje na ľudské práva, *ius cogens* a humanitárne právo ozbrojených konfliktov. Pozri bližšie CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015, zvl. s. 52-63. Pozn. 1.: Vzhľadom na projekt medzinárodného spoločenstva „ako celku“ sa v kontexte *ius cogens* zrejme pripomína tak článok 53 („medzinárodné spoločenstvo štátov ako celok“), ako aj článok 64 („medzinárodné spoločenstvo ako celok“) Viedenského dohovoru o zmluvnom práve (1969). Pozn. 2.: V spojitosti so samovykonávacími medzinárodnoprávnymi ustanoveniami ide o článok 2 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach a článok 2 Medzinárodného paktu o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach. Porovnaj *ibid.*, s. 253-254.

⁶ K návratu do salónnych prostredí, ktoré svojím protistavovským či antidiskriminačným nastavením podľa jednej z interpretácií bezprostredne predchádzali vzniku moderného sveta, pozri bližšie HABERMAS, J.: *Strukturální přeměna veřejnosti. Zkoumání jedné kategorie občanské společnosti*. Praha: Filosofia, 2000, s. 92 a n. Pozn.: Podľa tohto výkladu parížske salónne obdobie svojím emancipačným étosom vlastne predišlo vznik moderného sveta, ktorý sa zrodil zo stretávky prvej vlny anglickej priemyselnej revolúcie a politickej revolúcie vo Francúzsku.

⁷ K ranej moderne ako obdobiu, ktoré je chápané vo viacerých rovinách, vrátane sociálnej dimenzie individuálneho výberu štátnej príslušnosti „ranomoderného štátu“, pozri bližšie CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015 najmä s. 180, 196-199 et passim.

Intelektuálne iniciatívy tých, dozaista nie až takých vzdialených čias (cez ktoré sa snáď dá dovidieť aj na dejiny a súčasnosť islamu), alebo, inak povedané, čias, ktoré mimochodom neboli mierové, ani tolerantné (a smerovali práve k utvoreniu medzinárodného spoločenstva suverénnych štátov), v jeho očiach symbolizuje zvlášť Hugo Grotius, no i skupinka ďalších mysliteľov, ktorí individuálne priznávali možnosť voľby a dobrovoľného výberu štátnej príslušnosti⁸ a nie štátom podľa jeho úvahy (ne)udeľovanej štátnej príslušnosti (s nižším, či žiadnym prahom politických práv), resp. ním stanovených podmienok nadobúdania štátneho občianstva.

Hoci situácia neskoršieho dvadsiateho storočia v niečom potvrdila eróziu medzinárodného spoločenstva ako úhrnu vôľ štátov, ide zároveň aj o potvrdenie toho, že sa otázka prezumovanej štátnej príslušnosti nepresunula kamsi mimo štát, ale že tendencia, ktorú zviditeľňuje zvlášť slovné spojenie „účinná štátna príslušnosť“ (effective nationality) občas umožňuje problém štátnej príslušnosti vidieť v inom svetle, než len cez formálne rozhodnutia štátneho orgánu v rámci výlučnej kompetencie jedného štátu, v kontexte ktorej etatická výkonná moc spravidla má garantovaný priestor na voľnú úvahu.

Paradigma rozhodovania o štátnej príslušnosti štátom, resp. o nadobúdaní občianstva na základe ním prijatého zákona, je ale sotva nahradená nejakou inou a i William Conklin uznáva, že stále prevládajúcim prúdom je medzinárodné spoločenstvo charakterizované ako úhrn vôľ členských štátov. Ako veľmi nebezpečné však dozaista treba vidieť tieň takého prístupu k otázke štátnej príslušnosti, keď štát, ktorý nie je právnym štátom, spolu so susedom, či ďalšou entitou, osoby bez štátnej príslušnosti programovo „produkuje“.⁹

Hoci vízia legality, vyplývajúcej skôr z aktuálnej sociálnosti, než z tabuliek formálnych prameňov práva je socioprávne veľmi lákavá, autor si nepochybne uvedomuje, že ďalšou v sérii komplikácií sú skupiny osôb v pohybe, vzhľadom na ktoré sa zrejme ešte aj topografia ustálenia nimi zabývaného či zažitého miesta sociálnych vzťahov a väzieb ďalej problematizuje.¹⁰

Súvisí to azda i s používaním emotívnejšieho výrazu „vlast“, ktorým Conklin v určitých kontextoch a kategorizáciách navrhuje nahradiť pojem štátu?

Abstract: The Law in the Light of Comparison is a title of paper which especially within the international law context deals with the legal status of stateless persons. The status of stateless persons is closely connected with certain kind of understanding of the international community. The international community could be understood especially as the sum of the wills of the states and as the international community as a whole. From understanding of the international community are derived some visions of law which can have primarily legalistic or primary sociological grounds.

Keywords: stateless persons, legal approach, international community

⁸ K možnosti spomínanej voľby pozri CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015, najmä s. 70-72, 180 et passim.

⁹ CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015, s. 45. Pozn.: Ku stálej diskurzívnej prevahe medzinárodného spoločenstva ako úhrnu vôľ štátov pozri napr. s.xi, 276-277.

¹⁰ CONKLIN, W. E.: *Statelessness. The Enigma of the International Community*. Oxford: Hart Publishing, 2015, najmä s. 121-125. Pozn.: Reč je predovšetkým o skupinách nomádov a polonomádov. Migrujúce rómske skupiny zároveň autorovi poskytujú priestor pre odkaz na Slovensko a na niektoré ďalšie európske krajiny.

Použitá literatúra

- BERDISOVÁ, L.: Teoreticko-práve reflexie konceptu rovnosti v právnom systéme Slovenskej republiky. In: FILČÍK, M. (ed.): Právne aspekty rovnakého zaobchádzania v slovenskej realite. Bratislava: EQUILIBRIA, 2012, s. 9-28.
- BODENHEIMER, E.: Jurisprudence. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1962.
- COLAS, D. et cons.: L' état de droit. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- DEFLEM, M.: Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FOUCAULT, M.: L'archéologie du savoir. Paris: Gallimard, 1969.
- HABERMAS, J.: Strukturální přeměna veřejnosti. Zkoumání jedné kategorie občanské společnosti. Praha: Filosofia, 2000.
- Chronik der Deutschen. Dortmund: Chronik Verlag, 1983.
- KISCHEL, U.: Après la transition: la situation juridique actuelle de l'Europe de l'Est. Revue internationale de droit comparé, 67^e année, n° 1, Janvier – Mars 2015, s. 145-166.
- KUSHNER, H. S.: Aby měl život smysl. Praha: Portál, 2017.
- LÉVI-STRAUSS, C.: Chvála antropologie. In: MERLEAU-PONTY, M. – LÉVI-STRAUSS, C. – BARTHES, R.: Chvála moudrosti. Bratislava: Archa, 1994, s. 54-81.
- OST, F. et van de KERCHOVE, M.: Jalons pour une théorie critique du droit. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- PARTSCH, K. J.: Discrimination. In: MacDONALD, R. S. – MATSCHER, F. – PETZOLD, H. (eds.): The European System for the Protection of Human Rights. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 571-592.

Ďalšie pramene

- Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955, p. 4. (dostupné na <https://www.icj-cij.org>)
- Statute of the International Court of Justice (1945) 961 UNTS 183, TS No. 993 (US). (dostupné na <https://www.icj-cij.org>)
- Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) 1155 UNTS 331. (dostupné na <https://treaties.un.org>)

AKO NEDEFINOVAŤ PRÁVO

BÁRÁNY, E.

Neviem, či existovala doba, kedy právo zodpovedalo ideálom či požiadavkám zrozumiteľnosti, bezrozpornosti, určitosti, etc., ale ak áno, tak moja generácia ju už nezažila. Už dost dávno I. Kant vyslovil s neskrývanou iróniou na adresu právnikov, že „... ešte stále hľadajú definíciu ku svojmu pojmu práva.“¹ Kantova formulácia predpokladá, že právnici už majú nejaký daný či intuitívny pojem práva, len ho zatiaľ nedefinovali. Čiastočne sa mýlil, lebo už vtedy ponúkalo právne myslenie viacero ťažko zlučiteľných chápaní, či vymedzení práva. Problémom nebola a nie je absencia, ale mnohosť vymedzení práva. Pokiaľ ide o pluralitu koncepcie a definície práva, tak dodnes sa situácia nezvrtla smerom ku všeobecne akceptovanej definícii alebo aspoň chápaniu práva právnou vedou. A tak vedľa seba pôsobia chápanie práva ako normatívneho systému spojeného s inštitúciou zvlášť s inštitúciou verejnej moci a spôsobu riešenia sporov v spoločnosti a vo výpočte by sa dalo pokračovať. Požiadavky jasnosti, zrozumiteľnosti, spravodlivosti, prístupnosti, bezrozpornosti a ďalšie vyslovované právnym myslením, právnou praxou, ale i publicistikou a politikmi na adresu práva počítajú implicitne s právom ako normatívnym systémom určitých vlastností. Ich uplatnenie na právo chápané ako „... normatívna sociálna prax a ako také nevyhnutne neurčité“² je problematické a znamená niečo iné ako keď sa tradične vzťahujú na normatívny systém. Ide o požiadavky formulované dlhodobo na základe idealizovaného obrazu práva a procesov jeho realizácie a nie o poznatky o skutočnom práve. Právne myslenie niekoľkých predchádzajúcich desaťročí zaradilo do svojho repertoára okrem klasiky spravodlivosti, právneho štátu, právnej subjektivity a ďalších veľkých tém, zmienku o ktorých sme našli aj my skoršie narodení už v učebniciach aj cirkularitu v práve, právny pluralizmus, neurčitosť v práve, kauzalitu a náhodilosť v práve a ďalšie tematické okruhy zamerané na teoretické a možno i právno-filozofické uchopenie reality práva takého aké je. Ani tieto novšie smerovania právneho myslenia sa však nemôžu vyhnúť aspoň implicitnému zodpovedaniu otázky „Čo je právo?“ Nemajú na ňu spoločnú odpoveď a tak platí, že „Právo dnes nie je jedno, ale mnohé ...“³ Kantovo tvrdenie potom stráca podtón irónie a kritiky a mení sa na konštatovanie samozrejmosti.

Niekde tu začína právny pluralizmus a to uznaním mnohosti chápaní a definícií práva samotného, ktorého základom je známe dictum B. Tamanahu: „Právo je „ľudovým konceptom“ (folk concept), teda právo je to, čo ľudia v rámci sociálnych skupín vidia a označujú ako „právo“.“⁴ Právo je potom to, čo príslušníci rôznych sociálnych skupín svojou praxou, teda neraz implicitne, uznávajú za právo. Právna veda sa teda vzdáva vlastného definovania práva a „len“ poznáva, čo kto za právo pokladá. Alebo predsa: Aj v rámci koncepcii právneho pluralizmu vzniklo viacero rôznych chápaní práva. Silnou stránkou Tamanahovho prístupu je jeho potenciál základu empirického výskumu. Sociologickými metódami možno zistiť, čo ľudia svojou sociálnou praxou považujú za právo.

JUDr. Eduard Bárány, DrSc., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, Bratislava

Tento príspevok bol spracovaný v rámci projektu APVV-15-0267 Právny pluralizmus: zmeny v chápaní práva.

¹ KANT, I.: Kritika čistého rozumu. Praha, Česká akademie vied o umení 1930, s. 136.

² SEINECKE, R.: Das Recht des Rechtspluralismus. Tübingen, Mahr Siebeck 2015, s. 353.

³ Tamtiež: s. 1.

⁴ TAMANAHA, B. Z.: Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review [VOL 30: 375 2008] s. 375.

Už na tomto mieste možno konštatovať rôznosť a napätie medzi chápaniami práva právnou praxou a právnym myslením. Na oboch stranách ide o viacero chápaní práva, ale asi len právne myslenie dospelo ku explicitným vymedzeniam. Právna prax má taktiež mnoho vrstiev od predstáv menej vzdelaného právneho laika cez vzdelaného neprávniká až po sudcu najvyššieho súdu a špičkového advokáta.

Postup poznávania práva teda asi začal Tamanahovským zistením hraníc toho, čo dané spoločstvo svojou sociálnou praxou považuje a označuje za právo. Následne právna veda študuje takto ohraničený predmet výskumu a zisťuje jeho podstatné znaky, ktoré však nemusia prispieť ku jeho ohraničeniu. Neraz vyvracajú pôvodne predpokladané vlastnosti práva, ktoré predstavovali viac požiadavky spoločstva na právo, aké by malo byť a prvoplánové empirické poznatky o práve ako odhalenia jeho skutočných a podstatných vlastností. Došlo tak k oddeleniu vymedzenia (ohraničenia) práva (od ne-práva) a poznávania jeho podstatných vlastností. Ide o prípad hermeneutického kruhu (či špirály), lebo zistenia právnej vedy a myslenia sprostredkovane ovplyvňujú názory daného spoločstva o vymedzení práva, čím zase ovplyvňujú predmet právnej vedy. V naznačenom špirálovitom pohybe myslenia o práve hrá dôležitú úlohu právna doktrína sprostredkujúca poznatky právnej vedy právnej praxi a čiastočne i širšiemu právnemu vedomiu, ktoré opäť ohraničuje predmet výskumu.

Mnohosť predstáv o tom, čo vlastne právo je vytvára predpolie právneho pluralizmu v jeho mnohých podobách, čiže pre pluralizmus právnych pluralizmov.

Pohľad na právo neskorých postmoderných čias vyvracia aj ďalšie vžitú predstavy o tom, aké vlastne právo je. Mnohé z týchto predstáv sú premietnutím racionálnych požiadaviek na právo, či ideálov, aké by právo malo byť do reality. Už samotná existencia viacerých (objektívnych) práv spochybňuje aj určitosť práva. Nie je síce jej nevyhnutným logickým popretím, veď i viacero „práv“ môže byť určitých, ale prakticky robí nejasným už to, čo je vlastne právom a aké sú jeho hranice.

Určitosť/neurčitosť je vecou miery a nejde o nespojitú veličinu. Jej nedostatok patrí ku štandardným výčitkám na adresu práva a jeho tvorcov, ktorých oprávnenosť je veľmi rôznorodá. Možno nájsť príklady neurčitosti spôsobujúcej až neaplikovateľnosť časti právneho predpisu, ale absolútna určitosť textu prameňa práva vo formálnom zmysle i v ňom obsiahnutých, či z neho vyvoditeľných pravidiel konania (právnych noriem) je určite nedosiahnuteľná a pravdepodobne i neželateľná. Neurčitosť je neodstrániteľnou vlastnosťou práva podľa všetkých známych vymedzení a chápaní. Existujú podstatné rozdiely vhodnej miery neurčitosti pre rôzne časti právneho poriadku, ale (skoro) plne určité právne normy sú zriedkavosťou aj v daňovom alebo trestnom práve. Neurčitosť teda predstavujú vlastnosť práva ako takého, ale nie každej normy. V tomto zmysle ju možno pokladať za emergentnú vlastnosť právneho systému, lebo ju nemajú všetky jeho časti (prvky), ale nevyhnutne vzniká na systémovej úrovni. Uvedomenie si neurčitosti práva pomáha jeho pochopeniu i právnej praxi, ale neslúži ako nástroj, či kritérium odlišenia práva od ne-práva. Zaraďuje sa tak medzi poznatky o práve, ktoré vypovedajú o jeho podstatných vlastnostiach, ale neprispievajú ku jeho odlišeniu od iných častí reality. Aj preto sú zlučiteľné s ináč veľmi rôznorodými chápaniami a vymedzeniami práva v podmienkach právneho pluralizmu. Ku postmoderným paradoxom právneho myslenia potom patrí porovnávanie nedefinovaného či nevymedzeného predmetu. Nie, že by bol nedostatok definícií a chápaní práva, ale ich rôznorodosť znamená aj rôznorodosť vymedzenia predmetu výskumu, teda absenciu jeho všeobecne prijatého ohraničenia. Myslenie v nevymedzených pojmo-

je všestranne spojené s neurčitou práva či v práve. Možno však zodpovedá tomu, čo a o čom sa myslí, a tak je na mieste zdržanlivosť pri jeho ľahkej a láskavej kritike.

Právo však nie je v prvom rade predmetom vedeckého poznávania a teoretického myslenia, ale praktickou záležitosťou každodennosti spojenou s inštitúciami verejnej moci.

Preto má v práve skoro bez ohľadu na jeho výskum veľký význam bežné myslenie či zdravý rozum, skrátka to čomu angličtina hovorí „common sense“. Podľa bežného myslenia sú uvažovanie a argumentácia v kruhu logickou chybou znehodnocujúcou líniu myslenia či argumentácie. Postmoderna však ponúka veľkú tému cirkularity v práve, pomocou ktorej renomovaní autori budujú veľkú teóriu práva. Ku ich najvýznamnejším príkladom patrí chápanie práva ako autopoietického systému symbolizované menom G. Teubnera a jeho až príliš jednoznačnými formuláciami: „... cirkularita v práve sa už nemyslí ako problém nesprávneho myslenia, ale ako problém právnej praxe. Sociálnu skutočnosť práva tvorí množstvo cirkulárnych vzťahov.“⁵ Vzťah inštitúcií verejnej moci tvoriacich a realizujúcich, zvlášť presadzujúcich právo s právom je nevyhnutne cirkulárny. Sieťové podoby vzťahov, ktoré sa vyskytujú v rámci práva i procesov jeho tvorby a realizácie obsahujú nezanedbateľné prvky cirkularity. Na tomto mieste nevymedžujem rozsah uplatnenia cirkulárnych štruktúr v práve a jeho vzťahoch s prostredím, ale i veľmi povrchné pozorovanie potvrdzuje ich nezanedbateľnú prítomnosť. Bežné myslenie v nej však asi intuitívne i skúsenostne nachádza problém a chybu. Samozrejme, že argumentácia tým, čo sa má dokázať je logicky neudržateľná, ale v praxi práva ide aj v argumentácii spravidla o zložitejšie sieťové štruktúry. Na druhej strane hermeneutika pracuje s tzv. hermeneutickým kruhom alebo špirálou. Aj keby cirkularita nepatrila ku základným, priam definičným vlastnostiam práva, tak je v práve a jeho vzťahoch s prostredím neprehliadnuteľne prítomná. Patrí teda ku vlastnostiam práva, ktoré postmoderna postavila skoro do centra právneho myslenia. Opis a systematizácia cirkulárnych štruktúr v práve samotnom a v procesoch jeho tvorby a realizácie prekvapia poznatkom o ich rozšírenosti a všeobecnej akceptácii. Len chyba právnej regulácie spočívajúca vo vzájomnom odkazovaní dvoch alebo viacerých právnych noriem (pravidiel konania) je pokladaná za problém.

O práve sa často hovorí ako o právnom systéme. Toto slovné spojenie sa používa vo dvoch odlišných významoch. Obvykle označuje právny poriadok štátu a v súčasnosti možno aj inej organizácie verejnej moci (napr. EÚ) s vlastnou Kelsenovskou základnou normou a Hartovským pravidlom uznania. Hlavne v rámci právnej komparatistiky sa udomácnili tzv. veľké právne systémy „označujúce právne kultúry. Obe spomenuté chápania právneho systému a hlavne prvé z nich sa zakladajú na predstave usporiadaného a asi i bezrozporného súboru pravidiel konania. J. Prusák kedysi napísal: „Jednota, čiže vnútorná súladnosť a nerozpornosť systému noriem si najmä vyžaduje, aby jedna právna norma nezakazovala správanie, ktorá iná právna norma dovoľuje.“⁶ Ide o základnú a vo vzťahu ku komplexnému právnomu systému nikdy plne nedosiahnuteľnú požiadavku. Náročnejším teoretickým problémom je ideová a hodnotová bezrozpornosť právneho systému. Pri najmenej prvotná požiadavka, aby právo to isté konanie zároveň nezakazovalo a neprikazovalo patrí aj do oblasti tzv. zdravého rozumu. Uvedomenie si toho, čo už právna veda a myslenie o práve vedľa však umožňuje záver, že právo ostáva systémom, aj keď sa

⁵ TEUBNER, G.: Recht als autopoietisches System. Frankfurt am Main, Sech

⁶ PRUSÁK, J.: Teória práva. Bratislava, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK. Bratislava 1995, s. 212.

v ňom vyskytujú rozpory. Právo nie je a ani nemôže byť axiomatickým systémom. Vyhovuje však nasledovnému vymedzeniu systému: „Zdá sa teda, že pojem systému zahŕňa existenciu zvláštnych vzťahov medzi týmito prvkami a nielen ich jednoduché postavenie vedľa seba, inými slovami predpokladá existenciu usporiadaného a organizovaného celku ...“⁷ Vzťahom je aj rozpor, či napätie medzi prvkami systému, alebo snád presnejšie vyjadrené rozpor a napätie vznikajú len medzi súvisiacimi prvkami systému, len tam, kde existuje nejaký vzťah. Nakoľko právo nie je a ani nemôže byť axiomatickým systémom, tak znesie aj nejakú mieru vnútorných rozporov a napätí. Dôvodmi neaxiomatičnosti práva sú napríklad to, že je vyjadrené v prirodzenom jazyku a má regulovať rôznorodé situácie bežného života. Právo je neseným systémom; to znamená, že jeho normy musia vysloviť, napísať ľudia a dodajme, že ľudia pôsobiaci v rámci inštitúcií. Pri pohľade zo zorného uhla normatívneho systému zvaného právo je jeho nevyhnutným priamym (bezprostredným) prostredím človek zabezpečujúci vstupy systému i jeho výstupy v podobe realizácie práva a rušenia právnych noriem, čiže ich vyradovania zo systému. Znamená to, že právny systém je nielen ľudským dielom, ale ho ľudia pôsobiaci v inštitúciách aj „prevádzkujú“. Zároveň ľudia v dobrom i zlom pociťujú či znášajú jeho pôsobenie. Sú jeho skutočnými adresátmi.

Uvedené charakteristiky práva vznikli v rámci postmodernej kritiky a možno i dekonštrukcie jeho tradičného, čiže moderného chápania a ideálu. Aj preto nevytvárajú ani vo svojom súhrne nič, čo by pripomínalo definíciu alebo vymedzenie práva. Len málo prispievajú k objasneniu „podstaty“ práva a ich pomocou nemožno odlíšiť právo od nepráva. Tak trochu Herostratovsky rúcajú moderný ideál jediného, jednotného, racionálneho a jasného právneho systému, na základe ktorého funguje každodennosť práva. Nenahrádzajú, nedopĺňajú ani nemenia tento ideál, a tak tento ostáva naďalej ideovým základom právneho života. Možno nahlodávajú mýty, ale bez ktorých sa nezaobíde ani právo. Sú parazitickými poznatkami a koncepciami, lebo predpokladajú to, čo popierajú a ničia. Prinášajú dávku realizmu a azda i pravdy, ale za cenu vlastnej praktickej využiteľnosti. Sú vecou miery nimi opísaných vlastností či veličín. Upozornili na neexistenciu a nedosiahnuteľnosť úplnosti toho, čo popierajú (napr. určitosť práva), ale nenahrádzajú tieto postuláty práva, aké by podľa zdravého rozumu malo byť. Predstavujú súčasť postmoderného chápania a koncepcie práva, ale nevytvárajú alternatívu jeho chápania ani pre právnu prax ani pre právne myslenie. Pravdivosť a praktická využiteľnosť sa v ich prípadoch, a v právnom myslení vôbec, stále viac rozchádzajú. Ide o prejav, či dôsledok schizmy právnej vedy a právnej praxe, ktorú stále ťažšie zmierňuje právna doktrína.

Ak majú pravdu M. Večeřa a M. Urbancová, že „Právo ako súčasť kultúry odráža určitý spôsob života ľudských spoločností, ľudské významy a hodnoty“⁸, tak súbor novších poznatkov o práve len potvrdzuje premenlivosť a neusporiadanosť postmodernej situácie.

Uvedené i mnohé ďalšie charakteristiky práva v postmodernej situácii platia pre veľmi rôzne chápania a vymedzenia práva, ale samé ich nedotvárajú. Napríklad neurčitosť je vlastnosťou práva bez ohľadu na to, či ho chápeme ako normatívny systém určitých vlastností alebo funkcionálne vymedzený subsystém spoločnosti. Ich platnosť pre tak rôzne

⁷ KERCHOVE, M. van de: - OST, F.: Legal System. Between Order and Disorder. Oxford, Oxford University Press 1994, s. 6.

⁸ VEČEŘA, M. – URBANCOVÁ, M.: Právo jako komunikace. In *Metamorfózy práva ve střední Evropě V.: překrásný nový svět nebo ostrov*. František Cvrček – Helena Jermanová (eds.), Plzeň. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o. 2016, s. 19.

chápania práva potvrdzuje, že nie sú jeho definičnými znakmi. Vymedzenie práva asi ostáva niekde v modernej minulosti. Nastoľuje to skoro novokantovskú otázku, či nášmu uvažovaniu o práve nepredchádza jeho intuitívne ohraničenie? Síce na ňu neodpovedá, ale aspoň nadväzuje názor, že: „Nájdenie definície pojmu právo treba skôr považovať za cieľ cesty poznávania práva, nemôžeme sa oň opierať ako o explicitnú premisu.“⁹

Začiatok cesty poznávania práva však predstavuje aspoň predbežné, či „pracovné“ ohraničenie predmetu či oblasti výskumu, ktoré poskytuje „ľudové“ i profesionálne zväčša nevyslovené chápanie práva. Aj v rámci právnických fakúlt je väčšinou, teda okrem problematických hraničných prípadov jasné, čo je a čo už nie je právom všetkých okrem nás právnych teoretikov a filozofov. Pozitívno-právne disciplíny vystačia s implicitným ohraničením práva ako normatívneho systému určitých vlastností, ktoré v zásade vyhovujú i praxi tvorby a aplikácie práva.

Moderné a zvlášť postmoderné právno-teoretické myslenie síce prináša nové a čiastočne i prekvapivé poznatky a zdôvodnené názory, ale zatiaľ nenahrádza vymedzenie práva ako normatívneho systému nejakých vlastností ničím iným a všeobecne akceptovateľným. Rast poznatkov o práve i prehlbovanie porozumenia právu zatiaľ nesmerujú ku jeho novej a široko prijatej definícii: Postavenie definície práva do cieľa cesty jeho poznávania robí jej formuláciu trvale neaktuálnou. Je zaujímavé, že pri vymedzení práva v zmysle jeho ohraničenia od (ne)práva sa len o málo prekračuje úroveň intuície a bežnej skúsenosti, ale pri poznávaní jeho podstatných vlastností je k dispozícii mnohé.

Zmnoženie jeho postmoderných chápaní nastoľuje otázku, či by na pomenovanie toho, čo zahŕňajú nestačili aj staré pojmy teórie práva. Napríklad právne vzťahy pokrývajú veľkú časť toho, čo predstavuje právo ako funkcionálne vymedzený subsystem spoločnosti. Zároveň upozorňujú, že doposiaľ chýba pojem i pomenovanie pre tú časť (subsystem) spoločnosti, ktorá je zvlášť spojená s tvorbou a realizáciou práva (parlament, súdy, etc.). Jej vymedzenie, čiže ohraničenie by bolo náročnou úlohou. Možno hovoriť o právnom živote alebo v marxovskej tradícii o právnej nadstavbe. Zatiaľ je asi predčasné kresliť jej hranice. Patria do nej aj súkromné osoby uzatvárajúce zmluvu alebo štátny úradník vydávajúci administratívno-právne rozhodnutie? Nejde skôr o právnu stránku života spoločnosti? Veď pri miere právnej regulácie neskoro postmodernej spoločnosti možno len ťažko nájsť významnú skupinu spoločenských vzťahov bez právnej úpravy. Nejde tu len, ba ani nie hlavne o trestno-právnu ochranu spoločnosti. Zákaz krádeže platí v každom spoločenskom vzťahu. Nejaká právna úprava zasahuje skoro všetko konanie. Vznikajú síce „mimoprávne“ skupiny spoločenských vzťahov (napr. šport), ale aj tu v skutočnosti platia a uplatňujú sa podstatné časti právnych systémov.

A tak sa úvahy vracajú ku Tamanahovi a Kantovi. Právom je skutočne to, čo ľudia svojou sociálnou praxou uznávajú a označia za právo. Ich neraz neuvedomelé „rozhodnutie“ o tom, čo (nie) je právom je kultúrne a historicky, čiže kontextovo podmienené. Nie je svojvoľné, lebo je podmienené tým, čo už bolo k veci povedané a napísané. Predstavuje pokus o praktické i teoretické uchopenie časti sociálnej reality prostredníctvom pojmu s mnohými vymedzeniami, neostrými hranicami a prevažne kladným dojmom. To, čo ľudia svojou sociálnou praxou uznávajú za právo je nielen vecou ich poznania, ale aj rozhodnutia. Preto i keď vieme o práve oveľa viac ako v časoch I. Kanta ostáva v platnosti jeho postreh o právnikoch ešte stále a dodajme, že azda i trvalo hľadajúcich význam pojmu právo.

⁹ FÁBRY, B. – KASINEC, R. – Turčan, M.: Teória práva. Bratislava, Walters Kluwer, s.r.o. 2017, s. 23.

Mal by však stratiť ironický podtón, lebo mnohosť chápaní a vymedzení práva zodpovedá súčasnému stavu predmetu poznania i samotného poznania.

Abstract: There is not a single generally accepted definition of law in legal science, but legal practice intuitively feels that is a normative system of some qualities. Latest research has shown that law is vague, circular, rich in contradictions and plural, but it did not formulate generally accepted definition. The abovementioned properties of law are compatible with various definitions of it.

Keywords: definition of law, intuitive understanding of law, properties of law

PLURALITA LEGALÍT: MEDZI FORMÁLNYM A MATERIÁLNYM PRÁVNÝM ŠTÁTOM

KÁČER, M.

Na začiatku bol mýtus

Právne a politické myslenie pracuje okrem iného aj s fikciami. Samé osebe na tom nie je nič zlé, pretože v praktickom živote dokáže určitá myšlienka poslúžiť dobru a spravodlivosti aj bez toho, aby bola pravdivá, resp. aj bez toho, aby sme sa vôbec zaoberali otázkou jej pravdivosti.¹ Prízemným príkladom je fikcia doručenia, ktorá pomáha výkonu spravodlivosti, ak dotknutá strana odopiera súčinnosť pri preberaní pošty. Vznešenejším príkladom je fikcia reprezentácie, ktorá tým, že umožňuje pripisovať činy konkrétneho človeka určitému štátnemu orgánu, vytvára nevyhnutný predpoklad pre existenciu štátu vôbec. Populárna je aj fikcia spoločenskej zmluvy, pomocou ktorej dokážeme určiť, či si štátna moc zaslúži rešpekt svojich občanov.

Fikcie sa používajú na ospravedlnenie rôznych aspektov právneho života: donucovacieho aktu, právomoci orgánu či štátnej moci ako celku. Fikcie si môžu vytvárať aj vrcholové súdy, aby posilnili svoje postavenie. Cez túto optiku sa môžeme pozrieť aj na prvý nález českého ústavného súdu so spisovou značkou Pl. ÚS 19/93 vydaný dňa 21. decembra 1993. Ústavný súd daným rozhodnutím potvrdil ústavnosť zákona o protiprávnosti komunistického režimu a odporu proti nemu. Bez toho, aby som zachádzal do detailov, spomeniem len základnú ideovú líniu nálezu, z ktorej sa vyvinula doktrína materiálneho právneho štátu. Kľúčová pasáž znie takto:

„Ako je známe, proces vzniku moderného ústavného štátu v strednej Európe sa zavrášil až po prvej svetovej vojne. ... Právno-pozitivistická tradícia, ktorá sa preniesla aj do po-vojnových ústav (vrátane našej ústavy z roku 1920), však v neskoršom vývoji viackrát od-halila svoje slabiny. Ústavy konštruované na týchto základoch sú hodnotovo neutrálne: tvoria inštitucionálny a procesný rámec, naplniteľný veľmi odlišným politickým obsahom, pretože kritériom ústavnosti sa stáva dodržanie kompetenčného a procesného rámca ústavných inštitúcií a postupov, teda kritérií formálno-rationálnej povahy. V dôsledku toho bolo v Nemecku akceptované nacionálno-socialistické panstvo ako legálne, aj na-priek tomu, že vyhlodalo obsah a následne zničilo samú podstatu Weimarskej demokracie. ... Princíp „zákon je zákon“ sa prejavil proti bezpráviu vo forme zákona ako bezmocný. ... Naša nová ústava nie je založená na hodnotovej neutralite, nie je obyčajným vymedzením inštitúcií a procesov, ale včleňuje do svojho textu i určité regulatívne idey ... Česká ústava akceptuje a rešpektuje princíp legality ako súčasť celkovej koncepcie právneho štátu, ne-viaže však pozitívne právo len na formálnu legalitu, ale výklad a použitie právnych noriem podriaďuje ich obsahovo-materiálnemu zmyslu, podmieňuje právo rešpektovaním základ-ných konštitutívnych hodnôt demokratickej spoločnosti a týmito hodnotami taktiež použí-vanie právnych noriem pomeriava. ... Toto poňatie ústavného štátu odmieta formálno-ra-

doc. Mgr. Marek Káčer, PhD., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

Tento príspevok vznikol v rámci projektu APVV-15-0267 s názvom *Právny pluralizmus: zmeny v chápaní práva*.

¹ SOBEK, T.: *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, 103 a nasl.

*cionálnu legitimitu režimu a formálny právny štát. ... Východiskom našej ústavy je materiálno-racionálne poňatie legitimacy a právneho štátu.*²

Ústavný súd v tomto náleze formuloval niečo ako svoj ustanovujúci príbeh, ktorým odôvodnil širší rozsah svojej preskúmvacej právomoci. Ústavnosť totiž nepokrýva iba inštitúcie a procesy, ale aj základné obsahové požiadavky ústavy, ktoré sú spojené s demokratickou spoločnosťou a ochranou ľudských práv. Týmto poňatím ústavnosti súd *de facto* posilňuje svoje postavenie, pretože daným príbehom opodstatňuje svoju generálnu právomoc odchýliť sa od oficiálneho textu práva, ak dospeje k záveru, že je to pre ochranu uvedených obsahových požiadaviek nevyhnutné.

Tento ustanovujúci príbeh začal žiť svoj vlastný život. Od sudcov ho prevzali učitelia a od učiteľov študenti. Kontrast medzi „bezhodnotovým“ formálnym právnym štátom a „hodnotovým“ materiálnym právnym štátom akosi zľudovel a stal sa súčasťou štandardnej pojmovej výbavy takmer každého českého a slovenského právnik. K uvedenému príbehu sa oficiálne hlási aj slovenský ústavný súd. Napríklad v náleze PL. ÚS 17/2008 tento súd konštatoval:

*„Materiálny právny štát sa zásadne odlišuje od formálneho právneho štátu, ktorý favorizuje princíp legality v úzkom význame „bezhodnotového“ pozitívneho práva. Podstatou materiálneho štátu je vnášať do systému pozitívneho práva a formálnej legality aj základné princípy a hodnoty, na ktorých je založená demokratická spoločnosť... Pregnantne a permanentne to zdôrazňuje napríklad aj Ústavný súd Českej republiky tiež od samého začiatku svojej rozhodovacej činnosti.*³

Samozrejme, reakcia kritickej časti právnicka nenechala na seba dlho čakať, osobitne v českej právnej vede. Napríklad Tomáš Sobek dlhodobo upozorňuje, že nacistické právne myslenie je predchnuté materiálno-právnou racionalitou, pretože aj nacistické orgány aplikácie práva, resp. donucovacie zložky štátnej alebo straníckej moci, boli nabádané k tomu, aby ignorovali text zákona, ak to bolo nevyhnutné pre presadenie nacistickej morálky. Sobek tvrdí, že *„údajná renesancia prirodzeného práva v Nemecku po 2. svetovej vojne nebola ničím iným než pokračovaním hodnotovej jurisprudencie, ale s tým podstatným rozdielom, že hodnoty národného socializmu sa naspäť nahradili tradičnými hodnotami západnej civilizácie*“.⁴ Tento postreh ho viedol k naoko paradoxnému záveru, podľa ktorého hodnotovo neutrálna je v podstate samotná hodnotová jurisprudencia, pretože tá dokáže v sebe obsiahnuť v podstate akékoľvek hodnoty.⁵ Navyše hodnotové ladenie právnej argumentácie ani tak nie je odrazom spôsobu právnického poznávania, ako skôr odrazom mocenských pomerov v štáte. Na základe analýzy argumentačných štýlov československých súdov počas obdobia socializmu dospel Zdeněk Kühn k záveru, že preferovaná racionalita sudcovskej argumentácie sa odvíja predovšetkým od toho, či oficiálny text právneho predpisu kopíruje aktuálne politicko-mocenské pomery. Ak nie, súdy sú náchylné k materiálno-právnej argumentácii, ak áno, súdy sa prikláňajú skôr k formalizmu.⁶ Rozdiel medzi formálnym a materiálnym právnym štátom, medzi bezhodnotovým a hodnoto-

² Nález ÚS ČR so sp. zn. Pl. ÚS 19/93 vydaný dňa 21. decembra 1993.

³ Nález ÚS SR so sp. zn. PL. ÚS 17/2008 vydaný dňa 20. mája 2009.

⁴ SOBEK, T.: *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 336.

⁵ Ibidem, s. 345.

⁶ KÜHN, Z.: Formalismus a antiformalismus v soudcovské argumentaci. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 206. Analogický záver možno nájsť v Nelson, W. E.: The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America. *Harvard Law Review*. 1974, vol. 87, no. 3, s 543 – 548.

vým poňatím právnej vedy, teda zrejme nebude kopírovať rozdiel medzi právom v totalite a právom v liberálnej demokracii.

V nasledujúcom texte sa pokúsime túto kritiku rozšíriť. Najskôr si ukážeme, že nedostatky, kvôli ktorým Radbruch a Fuller odmietali priznať panstvu Tretej ríše povahu práva, boli skôr formálneho ako obsahového charakteru. Následne si ukážeme, že prechod od formálneho k materiálnemu právnemu štátu a naspäť je kontinuálny, že jednotlivé spôsoby argumentácie môžu zodpovedať týmto protipólom vo väčšej či menšej miere. A nakoniec si ukážeme, že udržateľná právna argumentácia by sa mala vyhýbať krajnostiam: tak ako je pochybný tzv. prílišný právny formalizmus, tak isto je pochybný aj prílišný právny materializmus. Ak malo byť materiálne poňatie legality liekom proti neudhom formalizmu, potom si treba dávať veľký pozor na jeho dávkovanie. V opačnom prípade sa môže stať, že liek spôsobí väčšie komplikácie ako choroba, proti ktorej bol predpísaný.

Prečo Tretia ríša nebola ríšou práva?

To, že pozitivistí nebudú súhlasiť s hodnotením nacionálno-socialistického panstva, ktoré ponúkol český ústavný súd vo svojom prvom náleze, nás asi nebude veľmi prekvapovať. Lenže dobré dôvody k nesúhlasu majú aj nonpozitivistí a jusnaturalisti. Pozrime sa bližšie na námietky, ktoré voči nacistickému panstvu vzniesli Gustav Radbruch a Lon Fuller.

Radbruch vo svojom slávnom článku *Zákonné neprávo a nadzákonné právo* z roku 1946 formuloval myšlienku, ktorá sa v tunajších učebniciach traduje ako Radbruchova formula: spravodlivosť má ustúpiť zákonu, ibaže by bol zákon neznesiteľne nespravodlivý. Keď Radbruch bližšie vysvetľuje, čo považuje za neznesiteľne nespravodlivé, hovorí o zákone, pri ktorého tvorbe *bola vedome popieraná hodnota rovnosti*,⁷ to je napríklad taký zákon, ktorý ukladá páchatelom vraždy nižšie tresty len preto, že čin spáchali z vlasteneckých pohnútok⁸ alebo zákon, ktorý robí rozdiel medzi ľuďmi a „podľuďmi“.⁹ Radbruch obsiahnejšie spomína aj prípad justičného úradníka Puttfarkena, ktorému súd v Nordhausene uložil trest doživotného väzenia. Puttfarken dostal trest za to, že počas nacistickej krutovlády udal obchodníka Göttiga, ktorý na jednom záchode napísal, že Hitler je masový vrah a zavinil vojnu.¹⁰ Pre nás sú v tejto chvíli zaujímavé argumenty, ktoré Radbruch spomína na podporu záveru, že Puttfarken konal protiprávne. Keďže trestnej justícii počas Hitlerovej doby chýbala snaha o dosiahnutie „*zákonnosti, spravodlivosti a právnej istoty*“,¹¹ Puttfarken musel vedieť, že Göttiga „*vydáva do rúk svojvôle*“,¹² že výkon trestného súdnictva bol „*politicky tendenčný, či už sa to dialo z politického fanatizmu, alebo pod tlakom vtedajších nositeľov moci*“.¹³ Vo všeobecnosti nacistické zákony, na základe ktorých sa ukladali vtedajšie tresty smrti, neboli platné, pretože boli prijaté na základe Splošno-mocňovacieho zákona, „*ktorý nebol prijatý ústavne požadovanou dvojtretinovou väčšinou*“.¹⁴ Radbruch v závere svojej úvahy konštatuje, že sa nestotožňuje s názorom vyjadreným

⁷ RADBRUCH, G.: *Zákonné neprávo a nadzákonné právo*. In. RADBRUCH, G.: *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 130.

⁸ Ibidem, s. 131.

⁹ Ibidem, s. 132.

¹⁰ Ibidem, s. 121.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, s. 122.

¹³ Ibidem, s. 134.

¹⁴ Ibidem, s. 126.

v Nordhausene, podľa ktorého „formálnoprávne úvahy“ zahmlievajú zrozumiteľné posúdenie skutkovej podstaty prípadu: *„Sme skôr toho názoru, že po dvanástich rokoch popierania právnej istoty je viac ako inokedy nevyhnutné obrnúť sa „formálnoprávnym“ hodnotením proti pokušeniu, ktoré pochopiteľne môže ľahko vyvstať v každom, kto oných dvanásť rokov ohrozenia a útlaku prežil. Musíme hľadať spravodlivosť, súčasne rešpektovať právnu istotu, lebo ona samotná je komponentom spravodlivosti, a znovu vybudovať právny štát, ktorý musí obom týmto ideám v medziach možností urobiť zadosť.“*¹⁵

A čo hovorí na nacistické panstvo jusnaturalista Fuller? Keď Fuller uvažuje nad tým, či bolo nacistické panstvo právnym poriadkom, hodnotí najmä jeho formálne kvality. Všimma si napríklad neslávne známku čistku Noc dlhých nožov, v rámci ktorej došlo k zavraždeniu Ernsta Röhma, šefa polovojenských oddielov SA, spolu s ďalšími desiatkami osôb. Dva dni po tejto čistke dal Hitler vydať zákon, ktorým ju dodatočne zlegalizoval, čím so spätnou účinnosťou premenil surovú vraždu na zákonnú popravu. Navyše k tomu Hitler neskôr vyhlásil, že počas uvedenej čistky konal ako „najvyšší súd nemeckého národa“.¹⁶ Fuller nám ďalej dáva do pozornosti, že nacistická perzekúcia obyvateľstva sa odohrávala na základe tajných predpisov – čo je podľa jeho slov „právna obľudnosť“ –, no tie najvážnejšie nedostatky panstva Tretej ríše vidí v nasledujúcom:

*„V prvom rade, vždy keď sa právne formality stali prekážkou, nacisti ich mohli úplne obísť tak, že „konali prostredníctvom strany priamo na uliciach“. Nenašiel sa nikto, kto by mal odvahu brať ich na zodpovednosť za neprístojnosti, ktoré takýmto spôsobom páchali. V druhom rade, nacistami ovládané súdy boli vždy pripravené ignorovať zákony, dokonca aj tie vydané samotnými nacistami, ak to vyhovovalo ich zámerom alebo ak sa báli, že ich právnická interpretácia môže vyvolať nevôľu tých „hore“.“*¹⁷

Čo teda Fullerovi na nacistickom panstve prekáža? To, že je v rozpore s formálnymi kvalitami dobrého práva. Fullerove hodnotenie stojí na triviálnom predpoklade, podľa ktorého základnou funkciou práva je usmerňovanie ľudského správania. Ak teda nejaký predpis nemá ambíciu túto funkciu naplňovať, nemôžeme ho považovať za platné právo. Ako však zistiť, či predpis takúto ambíciu má? Fuller odpovedá zoznamom ôsmich požiadaviek, ktoré musí viac-menej spĺňať každý právny regulatív správania: právo má byť všeobecné, zverejnené, jasné, nerozporné, splniteľné, má platiť do budúcnosti, nemá sa meniť príliš často a má byť rešpektované zo strany úradov.¹⁸ Fuller túto sadu požiadaviek chápe ako vnútornú morálku práva, morálku, ktorá je právu vlastná, ktorú od neho nevieme nijako oddeliť. A to sú presne tie kvality, ktoré nacistickému „právu“ chýbali. Svojím prístupom sa Fuller odlišuje od klasických jusnaturalistov, ktorým išlo predovšetkým o vonkajšiu morálku práva, o to, že spravodlivosti nesmie hrubo protirečiť predovšetkým obsah právnych noriem. Inými slovami: Ak by bolo súčasťou nejakého spoločenského poriadku nezverejnené pravidlo, ktoré by prikazovalo uloženie trestu smrti za drobnú krádež, klasickým jusnaturalistom by vadilo najmä to, že dané pravidlo ukladá drakonické tresty, zatiaľ čo Fullerovi by vadilo najmä to, že sa ľudia nemohli s týmto pravidlom vopred oboznámiť. Klasickí jusnaturalisti inklinujú skôr k prirodzenému právu hmotnému, Fuller skôr k prirodzenému právu procesnému.

¹⁵ Ibidem, s. 137.

¹⁶ FULLER, L. L.: Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*. vol. 71, no. 4, 1958, s. 650.

¹⁷ Ibidem, s. 652.

¹⁸ FULLER, L. L.: *Morálka práva*. Praha: Oikoymenh, 1998, 2. kapitola.

Teraz sa nám v plnej nahote odkrýva fiktívna povaha ustanovujúceho príbehu materiálneho právneho štátu. *Nacistická zlovôľa presadzovaná prostredníctvom štátnych a straníckych orgánov nebola vládou práva ani nie tak kvôli tomu, že ignorovala materiálne-právnu racionalitu stelesnenú v bezpodmienečnej ochrane ľudských práv, ale skôr kvôli tomu, že ignorovala formálno-právnu racionalitu stelesnenú vo formálnom princípe zákonnosti a právnej istoty.* Navyše formálno-právna racionalita nie je výsledkom bezhodnotového právneho myslenia. Formálne kvality práva, minimálne vo verzii, v ktorej ich formuloval Fuller, totiž z praktického hľadiska slúžia ústrednej hodnote právneho štátu – *ľudskej dôstojnosti*. Totiž ak štát neposkytne občanovi férovú šancu vopred sa uistiť, za aké konanie ho bude sankcionovať, potom s takýmto občanom zaobchádza ako s objektom, nie ako so subjektom schopným regulovať svoje vlastné správanie.¹⁹ Mimochodom keď sa Jeremy Bentham prihovárал za kodifikáciu britského sudcovského práva do podoby zákonníka, argumentoval tým, že občan plniaci požiadavky *common law* sa podobá na psa, ktorý sa dokáže naučiť poslúchať nový príkaz svojho pána jedine tak, že ho pán spätne potrestá za jeho predošlé nesplnenie.²⁰ Totiž pre obyčajného človeka bolo *common law* príliš neprehľadné, plné tisícok výnimiek, pričom jeho neustály vývoj a prispôbovanie sa konkrétnym okolnostiam prípadu pôsobilo retroaktívne. Toto je uplatňovanie materiálnej racionality v praxi.

Kontinuum medzi formálnym a právnym štátom: hľadanie stredy

Rozlíšenie medzi formálno-právnu a materiálno-právnu racionalitou je do určitej miery umelé. Tohto faktu si bol vedomý aj Radbruch, keďže podľa jeho názoru formálna hodnota právnej istoty obsadzuje „*podivuhodnú stredovú pozíciu medzi účelnosťou a spravodlivosťou: je jednak vyžadovaná z pohľadu všeobecného blaha, jednak ale aj z pohľadu spravodlivosti. Je taktiež súčasťou požiadavky spravodlivosti, aby právo dávalo istotu, že nebude vykladané a aplikované dnes a tu takto, zajtra a inde inak*“.²¹ Konflikt medzi právnou istotou a spravodlivosťou sa tak dá interpretovať ako konflikt spravodlivosti so sebou samou.

Podobne je to aj s ostatnými princípmi „materiálneho“ právneho štátu, ktoré kladú požiadavky nielen na obsah práva, ale aj na jeho formu. *Princíp rovnosti* nám hovorí, že všetci ľudia sa rodia rovní a že nemožno medzi nimi robiť neodôvodnené rozdiely. Rovnosť sama osebe je formálnou kategóriou, ktorá zabezpečuje morálnym a právnym úsudkom najvyššiu mieru koherencie.²² Na druhej strane presadzovanie formálnej rovnosti medzi fakticky nerovnakými ľuďmi môže viesť k neférovým alebo škodlivým dôsledkom, a preto je potrebné pri rovnosti zohľadniť aj materiálno-právne či politické úvahy.²³ *Prin-*

¹⁹ Porovnaj SUMMERS, R. S.: *Form and Function in a Legal System: A General Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 45

²⁰ „*Keď chce pán naučiť psa novým kúskom, vrhne sa naňho a zbije ho: zviera si tak zapamätá okolnosti, za ktorých bolo zbité a takto získaná informácia sa v jeho hlave premení na pravidlo common law. Takéto je právo, takéto to je tá beztestná, ale nevyhnutná, avšak o nič menej mrzá a úbohá tyrania, skrz celú šírku práva tvoreného súdmi a právnikmi, v ktorom nechal zákonodarca svoje spoločenstvo, opustiac ho i napriek povereniu, ktoré mu dalo.*“ BENTHAM, J.: *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 6. London: Simplin, Marshall & Co., 1843, s. 519 – 520.

²¹ RADBRUCH, G.: *Zákonné nepráv a nadzákonné právo*. In. RADBRUCH, G.: *O napätí medzi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 130 – 131.

²² KELSSEN, H.: *General Theory of Law and State*. New Brunswick – London: Transaction Publishers, 2006, s. 439 – 440. HARE, R. M.: *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952, s. 129 a nasl.

²³ MACKIE, J.: *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books, 1977, s. 83 a nasl.

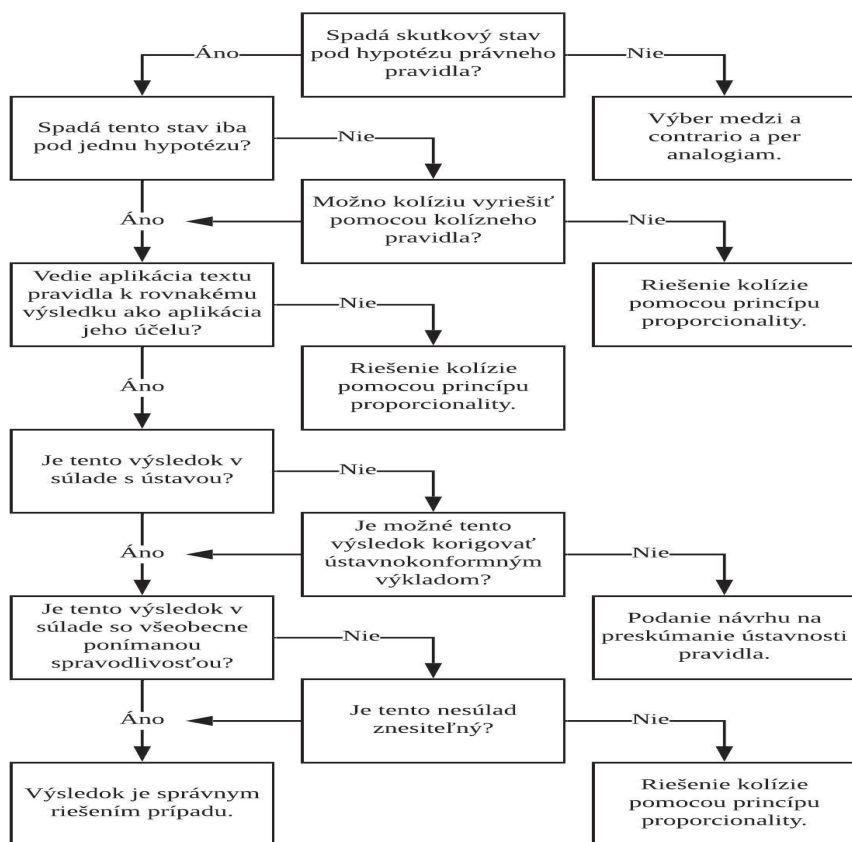
cíp ochrany ľudských práv a základných slobôd kladie v prvom rade požiadavky na obsah práva, no už len tým, že ľudské práva „*patria každému*“, kladú na právo aj požiadavku formálnu, podobne ako princíp rovnosti. *Princíp zvrchovanosti* ústavy vyjadruje požiadavku bezpodmienečnej viazanosti najvyšším zákonom štátu, sám osebe nám však nepovie, o čom sa v tomto zákone dočítame. *Ľudskú dôstojnosť* chránime cez obsah práva, napr. tým, že ľuďom garantujeme ich ľudské práva a základné slobody, ale rovnako aj cez formu práva, napr. tým, že právo ľuďom vopred zverejníme, aby mali príležitosť pre dobrovoľnú samoreguláciu. *Princíp proporcionality* nám hovorí, že pri dosahovaní verejných cieľov štát nesmie používať neprimerané prostriedky. Na prvý pohľad ide o obsahovú požiadavku, no keďže nasledovaniahodných legislatívnych cieľov je príliš veľa a potenciálnych nežiaducich účinkov legislatívy ešte viac, pri druhom pohľade sa princíp proporcionality javí aj ako požiadavka formálna.

Napokon to, že formálno-právne uvažovanie má svoje hodnotové opodstatnenie pripustil aj samotný ústavný súd ČR. Vo svojom náleze o legislatívnych prílepkoch konštatoval, že „dobré“ právo má nielen materiálne, ale aj formálne kvality: „*Ide tu o tzv. formálne hodnoty práva, ktoré síce neurčujú obsah právnych predpisov, majú však právu zaistiť existenciu, akceptáciu a aplikovateľnosť: hodnoty poriadku, predvídateľnosti, slobody od arbitrárnosti, právnej rovnosti či právnej istoty...*“²⁴ Azda nebude príliš odvážne tvrdiť, že aspoň niektoré z týchto formálnych hodnôt možno zaradiť medzi „*konštitutívne hodnoty demokratickej spoločnosti*“. Formálno-právna racionalita teda nie je hodnotovo neutrálna, ako sme sa dočítali v ustanovujúcom príbehu o materiálnom právnom štáte.

Teraz vidíme, že v rovine konštitutívnych hodnôt demokratického a právneho štátu je delenie medzi formálnymi a materiálnymi hodnotami pomerne neostré, takže robiť na jeho základe striktné odlíšenie nelegitímneho štátu od štátu legitímneho, neudržateľnej právnej argumentácie od argumentácie akceptovateľnej, je pomerne dosť riskantnou operáciou. Pozrime sa však bližšie na samotnú argumentáciu:

V tomto obore úvahy sa dá rozdiel medzi formálno-právnou a materiálno-právnou racionalitou koncipovať ako kontinuum. Na jeho formálnom okraji stojí aplikácia práva založená na doslovnom výklade textu zákona bez akéhokoľvek ohľadu na jeho účel, pričom na jeho materiálnom okraji stojí „aplikácia“ práva založená na morálno-politických úvahách sudcu bez akéhokoľvek ohľadu na text zákona. V strede sa nachádzajú postupy, ktoré sa viac či menej približujú buď k jednému alebo druhému okraju. Zvolená argumentačná technika sa bude líšiť od konkrétnych okolností rozhodovaného prípadu. Užitočné je vychádzať z rozlíšenia medzi jednoduchými a zložitými prípadmi, pričom základný aplikačný kánon znie, že **čím jednoduchší je rozhodovaný prípad, tým formalistickejšia má byť aplikácia príslušného pravidla**. Určovanie miery zložitosti prípadu má viacero vzájomne prepojených vrstiev, ktorých kombináciou možno získať náčrt provizórneho rozhodovacieho algoritmu, akým je napríklad tento:

²⁴ Nález ÚS ČR so sp. zn. Pl. ÚS 77/06 zo dňa 15. februára 2007 (Legislativní přílepky a jejich ústavnost), bod 45.



Čím nižšie a čím častejšie doprava sa necháme algoritmom viesť, tým materialistickejšia bude naša argumentácia. Excesy vznikajú nielen vtedy, keď má sudca príliš úzky zorný uhol, napr. keď sa apriori odmieta zaoberať otázkou, či je aplikácia textu pravidla v súlade s aplikáciou jeho účelu alebo s ústavou (prílišný formalizmus), ale aj vtedy, keď má sudca príliš široký zorný uhol, napr. keď apriori uprednostňuje aplikáciu účelu pravidla pred jeho textom alebo apriori dáva prednosť princípu proporcionality pred klasickou subsumpciou (prílišný materializmus). Algoritmus možno štruktúrovať ďalej, pričom spolu s mierou zložitosti jednotlivých prípadov rastie aj prípustnosť argumentačnej techniky na škále od krajného formalizmu ku krajnému materializmu. Pripomeňme si však, že veľkú časť agendy všeobecných súdov tvoria prípady jednoduché, nie zložité, čo vytvára predpoklad pre to, aby tieto súdy volili skôr formalistickú ako materialistickú argumentáciu. K tomu dodajme, že veľkú časť zložitých prípadov spôsobuje nejasnosť predpisov, nie ich nespravodlivosť, čo znamená, že tak ako je neadekvátny ich čisto doslovný výklad, tak je neadekvátna aj ich úplná ignorácia pod zámienkou, že namiesto nich treba aplikovať morálku, spravodlivosť či iné príbuzné pojmy. Aký záver si možno z tejto úvahy vyvodit'?

Záver

Na začiatku sme si predstavili ustanovujúci príbeh materiálneho právneho štátu, ktorý poslúžil českému a slovenskému ústavnému súdu ako užitočná fikcia na posilnenie ich právomocí. Niekde na pomyselnom konci máme nálež, v ktorom si ústavný súd SR dovoľil zrušiť časť ústavy z dôvodu jej rozporu s inou časťou ústavy, hoci k vydávaniu takýchto rozhodnutí nebol nikým oficiálne zmocnený.²⁵ V mene ochrany materiálneho právneho štátu sa teda ústavný súd postavil nad ústavu a rozhodol podľa akéhosi pomyselného nadústavného práva. To by azda mohlo byť akceptovateľné, ak by takýmto postupom zrušil predpis upierajúci ľudské práva určitej spoločenskej skupine, nie však predpis zakladajúci bezpečnostné previerky sudcov. Boj proti prílišnému formalizmu nás teda vrhol do opačného extrému: do prílišného materializmu. A teraz sa zdá, že to, čo ničí telo pacienta, nie je jeho pôvodná choroba, ale nežiaduce účinky liekov, ktoré sme mu predpísali. Na mieste je teda otázka, či by sme mu nemali znížiť dávkovanie.

Abstract: The aim of this text is to put the so called material rule of law under review. Firstly, we will demonstrate that the shortcomings due to which non-positivists Radbruch and Fuller refused the Third Reich to be thought as an empire of law were rather formal than material. Subsequently, we will show that the transition from formal to material rule of law and vice versa is continuous and that different styles of argumentation can correspond to these counterparts to a greater or lesser extent. Finally, we will show that tenable legal arguments should avoid these two extremes: they should be neither too formalistic, nor too materialistic.

Key words: material rule of law, formal rule of law, formalism, Third Reich, non-positivism

Použitá literatúra

- Bentham, J.: *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 6. London: Simplin, Marshall & Co., 1843.
- Fuller, L. L.: Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*. vol. 71, no. 4, 1958.
- Fuller, L. L.: *Morálka práva*. Praha: Oikymenh, 1998.
- Hare, R. M.: *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952.
- Kelsen, H.: *General Theory of Law and State*. New Brunswick – London: Transaction Publishers, 2006.
- Kühn, Z.: Formalismus a antiformalismus v soudcovské argumentaci. In: Gerloch, A. – Tryzna, J. – Wintri, J. (eds.): *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.
- Mackie, J.: *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books, 1977.
- Nelson, W. E.: The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America. *Harvard Law Review*. 1974, vol. 87, no. 3.
- Radbruch, G.: *Zákonné nepráv a nadzákonné právo*. In: Radbruch, G.: *O napětí mezi účely práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.
- Sobek, T.: *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010.
- Sobek, T.: *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011.
- Summers, R. S.: *Form and Function in a Legal System: A General Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

²⁵ Pozri bližšie nálež ÚS SR so sp. zn. PL. ÚS 21/2014 vydaný dňa 30. januára 2019.

II. KAPITOLA: ÚSTAVNÉ ZAKOTVENIE

- 1) SERZHANOVA, V.: Kilka refleksji o władzy państwowej
- 2) OROSZ, L.: O (posilňování) súdnej moci
- 3) GAJDOŠÍKOVÁ, L.: Právo/právny poriadok a rozhodovacia činnosť ústavného súdu slovenskej republiky
- 4) HALÁSZ, I.: Preambula v maďarskom ústavnom vývoji – obsah a normativita

KILKA REFLEKSJI O WŁADZY PAŃSTWOWEJ

SERZHANOVA, V.

1. Pojęcie i źródła władzy

Zagadnienie władzy¹ jest nierozłącznie związane z funkcjonowaniem państwa. Współcześnie wśród teoretyków nie ma w zasadzie sporu co do faktu, że władza pozostaje zjawiskiem społecznym, a jego podstawą są stosunki między jednostkami, grupami społecznymi a instytucjami². W literaturze przedmiotu istnieją jednak różne podejścia w definiowaniu władzy. Wymienia się tu między innymi ujęcie normatywne, socjologiczne, teologiczne, instrumentalne, strukturalne, konfliktowe itd.³.

Najtrafniej jednak istotę władzy wydaje się oddawać podejście behawioralne⁴. Zgodnie z nim władzę należy rozumieć jako charakterystyczny stosunek wiążący dwie pozycje lub dwie osoby zajmujące określone pozycje w grupie, które wywierają na siebie szczególnego rodzaju wpływ. Polega on na tym, że osoba zajmująca jedną pozycję kontroluje zachowania osoby zajmującej drugą pozycję i odwrotnie. Kontrola tutaj rozumiana jest szeroko, nie tylko jako nadzór nad czymś zachowaniem, ale także jako wywieranie wpływu na nie, manipulowanie nim. Ogólnie rzecz ujmując, władzą jest różnica między stopniem kontroli zamierzonego zachowania jednej osoby przez drugą a stopniem kontroli zachowania tej drugiej osoby przez pierwszą. Wynika z tego, że pewne pozycje z punktu widzenia przypisanej do nich władzy zajmują wyższe miejsca w jej hierarchii, a inne niższe. Oznacza to również, że osoby zajmujące wyższe pozycje w znacznie większym stopniu mogą kontrolować zachowania osób zajmujących niższe pozycje i odwrotnie⁵.

Istnieją różne źródła władzy, przez które należy rozumieć pewne środki prowadzące do wykonywania zamierzonej kontroli lub też pewne podstawy, na których opiera się władza jednej osoby nad drugą. F.E. French i S. Mika zgodnie wyróżniają pięć takich źródeł⁶.

Prof. nadzw. dr hab. Viktoria Serzhanova, Kierownik Zakładu Ustrojów Państw Europejskich, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego, Polska

¹ Szerzej o zagadnieniu władzy zob. V. SERZHANOVA, S. SAGAN, *Nauka o państwie współczesnym*, Warszawa 2013, s. 104–115.

² J. FILIP, J. SVATOŇ, J. ZIMEK, *Základy státovědy*, Brno 2006, s. 13.

³ Szerzej zob. M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii polityki*, Lublin 1996, s. 112 i n.; A. REDELBACH, S. WRONKOWSKA, Z. ZIEMBIŃSKI, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 26; P. Dobrowolski, S. Wróbel, *Wprowadzenie do nauki o polityce*, Katowice 1987, s. 72–73.

⁴ Behawioralne podejście do definiowania pojęcia władzy jest najczęściej spotykane w literaturze prawniczej, politologicznej, socjologicznej i psychologicznej. Przedstawicielem takiego podejścia był M. Weber, por. N.P. BARRY, *An Introduction to Modern Political Theory*, London 1989, s. 97; R. BENDIX, *Max Weber. An Intellectual Portrait*, New York 1960, s. 294 i n.; C. CASTORIADIS, *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York 1991, s. 149; J.K. GALBRAITH, *The Anatomy of Power*, London 1994, s. 2; A. HEYWOOD, *Politologia*, Warszawa 2006, s. 7, 14; J. ISAAC, *Conception of Power*, w: *Encyclopedia of Government and Politics*, red. M. Hawkesworth, M. Kogan, New York 1992, t. I, s. 57; w literaturze polskiej P. ANDRZEJEWSKI, P. DESZCZYŃSKI, K. GOŁATA, M. SZCZEPANIAK, *Europejskie systemy polityczne*, Poznań 1996, s. 30; P. ANDRZEJEWSKI, P. DESZCZYŃSKI, K. GOŁATA, *Wybrane zagadnienia z nauki o polityce*, Poznań 1991, s. 30; M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 112; J. MIELECKI, *Władza polityczna*, w: *Podstawowe kategorie teorii polityki*, red. J. Mielecki, Wrocław 1979, s. 33; F. RYSZKA, *Delimitacja władzy politycznej*, w: *Elementy teorii polityki*, red. K. Opalek, Warszawa 1989, s. 83–87; C. ZNAMIEROWSKI, *Prolegomena do nauki o państwie*, Poznań 1947–1948, s. 112.

⁵ S. MIKA, *Wstęp do psychologii społecznej*, Warszawa 1972, s. 258–259.

⁶ Kompetentnie postawy władzy omawia S. Mika, *ibidem*, s. 259 i n.

Pierwsze z nich polega na przestrzeganiu przez osoby znajdujące się w strukturze władzy określonych form społecznych przyswojonych w dzieciństwie. Takie nawyki, jak np. posłuszeństwo wobec rodziców czy osób starszych wiekiem albo pod względem pozycji w strukturze władzy, wynosimy jako podstawowe wartości z domu i rodziny, szkoły oraz otaczającego nas środowiska. W okresie dzieciństwa zatem łatwo uczymy się hierarchicznej struktury władzy oraz akceptacji kontroli naszego zachowania przez osoby stojące od nas wyżej.

Drugie źródło władzy jednego człowieka nad drugim stanowi posiadana przez niego wiedza – jest to tzw. władza eksperta. Polega na pozwoleniu osobie kompetentnej, posiadającej wiedzę eksperta w określonej dziedzinie kontrolować nasze zachowania, gdyż zakładamy, że ją rzeczywiście ma i właściwie wykorzystuje. Cechą charakterystyczną władzy eksperta jest to, że z natury rzeczy jest ona ograniczona do pewnego określonego zakresu spraw, do którego posiadana przez niego wiedza się odnosi. Dostyc często korzysta się jednak z opinii ekspertów w różnych dziedzinach naszego życia codziennego.

Trzecie źródło władzy opiera się na nagrodzie, a właściwie na możliwości nagradzania osoby zajmującej niższą pozycję przez osobę znajdującą się na pozycji wyższej. Polega na tym, że jeżeli pewne akty podporządkowania się władzy innego człowieka były w przeszłości w jakiś sposób nagradzane (np. przez zaspokojenie takich czy innych potrzeb), to w późniejszym czasie osoba stojąca niżej w hierarchii oczekuje nagrody za poddanie się kontroli przeprowadzanej przez osobę hierarchicznie wyższą i dlatego zachowuje się zgodnie z jej poleceniami. Z taką podstawą władzy mamy do czynienia np. w sytuacji, gdy dziecko stara się w szczególnie staranny i pilny sposób odrobić lekcje, oczekując za to pochwały albo innego rodzaju nagrody od rodziców bądź nauczycieli. Nagradzanie ponadto tworzy pozytywny stosunek osoby kontrolowanej do sprawującego władzę.

Źródło czwarte stanowi przeciwieństwo władzy opartej na nagrodzie, opiera się bowiem na karze. Polega na poddawaniu się kontroli osoby usytuowanej wyżej w hierarchii na podstawie przeświadczenia z przeszłości, że jeżeli tego nie uczyniła, to otrzymywała od osoby zajmującej pozycję wyższą karę, która wywoływała przykrość albo strach. Zatem lęk przed otrzymaniem kary i chęć jej uniknięcia skłania do podporządkowania się, ponieważ zmniejsza to prawdopodobieństwo zastosowania kary. Taka podstawa władzy może stanowić motywację do wykonywania poleceń służbowych przez niektórych podwładnych. Prowadzi zarazem do osłabienia pozytywnego stosunku osoby usytuowanej na niższym szczeblu hierarchii do osoby sprawującej władzę przy zastosowaniu kar⁷.

Wreszcie ostatnie, piąte źródło władzy polega na identyfikacji osoby znajdującą się niżej z osobą stojącą wyżej w hierarchii władzy. Oznacza to posiadanie przez osobę podporządkowaną bardzo pozytywnej postawy, a nawet silnej więzi uczuciowej z osobą sprawującą nad nią władzę, będącej powodem, dla którego poddaje się kontroli i wykonuje polecenia. Taki rodzaj władzy ma miejsce w przypadku dzieci wobec swoich ukochanych rodziców czy też podwładnych w stosunku do lubianego przełożonego, choć ta ostatnia sytuacja nie zdarza się zbyt często.

W praktyce podział ten, dość sztucznie rozgraniczający różne podstawy władzy, nie występuje w klasycznie wyodrębnionych formach, ponieważ w warunkach naturalnych sprawowanie władzy najczęściej wynika z kilku różnych źródeł naraz. Zarówno władza

⁷ O zdolności do wynagradzania i karania z nieco innej perspektywy, mianowicie o ich utożsamianiu z władzą w znaczeniu wąskim, pisze A. HEYWOOD, *Politologia...*, s. 7.

rodziców nad dziećmi czy nauczycieli nad uczniami, jak i przełożonych nad podwładnymi może wynikać nie tylko z pewnych zachowań przyswojonych w dzieciństwie, ale także z chęci otrzymania nagrody, obawy przed karą czy też pozytywnego stosunku do sprawującego władzę.

2. Władza państwowa a rządzenie

Jednym z najbardziej istotnych dla funkcjonowania państwa zagadnień władzy jest pojęcie władzy politycznej. Jest to taka kategoria władzy, która ma pośredni lub bezpośredni związek z konfliktami wynikającymi na tle podziału różnego rodzaju dóbr publicznych⁸, występującymi w dużych grupach społecznych, jakimi są państwa, narody, grupy wyznaniowe, związki zawodowe itp.⁹. Występuje we wszystkich współzależnych strukturach społecznych, w których konieczne jest przezwyciężanie sprzeczności interesów jednostek i grup podlegających tym samym ośrodkom decyzyjnym i obowiązującym normom postępowania¹⁰.

Głównym kryterium charakteryzującym władzę polityczną jest wyposażenie co najmniej jednego z podmiotów stosunku władzy w realną możliwość podejmowania ważnych decyzji politycznych, istotnych dla społeczeństwa, regulujących zachowanie dużych grup osób. Kryterium dodatkowym, ale niemniej ważnym, jest posiadanie przez ów podmiot rzeczywistej możliwości egzekwowania podjętych decyzji przy pomocy w pełni zorganizowanego aparatu w celu wymuszenia określonego zachowania, włącznie z zastosowaniem przymusu państwowego¹¹.

Władzę polityczną należy zatem rozumieć jako system stosunków społecznych zachodzących między podmiotami władzy, który polega na możliwości stosowania stałego instytucjonalnego przymusu w celu wymuszenia na drugiej stronie określonego zachowania¹².

Wyjaśnienie pojęcia władzy politycznej jest o tyle ważne w kontekście rozważań o państwie, że państwo jest jej nosicielem, obywatele zaś oraz duże grupy i organizacje społeczne są jej podmiotami w strukturach wewnątrz- i międzypaństwowych. W stosunkach władzy politycznej można mówić o podmiotach uprawnień władczych, którymi są organy państwowe i organizacje społecznych, wykonujące zadania państwa, oraz podmiotach podporządkowanych, takich jak społeczeństwo, naród czy obywatele¹³.

⁸ Kompetentnie pojęcie dóbr publicznych, zarówno materialnych, jak i niematerialnych, a także istotę władzy politycznej w tym kontekście wyjaśnia K. PAŁECKI, *Wprowadzenie do normatywnej teorii władzy politycznej*, w: *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, red. B. Szmulik, M. Żmigrodzki, Lublin 2007, s. 203–204.

⁹ M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 115 za: P. ANDRZEJEWSKI, P. DESZCZYŃSKI, K. GOŁATA, *Wybrane zagadnienia...*, s. 30; J. KOWAŁSKI, W. LAMENTOWICZ, P. WINCZOREK, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1983, s. 86; N. NIZIO-BARON, *Podstawowe kategorie nauki o polityce*, w: *Nauka o polityce*, red. J. Misztal, Gliwice 1985, s. 35.

¹⁰ M. GULCZYŃSKI, *Nauka o polityce*, Warszawa 2007, s. 59; P. WINCZOREK, *Wstęp do nauki o państwie*, wyd. 2, Warszawa 1997, s. 27.

¹¹ Na kryteria wyróżniające władzę polityczną zwracają uwagę M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 115 oraz A. KORYBSKI, Z. SZELIGA, M. ŻMIGRODZKI, *Współczesne państwowe systemy polityczne*, Lublin 1987, s. 23–24.

¹² Definicję władzy politycznej w niniejszej publikacji przyjęto za: M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 116. Por. także M. KARWAT, *Podstawowe problemy metodologiczne języka nauki o polityce*, w: *Wprowadzenie do teorii polityki*, red. P. Georgica, Warszawa 1982, t. I, s. 103.

¹³ M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 116; M. Gulczyński, *Nauka...*, s. 59.

Szeroko rozumiane pojęcie władzy politycznej (*sensu largo*) mieści w sobie następujące kategorie władzy¹⁴:

- 1) władzę polityczną w znaczeniu wąskim (*sensu stricto*);
- 2) władzę państwową;
- 3) władzę publiczną.

Władza polityczna *sensu stricto* należy do partii politycznej, która zwyciężyła w wyborach do parlamentu, względnie do partii tworzących koalicję rządową¹⁵.

Władzę państwową sprawuje wskazany w ustawie zasadniczej podmiot, którego zakres kompetencji określają normy prawne¹⁶. Podstawowym kryterium wyróżniającym władzę państwową jest zatem jej prawnonormatywny charakter. Oznacza to, że władza państwowa różni się od innych kategorii władzy czynnikiem normatywnym, wynika ona z regulacji prawnych, a jej sprawowanie determinowane jest przez postanowienia konstytucji i inne normy prawne¹⁷. Do podstawowych cech charakteryzujących pojęcie władzy państwowej można ponadto zaliczyć:

- 1) powszechność;
- 2) brak odpowiedzialności;
- 3) niepodzielność;
- 4) zwierzchnictwo¹⁸.

Władza publiczna jest natomiast kategorią zarówno prawną, jak i socjologiczną, wykazującą z jednej strony więź formalną z władzą państwową, z drugiej zaś – związek faktyczny z władzą polityczną¹⁹.

Niektórzy autorzy pojmują władzę państwową z punktu widzenia jej podmiotu jako kategorię szeroko rozumianej władzy publicznej. Państwo bowiem pozostaje jej nosicielem, a więc podmiotem najwyższej władzy publicznej²⁰.

Pojęcie rządzenia, mające bezpośredni związek z rozważaniami dotyczącymi władzy (politycznej czy państwowej), nie wzbudza szczególnych kontrowersji w literaturze przedmiotu. Rozumiane jest jako proces wykonywania władzy państwowej, polegający na podejmowaniu decyzji oraz ich skutecznym wykonywaniu przy pomocy aparatu państwowego²¹. W szczególności rządzenie polega na rozstrzyganiu konfliktów i sporów wynikających z zaspokajania potrzeb społeczeństwa, zapewnianiu trwałej pozycji państwa w stosunkach międzynarodowych, a także ładu, porządku i bezpieczeństwa wewnętrznego. Po-

¹⁴ Powyższą klasyfikację tworzą: M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 116–117. Odmienne koncepcje, typologie oraz cechy charakterystyczne władzy politycznej przedstawiają inni badacze istoty tego zjawiska. Por. A. CZAJOWSKI, *Władza polityczna. Analiza pojęcia*, w: *Kategorie analizy politologicznej*, red. A.W. Jabłoński, L. Sobkowiak, Wrocław 1991, s. 35; *Politologie*, Brno 1993, s. 67 i n.

¹⁵ M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 116–117.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ J. FILIP, J. SVATOŇ, J. ZIMEK, *Základy státovědy...*, s. 17–18.

¹⁸ E.S. RAPPAPORT, *Państwo i prawo. Zarys krytyki radykalnej*, Warszawa 1909, s. 16. Na cechy te zwracają uwagę także M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 115.

¹⁹ M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 115.

²⁰ O państwie jako oryginalnym nosicielu władzy publicznej pisze J. FILIP, J. SVATOŇ, J. ZIMEK, *Základy státovědy...*, s. 18; D. HENDRYCH, *Právnícké osoby veřejného práva. Správní právo*, Praha 1996, č. I, s. 8; V. VEVERKA, J. BOGUSZAK, J. ČAPEK, *Základy teorie práva a právní filozofie*, Praha 1996, s. 111; J. Becker, *Gewaltenteilung im Gruppenstaat*, Baden-Baden 1986, s. 103.

²¹ Zob.: X. SZANIAWSKI, *O rządzeniu y radzeniu*, Warszawa 1810, s. 4; A. REDELBACH, S. WRONKOWSKA, Z. ZIEMBIŃSKI, *Zarys teorii...*, s. 56; M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 120; W. PIETRAS, *Władza polityczna i jej przedmiot*, „Studia Nauk Politycznych” 1985, nr 3–4, s. 90.

nadto rządzenie obejmuje działalność gwarantującą zabezpieczanie środków finansowych na funkcjonowanie aparatu państwowego i realizację jego zadań, zwłaszcza działalność prawodawczą, administracyjną i sądową²².

3. Legitymizacja władzy

Termin „legitymizm” pochodzi od łacińskiego *legitimus*, co oznacza „zgodny z prawem” (od *lex, legis* – prawo).

Legitymizacja władzy zawiera dwa aspekty:

- 1) prawny;
- 2) społeczny²³.

Legitymizacja prawna w istocie rzeczy oznacza legalizację władzy. To znaczy, że rządzący objęli władzę i wykonują ją zgodnie z obowiązującym prawem, tj. przede wszystkim z normami zawartymi w ustawie zasadniczej i ustawach, zwłaszcza tych, których wydanie przewiduje sama konstytucja, a które odnoszą się do legitymizacji (legalizacji) wykonywania władzy publicznej (ordynacje wyborcze, ustawy o partiach politycznych, zgromadzeniach, referendum, trybie powoływania na określone funkcje publiczne).

Dla legalizacji funkcjonowania organów państwa istotne znaczenie ma tworzenie i określanie zakresu ich kompetencji w drodze ustawy, a nie aktów niższego rzędu. Podobnie mechanizm przeprowadzania wyborów i referendum musi być stanowiony w ustawie. Oparcie w ustawie muszą mieć także formy (procedury) wykonywania władzy publicznej.

Legitymizacja społeczna polega na uznaniu, że rządzący i sposób sprawowania przez nich władzy uchodzą w opinii społecznej za uprawnione i godne akceptacji. Ważnym aspektem legitymizacji pozostaje wiara ludzi w to, że ich materialny i duchowy rozwój zależy od zachowania i poparcia istniejącego systemu społecznego.

Władza nigdy nie może liczyć na całkowitą akceptację wszystkich ludzi. Poparcie dla władzy jest zmienne i musi ona stale o nie zabiegać.

Legitymizacja władzy w znaczeniu poparcia większości decyduje o efektywności działania władz publicznych. Legitymizację zdobywa się, ale też można ją utracić.

Legitymizację władzy można zdobyć dzięki:

- 1) poddaniu się werdyktowi społecznemu, wyrażonemu w drodze referendum;
- 2) uzyskaniu uznania międzynarodowego;
- 3) skuteczności w sprawowaniu władzy;
- 4) upływowi czasu.

Legitymizację można utracić z powodu:

- 1) poważnego naruszenia norm przez rządzących, na których władza się opiera;
- 2) niskiej efektywności (nieskuteczności) w sprawowaniu władzy;
- 3) pojawienia się popularnej alternatywy²⁴.

²² M. CHMAJ, M. ŻMIGRODZKI, *Wprowadzenie do teorii...*, s. 121 oraz A. REDELBACH, S. WRONKOWSKA, Z. ZIEMBIŃSKI, *Zarys teorii...*, s. 57.

²³ E. ZIELIŃSKI, *Nauka o państwie i polityce*, Warszawa 1999, s. 156; także M. Orzechowski napisał interesującą monografię poświęconą doktrynie władzy opracowanej przez M. Webera, *Polityka, władza, panowanie w teorii Maxa Webera*, Warszawa 1984, *passim*.

²⁴ J.J. WIATR, *Socjologia polityki*, Warszawa 1999, s. 144 i 145.

Sprawdżaniem legitymizacji społecznej władzy pozostają masowe, nierzadko spontaniczne działania społeczeństwa, ujawniające się w demonstracjach, wiecach lub akcjach nieposłuszeństwa obywatelskiego.

Ważnym sygnałem dla władzy może być także niska frekwencja wyborcza. „Przeprowadzone badania wskazują, że udziału w wyborach częściej odmawiały osoby nastawione krytycznie wobec porządku instytucjonalnego oraz negatywnie oceniające sytuację w kraju”²⁵.

Inaczej poziomy legitymizacji władzy postrzega David Beetham, który ustala, że „władza jest legitymizowana, o ile:

- 1) jest zgodna z ustalonymi regułami;
- 2) reguły te znajdują usprawiedliwienie w przekonaniach zarówno sprawujących władzę, jak i podporządkowanych tej władzy;
- 3) istnieją przejawy akceptacji określonych stosunków władzy ze strony podporządkowanych”²⁶.

„We współczesnych systemach politycznych wyróżnić możemy dwa rodzaje poparcia: w ramach procesu wyborczego i poparcie typu mobilizacyjnego. Formy te mają odrębną logikę i inne konsekwencje. Instytucja wyborów łączy zazwyczaj dwie funkcje: bezpośredniego lub pośredniego wyboru rządu i wyrażenia dla tego rządu poparcia. Mobilizacja polityczna w większości przypadków spełnia tylko tę drugą funkcję. Wiąże się z tym odmienna rola, jaką w obu procesach odgrywają partie polityczne”²⁷.

„W wypadku mobilizacyjnego wzoru legitymizacji władzy podstawowe znaczenie ma siła przekonań zbiorowych, a nie demokratyczny wybór, dlatego legitymizacja tego typu wiąże się z monopolistycznymi roszczeniami rządzącej partii – w sferze doktrynalnej, organizacyjnej i politycznej. Legitymizacja poprzez demokratyczne wybory nie tylko dopuszcza, ale wręcz wymaga pluralizmu idei i formacji politycznych; w wypadku wzoru mobilizacyjnego publiczne wyrażanie alternatywnych poglądów lub przeciwstawianie się oficjalnej polityce rządu poza instytucjami rządzącej partii stanowi zagrożenie dla legitymizacji jej władzy. Legitymizacja przez masową mobilizację wymaga więc rozbudowanego systemu nadzoru i represji, który nie jest jej alternatywą, lecz koniecznym uzupełnieniem”²⁸.

4. Formy przejmowania władzy w państwie

Przejmowanie władzy w państwie może odbywać się w sposób legalny bądź nielegalny. Do legalnych metod należy:

- 1) dziedziczenie;
- 2) wybory.

Obie te formy mają legitymizację w obowiązującym prawie.

Dziedziczenie charakterystyczne dla monarchii zwykle regulują akty o charakterze konstytucyjnym, które ustalają zasady obejmowania tronu przez uprawnionych potomków

²⁵ K. KORZENIOWSKI, *Psychospołeczne uwarunkowania zachowań wyborczych*, w: *Psychologia polityczna*, red. K. Skarżyńska, Poznań 1999, s. 212.

²⁶ D. BEETHAM, *Legitymizacja władzy*, w: D. BEETHAM, M. BURTON, R. GUNTHER, J. HIGLEY, A. LIJPHART, S.M. LIPSET, S. ROKKAN, B.I. Page, *Elity, demokracja, wybory*, wybór i opracowanie J. Szczupaczyński, Warszawa 1993, s. 7.

²⁷ *Ibidem*, s. 20.

²⁸ *Ibidem*, s. 23.

dynastycznych. Znajdują się one w konstytucjach (Hiszpania, Holandia, Belgia, Norwegia, Maroko) albo w odrębnych aktach konstytucyjnych – o sukcesji tronu (Szwecja, Dania).

Współcześnie dopuszczane jest dziedziczenie tronu w linii żeńskiej (Dania, Szwecja, Wielka Brytania, Monako).

W krajach nordyckich konstytucje stawiają wymóg przynależności do kościoła ewangelicko-augsburskiego (Dania, Szwecja, Norwegia). Podobnie konstytucje państw muzułmańskich ustanawiają wymóg wyznawania islamu (Jordania, Maroko, Arabia Saudyjska, Brunei).

Obok dziedziczenia drugą formą przejmowania władzy są wybory, których istota tkwi w demokratycznej rywalizacji o władzę. Odbyna się ona na podstawie regulacji zawartych w ustawach zasadniczych i szczególnych ustawach dotyczących wyborów.

Natomiast do pozaprawnych metod przejmowania władzy należy zamach stanu, który polega na pozakonstytucyjnym nagłym sposobie zdobycia (lub usiłowania zdobycia) władzy państwowej przez jednostkę lub grupę najczęściej metodami siłowymi. Zdarza się również wykorzystanie pozamilitarnych form jej uzyskania, np. w formie fałszerstw wyborów.

Termin „zamach stanu” został rozpowszechniony przez język francuski – *coup d'État*. Przyjęli go również Anglicy w zmienionej wymowie. W języku włoskim znany jest jako *colpo di Stato*.

Celem zamachu stanu jest obalenie legalnych władz i przejęcie rządów w państwie. Najczęściej wykorzystuje się tu siły zbrojne i policję. Zamachy stanu były i są sposobem zdobywania władzy w państwach o niestabilizowanej demokracji, tam, gdzie nie istnieje społeczeństwo obywatelskie.

Bolesław Balcerowicz pisze: „przesłanek i przyczyn współczesnych wojskowych zamachów stanu jest wiele. Spośród nich największe znaczenie przypisuje się słabej państwowości, zarówno w wymiarze wydolności i sprawności struktur państw, jak i (przede wszystkim) niskiego stopnia świadomości państwowej narodu. Niedorozwójowi w sferze społeczno-politycznej towarzyszy niedorozwój gospodarczy. Najlepiej zorganizowaną, a niekiedy wręcz jedyną siłą polityczną tych krajów jest wojsko. Niedorozwój społeczno-polityczny uniemożliwia ograniczanie roli armii i podporządkowanie jej władzy cywilnej”²⁹.

Zamach stanu różni się sposobami przejęcia władzy³⁰. Jeżeli dokonują tego członkowie sił zbrojnych, to wówczas mamy do czynienia z przewrotem wojskowym. Ale może to być grupa osób cywilnych, która zainteresowana jest jedynie zmianą monarchy lub jego obaleniem. Nierzadko są to członkowie rodziny królewskiej – wówczas mamy do czynienia z przewrotem pałacowym. Niekiedy formą zamachu stanu staje się pucz (niem. *putsch* – uderzenie). Zwykle jest to słabo przygotowana (nieskuteczna) próba obalenia władz ze strony części armii. Przykładem może być pucz Kappa-Lütwita w marcu 1920 r. w Republice Weimarskiej czy też z 13 grudnia 1960 r. w Etiopii.

Taki sposób przyjęcia władzy jest bez wyjątku prawnie niedopuszczalny. Władza zostaje zdobyta z zastosowaniem przemocy i – co więcej – jest oparta na stosowaniu siłowych metod wymuszania dla niej posłuchu. Jaskrawo narusza obowiązujący ustroj polityczny oparty na konstytucji.

²⁹ B. BALCEROWICZ, *Sily zbrojne w państwie i stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2006, s. 52.

³⁰ M. GULCZYŃSKI, *Panorama systemów politycznych świata*, Warszawa 2004, s. 347 i n.

W XIX w. zamachy stanu były częstą formą przejmowania władzy państwowej w tzw. państwach trzeciego świata, w szczególności w Krajach Ameryki Łacińskiej i w Afryce³¹. Swoisty rekord pobiła Boliwia, gdzie w ostatnich 170 latach doszło do 190 zamachów stanu.

Obecnie ta forma przejmowania władzy należy do rzadkości. Jedyne kontynentem, gdzie do zamachów stanu dochodzi stosunkowo często, jest Afryka. Jednak problem ten M. Bankowicz widzi w następujący sposób: „obawiam się, iż koniunktura dla zamachów stanu – by tak to określić – w przyszłości może powrócić w regionach świata, gdzie sposób sięgania po władzę ma bogatą tradycję. Mam tu na myśli Amerykę Łacińską, a także Azję i Afrykę. Żadne problemy społeczne i polityczne nie zostały tam rozwiązane trwale, procedury demokratyczne nie zakorzeniły się głęboko i znaczna część społeczeństwa uważa je za obce sobie, a realizowany styl przywództwa politycznego reprezentuje nieziemnie niski poziom oraz jest szeroko kontestowany”³².

Abstract: Power is a very interesting phenomenon for the researchers of contemporary states. It has much influence on the way they are organized and the effectiveness of their functioning. This phenomenon is multidimensional and has remained in the area of focus of state theorists, lawyers, political scientists, sociologists, psychologists and representatives of many other sciences and disciplines. The aim of this paper is taking up an effort of selecting and verifying different approaches in defining of this complex notion, determining its sources, analyzing this issue in its various dimensions and categories, such as states power, political power, public power, as well as from the perspective of confronting it with other concepts directly related to it, such as ruling, legitimization and forms of its overtaking. This can help in its better comprehension and result in its more effective exercising for the benefit of common good of such a political organization of society as a state.

Key words: sources of power, state power, political power, public power, ruling, legitimization, form of overtaking power,

Bibliografia:

1. Andrzejewski P., Deszczyński P., Gołata K., *Wybrane zagadnienia z nauki o polityce*, Poznań 1991.
2. Andrzejewski P., Deszczyński P., Gołata K., Szczepaniak M., *Europejskie systemy polityczne*, Poznań 1996.
3. Balcerowicz B., *Sily zbrojne w państwie i stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 2006.
4. Bankowicz M., *Zamach stanu. Studium teoretyczne*, Kraków 2009.
5. Barry N.P., *An Introduction to Modern Political Theory*, London 1989.
6. Becker J., *Gewaltenteilung im Gruppenstaat*, Baden-Baden 1986.
7. Beetham D., *Legitymizacja władzy*, w: D. Beetham, M. Burton, R. Gunther, J. Higley, A. Lijphart, S.M. Lipset, S. Rokkan, B.I. Page, *Elity, demokracja, wybory*, wybór i opracowanie J. Szczupaczyński, Warszawa 1993.
8. Bendix R., *Max Weber. An Intellectual Portrait*, New York 1960.

³¹ A. ŁAWNICZAK, *Ustroje polityczne państw Latynoamerykańskich*, Wrocław 2008, s. 165 i n. Analiza afrykańskich zamachów stanu przeprowadzona została w: Z. Dobosiewicz, T. Łętocha, M.J. Malinowski, *Rola armii w Afryce*, Warszawa 1970, s. 90.

³² Teorię przewrotów państwowych w literaturze polskiej kompetentnie analizuje M. Bankowicz – wydał on kilka opracowań, m.in. *Zamach stanu. Studium teoretyczne*, Kraków 2009, s. 106 i 107.

9. Castoriadis C., *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York 1991.
10. Chmaj M., Żmigrodzki M., *Wprowadzenie do teorii polityki*, Lublin 1996.
11. Czajowski A., *Władza polityczna. Analiza pojęcia*, w: *Kategorie analizy politologicznej*, red. A.W. Jabłoński, L. Sobkowiak, Wrocław 1991.
12. Dobosiewicz Z., Łętocha T., Malinowski M.J., *Rola armii w Afryce*, Warszawa 1970.
13. Dobrowolski P., Wróbel S., *Wprowadzenie do nauki o polityce*, Katowice 1987.
14. Filip J., Svatoň J., Zimek J., *Základy státovědy*, Brno 2006.
15. Galbraith J.K., *The Anatomy of Power*, London 1994.
16. Gulczyński M., *Nauka o polityce*, Warszawa 2007.
17. Gulczyński M., *Panorama systemów politycznych świata*, Warszawa 2004.
18. Hendrych D., *Právnícké osoby veřejného práva. Správní právo*, Praha 1996, č. I.
19. Heywood A., *Politologia*, Warszawa 2006.
20. Isaac J., *Conception of Power*, w: *Encyclopedia of Government and Politics*, red. M. Hawkesworth, M. Kogan, New York 1992, t. I.
21. Karwat M., *Podstawowe problemy metodologiczne języka nauki o polityce*, w: *Wprowadzenie do teorii polityki*, red. P. Georgica, Warszawa 1982, t. I.
22. Kowalski J., Lamentowicz W., Winczorek P., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1983.
23. Korybski A., Szeliga Z., Żmigrodzki M., *Współczesne państwowe systemy polityczne*, Lublin 1987.
24. Korzeniowski K., *Psychospołeczne uwarunkowania zachowań wyborczych*, w: *Psychologia polityczna*, red. K. Skarżyńska, Poznań 1999.
25. Ławniczak A., *Ustroje polityczne państw Łatynoamerykańskich*, Wrocław 2008.
26. Mielecki J., *Władza polityczna*, w: *Podstawowe kategorie teorii polityki*, red. J. Mielecki, Wrocław 1979.
27. Mika S., *Wstęp do psychologii społecznej*, Warszawa 1972.
28. Nizio-Baron N., *Podstawowe kategorie nauki o polityce*, w: *Nauka o polityce*, red. J. Misztal, Gliwice 1985.
29. Orzechowski M., *Polityka, władza, panowanie w teorii Maxa Webera*, Warszawa 1984.
30. Pałeczki K., *Wprowadzenie do normatywnej teorii władzy politycznej*, w: *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, red. B. Szmulik, M. Żmigrodzki, Lublin 2007.
31. Pietras W., *Władza polityczna i jej przedmiot*, „Studia Nauk Politycznych” 1985, nr 3–4.
32. *Politologie*, Brno 1993, s. 67 i n.
33. Rappaport E.S., *Państwo i prawo. Zarys krytyki radykalnej*, Warszawa 1909.
34. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993.
35. Ryszka F., *Delimitacja władzy politycznej*, w: *Elementy teorii polityki*, red. K. Opalek, Warszawa 1989.
36. Serzhanova V., Sagan S., *Nauka o państwie współczesnym*, Warszawa 2013.
37. Szaniawski X., *O rządzeniu y radzeniu*, Warszawa 1810.
38. Veverka V., Boguszak J., Čapek J., *Základy teorie práva a právní filozofie*, Praha 1996.
39. Wiatr J.J., *Socjologia polityki*, Warszawa 1999.
40. Winczorek P., *Wstęp do nauki o państwie*, wyd. 2, Warszawa 1997.
41. Zieliński E., *Nauka o państwie i polityce*, Warszawa 1999.
42. Znamierowski C., *Prolegomena do nauki o państwie*, Poznań 1947–1948.

O (POSILŇOVANÍ) SÚDNEJ MOCI

OROSZ, L.

Úvodné poznámky

Za jednu z najvýznamnejších globálne sa uplatňujúcich tendencií vo vývoji vzájomných vzťahoch medzi jednotlivými mocami (ústavnými orgánmi) možno považovať rast významu súdnej moci, resp. posilňovanie postavenia súdnej moci v štruktúre delby moci. **Rast významu súdnej moci je objektívnym a logickým prejavom reálneho posilňovania právneho štátu**, teda štátu v ktorom sú všetky štátne orgány viazané právom, keďže súdy sú kľúčovým právnym garantom dodržiavania práva (právneho štátu).

Myšlienke rastu významu súdnej moci sa právnický erudovaný prostredie v zásade nebráni, skôr naopak teší sa všeobecnej (resp. presnejšie väčšinovej) podpore.¹ Menej ústretový prístup k posilňovaniu súdnej moci je príznačný skôr pre iné spoločenské vedy, ale aj mediálne prostredie, a to zvlášť vtedy, ak konkrétne vonkajšie (ale nie zriedka aj vnútorné) prejavy súdnej moci, zhmotnené v kontroverzných súdnych rozhodnutiach, k tomu zadávajú relevantné dôvody. Netajím sa tým, že zdieľam opatrnejší prístup k nárastu moci súdov, čo je podmienené jednak poznatkami a skúsenosťami, ktoré som, získal počas svojej profesionálnej kariéry,² ale aj tým, že sa stotožňujem s úsudkom, že moc, a zvlášť absolútna moc, zakladá v zásade vždy nebezpečné pokušenie, ktoré (žiaľ) nie zriedka vyústi do zneužitia moci, či svojvôle.

I. Formy posilňovania súdnej moci

Bez ohľadu na načrtnuté obavy sa žiada ešte raz podčiarknuť, že nárast významu súdnej moci vyplýva z (v demokratickom svete) globálne sa uplatňovanej tendencie upevňovania právneho štátu. Posilňovanie právneho štátu vo vnútroštátnom priestore je pritom **umocňované aj nadnárodnými faktormi, predovšetkým vývojom medzinárodného, ako aj európskeho práva**. Ochrana ľudských práv a základných slobôd tvorí v súčasnosti nepochybne jednu z najintenzívnejšie sa rozvíjajúcich súčastí medzinárodného práva a v európskom priestore tiež európskeho práva. Za týchto okolností možno **zvyšovanie**

prof. JUDr. Ladislav Orosz, CSc., Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach

¹ V ústavnoprávnej literatúre sa v ostatnom období objavilo množstvo hodnotných monografických diel, či vedeckých štúdií venovaných odôvodňovaniu, resp. obhajobe posilňovania súdnej moci, ale aj diela, v ktorých autori poukazujú na demokratický deficit súdnej moci vyslovujú vážene výhrady proti formujúcej sa sudcokrácii, resp. prejavom sudcovskej svojvôle, či neprimeranému sudcovskému aktivizmu. Z domácej odbornej literatúry možno poukázať napr. na dva oponujúce monografie PROCHÁZKA, R.: Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011 a ČALÍK, T.: Ústavný súd a parlament v konštitučnej demokracii, Bratislava: Wolters Kluwer, 2015. V českej odbornej literatúre sa obhajobe posilňovania súdnej moci venuje najmä Ján Kysela (pozri napr. jeho štúdiu KYSELA, J.: Kdopak by se „soudcovského“ státu bál. In: Šimíček, V. (ed.): Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu? Brno: Masarykova Univerzita, 2007, alebo relevantné časti jeho monografie KYSELA, J.: Ústava mezi právem a politikou – Úvod do ústavní teorie. Praha: Leges, 2014). Z pre domáceho čitateľa prístupných monografických diel sa mi zdá vhodné odkázať na mimoriadne hodnotnú monografiu Aharonu Baraka – BARAK, A.: Sudca v demokracii. Bratislava: Kalligram, 2016 atď..

² K tomu viac napr. OROSZ, L.: Rast moci ústavných súdov: limity a úskalia. In.: Metamorfózy práva ve střední Evropě, Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Znojmo 11. – 13. června 2008. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2008.

významu súdnej moci hodnotiť aj ako prejav úsilia recentných štátov dôsledne dodržiavať svoje medzinárodné záväzky, resp. záväzky vyplývajúce z práva Európskej únie.

K posilňovaniu súdnej moci dochádza primárne legislatívnou cestou, t.j. rozširovaním právomoci a pôsobnosti súdov. Popri tradičných sférach rozhodovacej agendy súdov (občianskoprávne a trestnoprávne veci) sa sféra ich pôsobnosti (nad rámec tradičnej agendy správneho súdnictva) postupne rozšírila na rozhodovanie v zásade všetkých kľúčových sporov, ktoré vznikajú vo sfére verejnej politiky. Tento jav sa príznačne v odbornej literatúre označuje ako **judicializácia verejného života, resp. judicializácia politiky**. Ide o rozhodovaciu agendu, ktorá je spravidla do pôsobnosti ústavných súdov, čo posilňuje (nielen) ich dominanciu vo sfére súdnej moci a zároveň im priznáva postavenie ústavného orgánu, ktorému je zverené právo „posledného slova“ vo vzťahu k v zásade všetkým rozhodnutiam najvyšších orgánov zákonodarnej, ako aj výkonnej moci.

Sekundárne dochádza k posilňovaniu súdnej moci v právo-aplikačnej praxi aj bez legislatívnych zásahov zákonodarnej moci, **teda faktickou cestou**, a to predovšetkým prostredníctvom rozhodovacej činnosti súdov. Ide o jav, ktorý možno označiť ako **súdny aktivizmus**, ktorý sa prejavuje vo viacerých formách. V prvom rade ide o súdny aktivizmus prejavujúci sa vo **vyvodzovaní a následnom uplatňovaní tzv. implicitných právomocí**, ktorý je spravidla argumentačne založený na uplatňovaní zásady zákazu odmietnutia spravodlivosti (*denegatio justitiae*), ako aj poukazom na zabezpečovanie kľúčovej funkcie orgánov súdnej moci, teda ochrany ústavnosti a zákonnosti. K posilňovaniu súdnej moci prostredníctvom rozhodovacej činnosti dochádza aj **upúšťaním od uplatňovania tradičnej rozhodovacej doktríny sudcovskej zdržanlivosti („judicial self restraint“)** a to zvlášť vo sfére tzv. **politických otázok („political question“)**, ktoré by mali byť ponechané v autonómnej rozhodovacej sfére „politických orgánov“, teda orgánov zákonodarnej a výkonnej moci, keďže ide o spory, ktoré môžu byť rozhodnuté v zásade len použitím politických kritérií.

Nemožno opomenúť ani to, že k posilňovaniu súdnej moci a zvyšovaniu prirodzenej autority súdov môže výrazne prispieť aj vysoká kvalita a presvedčivosť súdnych rozhodnutí premietajúca sa (v štátoch s vysokou politickou a právnou kultúrou) do ich (v zásade) všeobecnej akceptácie. K posilňovaniu autority súdov prostredníctvom zvyšovania presvedčivosti ich rozhodnutí, na rozdiel od uplatňovaní tzv. implicitných právomocí a presahom súdnych rozhodnutí do sféry tzv. politických otázok, ktoré spravidla vyvolajú odbornú, či politickú polemiku, nemožno mať žiadne výhrady (a preto nebude ani predmetom príspevku).

Hlavným cieľom môjho príspevku je aplikovať načrtnuté formy posilňovania súdnej moci na ústavné postavenie Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej aj „ústavný súd“) a jeho rozhodovaciu činnosť z ostatného obdobia a pokúsiť sa aj o ich rámcové vyhodnotenie.

II. Rozširovanie právomocí Ústavného súdu Slovenskej republiky

Ústavný súd Slovenskej republiky patrí z hľadiska obsahu a rozsahu rozhodovacích právomocí **nepochybne k najsilnejším ústavným súdom vo svete. Podľa aktuálneho stavu do jeho sféry patrí celkom 22 rozhodovacích právomocí**, čo zrejme zabezpečuje slovenskému ústavnému súdu celosvetový primát. Aktuálny rozsah právomocí ústavného súdu je v prvom rade podmienený tým, že slovenský ústavodarca sa pri schvaľova-

ní pôvodného textu ústavy **primárne inšpiroval nemeckým modelom ústavného súd-
nictva**, založenom na mnohosti kompetencií, tak vo sfére abstraktnej, ako aj konkrétnej
kontroly ústavnosti. Aj preto mal ústavný súd už podľa pôvodného znenia ústavy značne
široký rozsah právomocí a to aj napriek tomu, že **k dôslednému „prevzatiu“ nemecké-
ho modelu ústavného súdnictva došlo až po novelizácii ústavy vykonanej ústavným
zákonom č. 90/2001 Z.z.**, prostredníctvom ktorej sa (okrem iného) súčasťou jeho prá-
vomocí stalo v rámci konkrétnej kontroly ústavnosti aj rozhodovanie o „plnohodnot-
nej“³ ústavnej sťažnosti (čl. 127 ústavy v platnom znení), ako aj rozhodovanie o ko-
munálnej ústavnej sťažnosti (čl. 127a ústavy). Aj v období po roku 2001 však naďalej
dochádzalo prostredníctvom ďalších novelizácií ústavy a ústavného zákona č. 357/2004
Z.z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov (ďalej len
„ústavný zákon č. 357/2004 Z.z.“) **k lineárnemu (a prítom nekontrolovanému) rozši-
rovaniu právomocí ústavného súdu.**

Retrospektívne si možno položiť otázku, aké dôvody viedli Národnú radu Slovenskej
republiky (ďalej len „národná rada“) k postupnému (masívnemu) rozširovaniu rozhodova-
cích právomocí ústavného súdu. Podľa môjho názoru išlo o viacero dôvodov ale s rozdiel-
nou kvalitou. V prvom rade boli ústavnému súdu zverené **také právomoci, ktoré mu sys-
témovo patria**, t.j. ich zverenie do pôsobnosti všeobecných súdov by bolo značne proble-
matické (nesystémové). Sem patrí napr. právomoc rozhodovať o ústavných sťažnostiach,
alebo právomoc rozhodovať o ústavnosti rozhodnutia národnej rady o zrušení amnestie,
alebo milosti. Ďalším dôvodom, ktorý spôsobuje rozširovanie právomocí ústavného súdu
je skutočnosť, že v Slovenskej republike sa (doposiaľ) **úvahy o zriadení autonómneho
modelu správneho súdnictva, resp. aspoň Najvyššieho správneho súdu, nestretli s do-
statočnou politickou, ani odbornou podporou.** Aj preto bol ústavnému súdu zverený
výkon volebného súdnictva (čl. 129 ods. 2 ústavy) a podstatná časť referendumného súdnic-
tva (čl. 129 ods. 3 ústavy). Proti tomuto riešeniu nemožno mať (za súčasného stavu) systé-
movo vážnejšie výhrady a to aj napriek tomu, že ide o rozhodovacia agendu, ktorú by
všeobecným súdom bolo možné bez zásadnejších výhrad zveriť.

Ústavný súd však v súčasnosti **disponuje aj právomocami, ktoré mu podľa môjho
názoru systémovo nepatria.** Ide v prvom rade o právomoci vyplývajúce z ústavného zá-
kona č. 357/2004 Z.z. (resp. aspoň ich podstatná časť), ale tiež rozhodovanie o kompetenčných sporov, vrátane rozhodovania o tom, či je daná pôsobnosť Najvyššieho kontrol-
ného úradu (čl. 126 ústavy). Na skutočnosti, že **aj tieto právomoci boli zverené ústavné-
ho súdu sa podľa môjho názoru do značnej miery podpísala predovšetkým (stále
pretrvávajúca) vysoká nedôvera verejnosti k všeobecným súdom (rádovo vyššia než
je nedôvera k ústavnému súdu).** Nemožno však obísť ani to, že ústavodarca zveril ústav-
nému súdu viacero právomocí bez dôkladnejšej predchádzajúcej analýzy a dôslednejšej
racionálnej úvahy. V dôsledku toho ústavnému súdu „vďaka“ nekontrolovateľného náras-
tu rozhodovacej agendy pred niekoľkými rokmi reálne hrozil kolaps. V súčasnosti už nie
je situácia tak dramatická,⁴ domnievam sa ale, že **by bolo vhodné odňať ústavnému
súdu tie právomoci, ktoré mu systémovo nepatria.**

³ Plnohodnotnosť ústavných sťažností sa zabezpečila predovšetkým tým, že od 1. januára 2002 môžu smerovať
aj proti právoplatným rozhodnutiam všeobecných súdov.

⁴ K tomu podrobnejšie pozri OROSZ, L: Ústavný súd Slovenskej republiky v III. funkčnom období –
hodnotenie zainteresovaného (o sebareflexii a užitočných odkazoch pre nasledovníkov). In.: Ústavný súd
Slovenskej republiky v III. funkčnom období. Košice: UPJŠ, 2019, s. 70 – 72.

III. Súdny aktivizmus Ústavného súdu Slovenskej republiky

III.1 Uplatňovanie implicitných právomocí

V domácej odbornej literatúre sa v ostatnom období sformovala idea, že **ústavný súd disponuje aj implicitnými právomocami, ktoré sú v súvislosti so zabezpečovaním kľúčovej ústavnej funkcie ústavného súdu (ochrany ústavnosti) materiálne vyvoditeľné** predovšetkým z čl. 124 ústavy. Hlbšie teoretické rozpracovanie problematiky implicitných právomocí ústavného súdu možno nájsť najmä v odbornej spisbe Jána Drgonca, z ostatného obdobia, z ktorého kľúčovými východiskami sa vnútorne stotožňujem, a preto na účely tohto príspevku považujem za dostatočné na nich len odkázať.⁵ Žiada sa snáď len zdôrazniť, že **implikované právomoci ústavného súdu sú integrálne späté predovšetkým s existenciou (zdanlivých ale aj skutočných) ústavných medzier**⁶ a mali by primárne slúžiť k prekonávaniu takých ústavných medzier, ktoré znemožňujú, resp. závažným spôsobom sťažujú zabezpečovanie ochrany ústavou garantovaných a ústavou chránených hodnôt uplatnením explicitne vymedzených právomocí ústavného súdu.

Možnosť praktického uplatnenia implicitnej právomoci predstavuje pre sudcov ústavného súdu nepochybne veľkú výzvu. Treba však zároveň varovať pred tým, aby napĺňanie tejto výzvy nebolo sprevádzané prejavmi svojvôle, ktoré sú v demokratickom a právnom štáte neprípustné. **Implicitná právomoc musí byť v ústave „obsiahnutá“**, resp. presnejšie musí byť z ústavy vyodená (vyvoditeľná) a nie vymyslená.⁷ Podľa môjho názoru treba zároveň uplatnenie implicitnej právomoci považovať za prostriedok *ultra ratio*, ktorý možno uplatniť len vtedy, ak na ochranu ústavných hodnôt nemožno „využiť“ žiadnu z explicitne vymedzených právomocí ústavného súdu a to ani prostredníctvom ich extenzívneho výkladu.⁸

III.1.1 Právomoc zabezpečovať kontinuálne efektívnu ochranu základných práv a slobôd (aj proti právoplatným rozhodnutiam všeobecných súdov)

Prvý (významný) prejav uplatnenia implicitnej právomoci ústavného súdu je spojený so skutočnosťou, že pôvodné znenie čl. 127 ústavy upravujúceho inštitút ústavnej sťažnosti nezabezpečovalo efektívnu ochranu základných práv a slobôd, keďže ústavné sťažnosti mohli smerovať len „... *proti právoplatným rozhodnutiam ústredných orgánov štátnej správy, miestnych orgánov štátnej správy a orgánov územnej samosprávy ktorými boli porušené základné práva a slobody občanov, ak o ochrane týchto práv a slobôd nerozhoduje iný súd. ...*“. **a teda už nie proti právoplatným rozhodnutiam všeobecných súdov.**

⁵ Pozri najmä DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky. Teória a prax. Bratislava: C.H. Beck, 2016, s. 1314 a nasl.

⁶ K ústavným medzerám viac pozri napr. MACEJKOVÁ, I. – OROSZ, L.: Prekonávanie ústavných medzier v rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky (niekoľko príkladov z doterajšej praxe). In.: Sborník príspevku z konferencie. Monseho olomoucké právnické dny 2007. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2008.

⁷ Porovnaj DRGONEC, J.: Ústavné právo hmotné. 1. vydanie. Bratislava: C.H. Beck, 2018, s. 62.

⁸ Podľa Jána Drgonca (dielo citované v pozn. 5, s. 1316) bolo prvým prejavom uplatnenia implicitnej právomoci ústavného súdu už uznesenie I. ÚS 39/93 z 2. júna 1993, ktorým bol podaný výklad čl. 116 ods. 4 ústavy (k odvolávaniu člena vlády na návrh predsedu vlády), keďže podľa pôvodného znenia čl. 128 ústavy mohol ústavný súd podávať „len“ výklad ústavných zákonov a teda nie aj ústavy. S týmto názorom si dovoľím polemizovať. V označenom rozhodnutí ústavný súd totiž podľa môjho názoru rozhodol o výklade čl. 116 ods. 4 ústavy na základe racionálnej (extenzívnej) interpretácie čl. 128 ústavy a nie vyvodením implikovanej právomoci ústavného súdu.

Za tejto situácie bola množina vecí „pokrytých“ ústavnou sťažnosťou prakticky prázdna, a preto bolo potrebné v záujme efektívnej ochrany základných práv a slobôd, hľadať iné riešenie, ktoré by „pokrývalo“ aj ochranu vo vzťahu k právoplatným rozhodnutiam všeobecných súdov. Ústavný súd „našiel“ riešenie vyvodením implicitnej právomoci poskytnúť (efektívnu) ochranu základných práv a slobôd z (pôvodného znenia) čl. 130 ods. 3 ústavy, podľa ktorého „Ústavný súd môže začať konanie aj na podnet právnických osôb alebo fyzických osôb, ak namietajú porušenie svojich práv“, pričom do rámca takto vyvodenej právomoci zahrnul aj rozhodovanie o podnetoch namietajúcich porušenie základných práv a slobôd právoplatnými rozhodnutiami všeobecných súdov.⁹

Takto vyvodenú implikovanú právomoc ústavného súdu ústavodarcu premietol (ešte v širšom rozsahu) do nového (a aj v súčasnosti platného) znenia čl. 127 ústavy, ktoré sa stalo súčasťou ústavy na základe novelizácie vykonanej ústavným zákonom č. 90/2001 Z.z. **Implementácia nového znenia čl. 127 ústavy do ústavnej praxe sa nezaobišla bez problémov, ktoré ústavný súd preklenul taktiež vyvodením implicitnej právomoci**, tentoraz však už z ustanovenia čl. 124 ústavy, ktoré možno označiť „za generálne kompetenčné ustanovenie, ktorým sa inštitucionálne zabezpečuje ochrana ústavnosti.“¹⁰ Nedopatrenie ústavodarcu totiž spôsobilo, že po schválení novelizácie ústavy z roku 2001 stratilo od 1. júla 2001 platnosť a účinnosť pôvodné znenie čl. 130 ods. 3 ústavy, ktoré tvorilo ústavný základ dovtedy uplatňovanej implikovanej právomoci ochraňovať základné práva a slobody, ku ktorých porušeniu došlo právoplatnými rozhodnutiami všeobecných súdov, pričom nová znenie čl. 127 ústavy malo nadobudnúť účinnosť až 1. januára 2002. Ústavný súd na takto vzniknutú situáciu reagoval právnym názorom vysloveným v uznesení sp. zn. II. ÚS 72/01 z 24. októbra 2001, v ktorom sa uvádza: „Ústavný súd je podľa čl. 124 Ústavy Slovenskej republiky... súdnym orgánom ochrany ústavnosti. Tento článok ústavy zakladá právomoc ústavného súdu chrániť ústavnosť, predovšetkým základné práva a slobody. Ústavný súd aj v čase zrušenia ustanovení o podmete, a teda v čase neexistencie tzv. nového typu ústavnej sťažnosti do 1. januára 2002 je oprávnený a povinný poskytovať individuálnu ochranu základným právam a slobodám opierajúc sa o čl. 1 a o čl. 124 ústavy v spojení s tými článkami, ktoré upravujú základné práva a slobody.“ (pozri aj identické právne názory vyslovené vo veciach III. ÚS 114/01, I. ÚS 80/01, II. ÚS 3/02, III. ÚS 12/02). Na základe citovaného právneho názoru ústavný súd aj bez akejkoľvek výslovnej ústavnej opory poskytoval v prechodnom období (od 1. júla 2001 do 1. januára 2002) ústavnú ochranu základných práv a slobôd v dovtedajšom rozsahu, t.j. v rozsahu, v akom ju poskytoval v konaní o podnete podľa už neplatného znenia čl. 130 ods. 3 ústavy.¹¹ V tomto prípade si teda ústavný súd vyvodil z čl. 124 ústavy **právomoc zabezpečovať kontinuálne dosiahnutý štandard ochrany ústavných hodnôt**.

III.1.2 Právomoc chrániť materiálne jadro (identitu) ústavy

Zrejme najvýraznejší dopad na systém súdnej kontroly ústavnosti v Slovenskej republike však má (resp. bude mať) nález sp. zn. PL. ÚS 21/2014 z 30. januára 2019,

⁹ K tomu viac pozri GAJDOŠÍKOVÁ, E. – LUBY, J. – MOCHNÁČOVÁ, M. – OROSZ, L. – MACKO, R.: Rozširovanie právomoci Ústavného súdu Slovenskej republiky a aktuálne problémy rozhodovacej praxe. In: 15 rokov Ústavy Slovenskej republiky. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Košice 6. – 7. septembra 2007. Košice: UPJŠ, 2008.

¹⁰ DRGONEC, J.: dielo cit. v pozn. 5, s. 1317.

¹¹ K tomu podrobnejšie pozri MACEJKOVÁ, I. – OROSZ, L.: dielo cit. v pozn. 6., s. 22 a nasl.

prostredníctvom ktorého si **ústavný súd vyvodil (taktiež) z čl. 124 ústavy právomoc chrániť materiálne jadro ústavy a to aj vo vzťahu k ústavným normám, ktoré sa na základe novelizácie ústavy stali integrálnou súčasťou jej textu** a (implicitne) aj vo vzťahu k ústavným normám, ktoré sú obsiahnuté v samostatných ústavných zákonoch. Tomuto zásadnému záveru ústavného súdu predchádzala v domácej ústavnej teórii masívna „delostrelecká príprava“, ¹² rozpútaná zvlášť v období po náleze českého ústavného súdu Pl. ÚS 27/2009 z 9. septembra 2011 (kauza „Měličák“), ktorej výsledkom bolo väčšinové stotožnenie sa domácej ústavnej teórie s ideou, že aj slovenský ústavný súd disponuje (implicitnou) právomocou preskúmať súlad ústavných noriem tvoriacich materiálne jadro ústavy s ostatnými ústavnými normami. Tento teoretický záver si v označenom náleze osvojil aj ústavný súd a na jeho základe (okrem iného) vyslovil nesúlad ustanovení čl. 147 ods. 1 (poslednej vety), čl. 154d ods. 1 a 3 a čl. 141a ods. 9 (v časti slov „plniaceho úlohy ochrany utajovaných skutočností“) ústavy (v prvom rade) s čl. 1 ods. 1 ústavy, hoci platné a účinné znenie ústavy (pozri najmä čl. 125 ods. 1 ústavy) mu to neumožňuje.

Vo vzťahu k teoretickým východiskám, z ktorých sa nepochybne dá vyvodiť implikovaná právomoc ústavného súdu chrániť materiálne jadro ústavy, nemám závažnejšie výhrady. Napriek tomu som ako sudca ústavného súdu nález PL. ÚS 21/2014 nepodporil a svoje odlišné stanovisko k označenému stanovisku založil na argumentácii, podľa ktorej v tejto veci nebolo namieste (z rôznych dôvodov) uplatniť implikovanú právomoc ústavného súdu chrániť materiálne jadro ústavy (vo vzťahu k problematike tzv. bezpečnostných previerok sudcov, pozn). Napriek zásadnému (aj a hlavne precedenčnému) významu tohto nálezu pre fungovanie systému ochrany ústavnosti v Slovenskej republike nepovažujem za vhodné venovať sa v tomto príspevku jeho dôkladnejšej analýze, keďže ide o problematiku, ktorá zjavne presahuje jeho obmedzený priestorový rámec.

III.1.3 Právomoc preskúmať porušenie ústavnosti legislatívnou nečinnosťou (nenaplnením tzv. pozitívneho záväzku štátu)

Na svoje „objavenie“ podľa môjho názoru ešte len čaká (implicitná) **právomoc preskúmať porušenie ústavy legislatívnou nečinnosťou národnej rady**, príp. iného orgánu verejnej moci s normotvornou právomocou. **Dôsledkom legislatívnej nečinnosti je nenaplnenie tzv. pozitívneho záväzku štátu**, ktorý spočíva spravidla v povinnosti prijať zákon (alebo iné legislatívne opatrenie) v záujme ochrany a (vyožiteľnosti) dostupnosti ústavou (ale i medzinárodným a európskym právom) chránených hodnôt, predovšetkým základných práv a slobôd. V konkrétnych prípadoch môže legislatívna nečinnosť (neexistencia zákona) spôsobiť fyzickým osobám alebo právnickým osobám ujmu ústavnej intenzity, a preto je v podmienkach materiálneho právneho štátu potrebné mať k dispozícii procesné inštrumentárium, prostredníctvom ktorého by sa dotknuté subjekty mohli súdnou cestou domáhať, aby parlamentu bola uložená povinnosť prijať v primeranej lehote chýbajúci zákon.

¹² Popri už vyššie citovaných dielach J. Drgonca, pozri najmä monografie BREICHOVÁ LAPČÁKOVÁ, M.: Ústava a ústavné zákony. Bratislava: Kalligram, 2013 a BALOG B.: Materiálne jadro ústavy. Žilina: EUROKÓDEX, 2014, alebo štúdiu BRÖSTL, A.: O ústavnosti ústavných zákonov. In. In.: Metamorfózy práva ve střední Evropě, Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Znojmo 11. – 13. června 2008. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2008.

Právomoc ústavného súdu rozhodovať o porušení ústavy legislatívnou nečinnosťou zákonodarného orgánu nemá explicitne v ústave fixovanú veľa štátov.¹³ Zastávam však názor, že túto právomoc možno z ústavy vyvodit'. Ak aj odhliadneme od pozitívneho ústavného záväzku dodržiavať „...všeobecné pravidlá medzinárodného práva, medzinárodné zmluvy, ktorými je viazaná (Slovenská republika, pozn.) a svoje ďalšie medzinárodné záväzky“, výslovné deklarovaného v čl. 1 ods. 2 ústavy, možno modelovať viacero právnych situácií, pri ktorých by legislatívna nečinnosť štátu mohla spôsobiť ujem ústavnej intenzity, a preto by mala byť „sankcionovateľná“ uplatnením implikovanej právomoci ústavného súdu. Domnievam sa, že k takýmto právnym situáciám možno zaradiť predovšetkým

1. **Dlhodobé nenaplnenie ústavných blankiet**, t.j. neprijatie tzv. vykonávacích zákonov, bez ktorých sa stávajú niektoré ústavou garantované hodnoty reálne nedostupné /k takýmto ústavným hodnotám patria najmä základné práva zahrnuté do výpočtu obsiahnutého v čl. 51 ods. 1 ústavy, t.j. práva, ktorých sa možno domáhať „...len v medziach zákonov, ktoré tieto ustanovenia vykonávajú“, ale aj niektoré ďalšie základné práva, ktoré sú bezprostredné z ústavy nerealizovateľné (napr. volebné právo). Na prvý pohľad sa môže zdať, že je bezpredmetné túto právnu situáciu pripomínať, keďže v súčasnosti sú už v zásade všetky ústavné blankety naplnené. V perspektíve však treba vziať do úvahy, že prípadné ďalšie novelizácie ústavy by mohli obsahovať „nové“ ústavné blankety. Rovnako sa môže stať, že niektorý v súčasnosti platný vykonávací zákon (resp. jeho časť) stratí platnosť a následne aj účinnosť na základe derogačného nálezú ústavného súdu, čo by vyvolalo povinnosť národnej rady nanovo prijať vykonávací zákon v znení, ktoré bude ústavne konformné.

2. Nenaplnenie ústavného príkazu vyplývajúceho z platného referenda

V zhode s inými domácimi autormi¹⁴ zastávam názor, že povinnosť prijať určitý zákon môže vyvolať aj platné referendum. Tento záver vyplýva aj z judikatúry ústavného súdu, ktorý v odôvodnení uznesenia sp. zn. II. ÚS 31/97 z 21. mája 1997 okrem iného uviedol „Povinnosťou kompetentného štátneho orgánu je zabezpečiť, aby návrh prijatý v referende vyvolal potrebný právny účinok. ...Prijatie návrhu v referende má ústavnú relevanciu v tom zmysle, že ním občania zúčastnení na hlasovaní udelia parlamentu príkaz, aby v súlade s návrhom prijatým v referende zmenil časť ústavy (resp. zákona – pozn., L. O.), ktorá bola predmetom vyhláseného referenda.“. Vychádzajúc z citovaného sa domnievam, že jedným z právnych prostriedkov, prostredníctvom ktorého by sa táto povinnosť parlamentu dala vynucovať je práve uplatnenie analyzovanej implicitnej právomoci ústavného súdu vysloviť porušenie ústavy legislatívnou nečinnosťou národnej rady.¹⁵

III.2 Súdny aktivizmus vo sfére „political question“

Pri dôkladnej analýze doterajšej rozhodovacej činnosti ústavného súdu možno **nepochybné „natrafiť“ na celý rad rozhodnutí, pri ktorých slovenský strážca ústavnosti**

¹³ Z okolitých štátov možno spomenúť Maďarsko, kde sa táto právomoc ústavného súdu zahrnula do ústavnej úpravy už začiatkom v poslednom decéniu minulého storočia (k tomu viac pozri OROSZ, L.: Ústavný systém Maďarskej republiky – náčrt ústavného vývoja a základná charakteristika ústavy. Právny obzor, 2006. č. 1) a je súčasťou aj platnej ústavy z roku 2011.

¹⁴ Pozri BALOG, B. – TRELLOVÁ, L.: Povinnosť parlamentu prijať zákon. Právny obzor, 2012, č. 1, alebo DRGONEC, J. : dielo cit. v pozn. 7, s. 263.

¹⁵ Na margo uvedeného záveru sa žiada realisticky poznamenať, že uplatnenie tejto implicitnej právomoci ústavného súdu by síce nepochybné vyvolalo na parlament významný ústavný tlak, ale ani to by nemuselo v konečnom dôsledku zaručovať, aby si parlament splnil svoju z ústavy vyvoditeľnú povinnosť.

uplatnil aktivistický prístup, a to aj vo sfére „political question.“ Priestorové možnosti tohto príspevku neumožňujú priblížiť komplexnejší výpočet aktivistických rozhodnutí ústavného súdu, a preto sa zameriam len na rámcovú analýzu typovo príbuznej skupiny rozhodnutí, ktorými sa ústavný súd autoritatívne vyjadroval v rámci abstraktnej, ako aj konkrétnej (individuálnej) kontroly ústavnosti **k problematike súvisiacej s uplatňovaním kreačnej právomoci ústavných orgánov** (spravidla v spojení s ochranou základného práva na prístup k voleným a iným verejným funkciám za rovnakých podmienok podľa čl. 30 ods. 4 ústavy). Primárne ma k „voľbe“ práve tejto skupiny rozhodnutí vedie skutočnosť, že v zásade každé personálne rozhodnutie akéhokoľvek orgánu verejnej moci má (zásadnú) politickú dimenziu. Zároveň ide o sféru rozhodovacej činnosti ústavného súdu, ktorá najmä v ostatnom období vyvolala viacero kontroverzných diskusií, vedených tak v odbornej (nielen právnickej) tlači, ako aj v hromadných oznamovacích prostriedkoch. Navyše v zásade každé neprimerane aktivistické rozhodnutie vydané v súvislosti s preskúmaním personálnych rozhodnutí orgánov verejnej moci, ktorým si ústavný súd vyhradí (aj do budúcnosti) právo „posledného slova **formuje z neho silného „politického hráča“**, a teda „politizuje“ jeho ústavné postavenie. Personálne rozhodnutia orgánov verejnej moci možno rozčleniť do dvoch veľkých skupín, a to

- a) rozhodnutia o ustanovení do verejnej funkcie,
- b) rozhodnutia o odvolaní z verejnej funkcie.

III. 2.1 Preskúvanie rozhodnutí o ustanovení do verejnej funkcie

V priebehu III. funkčného obdobia ústavného súdu mimoriadny záujem odbornej ale i laickej verejnosti vyvolali rozhodnutia, ktorých spoločným menovateľom bola **protirečivá interpretácia kreačných právomocí prezidenta**. Vnútna protirečivosť a inkompatibilita týchto rozhodnutí vyplýva predovšetkým z toho, že k nim možno zaradiť rozhodnutia založené na extenzívnom výklade prezidentských právomocí, ale aj rozhodnutia vychádzajúce z reštriktívneho prístupu k interpretácii právomocí prezidenta. V prvej polovici III. funkčného obdobia ústavného súdu **bolo vydaných viacero rozhodnutí, pre ktoré je príznačný extenzívny výklad prezidentských právomocí**. Do tejto skupiny patrí napr. uznesenie sp. zn. PL. ÚS 14/06 z 23. septembra 2009, vo veci výkladu čl. 102 ods. 1 písm. h) vety pred bodkočiarkou ústavy (vymenúvanie viceguvernéra NBS)¹⁶. Ešte výraznejšie sa extenzívny prístup prejavil v ďalšom konaní o výklad ústavy vo veci výkonu právomoci vymenúvať generálneho prokurátora Slovenskej republiky podľa čl. 102 ods. 1 písm. t) a čl. 150 ústavy,¹⁷ ktoré vyústilo do uznesenia PL. ÚS 4/2012 z 24. októbra 2012.¹⁸

V ďalšom období došlo k viditeľnému obratu vo výklade prezidentských právomocí, ktoré charakterizuje **reštriktívny prístup k diskrečnému priestoru prezidenta pri vymenúvaní sudcov ústavného súdu**. Išlo najprv o nález sp. zn. III. ÚS 571/2014 zo 17. marca 2015, ktorým ústavný súd vyhovel sťažnosti troch národnou radou zvolených kan-

¹⁶ Aktivistický prístup ústavného súdu k rozhodovaniu v tejto veci potvrdzuje aj skutočnosť, že ústavný súd nevyhovel návrhu navrhovateľa (vlády) na späť vzatie jej návrhu (!).

¹⁷ Pre objektivnosť sa žiada pripomenúť, že k sudcovskej zdržanlivosti v tejto kauze vyzval plénum ústavného už pri predbežnom prerokovaní návrhu skupiny poslancov národnej rady sudca Peter Brňák (pozri jeho odlišné stanovisko z 21. marca 2012).

¹⁸ Výhrady k tomuto rozhodnutiu vyslovili vo svojich odlišných stanoviskách štyria sudcovia (L. Mészáros, J. Luby, E. Gajdošíková a L. Orosz).

didátov na sudcov ústavného súdu, ktorých prezident odmietol svojim rozhodnutím vymenovať¹⁹ a následne uznesenie sp. zn. PL. ÚS 45/2015 z 28. októbra 2015, ktorým plénum ústavného súdu odmietlo už pri predbežnom prerokovaní návrh prezidenta vo veci výkladu čl. 134 ods. 2 v spojení s čl. 101 ods. 1 a čl. 102 ods. 1 písm. s) ústavy. Označené uznesenie je argumentačne založené na tvrdení, že nie sú splnené podmienky na konanie, keďže medzi prezidentom a národnou radou neexistuje spor, keďže už bol vyriešený senátnym rozhodnutím²⁰. Kauza vymenovania sudcov ústavného súdu vyvrcholila nálezom sp. zn. I. ÚS 575/2016 zo 6. decembra 2017, ktorým ústavný súd vyhovel sťažnostiam piatich prezidentom odmietnutých kandidátov na sudcov ústavného súdu zvolených národnou radou (z toho trom kandidátom ústavný súd vyhovel opakovane a jednému z nich aj napriek tomu, že svoju predchádzajúcu sťažnosť vzal späť). Označené rozhodnutie, ktoré je nepochybne mimoriadne aktivistické, vyvolalo okamžite po svojom zverejnení zásadné kritické reakcie odbornej verejnosti.²¹ Domnievam sa, že k vyvráteniu tejto kritiky chýbajú relevantné argumenty. Na druhej strane však nemožno prehliadnuť, že práve „vdďaka“ tomuto rozhodnutiu bol ústavný súd skompletizovaný s odstupom viac ako troch rokov od vydania rozhodnutí prezidenta A. Kisku, ktorými národnou radou zvolených kandidátov na sudcov odmietol vymenovať (!).

Vzájomná protirečivosť spomínaných rozhodnutí vyvoláva právnu neistotu, keďže znemožňuje systémovo interpretovať prezidentské právomoci a zakladá **potenciál vzniku ústavných sporov v súvislosti s výkonom akejkoľvek ďalšej kreačnej právomoci prezidenta**, ku ktorej sa ešte ústavný súd autoritatívne nevyjadril. Aj táto skutočnosť prispieva k posilneniu postavenia ústavného súdu pri rozhodovaní o tzv. politických otázkach.

III. 2.2 Preskúvanie rozhodnutí o odvolaní z verejnej funkcie

Aktivizmus ústavného súdu týkajúci sa personálnych rozhodnutí o odvolaní z verejnej funkcie súvisí predovšetkým s vymedzením **šírky obsahu ochrany poskytovanej základnému právu podľa čl. 30 ods. 4 ústavy**. V rozhodnutiach vydaných v I. a II. funkčnom období ústavný súd vychádzal z toho, že obsahom tohto základného práva je iba prístup k voleným iným verejným funkciám, t.j. možnosť nediskriminačného uchádzania sa o takéto funkcie, **a nie aj právo na zotrvanie v týchto funkciách** (II. ÚS 822/00, m.m. II. ÚS 798/00, II. ÚS 810/00, III. ÚS 79/04). Východiskom rozšírenia ústavným súdom chráneného obsahu základného práva podľa čl. 30 ods. 4 ústavy sa stal právny názor vyslovený v náleze sp. zn. II. ÚS 48/97 zo 7. januára 1998, podľa ktorého nadobudnutím verejnej funkcie „sa ústavné právo občanov na prístup k voleným a iným verejným funkciám za rovnakých podmienok ...nevyčerpáva.“²² Tento právny názor si v priebehu III. funkčného obdobia ústavného súdu osvojili v zásade všetky jeho senáty

¹⁹ Závažné výhrady k tomuto uzneseniu vyjadril vo svojom odlišnom stanovisku sudca R. Tkáčik.

²⁰ Zásadný nesúhlas so závermi vyslovenými v tomto rozhodnutí vyslovili vo svojich odlišných stanoviskách sudcovia E. Gajdošíková, L. Mészáros, R. Tkáčik a L. Orosz.

²¹ Pozri napr. KUBINA, P.: Prezident zistil aké to je, keď sa žiaden ústavný princíp nemôže cítiť v bezpečí. Denník N, 7. 12. 2017, DRGONEC, J.: Postup ústavného súdu páchne svojvôľou. Denník N, 11. 12. 2017, DRGONEC, J.: Všetko, čo by ste mali vedieť o tom, ako ústavní sudcovia prikázali Kiskovi konať. Denník N, 15. 12. 2017; BERDISOVÁ, L.: Horcruxy na Ústavnom súde. Sme, 16. 12. 2017.

²² Je paradoxné, že citovaný právny názor ústavný súd nevyslovil vo vzťahu k odvolávaniu z verejnej funkcie, ale mal na mysli práva, ktorými podľa jeho záverov disponuje nezvolený kandidát za poslanca národnej rady v postavení náhradníka v prípade, ak sa v priebehu volebného obdobia uvoľní mandát poslanca..

(pozri napr. IV. ÚS 46/2011, III. ÚS 62/2011, I. ÚS 454/2012), pričom jeho rámec výrazne rozšírili, resp. precizovali, keď zvýraznili, že toto právo zahŕňa aj „*právo volené a iné verejné funkcie nerušené vykonávať, vrátane práva na ochranu pred protiprávnym zbavením funkcie*“ (III. ÚS 62/2011).

Citovaný právny názor už sám osebe (v polohe potenciálneho použitia) výrazným spôsobom posilňuje rozhodovací priestor ústavného súdu. Do „hry“ sa citovaný právny názor v priebehu III. funkčného obdobia dostal **v súvislosti s preskúmaním série rozhodnutí vlády a následne aj prezidenta o odvolaní členov Súdnej rady**, teda uplatnením ich právomoci podľa čl. 141a ods. 1 písm. c) a d) ústavy. Prvé (konečné) rozhodnutie k tomuto problému predstavuje uznesenie sp. zn. IV. ÚS 46/2011 zo 17. februára 2011, v ktorom bolo ako ústavne akceptovateľné vyhodnotené rozhodnutie vlády o odvolaní ňou ustanoveného člena súdnej rady pred uplynutím jeho funkčného obdobia a (aj keď nebolo odôvodnené), a preto bola sťažnosť odmietnutá ako zjavne neopodstatnená.²³ K inému právnomu názoru dospel I. senát ústavného súdu vo veci I. ÚS 454/2012, a preto predložil plénu ústavného súdu návrh na zjednotenie právnych názorov senátov podľa § 6 v tom čase platného zákona o ústavnom súde. Právny názor I. senátu však nezískal v pléne ústavného súdu potrebnú podporu (návrh na zjednotenie právnych názorov senátov bol zamietnutý), a preto I. senát vo veci I. ÚS 454/2012 rozhodol v súlade s právnym názorom IV. senátu tak, že sťažnosti sťažovateľa v náleze z 10. decembra 2012 nevyhoveli.²⁴

Otázka ústavnosti rozhodnutia o odvolaní člena Súdnej rady sa však následne stala aj premetom konania vedeného pod sp. zn. I. ÚS 215/2015 (v tomto prípade bolo napadnuté rozhodnutie prezidenta), pričom väčšina členov I. senátu opätovne iniciovala (o tej istej otázke) konanie o zjednotení právnych názorov senátov. Iniciátori tohto konania boli tentokrát úspešní, keď plénum ústavného súdu (medzičasom už doplnené o troch sudcov) vo výrokovej časti uznesenia PLz. 2/2018 z 19. septembra 2018 vyslovilo nasledovný právny názor „**Člena Súdnej rady Slovenskej republiky nie je možné odvolať v priebehu jeho 5-ročného funkčného obdobia orgánom, ktorý ho na tento post nominoval, lebo len tak sa zaručí jeho základné právo podľa čl. 30 ods. 1 a 4 Ústavy Slovenskej republiky.**“. Už na prvý pohľad je zjavné, že väčšina pléna ústavného súdu sa týmto neuváženým záverom podľa môjho názoru dopustila jedného z najzávažnejších kiksov vo svojej doterajšej histórii, keďže prostredníctvom citovanej právnej vety v podstate „... **odňala sudcom, národnej rade, prezidentovi a vláde ústavou zverenú právomoc odvolať nimi ustanoveného člena súdnej rady v priebehu ich päťročného funkčného obdobia. Takýto právny názor je v právnom štáte, neakceptovateľný, keďže stavia ústavný súd nad ústavodarcu a de facto priznáva ústavnému súdu právomoc derogovať ústavu, resp. jej časti, či jednotlivé ustanovenia.**“.²⁵ Je nanajvýš otázne ako s citovaným názorom naloží ústavný súd v novom zložení (I. senát už vo veci I. ÚS 215/2015 po vydaní zjednocujúceho stanoviska nestihol rozhodnúť pred uplynutím funkčného obdobia jeho členov, pozn.).

²³ Kritické výhrady k tomuto rozhodnutiu pozri napr. v štúdií LALÍK, T.: K uzneseniu ústavného súdu sp. zn. IV. ÚS 46/2011 alebo ako ústavný súd za roh nedovídi? Justičná revue, roč. 63, 2011, č. 6-7, s. 971 - 977)

²⁴ K tomuto rozhodnutiu boli priložené odlišné stanoviská sudcov M. Lalička a P. Brňáka.

²⁵ Citované z odlišného stanoviska sudcov L. Orosza a M. Mochnáčovej k uzneseniu sp. zn. PLz. 2/2018 z 19. septembra 2018. Súhlas s právnymi závermi obsiahnutými v tomto odlišnom stanovisku je vyslovený v štúdií MAZÁK, J. – JÁNOŠÍKOVÁ, M.,: O organizácii, riadení a rozhodovaní Ústavného súdu SR. Kritické poznámky k novému zákonu I. Právny obzor, roč. 102, 2019, č. 1, s. 53 -54. Naopak nesúhlas s reálnym uplatňovaním ústavou zverenej právomoci národnej rady, prezidenta a vlády odvolávať nimi ustanovených členov Súdnej rady vyslovuje Ján Drgonec (pozri DRGONEC, J.: dielo cit. v pozn. 7, s. 422 a nasl.).

Do skupiny aktivistických rozhodnutí o „politických otázkach“ možno zaradiť aj viacero rozhodnutí senátov ústavného súdu o sťažnostiach smerujúcich proti **rozhodnutiam ministra spravodlivosti o veci odvolaní predsedov všeobecných súdov z ich funkcií** (pozri rozhodnutia vo veciach I. ÚS 44/2009, II. ÚS 230/09, IV. ÚS 75/09, I. ÚS 230/2010, I. ÚS 231/2010, a ÚS 232/2010). Senáty ústavného súdu v týchto veciach zhodne dospeli k záveru, že otázka odvolania predsedu súdu z funkcie ministrom spravodlivosti podlieha súdnemu prieskumu (v rámci správneho súdnictva), pričom tento záver argumentačne opreli o právny názor, podľa ktorého výkon funkcie predsedu súdu nemožno oddeľovať od výkonu funkcie sudcu a tiež právny názor, podľa ktorého pri odvolávaní z funkcie predsedu súdu nemožno (mechanicky) uplatňovať vo vzťahu medzi ministrom spravodlivosti a predsedom súdu princíp nadriadenosti a podriadenosti. Ma margo uvedeného sa žiada poznamenať, že vznik týchto kauz vyvolalo formovanie nežiaducej praxe, v rámci ktorej nástup nového ministra spravodlivosti do funkcie spravidla sprevádzalo masové odvolávanie predsedov súdov, ktorých vymenoval jeho predchodca (!). Tieto skutočnosti objektívne vyvolali potrebu, aby sa k tejto nežiadúcej praxi meritórne vyjadril aj ústavný súd, čo v konečnom dôsledku taktiež viedlo k posilneniu jeho postavenia pri rozhodovaní „politických otázok“.

K záveru o porušení ústavou garantovaného základného práva (v tomto prípade základného práva na inú právnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy) dospel ústavný súd aj v konaní vedenom pod sp. zn. IV. ÚS 478/2011, ktorej predmetom bolo rozhodovanie o sťažnosti sťažovateľa, ktorou **namietal porušenie svojich práv rozhodnutím vlády o jeho odvolaní z funkcie generálneho riaditeľa Sociálnej poisťovne**. Podľa záverov vyplývajúcich z nálezu sp. zn. IV. ÚS 478/2011 z 21. júna 2012 k porušeniu základného práva sťažovateľa na inú právnu ochranu došlo procesným postupom vlády, keďže v napadnutom rozhodnutí neboli uvedené žiadne zákonom ustanovené dôvody odvolania, pričom vláda sťažovateľa predtým ani neoboznámila s dôvodmi, pre ktoré má byť odvolaný a tobôž nemal ani možnosť sa k tomu vyjadriť, hoci zákon mu garantuje nezávislé postavenie. Aj týmto rozhodnutím došlo k posilneniu postavenia ústavného súdu, ktoré má (môže mať) precedenčný dopad, keďže si prostredníctvom neho vyhradil právo posudzovať aj ústavnú udržateľnosť postupu vlády, ktorý predchádza odvolaniu z verejnej funkcie.

III. 3. Dôsledky a závery

Z doposiaľ uvedeného vyplýva, že (aj) vďaka súdnemu aktivizmu sa v ostatnom období výrazne posilnilo postavenie Ústavného súdu Slovenskej republiky v štruktúre ústavných orgánov. Ústavný súd má vďaka svojim aktivistickým rozhodnutiam pozíciu relevantného „hráča“ pri riešení ústavno-politických sporov, pričom ide pritom o „hráča“, ktorý si svojimi rozhodnutiami vyhradil právo posledného slova. Aj keď mám dešpekt k neprimeraným aktivitám orgánov súdnej moci v politických otázkach, zastávam názor, že súdny aktivizmus ani v tejto sfére nemožno *a priori* odmietiť. Nie zriedka totiž potreba uplatnenia aktivistického prístupu ústavného súdu vyplynie z neschopnosti politických hráčov predchádzať vzniku ústavno-politických sporov a neschopnosti riešiť už vzniknutý spor mimosúdnymi prostriedkami. Navyše súdny aktivizmus môže byť v mnohých prípadoch aj žiadanou reakciou ústavného úsadu na (z ústavného hľadiska neakceptovateľné) prejavy svojvôle, či nezákonné postupy orgánov verejnej moci, resp. ich predstaviteľov.

Na druhej strane neprimeraný aktivizmus ústavného súdu (ako aj iných súdov), ktorý v niektorých prípadoch môže byť vyvolaný aj nepriamym, resp. latentným politickým tlakom, môže spôsobiť závažné negatívne dôsledky a to predovšetkým politizáciu výberu sudcov, čo v konečnom dôsledku môže vyústiť do politizácie (ústavného) súdu a tým aj k spochybňovaniu jeho nezávislosti.²⁶ Napätie medzi ústavným súdom a parlamentom môže vyústiť (a v niektorých postkomunistických štátoch už aj vyústilo) do tzv. „vojny inštitúcií“, v ktorej zákonodarný zbor môže disponovať zbraňami silného kalibru,²⁷ spôsobilých vyvolať vážnu ústavnú krízu. Aj preto sa javí žiaduce apelovať na jednej strane na ústavný súd, aby pri riešení sporov, ktoré majú politickú dimenziu zachovával primeranú zdržanlivosť, a na druhej strane na parlament, aby bol spôsobilý reflektovať aj pre neho negatívne vyznievajúce súdne rozhodnutia s primeranou dávkou nadhľadu a pokory.

Abstract: In introductory part of this work the author points out that rise of judicial power's importance is objective part of process to reinforce the rule of law: there are factors of strengthening of judicial power. The first one acting via legislative process (by broadening the competencies of courts) and the second one (factual one) acting throughout the courts' case law. Based on such factors the author by analysing the recent decision-making concludes that status of the Constitutional Court of Slovak Republic within the system of constitutional bodies is exceptionally strong thanks to its broad range of competencies as well as judicial activism making itself felt in drawing and enforcing implicit powers and in its active stance in decision-making of political questions. In this context the author warns against unreasonable judicial activism that can end in politisation of courts but also in „war of institutions“, or so-called constitutional crisis.

Key words: judicial power, the Constitutional Court of Slovak Republic, implicit competences, judicial activism, political questions

Použitá literatúra:

1. Balog B.: Materiálne jadro ústavy. Žilina: EUROKÓDEX, 2014.
2. Balog, B. – Trellová, L.: Povinnosť parlamentu prijať zákon. Právny obzor, roč. 95, 2012, č. 1.
3. Barak, A.: Sudca v demokracii. Bratislava: Kalligram, 2016.
4. Berdisová, L.: Horcruxy na Ústavnom súde. Sme, 16. 12. 2017.
5. Breichová Lapčáková, M.: Ústava a ústavné zákony. Bratislava: Kalligram, 2013.
6. Brörtl, A.: O ústavnosti ústavných zákonov. In.: Metamorfózy práva ve střední Evropě, Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Znojmo 11. – 13. června 2008. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2008.
7. Drgonec, J.: Ústava Slovenskej republiky. Teória a prax. Bratislava: C.H. Beck, 2016.
8. Drgonec, J.: Postup ústavného súdu páchne svojvôľou. Denník N, 11. 12. 2017.

²⁶ Moja prognóza o tom, že súdny aktivizmus ústavného súdu v III. funkčnom období môže vyústiť do politizácie výberu sudcov sa žiaľ v súčasnom období naplňa (porovnaj OROSZ, L.: dielo cit. v pozn. 4, s. 83 – 84.)

²⁷ Popri už spomenutej politizácii výberu sudcov, resp. prípadne aj dlhodobom neustanovení sudcov (spôsobujúcom v zásade kolaps ústavného súdnictva), prichádza do úvahy tiež napr. nerešpektovanie rozhodnutí súdu, významná redukcia financovania súdu z prostriedkov štátneho rozpočtu, účelové zmeny ústavy, či zákonov a pod. (porovnaj CHMEL, J.: Zásahy soudu do politiky, jejich strategický rozměr a legitimita. In. Antoš, M. – Wintr, J. (eds.): Ústavní rámec politiky (Sborník č. 57). Praha: Universita Karlova, 2014, s. 79 – 82).

9. Drgonec, J.: Všetko, čo by ste mali vedieť o tom, ako ústavní sudcovia prikázali Kiskovi konať. Denník N, 15. 12. 2017.
10. Drgonec, J.: Ústavné právo hmotné. 1. vydanie. Bratislava: C.H. Beck, 2018.
11. Gajdošíková, Ľ. – Luby, J. – Mochnáčová, M. – Orosz, L. – Macko, R.: Rozširovanie právomoci Ústavného súdu Slovenskej republiky a aktuálne problémy rozhodovacej praxe. In. 15 rokov Ústavy Slovenskej republiky. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Košice 6. – 7. septembra 2007. Košice: UPJŠ, 2008.
12. Chmel, J.: Zásahy soudu do politiky, jejich strategický rozměr a legitimita. In. Antoš, M. – Wintř, J. (eds.): Ústavní rámec politiky (Sborník č. 57). Praha: Universita Karlova, 2014.
13. Kubina, P.: Prezident zistil aké to je, keď sa žiaden ústavný princíp nemôže cítiť v bezpečí. Denník N, 7. 12. 2017.
14. Kysela, J.: Kdopak by se „soudcovského“ státu bál. In. Šimiček, V. (ed.): Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu ? Brno: Masarykova Univerzita, 2007.
15. Kysela, J.: Ústava mezi právem a politikou – Úvod do ústavní teorie. Praha: Leges, 2014.
16. Ľalík, T.: Ústavný súd a parlament v konštitučnej demokracii, Bratislava: Wolters Kluwer, 2015.
17. Ľalík, T.: K uzneseniu ústavného súdu sp. zn. IV. ÚS 46/2011 alebo ako ústavný súd za roh nedovídi ? Justičná revue, roč. 63, 2011, č. 6-7.
18. Macejková, I. – Orosz, L.: Prekonávanie ústavných medzier v rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky (niekoľko príkladov z doterajšej praxe). In.: Sborník příspěvku z konference. Monseho olomoucké právnické dny 2007. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2008.
19. Mazák, J. – Jánošíková, M.: O organizácii, riadení a rozhodovaní Ústavného súdu SR. Kritické poznámky k novému zákonu I. Právny obzor, roč. 102, 2019, č. 1.
20. Orosz, L.: Rast moci ústavných súdov: limity a úskalia. In.: Metamorfózy práva ve střední Evropě, Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Znojmo 11. – 13. června 2008. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2008.
21. Orosz, L.: Ústavný súd Slovenskej republiky v III. funkčnom období – hodnotenie zainteresovaného (o sebareflexii a užitočných odkazoch pre nasledovníkov. In.: Ústavný súd Slovenskej republiky v III. funkčnom období. Košice: UPJŠ, 2019.
22. Procházka, R.: Lúd a sudcovia v konštitučnej demokracii. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

PRÁVO/ PRÁVNÝ PORIADOK A ROZHODOVACIA ČINNOSŤ ÚSTAVNÉHO SÚDU SLOVENSKEJ REPUBLIKY

GAJDOŠÍKOVÁ, E.

Rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) je veľmi rozsiahla. Vyplýva z rozsahu ústavného súdu, ktorá je v porovnaní s ostatnými ústavnými súdmi pôsobiacimi v európskych štátoch extrémne rozsiahla. Ústavný súd realizuje svoju právomoc cca v dvoch desiatkach druhov konaní. Medzi štandardné a svojim spôsobom tradičné právomoci ústavného súdu patrí konanie o súlade právnych predpisov podľa čl. 125 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“) a konanie o sťažnostiach fyzických osôb a právnických osôb podľa čl. 127 ústavy.

Vychádzajúc z takmer dvadsaťročných empirických skúseností svojej participácie na rozhodovaní ústavného súdu vzťah právneho poriadku (práva) a rozhodovacej činnosti ústavného súdu prezentujú predovšetkým všeobecne záväzné rozhodnutia ústavného súdu vydané v konaní o súlade právnych predpisov, pretože konanie o súlade právnych predpisov je tým typom konania, prostredníctvom ktorého ústavný súd ovplyvňuje právny poriadok právne relevantným spôsobom, keďže rozhodnutia – nálezy vydané v tomto konaní – sú všeobecne záväzné a vyhlasujú sa spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov [v Zbierke zákonov Slovenskej republiky¹ (ďalej len „zbierka zákonov“)]. Nemožno opomenúť, že nielen tieto rozhodnutia, ale aj rozhodnutia vydané v konaní o výklade ústavy a ústavných zákonov podľa čl. 128 ústavy sú všeobecne záväzné a vyhlasujú sa s účinnosťou od 1. januára 2002 (od nadobudnutia účinnosti ústavného zákona č. 90/2001 Z. z., ktorým a mení a dopĺňa Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. v znení neskorších predpisov) rovnako spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov. Treba však poznamenať, že všeobecne záväzné rozhodnutia vydané v konaní o výklade ústavy a ústavných zákonov tvoria minoritnú skupinu v porovnaní s rozhodnutiami vydanými v konaní o súlade právnych predpisov.²

Vzhľadom na uvedené sa v tomto príspevku zameriam na konanie o súlade právnych predpisov realizované v období rokov 2000- 2018 (resp. do 16. februára 2019), vychádzajúc predovšetkým z ústavy a z rozhodnutí ústavného súdu, prihliadajúc na v relevantnom čase platnú a účinnú úpravu.³

Predpokladom prijatia návrhu o súlade právneho predpisu na ďalšie konanie bola do rozhodnutia ústavného súdu vo veci sp. zn. PL ÚS 1/2010 Z. z. platnosť napadnutého právneho predpisu.

JUDr. Eudmila Gajdošíková, CSc., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

¹ Pozri zákon č.400/2015 Z. z. o tvorbe právnych predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

² Doposiaľ boli prijaté od roku 2002 len dve takéto rozhodnutia, a to pod sp. zn. PL ÚS 14/09 z 23. septembra 2009 a pod sp. zn. PL. ÚS 4/2012 z 24. októbra 2012; za všeobecne záväzné rozhodnutia vydané podľa čl. 128 ústavy totižto nemožno považovať dosť frekventovane používané rozhodnutie sp. zn. PL.ÚS 45/2015 z 28. októbra 2015, ktorým ústavný súd meritorne rozhodnutie neprijal, ale návrh prezidenta odmietol už pri jeho predbežnom prerokovaní.

³ V relevantnom čase bol platný a účinný zákon Národnej rad Slovenskej republiky č. 38/1993 Z. z. o organizácii ústavného súdu, o konaní pred ním a postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov (vrátane nálezů ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 21/2015 z 30. januára 2019 uverejneného pod č. 40/2016 Z. z. Od 1. marca 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 314/2018 Z. z. o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Zásada konať len o súlade platného právneho predpisu bola prelomená (vtedy aktuálnou väčšinou pléna) rozhodnutím ústavného súdu vo veci sp. zn. PL. ÚS 1/2010 v súvislosti s konaním o súlade právnych predpisov, ktoré bolo začaté na návrh všeobecného súdu ako aktívne procesne legitimovaného subjektu podľa čl. 130 ods. 1 písm. d) ústavy v spojení s čl. 144 ods. 2 ústavy. Zmenu dovtedy štandardného postupu odôvodnila aktuálna väčšina pléna ústavného súdu tým, že „kontrola ústavnosti právnych predpisov iniciovaná všeobecnými súdmi v súvislosti s ich rozhodovacou činnosťou nie zriedka aj v systéme špecializovanej a koncentrovanej formy súdnej kontroly ústavnosti (aj keď možno nie celkom výstižne) sa v

ústavnej teórii označuje ako konkrétna kontrola ústavnosti, keďže súvisí s rozhodovaním všeobecného súdu o konkrétnej veci.“

Väčšina pléna ústavného súdu akceptovala v tomto rozhodnutí skutočnosť, že „po prijatí návrhu všeobecného súdu na ďalšie konanie podľa § 25 ods. 3 zákona o ústavnom súde sa konanie o súlade právnych predpisov pred ústavným súdom už neliší od konania o návrhoch podaných inými oprávnenými subjektmi; v oboch prípadoch ide vo svojej podstate o abstraktnú formu kontroly ústavnosti, prípadne zákonnosti právnych predpisov, pričom v oboch prípadoch je právoplatné rozhodnutie ústavného súdu v týchto veciach všeobecne záväzné (čl. 125 ods. 6 ústavy).“ Bola toho názoru, že ústava prostredníctvom druhej vety čl. 144 ods. 2 zvyrazňuje právne účinky takéto rozhodnutia vydaného v konaní iniciovanom všeobecným súdom v súvislosti s jeho rozhodovacou činnosťou pre tento súd, keď uvádza, že „právny názor ústavného súdu obsiahnutý v rozhodnutí je pre súd záväzný.“

Predmetom konania o súlade právnych predpisov nemôže byť návrh právneho predpisu, čo vylučuje priamo ústava (čl. 125 ods. 4 ústavy), ani „predpis“, ktorý právnym predpisom nie je, t. j. nemá atribút všeobecnej záväznosti (pozri rozhodnutie ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 29/03).

Taktiež treba uviesť, že v konaní o súlade právnych predpisov ústavný súd (na rozdiel napr. od Českej republiky) ústavnosť a zákonnosť dodržiavania legislatívneho procesu, ktorý predchádzal prijatiu právnej úpravy zatiaľ neposudzoval ale rozhodoval „len“ o ústavnosti (v niektorých prípadoch podzákonných právnych predpisov aj o ich zákonnosti) s účinkami ex nunc, rešpektujúc zákonodarnú právomoc Národnej rady Slovenskej republiky (ďalej aj „parlament“ alebo „národná rada“). Napriek tomu vo veci sp. zn. PL. ÚS 29/05 v odôvodnení nálezu upozornil národnú radu na možné právne dôsledky nerešpektovania pravidiel legislatívneho procesu v budúcnosti.⁴

⁴ Ústavný súd v spojení s posudzovaním zákona č. 335/2005 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku v náleze sp. zn. PL. ÚS 29/05, z 3. septembra 2008, ktorým vyslovil nesúlad celého zákona s čl. 1 ods. 1 prvou vetou v spojení s čl. 20 ods. 1 a 4 ústavy k legislatívnemu procesu prijímania tohto zákona uviedol:

„Ústavný súdupozorňuje na svoj právny názor vyslovený už v konaní vedenom pod sp. zn. PL. ÚS 48/03, podľa ktorého „.... porušenie noriem ústavného procesu je v prípadoch hrubého a svojvoľného nerešpektovania pravidiel zákonodarného postupu zásadne spôsobilé vyústiť do rozporu prijatého zákona s ústavou.“. Citovaný právny názor vychádza vo všeobecnosti zo zákazu svojvôle v postupe orgánov verejnej moci a v konkrétnych okolnostiach schvaľovania napadnutého zákona zo zákazu svojvôle v zákonodarnom procese ako princípu, ktorý treba podľa názoru ústavného súdu považovať za integrálnu súčasť princípu právneho štátu vyjadreného v čl. 1 ods. 1 prvej vete ústavy. Ústavný súd sa stotožňuje s tvrdením navrhovateľov, že pri schvaľovaní zákona o preukazovaní pôvodu majetku došlo k závažnému porušeniu zákona o rokovacom poriadku, a zdôrazňuje, že nerešpektovanie zákonom ustanovených pravidiel legislatívneho procesu môže mať v konkrétnom prípade v konečnom dôsledku nielen nezanedbateľný vplyv na celkovú kvalitu schváleného zákona, ale môže sa stať aj dôvodom, ktorý spôsobí neústavnosť zákona ako celku (porovnaj

Ústavný súd ani nenahrádzal ústavne nesúladne ustanovenia novými – ústavne súladnými ustanoveniami, ani nerozhodoval rámci konania o súlade právnych predpisov o tom, čo nie je v právnom predpise a malo by byť, t. j. čo v ňom chýba), ale selektívnym spôsobom v rámci konania o súlade „hodnotil“ napadnuté ustanovenia napadnutého právneho predpisu z hľadiska ich súladu s ústavou, resp. so zákonom. Rozhodnutia ústavného súdu pri vyslovení nesúladu právneho predpisu (jeho ustanovenia) s ústavou alebo s právnym predpisom vyššieho stupňa právnej sily ako je posudzovaný právny predpis, majú v zásade „derogačné“ účinky. Na základe právnych dôsledkov v konaní o súlade je ústavný súd často označovaný za negatívneho zákonodarcu (do tvorby práva pozitívne/aktívne nezasahuje).

Je na zváženie, či princíp zachovania ústavnosti aj legislatívneho procesu v spojení s čl. 124 ústavy nevytvára priestor ústavnému vysloviť sa k dodržiavaniu principiálnych, pre niekoho nepodstatných otázok legislatívy, akými sú napr.

- nedodržanie dôvodov pre uplatnenie skráteného legislatívneho konania (zvyšovanie dôchodkov),
- nedôvodné urýchľovanie prijímania nových právnych úprav vtesnaním jednotlivých čítaní do časového priestoru len niekoľkých (desiatok) hodín (niektoré zdravotnícke predpisy, volebné predpisy),
- podávanie „koaličných“ poslaneckých návrhov zákonov namiesto vládnych návrhov v snahe vyhnúť sa pomerne náročnému a „zdĺhavému pripomienkovému konaniu,
- neriešenie zásadných systémových otázok novelizáciou zákonov, ktorou sa kvalitatívne mení pôvodná právna úprava (niektoré dávky štátnej sociálnej podpory),
- vyhýbanie sa tzv. „prílepkovým“ právnym úpravám, a pod.

Špecifikom zákonnej právnej úpravy konania o súlade právnych predpisov, a to zákona Národnej rada Slovenskej republiky č. 38/1993 Z.z. o organizácii ústavného súdu, o konaní pred ním a postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o ústavnom súde), vyše 25 rokov účinnej právnej úpravy a aj v súčasnosti platnej a účinnej právnej úpravy, a to zákona č. 314/2018 Z. z o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov je to, že oba tieto zákony „zverili“ ústavnému súdu právomoc rozšíriť preskúmanie a vyslovenie nesúladu nad rámec doručeného návrhu aj ďalšieho právneho predpisu/ďalších právnych predpisov, ich ustanovení za zákonom ustanovených podmienok.⁵ K rozhodnutiam takéhoto charakteru možno priradiť rozhod-

k tomu napr. judikatúru Ústavného súdu Českej republiky vymedzenú najmä v náleze sp. zn. Pl. ÚS 77/06 z 15. februára 2007 alebo v náleze sp. zn. Pl. ÚS 21/01 z 12. februára 2002). V danom prípade ústavný súd nepovažoval, vzhľadom na materiálne dôvody zakladajúce podľa už uvedeného neústavnosť zákona o preukazovaní pôvodu majetku ako celku, za potrebné vysloviť sa meritórne k tomu, či zistené porušenia zákona o rokovacom poriadku pri schvaľovaní napadnutého zákona nadobudli takú intenzitu, že by na ich základe bolo možné vysloviť jeho nesúlad s čl. 1 ods. 1 prvou vetou ústavy z dôvodu nerešpektovania zákazu svojvôle v zákonodarnom procese. Napriek tomu ústavný súd využíva túto príležitosť na to, aby národnú radu upozornil na rešpektovanie zákonom ustanovených pravidiel legislatívneho procesu ako požiadavky vyplývajúcej z princípu demokratického a právneho štátu garantovaného čl. 1 ods. 1 prvou vetou ústavy.“ Podľa právneho názoru ústavného súdu vysloveného už vo veci vedenej pod sp. zn. PL ÚS 48/03 ústavný súd uviedol, že „porušenie noriem ústavného procesu pred národnou radou je v prípadoch hrubého a svojvoľného nerešpektovania pravidiel zákonodarného postupu zásadne spôsobilé vyústiť do rozporu prijatého zákona s ústavou.“

⁵ Podľa §40 zákona č. 98/1993 Z. z. ak ústavný súd pri rozhodovaní podľa čl. 125 ústavy zistí nesúlad preskúmaného právneho predpisu nižšej právnej sily s právnym predpisom vyššej právnej sily alebo

nutia ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 29/05, ako aj PL. ÚS 21/2015, ale aj niektoré iné. Z hľadiska takéhoto založenia právomoci ústavného súdu zákonom, aj keď s podporou čl. 124 ústavy otázka ústavnosti takýchto ustanovení môže byť z ústavnoprávneho hľadiska prinajmenšom diskutabilná. Pravdou ostáva, že aplikácia relevantného ustanovenia zákona o ústavnom súde bola skôr výnimočná, ako bežná.

Podat' návrh na začatie konania o súlade právnych predpisov je zverený len aktívne procesne legitimovaným subjektom, zoznam ktorých sa postupne rozširoval.

Od samotného začiatku vzniku ústavného súdu aktívne procesne legitimovanými subjektmi na podanie návrhu na začatie konania o súlade právnych predpisov boli a aj naďalej sú najmenej jedna pätina poslancov Národnej rady Slovenskej republiky, prezident Slovenskej republiky (ďalej len „prezident“), vláda Slovenskej republiky (ďalej len „vláda“), súd a generálny prokurátor. Ústavným zákonom č. 92/2006, ktorým sa mení a dopĺňa ústava Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov s účinnosťou od 1. apríla 2006 ja aktívne procesne legitimovaný aj verejný ochranca práv vo veciach súladu právnych predpisov podľa čl. 125 ods. 1 ústavy, ak ich ďalšie uplatňovanie môže ohroziť základné práva alebo slobody alebo ľudské práva a základné slobody vyplývajúce z medzinárodnej zmluvy, ktorú Slovenská republika ratifikovala a ktorá bola vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, Ústavný zákon č. 161/2014 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. v znení neskorších predpisov s účinnosťou od 1. septembra 2014 rozšíril okruh aktívne procesne legitimovaných subjektov o predsedu Súdnej rady Slovenskej republiky (ďalej len „predseda súdnej rady“) vo veciach súladu právnych predpisov podľa čl. 125 ods. 1 ústavy, týkajúcich sa výkonu súdnictva,

Aktívna procesná legitimácia prezidenta [čl. 130 ods. 1 písm. b) ústavy] a vlády [čl. 130 ods. 1 písm. c) ústavy] na podávanie návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov nebola nikdy spochybnená. Teba uviesť, že tieto aktívne procesne legitimované subjekty podali minimum návrhov na začatie konania o súlade podľa čl. 125 ústavy (napr.: prezident – sp. zn. PL.ÚS 43/95, sp. zn. PL.ÚS 17/96, sp. zn. PL.ÚS.7/97, sp. zn. PL.ÚS 3/04, sp. zn. PL.ÚS 14/05, sp. zn. PL.ÚS 16/06; napr. vláda: sp. zn. PL.ÚS 8/04, sp. zn. PL.ÚS 9/04).

Čo sa týka skupiny poslancov [čl. 130 ods. 1 písm. a) ústavy], ústavný súd síce o otázke diskutoval a v súvislosti so zmenami poslancov parlamentu na základe nových volieb v zásade akceptoval právny názor, že relevantný je navrhovateľ (skupina poslancov definovaná v ústave) v čase podania svojho návrhu. Skupina poslancov (vytvorená v zásade z poslancov opozície) patrila vždy k aktívne procesne legitimovaným subjektom s najvyššími počtami podaných návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov. Je to pochopiteľné, pretože tento spôsob aktivity opozičných poslancov je vzhľadom na ich postavenie v parlamente jedným a často jediným ústavným prostriedkom dosiahnutia zmeny právneho predpisu.

s medzinárodnou zmluvou, a pritom zistí nesúlad aj ďalších právnych predpisov s predpismi vyššej právnej sily alebo s medzinárodnou zmluvou, vydá nález o zistenom nesúlade aj týchto ďalších právnych predpisov. Podľa §89 zákona č. 314/2018 Z. z. ak ústavný súd v konaní o súlade právnych predpisov zistí nesúlad preskúmaného právneho predpisu nižšej právnej sily, jeho časti alebo niektorého jeho ustanovenia s právnym predpisom vyššej právnej sily alebo s medzinárodnou zmluvou, a pritom zistí nesúlad aj ďalšieho právneho predpisu, jeho časti alebo niektorého jeho ustanovenia s tým istým právnym predpisom vyššej právnej sily alebo s tou istou medzinárodnou zmluvou, ktoré sú uvedené v návrhu na začatie konania o súlade právnych predpisov, vydá nález o zistenom nesúlade aj tohto ďalšieho právneho predpisu, jeho časti alebo niektorého jeho ustanovenia.

V čase, keď nebola obsadená funkcia generálneho prokurátora, sa diskutovalo o aktívnej procesnej legitimácii prvého námestníka generálneho prokurátora podávať návrhy na začatie konania o súlade právnych predpisov vzhľadom na relevantnú ústavnú úpravu prokuratúry (čl. 149-151 ústavy) a z toho vyplývajúce postavenie generálneho prokurátora. Opakovane uplatnené odlišné stanoviská (napr. vo veciach sp. zn. PL. ÚS 95/2011, sp. zn. PL. ÚS 97/2011 sp. zn. PL. ÚS 05/2011 a sp. zn. PL. ÚS 13/2012) dôvodia predovšetkým, účelom osobného výkonu aktívnej procesnej legitimácie podať návrh na začatie konania pred ústavným súdom, ktorým je „zabezpečiť, aby taká významná právomoc, ktorá môže vyústiť do vyhlásenia zákona ako nesúladneho s ústavou, bola realizovaná len ústavným činiteľom, ktorému prislúcha uvedená právomoc priamo na základe ústavného textu a má na ňu riadnu a silnú legitimitu vyvierajúcu z demokraticky zvoleného parlamentu. Princíp permanentného výkonu moci sa tu vzťahuje na ústavný súd, nie na prokuratúru. Tá môže naďalej vykonávať svoje štandardné právomoci. Ochrana ľudských práv jednotlivcov, ktorá je jadrom súdnej kontroly ústavnosti a musí byť zabezpečovaná permanentne, nie je ohrozená, ak prokuratúra dočasne nemá prístup k abstraktnej kontrole prostredníctvom generálneho prokurátora, pretože sa realizuje aj prostredníctvom iných subjektov aktívne legitimovaných. Z uvedených dôvodov zastávame názor, že návrh prvého námestníka generálnej prokuratúry mal byť v danom prípade odmietnutý ako podaný zjavne neoprávnenou osobou.“

Oprávnenie všeobecného súdu iniciovať konanie o súlade právnych predpisov [čl. 130 ods. 1 písm. d) ústavy], má ústavný základ vyjadrený aj v čl. 144 ods. 2 ústavy, t.j. aj „jeho súvislosťou s prerokúvanou vecou (rozhodovacou činnosťou).“, zohľadniac aj zásadu ústavne súladného výkladu (čl. 152 ods. 4 ústavy) vyvodiť záver, „že v prípadoch, ak má všeobecný súd prerokúvanú vec rozhodnúť podľa právneho predpisu, jeho časti alebo jednotlivého ustanovenia, ktorý(é) už bol(o) zrušený(é), ale je v dôsledku prechodných ustanovení tohto alebo iného právneho predpisu uplatniteľný(é) pre rozhodnutie v konkrétnej veci, sa § 41a ods. 4 zákona o ústavnom súde o zastavení konania pred ústavným súdom, ktoré má len právnu silu zákona, nepoužije. Zastavenie konania v takýchto prípadoch podľa názoru väčšiny pléna totiž nielen popiera zmysel a účel konania o súlade právnych predpisov iniciovaného všeobecnými súdmi v súvislosti s ich rozhodovacou činnosťou podľa čl. 144 ods. 2 ústavy, ale je aj v rozpore s koncepciou špecializovaného a koncentrovaného typu kontroly ústavnosti právnych predpisov, z ktorého vychádza ústava, a je tiež výrazom neprimeraného príklonu k formalistickému chápaniu ochrany ústavnosti.“ V ostatnom období narastal zo strany všeobecných súdov počet najmä „jedno paragrafových“ návrhov, akoby všeobecné súdy uprednostnili radšej rozhodnutie ústavného súdu o nich návrhu pred vlastnou aplikáciou pre nich sporného ustanovenia za pomoci ústavne súladného výkladu podľa čl. 152 ods. 4 ústavy.

Okruh aktívne procesne legitimovaných subjektov na podanie návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov sa od 1. apríla 2006 rozšíril o verejného ochrancu práv. Vzhľadom na legislatívne nekvalitnú ústavnú úpravu o verejnom ochrancovi práv (čl. 130 ods. 1 písm. g) a čl. 151a ústavy) a zvolenie formálnoprávneho prístupu ústavného súdu pri hodnotení aktívnej procesnej legitimácie verejného ochrancu práv jeho návrhy boli spočiatku odmietané ako podané neoprávnenou osobou z dôvodu absencie preukázania príčinnej súvislosti predloženia návrhu ústavnému súdu v súvislosti so zisteniami v súvislosti s jeho činnosťou. Takýto právny názor nemali všetci členovia pléna, čo prezentovali vo svojich odlišných stanoviskách (napr. sp. zn. PL. ÚS 36/2015, sp. zn. PL. ÚS 44/2015, sp. zn. PL. ÚS 5/2014).

V poradí zatiaľ ostatným aktívne procesne legitimovaným subjektom je s účinnosťou od 14. septembra 2014 predseda súdnej rady. Jeho legitimita na podávanie návrhov nebola zatiaľ spochybňovaná, aj vzhľadom na to, že jeho vecná legitímácia je explicitne vyjadrená v čl. 130 ods. 1 písm. f) ústavy: ide o jeho právomoc „vo veciach týkajúcich sa výkonu súdnictva (napr. sp. zn. PL. ÚS 21/2014 a sp. zn. PL. ÚS 27/2014).

Pasívne procesne legitimovaným subjektom a účastníkom konania v konaní o súlade právnych predpisov je vždy ten orgán, ktorý napadnutý právny predpis vydal. Najčastejšie je to zákonodarcu, pretože najfrekventovanejšími právnymi predpismi z hľadiska preskúmania ich súladu s ústavou sú zákony. Zákon o ústavnom súde okruh účastníkov konania o súlade právnych predpisov rozširuje o vedľajšieho účastníka konania, ktorým je priamo zo zákona vláda zastúpená Ministerstvom spravodlivosti Slovenskej republiky (ďalej len „ministerstvo“). Dôvodom takejto zákonnej úpravy bola zrejme skutočnosť, že predmetom posudzovania súladu právnych predpisov s ústavou sú najčastejšie zákony, ktoré boli prijaté na základe návrhov na ich vydanie vládou, ktorá využívajúc svoje právo zákonodarnej iniciatívy podľa čl. 87 ods. 1 ústavy je v prevažnej väčšine navrhovateľkou zákonov (v tejto súvislosti je potrebné poukázať aj na to, že nielen opoziční poslanci využívajú právo zákonodarnej iniciatívy, ale aj koalíční poslanci, často v snahe vyhnúť sa náročným pripomienkovým konaniam, využívajúc podania návrhov na novelizáciu právnych predpisov, hoci neraz ide o dôležité systémové zmeny vo vecných riešeniach celkom odlišných ako sú v originálnych, t. j. pôvodných zákonoch).

Je prirodzené, že v relevantnom, pomerne dlhom období sa zaznamenal aj určitý posun/vývoj v judikatúre ústavného súdu v konaní podľa čl. 125 ústavy. Ako už bolo uvedené do rozhodnutia ústavného súdu vo veci vedenej pod sp. zn. PL. ÚS 1/2010 judikatúra ústavného súdu v súvislosti zdôrazňovala, že v konaní o súlade právnych predpisov podľa čl. 125 ods. 1 ústavy je v zásade ústavný súd oprávnený posudzovať len súlad platných právnych predpisov, ich častí, prípadne niektorých ich ustanovení s právnymi predpismi vyššej právnej sily. Tento záver vyplýva priamo z čl. 125 ústavy a aj z § 41a ods. 4 zákona o ústavnom súde, podľa ktorého ak preskúmané právne predpisy stratia platnosť pred vyhlásením nálezú ústavného súdu, konanie zastaví. Ústavný súd preto vo svojej rozhodovacej činnosti v konaniach podľa § 130 ods. 1 písm. d) ústavy iniciovaných všeobecným súdom, v ktorých bol namietaný nesúlad neplatných právnych predpisov, ich častí, prípadne niektorých ich ustanovení s právnymi predpismi vyššej právnej sily, postupoval tak, že ak sa v konaní o súlade právnych predpisov namietal nesúlad zákona, ktorý už nebol súčasťou právneho poriadku, t. j. nebol ani platný a už ani účinný, nebol splnený základný predpoklad na konanie a rozhodovanie ústavného súdu o tomto právnom predpise. Takéto návrhy ústavný súd odmietal už pri ich predbežnom prerokovaní. Ak napadnutý právny predpis stratil platnosť po prijatí návrhu na ďalšie konanie, ale pred rozhodnutím vo veci samej (vyhlásením nálezú), ústavný súd konanie zastavil. (napr. PL. ÚS 16/02 z 20. mája 2002, PL. ÚS 13/08 z 9. apríla 2008, PL. ÚS 23/08 z 15. októbra 2008, PL. ÚS 4/09 z 25. februára 2009). Väčšina pléna ústavného súdu považovala túto judikatúru ústavného súdu za prekonanú a vo veci PL. ÚS 1/2010 sa priklonila k záveru, že v prípadoch iniciovania začatia konania o súlade právnych predpisov súdmi v záujme prehlbenia uplatňovaniu zásady materiálnej ochrany ústavnosti sa budú preskúmať aj právne predpisy, ktoré už stratili platnosť, ale všeobecný súd ich ešte aplikuje pri svojej rozhodovacej činnosti. Ústavodarcu zrejme nepočítal s takýmto posunom v konaní o súlade právnych predpisov, pretože v daných prípadoch je ústavný príkaz daný zákonodarcovi v čl. 125 ods. 3 ústavy nerealizovateľný.

Posun v judikatúre ústavného súdu po roku 2007 nastal aj v dôvodoch odmietania návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov. V prvých rokoch rozhodovania ústavného súdu (1993-2007) ústavný súd odmietal návrhy podané podľa čl. 125 ústavy ako zjavne neopodstatnené spravidla z dôvodu procesnej zjavnej neopodstatnenosti. Ďalší posun v judikatúre po roku 2007 sa zaznamenal v odmietaní návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov z dôvodu ich zjavnej neopodstatnenosti, pričom išlo o zjavne meritórne rozhodnutia, aj keď negatívne. Ústavnoprávnym dôsledkom bola, vzhľadom na absenciu meritórneho rozhodnutia, skutočnosť, že tieto rozhodnutia nemajú všeobecnú záväznosť a sú len súčasťou štandardnej judikatúry ústavného súdu. Jedným z prvých takýchto rozhodnutí bolo väčšinové rozhodnutie pléna ústavného súdu vedené pod sp. zn. PL.ÚS 10/09 z 5. júla 2009; rozhodovalo sa o návrhu všeobecného súdu na začatie konania o súlade § 11 ods. 2 zákona č. 346/2005 Z. z. o štátnej službe profesionálnych vojakov Ozbrojených síl Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov s čl. 1 ods. 1, čl. 13 ods. 4, čl. 29 ods. 2 a 3 a čl. 54 ústavy.

V tejto súvislosti treba poukázať aj na posun v rozhodovacej činnosti ústavného súdu (premietnutej aj do judikatúry ústavného súdu, keď ústavný súd aj pri spoločensky a právne citlivých témach zamietal návrhy navrhovateľov. Zamietanie návrhov by nemalo byť procesným inštitútom konania o súlade právnych predpisov, najmä ak už ide o meritórne rozhodovanie (pozri napr. vec sp. zn. PL.ÚS 11/2012, ale napr. aj rozhodnutia vedené napr. pod sp.zn. PL.ÚS 22/2014, sp. zn. PL.ÚS 35/2015, sp. zn. PL.ÚS 41/2015).

Článok 124 ústavy umožňuje ústavnému súdu vyvinúť aj určitý aktivizmus, ktorý by však nemal prekročiť rozumnú mieru.

V konaní o súlade právnych predpisov má ústavný súd zakotvené dve významné oprávnenia, ktorými iniciatívne môže zasiahnuť do právneho poriadku Slovenskej republiky.

Prvým z týchto oprávnení je ústavné oprávnenie z vlastnej iniciatívy (ale aj na základe návrhu) pozastaviť účinnosť napadnutých právnych predpisov alebo ich častí z dôvodov už uvedených (ak ich ďalšie uplatňovanie môže ohroziť základné práva a slobody, ak hrozí značná hospodárska škoda alebo iný vážny nenapraviteľný následok). Za zatiaľ najrozsiahlejší zásah pozastavenia účinnosti právneho predpisu možno považovať, ako už bolo uvedené, pozastavenie celého zákona č. 335/2005 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku. v konaní vedenom pod sp. zn. PL.ÚS 29/05.

Ďalšie v poradí druhé významné oprávnenie spočíva v tom, že ústavný súd môže v rozsahu v aktuálnom čase podľa relevantnej zákonnej úpravy z vlastnej iniciatívy rozširovať okruh a rozsah posudzovaných právnych predpisov. Za zatiaľ najväčší aktivizmus ústavného súdu v spojení s využitím tohto oprávnenia, bol nález ústavného súdu sp. zn. PL.ÚS 21/2014 z 30. januára 2019, ktorým ústavný súd vyslovil nesúlad označených článkov ústavného zákona č.61/2014 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. v znení neskorších predpisov, s označenými článkami ústavy v znení neskorších predpisov. Toto rozhodnutie možno považovať za prelomové v histórii nášho ústavného súdnictva.

Za prejav „aktivizmu“ ústavného súdu možno považovať aj jeho rozhodovanie vo veci PL.ÚS 12/05 v súvislosti s návrhom všeobecného súdu, na začatie konania o súlade čl. II zákona č. 670/2002 Z. z. o platových pomeroch sudcov v roku 2003 a o zmene zákona č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediach a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 185/2002 Z. z. v časti o zmene účinnosti § 77 od 1. januára

2004, ako aj čl. I bodu 1 zákona č. 505/2003 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a čl. I bodu 2 tejto novely upravujúceho nadobudnutie účinnosti § 77 od 1. januára 2005, ktoré sú súčasťou zákonného mechanizmu nadobúdania účinnosti § 77 zákona č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov ustanoveného v čl. IV tohto zákona, s čl. 1 ods. 1, čl. 2 ods. 2, čl. 141 ods. 1 a 2 a s čl. 144 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky (pozri predbežné prerokovanie a rozhodnutie vo veci samej).

Za určitý prejav nie už súdneho, ale sudcovského aktivizmu možno považovať využitie oprávnenia každého sudcu, aby v súlade s § 32 ods. 1 zákona o ústavnom súde, ak nesúhlasí s rozhodnutím pléna alebo senátu ústavného súdu alebo s jeho odôvodnením, aby sa jeho odlišné stanovisko pripojilo k rozhodnutiu. Inštitút odlišných stanovísk sa využíva tak pri prijatých, ako aj meritórnych rozhodnutiach

Všeobecný dopad a všeobecná záväznosť rozhodnutí o súlade/nesúlade právneho predpisu podčiarkujú kľúčový význam a postavenie konania o súlade právnych predpisov v sústave všetkých konaní pred ústavným súdom. Väčšinové rozhodovanie pléna ústavného súdu podľa čl. 131 ods. 1 ústavy nadpolovičnou väčšinou všetkých sudcov, t. j. na dosiahnutie relevantného rozhodnutia (aj meritórnej povahy) v konaní o súlade právnych predpisov je potrebných 7 hlasov/sudcov z 13, t. j. najmenej 53% (sedem hlasov/sudcov bolo potrebných aj pri desaťčlennom pléne t. j. najmenej 70%). Rozhodovanie sudcov ústavného súdu kladie výnimočné požiadavky na ich morálnu a odbornú úroveň, ktorá musí vyvažovať rozsah takejto právomoci. Vzhľadom na vážnosť, o ktorých ústavný súd rozhoduje. Je na zváženie, diskutovať o zvýšení hlasovacieho kvóra v pléne ústavného súdu vzhľadom na otázky, o ktorých ústavný súd v pléne rozhoduje [(napr. o ústavnosti ústavných zákonov (sp. zn. PL. ÚS 21/2014), o amnestiách (sp. zn. PL. ÚS 7/2017), o výbere kandidátov na sudcov ústavného súdu (sp. zn. PL. ÚS 41/2015), o štátnom občianstve (sp. zn. PL. ÚS 11/2012), ale aj o ďalších citlivých otázkach].

Vo všeobecnosti však možno konštatovať, že rozhodovacia právomoc ústavného súdu sa pohybuje v zásade vo vymedzených ústavných limitoch a prejavy aktivizmu musia rešpektovať okrem vymedzených ústavných limitov predmet a účel konania, v ktorom sa o veci rozhoduje.

O čom by bolo treba v konaní o súlade právnych predpisov uvažovať:

- zdanlivo nesúvisiaci, ale z hľadiska „zadost'učinenia“ ústavnému súdnictvu ponechanie mu v zásade len štandardnú ústavnoprávnu agendu, t. j. zúžiť rozsah právomocí ústavného súdu (a z ústavného súdu nerobiť odvolací súd pre okresné sudy,
- „premestiť/prepojiť“ konanie o sťažnostiach s konaním o súlade právnych predpisov za presne definovaných podmienok,
- uvoľniť „tvrdo“ nastavené podmienky (príliš formalistický a doslovný výklad príslušných ustanovení ústavy) pre podávanie návrhov na začatie konania verejným ochrancom práv (možno aj za využitia novelizácie ústavy na zosúladenie „odporúčajúcich“ si článkov ústavy o verejnom ochrancovi práv, pretože v tomto prípade ťažko možno uplatniť čl. 152 ods. 4 ústavy),
- napriek prijatiu zákona č. 314/2018 Z. z. o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov, t. j. nového zákona o ústavnom súde

otvoriť diskusiu o ústavnom práve procesnom, ale aj hmotnom⁶ a neuspokojíť sa s v tichosti bez akejkoľvek diskusie s odbornou verejnosťou novoprijatým zákonom o ústavnom súde obohacujúcej nielen prax ale aj teóriu ústavného práva.

Pramene:

- Ústava Slovenskej republiky
- <https://www.ustavnysud.sk/> vyhľadavanie rozhodnutí ústavného súdu
- Zbierka nálezov a rozhodnutí Ústavného súdu Slovenskej republiky 1993-2018

Abstract: The contribution deals with the part of the decision making activity of the Constitutional Court of the Slovak Republic (further as „Constitutional Court“) which is connected with the legal order. The Constitutional Court is in connection with the realisation of its competences, first of all in the proceeding on the compliance of legal regulations [Art. 125 of the Constitution of the Slovak Republic (further as “Constitution”)] and proceeding on interpretation (Art. 128 of the Constitution) often called negative legislator, with regard to the generally binding nature of its decisions adopted in the above mentioned proceedings.

The contribution also analyses the proceedings on the compliance of the legal regulations from the point of view of the personal and factual content and extent of this proceedings, and it also refers to the development of the decision making activity (jurisprudence) of the Constitutional Court of the Slovak Republic in the respective period (2000-2018).

Key words: proceeding on the compliance of legal regulations, proceeding on interpretation - generally binding force of the findings and other decisions- development of the decision making activity.

⁶ Z dosiaľ dostupnej ostatnej literatúry možno uviesť tieto pramene:
DRGONEC, J.: Ústavné právo procesné, C. H. Beck SK, 2017, s. 192
DRGONEC, J.: Ústavné právo hmotné, C. H. Beck SK, 2018, s. 528

PREAMBULA V MAĎARSKOM ÚSTAVNOM VÝVOJI – OBSAH A NORMATIVITA

HALÁSZ, I.

Preambula znamená úvod do právneho textu, v ktorom sa ústavodarca alebo zákonodarca zväčša pokúša vyjadriť v koho mene vystupuje, ďalej opisuje tie historické podmienky a výzvy, na ktoré reagoval, a napokon sa snaží sformulovať hlavné hodnoty, z ktorých vychádzal. Podľa českého ústavného právnika Jiřího Jiráska „Preambule slavnostním, někdy až archaickým jazykem, odlišným od jazyka dalšího textu ústavy, deklarují principiální ustanovení psané ústavy, artikuluji motivy ústavodárce i cíle státu a společnosti, které se ústava snaží naplnit a uskutečnit, popisují i okolnosti přijetí základního zákona, charakterizují daný stupeň vývoje společnosti. V preambulích najdeme základní hodnotovou orientaci státu, stejně jako znaky ústavního zřízení, které je podrobně upraveno v dalších částech vlastního textu ústavy. Není neobvyklé, že preambule vyjadřuje státní ideu... Preambule jsou dokumentem politického významu, zároveň ale představují normativní hodnotu, zejména tím, že tvoří základ pro výklad a aplikaci ústavy i běžního zákonodárství.“¹

V prípade preambuly ide teda o katalóg ústavných a spoločenských hodnôt, ktoré vyplývajú predovšetkým z ústavnej a politickej kultúry daného štátu.² Prirodzene obsah jednotlivých preambúl sa môže líšiť a nemusí reflektovať všetky práve spomínané dimenzie. Okrem toho preambula nie je povinnou súčasťou každej modernej ústavy.

Ústavná preambula sa v maďarskom verejnoprávnom vývoji objavila pomerne neskoro. Pred rozpadom Uhorska koncom roku 1918 totiž krajina nemala písanú – chartálnu – ústavu. Prvou lastovičkou v tomto smere bola ústava Maďarskej socialistickej zväzovej republiky rád z 23. júna 1919, ktorá však jednak nemala preambulu, jednak bola v platnosti len niečo viac ako mesiac. Na druhej strane úlohu úvodu k ústavnému textu v tomto dokumente hral jeho prvý článok, ktorý deklaroval, že proletariát vzal do svojich rúk právo, moc a slobodu s cieľom zničiť kapitalizmus a vybudovať socializmus. Spomínaný článok zároveň deklaroval, že diktatúra proletariátu je len prostriedkom na ceste v vytvorení beztriednej spoločnosti a zrušenia štátnej moci ako takej. Po krachu tohto radikálneho socialistického pokusu sa v auguste 1919 začala čiastočná reštaurácia predchádzajúcich pomerov. V procese právnej a mocenskej konsolidácie nastupujúceho kontrarevolučného režimu s kresťansko-národnou ideológiou zohral rozhodujúcu úlohu zákonný článok I. z roku 1920, ktorý sa stal základom skoro štvrtstoročného verejnoprávneho provizória (1920-1944), počas ktorého na čele štátu stál ako regent admirál Miklós Horthy. Zákonný článok mal svoj úvod, ktorý sa síce nenazýval preambulou, ale v podstate išlo o tento typ dokumentu. Nový režim, ktorý sa snažil o kontinuitu s obdobím pred vyhlásením Maďarskej ľudovej republiky 16. novembra 1918 si totiž musel ujasniť svoj postoj k udalostiam z novembra 1918. Na túto úlohu bola ideálna práve nedeklarovaná preambula. V jej úvode sa Národné zhromaždenie zvolené začiatkom roku 1920 samodefinovalo ako jediný predstaviteľ národnej suverenity. Zároveň prehlásilo, že sa výkon kráľovskej moci skončil 13. novembra 1919. Poslanecká snemovňa uhorského

Prof. Dr. Ivan Halász, PhD., Národná univerzita pre verejnú službu – Maďarská akadémia vied Spoločenskovedné výskumné centrum, Budapešť

¹ JIRÁSEK, J. K preambuli ústavy. In: Ústava ČR – vznik, vznik, vývoj a perspektivy. Ed. MLSNA, P. et alii. Praha: 2011, s. 165-166.

² FEKETE, B. Az európai alkotmánypreambulumból. Összehasonlító és elméleti elemzés. Habilitációs dolgozat. Budapest: ELTE, 2017. s. 54. (Rukopis)

Snemu zvoleného v roku 1910 sa samorozpustila 16. novembra 1918. V tom čase aj horná (pánska) komora uhorského parlamentu prerušila svoju činnosť. V ponímaní autorov zákonného článku I. z roku 1920 to znamenalo, že sa výkon najvyššej štátnej moci v ústavných podmienkach stal nemožným. Až po 7. auguste 1919 sa dočasné vlády znovu obrátili na národ, ktorý si potom na základe všeobecného volebného práva, ktoré sa vzťahovalo aj na ženy, zvolil svoje nové Národné zhromaždenie, ktoré ho malo vyviešť z hlbkej krízy.

Nasledujúce Národné zhromaždenie, ktoré malo taktiež vyviešť národ z krízového obdobia, ktoré spôsobila totálna porážka v druhej svetovej vojne (1939-1945), prijalo zákon I. z roku 1946. Tento zákon znovu deklaroval v Maďarsku republiku a zároveň zohral aj úlohu malej dočasnej (demokratickej) ústavy. V úvode ústavného textu Národné zhromaždenie – podobne ako v roku 1920 – znovu zdôraznilo, že výkon kráľovskej moci sa v krajine skončil 13. novembra 1918. Preambula sa potom odvolávala na kurucké snemovanie v Onóde počas povstania Františka Rákócziho II., ďalej na debrecínske rokovanie snemu v apríli 1849, ako aj na skúsenosti dvoch revolúcií z rokov 1918/1919. Obe spomínané snemové rokovania detronizovali Habsburgovcov. Preambula zákona o vyhlásení republiky totiž vychádzala z koncepcie 400-ročného boja Uhorska za nezávislosť spod vlády habsburského domu. Zároveň sa úvod odvolával aj na základné ľudské a občianske práva.

20. augusta 1949 maďarský parlament prijal novú, tzv. ľudovo-demokratickú ústavu, ktorá bola pripravená podľa vzoru tzv. stalinskej ústavy Sovietskeho zväzu z roku 1936. Vtedy sa už v krajine začalo budovanie socializmu stalinského typu. Zákon číslo XX. z roku 1949 (teda nová ústava) mal pomerne rozsiahlu preambulu, ktorá sa odvolávala na oslobodenie Maďarska ozbrojenými silami Sovietskeho zväzu, ktoré maďarskému pracujúcemu ľudu umožnili cestu demokratického rozvoja (!). Okrem toho sa tu spomínala aj sovietska pomoc pri obnove vojnou spustošenej krajiny. Z domácich politických tradícií a udalostí preambula výslovne spomenula len skúsenosti socialistickej revolúcie z roku 1919. Preambula s týmto textom však bola počas ústavnej novely v roku 1972 nahradená novým a podstatne dlhším textom.

Preambula platná v rokoch 1973 až 1989 už v prvej vete nepriamo spomenula tisícročnú štátnosť („Maďarsko viac ako po jedno tisícročie udržala pri živote práca ľudu, jeho ochota k obetiam a sila schopná formovať spoločnosť.“³) Štátna moc v tomto útvere však bola podľa socialistického ústavodarcu prostriedkom na utlačanie a vykorisťovanie bezprávného ľudu. V texte sa spomínal aj ťažký boj ľudu za spoločenský pokrok a nezávislosť krajiny. Nový letopočet v maďarskej histórii sa začal vtedy, keď Sovietsky zväz počas druhej svetovej vojny oslobodil Maďarsko spod útlaku fašizmu a otvorila sa cesta pre demokratický vývoj. Z predchádzajúcej preambuly bola prevzatá aj myšlienka o sovietskej pomoci počas obnovy vojnou zničenej krajiny. Znovu tu boli spomenuté aj skúsenosti Maďarskej republiky rád z roku 1919. Nakoniec ústavodarca o štátnosti skonštatoval, že „Na starom mieste sa zrodila nová krajina, v ktorej štátna moc slúži záujmom a blahu ľudu, a umožňuje slobodný rozvoj tvorivej sily občanov.“ Maďarský ľud združený v národnej jednote pracuje nad úplným vybudovaním socializmu. Zaujímavosťou tohto textu bolo to, že sa socialistické obdobie v histórii krajiny pokúsil diskrétno umiestniť v rámci širšej maďarskej (resp. uhorskej) histórie.³ Text vychádzal z koncepcie tisícročnej štátnosti, ku ktorej však ústavodarca nebol celkom nekritický.⁴

³ V maďarskom jazyku neexistuje rozlíšenie medzi Maďarskom a Uhorskom.

⁴ Text preambuly pozri Ablonczy, B. Az Alkotmány nyomában. Elektromédia, 2011. s. 202-203.

Text zákona číslo XX. z roku 1949 bol na jeseň 1989 na základe rokovania za okrúhlym stolom skoro úplne zmenený. Posledný komunistický Snem vtedy prijal materiálne novú – tranzijnú – demokratickú ústavu, ale formálne je umiestnil do starého komunistického rámca. Nový ústavný text mal len veľmi krátku preambulu, ktorá navyše zdôraznila dočasnosť celého dokumentu – ústavodarca totiž deklaroval, že text ústavy prijíma len na čas a to dovtedy, kým nebude prijatá „nová ústava našej vlasti.“ Krátka preambula deklarovala, že nový text sa zrodil v záujme napomôcť mierovému (pokojnému) politickému prechodu (tranzícii) k právnomu štátu, ktorý mal realizovať princíp viacerých strán, parlamentnej demokracie a sociálneho trhového hospodárstva. Išlo o minimalistický text, ktorý odrážal vtedajšiu nedôveru k veľkým ideologickým gestám, ako aj minimálny konsenzus medzi odchádzajúcimi a prichádzajúcimi politickými elitami. Preambula sa – pre už svoju spomínanú dočasnosť – nevenovala samodefinícii ústavy, ani jej základnému hodnotovému rámcu. Nakoniec však demokratický ústavný text vydržal viac ako dvadsať rokov a bol nahradený novým Základným zákonom až v roku 2011.

Základný zákon Maďarska, hoci štrukturálne mnoho ustanovení prevzal zo starého ústavného textu, je ideovo úplne iný dokument. Najviac sa to odrazilo práve v preambule a v celkovej terminológii. Preambula z roku 1989 bola ideologicky minimalistická a mimoriadne stručná. Preambula Základného zákona, ktorá má 469 slov a patrí medzi najdlhšie v celej Európe, je presýtená ideologickými deklaráciami, snaží sa vytvoriť vlastnú historickú naratívnu a celkovo používa vzletný, nadnesený jazyk. Svedčí o tom aj samotný názov preambuly, ktorá sa oficiálne nazýva Národným vierovyznaním. Tento názov má v sebe silný náboženský náboj alebo podtext a to napriek tomu, že ide v podstate o svetský dokument. Výraz vierovyznanie (*confessio*) sa tu používa skôr v zmysle politického vierovyznania – má ísť teda vlastne o zhrnutie hlavných politických axiém, resp. východísk maďarského politického spoločenstva.⁵ Samotný náboženský výraz *confessio* alebo *credo* v maďarskom kontexte evokuje predovšetkým asociácie na protestantskú (kalvinistickú) tradíciu a vieru, ktorá mala v maďarskom prostredí vždy silný národný obsah a vo veľkej miere formovala aj politické a verejnoprávne myslenie.

Podľa filozofa Ferenca Horkay Hörchera teda výraz Národné vierovyznanie pochádza predovšetkým z protestantskej národnej naratívy.⁶ Určité patetické časti preto nemožno čítať ako normatívny text, ale skôr ako kvázi náboženský alebo literárny text. V texte cítiť vplyv veľkých národných romantických poetických diel. Preambula sa svojim obsahom, pátosom a tónom viac podobá na veľké národné romantické eposy, než na ústavnú preambulu. Tento fakt sám o sebe by ešte nemusel znamenať problém, keby ústavodarca už v normatívnom texte nezdôraznil tak výrazne a jednoznačne úlohu ustanovení Národného vierovyznania v procese interpretácie ústavného textu.

Národné vierovyznanie je možné obsahovo rozdeliť na viaceré výrazné časti, hoci samotný ústavodarca nerozčlenil text preambuly na podkapitoly. Prvá časť má silný historický a symbolický charakter, lebo ústavodarca sa tu jednak pokúsil sformulovať miesto Maďarska a maďarského národa v Európe, jednak sa taktiež pokúsil definovať pojem maďarského národa a maďarského politického spoločenstva. Nie náhodou sa celý text začína slovami: „MY ČLENOVIA MAĎARSKÉHO NÁRODA, na prahu nového tisícročia, cí-

⁵ HORKAY HÖRCHER F. A Nemzeti hitvallásról. In. JAKAB A. – KÖRÖSÉNYI A. (Eds.) Alkotmányozás Magyarországon és máshol. Budapest: MTA PTI – Új Mandátum, 2012. s. 289.

⁶ Tamže s. 289.

tiac zodpovednosť za všetkých Maďarov, deklarujeme nasledovné:” Tu teda nie je reč o politickom národe, pozostávajúcom zo všetkých občanov krajiny. O tom svedčí aj jedna neskoršia veta preambuly, ktorá hovorí nasledovne: „Národnosti, ktoré žijú s nami, sú súčasťou maďarského politického spoločenstva a sú štátotvornými činiteľmi.” Preambula aj neskôr robí rozdiel medzi maďarským jazykom a kultúrou a jazykom a kultúrou národností. Obe však chce pestovať a chrániť, a to spolu s hodnotami Karpatskej kotliny, ktoré vytvorila príroda a človek.

Etnické chápanie maďarského národa potvrdil aj sľub ústavodarcu, že chce „... zachovať duchovnú a duševnú jednotu nášho národa, ktorý sa v búrkach uplynulého (teda 20. – pozn. autora) storočia rozpadol na jednotlivé časti.” Na konci preambuly síce ústavodarca spomenul pojem „občanov Maďarska”, ktorí sú pripravení na to, aby „poriadok našej krajiny postavili na národnej spolupráci,” avšak tu nejde o časť, ktorá by hovorila o základnom ústavodarcovi. Pravda, do tohto pojmu sa rovnako zmestia príslušníci maďarského národa ako aj príslušníci národností žijúcich v krajine.

V tejto prvej časti sa ústavodarca pokúsil vysporiadať aj s otázkou Boha, náboženstva a viery. Vládný Fidesz-KDNP, ktorý sa definuje ako kresťansko-národná politická sila disponujúca ústavnou väčšinou v parlamente, tejto otázke venoval veľkú pozornosť. Svätý Štefan podľa preambuly pred tisíc rokmi položil pevné základy maďarského štátu, ktorý sa stal súčasťou kresťanskej Európy. Ústavodarca v preambule vyslovene vyzdvihol úlohu kresťanstva pri zachovaní národa. Váži si však aj iné náboženské tradície krajiny. Pravice konzervatívne sily sa do určitej miery snažili v roku 2011 inšpirovať poľským ústavným vzorom z roku 1997 a pokúsili sa do nového ústavného textu zakomponovať aj *invocatio Dei* a *nominatio Dei*. Poľskú inšpiráciu nemožno nájsť v preambule, ale v postambule Základného zákona. Jej text znie totiž nasledovne: „My, poslanci Snemu zvolení 25. apríla 2010, vedomí si svojej zodpovednosti pred Bohom a ľuďmi, realizujúc svoju ústavodarnú moc, prijímame prvý jednotný Základný zákon Maďarska.”

Maďarský ústavodarca však v roku 2011 zašiel trochu ďalej, než jeho poľský vzor v roku 1997. Pred text Národného vierovyznania, teda na úplný začiatok ústavného textu totiž umiestnil motto s názvom maďarskej národnej hymny „Nech Boh žehná Maďarom.” Menší – vcelku nepodstatný – problém spočíva v tom, že ústavodarca necitoval svoj zdroj – t. j. štátnu hymnu, ani jej autora. Pravda, poznámky pod čiarou nie sú typické pre ústavné texty. Výraznejším problémom je to, prečo má Boh žehnať len Maďarom, ktorí tvoria síce jednodoznačnú väčšinu obyvateľstva, ale v krajine žijú predsa aj iné národnosti. Najväčší problém predstavuje otázka, či má maďarský ústavodarca právo niečo prikázať Bohu všemohúcemu. Tento rozpor možno prekonať len tak, ak sa text motta označí za prosbu nasmerovanú smerom k Všemohúcemu. Inak tu treba pripomenúť, že príliš časté a do určitej miery aj zbytočné spomínanie Boha v svetskom – t. j. profánnom – texte nemusí byť vždy úplne symbolom zbožnosti politickej elity. Viacerí nemeckí teológovia napríklad počas podobných diskusií vo svojej vlasti považovali príliš časté a neodôvodnené spomínanie a oslovenie Boha vo svetských právnych textoch za príliš trúfalé.⁷ Z druhej strany spomienka na náboženské tradície krajiny a dokonca ani na Boha nemusí ešte znamenať porušenie princípu oddelenia cirkvi a štátu, minimum v krajinách, kde prevažuje monoteistické náboženstvo.⁸

⁷ SILAGI, M. A német alaptörvény preambuluma. In: LAMM V. – MAJTÉNYI B. – PAP A. L. (Eds.): Preambulum az alkotmányokban. Budapest: CompLex, 2011. s. 57.

⁸ HORKAY HÖRCHER F. cit. op. s. 296.

Druhá časť preambuly sa venuje základným princípom fungovania štátu, spoločnosti a pozícii jednotlivcov v celku. Skoro všetky vety v tejto časti sa začínajú slovami „myslíme si,“ resp. „tvrdíme.“ Najprv ústavodarca deklaroval, že za základ ľudskej existencie považuje ľudskú dôstojnosť, ďalej, že individuálnu slobodu je možné rozvinúť len v spolupráci s ostatnými členmi spoločenstva, ako aj to, že za najdôležitejší rámec spolužitia považuje rodinu a národ. Ako základné hodnoty spolužitia definoval vernosť, vieru a lásku. V tejto časti sa ústavodarca pokúsil vysvetliť aj vlastný pojem vlády ľudu a určiť základné piliere vzťahu štát a občan. Spoločný cieľ občanov a štátu vidí preambula v dosiahnutí a naplnení dobrého života, bezpečnosti, poriadku, spravodlivosti a slobody. Je zaujímavé, že v krajine, ktorá je tradične hrdá na svoje boje za slobodu a nezávislosť, ako aj na svoju slobodomyselnosť, sa hodnota slobody dostala v tomto katalógu až na úplne posledné miesto. Vládu ľudu vidí zasa zákonodarca tam, kde štát slúži občanom, kde ich záležitosti rieši spravodlivo, bez prechmatov a nadŕžania niektorej zo zúčastnených stránok. Nehovorí však nič o voľbách a dočasnom výkone volených funkcií.

V tretej časti preambuly sa ústavodarca pokúsil vysporiadať sa s komplikovanou maďarskou minulosťou, s vymedzením obdobia neslobody, ako aj s miestom historickej ústavy v právnej histórii a súčasnosti krajiny. Ide o odborné a právnické jednu z najproblematickejších častí celej preambuly. Hlavná príčina problémov spočíva v tom, že ústavodarca bol až priveľmi podrobný a konkrétny. V texte je cítiť snahu o nadviazanie kontinuity s obdobím pred rokom 1944 (t. j. s obdobím historickej ústavy) a zároveň o dištancovanie sa od obdobia neslobody, ktoré preambula zarámcovala 19. marcom 1944 (deň nemeckej okupácie) a 2. májom 1990 (deň zasadnutia prvého slobodne zvoleného parlamentu). V tomto období sa však zrodila aj súčasná republikánska štátna forma krajiny a taktiež prebehla demokratická tranzícia – medzi iným sa zrodil aj demokratický ústavný text z roku 1989, na základe ktorého vznikol aj súčasný Základný zákon.

Posledná veľká časť Národného vierovyznania, ktorá je inak nasmerovaná predovšetkým smerom do budúcnosti, sa venuje aj samodefinícii Základného zákona – t. j. zaoberá sa samointerpretáciou. Jedna z posledných viet preambuly znie nasledovne: „Základný zákon je základom nášho právneho poriadku: ide o vzťah medzi Maďarmi minulosti, prítomnosti a budúcnosti.“ Pôvodne sa v texte hovorilo o zmluve medzi Maďarmi minulosti, prítomnosti a budúcnosti, avšak štvrtá novela Základného zákona zmenila laické slovo zmluva na sakrálnější vzťah.

Spomínaná novela Základného zákona nebola jediná, ktorá zmenila text Národného vierovyznania. Naposledy k zmene textu preambuly došlo v lete 2018, bezprostredne po treťom dvojtretinovom víťazstve Fideszu v parlamentných voľbách. Táto posledná novela súvisela hlavne s protiimigračnou rétorikou vládnych strán, ktoré ju využívajú na mobilizáciu voličov už od roku 2015. Zmena v preambule však mala inú príčinu – vláda s podporou Fideszu-KDNP sa totiž v posledných rokoch čoraz častejšie dostáva do konfliktu s európskymi inštitúciami (t. j. s „mýtickým Bruselom“) a snaží sa zvýrazniť svoju suverenistickú pozíciu v otázkach budúcnosti celej EU. Dôležitým prostriedkom v tomto „boji“ sa v budúcnosti môže stať teória národnej ústavnej identity, ktorá získava na sile aj v iných členských štátoch EU. Maďarský ústavný súd sa už koncom roku 2016 pokúsil sformulovať, čo vlastne znamená maďarská ústavná identita. V tejto snahe spojil maďarské ústavnoprávne dedičstvo so všeobecnými európskymi ústavnoprávnymi hodnotami. Nový text preambuly však tento pojem zakomponoval priamo do textu a to pomocou nasledovnej formulácie: „Myslíme si, že ochrana našej identity, ktorá má korene v historickej ústave, je základnou povinnosťou štátu.“

Hoci sa text maďarskej ústavnej preambuly niekedy zdá byť patetickým a historizujúcim slohovým cvičením,⁹ treba si uvedomiť, že jeho dosah na právny a politický poriadok krajiny bude asi výraznejší, než sa pôvodne zdalo. Tento fakt nepramení len zo zmenenej politickej situácie a celkovej spoločenskej atmosféry, ale aj z normatívneho textu Základného zákona, ktorý vo svojom článku R) odsek 3) deklaruje, že ustanovenie Základného zákona je potrebné interpretovať v súlade s ich cieľom, s Národným vierovyznaním a výdobytami historickej ústavy. Pôvodný ústavný text z obdobia rokov 1989 až 2011 neobsahoval takúto priamu narážku na úlohu preambuly v procese interpretácie ústavného textu. Napriek tomu aj vtedajší ústavný súd si vo viacerých prípadoch vypomohol hodnotami z preambuly.¹⁰ Predovšetkým išlo o interpretáciu pojmov právny štát a sociálne orientované trhov hospodárstvo. Tento trend sa v Maďarsku po roku 2012 len posilnil. Ďalší problém novej preambuly spočíva v jej hodnotovej a ideologickej jednostrannosti – jej text totiž zohľadňuje skoro výhradne len konzervatívny hodnotový svet. Liberálne a sociálne, resp. socialisticky orientovaní občania sa preto môžu cítiť do určitej miery nezohľadnení.¹¹

Abstract: The paper focuses on the history of preambles in the Hungarian constitutional development in 20th century and after 2011. The communist constitution from 1949 had relatively long preamble. It became longer during the amendment of constitution in 1972/1973. The constitutional preamble of constitution of democratic transition in 1989 was extremely short and minimalistic from the point of view of ideology. The preamble of the Hungarian Fundamental Law from 2011 is longest in Europe. The text of preamble is very ideological and conservative. The paper is analysing the four main parts of preamble and its values.

Key words: constitution, history, Hungary, preamble, values

⁹ O problémch súvisiacich s historizovaním pozri SZENTE Z. A historizáló alkotmányozás problémái - a történeti alkotmány és a Szent Korona az új Alaptörvényben. *Közjogi Szemle*, 2011. No. 3. 1-13.

¹⁰ Pozri predovšetkým rozhodnutia ústavného súdu 772/B/1990/5., potom 21/1990 (X.4.), ako aj 33/1993 (V.28.) Väčšina z nich sa venovala hospodárskym otázkam a pojmu sociálne trhov hospodárstvo.

¹¹ O tomto probléme pozri JAKAB A. Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei. Budapest: HVG-ORAC, 2011. s. 180. a PAPA. L. Ki és mi a magyar? Az Alaptörvény preferenciái kritikai perspektívából. In: GÁRDOS-OROSZ F. – SZENTE Z. (Eds.): *Alkotmányozás és alkotmányjogi változások Európában és Magyarországon*. Budapest: 2014. NKE KTK. s. 154-157.

III. KAPITOLA: HODNOTY

- 1) ZOUBEK, V.: Výzvy axiologie západního chápání hodnot právních a ústavních v mezích korektního multikulturalismu
- 2) BERDISOVÁ, L.: Právo a etika: reflexia etických modelov v etických kódexoch právnických profesií
- 3) PALKA, K.: Problematyka wykładni znamion przestępstwa kłamstwa oświęcimskiego na podstawie art. 55 ustawy o instytucie pamięci narodowej

VÝZVY AXIOLOGIE ZÁPADNÍHO CHÁPÁNÍ HODNOT PRÁVNÍCH A ÚSTAVNÍCH V MEZÍCH KOREKTNÍHO MULTIKULTURALISMU

ZOUBEK, V.

§ 1. Úvod

Při četbě a analýze postulátů **klasiků** konstituování policejních věd prof. Viktora Porady a prof. Květoně Holcra¹ a bezpečnostní doktríny ČR² lze si udělat sofistikovanou představu **nemožnosti** stoprocentní vnitřní bezpečnosti pro občany nejen našeho státu, ale i evropany všeobecně. **Bezpečnostní věda** byla definována „vědcí akademické sféry“, **policejní vědy** „profilací teorie s praxí“, **doktrína** „bezpečnostními poradci“ a **bezpečnostní a trestní politika** politiky, vládou a Bezpečnostní radou státu, kteří objektivně (v mezích globalizace a liberalizace) jsou determinováni demokracií, ochlokracií a zejména oligarchizací současné ústavní scény.

Na toto vymezení navazují další, především němečtí autoři, přičemž ho různě modifikují nebo doplňují. Stock definuje policejní vědu jako vědu o policii jako instituci, jako vědu o policejním jednání a jako vědu o policii v jejích společenských, právních a institucionálních souvislostech.³ Na Stocka se odvolává také Neidhardt, který tvrdí, že by policejní věda měla zahrnovat všechny poznatky o policii v institucionálním a také ve funkčním smyslu (*Police*). Dále by se měla zabývat všemi aspekty policejního jednání (*Policing*), protože jejím hlavním cílem je fundovanost policejní praxe. Tato věda musí být schopna odevzdávat řídicímu personálu vědomosti potřebné pro efektivní praktickou činnost.⁴

Shrneme-li výsledky dosavadní diskuse, pak **policejní vědy** můžeme vymezit jako rozvíjející se **vědní obor** o policii jako instituci a jejím fungování, její organizaci a řízení a o policejních činnostech. Do jeho předmětu zkoumání vchází příprava vysoko kvalifikovaného vědeckého společenství policejních věd, zkoumání historie policejních věd, jejich úkol v bližší a vzdálenější budoucnosti a místa v systému věd.

Je vcelku přirozené, že policejní vědy doposud provází nedostatky, které překonává téměř každá vznikající věda v počátečních etapách svého rozvoje. Vyjadřujeme však přesvědčení, že právě naléhavé potřeby trvalého posilování efektivnosti policejních činností jakož i žádoucího zvyšování pocitu bezpečí široké veřejnosti bude rozvíjení policejních věd výrazně podporovat a akcelarovat.

Bezpečnostní (policejní) vědy teprve postulují svou terminologii. potíže v komunikaci uvnitř i vně nově se konstituujícího a rozvíjejícího se multidisciplinárního vědního oboru se

doc. JUDr. Vladimír ZOUBEK, CS., LL.M., MBA, Vysoká škola finanční a správní, z.ú., Praha, Fakulta právních a správních studií, Katedra veřejného a evropského práva, Česká republika

¹ PORADA, V. a HOLCRA, K. et al. *Policejní vědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, 343 s. ISBN 978-80-7380-314-8.

² ZOUBEK, V. *Postmoderní problémy lidských práv a globální bezpečnosti*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, 464 s. ISBN 80-86473-75-9.

³ STOCK, J. Lässt die Kriminologie Platz für eine Polizeiwissenschaft? Anmerkungen zum Verhältnis einer Polizeiwissenschaft in Gründung zur Kriminologie. In *Kriminologie 2000 – Positionen und Perspektiven, Schriftenreihe der Polizei-Führungs-akademie*, 2000, Nr. 3, s. 103-105.

⁴ NEIDHART, K.. Obhajoba policajnej vedy. In: *Aktuálne problémy rozvoja policajných vied a poli-cajnej praxe. 1. rokovanie stálej medzinárodnej konferencie*. Bratislava: A PZ, 2001, s. 105.

odráží i ve vytváření a používání nových pojmů. Některé pojmy jsou již zavedeny a jsou zcela nebo alespoň zčásti srozumitelné. Přesto je nutné je jednoznačně definovat a vymezit. Jak uvádí Zeman,⁵ problém terminologických neporozumění nespočívá ve specializované a konkretizující terminologii. Problém spočívá naopak v nejasném a nejednotném používání pojmů nejobecnějších, jež jsou přitom běžně používanou součástí obecného nespécializovaného jazyka. Tak např. strategické dokumenty a bezpečnostní metodologie NATO takové pojmy zcela běžně a často používají, aniž je ve svých standardizačních slovnících jakkoli definují – eventuálně jen odkazují na obecné výkladové slovníky. přitom jde o pojmy klíčové (konceptuální) a ústřední – jsou z nich odvozeny pojmy další, podřízené, včetně pojmů a definic bezpečnostních (policejních) věd.

§ 2. Bezpečnostní doktrína v mezích ústavní axiologie

Dalším nezpochybnitelným fenoménem a rozhodujícím faktorem ústavní axiologie v mezích bezpečnosti byla formulace bezpečnostní doktríny, kterou artikuloval Zoubek v průběhu let 1993 - 2008 především v titulech: ZOUBEK, Vladimír. *Lidská práva - globalizace - bezpečnost*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 461 s., ISBN 978-80-7380-103-8 a ZOUBEK, Vladimír. *Postmoderní problémy lidských práv a globální bezpečnosti*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, 464 s., ISBN 80-86473-75-4. Je to již starší písnička, ale byla předstupněm bezpečnostní strategie ČR.

Tak např. z prvně jmenované publikace⁶ vyjímám ze strany 183-211 následující:

I. K vymezení pojmu bezpečnostní a policejní doktrína pro oblast vnitřních věcí a vnitřní bezpečnosti

Teze č. I/1

Bezpečnostní a policejní doktrína (bezpečnostní a policejní teorie v restriktivním vymezení) vědecky zkoumá základní teoretické postuláty a principy policejní a bezpečnostní činnosti. Formuluje souhrn základních zásad a dlouhodobých strategických úkolů, tvořících základní linii a teoreticky zdůvodněný program, který obsahově zprostředkovává rozhodující cíle a směry státní politiky na úseku ochrany ústavního zřízení, zabezpečení vnitřního pořádku, bezpečnosti a efektivního potírání a předcházení zločinnosti. Bezpečnostní doktrína teoreticky, prognosticky, v právních a mezinárodních souvislostech zdůvodňuje postup státu při stanovení optimální struktury sil a prostředků v rámci realizace jeho ochranné funkce a ústavního práva na bezpečnost.

Teze č. I/2

Bezpečnostní a policejní doktrína je ve vztahu k bezpečnostní politice pojmem obecnějším a teoretickým, je nadřazena bezpečnostní politice. Pokud se dnes hovoří o bezpečnostní politice (např. vlády), míní se tím buď dílčí politicko-praxedologický a praxeologický úsek bezpečnostní doktríny, a to jak obsahově (kompetenčně), tak časově, nebo především možné varianty realizace bezpečnostní doktríny.

⁵ ZEMAN, P.: Česká bezpečnostní terminologie, její zdroje a její stav. In: Kolektiv autorů. *Česká bezpečnostní terminologie. Výklad základních pojmů*. Brno: ÚSS VA Brno, 2002, s. 7-9.

⁶ ZOUBEK, V.: *Lidská práva - globalizace - bezpečnost*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 461 s., ISBN 978-80-7380-103-8, s. 183-211.

Teze č. I/3

Bezpečnostní a policejní doktrína v sobě zahrnuje nejen **teoretickou** (abstraktní), ale i **praxeologickou** rovinu. První rovina se týká především **nejobecnějších podnětů a doporučení legislativě** (*de lege ferenda*), druhá, praxeologická rovina bezpečnostní doktríny představuje doporučení k žádoucímu stavu (právnímu pořádku), **metodu a vodítko praktické činnosti všech kompetentních orgánů a institucí** při zabezpečování vnitřní bezpečnosti a při ochraně veřejného pořádku.

Teze č. I/4

Rozsah a dosah bezpečnostní doktríny vychází ze **stávajícího kompetenčního vymezení exekutivních subjektů (ministerstev) při zabezpečování bezpečnosti**. Základním exekutivním subjektem je **vláda**.

V podstatě *jen poradním orgánem vlády* je **Bezpečnostní rada státu**, podle čl. 9 úst. zák. č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky.

Bezpečnostní radu státu tvoří **předseda vlády a další členové vlády** podle rozhodnutí vlády.

Bezpečnostní rada státu **v rozsahu pověření**, které stanovila vláda, **připravuje vládě návrhy opatření** k zajišťování bezpečnosti České republiky.

Způsob participace Bezpečnostní rady státu a **prezidenta republiky** (jako vrchního velitele ozbrojených sil) řeší čl. 9 odst. 3 úst. zák. č. 110/1998 Sb.

Zákonným právním předpisem upravujícím problematiku ministerstev a jiných správních úřadů státní správy České republiky je v současnosti **zákon ČNR o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky**.⁷ Zákon je praktickou realizací ústavního ustanovení čl. 79 odst. 1, který výslovně stanoví, že ministerstva a jiné správní úřady lze zřídit a jejich působnost upravit **pouze zákonem**.

Teze č. I/5

Rozvoj a realizace bezpečnostní a policejní doktríny (bezpečnostní a policejní teorie v restriktivním vymezení) je **podpořena úspěšným konstituováním a rozmachem policejních věd, vysokého školství a plněním grantových mezinárodních vědeckovýzkumných aktivit**.

II. Bezpečnostní a policejní doktrína (bezpečnostní a policejní teorie v restriktivním vymezení) a principy právního státu

Teze č. II/1

Bezpečnostní a policejní doktrína demokratického právního státu je výlučně **realizovatelná pouze prostřednictvím stávajícího ústavního a právního systému** (tj. pouze ústavním a zákonným způsobem), **je teoreticky odvozena z principů právního státu**:

1. Suverenita lidu (právo většiny a ochrana menšiny):

- ❖ nadřazenost občana nad státem v podobě ústavního kodexu lidských a občanských práv, včetně soudních záruk;
- ❖ volební zákonodárství, resp. zákony o referendu a plebiscitu a suverenita parlamentu v legislativní činnosti;
- ❖ garance práv menšin.

⁷ Tzv. "**Kompetenční zákon**". Zákon ČNR č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České (socialistické) republiky, v platném znění.

2. Principy dělby moci:

- ❖ nezávislost vzniku moci legislativní, exekutivní a soudní;
- ❖ systém vzájemných brzd a garancí mezi mocemi.

3. Princip omezené vlády:

- ❖ právní limity a ústavní garance státních regulativních zásahů v jasné delimitaci práva soukromého a veřejného.

4. Vázanost státu právem:

- a) ústavou;
- a) zákony;
- b) obecně závaznými akty mezinárodního práva;
- c) mezinárodními právními akty, které stát sám uznal;
- d) obecně závaznými demokratickými principy (pluralismus, spravedlnost, právní jistota, nabytá práva, konsensus, legitimita).

5. Soudní garance právního státu:

- a) nezávislými obecnými soudy;
- a) nezávislými ústavními soudy;
- b) nezávislými správními soudy”.

Dnes lze zcela jistě doplnit o bod „5. d) efektivní činnost ombudsmana“ a o bod „6. **Alespoň faktická částečná sekularizace a politizace veřejné a občanské sféry**“.

Bezpečnostní doktrína (teorie) na jedné straně nejen respektuje, ale svou realizací chrání pluralitní demokratický systém, demokratické hodnoty a instituce. Na druhé straně smyslem a cílem bezpečnostní doktríny je faktické a legální naplnění **ústavního práva občana na bezpečnost** a dalších základních lidských práv a svobod.

Teze č. II/2

Odvozenost bezpečnostní a policejní doktríny (teorie) **z principů právního státu** znamená zejména, že:

- a) stejné zásady, které platí pro jiné úseky státní správy, platí i pro bezpečnostní činnosti,
- a) při bezpečnostní činnosti lze integrovat do práv a svobod občanů výlučně **na základě zákona a v jeho mezích** (*secundum et intra legem*) ve smyslu čl. 4 Listiny základních práv a svobod,
- b) bezpečnostní a policejní orgány **jsou vázány nejen interním právem**, ale i mezinárodními právními dokumenty, které ČR inkorporovala do svého právního řádu (a po vstupu do EU též evropským právem).

Vázanost právem je zvýrazněna:

- 1. důrazem na nadpozitivnost a přirozenoprávnost základních práv a svobod,
- 2. zákony (zvláště tzv. „**policejními zákony**“), s cílem postupně zákonně pokrýt veškerou bezpečnostní a policejní problematiku i do „okrajových oblastí“ kriminálních a policejních věd (tak, aby se zdůraznila právní jistota a vyloučila *analogia legis*).

Teze č. II/3

Ve své prognostické a programové podobě bezpečnostní a policejní doktrína (teorie) **není výlučně fixována na stávající** (mnohdy nevyhovující) **právní stav**. Naopak, je znač-

ně nezávislá na úpravě *de lege lata* a vznáší požadavky a podněty na novelizaci (reformy) ústavního vymezení bezpečnosti státu a činnosti bezpečnostních orgánů, vznáší požadavky na rekodifikaci „policejních“ zákonů a na podstatné změny a doplňky základních kodexů např. v oblasti trestního a správního práva s cílem posílit efektivnost činnosti policie při respektování základních lidských práv a soudních garancí.

III. Obsahové formálně právní vymezení a jednota bezpečnostní a policejní doktríny (cíle, bezpečnostní rizika, bezpečnost v materiálním, institucionálním a formálním smyslu)

Teze č. III/1

Obsah bezpečnostní a policejní doktríny je restriktivně či extenzivně odvozen z **hierarchie** sledovaných cílů podle konkrétních vnitřních, vnějších i časově pojatých **bezpečnostních problémů a bezpečnostních rizik**.

Ústředním bodem bezpečnostní doktríny je teoretické a právní vymezení pojmu **bezpečnost** (event. vnitřní bezpečnost, vnitřní pořádek) v materiálním, institucionálním i formálním smyslu **v souladu s obecně závaznými demokratickými principy** (*právní jistota, parlamentarismus, spravedlnost, nabytá práva, legitimita, soudní garancie*).

Teoretické vymezení pojmu „bezpečnost“ je složitý problém nejen pro právní teorii (kde zdaleka nevládne jednoznačná shoda ve vymezení pojmů), ale i pro praxi. Jednoznačně lze říci, že se jedná o nejobecnější a nejextenzivnější pojatou kategorii v oblasti dosahu bezpečnostní doktríny a jako „obecný“, „neurčitý“ právní pojem je z teoretického hlediska v podstatě totožný s pojmem policie (v nejširším vymezení), jakožto **„spořádaný stav vnitřních právních vztahů“ vycházejících z právního pořádku**. V přijatých „policejních zákonech“ zákonná dikce operuje již tradičně s tzv. **„neurčitými právními výrazy“**, např. „věci vnitřního pořádku a bezpečnosti“, „bezpečnost osob a majetku“, „veřejný pořádek“, „bezpečnost chráněných osob“, „bezpečnost státu a jeho ústavního zřízení“ apod., v minulosti (např. Organizační zákon č. 125/1927 Sb.) též „veřejný klid“, „veřejná bezpečnost“, „veřejná mravnost“ atd. Tyto „neurčité právní pojmy“ lze jednoznačně **subsumovat** více méně pod obecnější, extenzivnější pojem bezpečnost (policie) v různých aspektech a v různém smyslu, což je předmětem doktrinálního a systematického **výkladu** (v rámci obecné části správní vědy, resp. vědy státní správy) i pro potřeby obsahového zaměření bezpečnostní doktríny (teorie).

Pojem bezpečnost (policie) **v materiálním smyslu** je vymezen policejní vědou **obsahově a funkčně**. Stanoví **zákonné hypotézy (předpoklady) a zákonný (ústavní) rozsah a meze zásahů policejních orgánů do soukromé i veřejné sféry lidských práv a svobod při ochraně „veřejných zájmů“** (právem chráněných zájmů státu i občanů). Takové zásahy lze činit v právním státě **jen na základě zákonného zmocnění** a v příslušných zákonných mezích (včetně možnosti soudní či jiné kontroly).

Formálně pojem bezpečnost (policie) je vymezen organizačně a je dán **sumou věcné kompetence policejních orgánů**.

Bezpečnost (Policie s velkým „P“) **v institucionálním smyslu** představuje **soustavu policejních orgánů, jež tvoří systém bezpečnostní a policejní organizace**.⁸

⁸ ZOUBEK, V.: *Lidská práva – globalizace – bezpečnost*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. 510 s. ISBN 978-80-7380-026-0, s. 194-195.

Bezpečnostní strategie České republiky patří mezi významné dostupné oficiální dokumenty vlády České republiky, týkající se bezpečnosti České republiky, středoevropského prostoru a v extenzivních souvislostech též evropské, resp. **euroatlantické civilizace v období čtvrté světové války.**⁹

S textem tohoto významného bezpečnostního dokumentu se lze seznámit na webových stránkách vlády ČR (www.vlada.cz).

§ 3. Ústavní axiologie: státě aktuálnější realita vnějšího ohrožení

Predestinační otázkou (v podstatě bytostní fundamentální evropskou kruciální otázkou) je - ať chceme, či nechceme o tom přemýšlet - metodologická nadčasová hypotéza „naší doby“: **je migrace** (legální či nelegální), z mimoevropských prostor středovýchodních a severoafrických, přes vnější schengenskou hranici, přes Řecko, Itálii (Lampedusu a Pantelerii) a Španělsko (přes Ceutu a Melillu), je pro „nás“ (evropský „demos“) **pozitivní, či zhoubná?** Umíme nezaujatě, přísně vědecky a temperálně (pro pět či šest generací) odhadnout ústavněprávní a kriminologické aspekty europeizační, včetně lidskoprávních rozměrů a objektivních bezpečnostních rizik?¹⁰

Dnes žije snad sedm miliard lidí na této planetě a toto číslo roste. Globalizace znamená, že sociální nůžky se dramaticky rozevírají, že **bohatí stále více bohatnou a chudí stále více chudnou** a že postupně mizí „střední třída“ coby volební základna demokracie. Nevládní a nezávislá instituce Oxfram v lednové zprávě (Ekonomika pro jedno procento)¹¹ tvrdí, že 62 plutokratů a nejbohatších globálních multimiliardářů vlastní dohromady zhruba tolik majetku jako chudší polovina veškerého lidstva: šokující nepoměr je 62 *subjektů ku zhruba třem a půl miliardám lidských bytostí*. Pokud plutokraté a oligarchové hledají **daňové ráje** s cílem alokace globálního kapitálu mimo daňovou suverenitu států, **nejchudší z chudých hledají migrační cesty k přežití**. Geograficky Evropa, severní Amerika, bývalá dominia Commonwealthu, Japonsko a další asijsí tygři jsou tzv. bohatý „Sever“. Jejich obyvatelstvo se vzhledem k **nízké porodnosti** početně zmenšuje a výrazně **stárne**. Koeficient porodnosti má cca 1,5 (1,5 dítěte na jednu matku) - aby společnost nevymírala potřebuje koeficient porodnosti 2,1 dítěte na jednu matku. Během další generace bude **problém** udržet přijatelný **přírůstek** ekonomického růstu a **penzijní systém**.

Naopak v převážné části „postkoloniálního světa“ počet obyvatel roste a převažují **mladí**. Stále chudší „**Jih**“ představuje 80 % hladovějících či **hladem** ohrožených lidských bytostí, které se ze zóny hladu a etnických a náboženských **válek** tlačí do „severního“ ekonomického ráje (**bez ohledu na existující mezinárodně platné státní hranice**).

⁹ Podrobněji k tomu zejména: ZOUBEK, V.: **Bezpečnostní strategie České republiky: postmoderní problémy globální bezpečnosti**. In: *Bezpečnostní teorie a praxe. Sborník Policejní akademie ČR*, 2005, č. 4, s. 7-28; ISSN 1211-2461; ISBN 80-7251-210-2; ZOUBEK, V.: **Globalizace či univerzita (ne)rovnosti?** In: *Zborník z mezinárodnej konferencie „(Ne)rovnosť a rovnoprávnosť“*. Bratislava: Ústav štátu a práva SAV, 2005, s. 73-104. ISBN 80-89104-79-7; ZOUBEK, V.: **Postmoderní problémy globální bezpečnosti. Kriminalistika**, 2006, roč. XXXIX., č. 1, s. 3-26. ISSN 1210-9150.

¹⁰ Autor volně navazuje na předcházející úvahy: ZOUBEK, V.: *Novoty práva jako oběti právu a globalizace*, s. 248-258. In: BĀRĀNY, E. (eds.). *„Ako právo reaguje na novoty“*. Bratislava: Veda – Slovenská akadémia vied, 2015, 392 s. ISBN 978-80-224-1469-2.

¹¹ <https://www.oxfram.org/en/research/economy-1>

§ 4. Ústavní právo a konstitucionalismus o právu na azyl

Musíme si položit otázku, jak české ústavní právo doktrinálně chápe „právo na azyl“. To je skutečně právní a státoprávní teoretická i praktická otázka.

Je to lidské právo **první**, či **druhé** generace ?

Podle ústavního zákona Federálního shromáždění č. 23/1991 Sb. je nepochybné - jak dikcí, tak strukturálně - že jde „pouze“ o lidské právo **pozitivní**. Dle čl. 43 Listiny základních práv a svobod „*Česká a Slovenská Federativní Republika (rozuměj: Česká republika) poskytuje azyl cizincům pronásledovaným za uplatňování politických práv a svobod. Azyl může být odepřen tomu, kdo jednal v rozporu se základními právy a svobodami.*“ Analogicky odkazujeme zejména na Nález Ústavního soudu České republiky: **Nález ÚS: IV. ÚS 553/06 z 30.1.2007 (N 17/14 SbNU 217)**, který judikatorně stojí na stanovisku, že právo na azyl je akt státu v rámci správního řízení bez právního nároku žadatele v mezích správního uvážení suverenního státu. Exteritoriálně lze odkázat zejména na čl. 18 Listiny základních práv a svobod EU, čl. 14 Všeobecné deklarace lidských práv a čl. 1 a čl. 33 Ženevských úmluv a na další prameny, ale to není účelem autorů.

Právo na osobní integritu, soukromí, zákaz mučení, osobní svoboda, domovní svoboda, cogitationis nemo partitur, svoboda pohybu a pobytu - to jsou lidská práva **první** generace práv vrozených, jasně a přirozeně dle doktriny zpozitivňování fundamentálních práv. Nicméně **soukromá lidskoprávní teritorialita** je patrna v diferenciaci legálních definic specifických subjektů, které mají rozdílné právně-procesní režimy ústavní a správní:

- uprchlík (migrant),
- nomád,
- žadatel o azyl,
- azylant,
- cizinec,
- občan státu EU,
- osoba s povoleným pobytem v ČR (trvalým, či přechodným).

Názory předních českých právních teoretiků a konstitucionalistů jsou jednoznačné - stojí na stanovisku, že čl. 43 Listiny základních práv a svobod deklaruje právo azylu jako právo **druhé**, resp. i **třetí** generace. **Právo azylu nepatří k přirozeným právům člověka, ani právům občana, čili není na něj právní nárok v mezích správního uvážení.** Toto stanovisko doktrinálního právního vědomí zastávají jak učenci Právnické fakulty Univerzity Karlovy (např. prof. Václav Pavlíček, prof. Aleš Gerloch, JUDr. Jiří Hřebejk, doc. Vladimír Zoubek), prof. Karel Klíma (s výhradami procesního charakteru), plejáda brněnských ústavních soudců a akademiků Právnické fakulty Masarykovy univerzity, doc. Jiří Jirásek u olomoucké právnické fakulty, atd., čili o tomto **není** zásadní **spor**, či diskurz¹². Zásadní spor se vede o suverenitu nárazových národních států **vnější schengenské hranice** (zejména se to týká Řecké republiky, Italské republiky,

¹² Blíže viz: PAVLÍČEK, V. a kol. *Ústava a ústavní řád ČR*, 2.díl. Praha: Linde, 1995, s. 309-312. ISBN 80-7201-00-X., GERLOCH, A.; HŘEBEJK, J. a ZOUBEK, V.: *Ústavní systém ČR*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 328-329. ISBN 978-80-7380-423-7., KLÍMA, K.: *Listina a její realizace v systému veřejného a nového soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 16 a 32-34. ISBN 978-80-7476-647-1., JIRÁSEK, J. a kol. *Ústavní základy organizace státu*. Praha: Leges, 2013, s. 94-98. ISBN 978-80-87576-57-1., WÁGNEROVÁ, E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 852-865. (autor: MOLEK, P.) ISBN 978-80-7357-750-6, etc.

Španělského království) *a contrario* humanitární a sociální aspekt azylového posuzování v evropské dimenzi.¹³

§ 5. Rizika novodobého stěhování národů

Nekontrolovaný a nekontrolovatelný příval migrantů *ohrožuje národní identitu nejen evropských států, ale celých integračních seskupení*. Problém politické xenofobie a populismu je stále aktuálnější.

Postmoderní duchovní a vědecká skepse v právovědě a státovědě reflektuje krizi západního právního a civilizačního myšlení, které je v kontrastu se silícím multikulturálním tlakem islámu. **V boji o duchovní a materiální dominanci a nadvládu není jednoznačného vítěze: absenteje jednomyslně přijímaný legitimní subjekt globálního řízení.** Není světový stát, není světové právo, není globální řád mezinárodní (vyjma mezinárodního práva, ale bez světového četníka, který by vymáhal a interpretoval normy mezinárodního práva). **Clash of Civilizations** je pochmurná vize Samuela Huntingtona, která se **může i nemusí** naplnit při prosazování univerzalizmu základních práv a svobod, jusnaturálního charakteru lidských práv a eliminaci nepřehlédné moci nadnárodních ekonomických a finančních elit a globálního zločinu, který parazituje na tranzitu a obchodování s lidmi.¹⁴

S nelegální migrací roste riziko expanze tzv. Islámského státu, který nemá přesně limity státní hranice v rámci principu personality a principu teritoriality a jeho sympatizanti a námezdní ozbrojenci operují především na území EU.¹⁵

Terorismem, ale i bojem proti němu jsou totiž ohroženy právní jistoty právního státu: svoboda a liberalismus, rovnoprávnost a občanství, demokratická forma vládnutí a legitimita, legalita a justiční instrumentalizace právního státu a zejména jusnaturální podstata fundamentálních lidských a občanských práv a svobod. Čl. 2 odst. 1 Listiny základních práv a svobod uvádí, že „Stát je založen na demokratických hodnotách a nesmí se vázat ani na výlučnou ideologii, ani na náboženské vyznání“. V duchovní a morální sféře je stát neutrální a „relativistický“. Tato neutralita (liberálnost) státu je podepřena apolitičností státní správy a nezávislostí soudců. **Stát nemůže z ideologických a obdobných důvodů nikoho ani diskriminovat, ani privilegiovat. Je povinen tolerovat veškeré jednání, jež zůstává v rámci ústavního práva.** Čili *liberální právní stát se netváří, že je morální, je jen „ústavní“.* *Co není zakázáno zákonem, je dovoleno.*

§ 6. DAIŠ - tzv. Islámský stát – pohled vědy mezinárodního práva veřejného a obecné státovědy

Nauka mezinárodního práva veřejného řeší otázku, kdy stát získává mezinárodně právní subjektivitu a jaký je význam uznání státu. Uznání státu *de iure*, či dokonce i *de facto* je chápáno jako subsidiární znak státu. V zásadě existují dva protikladné názory, z nichž jed-

¹³ Blíže viz např. VEČEŘA, M. a MACHALOVA, T. *Europeizace práva v právně teoretickém kontextu. Výklad základních pojmů*. Acta Universitatis Brunensis, Iuridica, No. 372, Brno: Právnická fakulta MU, 2010, 227 s. ISBN 978-80-210-5171-3.

¹⁴ Dostupné české překlady: HUNTINGTON, S. P. *Střet civilizací. Boj kultur a proměna světového řádu*. Praha: Rybka Publishers, 2001, 447 s. ISBN 80-86182-49-5. a postliberální protipól: FUKUYAMA, F.: *Konec dějin a poslední člověk*. Praha: Rybka Publishers, 2002, 379 s. ISBN 80-86182-27-4.

¹⁵ ZOUBEK, V.: *Aplikační a interpretační problémy § 321 trestního zákoníku*. In: JELÍNEK, J.; IVOR, J. a kol. *Trestní právo EU a jeho vliv na právní řád ČR a SR*. Praha: Leges, 2015, s. 239-245. ISBN 978-80-7502-080-2.

na skupina tvrdí, že uznání státu nemá žádný konstruktivní charakter a je **pouhou deklarací**. Stát tak vzniká okamžikem, kdy nový útvar splňuje znaky státu. Druhá skupina vychází z názoru, že subjektivitu stát získá **teprve uznáním jiným státem**, a to pouze ve vztahu k tomuto státu. Třetí skupina pak spatřuje v uznání státu **jak deklaratorní, tak konstitutivní účinky**. V praxi je používáno uznání stupňovité, resp. uznání *de facto* a *de iure*, přičemž prvé je výrazem určité zdrženlivosti a očekávání, zda nový státní útvar přesvědčí o své trvalosti, jde o uznání obsahem omezené a prozatímní. Uznání státu *de iure* představuje uznání plné, konečné a neodvolatelné.

Západní práвовěda je v **koncích s fenoménem suverenity faktických teroristických států** a jejich „právních systémů“. **Naše demokracie je bezzubá, pokud právními prostředky chceme bojovat proti státnímu terorismu globálně**. Z hlediska obecné státovědy a teorie práva se jedná o zcela nový aspekt a fenomén. Vznikl **nový teroristický stát** (v semiperiferii islámské civilizace): **Islámský stát** na teritoriu Irácké republiky a Syrské arabské republiky. Státní občané ze západní Evropy a severního Kavkazu Ruské federace se rekrutují jako **novodobá vojenská státní moc v prostoru Středního Východu**, kde místní islámští sunitští extrémisté terorizují a eliminují nejen ostatní muslimy (šíity), ale též celé etnické a národnostní entity na území severního Iráku a severovýchodu Sýrie. Islámští sunitští extrémisté teritoriálně *de facto* vytvořili specifický subjekt mezinárodního práva veřejného s názvem „*Islámský stát*“ (v asociaci na islámský chalífát - poslední chalífa byl Osmanský sultán do konce Velké války). Superterorismus Islámského státu je nepřijatelný jak pro Západ, tak i pro ultrakonzervativní monarchické režimy na Arabském poloostrově a též pro Íránskou islámskou republiku.

Z hlediska státovědy má Islámský stát **některé znaky státu a státnosti**: zejména funguje **veřejná státní moc** ve smyslu státní administrativy, vojenských a policejních struktur včetně **státní symboliky** - černé vlajky islámského státu, pokřiku „Alláh akbar“, atd. Islámský stát **vybírá daně a ekonomicky funguje** především nelegálním exportem nafty do sousedního Turecka. **Třetí znak státnosti - teritorium** - je naplněn ovládnutím území v severovýchodní Sýrii (hlavní město Rakka) a téměř poloviny území Irácké republiky, s *ostentativním pohrdáním imperiálními hranicemi, které byly stanoveny Velkou Británií a Francií při dělení Osmanské říše* (vznik a zánik Kurdistánu a většiny Arménie jako nejstaršího křesťanského státu ve světě).¹⁶ Jediným subsidiárním znakem, kterým **nedisponuje**, je všeobecné **uznání de iure** mezinárodním společenstvím, nicméně například Turecká republika má vztahy s tímto subjektem *de facto*, přičemž kurdské pašeráky neuznává a likviduje.

Z tzv. Islámského státu momentálně zbylo v Sýrii a Iráku teritoriálně torzo, nicméně jeho fundamentální přívrženci jsou zpětně v Evropě i v Ruské federaci.

§ 7. Multikulturalita a český národ

Ústavně „národní státy“ jsou historickým výsledkem ekonomického sjednocování národních trhů v etapě liberálního kapitalismu v 16.-18. století na starém kontinentě: sjednocení „malého“ Německa (bez Rakouska), sjednocení italských států, spojení Anglie a Skotska

¹⁶ Sykesova-Picotova dohoda představovala tajný plán Francie a Velké Británie, které ji podepsaly se souhlasem Ruské říše, na rozdělení sféry vlivu v teritoriu Osmanské říše po ukončení první světové války. Byla podepsána 16. května 1916. Dohoda nese název po svých signatářích, za Francií tak učinil diplomat François Georges Picot, za Británii sir Mark Sykes.

jakožto Spojené království Velké Británie, národní obrození Slovanů v Rakouském císařství, atd. V období globalizace se státy stávají téměř anachronismem a jsou subsidiárním hráčem v éře **integrace** - europeizace, atlantizace, byzantunizace, panislamizace, panarabizace, bharatizace, japanizace, středo-světovo-izace (konfucionizace, taoizace a buddhizace), afrikanizace, hispanizace, judaizace a dalších právních civilizačních „izaizací“. Ty šťastné a veliké národy a velmoci světa, které mají, či měly moře, objevné výpravy, expanzi, kolonie, globální obchod a multikulturální styk jsou daleko **otevřenější** k migraci i emigraci.

Český národ a stát je historicky zcela nevýrazný a relativně **nevýznamný** z téměř dvě stě státních subjektů mezinárodního práva veřejného. Česká republika je ve středu Evropy, kde se protínají a protínaly geopolitické silokřivky velmocenské: mezi germanizačním prostorem (v novověku připomínáme nacistickou právní ideologii) a východním byzantinismem (v novověku evokujeme zejména dočasnou okupaci Československa vojsky Varšavského paktu a tzv. neostalinistickou „normalizaci“). Dnes je Česká republika „etnicky vyčištěným státem“ od roku 1945 rozhodnutím velmocí v Postupimské konferenci: 3,5 milionu sudetských Němců, bývalých československých občanů, bylo transferováno, mj. na základě malého a velkého retribučního ústavního dekretu prezidenta Republiky československé, coby obsoletní právní normy, romská problematika je v ČR dnes chápána spíše sociálně. V průběhu druhé světové války a těsně po ní byly pohyby národů s dnešní dobou nesrovnatelné. Evropou se přemístilo více než 25 milionů lidí, např. 13,5 milionu Němců bylo přesídleno z východního Pruska, Pomořanska, Slezska i Sudet. Xenofobní nálady české veřejnosti (které nevybočují z ekvilibria evropských nálad) jsou založeny „geneticky“ z tisícileté reflexe o přežití v restrikcí česko-moravsko-slezském prostoru.

„Stát Čechů“ je ústavně občanským státem: v Preambuli Ústavy České republiky čteme: „*My občané České republiky v Čechách, Moravě a Slezsku...*“. Je nebývalým štěstím a spásou pro naši euroatlantickou západokřesťanskou civilizaci „svobodného světa“, že **ctíme právní axiologii Západu**, která stmeluje naše odhodlání:

1. svoboda - Quae lex non prohibet, debent permisa videri,
2. rovnoprávnost a občanství - rovnost před zákonem a Bohem,
3. demokracie jako forma vlády a legitimita státní moci od lidu,
4. právní stát a právo na spravedlivý proces,
5. jurnaturální podstata základních lidských práv a svobod (v mezích zákona),
6. sekularita.

§ 8. Závěr

Je výzvou pro další státoprávní trajektorii a výhled evropských konstitucionálních bádání určit varianty dalšího vývoje naší „staré“ evropské civilizace, která vzešla z římského práva. Europeizace aktuálně řeší staronový problém stěhování národů „za branami Říma“, který zde již historicky byl. **Evropská unie** je dnes - ex post - konfrontována novými riziky, které souvisí s její budoucností, **ekonomickou prosperitou, západním lidskoprávním rozměrem**.

Bývalý diplomat a stále činný terénní etnograf Mnislav Zelený - Atapama v příspěvku „*Je na řadě genocida bělochů v Evropě?*“¹⁷ po pobytech v amazonském pralesu a v evropských diplomatických strukturách stručně konstatuje: „Evropská unie **není prostě schopna zajistit „svým lidem“ bezpečnost. Samé řečičky a hlavně korektnost**, který vše za-

¹⁷ **Je na řadě genocida bělochů v Evropě?** *Lidové noviny*, 18.7.2016, s. 11, podtrhl V.Z.

retušuje. Je to především odpovědnost politiků, kteří vše začali a dál vedou. **Oni** v dávné minulosti zahájili **kolonialistické** rozdělení světa a nyní po 2. světové válce začali sklízet **shnilé ovoce otevřením hranic obyvatelům bývalých kolonií**. My jsme se však nepodíleli na bohatnutí z kolonií, a proto my nemáme žádnou morální povinnost přijímat utečence z těchto území bývalých kolonií, abychom napravili chyby dávných politiků.

Tak začala éra multikulturalismu, éra sociálního inženýrství podporovaná desítkami aktivistických organizací. Vše vypadlo ideálně růžově a nádherně lidsky, otevřené náruče všem dokola a láska bez ohledu na původní obyvatele Evropy.

Každý kulturní antropolog či etnograf mající pár let studia za sebou musí být z toho **zděšen**. Uznávám všechny národy, rasy, náboženství a kultury. Vše má svůj původ a vše mí i své místo na zemi, kam patří a kde má i svou funkci. Proto existuje taková etnická a světonázorová pestrost včetně třeba gastronomie i samotného vzhledu lidských ras, které byly po tisíciletí formovány, determinovány životním prostředím. Tím je přece jasné, že **jsme každý jiný a nejsme stejní**, jak se nám stále snaží vnutit evropský politický management.

Jistě, k míchání lidských ras, k čemuž nyní v Evropě prakticky na rozkaz dochází, docházelo ve světě neustále, ale mělo to přirozený vývoj a proces. Avšak například davová a násilná imigrace černošských otroků do Ameriky, která vytvořila nejrozumnější varianty rasového křížení nese si dodnes své traumata, i když leckde, jako v Brazílii, se proces poněkud „usadil“. Usazovali se však po staletí, ale naši evropští vůdci chtějí tento proces nesmyslně zvládnout raz dva, pokud možno během svého období vlády. Pak se ovšem netřeba divit násilnostem a terorismu. Migranti přišli vždy v davech, které se neasimilovaly, ale vytvořily gheta udržující si svou nenávist. Jen příšedší jednotlivci se přirozeně včlenili mezi nás. Proč ne, že? Takoví naši kulturu nezničí, ale naopak ji posílí, obzvláštní.

Paní Merkelová a ji podobní vlastně **rozjždějí umělé křížení ras, kdy bělošská rasa jako taková bude postupně likvidována** a my Evropané budeme hnědí nebo černí. Je to genocida bělochů. Je třeba věci konečně nazvat pravými jmény, a ne používat korektnost.

Všichni jsme kritizovali Stalina, jeho sociální inženýrství a stěhování etnika po celém Sovětském svazu. Jenže když třeba Krymští Tataři byli přesunuti na jiné území, byli stále Tataři, měli stále svoji řeč a kulturu, protože žili ve své vlastní pospolitosti, i když třeba tisíce kilometrů jinde. A dodnes jsou stále „musulmany“. Bože nedej, abych tady obhajoval masového vraha Visarionoviče, ale současná evropská politika je možná v mnohém horší.

Co nám zbude? Vyhnat tyto politiky, než oni vymění své obyvatele. Anebo ze zoufalství emigruji mezi své Yawalapitie v nitru amazonské džungle, kam se těmto zpohodlněným politikům naštěstí moc nechce.“

Abstract: Central Europe, as part of Euro-Atlantic civilization, must react to the postmodern crisis of Western liberal capitalism, especially in the constitutional branch of the iusnaturalist substance of fundamental human rights and freedoms. Security and police authorities and bodies are part of the security community of a democratic state and their „secundum et intra legem“ activity is based on the postulates of legal, security and police sciences.

Key words: Quae lex non prohibet debent permisa videri. Making the iusnaturalist character of human rights more positive. Analysis of the postmodern crisis concerning human rights and global security in legal and security sciences. Structure of jurisprudence. Safety Science- Security policy. Security strategy. Security Doctrine. Axiologia.

Použitá literatura:

- GERLOCH, Aleš; Jiří HŘEBEJK a Vladimír ZOUBEK. *Ústavní systém České republiky*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, 516 s. ISBN 978-80-7380-423-7.
- HESOVÁ, Zora. Speciál boje s terorismem. Rekruti džihádistů. *Týden*, 2015, č. 48, s. 64-65.
- JELÍNEK, Jiří; Jaroslav IVOR a kol. *Trestní právo EU a jeho vliv na právní řád ČR a SR*. Praha: Leges, 2015, 384 s. ISBN 978-80-7502-080-2.
- JIRÁSEK, Jiří a kol. *Ústavní základy organizace státu*. Praha: Leges, 2013, 368 s. ISBN 978-80-87576-57-1.
- KLÍMA, Karel. *Listina a její realizace v systému veřejného a nového soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 352 s. ISBN 978-80-7476-647-1.
- KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1996, 248 s. ISBN 80-7179-089-3.
- PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústava a ústavní řád ČR*, 2. díl. Praha: Linde, 1995, 871s. ISBN 80-7201-000-X.
- VEČEŘA, Miloš a Tatiana MACHALOVA. *Europeizace práva v právně teoretickém kontextu. Výklad základních pojmů*. Acta Universitatis Brunensis, Iuridica, No. 372, Brno: Právnická fakulta MU, 2010, 227 s. ISBN 978-80-210-5171-3.
- WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, 931s. ISBN 978-80-7357-750-6.
- ZOUBEK, Vladimír. *Postmoderní práвовěda a státověda*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, 464 s. ISBN 978-80-7380-598-2.
- ZOUBEK, Vladimír. **Aplikační a interpretační problémy § 321 tr. z.: europeizační úvahy de lege ferenda (v mezích internacionalistiky a státovědy)**. In: JELÍNEK, Jiří a Jaroslav IVOR et al. *Trestní právo EU a jeho vliv na právní řád ČR a SR*. Praha: leges, 2015, s. 239-245. ISBN 978-80-7502-080-2.
- ZOUBEK, Vladimír. **Novoty práva jako oběti právu a globalizace**, s. 248-258. In: BÁRÁNY, Eduard (eds.). *„Ako právo reaguje na novoty“*. Bratislava: VEDA Slovenská akadémia vied, 2015, 392 s. ISBN 978-80-224-1469-2.
- ZOUBEK, Vladimír. **Středoevropská právní filozofie před a po Viktoru Knappovi**. In: KNAPP Viktor. *Vědecké dílo v proměnách času*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014, s. 69-83. ISBN 978-80-7380-509-8.
- ZOUBEK, Vladimír. **Právní a policejní vědy o postmoderních otázkách lidských práv a globální bezpečnosti**, s. 570-586. In: IVOR, Jaroslav et al. *Trestné právo, kriminalistika, bezpečnostné vedy a forenzní disciplíny v kontexte kontroly kriminalistiky*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, 906 s. ISBN 978-80-7380-440-4.
- ZOUBEK, Vladimír. *Práвовěda a státověda. Úvod do právního a státovědního myšlení*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, 700 s. ISBN 978-80-7380-239-4.
- ZOUBEK, Vladimír. *Lidská práva – globalizace – bezpečnost*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 461s. ISBN 978-807380-103-8.
- ZOUBEK, Vladimír. *Postmoderní problémy lidských práv a globální bezpečnosti*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, 464 s. ISBN 80-86473-75-9.

PRÁVO A ETIKA: REFLEXIA ETICKÝCH MODELOV V ETICKÝCH KÓDEXOCH PRÁVNICKÝCH PROFESIÍ

BERDISOVÁ, L.

Keď Niles Crane, brat seriálového psychiatra Frasiera, prechádza škaredý rozvodom, celý jeho majetok je v hre. Advokáti jeho manželky totiž argumentujú, že kľúčovú úlohu na rozpade manželstva má zaľúbenie sa Nilesa do Daphne, fyzioterapeutky jeho otca. Ak by sa to preukázalo, zodpovednosť za krach manželstva by bol pripísaná Nilesovi a spoločný majetok by bol pripadol manželke Marise. Všetci, vrátane Frasiera, vieme, že Niles je skutočne zaľúbený do Daphne. Tá to ale netuší. Zároveň, Marisu, hoci sme ju rovnako ako Columbovu ženu nikdy nevideli, nemáme radi, býva totiž k Nilesovi okrem iného takpovediac neláskavá a práve Marisino správanie k Nilesovi považujeme zo dôvod rozpadu manželstva. Nilesovi rozvod vlastne prajeme a držíme mu palce, aby sa o Daphne konečne uchádzal.

Pred súdom má pod prísahou vypovedať aj Frasier, ktorý isto dostane otázku na vzťah Nilesa a Daphne. Frasier je v ťažkej pozícii, má etickú dilemu.¹

Už len základné predporozumenie konceptov riešenia takýchto situácií ukazuje na tri možné prístupy k dileme – tri klasické etické modely. Prvý model akcentuje povinnosť a princíp konania (deontológia), druhý model zdôrazňuje následky (konzekvencializmus) a tretí kvality osoby (etika cnosti).

Podľa prvého modelu, v zrejme najznámejšie verzii v podaní Immanuela Kanta, by Fraiser nemal klamať. Iste, nejde o nevyhnutne deontologickú odpoveď, lebo povinnosti sa môžu vyvažovať podobne ako ústavné práva. Tu však pre isté zjednodušenie vnímajme povinnosť neklamať ako absolútnu a spomeňme si na paradigmatickú scénu z Kantovej kontroverznej eseje *O údajnom práve klamať z filantropických dôvodov*.² V nej vám osoba chytajúca sa vraždíť, klope na dvere a pýta sa vás na obeť, ktorú skrývate vo svojom dome. Vy máte podľa väčšinového čítania Kanta povedať pravdu – unikajúca obeť je skutočne u vás.³ Kľúčové je tu urobiť *správnú* vec.

Mgr. Lucia Berdisová, PhD., LL.M., Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

¹ Ide o časť 15 (To tell the truth...) šiestej série seriálu Frasier (USA, 1998).

² Esej *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen* z roku 1797 je dostupná napríklad v KANT, I.: Immanuel Kant's Werke. Gesamtausgabe in Zehn Bänden, Verlag Modes und Baumann, Leipzig 1838 s. 467 – 476 a v anglickom preklade ako *On a Supposed Right to Lie Because of Philanthropic Concerns* v KANT, I.: *Grounding for the Metaphysics of Morals: with On a Supposed Right to Lie because of Philanthropic Concerns. Third Edition*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993, s. 63-68.

³ Rozšírené je aj čítanie, ktoré sa z rôznych uhlov snaží ukázať, že Kant v skutočnosti nehovorí o povinnosti neklamať vrahovi a že určite nemožno situáciu „vraha pri dverách“ prirovnať k situácii nacistu pri dverách pri skrývaní žida. Helga Varden napríklad argumentuje, že Kant vôbec v eseji nehovorí o osobnej morálke a nie sú teda v hre jeho kategorické imperatívy, a tak ani maxima vôle ako princíp všeobecného zákonodarstva. Totižto, ide mu o spravodlivosť v zmysle reakcie súdov na danú situáciu. Kant tak vlastne argumentuje, že i ak povieme vrahovi pravdu, nemôžeme byť stíhaní, ale zároveň vrah nemá právo na povedanie pravdy (v situácii je donútenie a teda rozpor so slobodou). Ak budeme klamať, sme zodpovední za následky klamstva, nemáme však povinnosť klamať (z hľadiska spravodlivosti). Pozri VARDEN, H.: Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis. *Journal of Social Philosophy*, 2010, vol. 41, Issue 4, s. 403-421. James Mahon zas hovorí o tom, že Kant rozlišoval medzi klamaním v etickom zmysle, v právnom zmysle a v zmysle práva na pravdivosť kde subjektom je ľudstvo. Klamať vrahovi je klamstvom iba v treťom zmysle. Pozri MAHON, J. The Truth about Kant on Lies. In: MARTIN, C.: *The Philosophy of Deception*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 201-224. Obdobne

Ak by Frasierovi radili utilitaristi Bentham alebo Mill, premenné nad ktorými by Frasier rozmýšľal by boli iné. Zvažoval by následok, benefit, ktorý klamanie alebo neklamanie priniesie. Mohol by hľadať najväčšie šťastie alebo iné dobro pre najväčší počet ľudí⁴ – mohol by napríklad zvažovať, aké dobro priniesie klamstvo Nilesovi (nepríde o majetok, na ktorý si vlastne sám zarobil a nebudú predčasne a neosobne odhalené jeho city k Daphne), Daphne (nedozvie sa predčasne o Nilesových citoch a nebude musieť korigovať svoj vzťah k nemu), Nilesovmu otcovi (nebude vidieť svojho syna nešťastného), atď. pričom Marisa má už tak veľa peňazí aj bez Nilesovho podielu, že benefitom by v zásade bola iba jej škodoradosť.⁵ Samozrejme, už tu tušíme že sa v úvahách o maximalizácii dobra dá zamotať, vynechali sme napríklad úvahu o dôsledkoch klamstva pod prisahou pre súdny systém⁶, a to, ako by zrejme bol nešťastný sám Frasier, ak by pred súdom klamal, atď. Potrebujeme totiž teóriu dobra, alebo aspoň je výsek⁷, napríklad teóriu šťastia, a zároveň narážame na limity algoritimizácie života⁸ a s tým nevyhnutne splošňujúce rátanie benefitov.

Z pozície etiky cnosti by Frasier zas rozmýšľal nad tým, akým by chcel byť. A to aj v kontexte svojho doterajšieho života, s cieľom mať ho takpovediac dobrý (gr. eudaimonia) – teda aká je cnostná osoba. Následne by sa prepracoval k odpovedi, čo má ako cnostná osoba v danej situácii urobiť. Cnosť tu vnímame ako dispozíciu konať správne zo správnych dôvodov,⁹ ale od deontológie sa odlišuje zameraním sa na charakteristiky človeka, na individuum, nie na formuláciu povinnosti či princípu konania. Frasier v seriály vlastne v prospech neklamaní hovorí o „svojej“ etike a o tom, že ju napokon má aj od svojho otca. Ukazuje sa tu teda aj aspekt klasickej etiky cnosti – učenie sa od autorít s následnou reflexiou.¹⁰

Tieto tri prístupy k riešeniu etických dilem sa nevyhnutne premietajú aj do prístupov k riešeniu etických dilem v právnej praxi. Téma právnickej etiky v domácom prostredí v ostatných rokoch opätovne ožila, bolo prijatých viacero etických kódexov právnických povolání a už je postupne možné sledovať a hodnotiť ich aplikáciu. Tento článok má tri základné aspirácie.

David Sussman lokalizuje diskusiu o vrahovi pri dverách nie do sféry cností a kategorického imperatívu, ale do sféry práva a politickej komunity. V hre je tak vymáhanie práva autoritou a branie vecí do vlastných rúk, ktoré je podľa Kanta nezlučiteľné so slobodou. Neexistuje tak skutočný rozpor medzi esejou o vrahovi pri dverách a dovtedajšími Kantovými prácami. Pozri SUSSMAN, D.: On the Supposed Duty of Truthfulness: Kant on Lying in Self-Defense. In: MARTIN, C.: *The Philosophy of Deception*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 225-243.

⁴ Pozri Millove vysvetlenie a obranu utilitarizmu v MILL, J. S.: *Utilitarianism*. Fraser's magazine, 7th Edition, London Longmans, Green, 1879 (pôvodne 1963, resp. 1961 ako séria článkov), voľne dostupné na v rámci projektu Gutenberg na <https://www.gutenberg.org/ebooks/11224>. V nej sa okrem iného vysmieva Kantovi keď jeho snahu ukázať konzistentnosť kategorického imperatívu pokladá za groteskne neúspešnú a poukazuje na to, že vo finále ide aj u Kanta o to, že *následky* princípu resp. maximy konania majú byť prijateľné.

⁵ V kontexte utilitarizmu sa hovorí aj o jednotkách šťastia alebo jednotkách pôžitku, ktoré sú potom súčasťou rovnice, v ktorej vyhráva vzorec správania tieto jednotky maximalizujúci (v rôznych verziách). Znalci seriálu Frasier by ale mali problém Marise vôbec pripísať možnosť držania jednotky šťastia, či pôžitku.

⁶ Tu sa špeciálne dostáva ku slovu utilitarizmus pravidiel, ktorý rozhodovací algoritmus stavia na nájdení pravidiel, ktoré prináša najväčšie benefity – napríklad najväčšie možné šťastie.

⁷ Mill by nesúhlasil, že ide o výsek, lebo benefity sú podľa neho v podstate redukovateľné na neredukovateľnú hodnotu šťastia.

⁸ K tejto téme porovnaj hru Arcadia Toma Stopparda z roku 1993.

⁹ ANNAS, J.: Virtue Ethics. In: Copp, D. (ed.): *Oxford Handbook of Ethical Theory*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006, ss. 515-536, s. 516.

¹⁰ Otec, Martin, mu ale povie, že on pod prisahou už raz klamal, o tom, že stihol prečítať celé vyhlásenie o právach obvinenému. Nemal pritom žiadnu pochybnosť, že urobil správnu vec, lebo obvinený bol recidivista a svoje práva veľmi dobre poznal. Martinov prístup je tak deontologický, keď zároveň aplikuje známe Miranda vyhlásenie teleologicky, pričom jeho účel bol už splnený.

Prvou z nich je identifikovať, ako etické kódexy advokátov, sudcov a prokurátorov reflektujú tri klasické etické modely. Druhou je rámcovo určiť, aké výhody a aké nevýhody takéto konštrukcie majú. Tretím cieľom je načrtnúť ďalší špecifický model výkonu právnických povolaní zameraný na advokátov a zhrnúť ich výhody a nevýhody a na ich pozadí zreflektovať prístup Slovenskej advokátskej komory (ďalej len „advokátska komora“) a Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „najvyšší súd“) vo veci advokátky Mešencovej.

Úvodná pasáž článku nám mala pomôcť nakalibrovať uhly pohľadu deontológie, konzekvencializmu a etiky cnosti v miere, ktorá je nevyhnutná pre základnú analýzu kódexov. Viac sa k daným prístupom budeme vracieť opäť len aplikačne, bez samostatných teoretických predstavovaní.¹¹

Začnime ale krátkou diskusiou o potrebe etických kódexov, a to v miere, v akej sa v nej zrkadlia etické modely.

1. Načo sú nám etické kódexy pre právnické povolania – etika v srdci alebo na papieri?

Pred pár rokmi v čase diskusií o potrebe prijatia nového etického kódexu pre sudkyne a sudcov predseda najvyššieho súdu a zároveň predseda súdnej rady Štefan Harabin tvrdil, že etický kódex nie je potrebný, lebo každý sudca má „mať etiku v sebe“. To považoval aj za správnu odpoveď na otázku potreby kódexu pre kandidátov na funkciu sudcu.¹² Pri empatikom prístupe daný postoj môže mať dve vysvetlenia.

Prvým vysvetlením je, že Dr. Harabin zastáva univerzalistický model etiky, ktorý sa jednoducho transformuje do požiadaviek na profesijné správanie sa právnikov, a to bez ohľadu na povolanie. Jednoducho, etické požiadavky na neprávnikov sú rovnaké ako etické požiadavky na právnikov, a tak stačí, zjednodušene povedané, správať sa slušne.¹³

Druhým ráciom za tvrdením o tom, že každý má mať „etiku v sebe“ môže byť teória o nekodifikovateľnosti morálky do princípov či pravidiel – resp. teória o tom, že cez kodifikáciu sa etickému správaniu neučíme. Napríklad, Hubert a Stuart Dreyfus na fenomenologickom pozadí prirovnávajú náš proces získavania morálneho usudzovania k získavaniu k expertnosti v šachu či v šoférovaní.¹⁴ Identifikujú štádia a ukazujú, ako je stanie sa expertom skúsenostnou vecou. Pravidlá diskutujeme len v úvodných štádiách, neskôr hráme šach či šoférujeme skôr reflexívne, už sa ani nerozhodujeme, len konáme.¹⁵ A s etickou expertnosťou to má byť rovnako. A referenciou na Aristotela je podľa nich etickou expertnosťou to, čo robia tí, ktorí sú uznaní za expertov – autority.¹⁶ Počujeme tu teda ozveny

¹¹ Pre krátky a výstižný popis prístupov pozri SOBEK, T.: Mezi etikou a teorií práva. In: SOBEK, T. (ed.): *Právní etika*. Praha: Leges, 2019. s. 19-24. V anglickom jazyku je veľmi inštruktážna kniha s prvkami dialógu BARON, M.W. – PETTIT, P. – SLOTE, M.: *Three Methodes of Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing, 1997.

¹² Pozri zasadnutie súdnej rady z 28. marca 2013 - <http://zasadnutia.sudnarada.gov.sk/data/att/228.mp3> (čas 1:24:34 - 1:26:30).

¹³ Pre verziu tohto argumentu, ktorá ale na advokátov a advokátky dopadne možno až nečakane prísne pozri KRŠKOVÁ, A.: *Etické desatoro začínajúceho advokáta*. Bratislava: Iura Edition, 2008, s. 38-39. Podmienku bezúhonnosti totiž Kršková vykladá napokon oveľa širšie, než je ustanovená zákonom. Na inom mieste ale Kršková jednoznačne ukazuje, ako profesné normy môžu kolidovať s normami všeobecnými, napr. otázka celibátu u kňazov. Tamže, s. 41 - 42.

¹⁴ DREYFUS, H.L. – DREYFUS S.E.: Towards a Phenomenology of Ethical Expertise. *Human Studies*, Vol. 14, No. 4 (1991), s. 229-250.

¹⁵ Tamže, s. 235.

¹⁶ Tamže, s. 237.

etiky cnosti. Etika sa do nás dostáva cez skúsenosť získavanú od pravidiel, napodobovaním autorít, a reflexiou, ale v istom štádiu je už inštinktom, nie deliberáciou podľa pravidiel alebo princípov. V tejto línii myslenia nám etické kódexy treba iba pre novicov, ktorí v praxi začínajú, ale, nie pre tých, ktorí sú expertmi.¹⁷

Na prvé odôvodnenie nepotrebnosti etického kódexu možno kontrovať už len poukazom na existenciu viacerých prístupov k tomu, čo je etické a čo nie. A tak v situácii potreby konzistentného a najmä vopred určeného a predvídateľného štandardu je potrebné zakotvenie nejakého jednotného algoritmu alebo série algoritmov pre riešenie dilem – situácií, v ktorých sa nevieme ako rozhodnúť. Samozrejme, to predpokladá, že dilemy vieme identifikovať, že sa pozastavíme. Zároveň, je tiež celkom zrejmé, že niektoré typy algoritmov nie sú vhodné pre právnické povolania, alebo aspoň nie pre určité právnické povolania, ak nie sú vhodné pre právo ako také. Konzekvencializmus môže byť niekedy, pri istých aplikáciách, preložitelný do hesla „účel svätí prostriedky“. Právny štát je však založený na presnom opaku, na tom, že účel nikdy neposväti prostriedky, že sa musí hľadať vždy balans a že niektoré prostriedky sú úplne zakázané. Dobrý príkladom je bezvýnimčný zákaz mučenia, neľudského zaobchádzania a trestu. A absolútne zákazy niektorých konaní, hoci nevymedzené vždy explicitne, sa kamarátia skôr s deontológiou. Navyše, bežné pravidlá slušnosti a etiky ako pomoc rodine (špeciálne zohľadňovaná pri deontológii, keďže utilitarizmus je neutrálny čo sa týka recipientov dobra), navštíviť kamaráta, keď som v meste, či aj pomáhať slabším môžu byť v rozpore s pravidlami, ktorými sú viazané právnické profesie. Návod ako rôzne povinnosti, princíp a pravidlá hierarchizovať alebo vyvažovať môže byť práve v etickom kódexe. Kľúčové tu je, že ak už aj pri kodifikácii nejde nevyhnutne o nájdenie spoločných odpovedí, aspoň ide o pýtanie sa rovnakých otázok. Totižto, inak sa pýta deontológ, inak konzekvencialista a inak proponent etiky cnosti. Kódex je však okrem rovnakého štýlu pýtania sa, spôsobilý vytvoriť pojmovú mentálnu mapu, a dať do etického diskurzu jednotnejší typ slovníka.

Druhý typ argumentácie odmieta Tim Dare keď tvrdí, že kľúčové pri právnickej etike je rozvažovať.¹⁸ Jej súčasťou ako verejnej praktiky je schopnosť vysvetliť správanie a argumentovať, prečo bolo zvolené konkrétne riešenie etickej dilemy.¹⁹ Teda absentuje istý automatizmus na rozdiel od šoférovania či hrania šachu. Jednoducho, šoférovať môžete aj bez toho, aby ste vysvetľovali, že a ako šoférujete, pri etickom správaní ako kolektívnej „inštitúcii“ to úspešne možné nie je. Zároveň, už vyššie bolo spomenuté, že koncepcia „etiky v sebe“ je prepojená na etiku cnosti. Presadenie sa etiky cnosti v rámci právnickej etiky a odmietnutie kodifikovať princípy a pravidlá v kódexoch však podľa Darea ohrozuje profesionalitu výkonu právnického povolania a profesijnú zodpovednosť. Napríklad, advokáta si nevyberáme tak, že ho osobne poznáme a poznáme jeho štandardy. Naopak, nepoznáme ho. A práve cez kódex je nám garantovaný istý prehľad o tom, ako bude advokát postupovať.²⁰ Zároveň to v istom zmysle zabezpečuje realizáciu tézy, že spravodlivosť (zo strany advokáta) nemá byť iba vykonávaná, ale aj videná. Tu je samozrejme dôležité, aby bol kódex aj realizovaný.

¹⁷ Pod túto variáciu námietka spadá aj tvrdenie o tom, že kodifikáciou morálka táto stráca svoj morálny charakter a stáva sa obyčajnou povinnosťou. FRIEDEL, T.: Potrebujeme etické kódexy? In: SOBEK, T. (ed.): *Právní etika*. Leges: Praha, 2019, s. 406.

¹⁸ DARE, T.: Virtue Ethics and Legal Ethics. *Victoria University of Wellington Law Review*, 1998 March, 28 (1), s. 141-155.

¹⁹ Tamže, s. 144 a s. 147.

²⁰ Tamže, s. 152.

Niž z toho by podľa Darea nebolo možné zaručiť, ak by právnici a právničky uplatňovali svoj vlastný osobný etický systém, nie profesijné hodnoty napojené na rolu, ktorú v spoločnosti plnia. O tom viac, že medzi profesionálom a klientom existuje expertná asymetria a klient je tak v istom zmysle zraniteľný.²¹

Krátko sumarizujme. Argumentácia o nepotrebnosti vytvárania etických kódexov môže byť postavená aj na línii postavenia sa model etiky cnosti, kontrovať možno tým, že predsa je len (pre verejnosť/klientov ale aj pre tých, ktorí sú adresátmi etickej povinnosti) užitočné kodifikovať pravidlá správania právnikov a právničiek, špeciálne niektorých povolání, pričom podľa ich funkcie treba reflektovať to, že niektoré pravidlá by mali byť postavené skôr deontologicky než konzekvencialisticky.

Je v istom zmysle trivialitou spomenúť, že konkrétne kódexy by mali byť písané s vedomím toho, aké úlohy chceme aby plnili – či chceme akcentovať ich spôsobilosť priamo ovplyvniť a následne prípadne aj sankcionovať správanie právnikov a právničiek; ich význam pre informovanie o štandarde profesie – o tzv. kódexe cti profesie, a to pre tých, ktorí sa na povolanie chystajú, alebo ho zvažujú; ich dôležitosť ako vyhlásenie pre verejnosť na vzbudenie dôvery v povolanie; možnosť, akou kódexy rámcujú etický diskurz; zdôrazniť, že u kódexov ide aj o prejav zodpovednosti od profesie, ktorá chce vytvárať psychologický tlak na svojich členov, ale aj spoluvytvárať akési etické sebadomie; alebo je cieľom kódexu predovšetkým ochrániť profesiu pred konkurenciou.²²

Niektoré z týchto úloh sú dosiahnuteľné len, alebo predovšetkým, cez deontologické alebo konzekvencialistické modelovanie kódexu, napr. regulatívna funkcia s nastaveným sankcionovaním. Iné sú splniteľné aj cez vymedzenie charakteristík cnostného príslušníka profesie, napr. prihlásenie sa k tradíciám profesie.

Samozrejme, výber prístupu nesúvisí iba s tým, aké funkcie chceme aby etický kódex profesie naplňal, ale aj s našou celkovou koncepciou práva a s jeho funkciou. Napríklad, Evan a King argumentujú, že etika cnosti ako koncepcia pre právne profesie sa dobre hodí k tzv. therapeutickej jurisprudencii, ktorej ide o riešenie sporov a iných právnych záležitostí spôsobom, ktorý je psychologicky a vzťahovo optimálny pre všetkých zúčastnených.²³

2. Etické modely v kódexoch advokátov, sudcov a prokurátorov

Pristúpme teraz k identifikácii modelov v jednotlivých kódexoch. Začnime advokátmi.

2.1 Advokátska etika

Advokátsky etický kódex, resp. etické požiadavky na správanie sa advokátov sú obšírnejšie jednak v zákone o advokácii²⁴ a jednak v advokátskom poriadku, ktorý bol schvá-

²¹ Tamže, s. 153.

²² Pozri FRIEDEL, T.: Potrebujeme etické kodexy? In: SOBEK, T. (ed.): *Právní etika*. Leges: Praha, 2019, s. 404 a nasl. a KRŠKOVÁ, A.: *Etické desatoro začínajícího advokáta*. Bratislava: Iura Edition, 2008, s. 46.

²³ Samozrejme, výber prístupu nesúvisí iba s tým, aké funkcie chceme aby etický kódex profesie naplňal, ale aj s našou celkovou koncepciou práva a jeho funkciou. Napríklad, Evan a King argumentujú, že etika cnosti ako koncepcia pre právne profesie sa dobre hodí k tzv. therapeutickej jurisprudencii, ktorej ide o riešenie sporov a iných právnych záležitostí spôsobom, ktorý je psychologicky a vzťahovo optimálny pre všetkých zúčastnených. Pozri EVANS, A. – KING, M.: Reflections on the connection of virtue ethics to therapeutic jurisprudence. *The University of New South Wales law journal*, vol. 35, issue 3, 2012.

²⁴ Zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov.

lený konferenciou advokátov, teda advokátmi samými²⁵. V tomto článku vychádzame z predpokladu, že aj prípade, že pravidlá či požiadavky na správanie sa príslušníkov povolania sú uvedené v právnej úprave vo forme zákona či iného záväzného predpisu, nie je im tým nevyhnutne vzatý etický rozmer, resp. etická povaha.

Zákon o advokácii za kľúčové hodnoty, ktoré majú byť realizované pri konaní považuje nezávislosť advokáta pri poskytovaní služieb, pričom ale kompas činnosti smeruje k presadzovaniu záujmov klienta v limitoch právnych predpisov (§ 2 ods. 2). Práva a povinnosti advokáta nájdeme formulované predovšetkým v § 18 a nasl., kde sa reguluje lege artis poskytovanie služieb, a *konanie* advokáta má byť čestné, svedomité, jeho postup má byť prospešný pre klienta, má byť ale aj účelný a hospodárny poskytovania právnych služieb. Už tu vidíme explicitné odkazy na účelnosť, benefit, prelínajúce sa skôr s deontológiou. Typické kategórie etiky cností tu nie sú formulované ako aspekty charakteru, ale ako aspekty konania – čestnosť konania, nie čestnosť osoby, svedomitý postup, nie svedomitá osoba. Optika etiky cností tu teda plne prítomná nie je.

Poznamenajme tu ešte, že i keď kódexový spôsob riešenia dilemy,²⁶ ktorý pravidlo predpokladá, nemusí byť celkom zjavne utilitaristický, neznamená to, že pravidlo nie je utilitaristicky resp. konzekvencialisticky postavené. Len jednoducho benefity, ktoré dodržiavanie pravidla prinesie, a práve nad nimi tvorca pravidla uvažoval, nie sú celkom zjavné. Už bol vyššie spomenutý utilitarizmus pravidiel, ktorý je pri bežnej aplikácii, ako konštatuje Sobek, veľmi podobný deontológii.²⁷ Také a také pravidlá treba dodržiavať, lebo ich dodržiavanie prináša viac benefitov, než ich nedodržiavanie.

Pri hodnotení kódexov je aj v tomto zmysle nie úplne možné rozlíšiť deontologický prístup od konzekvencialistického. Napovedia preambuly, ciele a základné hodnoty kódexu profesie. Ak je ako hlavný cieľ kódexu nastavená ochrana záujmov klienta, hoc s korekciami a limitmi (neporušovanie právnych noriem) a víziou realizácie spravodlivosti, je pravdepodobnejšie, že kódex bude konzekvencialistický a smerovať bude k hľadaniu benefitov pre klienta – hoci aj pri tomto hľadaní je možná relatívne výrazná škála nezhody. Záujem klienta môžeme napríklad vnímať oveľa širšie než úspech v spore, výrazne proklientsky nastavenú zmluvu a podobne v rámci therapeutickej jurisprudencie, či realizácie etiky starostlivosti.²⁸ Takto širšie vnímaný záujem klienta by sa mal ale prejavíť aj v normatívnych ustanoveniach kódexu, a teda byť konceptuálne podporovaný kódexom.

O čom nám tu ale predovšetkým ide, je identifikácia optiky kódexov, ide nám teda o prednastavenia, miesta, odkiaľ sa na dilemy pozeráme: 1. z pohľadu povinnosti nejako konať, pričom konanie je správne viac-menej o sebe, nie predovšetkým cez následky; 2. z pohľadu dôsledkov, benefitov, lebo tie robia konanie „správnym“; 3. z pohľadu charakteristík konajúcej osoby (cnostná osoba robí správne veci). Vráťme sa ale k advokátom.

Zákon o advokácii prikazuje, aby advokáti volili *postup*, ktorým sa neznižuje dôstojnosť advokátskeho stavu, čo je *prima facie* skôr deontológia, ľahko však nájdeme aj

²⁵ Advokátsky poriadok je dostupný na <https://www.sak.sk/blox/cms/dispatch/doc/631> (30. máj 2019).

²⁶ Napríklad zachovanie mlčanlivosti, ktoré onedlho spomenieme, versus pomoc nespravodlivo odsúdenému, ak sa dozvieme, že náš klient spáchal skutok, za ktorý bol odsúdený niekto iný.

²⁷ SOBEK, T.: Mezi etikou a teorií práva. In: Sobek, T. (ed.): *Právní etika*. Praha: Leges, 2019. s. 22.

²⁸ Pozri napríklad ELLMANN, S. J.: The Ethics of Care as an Ethics for Lawyers. 81, *Georgetown Law Journal*, 1992, s. 2665-2726. Ellman konštatuje, že súčasné etické kódexy sa zameriavajú na práva a venujú málo pozornosti následkom na vzťahy a na tzv. starostlivosť. Tamže, s. 2667.

utilitaristické odôvodnenie – benefity takéhoto konania udržujú funkčnosť profesie. Obdobne môžeme hodnotiť maximu zachovávaní vážnosti a dôstojnosti vyžadovanej postavením advokáta pri reklame (§ 29a ods. 1). Zákon napokon sám určuje ako povinnosť advokátov dodržiavať *pravidlá* profesijnej etiky. V ustanoveniach § 23 nájdeme povinnosť zachovávať mlčanlivosť (predchádzajú jej povinnosti spojené s odmeňovaním a s konfliktami záujmov). Paragraf 23 ods. 2 ustanovuje, že pri pozbavovaní povinnosti mlčanlivosti je kľúčovou autonómia klienta – on musí súhlasiť s pozbavením mlčanlivosti. Zároveň, ak by však nemlčanie bolo „v neprospech klienta“ mlčanlivosť musí byť zachovaná podľa § 23 ods. 3. Autonómii a slobode klienta (ako dôležitým Kantovským hodnotám) *nie je daná prednosť* pre efektom pre klienta. Takto konštruované ustanovenie má jasný konzekvencialistický formát – ráta sa prínos konania pre dobro/šťastie klienta, so zúženým fokusom na klienta samotného a jeho právne postavenie.²⁹ Záujmy spoločnosti, typicky reflektované v utilitarizme ako premenná v algoritme rátania plusov a mínusov konania pre šťastie (už sme spomenuli, že utilitarizmus je neutrálny a ráta sa celkový benefit, prídavok alebo úbytok šťastia v spoločnosti; už tu je postavenie advokáta podľa zákona špecifické, lebo advokuje záujem klienta - nie je teda nijako neutrálny), sú reflektované skôr vo výnimke z pravidla. Teda neuposlušnosť príkazu klienta je možné, vlastne povinné, ak je v rozpore s všeobecne záväzným právnym predpisom. Tu veľmi jasne počujeme tóny utilitarizmu pravidiel – je potrebné dodržiavať pravidlá, lebo iba tie umožňujú zmier a celkovo fungovanie spoločnosti. V tomto zmysle konzekvencialisticky je postavené aj pravidlo, ktoré má byť výnimkou zo zachovania mlčanlivosti, a to „*zákonom uložená povinnosť prekaziť spáchanie trestného činu*“ (§ 23 ods. 9 zákona). Tu je opäť ťažiskom benefit iných, ktorý zákonodarcu vyvážil s benefitom zásady mlčanlivosti.

Tieto pravidlá sú disciplinované advokátskou komorou (§ 56 zákona), keď sa sankcionuje zavinené porušenie povinnosti plynúcej zo zákona a predpisov komory.

Čo sa týka advokátskeho poriadku, ten už v preambule hlási, že vychádza, okrem zákona o advokácii, aj z tradícií slovenskej advokácie. Označuje sa za súbor pravidiel profesijnej etiky. Advokátsky poriadok viac limituje prostriedky výkonu advokácie – vylučuje nie len tie, ktoré sú nie sú súladné s právnymi predpismi, ale aj tie, ktoré sú v rozpore s „*dobrymi mravmi a zásadami slušného správania*“ (§ 2 ods. 4). Toto je skôr deontologický parameter hodnotenia. Celkovo advokátsky poriadok niekedy viac niekedy menej technicky precizuje alebo domýšľa zákonne ustanovenia, niekedy je však ešte všeobecnejší než zákon. Konzekvencialisticky vyznieva ustanovenie o zákaze konanie, ktoré advokáta môže priviesť do závislosti od klienta (§ 5 ods. 5), či od koncipienta (§ 41). Na takýto zákaz ale môžeme pozeráť aj deontologicky – ako povinnosť vyplývajúcu z riadenia sa hodnotou nezávislosti. Zákaz klamať, konkrétne hovoriť vedome nepravdu, je súčasťou pravidiel týkajúcich sa advokátov navzájom (§ 14 ods. 2) – toto pravidlo má skôr deontologické pozadie, v istom zmysle opak neumožňuje spoločný život v komore, a nemohol by tak byť „princípom všeobecného zákonodarstva“. Podobne možno hodnotiť požiadavku sluš-

²⁹ Iste, môžeme diskutovať o tom, čo je to „neprospech klienta“, nemyslím si ale, že ustanovenie umožňuje advokátovi urobiť úvahu, že klient bude nešťastný, ak nebude rešpektovaná jeho autonómia, teda na jeho súhlase nebude záležať a je v „neprospech klienta“ ak by bol nešťastný, preto v skutočnosti k zbaveniu povinnosti mlčanlivosti došlo. Inak by ustanovenie bolo postavené inak. Ustanovenie neberie do úvahy klientove pocity alebo jeho vzťahy ako parameter „neprospechu“ fixuje rolu advokáta na hodnotenie benefitu pre právny status.

nosti a korektnosti správania sa k súdom (§ 38) a nenarúšania dôstojnosti a vážnosti súdov cez rešpektovanie vážnosti úkonov.

2.2 Sudcovská etika

Požiadavky na sudcov a sudkyne, ktoré sa týkajú parametrov riešenia etických dilem sa nachádzajú v zákone o sudcoch a prísediach³⁰ a v Zásadách sudcovskej etiky,³¹ ktoré sú dopĺňané výkladovými pravidlami prijímanými súdnou radou. Zo zákonného hľadiska je kľúčové najmä vymedzenie základných povinností sudcu, z ktorých predovšetkým nasledovné majú etický rozmer:

1. Požiadavka „*zdržať všetkého, čo by mohlo narušiť vážnosť a dôstojnosť funkcie sudcu alebo ohroziť dôveru v nezávislé, nestranné a spravodlivé rozhodovanie súdov*“ (§ 30 ods. 1).
2. Povinnosť konať spôsobom, ktorý zaručuje nezávislosť a nestrannosť, pričom toto všeobecné ustanovenie je doplnené siedmymi ďalšími upresňujúcimi pravidlami, ktoré sú viac alebo menej konkrétne. Jedným z konkrétnejších požiadaviek tejto „škatuľky“ je aj povinnosť počas celého výkonu funkcie spĺňať predpoklady sudcovskej spôsobilosti, ktoré dávajú záruku, že funkciu sudcu bude vykonávať riadne, nie len pri vstupe (§ 5 ods. 1 písm. e) zákona) či povinnosť dodržiavať zásady sudcovskej etiky (§ 30 ods. 2 písm. g) zákona).³² Predpokladmi sudcovskej spôsobilosti sú „*morálny štandard a integrita sudcu pre náležitý a zodpovedný výkon jeho funkcie*“ (§ 5 ods. 6).³³ Zákon rozlišuje medzi zásadami sudcovskej etiky a zákonnými povinnosťami sudcu, avšak tieto sa čo sa týka regulácie správania preliňujú. Napríklad je zásadami regulované prejavovanie názoru pri neprávoplatne skončených veciach, rovnako ako v zákone v rámci povinností sudcu.³⁴
3. Povinnosť nekomunikovať so stranami sporu a ich zástupcami jednostranne, vrátane nerokovania v otázkach ktoré môžu mať vplyv na vec (§ 30 ods. 3 zákona).
4. Maxima svedomitého a efektívneho a včasného výkonu povolania (§ 30 ods. 4, 5 a 6 zákona).

³⁰ Zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

³¹ Zásady sudcovskej etiky prijaté súdnou radou v roku 2015 sú dostupné prostredníctvom <http://www.sudnarada.gov.sk/zasady-sudcovskej-etiky/> (20. jún 2019). Podľa Zásad sudcovskej etiky sa pri ich interpretácii a aplikácii vychádza aj zo štyroch dokumentov, ktoré tvoria ich prílohu. Nim sa však osobitne venovať nebudeme.

³² Ďalšími sú povinnosť „*presadzovať a obhajovať nezávislosť súdnictva a jeho dobrú povest*“, odmietnuť aktivitu, ktorá by ohrozovala nezávislosť súdnictva; neovplyvnenie politickými aktérmi a verejnou mienkou; nezaujaté bezpredsudkové vystupovanie a prevencia pri prípadnom spochybňovaní nestrannosti (§ 30 ods. 2 písm. a) až e)).

³³ Do vyhlásenia nálezů Ústavného súdu Slovenskej republiky PL. ÚS 21/2014 sa v zmysle § 5 ods. 7 zákona zisťovali tak, že „*Súdna rada pri rozhodovaní o splnení predpokladov sudcovskej spôsobilosti vychádza z komplexného posúdenia uchádzača o funkciu sudcu, ako aj z podkladov Národného bezpečnostného úradu, ktorými sa zisťuje, či sudca alebo uchádzač o funkciu sudcu a) nie je pod preukázateľným nátlakom v dôsledku finančnej situácie, b) nie je preukázateľne závislý od konzumácie alkoholických nápojov alebo od iných návykových látok, c) neprijíma neoprávnené platby, dary alebo iné výhody alebo nezneužíva postavenie a funkciu na získavanie neoprávnených požitkov, d) nedisponuje s majetkom, ktorého hodnota je neprimeraná priznaným príjmom a ktorého legálnosť pôvodu nie je schopný alebo ochotný preukázať, e) nemá obchodné, majetkové alebo finančné vzťahy s osobami z prostredia organizovaného zločinu, alebo f) nespráva sa korupčne*“.

³⁴ Je ale pravdou, že zákonná regulácia, ku ktorej sa ešte dostaneme je formulovaná skôr širšie ako vyjadrovanie sa k veciam, ktoré prejednávajú aj iní sudcovia, pričom Zásady sudcovskej etiky regulujú skôr prejav smerom k „vlastnej“ veci (čl. III ods. 7).

5. Absencia členstva v politickej strane (§ 30 ods. 9).
6. Povinnosť mlčanlivosti, a to aj s výnimkami (§ 30 ods. 10). Výnimky sú ale ustanovené širšie, než pri advokátoch. Napríklad limitom je chránenie „oprávnených záujmov účastníkov“ (§ 30 ods. 10).

Tieto povinnosti sú disciplinované (§ 116 a nasl. zákona). V istom zmysle nekonceptne je disciplinárna zodpovednosť postavená na všeobecnom porušení povinnosti sudcu, ale pridávajú sa aj samostatné skutkové podstaty, z ktorých mnohé sú výslovným porušením povinností sudcu. Iste, na jednej strane to môže slúžiť kvalifikácii vážnosti konania, keď napríklad porušenie povinnosti splňať predpoklady sudcovskej spôsobilosti je *závažným* disciplinárnym previnením (nedodržanie zásad sudcovskej etiky nie je špecifickou skutkovou podstatou) na strane druhej je takýto prístup z formálneho hľadiska nesystematický, a to aj ak by sme chceli vnímať niektoré skutkové podstaty (ako napríklad výkon funkcie sudcu pod vplyvom alkoholu) ako kvalifikované skutkové podstaty k všeobecnej skutkovej podstate zavineného porušenia povinnosti sudcu.

V zásade sú tieto povinnosti formulované tak, že problematické je správanie nie v situácii, keď spôsobí nejaký negatívny následok pre vážnosť, dôstojnosť súdnej moci a jej nestrannosť v širšom zmysle slova, teda keď má aktuálne negatívne účinky, ale keď je ich spôsobilé mať. Výnimkou je hádam povinnosť efektívneho a bezprietahového výkonu činnosti, ktoré sú z povahy veci konzekvencialistické. Problémom je tak v zmysle zákonných parametrov skôr konanie ako také, bez ohľadu na následok.³⁵ Teda môžeme vidieť skôr deontologický prístup. To však neznamená, že v rámci disciplinovania nezvolia disciplinárne senáty konzekvencialistickú optiku. A tiež to neznamená, že v rámci utilitarizmu pravidiel na zachovanie funkčnosti celého systému by sme nedospeli k obdobným povinnostiam sudcu.

Zásady sudcovskej etiky z roku 2015 majú mimo identifikácie cieľov svojho prijatia (zrejme najmä regulatívnej funkcie) ďalšie 4 roviny. Prvá z nich je rovnou vymedzenia hodnôt výkonu funkcie, ktorými sú nezávislosť a nestrannosť, bezúhonnosť, spravodlivosť a transparentnosť, zdvorilosť, diskretnosť, dôvernoscť a tolerantnosť a nediskriminovanie a kvalifikovanosť (čl. II ods. 1 zásad). V nasvietení zo zákona ide skôr o východiskové hodnoty, motívy správania. Teoreticky sa však dajú použiť ako parameter hodnotenie dôsledkov nejakého konania, teda konzekvencialisticky. Rátal by sa tak prínos a úbytok posudzovaného konania pre dané hodnoty. Ako sme už ale spomenuli, zákonná idea je skôr odlišná.

Druhá rovina Zásad sudcovskej etiky je vyslovene modelom etiky cnosti – zásady určujú osobné vlastnosti sudcu. Ten podľa nich má byť ľudský, odvážny, seriózny, rozvážny, pracovitý, rešpektujúci a schopný načúvať (čl. II ods. 2 zásad) a - hoci ide o formuláciu v časti pravidiel správania sudcov, formou je rovnaká ako časť osobných kvalít sudcu - má byť trpezlivý, dôstojný a zdvorilý (čl. III ods. 6 zásad).

Tretia rovina zásad je formuláciou pravidiel správania sa sudcu. Tie sú opätovne vystavané deontologicky. Výnimkou je napríklad formulácia o poskytovaní verejných vyhlásení

³⁵ Pripomeňme si v tomto kontexte rozhovor sudcu Branislava Krála o jeho predbežnom opatrení vo veci vydania knihy o spise Gorila z februára 2012 (<https://domov.sme.sk/c/6248364/sudca-kral-o-gorile-informujete-k-aby-ste-neporushovali-prava-nych.html>, 6. júl 2019). Sudca verejne komentoval súdne konanie, kde ešte len mal rozhodnúť v merite veci, a to dokonca spôsobom, ktorý naznačoval, ako rozhodne. Toto konanie možno celkom nekontroverzne hodnotiť ako problematické z hľadiska zákonných povinností sudcu. K negatívne následku (mimo porušenia povinností a prípadnému precedensu) však zdá sa nedošlo. Naopak, tento rozhovor, podľa nálad v právnickej obci, skôr dôveru v snahu rozhodnúť nestranné podržal.

ní sudcu. Zákaz tu nie je kategorický ako zákaz podľa § 30 ods. 11 zákona, ale konzekvencialistický – problematické je verejné vystúpenie, ktoré by mohlo mať „*podstatnejší vplyv na výsledok prejednávanych vecí, na spravodlivý proces alebo pojednávanie, a tak vo verejnosti vyvolať dojem, že je [sudca] zaujatý a neobjektívny*“ (čl. III ods. 7 zásad). Otázky súvisiace s efektivitou výkonu sudcovskej funkcie majú aj tu konzekvencialistickú formu – napr. nepodielanie sa na aktivitách, ktoré „*by narušovali riadne plnenie sudcovských funkcií*“ (čl. III ods. 9 zásad).

Štvrtou rovinou, ktorá nás ale v tomto príspevku nezaujíma, je interpretácia, aplikácia a vynucovanie zásad.

2.3 Prokurátorská etika

Pristúpme teraz k hodnoteniu modelov v rámci prokurátorskej etiky. Zákon o prokurátoroch a právnych čakatel'och prokuratúry³⁶ vyžaduje okrem štandardnej bezúhonnosti aj morálne vlastnosti zaručujúce riadny výkon funkcie § 6 ods. 2 písm. f) a v § 26 normuje kľúčové povinnosti prokurátora. Patrí medzi nich aj (i) povinnosť chrániť verejný záujem a slúžiť mu, (ii) vykonávať povinnosti svedomito, nestranne a bezpriet'ahovo, (iii) nenechať sa ovplyvniť inými záujmami, vrátane záujmov politických, či tlaku verejnosti a médií, (iv) konať objektívne, (v) chrániť ľudskú dôstojnosť a nediskriminovať, (vi) vzdelávať sa, (vii) nevyjadrovať svoj názor k neprávoplatne skončeným veciam, (viii) nekonať spôsobom, ktorý by mohol navodiť stret osobného a služobného, teda verejného záujmu, (ix) neposkytovanie právnych služieb, (x) zachovávanie dôstojnosti pri výkone funkcie a chránenie jej vážnosti vrátane vyhýbania sa toho, čo by mohlo oslabiť česť prokurátora, a vieru v jeho nestrannosť, (xi) dodržiavanie pravidiel prokurátorskej etiky, (xii) využívanie služobného času a (xiii) zachovávanie mlčanlivosti s výnimkou whistleblowingu.

Prokurátorské povinnosti, ktoré sú aj disciplinované, sú, čo sa týka modelu, upravené v zákone obdobne ako povinnosti sudcov – skôr deontologicky. Hodnoty ako verejný záujem sa ale v rámci riešenia konkrétnej etickej dilemy dajú požiť ako parameter utilitaristického algoritmu vo vyvažovaní následkov konania.

Zákon počíta s tým, že rada prokurátorov prijme aj pravidlá prokurátorskej etiky (§ 217a a nasl.). Toto ustanovenie bolo realizované v roku 2016, a to prijatím Etického kódexu prokurátora a aj komentáru k nemu, ktorý je jeho prílohou.³⁷ Cieľ kódexu je nastavený nielen regulatívne ale predovšetkým ide o snahu vytvoriť, resp. prehľbiť dôveru verejnosti. Následne je vymedzený spôsob výkonu funkcie prokurátora, ktorá má manifestovať najmä „*nezávislosť, nestrannosť, profesionalitu, zodpovednosť, bezúhonnosť a dôveryhodnosť*“ (preambula), taktiež nemá byť narušená dôstojnosť funkcie prokurátora. Zvyšok kódexu je koncipovaný ako vymedzenie charakteristiku, ktorú má prokurátor mať, jej všeobecnejší popis zachytený do pravidiel a prípadne aj uvedenie konkrétnějších pravidiel, identifikujúcich situácie, ktoré pod všeobecné pravidlo spadajú. Kódex ako problematické označuje správanie, ktoré je čo i len spôsobilé negatívne ovplyvniť charakteristiky prokurátora, resp. vnímanie týchto charakteristík spoločnosťou (napr. čl. 1.3.3-1.3.5, 1.4, 2.1.1, 4.2 a pod.). Spomenuté charakteristiky nemusíme mať rozpaky v zásade nazý-

³⁶ Zákon č. 514/2001 Z.z. o prokurátoroch a právnych čakatel'och prokuratúry.

³⁷ Etický kódex je dostupný na <https://www.genpro.gov.sk/eticka-komisia-prokuratury/eticky-kodex-prokuratora-3970.html> a komentár k nemu na <https://www.genpro.gov.sk/eticka-komisia-prokuratury/komentar-k-etickemu-kodexu-prokuratorov-3971.html> (14. júl 2019).

vať cnosťami. Sú nimi: nezávislosť a legalita, nestrannosť, odbornosť a profesionalita, dôveryhodnosť, zdvorilosť a slušnosť. Požiadavky formulované cez optiku etiky cnosti sú následne prevedené do pravidiel, ktorá majú výrazne deontologický charakter. Ten si drží aj komentár ku kódexu. V aplikačnej praxi, však môžeme pozorovať aj konzekvencialistické naladenie. Napríklad Stanovisko Etickej komisie prokuratúry³⁸ v prípade časopisec-kého a kritického posudzovania oblečenia politikov v predvolebnom období protokolis-tou, ktorá zároveň vykonávala funkciu prokurátorky malo aj konzekvencialistické para-metre. Totižto, ako jeden z argumentov o neporušení etického kódexu konštatovalo, že článok nebol vo verejnosti diskutovaný, nevyvolal reakciu.³⁹ Naopak, disenterii tvrdili, že problematické je správanie bez ohľadu na to, či k negatívne mu následku došlo, prokurá-torka nemohla vedieť, že v istom zmysle zhodou okolností negatívny následok nenastane, mala predpokladať skôr opak.⁴⁰

Pnutie medzi deontológiou etikou cnosti je čiastočne zakomponovaný už do povinnos-tí prokurátora a prejavuje sa aj v pnutí princípu legality s princípom nezávislosti ako kona-ním podľa vnútorného presvedčenia. Toto pnutie sa môže prejavovať aj prakticky. Z ne-dávnej minulosti si možno spomenúť napríklad na prípad prokurátora V. Špirka, ktorý uznal zákonnosť rozhodnutia disciplinárnej komisie o tom, že porušil povinnosti prokurá-tora, ale uviedol nasledovné: „Vychádzal som zo svojho vnútorného presvedčenia, zo svo-jích hodnôt, vlastnej morálky, okolností, ktoré existovali v tom priestore a čase. Určite neľutujem svoje konanie, ktoré som uplatnil a nič by som na tom nemenil.“⁴¹

Prejdime teraz ku krátkemu hodnoteniu výhod a nevýhod modelov v kódexoch.

2.4 Výhody a nevýhody klasických modelov etiky aplikovaných v profesijnej etiky

Začnime deontologickým prístupom, ktorý, ako sme videli, je kľúčovým nastavením pre sudcov a prokurátorov a ozýva sa aj v advokátskej etike. Jeho výhodou je, že vyhovuje prednastaveniu myslenia právneho štátu – účel nesväťi prostriedky, a teda následok, pozi-tívny alebo nie nevyhnutne neodôvodňuje správnosť konania. V právnom štáte sú totiž kľúčové hodnoty slobody, rovnosti a dôstojnosti, ktoré sú inštitucionálne chránené a prob-lematické je už mať v konaní východisko protistojné týmto hodnotám. Jeho ďalšou výho-dou je ustanovuje predvídateľnejšie východisko pre hodnotenie kvality konania než je ná-sledok samotný – utility totiž často napokon nie sú v našej moci a sú vecou spolupôso-be-nia viacerých faktorov.

Nevýhodou deontologického prístupu je hádam prílišná abstraktnosť princíпов kona-nia, ktoré sa ťažko rozkladajú do pravidiel a do vodítok konania v konkrétnych situáciách. Ak kódex obsahuje konkrétnejšie pravidlá správania sa, ktoré majú deontologické poza-die, práve uchopenie situácií do pravidiel bez zvnútorňenia tak či onak chápaného deonto-logického pozadia hrozí tým, že správanie v súlade s pravidlom bude iba navonok eticky hodnotné. Týmto však, hrozí aj kódex, resp. jeho ustanovenia, kryté utilitaristicky. Deon-

³⁸ Stanovisko Etickej komisie prokuratúry sp. zn. XV/1 Spr 82/16/1000 zo dňa 4. októbra 2016 a Separátne stanovisko členov Etickej komisie prokuratúry sp. zn. XV/1 Spr 82/16/1000 zo dňa 19. októbra 2016 sú do-stupné na <https://www.genpro.gov.sk/eticka-komisia-prokuratury/stanoviska-a-odporucania-etickej-komisie-prokuratury/stanovisko-etickej-komisie-prokuratury-sp-zn-xv1-spr-82161000-zo-dna-04102016-a-sepa-ratne-s-3987.html> (19. júl 2019).

³⁹ Pozri s. 5 stanoviska.

⁴⁰ Pozri s. 7 separátneho stanoviska.

⁴¹ Pozri <https://domov.sme.sk/c/20845564/prokuratora-spirka-disciplinarka-nepotrestala.html> (16. júl 2019).

tológia v Kantovej verzii nám vlastne ponúka len imperatívy, ktoré musíme v konkrétnych situáciách ako silní morálni agenti autenticky aplikovať.⁴² Pri takomto východisku je možná výrazná morálna nezhoda pri riešení konkrétnych situácií, morálnych dilem, preto je sťažená aj vymáhateľnosť, resp. jej konzistentnosť a predvídateľnosť.

Konzekvencialistický prístup má výhodu v pragmatizme rozhodovacieho algoritmu, ak vieme jasnejšie fixovať parametre benefitov – jednotiek úžitku. Tu nám právo relatívne pomáha cez vymedzenie užitočných hodnôt a cez to, ako sú naformulované ciele jeho existencie. Podobne je to s cieľmi existencie jednotlivých profesií. V tomto kontexte je zaujímavé, že sa javí, že záujem klienta sa v kódexe chráni skôr konzekvencialisticky a verejný záujem skôr deontologicky. Tento prístup zdá sa aj častejšie vyhovuje našim etickým intuíciám.

Jeho nevýhody sú v podstate opakom výhod deontologického modelu. Konzekvencializmus nezväzuje ruky konajúcemu tak, ako často právny štát, a to najmä v oblasti absolútnych zákazov, ako napr. zákaz mučenia. Preto i prednastavenie v právnickej profesii na rátanie úžitkov môže byť problematické. Zároveň, právo je kolektívna praktika, ktorá prináša benefity pre dobro spoločnosti vtedy, ak nejakým spôsobom konajú viacerí aktéri. Pre utilitu vhodné správanie jedného aktéra napokon do benefitu nemusí vyústiť, kvôli správaniu iného aktéra. Ak hodnotíme napr. benefit nejakého konania advokáta, alebo benefity nejakého pravidla v kódexe, musíme tak robiť v kontexte praktiky práva ako takého. A to už nie je pohotovostne rýchle hodnotenie s jasnými premennými, ak je premennou aj správanie iných.

Základným benefitom kódexov stavaných cez charakteristiky cnostného člena profesie je to, že najviac vyhovujú chápaniu práva ako „umenia dobra a spravodlivosti“. Umenie sa totiž nedá zviazať do pravidiel a algoritmov.⁴³ Etika cnosti tak vyžaduje od agenta veľmi výrazné angažovanie seba a svojej identity v hľadaní riešenia etickej dilemy.

Na druhej strane nedokážu takto postavené kódexy verejnosť resp. potenciálnych klientov poučiť presnejšie o tom, čo možno ako správanie očakávať. Ostáva veľký priestor na nezhodu o tom, čo urobí čestný advokát vtedy a vtedy. Aj sám predstaviteľ profesie je takto postaveným kódexom vedený v menšej miere. Disciplinovanie je potom tiež problematickejšie pre široký priestor rozumnej nezhody.

Ideálne sa tak javí kombinovať jednotlivé prístupy a to aj podľa toho, čo je cieľom konkrétneho kódexu.

3. Autonómny, socialistický a deontologický model právnickej etiky

Inú klasifikáciu modelov právnickej etiky, než lícovo podľa klasických etických koncepcií, ponúkajú E. J. Eberle a A. D'Amato.⁴⁴ Hovorí o autonómnom, socialistickom a deontologickom modeli a aplikujú ich najmä na postavenie advokátov.

Autonómny model dáva advokáta do pozície predĺženej ruky klienta, ktorého osobná autonómia, a teda dôstojnosť je expertne chránená. Akcentuje sa tak záujem klienta.⁴⁵ Vý-

⁴² Agenciu a zodpovednosť výrazne promuje prokurátorsky etický kódex a komentár k nemu.

⁴³ O danej otázke existuje samozrejme veľká diskusia aj v kontexte „tvorivosti“ umelej inteligencie, túto však ponechajme bokom a odkážme len jeden zdroj, ktorý datuje domáci diskusiu do osemdesiatych rokov - BERTÓK, I. - JANOUŠEK, I.: *Počítače a umenie*, Bratislava: SPN, 1989.

⁴⁴ EBERLE, E.J. - D'AMATO, A.: Three Models of Legal Ethics. 27 *Saint Louis University Law Journal*, 1983, s. 761-799.

⁴⁵ Tamže, s. 764.

hodami tohto modelu má by to, že (i) advokát robí vždy morálne hodnotnú aktivitu, nech už zastupuje kohokoľvek, lebo promuje morálnu hodnotu – ochranu práv iného, (ii) táto koncepcia je vhodná pre kontradiktórny systém, smeruje sa k hľadaniu pravdy, a aspoň čiastočne sa vyrovnávajú moci v trestných veciach, kde štát má typicky presilu a preto (iii) advokát takto vlastne slúži verejnému dobru.⁴⁶

Eberle a D'Amato však tento model kritizujú. Podľa nich advokát nevyhnutne nerobí morálne rozhodnutia, lebo presadzovanie autonómie klienta nie je o sebe hodnotnou vecou. Taktiež, kontradiktórny systém nevyhnutne v spojení s aktívnou alebo nezákonnou a neetic-kou obhajobou klienta nie je vhodný k hľadaniu pravdy. Tento systém navyše cez akúsi nevi-diteľnú ruku trhu praje verejnému dobru iba do chvíle, kým nie je obmedzovaná súťaž zvnútra samotnými súťažiacimi⁴⁷. Tento model tak najviac vyhovuje finančnému benefitova-niu advokátov.⁴⁸

Socialistický model zas favorizuje predovšetkým verejný záujem, a to na úkor záujmu klienta.⁴⁹ Ako príklad možno uviesť Čínu. V tomto modeli sa v niečom zlieva úloha jednotlivých právnických povolání. Jeho nevýhodou je, že mnohé zásady výkonu povolania advo-káta sú tak odlišné od autonómneho modelu, (napr. mlčanlivosť a dôvera medzi advokátom a klientom je formátovaná v prospech verejného záujmu), že v mnohom pre klienta zaniká dôvod existencie právnika - advokáta. Ten sa stáva agentom kolektívu, agentom štátu.⁵⁰

Deontologický model etiky je, podobne ako v klasickom delení etických modelov, spá-janý s Kantom ako etika povinnosti. Problémom je jeho možná neflexibilita, potreba riešiť otázku, ktorý princíp sa má presadiť, bez jasnejších vodítok a tiež slabší vzťah medzi ad-vokátom a klientom (napr. aj v otázke mlčanlivosti, tá je v porovnaní s autonómnym mo-delom obmedzenejšia).⁵¹

Skúsme teraz vyššie vymedzené modely krátko aplikovať v otázke, či môže byť advokát agentom. Tá je v praxi spojená s prípadom advokátky Mešencovej z roku 2004. Ilustrujeme tak prakticitu uvažovania o modeloch, ktoré sa majú v profesijnej etike presadiť. Prípad je v našom prostredí všeobecne známy, preto nie je potrebný jeho popis.⁵² Zamerajme sa na vý-

⁴⁶ Tamže.

⁴⁷ Tu sa môžeme pýtať, či korupcia zo strany advokátov nie je vlastne obmedzovaním súťaže – porušovanie pravidiel súťaže je mení a znevýhodňuje tých, ktorí pravidlá neporušujú. Tento aspekt môžeme mať na mysli, keď sa dostaneme k prípadu advokátky Mešencovej.

⁴⁸ Tamže, s. 765-769.

⁴⁹ Tamže, s. 770.

⁵⁰ Tamže, s. 771.

⁵¹ Tamže, s. 773.

⁵² Prípadne si môžeme vystačiť s citáciou z rozhodnutia najvyššieho súdu vo veci prieskumu rozhodnutia disciplinárnej komisie (sp. zn. 3SŽ 36/2006) podľa ktorého sa pani Mešencová pokladala komorou „za vinnú, pretože potom, čo koncom mája alebo začiatkom júna 2004 ju JUDr. P. P. ako obhajca obvineného S. kontaktoval ako obhajkyňu spoluobvineného Z. s návrhom na ich osobné stretnutie, túto skutočnosť, ako aj to, že od nej JUDr. P. P. ako obhajca obvineného S. žiadal o opis zápisnice výpovede jej klienta telefonicky ako aj faxom a ďalej to, že pri osobných stretnutiach s JUDr. P. P. začiatkom júla 2004 v hoteli Eden v Piešťanoch ju JUDr. P. P. požiadal o spoluprácu v súvislosti so zmenou výpovede jej klienta obvineného Z. pri konfrontácii s obvineným S. 16. júla 2004 za peňažnú odplatu, postupne v časovej následnosti oznámila orgánom činným v trestnom konaní, nie však aj svojmu klientovi obvinenému Z. Orgány činné v trestnom konaní jej navrhli spoluprácu s tým, aby vo veci vystupovala ako agentka, s čím ona súhlasila a následne príkazom Krajského súdu v Bratislave sa stala agentkou v zmysle § 88b Trestného poriadku a ako advokátka - obhajkyňa vykonávala príkazy orgánov činných v trestnom konaní, podľa ich potreby čím sa dopustila disciplinárneho previnenia v zmysle § 56 ods. 1 zákona č. 586/2003 Z. z. o advokácii (...) (ďalej len „ZoA“), pretože porušila povinnosti advokáta uvedené v § 2 ods. 2, § 18 ods. 1 a ods. 3 a § 23 ods. 1 ZoA, ako aj § 2 ods. 4, § 9 ods. 1 a § 29 prvej vety Advokátskeho poriadku účinného od 19. júna 2004 (ďalej len „AP“), za

chodiská použité advokátskou komorou, resp. disciplinárnym senátom a najvyšším súdom pri prieskume tohto rozhodnutia. Vychádzať budeme z rozhodnutia najvyššieho súdu sp. zn. 3Sž 36/2006 z 15. februára 2007, ktorým bol potvrdený výrok disciplinárnej komisie Slovenskej advokátskej komory, ale zároveň zmenený trest za previnenie z vyčiarknutia zo zoznamu advokátov na upustenie od potrestania. V časti trov bolo rozhodnutie tiež potvrdené.

Komora argumentovala jednak porušením mlčanlivosti smerom ku klientovi a jednak tým, že advokátka porušila svoju nezávislosť prijímaním pokynov od orgánov činných v trestnom konaní, pričom výkon funkcie agentky priamo súvisel s obhajobou jej klienta. Povolanie advokáta je podľa komory nezlučiteľné s pôsobením ako agent. Konkrétne, podľa rozhodnutia najvyššieho súdu komora argumentuje, že nezávislosť je „*nevyhnutým predpokladom dôvery verejnosti v presadzovanie spravodlivosti a nestrannosti súdu. Je vecou spoločenského záujmu.*“ a v tomto prípade bola porušená.⁵³ Komora teda, podobne ako neskôr súd zdôrazňovala nestrannosť súdu a neodlíšila ju od nezávislosti advokáta. Aj z verbálnych prejavov predstaviteľov komory v danom čase⁵⁴ možno odvodiť, že prístup komory k riešeniu dilemy vychádzal z pozície favorizovanie autonómneho modelu.

Na druhej strane, súd argumentoval princípom nezávislosti advokáta ako prirodzeno-právnym princípom, ktorého prejavom má byť aj pravidlo o mlčanlivosti advokátov. Jeho hlavným cieľom je zachovanie dôvery vo vzťahu advokáta a klienta. Princíp nezávislosti má podľa neho „absolútny charakter“ a pôsobí erga omnes. Podľa systematického a logického výkladu (ktorý ale pôsobí v rozhodnutí mierne nepresvedčivo) má byť podľa súdu postavenie agenta skutočne nezlučiteľné s výkonom advokácie, hádam s výnimkou, ak by advokát nemal klientov. Navyše, súd neuznal, že k aktivite došlo mimo poskytovania právnych služieb, lebo práve do neho spadá rokovanie s právnikmi spoluobvinených. Konštatoval aj potencialitu dotknutia záujmov obvineného a argumentoval aj možnosťou použiť iné prostriedky odhaľovania a dokazovania trestnej činnosti, než využitie inštitútu agenta. Zároveň na hodnotenie nezávislosti advokáta, ako už bolo vyššie naznačené použil teóriu zdania z hodnotenia nestrannosti sudcov a konštatoval jej porušenie. Trest ale hodnotil ako privysoký, kvôli všeobecnosti porušeného princípu a absencii aplikačnej praxe k nemu. Zároveň bral do úvahy, že návrh na disciplinárne stíhanie nebol iniciovaný klientom advokátky, ale advokátom spoluobvineného.

Najvyšší súd v zásade konštatoval, že nedošlo ku škodlivému následku. Došlo však k porušeniu zákonného princípu nezávislosti, ktorého povaha je podľa súdu prirodzeno-právna a má absolútny charakter. Prístup súdu tak možno hodnotiť ako deontologický, narozdiel od ideového pozadia použitého komorou.

V diskusiách, ktoré bolo možno po rozhodnutí komory sledovať najmä v kuloároch, na koncipientských seminároch, panovala skôr nespokojnosť s prístupom komory. V nich sa skôr akcentovala úloha právnikov a právničiek v zabezpečovaní spravodlivosti vo všeobecnosti a tiež záväzok smerom ku komore a ostatným advokátom. Táto línia nahliadania

čo sa jej ukladá disciplinárne opatrenie vyčiarknutie zo zoznamu advokátov.“

⁵³ Pani Mešencová pri napadnutí rozhodnutia komory na súde argumentovala tým, že v danom prípade nešlo o poskytovanie právnych služieb, a tak bol iný rozsah jej povinností. Nemala tak ani povinnosť informovať svojho klienta. Napokon, žiadnu inštrukciu týkajúcu sa výkonu advokácie smerom ku klientovi od orgánov činných v trestnom konaní ani nedostala, dostala len technické pokyny. Nijako teda nebola narušená jej nezávislosť. Taktiež, sankcia jej uložená nebola primeraná.

⁵⁴ Predseda advokátskej komory Š. Detvai konštatoval, že rozhodnutie súdu garantuje, že „advokáti nebudú donášačmi a špičľami polície“ a zároveň podľa názoru komory „je mlčanlivosť advokáta silnejšia ako sponedné tajomstvo.“ (<https://slovensko.hnonline.sk/174437-advokat-agentom-sud-je-proti>, 10. júl 2019).

robi krok skôr smerom k socialistickému modelu. Každý z daných prístupov má vyššie naznačené pozitíva a negatíva a je otázne, ako ich vyvažovať v situácii tu a teraz. Kľúčové tu ale je, že každé nahliadanie by malo byť konzistentné, nedá sa meniť optiku, inak sa stane aplikácia kódexov a ich disciplinovanie nepredvídateľné. Optika však musí byť presvedčivo vysvetlená, zdá sa totiž, že ani verejnosť, ani veľká časť právnikov sa so závermi vo veci pani Mešencovej nestotožnili.

Vráťme sa ešte na záver k Frasierovej dileme, predtým však vymedzme niektoré otázky, ktoré v tomto článku nepriamo vyvstali a bude potrebné na nich hľadať odpovede.

Dôležitou otázkou je či je potrebné voliť rôzne etické modely pre rôzne právnické povolania, a to aj čo sa týka druhej klasifikácie, o ktorej sme hovorili. Ak áno, je to protiarument k použiteľnosti všeobecných etických zásad? Sme ale aj v našich bežných životoch konzistentní a používame, aspoň výrazne prevalentne, jediný model? Majú mať etické požiadavky ako návody na riešenie etických dilem formu zákona alebo formu kódexu, resp. oboje, ako je to často u nás? Nevzniká potom dvojkoľajnosť požiadaviek na etické správanie v profesiách? Alebo majú byť kódexy skôr špecifikáciami zákonných povinností – tak ako je to predovšetkým v kódexe advokátov a sudcov a rámcovo aj v kódexe prokurátorov? Alebo majú stanovovať aj niečo „navyššie“? Akú potom majú mať záväznosť a vymáhateľnosť? Ako presne súvisia odpovede na tieto otázky s preferenciou toho – ktorého modelu? Do akej miery je vhodné prístupy, modely etiky v kódexoch kombinovať, tak ako je to napríklad v Zásadách sudcovskej etiky? Uvedomujú si tvorcovia zákona a tvorcovia kódexov, akým spôsobom píšú požiadavky z hľadiska ich afinity k modelom? Možno v kódexoch skutočne užitočne vymedziť cnosti advokátov, sudcov a prokurátorov? Ak sa cnosti nadobúdajú najmä cez príklady od iných (*exemplo ducti*), čo efektívnejšie než písanie kódexov sa dá urobiť?

Frasier mal napokon šťastie a dilema sa predišlo. Nilesov advokát totiž zistil, že Marisa má rodinné bohatstvo z predaja tabliet do toaliet, čo nezapadalo do ňou prezentovaného sebaobrazu a do jej postavenia v spoločnosti. V zásade tak Nilesov advokát Marisu polovydieral tým, že informáciu rozšíri. Donútil ju tým k vysporiadaniu majetku výrazne priaznivému pre Nilesa. Žiadnu dilemu nemal.

Abstract: The paper deals with the reflection of the three classical models of ethics – deontology, consequentialism and virtue ethics – into the codes of professional conduct of attorneys, judges, and prosecutors. It shortly analyses the advantages and disadvantages of respective approaches. Moreover, it provides one more classification of model of lawyer's ethics focused on attorneys that do not mirror classical ethical theories. Based on this taxonomy it analysis the approaches by the Slovak Bar Association and the Supreme Court of the Slovak Republic in the Mesencova case.

Key words: legal ethics, professional conduct, Codes of ethics, deontology, consequentialism, virtue ethics, lawyer's ethics, ethics of judges, prosecutorial ethics

Použitá literatúra:

1. Annas, J.: Virtue Ethics. In: Copp, D. (ed.): *Oxford Handbook of Ethical Theory*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006, s. 515-536.

2. Dare, T.: Virtue Ethics and Legal Ethics. *Victoria University of Wellington Law Review*, 1998 March, 28 (1), s. 141-155.
3. Dreyfus, H.L. – Dreyfus S.E.: Towards a Phenomenology of Ethical Expertise. *Human Studies*, Vol. 14, No. 4 (1991), s. 229-250.
4. Eberle, E.J. - D'Amato, A.: Three Models of Legal Ethics. 27 *Saint Louis University Law Journal*, 1983, s.761-799.
5. Ellmann, S. J.: The Ethics of Care as an Ethics for Lawyers. 81, *Georgetown Law Journal*, 1992, s. 2665-2726.
6. Evans, A. – King, M.: Reflections on the connection of virtue ethics to therapeutic jurisprudence. *The University of New South Wales law journal*, vol. 35, issue 3, 2012.
7. Kant, I.: *Grounding for the Metaphysics of Morals: with On a Supposed Right to Lie because of Philanthropic Concerns. Third Edition*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1993.
8. Krsková, A.: *Etické desatoro začínajúceho advokáta*. Bratislava: Iura Edition, 2008.
9. Martin, C.: *The Philosophy of Deception*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
10. Mill, J. S.: Utilitarianism. Fraser's magazine, 7th Edition, London Longmans, Green, 1879.
11. Sobek, T. (ed.): *Právní etika*. Praha: Leges, 2019.
12. Varden, H.: Kant and Lying to the Murderer at the Door... One More Time: Kant's Legal Philosophy and Lies to Murderers and Nazis. *Journal of Social Philosophy*, 2010, vol. 41, Issue 4, s. 403-421.

PROBLEMATYKA WYKŁADNI ZNAMION PRZESTĘPSTWA KŁAMSTWA OŚWIECIMSKIEGO NA PODSTAWIE ART. 55 USTAWY O INSTYTUCIE PAMIĘCI NARODOWEJ

PALKA, K.

1. Introduction

The topic of this year's international conference "Changes in the interpretation of law: pluralism of systems, sources, perspectives ...", organized by the Slovak Academy of Sciences, perfectly matches the issue of the interpretation of the criminal law features of the Polish Act on the Institute of National Remembrance and its last year's amendment.

The key issue in this context is art. 55 of this Act which has the following wording: "Whoever in public and contrary to the facts denies the crimes referred to in art. 1 point 1, is subject to a fine or imprisonment of up to 3 years. The judgment shall be made public"¹ The doctrine calls this type of the offense "the Auschwitz lie."² In my opinion, a more correct term for these crimes is not the Auschwitz lie itself, but a historical lie or a crime of remembrance, due to the fact that in art. 1 point 1 of this Act, not only Nazi crimes are mentioned, but also communist crimes or crimes of Ukrainian nationalists.

In the text, however, I would like to focus exclusively on the Auschwitz lie, due to the fact that the difficulties related to this issue are associated with the greatest number of interpretation problems, and also due to the fact that it can be applied analogously to other historical lies.

The criminal offense under art. 55 is based on negating the war crime and is called by the doctrine "hard" Auschwitz lie or Auschwitz lie *sensu stricto*³.

A number of controversies related to this provision led to the introduction in February 2018 and repealed in July of the same year, Article 53a of the Act on the INR consisting in other types of historical untruths, which is attributing responsibility to the Polish State and the Polish nation or grossly trivializing crimes⁴ - the above is considered a historical lie *sensu largo* or a soft historical lie⁵.

Mgr. Karolina Palka, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji, Poland

¹ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn.: Dz.U. 2018 poz. 2032).

Eng.: Act of December 18, 1998 on the Institute of National Remembrance - the Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation (consolidated text: Journal of Laws 2018, item 2032).

² W. KULEZA, „Kłamstwo o Auschwitz” jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym [w:] Ł. POHL (red.), Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza, Poznań 2009, pp. 297.

³ R. GUZIK, *Komentarz do art.55(a) ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu*, LEX.

⁴ Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. 2018 poz. 369).

Eng.: Act of 26 January 2018 amending the act on the Institute of National Remembrance - Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation, laws on graves and war cemeteries, laws on museums and the act on the liability of collective entities for acts prohibited under penalty (Journal of Laws 2018, item 369).

⁵ R. GUZIK, *Komentarz do art.55(a) ustawy...*

2. The subject matter of art. 55 of the Act on the Institute of National Remembrance

It seems that the most problematic feature in Article 55 of the Act on the IPN is the verbal mark. The Polish doctrine of criminal law disputes whether to “deny” should be understood only as a total negation of facts - then the term “Holocaust did not exist” would meet the feature, or a partial negation of facts - the words “Poles are sole perpetrators of the Holocaust” could be a crown example. In other words, if the change of the perpetrator meets the sign of denial⁶.

Interpretational doubts related to the verbal sign “deny” resulted in the introduction of a completely erroneous and unclear provision in the form of art. 55a of the Act on the Institute of National Remembrance. However, are the interpretational doubts related to this provision so far-reaching and whether the assignment of individual crimes or the entire Holocaust to Poles has not been penalized so far?

In the judicial practice of Polish courts, however, the tendency to attribute responsibility for this type of acts was revealed precisely on the basis of art. 55 of the Act on the Institute of National Remembrance. It seems that this is a right concept, as a rule, however, it raises doubts because of the doctrine of criminal law on the basis of which these judgments are issued. According to them, denying is not only the total negation of facts, but also their partial change, for example as to the perpetrator⁷. In my opinion, this is an incorrect view for two reasons. First of all, the legislator introducing the verb mark “denies” clearly determined that the information said by the perpetrator should remain in a clear contradiction to historical truth. What is more, the legislator did not use the mark “questioning” or “misrepresents”, which could also mean “partial” negation of facts. Therefore, it should be recognized that the correctness of imputation of criminal responsibility for attributing the perpetration of Nazi crimes to Poles is not caused by the fact that it results from the fulfilment of the feature “deny”. In my opinion, this is due to the fact that in the facts indicated here there is a denial of the mark “Nazi crime” by stating that the crime, according to the perpetrator, was in fact a Polish crime.

Unquestionably, the above-mentioned doubts, as well as the more and more frequent use of the term “Polish death camp”⁸ used in the media, contributed to the amendment to the law described here in February 2018 – where a crime was added under Art. 55a reading: “Who in public and against facts ascribes responsibility or joint responsibility of the Polish Nation or Polish State for the Nazi crimes committed by the Third Reich (...) or otherwise grossly reduces the responsibility of the actual perpetrators of these crimes, is subject to a fine or imprisonment for 3 years. The judgment shall be made public.

paragraph. 2: If the perpetrator of the act referred to in paragraph 1 acts unintentionally, is subject to a fine or restriction of liberty.

paragraph. 3: The perpetrator of the offense referred to in paragraphs 1 and 2 does not commit a crime, if he has committed this act as part of his artistic or scientific activity”⁹.

⁶ M. WOJŃSKI, *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, Warszawa 2014, pp. 193-194.

⁷ *Ibidem*.

⁸ ZDF i „polskie obozy”. Niemiecki sąd: Stacja nie musi przeproszać, to prawo wolności mediów, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,23810862,zdf-i-polskie-obozy-niemiecki-sad-stacja-nie-musi-przeproszac.html> [20.03.2019].

⁹ Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej...

As emphasized in the justification to the draft of this Act, the new criminal-law regulations were to counteract the “Polish death camp” problem or the attribution to the Poles the war crimes and Holocaust¹⁰.

This act has received wide coverage in Poland and around the world - it was accused of being able to stop the desired historical debate and to write history again¹¹.

However, these allegations did not merit recognition, since the new rule *de facto* could not be applied in practice.

First of all, doubts relate to the crime features: the “Polish Nation” and “Polish State”. According to the Constitution of the Republic of Poland, the “People of Poland” are “all citizens of the Republic of Poland”¹². In the current legal status, the mark is clear - it will be all people with Polish citizenship. This situation is diametrically different considering the fact that the assignment of responsibility will take place in the vast majority of cases in relation to potential Polish citizens during World War II.

Of course, people who had this citizenship before September 1, 1939 did not lose it as a result of the invasion of the Third Reich, but this citizenship actually existed only formally, and due to this there are doubts whether it would not be better to designate the designations of the term “citizenship” from 1945 - due to the above ambiguity, the above criminal provisions could not be applied in practice. What is more, it should be noted that the assignment of responsibility, according to the literal wording of the provision, is to take place in relation to the entire Polish Nation - these situations are marginal, as a rule Poles are accused of single crimes and this is the case with the group of Poles; not the entire Nation.

The feature “Polish State” is a concept unique in the scale of criminal law regulations. In article 133 of Criminal Code there is a feature “Republic of Poland”¹³. This phrase according to one view is taught in accordance with the wording of art. 1 of the Constitution as a common good of all citizens and as a form of organizing society¹⁴, and according to

¹⁰ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach, ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary oraz ustawy o zakazie propagowania komunizmu lub innego ustroju totalitarnego przez nazwy budowli, obiektów i urządzeń użyteczności publicznej, Druk Sejmu VIII Kadencji nr 806, uzasadnienie, s. 1, 3.

Eng.: Government bill amending the act on the Institute of National Remembrance - Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation, laws on graves and war cemeteries, laws on museums, the act on the liability of collective entities for prohibited acts under penalty and the act on the prohibition of propagating communism or other totalitarian system by names of buildings, facilities and public utility facilities, Print of the Sejm VIII term of office no. 806, justification, pp. 1, 3.

¹¹ Ambasador Izraela: próbowałam uprzedzić Mateusza Morawieckiego, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/ambasador-izraela-probowalam-uprzedzic-mateusza-morawieckiego/z5gc6ny> [20.03.2019].

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483). Eng.: Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997, adopted by the National Assembly on April 2, 1997, adopted by the Nation in a constitutional referendum on May 25, 1997, signed by the President of the Republic of Poland on July 16, 1997 (Journal of Laws 1997, No. 78, item 483).

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. 2018 poz. 1600 ze zm.).

Eng.: The Act of June 6, 1997 - the Criminal Code (consolidated text: Journal of Laws 2018, item 1600, as amended).

¹⁴ J. KULESZA, Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221, Warszawa 2017, s. 74.

the second by reconstructing three factors from it: territory, population and sovereign power¹⁵.

The identification of the “Polish State” with the “Republic of Poland” is not a correct interpretation, which results from a number of arguments. First, assuming the rational legislator’s assumption - if he would like to obtain the same meaning of a given sign, he would use the same terms. What is more, the previously mentioned feature of the “Polish Nation” refers to the population - the legislator would not give the same meaning twice - once in the “Polish Nation” and only as part of the term “Polish State”. The identification of the feature in question with the three factors mentioned above has already been partially uncompleted by two factors, which are the territory and the sovereign power. Secondly, again assuming the rationality of the legislator, it cannot be assumed that it may be about assigning crimes to the territory, as it is a truism to say that the territory cannot commit crimes.

The above analysis shows that the “Polish state” should be interpreted as sovereign power – but we cannot be one hundred percent sure who are the designators of this feature, because it is not clear about which government could be here: Polish Committee of National Liberation or the Polish Government in London, which is incompatible with the basic principles of criminal law.

Moreover, what directly resulted from the justification for the bill amending the Act on the Institute of National Remembrance, the new penal regulation was intended to penalize the Auschwitz lie consisting of the notorious “Polish death camp”¹⁶ media - these terms in some cases result from ignorance about historical truth, in some of them they are actually aimed at defeating the truth, and in some of them - indeed, they are used to indicate the location of these camps. From the very context of the speech it will very rarely be possible to show what the situation is - so you will not be able to attribute the perpetrator to the crime.

It is also impossible to put an equal sign between the word “Polish death camp” and the “assignment of responsibility” understood as a rightful law as the broad conception of the given events.

1. „Against facts”

The interpretation of this feature will again refer to both Article 55, as well as art. 55a of the Act on the Institute of National Remembrance, because this feature was associated with numerous controversies in the discussion that appeared around the amendment to the Act on the Institute of National Remembrance in January and February of last year.

In the public discourse, the accusation was alleged that, by arbitrary shaping of historical facts in the trial, the proverbial “re-writing of history” would occur¹⁷.

This view should be strongly rejected. “Facts” are not something rigid - in the case when the potential perpetrator, which means for example a suspect or suspect person, asserting the rightness of his claims, will not meet this feature and will not commit the above crime.

¹⁵ P. KARDAS, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-211a*, Warszawa 2017, s. 172.

¹⁶ *Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Instytucie...*, s. 1.

¹⁷ *Premier Izraela przeciwny zapisom nowelizacji ustawy o IPN. Odpowiedź Morawieckiego*, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/kary-za-polskie-obozy-smierci-izrael-przeciwny-nowelizacji-ustawy,810065.html> [30.03.2019].

2. Penal measure in the form of “making the judgement public”

Again, it should be emphasized that the penal measure in the form of “giving judgment to the public” was also provided for in art. 55a of the Act on the Institute of National Remembrance. The legislator did not, however, reserve which type of judgment should be made public, i.e. whether it should be only a conviction or also a judgment discontinuing or acquittal. In this respect, it should be stated that there are two positions of the doctrine. The first, based on the fact that the type of sentence is not specified, and that each of them is to be made public.

However, the opposite view should be fully accepted, due to the fact that the penal measure is a kind of repression - it can only be judged in a conviction.

What's more, it also seems that due to the shape of art. 50 of the Criminal Code, according to which the court may decide to issue a verdict to the public in a specific manner, if it deems it advisable, in particular due to the social impact of the conviction - this particular feature for the application of this penal measure determines the impossibility of determining a penal measure in the acquittal. It would be a penal measure unknown to the Act - hence, in accordance with art. 439 § 1 of the Code of Criminal Procedure - an absolute ground of appeal.

3. Blatantly reduce

The mark “blatantly” appears several times in the Polish Criminal Code, but never, as to the numbers. It is particularly difficult to indicate the designators of this concept in the field of the victims of the crime. This is illustrated by the example of KL Auschwitz-Birkenau, where 1.1 million people were killed¹⁸. It is impossible to determine unequivocally whether the statement according to which 900,000 people died in the camp meets the above feature. On the one hand, the above behavior reduces the scale of crimes by a lot of people - 200,000. On the other hand, it lowers them by just less than 20%. In the case of this provision, it is evidently impossible to determine the precise limit of the mark “blatantly”, which leads to the inability to apply this provision in practice.

4. Scienter

To this moment the most debatable issues of the subject of this crime have been widely discussed. The scienter crime element is also no less problematic - undoubtedly, due to the absence of the inadvertence clause - this offense can only be committed intentionally. The Polish doctrine of criminal law distinguishes two forms of intent, that is, direct and resultant intent. The first of these takes place when the perpetrator wants to commit a prohibited act and the second, when the perpetrator does not want to commit it, but predicting the possibility of committing it agrees to it¹⁹.

The doctrine of Polish criminal law believes that this offense can only be committed in a direct intention. In her opinion, the feature “against facts” should be interpreted in such a way that the perpetrator knows the historical facts he has proved and wants to deny them²⁰.

¹⁸ D. LIBIONKA, *Zagłada Żydów w Generalnym Gubernatorstwie, Państwowe Muzeum na Majdanku*, Lublin 2017, pp. 238.

¹⁹ W. WRÓBEL, A. ZOLL, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 209.

²⁰ M. BOJARSKI, W. RADECKI, *Pozakodeksowe prawo karne. Tom I. Przestępstwa przeciwko pamięci narodowej, obronności, bezpieczeństwu osób i mienia, zdrowiu. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 69.

But is this the feature, however, that this crime can only be committed with direct intent? Given the language interpretation - this is not a valid concept, because the perpetrator can know the facts as well as only anticipate their content - and accept that his statement will be contradictory to them.

It seems that the more appropriate argument for the fact that only direct intention can take place here is evidenced by the verbal feature “denies”.

The Polish legislator did not introduce a synonymous “questioning” in his place, which verb could mean that the offense can be committed in both forms of intent. “Denies” has a much more pronounced meaning and points to the directionality of the perpetrator’s actions - therefore, it should be recognized that this offense can only be committed with direct intent.

At this point, once again, we have to refer to the abovementioned art. 55a paragraph 1 of the Act on the Institute of National Remembrance - undoubtedly the feature “assigns responsibility” and “blatantly reduce” - they do not testify to the directionality of the perpetrator’s actions. In connection with the above, it should be stated that the above-mentioned offense could have been committed in both forms of intent. What is more, in art. 55 sec. 2 an unintentional type of this crime was introduced.

It should be noted that the crime of the Auschwitz lie *sensu stricto* can only be committed in a direct intention, in turn the *sensu largo* in both forms of design, and also unintentionally, which results from the wording of art. 55a of the Act on the Institute of National Remembrance.

At the time when the above provisions were in force, there was an unreasonable discrepancy of criminal responsibility - denial of the crime, when the perpetrator provided such a possibility, but did not check his information or inadvertent negation of the crime (in the case of lack of awareness of the story that the perpetrator should have known) were not penalized, despite the fact that they are, in principle, more socially harmful than, for example, blatantly trivializing crimes.

5. Legal excuse - justification

Controversies are also related to art. 55a paragraph 3 of the Act on the Institute of National Remembrance. According to the justification to the draft amendment, according to the Polish legislator, this provision was to be a justification, a legal excuse²¹. This procedure has not been successful for the Polish legislator - these acts, committed as part of scientific or artistic activities will be initially legal - in these cases no legal interest will be attacked, so there will be no need to exclude criminal liability.

6. Ending

At the time of signing the amendment to the Act on the Institute of National Remembrance in February last year, the President of the Republic of Poland decided to refer this Act to the Constitutional Tribunal by means of a post-inspection check in order to investigate whether Art. 55a of the Act does not excessively infringe the right to freedom of speech. However, the Constitutional Tribunal did not adjudicate in the present case - in July this provision was repealed. The repeal of this provision was an appropriate step for the Polish legislator.

²¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Instytucie..., s. 5.

The penal populism, which undoubtedly revealed itself in the amendment to the Act on the Institute of National Remembrance, showed that it has far-reaching negative effects, consisting in the creation of completely ineffective regulations. In art. 55a of the Act on the Institute of National Remembrance, the ineffectiveness of this provision consists mainly in the inability to indicate the designations of the term “Polish State” or the impossibility of realizing the feature “Polish Nation”.

Despite the problems with the interpretation of some of the features of art. 55 of the Act on the Institute of National Remembrance it is a provision that sufficiently protects historical truth and the dignity of victims. The pompously introduction of criminal liability for the terms “Polish death camp” introduces only negative comments from foreign environments - a broader education should probably be a much better way in this aspect.

At the end of the deliberations, criticism should also be given to proposals for criminalization of the term “Polish camp”. It should be considered highly inappropriate for criminal law - they introduce excessive casuistry, and do not pay attention to the intention of the perpetrator. In some cases, it may spread over the very location of the camps.

It is impossible not to mention also the art. 256 of the Criminal Code, which introduces the penalisation of a classical hate speech. It perfectly complements the regulation of art. 55 of the Act on the Institute of National Remembrance, because the actions related to the Auschwitz lie are in most cases directly linked to manifestations of anti-Semitism.

Abstract: This article analyzes Polish criminal law regulation against Holocaust denial and other historical lies. The text has been divided into four main parts. The first one is a short introduction, containing terminology and basic provisions of Polish criminal law in this matter. The second one presents the key problems of the interpretation of features of the crime in the basis of art. 55 of the Act on the Institute of National Remembrance. The next one presents the consequences of the ambiguity of art. 55 of that Act that led to the introduction of a completely incorrect Article 55a. The last part contains a short summary, a polemic with proposals for changes and de lege ferenda postulates.

Key words: Holocaust denial, penal law, negationism, Oświęcim lie

Bibliography:

1. Ambasador Izraela: próbowałam uprzedzić Mateusza Morawieckiego, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/ambasador-izraela-probowalam-uprzedzic-mateusza-morawieckiego/z5gc6ny> [20.03.2019].
2. Bojarski M., Radecki W., *Pozakodeksowe prawo karne. Tom I. Przepisy przeciwko pamięci narodowej, obronności, bezpieczeństwu osób i mienia, zdrowiu. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2002, ISBN 83-7247-971-2.
3. Guzik R., *Komentarz do art.55(a) ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu*. 1. wydanie, LEX.
4. Kardas P., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej* [in:] Wróbel W., Zoll A. (ed.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-211a*. 5. wydanie. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017, ISBN 978-83-8107-547-3.
5. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu

- 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).
6. Kulesza J., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej* [in:] Królikowski M., Zawłocki R. (ed.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*. 4. wydanie. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2017, ISBN 978-83-255-9137-3.
 7. Kulesza W.: „Kłamstwo o Auschwitz” jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym [in:] Ł. Pohl (ed.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*. 1. wydanie. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, 2009, ISBN 978-83-232-2029-9.
 8. Libionka D., *Zagłada Żydów w Generalnym Gubernatorstwie, Państwowe Muzeum na Majdanku*. 1. wydanie. Lublin: Państwowe Muzeum na Majdanku, 2017, ISBN 978-83-62816-34-7.
 9. Premier Izraela przeciwny zapisom nowelizacji ustawy o IPN. Odpowiedź Morawieckiego, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/kary-za-polskie-obozy-smierci-izrael-przeciwny-nowelizacji-ustawy,810065.html> [30.03.2019].
 10. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach, ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary oraz ustawy o zakazie propagowania komunizmu lub innego ustroju totalitarnego przez nazwy budowli, obiektów i urządzeń użyteczności publicznej, Druk Sejmu VIII Kadencji nr 806, uzasadnienie.
 11. Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn.: Dz.U. 2018 poz. 2032).
 12. Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. 2018 poz. 369).
 13. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. 2018 poz. 1600 ze zm.).
 14. Woźniński M., *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*. 1. wydanie. Warszawa: LexisNexis, 2014, ISBN 978-83-278-0550-8, 978-83-278-0551-5, 978-83-278-0552-2.
 15. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*. 3. wydanie. Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, 2014, ISBN 978-83-240-3045-3.
 16. ZDF i „polskie obozy”. Niemiecki sąd: Stacja nie musi przeproszać, to prawo wolności mediów, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,23810862,zdf-i-polskie-obozy-niemiecki-sad-stacja-nie-musi-przepaszac.html> [20.03.2019].

IV. KAPITOLA: MEDZINÁRODNÉ PRÁVO

- 1) MRÁZEK, J.: Právo, legalita, legitimita, demokracie a mezinárodní vláda práva
- 2) WRZOCHALSKI, B.: Pluralizm w doktrynie prawa międzynarodowego publicznego a praktyka dyplomatyczna. spojrzenie filozoficzno-prawne (doświadczenia polskie)

PRÁVO, LEGALITA, LEGITIMITA, DEMOKRACIE A MEZINÁRODNÍ VLÁDA PRÁVA

MRÁZEK, J.

I. Úvod

Jakémukoli zkoumání v oboru práva zpravidla předchází rozbor právních pojmů, které s předmětem zkoumání souvisejí. Toto pojednání se zaměřuje na otázky „mezinárodní vlády práva“ (the international rule of law), vztah legality a legitimacy a problémy demokracie. Jedná se nejen o teoretické problémy právní vědy, nýbrž i otázky, které se významně promítají do mezinárodní praxe. Právní teoretici znají těžkosti při určení samotného pojmu „právo“ i dalších právních pojmů. Právní věda má svůj historický vývoj. Úvahy o státu a právu nalezneme již u Platona (427 – 347 př. n. l.) a Aristotela (384 – 322 př. n. l.). Pro vývoj právního myšlení měla velký význam díla sv. Augustina a sv. Tomáše Akvinského (1226 – 1274). Existují různé právní školy, z nichž k nejvýznamnějším patří od 17. stol. škola přirozenoprávní a v 19. stol. právní pozitivismus.¹ Existují i další právní teorie, např. sociologický nebo politický přístup k právu a další směry právní nauky. Přirozenoprávní teorie sehrává významnou roli i v současnosti v oblasti práva mezinárodního, ať již jde o ideu „spravedlivé války“, otázku vztahu legality a legitimacy v mezinárodním právu nebo problematiku demokracie a lidských práv. Z hlediska historie mezinárodního práva patřili k významným představitelům přirozenoprávní teorie např. španělský dominikánský mnich a profesor v Salamance Francisco de Vitoria (1486 – 1546), italský protestantský autor Alberico Gentili (1552 – 1608), jezuita Francesco Suarez (1548 – 1617). De Vitoria, Gentili a Suarez následovali velmi úzce přirozenou (natural) teorii sv. Tomáše Akvinského. Teologická škola mezinárodního práva 16. století s její *leges aeternae* pochopitelně neuznávala pojem pozitivního obecného mezinárodního práva a pojem pozitivní obecné mezinárodní právo nezná ani pozdní přirozenoprávní škola v 18. století. K nejvýznamnějším představitelům mezinárodního práva středověku patřil zejména holandský právník Hugo Grotius (1583 – 1654), označovaný často za nejvýznamnějšího „otce“ mezinárodního práva. Studium práv dokončil v pouhých 15 letech. Grotius oddělil teologické aspekty božího práva od práva mezinárodního. Vedle přirozeného práva (*ius naturale*) závazného pro všechny státy uznával Grotius i existenci práva vytvořeného na základě souhlasného projevu vůle, které označil za „*ius voluntarium*“. Toto svou podstatou smluvní právo však nesmělo odporovat právu přirozenému. K jeho základním dílům patří publikace „*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*“ z doby třicetileté války (vyšla poprvé v r. 1625).

K významným představitelům naopak právního pozitivismu patřili zejména Holanďan Cornelius van Bynkerschock (1673 – 1743), který neuznával přirozené právo. Právní pozitivismus nabyl na významu po vestfálském míru 1648. O jisté spojení právního naturalismu a pozitivismu se pokoušel např. švýcarský právník Emerich de Vattel (1714 – 1769). K právním pozitivistům se řadí i německý profesor Christian Wolf (1679 – 1754), zdůrazňující význam mezinárodních smluv. K právním pozitivistům lze z historického

JUDr. Josef Mrázek DrSc, Ústav státu a práva ČAV, Právnická fakulta ZČU, Plzeň

¹ K těmto teoriím viz např. EVANS, M. D. *International Law*, Oxford University Press 2003, s. 34 – 56; SHAW, M. N. *International Law*, Cambridge University Press 2004, s. 24 – 31.

hlediska přiřadit např. německého autora A. W. Heftera (1884) nebo Francouze P. Pradiera-Fodère, Itala Pasquale Fiore nebo ruského autora F. F. Martense a další.

Z dalších teoretických východisek nauky mezinárodního práva lze zmínit např. francouzskou sociologickou školu, jejímiž představiteli byli Léon de Duguit (1859 – 1928) a nověji Louis de Fur nebo Georges Scelle. Různé teorie liberalismu, institucionalismu nebo konstruktivismu se objevily zejména v USA. Výrazem interdisciplinárního přístupu k právu se pak stal např. behaviorismus se svou teorií „her“. Z USA přišla i „škola kritických právních studií“ (critical legal theory) nebo tzv. politicky orientovaná teorie. Existuje celá řada teorií práva. Pro účely tohoto pojednání je důležitá zejména koncepce přirozených práv, která je fakticky nezávislá na státu a na právu vytvořeném v zákonodárném procesu. Přesto pojem „přirozenosti“ práva zůstává do značné míry závislý na interpretaci a je i historicky proměnlivý (viz např. nepřirozené postavení otroků, nerovnoprávnost mužů a žen atd.). Vztah mezi „přirozeným“ a „pozitivním“ právem není zcela uspokojivě vyřešen. Pokud jde o teorii práva, je nutné se alespoň zmínit o marxistické koncepci práva, která byla u nás více než čtyřicet let zcela dominantní a po pádu komunistických režimů byla zcela opuštěna. Tato koncepce vytvořila učební a vědní obor „obecné teorie státu a práva“ v mylném přesvědčení o pojmové nerozlučnosti státu a práva.²

Předmětem této konference jsou mimo jiné různé teorie práva, vymezení samotného pojmu práva a související problémy. Tento příspěvek se po úvodní části stručně dotýká pojmu práva a navazuje v omezeném rozsahu otázkami legality a legitimacy zejména v mezinárodním právu, pojmem demokracie a „mezinárodní vlády práva“. Zmíněná problematika není pouze předmětem obecné teorie práva nebo právního konstitucionalismu, nýbrž se úzce překrývá s otázkami právní filosofie. Práce ovšem akcentuje postavení mezinárodního práva. Právo představuje jeden z hlavních (a zřejmě nejdůležitější) normativních systémů, vedle norem etických a náboženských. Mezinárodní právo veřejné je pak základem mezinárodněprávního řádu a má významný dopad i na právo vnitrostátní.

II. K pojmu práva

Teoretici práva zkoumají právo jako společenský regulátor a normativní systém. Řeší „věčné“ otázky definice práva, vztah práva a moci, rozlišují právo objektivní a subjektivní, kogentní a dispozitivní atd.³ Obecně se uznává, že „právo“ nelze snadno popsat ani definovat, neboť se jedná o „multidimenzionální fenomén, který musí být zkoumán z různých aspektů.“⁴ Imanuel Kant psal o tom, že právníci hledají svou definici práva.⁵ Otázka o podstatě pojmu práva je starou právně filozofickou otázkou. Právo je někdy definováno jako norma, vůle, svoboda, zájem, řád či pořádek, což ukazuje na mnohotvárnost povahy práva. Prof. F. Weyr považoval přesné vymezení pojmu práva za teoreticky nemožné.

² KNAPP, V. *Teorie Práva*. C. H. Beck, Praha 1995, s. 4 a 7.

³ KNAPP, V. *Ibid.* s. 39 a násl.

⁴ K tomu viz GERLOCH, A. *Teorie práva*, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2007, s. 19.

⁵ Problémům práva se Kant věnoval zejména v publikaci „Zum ewigen Frieden“ (1795) a *Metaphysik der Sitten* (1797). Hlavním dílem je pak „Kritik der reinen Vernunft“ (1781). Ke Kantovu pojetí práva pak viz např. HIRCH, P. A. *Kants Einleitung in die Rechtslehre von 1784*. Universitätsverlag, Göttingen 2012; ZOTTA, F. *Immanuel Kant, seiner Eigentumslehre, Staatslehre und seiner Geschichtsphilosophie*, Alber Verlag, Freiburg 2000.

Veškeré normy, jejichž „normovým subjektem“ je stát, nazýval „normami právními“.⁶ V doslovu k této své publikaci pak napsal:

„Na konci spisu tohoto stručné doznání autorovo: mnohé, přemnohé z poznatků, které snažil se stanoviti, zůstávají i nadále nepřesnými, nejasnými a nerozluštěnými...Nedostatek lidského intelektu jeví a cítí se nejpálčivěji těm, kde intelekt snaží se dojíti jemu ještě dosažitelných „hranic poznání“. H. Kelsen (1881 – 1973) také uváděl, že „právo je řád, který usiluje o dosažení společenského cíle tím, že proti těm, kdož porušují společenský cíl, použije jako donucovací prostředek společensky organizované sankce“. Právo pak definoval stručně jako „donucovací řád“ (*Zwangsortnung*). Kelsen právo charakterizoval také jako „sociální techniku“, již člověk používá.⁷ Kelsen byl stoupencem právního pozitivismu jako „realistické právní teorie“ a naopak byl skeptický vůči tzv. přirozenoprávnímu učení.⁸ Zastáncem přirozenoprávní teorie byl naopak G. Scelle, který přirozené právo označoval v „Précis“ jako „droit objectif“.⁹ Podle Kelsena „ryzí nauka právní“ je teorií pozitivního práva. On sám však poukazoval také na skutečnost, že tradiční právní teorie je v důsledku sociálního ořesu způsobeného válkou na cestě vrátit se opět a zcela k teorii přirozeného práva.¹⁰ Kelsen byl však významným kritikem přirozeného práva¹¹.

Právníci i filozofové se léta s větším či menším úspěchem snaží zodpovědět otázku „co je právo“. O to ostatně usiluje i dnešní konference, jejímž předmětem jsou mj. „změny v chápání práva“. Otázku „co je právo“ řešil např. H. L. A. Hart ve své proslulé publikaci „The Concept of Law“ a mnozí další autoři.¹² Právo je obvykle abstraktně definováno jako určitý systém nebo určitá „právní idea“. Na první pohled snad každý ví, co je právo. Jeho přesná definice je však obtížná a jak mnozí uvádějí, zřejmě i nemožná. Důležitou otázkou, je i vztah práva a „moci“. Právo slouží k výkonu moci, která má být vykonávána v souladu s právem. Moc na druhé straně slouží k výkonu práva. Bez možnosti donucení nelze hovořit o právu. To platí samozřejmě i pro právo mezinárodní. Na druhé straně stát, který má moc, se může dopustit i porušování nebo zneužití práva.

Významným představitelem právní pozitivistické nauky byl nepochybně G. Radbruch (1878 – 1949). K jeho dílům patří např. *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1990); *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914) nebo *Rechtsphilosophie* (první vydání je z r. 1932). Radbruchův antinomianský koncept práva ukazoval, že v konstituční demokracii je právo fenoménem, který zahrnuje opakující se a vyvažující akt mezi hodnotami právní jistoty, spravedlnosti a účelnosti. Radbruch opustil novokantovský princip, že právo je definováno morálními hodnotami. Rozlišoval mezi koncepcí a ideou práva. Ideou práva

⁶ WEYR, F. *Základy filosofie práva*, Brno 1920

⁷ KELSEN, H. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre, Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally*, Springer-Verlag, Wien, New York, 1987, s. 2.

⁸ Ibid. s. 3.

⁹ SCELLE, G. *Précis de Droit des Gens, principes et systématique*, sv. II, Paris 1934, s. 5.

¹⁰ KELSEN, H. *Ryzí nauka právní, Metodika a základní pojmy*, Orbis Praha 1933, s. 16 – 18.

¹¹ Podle Kelsena „přirozenoprávnímu směru“ „nešlo do značné míry vůbec o poznání práva, nýbrž spíše o jeho ospravedlnění, o jeho glorifikaci důkazem, že pozitivní právo není než výronem přirozeného, božského nebo rozumového, t.j. absolutně správného, spravedlivého řádu; revoluční přirozenoprávní směr, který však hrál v dějinách právní vědy poměrně malou roli, sledoval právě opačný cíl: otrásti platnost pozitivního práva důkazem, že odporuje jistým způsobem předpokládanému absolutnímu řádu a tím postaviti právní skutečnosti do nepříznivého světla“. Kelsen požadoval také překonání názoru, že „právo jako takové je částí morálky“ a konstatoval, že jako morální kategorie „znamená právo právě tolik, jako spravedlnost“. Spravedlnost označil pouze jako jiný výraz pro „správnost“; Ibid. s. 12 – 14.

¹² HART, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford 1994.

rozuměl spravedlnost (Gerechtigkeit) v širokém slova smyslu. Suverenitu považoval za neodmyslitelný faktor pozitivního práva.¹³ Po zkušenostech s nacismem došlo u Radbrucha k zásadní změně. Opustil dosavadní relativismus a obrátil se k přirozenému právu, které uznává některé absolutní i přirozené hodnoty práva a spravedlnosti.

Mnozí autoři se při definování různých právních pojmů raději koncentrují na jeho základní znaky. Někteří autoři v oboru práva mezinárodního se definicí tohoto pojmu raději vyhýbají a přecházejí přímo k dílčím tématům. Vymezení definic jednotlivých právních pojmů je většinou žádoucí ale i obtížné. V mezinárodním právu sehrávají významnou roli i normy obyčejového práva. Již zmíněný F. Weyr v r. 1936 charakterizoval právní normu jako „výraz něčeho, co býti má“.¹⁴ Rozlišoval svět podle kauzálního zákona, „jaký je“ a podle normy, „jaký býti má“. Podle normativní teorie, jejímž spoluautorem je F. Weyr spolu s H. Kelsenem, pojem „právního řádu“ rovná se „normativnímu pojmu státu“.¹⁵ Za zmínku stojí připomenout myšlenku Marxe, že právo je na zákon povýšená vůle vládnoucí třídy. Stát pak byl marxisticko-leninskou teorií definován jako politicko-mocenská organizace třídní společnosti.

III. Legalita a legitimita v právu obecně

Otázka vztahu mezi legalitou a legitimitou se úzce dotýká výkonu státní moci. Běžně se hovoří o „legitimní moci“ (legitimate power). Tento pojem pak odráží skutečnost, že moc byla nabyta legální cestou a je vykonávána v souladu s demokratickými právními zásadami a požadavky ústavnosti. Vztah mezi legalitou a legitimitou je nejen otázkou právní, nýbrž se jedná i o problém politické filosofie a sociologie. Politická filosofie usiluje o vysvětlení normativních předpokladů legitimní moci. Zkoumá sociální strukturu, politické formování a lidskou motivaci jednání. Je také relativně indiferentní vůči právu.¹⁶ Máme-li hovořit o legalitě a legitimitě v právu, nelze pominout dílo konzervativního německého právníka a politického teoretika Carla Schmitta (1888 a 1985), který v současnosti patří k nejčastěji citovaným autorům. Přitom dílo i postava tohoto autora je do značné míry zčásti kontroverzní i vzhledem k jeho aktivnímu zapojení do vytváření „právního rámce“ nacionálního socialismu a nacistického státu. Bývá někdy označován za „korunního právníka třetí říše“. K jeho základním dílům čítajícím na 20 monografií patří publikace nazvaná „Politická theologie“ zabývající se i teorií suverenity (1922), „Krise parlamentní demokracie“ (1923), „Koncepce politična“ (1932), „Učení o ústavě“ (1928) a „Strážce ústavy“ (1931).¹⁷ Dílo Schmitta představuje významný příspěvek pro rozvoj právního myšlení. Autor vycházel z pozic právního normativismu, kritizoval slabosti liberalismu a parlamentarismu. V publikaci „Politická theologie“ napsal, že všechny pojmy moderní

¹³ RADBRUCH, G. Rechtsphilosophie, Heidelberg 2003.

¹⁴ WEYR, F. Teorie práva, Brno 1936, s. 34; S rozlišením toho, co je (sein) a býti má (sollen) se setkáváme již u I. Kanta.

¹⁵ Ibidem, s. 228.

¹⁶ WEBER, H. Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen 1921, s. 122 – 176; K názorům M. Webera viz např. COTTERRELL, R. The Sociology of Max Weber, Oxford, Oxford University Press 2019.

¹⁷ SCHMITT, C. Politische Theologie, Mnichov 1922; Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Mnichov 1923; Der Begriff des Politischen, Mnichov 1932; Die Verfassungslehre, Mnichov 1928; Der Hüter der Verfassung, Mnichov 1931; Legalität und Legitimität, Mnichov 1932. Některé z těchto publikací byly v posledních letech přeloženy i do češtiny.

státovědy jsou „sekularizované pojmy teologie. Publikace v úvodu obsahuje autorovu definici suverenity, podle níž „suverénem je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu (s. 49). Již v r. 1921 vydal publikaci „Die Diktatur“, v níž uváděl, že výkon suverenity zahrnuje i právo zavést diktaturu na ochranu ústavy. Schmitt byl bytostně katolickým autorem a jeho „katolicismus“ ovlivnil celé jeho dílo. V r. 1923 vydal publikaci „Römischer Katholicismus und politische Form“. V souvislosti se svým rozvodem byl katolickou církví exkomunikován. Podstatná část Schmittova díla je věnována kritice parlamentarismu Výmarské republiky v důsledku obratu od ústavy občanského typu s klasickými principy „veřejnosti a diskuze“ k hospodářskému a správnímu státu. Ve svých publikacích a zejména v „Die Verfassungslehre (1928) rozlišuje mezi demokracií a liberalismem a kritizuje nacionalistický koncept demokracie. V r. 1932, rok před pádem Výmarské republiky, publikoval Carl Schmitt svou monografii na téma „Legalita a legitimita“, která zřejmě představuje jeden z vrcholů jeho badatelské práce. Ve své práci se zabýval čtyřmi okruhy problémů, jimiž byly antiracionalismus, totalitární etatismus, antidemokratický sentiment a suverenita.¹⁸ Racionalismus ve formě právního formalismu odmítl Schmitt již v r. 1912 v knize „Gesetz und Urteil“. Vycházel přitom z přesvědčení, že žádný právní řád nemůže vytvořit racionálně konsistentní uzavřený systém norem, který by byl generovaný legislativou odděleně od exekutivy. Byl přesvědčen, že legální procesy nemohou přiměřeným způsobem zajistit legitimitu politického systému, protože režim právního pozitivismu je příliš zranitelný.¹⁹ V publikaci „Legalität und Legitimität“ Smitt kritizuje pozitivně právní teorii, podle níž je legitimní vše, co je v souladu s psaným právem a nelegitimní to, co zákony nedovolují. Pozitivně právní teorii využívali nacisté k obhajobě své totalitní moci, která se zmocnila státu ústavními prostředky. Publikace „Legalita a legitimita“ je kritikou liberalismu a nedostatků Výmarské ústavy, umožňující zničení legality a ústavnosti legální cestou. Ke konci období Výmarské republiky se Schmitt vyslovoval pro nahrazení stávající formy autoritativním režimem, který by zabránil radikálům ovládnout parlament. Podle Schmitta žádný právní řád nemůže být bez „suverénní autority“. Princip demokracie označil za jediný princip legitimacy a suverénní diktaturu považoval za „demokratickou instituci“, i kdy není zcela kompatibilní s podstatou demokracie.²⁰

Jak je obecně známo, C. Schmitt se již v březnu 1932 připojil k národnímu socialismu a své původně pokrokové myšlení fakticky popřel. Podílel se významně na vypracování teorie tzv. Gleichschaltung, což byl nacistický euphenismus pro totální kontrolu života německé společnosti. Schmitt následně odmítl právní normativismus, konstituční demokracii označil za „formální legalitu“ a předvídal obrat od „Sozialstaat“ k „totalitnímu státu“. Jeho politický autoritarismus zahrnoval odmítnutí konstitucionalismu a posílení prezidentských pravomocí na úkor parlamentu. Tento „obrat“ je považován za útok na liberální demokracii a právní stát.²¹ Podle Schmitta demokracie mohla být založena na systému všelidového hlasování, která by nahradila vládu politických stran. Schmitt koncem Výmarské republiky prosazoval posílení pravomoci prezidenta na úkor parlamentu. Po nástupu Hitlera k moci se Schmitt ztotožnil s nacionálním socialismem. Svědčí o tom např. články „Der Führer schützt das Reich“, „Die Verfassung der Freiheit“ (obhajoba norimberských zákonů) nebo „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den Jüdischen

¹⁸ SCHMITT, C. Politische Theologie, Mnichov 1922; přetisk viz Duncker & Humbot, Berlin 2015.

¹⁹ SCHMITT, C., Gesetz und Urteil, Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1992

²⁰ SCHMITT, G. Ibid. s. 50 – 2.

²¹ Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stanford University 2016

Geist“. I když byl Schmitt v r. 1933 jmenován profesorem berlínské university, jeho postoje nebyly zcela konformní nacistické ideologii, když prosazoval myšlenku, že skutečnou moc je třeba vyhradit státu, odděleného od nacistického hnutí jako společenské síly a jediné politické strany. Byl kritizován jako „hegelianský liberál“ popírající nadřazenost nacistické ideje nad státem. Po válce byl Schmitt zatčen, nebyl však obžalován. Nicméně byl vyloučen ze státní služby bez nároku na penzi. Byl proto zbaven možnosti působit na vysoké škole. Přesto měl i v tomto období mimořádný vliv na vývoj právního a filosofického myšlení. S jeho některými myšlenkami se lze setkat u mnoha autorů levicového i pravicového zaměření, včetně amerického neokonzervatismu. Stojí za zmínku, že se Schmitt zabýval i některými otázkami mezinárodního práva (*Die Wendung zum Diskriminierten Kriegsbegriff*, 1938).

Schmittovo myšlení ovlivnilo mnoho právních teoretiků i praktických právníků, sociologů a filozofů. Pojmy demokracie, legalita, legitimita, liberalismus nebo parlamentarismus jsou spjaty i se jménem kontroverzní postavy tohoto brilantního právníka C. Schmitta. Celkem legitimně se ozývají hlasy, že přes spojení s nacistickým režimem je třeba „nově číst Smitta“ s ohledem na jeho díla z období Výmarské republiky. Je samozřejmě legitimní se ptát, proč se tak mnozí vynikající němečtí intelektuálové „spřáhli“ s nacistickým režimem. Vedle Schmitta byl přívržencem nacistického režimu např. i významný představitel frankfurtské školy Martin Heidegger.²² Vztahem práva a legitimacy z pohledu sociologie práva se zabýval i Max Weber v publikaci „*Wirtschaft und Gesellschaft*“.²³

Legitimita právní normy se dovozuje např. z určitosti (determinancy) normativního obsahu normy nebo její transparentnosti, úředního souhlasu (validace), obecné aplikovatelnosti a dodržování norem. Legitimita a „spravedlnost“ jako „moralita“ jsou v této souvislosti označovány za dva aspekty koncepce slušnosti a poctivosti (fairness).²⁴ „Síla“ a přesvědčivost práva může tak být faktickou předběžnou podmínkou legitimacy práva. Na pojetí „legitimity práva“ má vliv proces globalizace a „internacionalizace“ života národních společností i jednotlivých lidí. Patří sem i rozvoj globálního trhu, včetně procesů politické, vojenské i hospodářské integrace. To však neznamená, že normy mezinárodního práva a případně i mezinárodní judikatura jsou automaticky vyjádřením požadavku legitimacy. I mezinárodní normy a instituce mohou totiž v konkrétním případě odrážet deficit politické i právní legitimacy. V souvislosti s tím, vzniká požadavek nové koncepce „demokratické legitimacy“. Podle tzv. teorie legitimacy vláda, která se dostala k moci neústavními prostředky, by neměla být jinými státy uznána, a to alespoň do doby, kdy bude uznána lidem. Politiku demokratické legitimacy dočasně uplatňovala vláda USA ve vztahu ke Střední Evropě např. s cílem bránit stabilitu v oblasti Panamského průplavu. Prezident Wilson tuto politiku demokratické legitimacy uplatňoval s ohledem na politiku Sovětského svazu až do r. 1933. Mnohé filozofické a sociologické analýzy interpretují legitimitu jako podmínku konstituční normy.²⁵ Příkladem normativního teoretika legitimní normy, uplatňujícího sociologický přístup ve své teorii „rozum-

²² Viz blíže POSAVEC, Z. Carl Schmitt und Martin Heidegger, in: *Zur philosophischen Aktualität Martin Heideggers*. Frankfurt 1990.

²³ WEBER, M. op. cit. 14.

²⁴ Viz např. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017.

²⁵ DUGUIT, L. Le Droit constitutionnel et la Sociologie, *Revue internationale de l'Enseignement*, LEN POD 2017 (původní vydání 1898);

né“ (reasonable) společnosti jako normativního základu vlády může být např. J. Rawls.²⁶ Existují ovšem i různé teorie, podle nichž dochází ke ztrátě či erozi legitimacy národních států v důsledku globálních změn ve světě. Někteří autoři rolišují klasickou demokracii omezující pravomoci konstitucionalismu (power – limiting constitutionalism), který má být nahrazen konstitucionalismem, spočívajícím na síle či moci (power – founding constitutionalism) jako základu „politické reality“. Tato realita pak vede k nahrazení legitimacy ve statickém smyslu „legálně organizovanou procedurou egalitářské a inkusivní demokracie“. Koncepte legitimacy se projevuje i v oblasti mezinárodního práva, a to i v různém významu. Lze hovořit o vysoké legitimitě mezinárodněprávních norem s ohledem na proces jejich normotvorby a vzniku. Legitimita je někdy definována jako „vlastnost“ pravidel či norem, které samy působí tlak na jejich dodržování.²⁷ Vztahem legality a legitimacy v pojetí tří právníků Carla Schmitta, Hanse Kelsena a Hermanna Hellera se v novější literatuře zabýval např. David Dyzenhaus z Univerzity v Torontu. Poukázal na to, že tyto teorie se dotýkají problémů i současného právního a politického řádu krizemi ovládané společnosti. V publikaci zkoumal legalitu a legitimitu jako „refrakci“ a poučení z Výmaru, Schmittovo pojetí „přítele“ a „nepřítele“ v politice, Kelsenovu ryzí nauku v praxi a Hellerovu právní teorii legitimacy právního řádu.²⁸

IV. K pojmům legality a legitimacy v mezinárodním právu

Důležitou roli při zdůvodňování nelegálního použití síly v mezinárodní politice hraje mimo dalších důvodů (preventivní nebo pre-emptivní sebeobrana, humanitní intervence atd.) i její „legitimita“. Podle Th. Francka političtí lídři USA zdůvodňují použití ozbrojené síly existencí „národního zájmu“, ať již legálního či nikoli. V tomto smyslu pak právo nemá privilegované postavení a nemá žádnou „nezávislou hodnotu“.²⁹ Franck klade dokonce otázku, zda je mezinárodní právo chimérou vyprodukovanou slabými státy, nebo proč stát (miní USA) jako jediná supervelmoc se má vázat normami a pravidly, které ne vždy jsou v jeho prospěch?³⁰ Franck se dovolává „legitimity“ použití síly např. v Kosovu a Iráku jako důvodu pro ospravedlnění těchto akcí. Taková interpretace „legitimity“ však umožňuje opustit pojem „legality“ jako předpokladu dovoleného použití ozbrojené síly. Může dojít i ke zneužití koncepte legitimacy k protiprávnímu jednání. Obecně Franck legitimitu v mezinárodním právu definoval jako „schopnost normy donutit ty aktéry, jimž je adresována ke konsensuálnímu (souhlasnému) chování“.³¹ V žádném případě však zásada „legitimity“ nesmí podle mezinárodního práva odporovat kogentní právní normě nebo ji obcházet. V jistém smyslu lze hovořit o „legitimitě“ mezinárodního práva a v „mezinárodním právu“. Vedle zkoumání legitimacy mezinárodního práva obecně je v nauce zkoumána

²⁶ RAWLS, J. *Political Liberalism*, New York 1993, s. 223.

²⁷ WHEATLEY, S. *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2010, s. 10.

²⁸ DYZENHAUS, D. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford 1997.

²⁹ Srov.: „...law is not “privileged and has no independent value”. FRANCK, Th. *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium*, 100 AJIL 2006, N. 1, s. 90.

³⁰ Srov.: „...It would thus be illusory to expect law’s strictures to be obeyed by powerful sovereign states when it does not serve their interest”. FRANCK, Th. *ibidem* s. 89.

³¹ Srov.: „...that legitimacy is the capacity of a rule to pull those to whom it is addressed toward consensual compliance”. *Ibidem* s. 83

legitimita mezinárodních institucí, legitimita rozhodnutí mezinárodních soudů a tribunálů a dokonce i legitimita rozhodnutí RB OSN.³²

Ozbrojená intervence NATO např. v Kosovu v r. 1999 byla z hlediska mezinárodního práva nelegální, byla však poměrně široce označována za „legitimní“. Invaze USA do Iráku v r. 2003 byla nelegální a podle rozšířeného názoru i nelegitimní, i když byly činěny pokusy o její „legitimizování“ s ohledem na „kosovský precedent“.³³ Podle některých názorů není „legalita“ jediným kritériem akceptovatelného státního chování, neboť je nutné brát v úvahu i kritéria humanitární, etická i politická, která hrají významnou úlohu v moderních mezinárodních vztazích. I když zastánci tohoto přístupu připouštějí vážné negativní důsledky vyplývající z porušování mezinárodního práva, uvádějí zároveň, že „slepé spoléhání se“ na mezinárodní právo odtržené (detached) od lidských tužeb a konkrétních okolností má rovněž negativní důsledky.³⁴ Samotné právo může podle tohoto přístupu trpět nedostatkem legitimacy, která dozírá na zákony, aby sloužily svému základnímu účelu, kterým je zlepšení života lidí. Uvádí se např., že mezinárodní právo může selhat při účinnému řešení naléhavých globálních potřeb, zvláště vznikajících z humanitárních katastrof. Toto selhání prý může podle některých názorů vyvolat potřebu korektivní nebo dokonce alternativní akce. Legitimita má v tomto pojetí napomáhat a v případě nutnosti korigovat legalitu. Tento článek z pera dvou autorů z University OSN v Tokiu jasně nadřadil jakousi morální legitimitu legalitě v mezinárodním právu. V jejich pojetí ozbrojené intervence mohou být legitimní, i když budou v rozporu s mezinárodním právem. Hovoří i o „legitimní legalitě“ (legitimate legality), kterou odlišují od negativní či vadné (tainted) legalitě suverénních, nikoli „nestranně vyhodnocených rozhodnutí“. Mezeru mezi legalitou a legitimitou spatřují v přerušení vazby (disconnect) mezi potřebami vyplývajících z reálné situace ve světě a kodifikovanými mezinárodními normami, které mají tyto situace upravovat. Uvedené názory výstižně dokumentují již poměrně rozšířené názory na legitimitu ozbrojených akcí z „humanitárních“ důvodů, byť by byly i v rozporu s normami mezinárodního práva. Uznání tohoto přístupu by ovšem znamenalo, že zákaz použití síly a hrozby silou zakotvený v čl. 2 (4) odumírá nebo je dokonce již mrtvý. Za velmi kontroverzní lze v souvislosti s „legitimizací“ nebo dokonce i „legalizací“ nelegálních ozbrojených intervencí označit poměrně nově vytyčenou zásadu „ex iniuria ius oritur“, která je nejen popřením klasické zásady římského práva (ex iniuria ius non oritur), nýbrž má vést k „legitimizaci humanitárních intervencí“ s použitím ozbrojené síly bez souhlasu RB OSN.³⁵ Legitimitu je nutno odlišovat od „legality“ i „legalismu“. Legalismus činí legitimitu ozbrojených intervencí závislou na existenci příslušných právních norem dovolujících použití síly. Je však skutečností, že pojem „legitimity“ se někdy vykládá i ve smyslu nových „výjimek“ ze zákazu použití síly. Tato interpretace je ovšem velmi kontroverzní a není možné se ji v tomto krátkém pojednání podrobněji zabývat.

³² viz blíže WOLFRUM, R. RÖBEN, V. (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York 2008; k pojmům legality a legitimacy v mezinárodním právu viz např. BRUNNÉE, J. TOOPE, S. J. *Legitimacy and Legality in International Law: An International Account*, Cambridge University Press 2010.

³³ POPOVSKI, V., TURNER, N. *Legality and Legitimacy in International Order Policy Brief*, N. 5, United Nations University Press, 2008, Tokyo, s. 1.

³⁴ *Ibidem*, s. 1, 6.

³⁵ CASSESE, A. *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community*, EJIL 1999, N. 10, s. 23 – 30.

V. Pojem demokracie v mezinárodním právu

Demokracie v právním i politickém smyslu souvisí s pojmy lidská práva a právní stát. Demokracie nebyla nikdy předpokladem pro uznání státnosti jednotlivých států. O demokracii není ani zmínka v Chartě OSN a není zde obsažen ani požadavek, aby do OSN přijímané státy byly demokratické. Do OSN mohou být přijímány „všechny mírumilovné státy, které přijmou všechny závazky podle Charty“. Ne všechny do OSN a jiných mezinárodních organizací přijímané státy byly jistě „demokratické“. Statut Rady Evropy z 5. 5. 1949 v preambuli hovoří o svobodě a vládě práva jako základu skutečné (genuine) demokracie.³⁶ Preambule Evropské úmluvy o lidských právech ze 4. 11. 1950 potvrzuje hlubokou víru signatářů úmluvy v základní svobody, které jsou „základem spravedlnosti a míru ve světě“ a které jsou nejlépe zachovány „účinnou politickou demokracií“ a „společným pojetím a dodržováním lidských práv“. Preambule rovněž zmiňuje společné dědictví „politických tradic, ideálů a svobody a právního státu.“³⁷ Dokument OBSE přijatý na schůzce v Kodani 29. 6. 1990 výslovně stanovil, že „demokracie je přirozeným (inherent) prvkem vlády práva“.³⁸ Také čl. 2 Smlouvy o EU konstatuje, že „Unie je založena na hodnotách respektování lidské důstojnosti, svobody, demokracie, rovnosti, právního státu a respektování lidských práv.“³⁹ Z uvedených dokumentů je patrné, že demokracie, lidská práva a právní stát jsou vzájemně propojené a na sobě závislé koncepce. Je také zřejmé, že některé další dokumenty podřazují otázky demokracie a lidských práv širokému pojmu právního státu.

VI. Demokratický deficit a „globální vládnutí prostřednictvím práva“

Někteří autoři hovoří o „demokratickém deficitu“ vládnutí, který vyplývá z „globalizace a fragmentace funkcí vládnutí“ po „částečném kolapsu vestfálského politického uspořádání. Vestfálský systém spočíval na zdůrazňování státní suverenity pro ochranu vnitrostátní demokracie, existenci rovnoprávných států a uzavírání mezinárodních mírových smluv. Důsledky industrializace, globalizace a modernizace vedly vlády k návrhům na náhradní (compensatory) formy demokratizace na globální úrovni při aplikaci parlamentního principu demokracie na mezinárodní organizace ve snaze omezit amorfni důsledky globalizace omezující demokracii. V této souvislosti je pak zmiňována idea „deliberativní“ nebo také „demokratické legitimacy“ různých a rozmanitých (various and diverse) systémů práva. Vedle „mezinárodního systému“ jsou uváděny i „legislativní aktivity“ nestátních aktérů a jejich úprava (regulation), prostřednictvím mezinárodního práva, která zahrnuje i výkon „legitimní autority“. Tento model předpokládá, že za neexistence legitimní autority nestátní aktéři „nemohou vydávat (legislate) mezinárodněprávní normy“. Pluralita právních systémů pak vede podle některých autorů k vydávání konfliktních demokratických právních norem a implikacím analýz pro regulaci „světové k společnosti“.⁴⁰ Nestátní aktéři však

³⁶ Sb. zák. 123/1995.

³⁷ Sb. zák. §. 209/1002 Sb.

³⁸ Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE 29 June 1990, Art 1 (3).

³⁹ The Treaty of European Union 2012, OJC 326/13.

⁴⁰ Srov.: „In the absence of legitimate authority, non-state actors cannot legislate international law norms...a plurality of legal systems legislate conflicting democratic law norms and the implications of the analysis for the regulation of world society.“ WHEATLEY, S. A. Democratic Rule of Law, 22 EJIL 2011, N. 2, s. 525.

nejdou přímými tvůrci mezinárodního práva, mohou nicméně inspirativně přispět k jeho vytváření. Model „vlády mezinárodního práva“ (an international public law governance) podle svých stoupenců omezuje výkon „domácího politického sebeurčení“, ústící do ztráty demokracie. Důvodem pak podle tohoto názoru je, že lidé již nerozhodují o všech otázkách, které jsou politicky rozhodnutelné prostřednictvím demokratických procesů.⁴¹ Uvedená koncepce vztahu mezinárodního práva a demokracie vychází z existující literatury o demokratizaci globálního vládnutí a opírá se o model „deliberativní demokracie“ Jürgen Habermase, nadšeného obdivovatele C. Schmitta. Tento autor tvrdí, že za neexistence „objektivní pravdy“, která určuje „správnou“ (right) politiku, může být politická pravda (political truth) určena pouze na základě komunikativního odůvodnění, v němž aktéři regulačního režimu odsouhlasí rozsah a obsah regulativních norem.⁴²

Právo je v tomto modelu definováno jako „systém komunikace, vyjádřený v pojmech práva“ nebo jako „systém komunikace, který vytváří (constructs) své vlastní hranice prostřednictvím působení binárních rozdílů (binary distinction) mezi normami a fakty, legálním a ilegálním“. Aplikace právních norem vůči faktům musí být způsobilá k rozhodnutí, zda napadené chování je zákonné (lawful) nebo nezákonné (unlawful). Právní normy nemohou existovat mimo systém práva. Přejícné nebo dočasné „identifikace práva“ nevytvářejí právní řád ani platné závazky. O tvrzení, že přejícné nebo dočasné normy nevytvářejí právní závazky, lze jistě důvodně pochybovat. Ve vztahu k obyčejovému právu, včetně práva mezinárodního, „autorita“ (oprávnění či pravomoc) vyplývá ze samotné „autority práva“.⁴³ Autor se zde dovolává názoru J. Raze, podle něhož zdrojem autority u obyčejových norem, včetně práva mezinárodního je sociální praxe uznaná za právně závaznou určitým společenstvím.⁴⁴

Demokratická „legitimita“ (democratic legitimacy) z pohledu práva je ztotožňována s existencí mezinárodního společenství demokratických států; s deliberativní diplomacií v praxi mezinárodního práva s účastí států i nestátních aktérů; s vlastní tvorbou mezinárodního práva, včetně rozvoje „moderní formy“ obyčejového mezinárodního práva; s akceptací autonomních právních systémů, které zakládají svůj vztah s jinými právními systémy na myšlence „demokratické autority“ a berou přitom v úvahu poučení z „konstruktivismu“ a „racionální volby“ (rational choice). V tomto smyslu se hovoří o „výhodách demokratického pluralismu“ spočívajících v možnostech „demokratizace“ existujících „regulativních (regulatory) režimů, experimentování v každém právním systému, vytváření vizí politické spravedlnosti, posilování postavení „demokratických menšin“ v rámci státního právního řádu (state law order) a přeměnu domácích politických konfliktů v konflikty právní (as conflicts of law). Všechny tyto předpoklady „demokratické legitimacy“ jsou pak vyjádřením myšlenky „globálního vládnutí“, v níž je zakotvena i idea „demokratické vlády práva“.⁴⁵ Často se hovoří i o „principu demokratické legitimacy“ v mezinárodním právu

⁴¹ Srov.: „a shift from an essentially contractual model of inter-state relations to an international public law governance model that constrains the exercise of domestic political self-determination, resulting in a loss for democracy, as the people no longer decide all of the issues that are politically decidable through democratic procedures“; Ibidem s. 526.

⁴² HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press 1996, s. 104.

⁴³ Ibidem, s. 534.

⁴⁴ RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press 1979, s. 29.

⁴⁵ Srov.: „The idea of a democratic rule of international law is inherent in the idea of global governance through law; Ibidem, s. 548.

a jeho porušování.⁴⁶ Tento princip je charakterizován demokratickou formou vládnutí, která neodpovídá autoritářským režimům a zahraniční politice porušující normy mezinárodního práva. Schopnost mezinárodního práva regulovat domácí „vládnutí“ je ostatně také velmi omezená.

VII. Mezinárodní vláda práva

Ústava České republiky v čl. 1 stanoví: „Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na účtě k právům člověka a občana“.⁴⁷ Ústava Slovenskej republiky rovněž v čl. 1 uvádí, že „Slovenská republika je svrchovaný, demokratický a právní stát“.⁴⁸ Moderní pojetí právního státu je zakotveno např. v Základním zákoně (Ústavě) SRN. Čl. 20 konstatuje, že „Spolková republika Německo je demokratickým a sociálním státem“. Čl. 28 pak ještě dodává, že i „ústavní pořádek ve spolkových zemích musí odpovídat zásadám republikánského, demokratického a sociálního právního státu“.⁴⁹ Téma „právního státu“ nebo také „vlády práva“ či zákona je aktuálním tématem nejen v teorii práva a právu vůbec, nýbrž i v oblasti národní i mezinárodní politiky. Cílem tohoto příspěvku není podobná analýza pojmů „Rechtsstaat“, „L'Etat de Droit“ nebo „The Rule of Law“ a jejich obsahových rozdílů.⁵⁰ Stať se zabývá pojmem „mezinárodní vlády práva“ (the international rule of law). Kontinentální systém práva vychází z koncepce „právního státu (Rechtsstaat), zatímco anglosaská koncepce hovoří o „vládě práva“ (the rule of law).⁵¹ Mezi oběma pojmy existuje řada shodných znaků. Koncepce „mezinárodní vlády práva“ pochází nepochybně z vnitrostátního práva, nicméně není snadné převést tuto koncepci na mezinárodněprávní řád. Bez vnitrostátní koncepce „vlády práva“ či „právního státu“ by zřejmě nevznikla ani koncepce „vlády práva na mezinárodní úrovni“. Je však stále otázkou, co přesně rozumět „mezinárodní vládou práva“. Přes velikou snahu orgánů OSN, dalších institucí i jednotlivých autorů, není snadné tento pojem přesně definovat. Doktrinální názory na tento problém se liší.⁵² Z hlediska vztahu mezi vnitrostátním a mezinárodním systémem práva se často hovoří o „externacionalizaci“ nebo také „inter-

⁴⁶ D'ASPREMONT, J. The Rise and Fall of Democracy in International Law: A Reply to Susan Marks, 22 EJIL 2011, N. 2, s. 549.

⁴⁷ Zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky

⁴⁸ Ústava Slovenskej republiky, Ústavný zákon č. 460/1992 Zb.

⁴⁹ Srov.: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“ (čl. 20); „Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen“. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1990, s. 21 a 23.

⁵⁰ V české literatuře k těmto pojmům viz GERLOCH, A. op. cit., s. 215 – 229, MRÁZEK, J. Moderní pojetí státní suverenity a právního státu z pohledu mezinárodního práva, 10 in GERLOCH, A. (ed), KNAPP, V. Vědecké dílo v proměnách času, Aleš Čeněk, Plzeň 2014, s. 450 – 471.

⁵¹ DICEY, A. V. Introduction to the Study of Law of Constitution, Indianapolis: Liberty, Fund, 1982, s. 107 – 122; původně viz jeho stejnojmennou publikaci vydanou London, Macmillan 1885

⁵² WATTS, A. The International Rule of Law, GYII vol. 36, 1993, s. 15 – 45, TAMANAHA, B. On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press, Cambridge 2004, MORIN, J. L'État de Droit: émergence d'un principe du Droit international, 254 Recueil des Cours Académie de Droit International, 1995, s. 1 – 462, WALDRON, J. The rule of International Law, Harvard Journal & Public Policy, N. 1, s. 16 – 30, BEAULAC, S. The Rule of Law in Internatinal Law Today, in PALOMBELLA, G. & WALKER, N. (eds), Relocating the Rule of Law, Hart Publishing, Oxford 2009, s. 197 – 223; v české literatuře viz BÍLKOVÁ, V. Když vládne právo-koncept „rule of law“ v národním a mezinárodním právu. Pocta Prof. K. Růžičkovi, WOLTERS Kluwer 2016, s. 59 – 72.

nacionalizaci“ národní vlády zákona.⁵³ Existují však i názory, zpochybňující samotnou existenci „international rule of law“ za současného stavu mezinárodních vztahů. Uvedená koncepce je označena dokonce za „mýtus“.⁵⁴ Jeden z autorů např. napsal, že pojetí „vlády práva“ je užíváno velmi zmatečným způsobem a pojmu samotnému jsou přisuzovány „zcela si odporující významy“.⁵⁵

„Mezinárodní vláda práva“ by zřejmě nemohla existovat bez „vlády práva“ (právního státu) na národní úrovni. Vládu práva na mezinárodní úrovni nelze efektivně koncipovat bez „vlády práva“ (právního státu) na úrovni vnitrostátní. Toto konstatování vzájemné propojenosti a závislosti pojmů „právního státu“ či „vlády práva“ na mezinárodní a vnitrostátní úrovni ovšem neznamená, že všechny existující státy světa nutně splňují podmínky demokratického právního státu. Naopak požadavky vlády práva, tak jak existují na mezinárodněprávní úrovni, působí zpětně na vytvoření či dotváření demokratické vlády práva (právního státu) v jednotlivých státech. Po analýze různých názorů a stanovisek je zřejmé, že interpretace pojmu „mezinárodní vláda práva“ se neomezuje na pouhé respektování norem mezinárodního práva, nýbrž se jedná o širší problém fungování celého mezinárodněprávního řádu. Samotné a ojedinělé porušení norem mezinárodního práva ještě neznamená, že neexistuje mezinárodní vláda práva. Problému „mezinárodní vlády práva“ se dotýká také možné zneužití mezinárodního práva jiným státem a arbitrární rozhodování státních i mezinárodních orgánů a institucí, včetně orgánů soudních. Hovoří-li se o nedokonalosti „mezinárodní vlády práva“, většinou se zdůrazňuje, že v mezinárodním měřítku neexistuje světová vláda, světový parlament ani světová policie nebo ústava. Úvahy o tom, že by OSN mohla být počátkem pro vznik těchto institucí, se ukázaly jako nereálné. Často se jako nedostatek pro fungování „mezinárodní vlády práva“ uvádí také např. nedostatek pravomoci MSD pro přezkum rozhodnutí RB z hlediska závazků podle Charty OSN. Obecné mezinárodní právo zavazuje všechny státy. Ne vždy se právo mezinárodní a vnitrostátní obsahově o stejném předmětu shodují. V praxi dochází často k neshodám mezi oběma systémy práva a porušování mezinárodněprávních norem. Státy mnohokrát kritizují jiné státy za porušování mezinárodního práva, přičemž samy vlastní mezinárodněprávní závazky často neplní. Respektovaný profesor mezinárodního práva James Crawford kritizoval v tomto směru např. USA, když uvedl, že USA provádějí politiku, podle níž mezinárodní právo platí pro jiné, nikoli pro samotné USA. Podpora „vlády práva“ na mezinárodní úrovni se dotýká nepochybně i otázek vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva. Některé státy ve svém zákonodárství uplatňují ve vztahu k mezinárodnímu právu dualistický přístup. Formálně-právně se státy ve svém přístupu k „mezinárodní vládě práva“ liší. Lze se setkat i s varováním před „plným“ a nekvalifikovaným monistickým přístupem k mezinárodnímu právu.

Bývalá prezidentka MSD Rosalyn Higgins opakovaně mírnila široký entusiasmus podporující ideu „the rule of law“ svým opatrným skepticismem vzhledem k tomu, že není jasné, co koncept „the rule of law“ na mezinárodní úrovni znamená. Poukázala také na řadu potíží při její aplikaci na mezinárodní úrovni, vzhledem k omezeným pravomocem VS OSN, RB OSN i MSD. Za problém označila např. i nemožnost soudního přezkumu

⁵³ Viz např. NOLLKAEMPER, A., WOUTERS, J., HACKER, N. Accountability and the Rule of Law at International Level; <https://www.mzes.unimannheim.de/.../report%20Accountability%20and%20Rule>.

⁵⁴ COGAN, J. K. Noncompliance and the International Rule of Law, 31 Yale Journal of International Law 2006, N. 1, s. 206.

⁵⁵ AUST, H. Ph. Complicity and the State Responsibility, Cambridge University Press 2011, s. 53.

rozhodnutí RB prostřednictvím MSD i slabou vynutitelnost práva ve srovnání s vnitrostátními právními systémy. Zmínila rovněž enormní rozsah témat, které termín „mezinárodní vláda práva“ v aktivitách OSN zahrnuje. Myšlenku „the rule of law“ označila za tak „disparátní“, že by mohla skončit jako „všechno pro všechny“ (all things to all people) a tudíž prakticky v „nevýznamnosti“.⁵⁶ Kritických výhrad a připomínek ke koncepci „mezinárodní vlády práva“ je skutečně velmi mnoho.⁵⁷ Na druhé straně je však nutné vzít v úvahu mezinárodní praxi, včetně činnosti OSN, EU a dalších mezinárodních organizací, které se dovolávají „vlády práva“ na mezinárodní i vnitrostátní úrovni.

Ve své zprávě z r. 2004 Generální tajemník OSN Kofi Annan označil „vládu práva“ za koncept, který leží v „jádro mise“ OSN. „The rule of law“ charakterizoval jako: „*princip vládnutí, podle něhož všechny osoby, instituce či entity veřejné i soukromé, včetně samotného státu, jsou podrobeny zákonům, které jsou veřejně vyhlášené, stejnou měrou vynutitelné a je podle nich rozhodováno nezávislými soudními orgány, a jsou v souladu s mezinárodními normami a standardy lidských práv*“.⁵⁸

V posledních dvou desetiletích dochází k oživení a modifikaci různých koncepcí „the rule of law“. Je nepochybné, že činnost orgánů OSN má vliv i na formování doktrinálních koncepcí. Uvedená zpráva požaduje opatření na zajištění principů svrchovanosti (supremacy) práva, zdůrazňuje rovnost před zákonem, odpovědnost podle práva, požaduje spravedlnost při aplikaci práva, účast na rozhodování, právní jistotu, vyloučení arbitrárnosti rozhodování, procedurální a právní transparentnost.⁵⁹ Zpráva formuluje „the rule of law“ poměrně široce a zahrnuje v podstatě veškerý předmět činností OSN, včetně otázek mezinárodního soudnictví, mírových operací a podpory různých vnitrostátních reforem. Za „normativní základ“ činností OSN při rozvoji (advancing) „the rule of law“ označuje Zpráva samotnou Chartu spolu se „čtyřmi pilíři moderního právního systému“. Řadí k nim mezinárodní právo lidských práv, mezinárodní humanitární právo, mezinárodní trestní právo a mezinárodní uprchlické právo.⁶⁰ Ve výsledném dokumentu Světového shromáždění států v sídle OSN v New Yorku, kterého se v r. 2005 zúčastnilo víc než 170 hlav států a vlád, byla koncepce „mezinárodní vlády práva“ úzce spojena s lidskými právy a demokracií. V dokumentu se mj. uvádí: *Doporučujeme se vzájemně chránit a podporovat lidská práva, vládu práva a demokracie a uznáváme, že jsou vzájemně propojeny a vzájemně se posilující, že patří k univerzálnímu a nedělitelnému jádru (core) hodnot a zásad OSN a vyzývají všechny součásti OSN k podpoře lidských práv a základních svobod v souladu s jejich mandáty*. Dokument také konstatuje, že „demokracie“ představuje „univerzální hod-

⁵⁶ Srov.: „...this widespread enthusiasm must be approached with a certain cautions skepticism, since it is unclear what the very concept of the rule of law even means at the international level“. Podle R. Higgins myšlenka vlády práva je tak „conceptually disparate“ a může skončit jako „all things to all people“. Judge Rosalyn Higgins delivers Institute's of International and Comparative Law, Grotius Lecture dostupné na <https://www.bicil.org/newsitem/82/he-judge-rosalyn-higgins-delivers-institutes-2007-grotius-lecture>, s. 1 – 2.

⁵⁷ COGAN, J. K. op. cit 45, s. 2006. Law 2006, s. 206, RAZ, J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, Clarendon Press, 1979 (Raz nazval vládu práva pouhým sloganem) s. 210.

⁵⁸ Srov.: „The rule of law“ is a concept at the very heart of the Organization's mission. It refers to principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards“. Report Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Security Council, Doc. S/2004/616, s. 4. Zpráva má 65 článků a 21 stran.

⁵⁹ Ibidem s. 4

⁶⁰ Ibidem s. 5.

notu“ důležitou pro naplnění vlády práva.⁶¹ Otázka, zda „demokracie“ je skutečně univerzální hodnotou, může být přinejmenším sporná vzhledem k různé vyspělosti rozdílných společností, jejich kultur a konečně samotných států. Higgins upozorňuje, že uvedený dokument zmiňuje „demokracii“ nikoli jako „formu vlády“, nýbrž jako „hodnotu“.

V červnu 2006 se RB OSN na svém zvláštním zasedání zabývala otázkou „posilování“ mezinárodního práva, vládou práva a udržováním mezinárodního míru a bezpečnosti. Otázka „vlády práva“ byla v r. 2006 projednávána i na Šestém (právním) výboru OSN. V prosinci 2006 Generální tajemník předložil VS OSN Zprávu „Uniting our strength: the rule of law.“⁶² V prosinci téhož roku VS OSN přijalo rezoluci 61/39 „The rule of law“ at the national and international levels“. Ve výčtu podobných pozdějších rezolucí by bylo možno pokračovat. Je nesporné, že téma „vlády práva“ je stále v centru pozornosti OSN. VS OSN v r. 2012 zorganizovalo setkání, na němž byla přijata zvláštní Deklarace, v níž státy vyjádřily své odhodlání podporovat vládu práva. Vláda práva se podle Deklarace vztahuje nejen na státy, nýbrž i na mezinárodní organizace, včetně OSN a její hlavní orgány. Respektování vlády práva a spravedlnosti má podle Deklarace prostupovat jejich veškerou činnost a zaručit předvídatelnost a legitimitu (predictability and legitimacy) všech jejich akcí. Podle Deklarace vláda práva zahrnuje tři pilíře: 1. mír a bezpečnost, 2. lidská práva, 3. rozvoj.⁶³ Toto vzájemné propojení třech pilířů bylo dále rozpracováno v Dodatku ke Zprávě Generálního tajemníka OSN v r. 2014.⁶⁴ V rámci UN DP (UN Development Programme) se v sídle OSN v New Yorku konají výroční schůzky na podporu vlády práva pro udržení míru a podporu rozvoje. VS OSN přijalo celou řadu rezolucí týkajících se vlády práva na národní i mezinárodní úrovni.⁶⁵ Stejně tak se toto téma objevuje ve zprávách Generálního tajemníka OSN pro VS OSN zpravidla pod názvem „Posilování a koordinace činností OSN v otázkách právního státu (vlády zákona)“.⁶⁶ Generální tajemník OSN o opatřeních na podporu právního státu (vlády zákona) informuje i RB OSN.⁶⁷

Vládou práva se výslovně zabývá Evropská komise pro demokracii prostřednictvím práva (tzv. Benátská komise), složená ze zástupců 61, nejen evropských zemí. Zpráva komise z března 2016 konstatovala, že „the rule of law“ je pojmem univerzální platnosti a odvolává se přitom na Výsledný dokument Světového summitu v r. 2005 a další mezinárodní dokumenty. Komise konstatovala, že přes rozdílné názory existuje konsensus o klíčových (core) elementech obsažených v pojmech „the rule of law“, „Rechtsstaat“ a „L'É-

⁶¹ Doc. A/60/L.1, para 119 a 135.

⁶² Srov. Doc. A/61/636

⁶³ Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels. Doc. A/RES/67/1, 30. 11. 2012

⁶⁴ Addendum to the Report of Secretary General on Strengthening and Coordinating United Nations Rule of Law Activities, Doc. A/68/213/Add.

⁶⁵ Srov.: General Assembly resolutions on the rule of law at the national and international levels: A/RES/71/148; A/RES/70/118; A/RES/69/123; A/RES/68/116; A/RES/67/97; A/RES/66/102; A/RES/65/32; A/RES/64/116; A/RES/63/128; A/RES/62/70; A/RES/61/39.

⁶⁶ Reports of the Secretary – General to the General Assembly: Strengthening and coordinating United Nations rule of law activities: A/71/169; A/70/206; A/69/181; A/68/2013; A/68/213 (Add. 1); A/67/290; A/66/133; A/65/318; A/64/298; A/63/226; A/62/121 (comments received from Governments); A/66/749 (programme of action to strengthen the rule of law); A/61/636 – 3/2006/980 (Enhancing United Nations support for the rule of law).

⁶⁷ Reports of the Secretary – General to the Security Council S/2013/341 (Effectiveness of the support for the promotion of the rule of law): S/2011/634 (the rule of law and transitional justice in conflict and post – conflict situations); S/2004/616 (the rule of law in conflict and post – conflict situations).

tat de droit“, které jsou nejen formální, nýbrž i substantivní či materiální. Mezi těmito znaky zpráva uvádí:

1. Legalitu, včetně transparentního, zodpovědného a demokratického procesu pro uzákonění práva;
2. Právní jistotu;
3. Zákaz arbitrárnosti rozhodování (svévole);
4. Přístup ke spravedlnosti před nezávislými a nestrannými soudy, včetně soudního přezkumu administrativních aktů;
5. Respektování lidských práv;
6. Nediskriminaci a rovnost před zákonem.⁶⁸

Zpráva mj. konstatovala, že kontextové prvky „the rule of law“ nejsou omezeny na právní faktory, což ovšem rozšiřuje a svým způsobem i znejišťuje obsah „vlády práva“, zejména na mezinárodní úrovni. Podle autorů zprávy přítomnost nebo naopak absence sdílené politické a právní kultury uvnitř společnosti, jakož i vztah mezi kulturou a právním řádem pomáhá určit, v jakém rozsahu a na jaké úrovni konkrétně mají být různé elementy „the rule of law“ výslovně vyjádřeny v psaném právu. „The rule of law“ je označena za „globální ideál a aspiraci“, což však podle zprávy neznamená, že její implementace má být v každé zemi identická bez ohledu na konkrétní právní, historické, politické, sociální nebo geografické souvislosti. Pouze „hlavní komponenty“ „the rule of law“ jsou považovány za konstantní, zatímco ostatní se mohou lišit podle specifických podmínek jednotlivých zemí, zejména pokud jde o ústavní pořádek a tradice dotčené země.

V lednu 2019 vypracovalo Oddělení pro lidská práva a ústavní záležitosti Evropského parlamentu zvláštní studii věnovanou „rámci EU pro vynucení respektu k vládě práva a základním právům a hodnotám EU“. Studie standardně zdůraznila „klasické“ pojetí vlády práva jako „vlády zákonů, nikoli lidí“. ⁶⁹ O „vládě práva“ jako o jednom ze základních principů svého „partnerství“ hovoří např. Deklarace ministrů zahraničí států G8.⁷⁰ Viz i „vlády práva“, se zabývají i další mezinárodní instituce.

Nepochybně z hlediska mezinárodního práva stojí za zmínku, že preambule důležité Deklarace zásad mezinárodního práva týkajících se přátelských vztahů a spolupráce mezi státy v souladu s Chartou OSN (rez. VS OSN 2625/XXV) z r. 1970 ve svém čtvrtém odstavci zdůrazňuje „nejvyšší význam Charty OSN pro podporu vlády práva mezi státy“ (in promoting the rule of law among nations).⁷¹

Někteří autoři ještě rozlišují „právní stát“ od „ústavního státu“. Ústavní stát má být v současnosti „protimodelem“ (Gegenmodell) demokratického právního státu (Rechtsstaat). Na rozdíl od 18. stol., kdy rozlišování „právního státu“ a „ústavního státu“ bylo zcela nepřiměřené, konfrontuje pojem „ústavní stát“ teoreticky „suverénní demokracii“ (Souveränitätsdemokratie), vzhledem k omezením suverenity a např. zákazu útočné války, (který byl původně normativním pojmem ústavy).⁷² Dokonce byly vysloveny i námitky proti současnému používání pojmu „konstitucionalismus“, vzhledem ke změnám, ke kte-

⁶⁸ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, March 11-12, 2016, Study No 711/2013, CDL-AD (2016) 007, s. 5-7.

⁶⁹ Viz The EU Framework for enforcing the respect of the rule of law and the Unions fundamental principles and values. Directorate for International Policies of the Union, PE608.856 – January 2019.

⁷⁰ Declaration of G8 Foreign Ministers on the Rule of Law, dostupné na <https://mmv.mof.go.jp/policy/economy/summit/2007g8dec.pdf>.

⁷¹ Český text viz MRÁZEK, J. Dokumenty ke studiu mezinárodního práva, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2005, s. 37

⁷² Ibid. s. 847.

rým od 19. století směrem k „demokratické suverenitě došlo“.⁷³ Lze jistě souhlasit, že v ústavách 19. stol. byl pojem „právního státu“ spojen s monarchistickým principem vládnutí, není však důvodné odmítat obecně zažitý pojem „konstitucionalismus“ s ohledem na demokratické změny ústavy.

VIII. Závěr

Otázky legality a legitimacy, demokracie a mezinárodní vlády práva patří ke „klasickým“ i aktuálním problémům právní vědy. Tyto otázky nejsou pouze předmětem zkoumání právní nauky nýbrž se překrývají i s řadou dalších vědních oborů jako jsou filozofie, sociologie, politologie nebo i historie. Legitimita různých akcí států, mezivládních organizací a nestátních aktérů může nepochybně posilovat i jejich legalitu, může však představovat i určitou výzvu legalitě těchto akcí (pokud nejsou v souladu s platným právem) a působit na další vývoj tohoto práva. Jinými slovy legitimita může posilovat legalitu institucí, právního jednání i výsledků těchto jednání. Na druhé straně je nutné si uvědomit, že mezi legalitou a legitimitou existuje jasný kvalitativní rozdíl (hovoří se o „gap between law and legitimacy“). Legitimita by neměla nahrazovat legalitu nebo být stavěna dokonce výše. Humanitární, etické i politické faktory hrají důležitou roli při posuzování všech projevů legitimacy, nicméně nemohou „legalizovat“ protiprávní činy. Každá akce, každé jednání je buď legální nebo nelegální. Optimální je taková situace, kdy legální jednání je legitimní a legální jednání je naopak ilegitimní. Často bohužel dochází i ke zneužívání pojmu legitimacy na úkor vlastní legality, a to zejména v oblasti mezinárodního práva a mezinárodních vztahů. Existující napětí mezi legalitou a legitimitou na mezinárodní úrovni je podporováno i nedostatkem transparentnosti rozhodovacích procesů a různými ekonomickými a politickými zájmy a konflikty, jakož i důsledky globalizace. Otázka vztahu mezi legalitou a legitimitou se v obecné rovině dotýká výkonu moci. Nejde pouze o otázku právní, nýbrž i problém politické filosofie a sociologie. V běžném jazyce a různých výkladových slovnících se obsahové rozdíly pojmů „legalita“ a „legitimita“ často stírají.⁷⁴ V právním myšlení mají však oba zmíněné pojmy svůj ustálený, byť i různě interpretovaný význam.

Snad ještě častěji než s pojmem legitimacy práva nebo legitimacy v právu se v právní nauce setkáváme s pojmem „demokracie“, většinou ve spojení s dodržováním lidských práv. Demokracie původně v Řecku znamenala vládu lidu. Pozdější pojetí demokracie se od antického pojmání liší u vlády lidu zdůrazněním svobody a rovnosti jednotlivců. Nazírání na pojem demokracie prošlo určitým historickým vývojem od Marcelia z Padovy přes J. Locka, J. J. Rouseaua, I. Kanta, J. S. Milla, L. Feubacha a další autory, britský a francouzský parlamentarismus až po naši současnost, kdy demokratické ústavní a společenská zřízení přiznávají každému občanovi široká občanská práva a svobody. Základním předpokladem demokratického vládnutí je pak dělba moci a „suverenita lidu“. Tento příspěvek se zaměřuje na úlohu demokracie v mezinárodním právu, která úzce souvisí s mezinárodněprávní ochranou lidských práv a „vládou práva“ či demokratickým „právním státem“. Demokracie je zmiňována v základních dokumentech důležitých mezinárod-

⁷³ MAUS, I. Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat, Zur Kritik juridischer Demokratie-verkinderung, Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, N. 7, s. 843

⁷⁴ Např. v Masarykově slovníku naučném z r. 1929 je „legitimita“ vymezena jako „zákonnost, oprávněnost nároku, poměru, držby, zvl. vlády“. Legalita je definována jako „zákonnost, zákonitost“ a „stav shodný se zákonem“, viz díl IV, Praha 1929, s. 371 a 377.

ních organizací i významných mezistátních úmluvách. Právního státu či vlády práva se dovolávají politici, právníci, novináři, ekonomové, bankéři a další aktéři ve všech oblastech života lidské společnosti. Jedná se o vnitřní i zahraniční politiku, správu státu, lidská práva, hospodářskou politiku atd. Často se vedou i poněkud plané diskuse o tom, zda je ten či onen stát na úrovni právního státu či nikoli. Jak již bylo řečeno, v České republice se výraz „the rule of law“ překládá nejčastěji jako „právní stát“.

Tento příspěvek se dotýká i „mezinárodní vlády práva“ (the international rule of law) na mezinárodní i národních úrovních. Mezinárodní vláda práva je základním předpokladem pro dosažení mezinárodního míru, překonávání konfliktů, pro účinnou ochranu lidských práv a demokratický rozvoj ve větší svobodě. Otázkou mezinárodní vlády práva se zabývají OSN a další významné mezinárodní instituce. Samotný pojem „mezinárodní vlády“ je do určité míry kontroverzní a těžko definovatelný. Nicméně existují určité komponenty, které jsou většinou uznávány jako základní znaky „vlády práva“. Při analýze základních právních pojmů se ukazuje nezbytnou alespoň základní znalost vývoje právního myšlení a jednotlivých „právních škol“.⁷⁵ S koncepcí mezinárodní vlády práva souvisí i nový vývoj v chápání suverenity státu, který odráží (byť často rozporuplně) rostoucí vzájemnou závislost států, problémy globalizace, požadavky mezinárodněprávní ochrany lidských práv, demokratické hodnoty a má dopad i na otázky mezinárodní bezpečnosti.

⁷⁵ V naší literatuře je přínosem publikace: SOBEK, T. Právní myšlení, Kritika moralismu, Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2011.

PLURALIZM W DOKTRYNIE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO A PRAKTYKA DYPLOMATYCZNA. SPOJRZENIE FILOZOFICZNO-PRAWNE (DOŚWIADCZENIA POLSKIE)

WRZOCHALSKI, B.

MOTTO:

z Alfred VERDROSS / Bruno SIMMA UNIVERSELLES
VOEKERRECHT 1976 o związkach nauki i prawa między-
narodowego: „*VOELKERRECHTSLEHRE und VOEL-
KERRECHTSPRAXIS sind somit untrennbar aufeinander
angewiesen*” („*Nauka prawa międzynarodowego
i praktyka prawa międzynarodowego są nierozzerwalnie na
siebie skazane*”);¹

I. Rola doktryny prawa międzynarodowego publicznego i jej znaczenie pluralistyczne.

1. „Obraciam sa aj na Vas, pravníci, ktorí sa vypracovavanim dohod a zmluv posilniu-
jucich medzinarodnu zakonnost snazite vytycovat cesty mieroveho porozumenia”, słowa
Papeža Jana PAVLA II na SVETOVY DEN POKOJA 2004 (i po polsku: „Zwracam się do
Was, prawnicy, którzy przygotowując umowy i traktaty umacniające międzynarodową
praworządność, usiłujecie wytyczać szlaki pokojowego porozumienia!”² Od XVI wieku,
przypomniawszy w Orędziu na Dzień Pokoju 2004 Papież Jan Paweł II, że „prawnicy, filozo-
fowie i teolodzy podejmowali trud opracowywania różnych działów prawa międzynaro-
dowego, zakorzeniając je w fundamentalnych postulatach prawa naturalnego”.

Już to, że Jan Paweł II wskazał na przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych, nie
tylko prawników, także zwraca uwagę na pluralistyczny charakter genezy i rozwoju prawa
międzynarodowego, na wielość metod, wartości i idei i inspiracji nieprawniczych, także
wówczas, kilka stuleci wstecz.

Wciąż przez stulecia pojawiało się pytanie o naturę, specyfikę, a jednocześnie przy-
szłość prawa międzynarodowego stawiane przez samych współtwórców i komentatorów
tego prawa czyli przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego. Ponad 100 lat temu
polski prawnik prof. Julian Makowski (1875 -1959) łącząc efektywnie przez całe lata
w różnych epokach teorię i praktykę prawa międzynarodowego pisał: „...Prawo między-
narodowe jest kompromisem pomiędzy egoistycznymi interesami jego podmiotów a inte-
resem wspólnym całej społeczności międzynarodowej...”³

**Dr. Bogdan WRZOCHALSKI, Radca-minister (vyslanec-radca), Warszawa/Polska, Ministerstwo Spraw
Zagranicznych /Departament Prawno-Traktatowy**

¹ Por. SIMMA B. VERDROSS A. „Universelles Voelkerrecht.. Theorie und Praxis.” Berlin 1976 s.324.

² Jan Paweł II Orędzie na Światowy Dzień Pokoju 2004 podpisane 8 grudnia 2003r.

³ por. Makowski, J. „Rozwój i przyszłość prawa międzynarodowego . Przyczynek do teorii prawa międzynaro-
dowego.” Warszawa 1916 s.17,25 cyt. za KWIECIEŃ, R. „Interesy indywidualne państw a interesy wspól-
notowe w prawie społeczności międzynarodowej” wyd. UMCS Lublin 2015 s. 9-10;

Jako młody prawnik brałem jeszcze przed ponad 30 lat temu udział – między innymi w rokowaniach o delimitacji obszarów morskich. Przed jedną z kolejnych rund negocjacji zapytałem ówczesnego szefa delegacji polskiej (w przeciągu kilku lat zmieniali się w tej funkcji), czy nie warto byłoby zapoznać się z artykułem i wypowiedzią jednego z prawników z Europy Zachodniej - na użytek negocjacji. Szef delegacji rozczarował mnie jednak wtedy, gdyż uznał, że jest to tylko „subiektywne” stanowisko i chyba nie warto się na nie powoływać. Rozczarowany byłbym w podobnej i dzisiaj sytuacji, po ponad 30 latach, gdyż głosy w doktrynie prawa międzynarodowego powinny być uważnie czytane i prze-myślane. Tak jak we wcześniejszych epokach, kiedy to wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego były nierzadko brane pod uwagę w przygotowywanych rozstrzygnięciach sporów sądowych i dyplomatycznych, a jak ocenił wybitny niegdyś internacjonalista służyły wręcz „maksymalnemu obiektywizmowi” (Georg Schwarzenberger 1908-1991). Sam zaś wspomniany dyplomata wyższej rangi skorzystał potem pożytecznie z ekspertyzy prawnej w dziedzinie prawa morza, którą przygotował mu profesor prawa międzynarodowego i sędzieja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości...

2. Wielość idei, zwyczajów, prawa zwyczajowego a wreszcie projektów wielkich kodyfikacji w historii prawa narodów, a potem obowiązującego i dziś prawa międzynarodowego była właściwością jakby wpisaną i przyrodzoną już in statu nascendi , a potem na długiej drodze ewolucji tych instytucji prawnych. Styk bowiem narodowych czy uwarunkowanych kulturowo i światopoglądowo tradycji prawnych z prawem i jego doktryną innych państw i narodów rodził nieuchronnie konflikt albo obopólne zainteresowanie, a tylko rzadko obojętność.

Brak klasycznych dla prawa wewnętrznego państw sankcji i egzekucji praw, które w długiej historii prawa narodów przybierały też często postać wymuszonych agresji i najazdami zdobyczy terytorialnych bądź surowcowych, a nie namiętnych sporów prawniczych zakończonych mądrymi sentencjami, sprawiał, że inaczej wyglądała przez całe wieki historia prawa narodów i prawa międzynarodowego publicznego. Na drodze do wielkich i postępowych kodyfikacji prawa międzynarodowego była to m.in. tradycja doktryn prawno-naturalnych, prawa do wojny sprawiedliwej, zwyczajów i prawa zwyczajowego. Głębokie związki z myślą filozoficzną starożytności, a zwłaszcza z filozofią grecką i prawem rzymskim sprzyjały nie tylko myślom monistycznym czy dualizmowi, a nawet aż po wiek XX, ale także pluralistycznemu podejściu do prawa narodów, wyrażanego zarówno w dyskursie odwiecznym prawników-internacjonalistów jak i w mozolnie przygotowywanych kompromisach traktatowych.

Wielość (pluralizm) wartości) nie był skazany tylko na te podziały dychotomiczne, a przecież myślenie triadyczne ma też swoją tradycję filozoficzną. Tak działo się też w idei prawa, a od starożytnych triad filozoficznych świat myśli prawniczej dotarł do pluralizmu wartości, które tworzyły też triadę idei prawa (m.in. Gustav Radbruch)⁴.

Analizując z górą ponad 50 lat temu relacje między prawem krajowym a prawem międzynarodowym w historii idei, filozofii prawa i prawa międzynarodowego, Wiktor Sułczyński (1922-1986)- polski historyk doktryn prawnych, wykładowca UW i Uniwersytetu w Gainesville (Floryda) wyróżniał szkoły myślenia i stanowiska w historii idei: od negatorów prawa międzynarodowego przez monistów wg których prymat należy do norm

⁴ Por. WRZOCHALSKI, B. „, Filozofia wartości a prawo międzynarodowe i wojna w poglądach filozoficzno-prawnych Gustawa Radbrucha” Przegląd Zachodni Poznań 1984/1

prawa wewnętrznego albo do prawa międzynarodowego, teorii dualistycznych, relatywistycznych, pośrednich, a także **pluralistycznych**, co w świetle zasadniczej kwestii podnoszonej w niniejszych rozważaniach może wzbudzić nasze szczególne zainteresowanie⁵

Co więcej, sam Autor tych rozważań wyraża pogląd, iż „...**koncepcja pluralistyczna**, uznająca wielość i różnorodność porządków prawa krajowego, umożliwia konkretno-pozytywistyczne ujęcie relacji: państwo a prawo międzynarodowe...”. Jednocześnie przyznaje, że „klasyfikacja w ramach tradycyjnych podziałów: teorie monistyczne(prymat prawa międzynarodowego, prymat prawa wewnętrznego, teorie dualistyczne, pluralistyczne czy też prawa pośredniego nie wyczerpują całej złożoności relacji zachodzących między prawem międzynarodowym i prawem krajowym. Niekonsekwencje w pracach autorów zajmujących się tym zagadnieniem wynikają nie tylko z faktu, że obiektywna rzeczywistość jest zbyt skomplikowana przez swoją wielowarstwowość i dynamikę rozwojową, by można było za pomocą formalno-dogmatycznej, statycznej analizy wykryć prawidłowości nią rządzące. Wynikają także z pomieszania różnych aspektów zjawisk prawnych”⁶

3. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości San Francisco 21 kwietnia 1945r./ w słynnym artykule 38 przyznaje w ust.1 pkt d) szczególną rangę **„poglądom posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzom różnych narodów w zakresie prawa międzynarodowego, jako pomocniczy środek ustalania norm prawa”**⁷

Historia prawa narodów przed XX stuleciem jako okresem powstania ONZ i wielkich kodyfikacji, znała wielu sławnych „pisarzy” czy uczonych, zwykle profesorów uniwersytetów i doradców monarszych, którzy osiągnęli rangę naukową w swojej dziedzinie i najwyższe kwalifikacje oraz autorytet w sporach międzynarodowych bez takiego postanowienia uniwersalnego Statutu. Jest to też międzynarodowo-prawne dopuszczenie i uznanie, że poglądy „pisarzy różnych narodów” mogą z natury rzeczy różnić się, tworząc pluralistyczne środowisko w procesie ustalania norm prawa, a jedną z nielicznych oznak aż takiego uznania dla doktryny prawnej w sferze prawa wewnętrznego jest m.in. przepis szwajcarskiego kodeksu prawa cywilnego.

Art. 38 punkt d) Statutu MTS sytuuje przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego „różnych narodów” na wyjątkowej pozycji, nie tylko w dziedzinie prawa międzynarodowego publicznego, ale nauki prawa w ogóle.

Trafnie oczywiście przypomina się w podręcznikach prawa międzynarodowego publicznego, że „doktryna nie jest formalnym źródłem prawa międzynarodowego”. Przypadki zaś „LOTUS” i „NOTTEBOHM” uchodzą za klasyczne, w których Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej oparł się na doktrynie.

B. Simma i A. Verdross uważali, że funkcja pomocnicza w stwierdzaniu normy prawa międzynarodowego nie wyczerpuje funkcji doktryny.

Niemiecki Autor młodszego pokolenia (ur. 1980) Bjoern F. Faulenbach spróbował ocenić **znaczenie prac wybitnych przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego dla orzecznictwa sądów międzynarodowych**.⁸ Przypomina też wcześniejszą rolę nauki/

⁵ por. SUCHECKI, W. „Prawo krajowe a prawo międzynarodowe (w świetle teorii państwa i prawa): w: St. Ehrlich red. „Studia z teorii państwa i prawa” Warszawa 1965 s. 125-174 ;

⁶ Tamże;; s.305

⁷ Por. KOCOT K., WOLFKE K. „Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego” Wrocław-Warszawa 1972 s. 329; (w języku słowackim por. J.Klucka „Medzinarodne pravo verejne” Bratislava 2008 s.559

⁸ Por. FAULENBACH B.F. „Rolle und Bedeutung der Lehre in der Rechtsprechung der internationalen Gerichtshoeft im zwanzigsten Jahrhundert” Frankfurt am Main- Berlin-Oxford-Wien 2010

doktryny prawa międzynarodowego, znacznie większą niż w innych dziedzinach nauki prawa i porządków prawnych z nimi związanych. Do XIX Stulecia –przyjmuje się– że doktryna prawa międzynarodowego była autorytatywnym źródłem stwierdzenia czy dane prawo było obowiązujące jako prawo międzynarodowe. Dotyczy to przede wszystkich sławnych klasyków, myślicieli tak znanych w historii prawa jak np. Szekspir w historii literatury powszechnej (np. Hugo Grocjusz, Alberik Gentilis, Emeryk Vattel i inni). Wpływ doktryny wyrażał się w zarówno w praktyce sądowej jak i dyplomatycznej (prax sudnic-tva aj prax diplomacka).

Wśród znanych niegdyś przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego m.in. Michel Virally (1922-1987)) dostrzegał jej rolę jako wytyczającą „nowe drogi” oraz formu-lującą „nowe myśli”⁹ Zwraca się też uwagę, że w porównaniu do praktyki dyplomatycznej i orzecznictwa doktryna nie jest w takim stopniu obciążona odpowiedzialnością za de-cyzje i ich skutki. W szczególnym stopniu też doktryna jest powołana, by chronić prawo międzynarodowe przed „skostnieniem” i zbyt konserwatywnym charakterem (Georg Dahm). Także przedstawiciel sowieckiej doktryny prawa międzynarodowego Grigorij Tunkin (1906-1993) uważał, że doktryna wnosi znaczący wkład do rozwoju prawa mi-ędzynarodowego, do nowych tendencji, zasad i norm.¹⁰

Na tle powyższych wypowiedzi zaskakuje radykalna ocena prof. Th Schweisfurtha z Uniwersytetu VIADRINA z Frankfurtu nad Odrą, który widzi współcześnie utratę po-zycji doktryny prawa międzynarodowego i osiągnięcie pozycji „bliskiej zeru”, a jej funk-cję tylko jako środka pomocniczego”.¹¹ Jest to z pewnością niedocenieniem takiego wpły-wu, który już oczywiście nie jest powoływaniem się w orzecznictwie tylko na kilku sławnych klasyków-internacjonalistów jak w przeszłości.

W literaturze prawno-międzynarodowej ogromnie wzrosła liczba autorów, a także w mniejszym stopniu międzynarodowych stowarzyszeń prawniczych, ale nie znalazło to przełożenia w orzeczeniach sądownictwa międzynarodowego i ich uzasadnieniach. **Panu-je przekonanie, że znacznie trudniej dziś oprzeć się na poglądach uznanych autoryte-tów w dziedzinie prawa międzynarodowego. Same zaś funkcje praktyczne doktryny prawa międzynarodowego przesunęły się w kierunku publikowania i zestawiania zbiorów orzeczeń.** Generalnie jednak zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego np. spadek znaczenia doktryny prawa międzynarodowego nie jest oc-zywisty do udowodnienia (m.in. opinia prof. Gerharda Koeblera –Innsbruck)¹².

W dosyć jednak zgodnie wyrażanych ocenach, w przypadku braku w danej dziedzinie umownych zobowiązań prawno-międzynarodowych, **nauka prawa międzynarodowego dziś i w przyszłości będzie niezawodnym źródłem poznania prawa o obowiązującym prawie międzynarodowym.**

4. Przedstawiając niniejsze rozważanie pragnę zaprezentować przede wszystkim sta-nowisko polskiej nauki prawa w wybranych kwestiach, której przedstawicie biorą udział w dyskusji międzynarodowej. W polskiej doktrynie prawa międzynarodowego, którą re-prezentowało w XX stuleciu **wielu wybitnych przedstawicieli, znanych także z funkcji**

⁹ Tamże s.30

¹⁰ Tunkin był m.in. dyrektorem departamentu prawno-traktatowego MSZ ZSRR, a w latach 1965-1993 wykładał prawo międzynarodowe w Moskwie

¹¹ FAULENBACH B.F tamże s.30;.

¹² Recenzja prof. Gerharda Koeblera z pracy B.F. Faulenbacha na: <http://www.koeblergerhard.de/ZRG128Internetrezensionen2....2019-03-07;>

w takich gremiach jak Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej STSM (sędzia M. Rostworowski), Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) B. Winiarski, M. Lachs) i Komisja Prawa Międzynarodowego (M. Lachs, St. Pawlak, Z. Galicki), a poza tymi instytucjami prawnymi międzynarodowymi także prof. Krzysztof Skubiszewski, przejawia się wiele respektu i uznania dla znaczenia doktryny i nauki prawa międzynarodowego.¹³ M.in. przedstawiciele dwóch różnych generacji w tej doktrynie: Prof. R. Bierzanek (1912-1993) i Prof. Janusz Symonides¹⁴ wskazują na pośrednie oddziaływanie doktryny i orzecznictwa na proces tworzenia prawa. Zanim państwa zajmą stanowiska w poszczególnych kwestiach prawa międzynarodowego, poprzedzają je analizą doktryny i orzecznictwa w departamentach prawnych ministerstw spraw zagranicznych.¹⁵ Szczególnie interesującą i pożyteczną inicjatywą we współpracy teorii prawa międzynarodowego z praktyką jest działalność Doradczego Komitetu Prawnego (DKP) przy Ministrze Spraw Zagranicznych RP. Na forum DKP mogą więc stykać się co najmniej: pluralizm prawniczy w obrębie polskiej nauki prawa z pluralizmem w doktrynie prawa międzynarodowego w kontekście wypracowania stanowiska Polski wobec np. konwencji międzynarodowych i odpowiednich propozycji zapisów do pogodzenia już w ramach międzynarodowego pluralizmu prawnego.

Z punktu widzenia historii doktryny prawa międzynarodowego w krajach Grupy Wyszehradzkiej przyznać trzeba, że Polska spośród tych krajów miała najwięcej szczęścia w wyborze swoich przedstawicieli do Komisji Prawa Międzynarodowego czy Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze. W ostatnich latach jednak przedstawiciel Słowacji Profesor Peter Tomka z wielkimi osiągnięciami nawiązuje do tych tradycji prawniczej z tego regionu Europy, mając za sobą pracę zarówno w KPM jak i w MTS.

W polskiej doktrynie prawa międzynarodowego publicznego przełomu XX/XXI stulecia prof. Władysław Czapliński (PAN) i prof. Anna Wyrozumska (Uniwersytet Łódzki) prezentują w podręczniku prawa międzynarodowego publicznego pogląd, że znaczenie doktryny wykracza poza formułę źródła pomocniczego, gdy zajmują krytyczne stanowisko wobec istniejącego stanu prawa i formułuje wnioski *de lege ferenda*. Niemniej – uważają oboje Autorzy, że „współcześnie znaczenie doktryny nie jest duże”¹⁶ Natomiast przyznają, że towarzystwa naukowe czy instytucje takie jak Komisja Prawa Międzynarodowego odgrywają większą rolę w tworzeniu prawa międzynarodowego

5. W doktrynie prawa międzynarodowego docenia się widoczne w praktyce dyplomatycznej i prawnymi międzynarodowej **znaczenie „aktów prawnych niewiążących” („Soft law”)**. Dotyczy to rozmaitych dziedzin prawa międzynarodowego oraz stosunków międzynarodowych. Przyczyn upatruje się i w tym, że niekiedy brakuje porozumienia państw, odnośnie tworzenia nowych traktatów o charakterze ogólnym.¹⁷ Między innymi w przy-

¹³ LACHS M. „Rzecz o nauce prawa międzynarodowego” Wrocław-Warszawa 1986, gdzie Autor przedstawia wiele osób, które z całą pewnością były w historii tej dziedziny nauki prawa prawdziwymi „Nauczycielami prawa międzynarodowego”, a nawet w znaczeniu artykułu 38 punkt d Statutu MTS;

¹⁴ BIERZANEK, R., SYMONIDES, J. „Prawo międzynarodowe publiczne” wyd. VIII Warszawa 2005 s.111.

¹⁵ Tamże s. 111; por także kontekst stosunków międzynarodowych dla prawa międzynarodowego: PARZYMIES, S., SYMONIDES J. „Rola prawa międzynarodowego w rozwoju nauki o stosunkach międzynarodowych” w: „Przegląd Strategiczny” 2012 nr 1.

¹⁶ por. CZAPLIŃSKI, W., WYROZUMSKA, A. „Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe” Warszawa 1999 s. 26-27.

¹⁷ Por. KULAGA Ł. „Współczesne tendencje regulacyjne międzynarodowego prawa kosmicznego” w: KWARTALNIK PRAWA PUBLICZNEGO „42/2007 s.66 -70.

padku prawa kosmicznego wpływ miała też mała liczba ratyfikacji uniwersalnego Porozumienia z 1979r. Akty prawnie niewiążące w wielu przypadkach są zbliżone formą i charakterem do umów międzynarodowych. W zakresie pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej głównym źródłem norm „miękkiego prawa” są rezolucje ZO ONZ. Sławny brytyjski prawnik, wywodzący się z przedwojennego Lwowa (byłe terytorium RP), sędziezia MTS Hersh Lauterpacht (1897-1960) podkreślał obowiązek zachowania odpowiedniego szacunku wobec tych rezolucji przez państwa członkowskie.¹⁸

Współpraca z zagranicą może być prowadzona na podstawie różnego rodzaju dokumentów niewiążących prawnie.¹⁹ Takie dokumenty mogą przybierać różne nazwy, znajdujące pewne odzwierciedlenie w ich treści, ale nie mające wpływu na ich charakter. Najczęściej występują porozumienia o współpracy (*Memorandum of Understanding*, „MoU”), ale podpisywane są też listy intencyjne (*Letter of Intent*, „LoI”), protokoły, deklaracje lub też różnego rodzaju oświadczenia.

Porozumienie o współpracy to dokument, który nie generuje zobowiązań finansowych, organizacyjnych bądź materialnych.

6. Przedstawiciel słowackiej doktryny prawa międzynarodowego Prof. Jan AZUD (1928-2014) zwrócił w 2009 r. uwagę na takie zjawiska związane z pluralizmem prawa międzynarodowego jak i skutki procesu tzw. **fragmentacji prawa międzynarodowego**²⁰. Za interesujące i ważne uznał m.in. powstanie nowej struktury prawa międzynarodowego. Oznacza to, że społeczność międzynarodowa ma większy wpływ na obowiązujący porządek prawny. Wola i zgoda państw jest uzupełniana przez różne podejście do źródeł prawa, w tym do instrumentów tzw. soft law, a także znaczenia międzynarodowego prawa zwyczajowego oraz oparcia się na powszechnych zasadach prawa międzynarodowego i zasadach sprawiedliwości i słuszności. W połączeniu z tym zjawiskami tzw. fragmentacja prawa międzynarodowego prowadzi do pluralizmu prawnego²¹

7. PLURALIZM w doktrynie prawa międzynarodowego publicznego a filozofia prawa. Uwagi końcowe.

1. Zadanie czy funkcję, którą m.in. Andreas Paulsen wyznacza ogólnie nauce prawa w związanych można odnosić do nauki prawa międzynarodowego czy w węższym zakresie filozofii prawa międzynarodowego w przypadku pluralizmu prawa międzynarodowego.²²

Teza końcowa A. Paulsena o drodze do światowego systemu prawa światowego jest z jednej strony efektywna i idealistyczna, jak niegdyś rozważania o rządzie światowym, z drugiej zaś wywołuje sporo sceptycyzmu i obaw o brak realizmu.

Współczesne procesy pluralizmu w prawie międzynarodowym cechuje bowiem zarówno dążenie do uniwersalnej jak i partykularnej, regionalnej integracji. Pluralizm doktryny prawa międzynarodowego będzie więc bardziej uniwersalny niż natrafiają-

¹⁸ Tamże, s. 67

¹⁹ Pani Justynie STAŃCZEWSKIEJ – ekspertce Departamentu Prawno-Traktatowego MSZ RP bardzo dziękuję za udostępnienie materiału i opracowania na ten temat.

²⁰ AZUD J. „Pluralizmus medzinarodneho prava (niektóre otázky fragmentácie-diverzifikácie a rozširovanie medzinarodneho prava)” In „Pluralizmus moci a prava” Zborník z medzinarodnej konferencie SAV v Tatranskej Štrbe; Bratislava 2009 s. 377-386.

²¹ Tamże, s. 382 -385

²² PAULSEN A. „Hybridisierung der Rechtsordnungen: internationales und privates Recht” Zusammenspiel der Rechtsquellen aus voelkerrechtlicher Perspektive. Deutsche Gesellschaft fuer Internationales Recht. Luzern, 14. Maerz 2013;

cy na bariery międzypaństwowe i sprzeczny niekiedy z interesami poszczególnych państw pluralizm prawny w partykularnej integracji.

Z kolei polski Autor Prof. Roman Kwiecień, specjalizujący się w dziedzinie filozofii prawa międzynarodowego, zapytuje m.in. „Jakie jest najlepsze forum dla konstruktywnego dialogu, którego efektem byłby consensus w sprawie wartości uniwersalnych, bez którego trudno mówić o interesach wspólnotowych?” Odpowiada, podobnie jak na inne zasadnicze pytanie o miejsce takiego dialogu, że jest na **forum międzypaństwowym** jako „naturalnym środowisku dla ideowego pluralizmu”. A poza tym forum trudno jednak sobie wyobrazić taki dialog, pomimo zastrzeżeń zgłaszanych czasem pod adresem uczestniczących w nim państw. Autor ten kończy swoje wywody zdecydowanym przekonaniem, iż „w świecie odrzucającym wartość pluralizmu przewagę nad „siłą argumentów” uzyskują „argumenty siły”. Czyli stara i przenikliwa łacińska formuła nie „Imperio ratione” tylko „Ratio imperii”. Tylko dialog międzypaństwowy pozwala więc w rzeczywistości na respektowanie „wielokulturowości świata”.²³

R. Kwiecień upatruje z jednej strony w „pluralizmie procesu prawotwórczego” prawa międzynarodowego warunek konieczny powszechności i jedności prawa międzynarodowego, ale z drugiej źródło jego krytyki za „statyczność, zachowawczość i konserwatyzm”. W ocenie autora „pluralizm procesu prawotwórczego” w tworzeniu norm prawa międzynarodowego jest „wartością godną obrony”²⁴ R. Kwiecień podziela pogląd Th. Francka, że w ostatnich latach mocarstwa przywiązują mniejszą wagę do prawnomiędzynarodowego uzasadnienia polityki siły. Wyrażają się w tym także „wątpliwości wobec prawa międzynarodowego jako prawa kształtowanego na podłożu pluralizmu”²⁵

Dyskurs aksjologiczno-prawny oparty o pluralizm jego uczestników jest drogą do kształtowania wartości powszechnego prawa międzynarodowego. Prawnomiędzynarodową podstawą pluralizmu w społeczności międzynarodowej jest też Karta Narodów Zjednoczonych.

Innym walorem pluralizmu prawa międzynarodowego w społeczności międzynarodowej jest jego **możliwa rola w neutralizacji hegemonialnych aspiracji niektórych państw w ramach elitarnego kręgu, a nie szerszej społeczności międzynarodowej**.²⁶

Przedstawiciel młodszej generacji filozofów prawa międzynarodowego w ramach studiów nad teorią i filozofią prawa Hansa Kelsena - Tomasz Widlak stawia pytanie czy formułuje hipotezę badawczą; „Kryzys pozytywistycznego paradygmatu prawa międzynarodowego?”²⁷ Ale czy rzeczywiście prawo międzynarodowe publiczne było kiedykolwiek w pełni pozytywistyczne? I czy miało taki paradygmat pozytywistyczny wbrew jego tendencjom rozwojowym i twórcom?

2. Filozofia prawa może oczywiście więcej oddziaływać na rozstrzyganie konfliktów wartości w obrębie doktryny prawa międzynarodowego, aniżeli w samej praktyce uchwalania konwencji dwu- lub wielostronnych skazanej na konieczne i żmudne wypracowywanie kompromisów.

²³ Por. KWIECIEŃ, R. „Interesy indywidualne państw a interesy wspólnotowe w prawie społeczności międzynarodowej” Lublin 2015 s.118.

²⁴ KWIECIEŃ, R. „Teoria i filozofia prawa międzynarodowego...” op. cit. s.92

²⁵ Tamże, s.94

²⁶ Tamże, s. 91-93

²⁷ WIDLAK, T. „Teoria i filozofia prawa międzynarodowego Hansa Kelsena” Gdańsk 2018 s.254-257

Mimo naruszania rozmaitych zwyczajów, a potem norm zwłaszcza w konfliktach wojennych, dopiero koncepcje przystosowania prawa międzynarodowego do polityki państw totalitarnych w XX stuleciu próbowały obalić kulturowy i cywilizacyjny dorobek prawa narodów uzasadniany prawem naturalnym, a wcześniej jeszcze filozofią grecką i prawem rzymskim. Zarówno unicestwienie praw jednostki jak i ludobójcze praktyki wobec całych grup narodowych spowodowały opracowanie konstrukcji prawnych prawa karnego i prawa międzynarodowego, które były konwencyjnymi systemami ochrony przez zbrodnią ludobójstwa i pozytywizacją praw naturalnych w tej dziedzinie.

Liczne podziały dualne w prawie międzynarodowym publicznym takie jak np. między „soft law” a „twardym prawem”, prawem zwyczajowym a prawem traktatowym, prawem powszechnym a prawem partykularnym są także pluralistycznymi ramami dla doktryny i praktyki w tej dziedzinie prawa.

Pluralizm tkwi i będzie obecny immanentnie w doktrynie prawa międzynarodowego publicznego, wpływając na pluralizm prawny w zapisach kodyfikacyjnych, gdyż jego historia oraz geneza nowych zwyczajów i norm wynikała ze spotkania lub konfrontacji odmiennych kultur, norm i wartości. Jest to potencjał prawniczy, w tym filozoficzno-prawny, dla krytyki obowiązującego prawa międzynarodowego, które poszerzy zróżnicowane rozumienie źródeł prawa oraz rosnąca rola rozstrzygnięć sądowych i władzy sędziów, ale także dla obrony prawa międzynarodowego i jego przekonywującego nauczania, zarówno dla przyszłych dyplomatów jak i prawników prawa publicznego.²⁸

Nawiązaniem do klasyki prawa narodów byłoby docenienie kreatywnej roli jaką może spełniać **filozofia prawa międzynarodowego**, zarówno dla historii, metodologii jak i aksjologii prawa międzynarodowego. Filozofia prawa międzynarodowego powinna być wstępem i częścią ogólną prawa międzynarodowego publicznego, w związkach ze szczegółowymi dziedzinami tego prawa oraz filozofią prawa. Jej zadaniem byłoby też uzasadnienie roli prawa międzynarodowego i prawników w praktyce dyplomatycznej i sądowej.

Wreszcie moja osobista, końcowa refleksja- autora niniejszych rozważań, gdyż usiłowałem zebrać tylko niektóre, interesujące poglądy w literaturze naukowej na omawiany temat. Wyrażane tu i ówdzie poglądy, podważające większe znaczenie „najwybitniejszych pisarzy” prawa międzynarodowego dla orzecznictwa międzynarodowego są zbyt sceptyczne i przesadne. Wprawdzie czasy Grocjusza, de Vattela czy Gentilisa jakby bezpowrotnie minęły, ale co jakiś czas powraca urodzaj dla prawa międzynarodowego i internacjonalistów. Dzieje się to na kolejnych zakrętach w stosunkach międzynarodowych, w których dochodzi do konfliktów interesów i wartości. Wreszcie z poglądami wybitnych prawników-internacjonalistów prawnicy stykają się zarówno na szczeblu nauczania akademickiego jak i późniejszych specjalizacji prawniczych, w tym tak ekskluzywnych jak tradycyjne wykłady w Akademii Haskiej, na kongresach i konferencjach międzynarodowych a także w rozbudowanych współcześnie instancjach sądów międzynarodowych i w trybunałach. Drogi przenikania wpływów uczonych w prawie międzynarodowym są rozległe i obecne nie tylko w literaturze naukowej. Ich przyszłość i utrzymanie tych wpływów naukowych (szkół i kierunków) i praktycznych w dziedzinie polityki międzynarodowej i dyplomacji tkwi zapewne także w związkach z innymi dziedzinami nauki oraz

²⁸ warto przypomnieć też koncepcję „sprzecznych prądów” polskiego internacjonalisty prof. Ludwika Ehrlicha („szkoła lwowska” i „krakowska” (po 1945r.) i jej znaczenie dla pluralistycznego podejścia w prawie międzynarodowym- por. L.Ehrlich „Prawo międzynarodowe” Warszawa 1958 s. 99-105

w kształcie relacji prawa międzynarodowego do innych systemów normatywnych. Z pewnym zaskoczeniem można też konstatować, że takim *sui generis* urodzajnym czasem dla prawników międzynarodowych był okres „zimnej wojny” i tzw. doktryny „pokojowego współistnienia”. W przypadku polskiej nauki prawa w tym okresie wielu internacjonalistów – prawników, należących jeszcze do pokolenia urodzonego między wojnami światowymi lub jeszcze wcześniej, wyróżniało się swoją aktywnością międzynarodową i dorobkiem naukowym, pomimo ograniczeń polityczno-doktrynalnych. Dla wielu odwiecznych państw – sąsiadów powracały i powracają stare demony, niekoniecznie wojny, ale tradycyjnych sporów doktrynalnych wynikających ze skomplikowanej, dawno minionej historii, ale i z obecnej polityki historycznej państw, w której nie powinno zabraknąć argumentów prawnomiędzynarodowych. **W dzisiejszych czasach dyskusja czy spory między państwami powinny uwzględniać pluralizm wartości, pluralizm prawniczy i prawny, w kręgu których należałoby znaleźć kompromisowe rozwiązania.** Prawnicy w dziedzinie prawa międzynarodowego i w dobie „fragmentacji” tego prawa na pewno nie są i nie będą ostatnimi w tych wysiłkach.

II. PRÁVNÝ A PRÁVNICKÝ PLURALIZMUS v oblasti ĽUDSKÝCH PRÁV a DOKTRINE MEDZINARODNEHO VEREJNEHO PRAVA „ĽUDSKOPRÁVNÝ“ prelom v medzinárodnom práve verejnom a v axiológii medzinárodného práva.

1. Bolo by ťažké nepoložiť si otázku, v čom spočíva rozdiel medzi **právnickým** a **právnym** pluralizmom (doktrína a zákon, jazyk právnickej doktríny a jazyk zákona). **Právnický pluralizmus** nemá priamo také následky, aké môže mať väčšia či menšia prítomnosť právneho pluralizmu v dohovore alebo v zmluve. Sú známe prípady, keď právny pluralizmus viedol k zrušeniu zákazu alebo k podpore sťažnosti vo veci porušovania ľudských práv. Kvalitnému právnickému stanovisku, ktoré odzrkadľuje veľké množstvo názorov právnického, etického či svetonázorového charakteru v rámci právnej doktríny, predchádzajú eventúálne inštitucionálno-právne spory, ktoré sú prípustné v procese vybavovania sťažností vo veci ľudských práv. Týchto polemík sa nezriedka zúčastňujú predstavitelia právnej doktríny so svojím hodnotiaco-poradným hlasom.

Pri tvorbe najvýznamnejších medzinárodných právnych dokumentov narážame na univerzálny problém odvolávania sa na hodnoty, ktorého príkladom je aj známa diskusia o preambule Európskej ústavy. Tento fenomén sa okrem ďalších prípadov na scéne objavil už pred prijatím Všeobecnej deklarácie ľudských práv v roku 1948. Počas prác na návrhu Európskej ústavy sa jablkom sváru stali odkazy na Boha. Kritické hlasy voči odvolávaniu sa na kresťanské hodnoty sa vtedy vystupňovali až k vyčítaniu netolerancie. Podľa prof. B. Winigera (Ženeva) súčasné právo s veľkými dohovormi OSN do stredobodu pozornosti stavia univerzálne právo (konferencia „Globalizácia a právo“, Ženeva, 15. – 16. mája 2009).

2. Kritérium „ľudskej prirodzenosti“ priznáva každému človeku nárok na určité základné práva. Pri takomto modeli je už menej podstatné, či základ daného nároku tvorí „politická vôľa“ alebo „božská vôľa“. Jedným z najpluralistickejších prístupov vo vzťahu k ľudským právam v klasickom zmysle je totiž analýza genézy ľudských práv v medzinárodnom práve vo svetle tradície prirodzeného práva. Mimoriadne významnú úlohu tu zohráva Všeobecná deklarácia ľudských práv z roku 1948.

Nespochybniteľné zásluhy na prípravách, prijatí a propagácii tejto Deklarácie, ako aj zaslúžené uznanie **Reného CASSINA (1887–1976)**, na dlhé roky zatienili ďalších diplomatov a odborníkov zapojených do projektu. Boli to doposiaľ menej známi intelektuáli, diplomati a experti, ktorí pochádzali z krajín s rôznymi kultúrami a právnickými tradíciami. Aj tento fakt bol prínosom pre axiológiu ľudských práv a pluralizmus v doktríne i praxi medzinárodného práva.²⁹

Mimoriadnym a zaujímavým prínosom v rôznych sférach príprav a prijímania medzinárodných dohôd, ako aj právnického i právneho pluralizmu, sú popri Cassinovi ďalšie osoby podieľajúce sa na vzniku Deklarácie, ktorí zároveň predstavujú možnú oblasť výskumu.

Je to „subjektívny pluralizmus“ sui generis, ktorý sa neviaže iba na abstraktné normy, hodnoty a procesy, ale aj na funkcie diplomatov a odborníkov a na ich osobnosti, hoci súvisí aj s vyznávanou právnou a politickou filozofiou a so svetonázorom.

Eleanor ROOSEVELTOVÁ (1884 – 1962) – najznámejšia z osobností zaangažovaných do návrhu a procesu prijímania Všeobecnej deklarácie ľudských práv. Ako bývalá prvá dáma, vdova po prezidentovi F. D. Rooseveltovi a zvolená predsedníčka Komisie pre ľudské práva, bola vďaka svojej šikovnosti a charizme pri práci Redakčného výboru konštruktívnou hráčkou.

John HUMPHREY (1905 – 1995) stál roky v tieni Reného Cassina a jeho zásluh na Deklarácii. Až nález jeho zápiskov v dokumentoch, ktoré po sebe zanechal, umožnil získať reálny obraz o jeho prínose pre Deklaráciu a tento prínos aj doceniť. Už na prvom stretnutí s E. Rooseveltovou, C. Malikom a P. Changom bolo prijaté rozhodnutie, že Humphrey pripraví podklady potrebné na splnenie úlohy, pred ktorou Komisia pre ľudské práva stála. Je známe, že „Humphrey sa záležitosti zhostil s mimoriadnou vážnosťou. So svojím tímom okrem iného preskúmal rad riešení, ktoré dovtedy vzišli z podhubia rôznych kultúr a ktorých cieľom bola ochrana ľudských práv (ústavy, návrhy podobné deklarácii a tiež postuláty vlád a mimovládnych organizácií)“. Významnú úlohu tu zohrali aj americké dokumenty zaoberajúce sa témou ľudských práv³⁰

Humphrey pripravil prvý návrh Deklarácie pozostávajúci zo 48 článkov (vrátane vyčerpávajúceho komentára k zhromaždenej dokumentácii), ktorý sa následne od júna 1947 stal predmetom ďalších prác pod vedením Reného Cassina v kruhu rozšíreného 8-členného Redakčného výboru. Pri obsahovom prínose Humphreya sa okrem iného vyzdvihuje jeho spracovanie témy sociálno-hospodárskych práv a poukázanie na ich význam³¹

Skúmanie pluralizmu v prácach tvorcov Deklarácie, ako aj u významných intelektuálov, ktorí mali vplyv na idey tvoriace jej základ, je veľmi opodstatnené a prináša zaujímavé výsledky. Je známe, že Charles Habib MALIK a Peng-chun CHANG napriek vzájomným sporom vo filozofických otázkach pristupovali k propagácii a ochrane medzinárodných ľudských práv jednotlivo a výsledky ich filozofického diskurzu mali konštruktívny vplyv na ďalšie návrhy Všeobecnej deklarácie ľudských práv.

Charles Habib MALIK (1906 – 1987) – človek s nevšedne pestrými, všestrannými intelektuálnymi a vedeckými záujmami: bol to diplomat a filozof, matematik a fyzik.

²⁹ (porov. DOMAGAŁA, A.: „Powstanie Powszechniej Deklaracji Praw. Kontrowersje dotyczące autorstwa i podziału ról w przygotowaniu i przyjęciu tekstu dokumentu“. In: „Wrocławskie studia politologiczne” 2018/25).s. 118-130;

³⁰ Tamże, s. 123-124

³¹ Tamże, s. 124

Okrem iného bol znalcom existencializmu Martina Heideggera a horlivým kresťanom. Predsedal Výboru 3. VZ OSN. Usiloval sa, aby Deklarácia spájalo západné myslenie a ideové koncepcie iných civilizácií a kultúr. Presadil a obhájil právo v súvislosti s vyznaním, no odkazy na Boha sa mu do Deklarácie zapracovať nepodarilo.³²

Peng-chun CHANG (1893 – 1957) bol okrem iného podpredsedom Komisie pre ľudské práva. Bol verný konfuciánskej tradícii, no pri práci na návrhu Deklarácie sa vyznačoval konštruktívnym prístupom a neprehľboval spory medzi západnými a ázijskými (ďalekovýchodnými) prístupmi k ľudským právam. Azda mu v tom pomohlo i jeho vzdelanie, ktoré získal aj v USA (Kolumbijská univerzita, filozofia Johna Deweya). Polemim sa však nevyhol napriek tomu, lebo jeho návrhy, ktorými sa usiloval o filozoficky čo najuniverzálnejšiu podobu Deklarácie, smerovali k tomu, aby sa v nej nenachádzalo „*invocatio Dei*“ ani formálne odkazy na prirodzené právo. V období po 2. svetovej vojne zohral na fóre OSN významnú úlohu pri budovaní mosta a pluralizmu hodnôt medzi západným a ázijským svetom. Škoda len, že Čína ho jeho funkcií zbavila predčasne (1952). Neskôr sa zdržiaval v USA (porov. príslušné údaje na základe materiálov Centra pre ľudské práva v Norimbergu).³³

Zdôrazňujúc príspevok uvedených osobností k dielu Všeobecná deklarácia ľudských práv nesmieme opomenúť **skupinu** filozofov a filozofickú myšlienku, ktorá tiež mohla mať vplyv na ideové zakotvenie dokumentu, a to aj napriek tomu, že nešlo o priamych účastníkov príprav a procesu prijímania Deklarácie. Jedným z nich bol nepochybne Jacques Maritain (1882 – 1973), ktorého zásluhou sa realizoval prieskum na tému ľudských práv pod záštitou UNESCO. Táto anketa prebehla v početnej skupine tvorcov a ľudí z vedeckého prostredia, ktorých oblasťou záujmu bol obsah, vecná pôsobnosť a zdôvodnenie ľudských práv a ktorí reprezentovali široké a rôznorodé názorové spektrum. J. Maritain podľa F. Mazureka, poľského znalca z katolíckeho prostredia, vyvažoval dve krajné stanoviská: 1) to, ktoré ľudským právam pripisovalo nemenný charakter a 2) to, ktoré ľudské práva považovalo za výplod civilizačného rozvoja. Vo filozofickom zmysle to bolo možné vďaka odlišeniu ontologickej roviny ľudských práv od roviny kognitívnej. Maritain, podobne ako ďalší tvorcovia Deklarácie, chápal, že nemožno dôjsť k zhode v súvislosti s uznaním jednotnej koncepcie sveta, ale že jednotnosť je možná v uznaní tých presvedčení, ktoré sa týkajú aktivít v prospech ľudských práv a ktoré spájajú ľudí z rôznych svetonázorových a ideových táborov. Povedomie o týchto intelektuálnych vplyvoch, ktoré nemali výlučne právnický charakter, posilňuje presvedčenie nie len o právnickom, ale aj o hodnotovom pluralizme Všeobecnej deklarácie ľudských práv.³⁴

Skúmatelia genézy a dejín Deklarácie vidia príspevok jednotlivých osôb k prijatiu Deklarácie v rôznorodosti funkcií, ktoré plnili: boli to inšpirátori, redaktori, podporovatelia aj propagátori dokumentu. V početných hodnoteniach nikto nespochybňuje rolu Reneho Cassina, neskoršieho laureáta Nobelovej ceny za mier, ktorú zohral pri redigovaní a prijímaní Deklarácie. Finálne dielo však bolo výsledkom tímovej práce s účasťou významných individualít.³⁵

³² Tamže s. 121-122

³³ porov. príslušné údaje na základe materiálov Centra pre ľudské práva v Norimbergu.

³⁴ porov. MAZUREK, F.: „Alfreda Verdrossa i Jacquesa Maritaina koncepcja dynamiczna prawa naturalnego i praw człowieka“. Lublin, 1999. Por. tiež KOŁODZIEJCZAK, W.: „Jacques Maritain – u źródeł współczesnych koncepcji praw człowieka“. In: „Studenckie Zeszyty Naukowe“ 2015/26).

³⁵ porov. DOMAGAŁA, A. „Powstanie...” op.cit. s. 126-129

Zdá sa teda, že pri tvorbe a redakcii Všeobecnej deklarácie ľudských práv mal funkčný pluralizmus konštruktívny vplyv na pluralizmus hodnôt, ktorý sa odzrkadľuje v dokumente.

3. Poľská literatúra venovaná medzinárodnému právu si teda otázku právneho pluralizmu okrem iného všima v kontexte medzinárodnej ochrany ľudských práv³⁶

Relatívne najjednoduchšie sa zdá byť množstvo záväzkov v oblasti ľudských práv, ktoré vyplýva z regionálnych vzťahov k najuniverzálnejšiemu predpisu, akým je Všeobecná deklarácia ľudských práv z roku 1948. A tak je napr. zákaz mučenia obsiahnutý vo Všeobecnej deklarácie ľudských práv v súlade s článkom 3 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd z roku 1950 a tiež s článkom 5 Amerického dohovoru o ľudských právach.³⁷ Zložitejšie sú prípady, v ktorých pri ochrane dohier vzťahujúcich sa napr. na predstaviteľov určitej národnostnej menšiny dochádza k výrazne konfliktným situáciám. Iné príklady vyplývajú z náboženských a svetonázorových rozdielov (napr. Turecko).³⁸

V súvislosti s dejinami výučby medzinárodnej ochrany ľudských práv v Poľsku na tomto mieste spomeniem vyučujúceho práva (občianskoprávne konanie, súdny systém, ľudské práva), ktorý zastával vysoké právnické funkcie v období komunizmu v 60-tych rokoch. **Napriek tomu sa profesor Zbigniew RESICH (1915 – 1988)**, bývalý prvý predseda vtedajšieho Najvyššieho súdu, na svojich prednáškach a seminároch podrobne venoval otázkam Všeobecnej deklarácie ľudských práv, ako aj téme paktov o politických a sociálnych právach (1966) svojich poslucháčov, študentov práva, a to dlho pred ústavnými zmenami v oblasti právneho štátu a demokracie, ako aj pred pristúpením Poľska k Európskemu dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, k Rade Európy a k ďalším medzinárodnoprávnym záväzkom.³⁹

4. Hodnoty a ľudské práva. Právne procesy v konaniach pred medzinárodnými orgánmi a záujmy Poľska.

Všeobecne akceptovaná trojica hodnôt v kontexte ľudských práv – demokracia, právny štát a rešpektovanie ľudských práv – vzbudzuje diskusiu najmä preto, že nevyčerpáva katalóg kľúčových hodnôt uplatňovaných Spojenými národmi, ako napr. mier, bezpečnosť, udržateľný rozvoj a pod. Nie všade sa vlády pridriavajú tejto „trojky“; veľa štátov a vlád sa riadi princípmi „good governance“, t. j. funkčne riadia štát, ale otázky ochrany ľudských práv nezohľadňujú vôbec, alebo len v obmedzenej miere. V Poľsku existuje vnútorná diskusia napr. aj o tom, či „rule of law“ je postačujúce kritérium pre kladné hodnotenie daného politicko-právneho systému z hľadiska dodržiavania ľudských práv. **Názorové rozdiely v tejto veci sa často ukazujú aj v diskusiách o ľudských právach.**

³⁶ (porov. BALCERZAK, M.: „Międzynarodowa ochrona praw człowieka a pluralizm prawny – wybrane aspekty“. In: BUNIKOWSKI, D., DOBRZENIECKI, K. red. „Pluralizm prawny. Tradycje, transformacje i wyzwania“. Toruń, 2009.)

³⁷ Tamže s. 80;

³⁸ Tamže s. 92-93;

³⁹ Dodajme, že medzi jeho poslucháčmi boli neskorší (70-te a 80-te roky) súdni obhajcovia opozičných politických aktivistov a aktivistov podzemnej Solidarity. Dokázať to by bolo naozaj ťažké, no nemožno vylúčiť vplyv týchto vyučovacích hodín vo forme diskusných prednášok na názory a postoje ďalších poslucháčov, ktorí sa neskôr uplatnili v právnických povolaniach mimo advokátskej praxe a ktorí boli vedecky alebo publicisticky aktívni vo vtedajšom Poľsku. Túto poznámku som si dovoľil uviesť na pamiatku prof. Zbigniewa Resicha.

Filozofický (axiologický) prístup k ľudským právam odhaľuje ďalšie oblasti rozporov a „ideových pretekov“ medzi jednotlivými kultúrami a civilizáciami vo svete.⁴⁰ Interpretácia otázky ľudských práv európskymi štátmi, a to pod prizmou ich europocentrického videnia, často vyvoláva spory, ba dokonca odpor vlád ázijských, afrických či arabských štátov. **Pozornosť sa pri tom upriamuje na významné rozdiely v hierarchii hodnôt medzi „ázijským“ a „európskym“ prístupom k ľudským právam.** Tieto hodnotové systémy sa totiž značne líšia, okrem iného vo svojom „kolektivistickom“ prístupe na jednej strane a „individualistickom“ na strane druhej. Snahy o rozriešenie, ktorý z týchto systémov je „lepší“, môžu byť morálne i politicky legítimne, no vedecký dôkaz „nadradenosti“ a absolútnej platnosti jedného z týchto systémov na úkor druhého neprinesú. Otvárajú však **ďalšie pole pre ideologické, kultúrne a civilizačné konflikty dnes aj v budúcnosti.** Stávajú sa jedným z podstatných problémov éry globalizácie a ich riešenie má sotva predvídateľnú perspektívu, a to nie len v oblasti ľudských práv. Určité pochybnosti vzbudzuje, keď sa vo vzťahu k ázijskej realite niekedy ľudia delia na „obyčajných ľudí“, pre ktorých je európsky model ľudských práv „neznámy“, a na „elitu a vzdelaných ľudí“. Možno to považovať za príklad typického europocentrického, ba až „elitárskeho“ myslenia, ktoré je príznačné pre európsku elitu. Rovnako by sa takto dalo rozdeliť európske obyvateľstvo vo vzťahu k jeho nepatrnej znalosti ázijskej filozofie ľudských práv. Taktiež sa dá len ťažko verifikovať neformálny názor, že Aziati sú vo vzťahoch k ľuďom zo Západu „neúprimní“, a to aj napriek tomu, že toto tvrdenie vyvoláva okamžitú skepsu, ba dokonca odpor. Skôr sa tu natiska použitie formulácie „nedôverčiví“, pričom pôvodcami nedôvery môžu byť obaja partneri dialógu. Hodnotenia tohto druhu by si vyžadovali presnejšie odôvodnenie. V tomto prípade totiž ide o **praktické predpoklady a bariéry v ľudsko-právnom dialógu kultúr a civilizácií.** Existujú relevantné argumenty v prospech tohto dialógu, ale aj predpovede, že v politickej polemike o ľudských právach medzi euroatlantickým a ázijským prístupom dôjde k vyostreniu.⁴¹

Mimoriadnu pozornosť púta postoj USA voči medzinárodným ľudsko-právnym záväzkom. USA na jednej strane plne akceptujú a podporujú ľudsko-právne hodnoty („trojica“). Na druhej strane sa však vo vzťahu k EÚ javí ako problém, že USA nepodliehajú kontrolným mechanizmom medzinárodného práva v tejto oblasti (medzinárodné sudy, kvázi súdne orgány).

V oblasti ochrany právnych záujmov pred medzinárodnými kontrolnými orgánmi pre dodržiavanie ľudských práv zohrávajú najklúčovejšiu rolu **postupy vybavovania sťažností na Európskom súde pre ľudské práva.**

Vážny praktický problém v našej zahraničnej politike, ktorý sa týka napr. vzťahov a spolupráce Vyšehradskej skupiny a v širšom meradle Európskej únie, je otázka, voči ktorým krajinám si daný štát môže dovoliť urobiť výnimku z prísneho hodnotenia v oblasti ľudských práv a v zahraničnej politike a diplomacii voči nemu pretláčať „mäkké“ stanovisko.

⁴⁰ Porov. KOCIOLEK-PEKSAA., MENKES J. „Aksjologia praw człowieka. O przesłankach i determinantach współczesnego dyskursu w filozofii prawa międzynarodowego” In „ZN SGSP” 2018 nr 66.

⁴¹ Zdá sa, že pri analýze európskych historických vplyvov na ázijské štáty nemožno opomenúť recepciu nemeckého občianskeho práva v Japonsku a v širšom zmysle vplyv nemeckej právnej vedy v Japonsku a v Južnej Kórei (hodno tiež poznamenať, že Svetový kongres filozofie práva a sociálnej filozofie sa po prvýkrát v dejinách uskutočnil v Pekingu 15. – 20. septembra 2009).

Medzi poľskými politikmi a analytikmi, odborníkmi na zahraničnú politiku, sa uvažovalo a uvažuje, či si Poľsko (ale aj množstvo ďalších štátov s podobnými zahraničnopolitickými prioritami, ako má Poľsko) môže dovoliť aktívny, kritický prístup k ľudsko-právnej politike takých štátov, akými sú Rusko (demokratická a ľudsko-právna prax v Rusku vrátane neobjasnených tragických osudov niekoľkých ochrancov ľudských práv) alebo Čína, v situácii, keď tak účinnejšie môžu urobiť veľmoci (stáli členovia BR OSN) alebo sa tak môže stať v rámci systému OSN na ochranu ľudských práv. Ba čo viac, veľa poľských expertov odporúča aktívnu účasť Poľska v ľudsko-právnom dialógu na osi EÚ – Čína.

V dialógu právnikov z „euroatlantických“ štátov a napr. afrických štátov, sa zohľadňuje komplikovanosť ľudsko-právneho pluralizmu aj preto, že politicko-právne štandardy západných demokracií narážajú na očakávania spojené so sociálnou a ekonomickou pomocou štátom, ktoré dobiehajú zameškané v oblasti ekonomického či technologického rozvoja. Podľa môjho názoru to každá zo strán môže vnímať ako určitú „asymetriu“.⁴²

Pri analýze tohto mimoriadne závažného a chúlостivého strategického a taktického problému v oblasti ľudských práv netreba zabúdať, že štáty Európskej únie sú k aktívnemu prístupu zaviazané medzinárodnými právnymi štandardmi univerzálnych ľudskoprávných princípov a noriem a tiež európskymi dohovormi Rady Európy, katalógom hodnôt EÚ atď. Svoj význam tu majú aj naše historické tradície a spätosť s týmto katalógom hodnôt, ako aj s jeho ochranou, a to nie len vo vlastnom národnom záujme. Niektorí poľskí politici a diplomati zastávajú názor, že keď je to takto, mali by sme tieto hodnoty chrániť bez ohľadu na to, akých významných medzinárodných partnerov (štátov) sa porušovanie ľudských práv týka.

5. Prof. Jan Sandorski (1940 – 2018; Univerzita A. Mickiewicza v Poznani) poukazyval na názor prevládajúci v doktríne medzinárodného práva, a to, že vo svetle noriem medzinárodného obyčajového práva má štát právo na diplomatickú ochranu svojich občanov, ktorí sa zdržiavajú v zahraničí. Uplatnenie tohto práva má charakter voľnej úvahy, keďže závisí od vôle kompetentných štátnych orgánov. Samotný prof. J. Sandorski však tvrdil⁴³, že právo na diplomatickú ochranu má popri štáte aj občan, a štát musí počítat' s rizikom zodpovednosti za prípadné škody, ktoré utrpí občan.

Obavy z „hypertrofie“ ľudských práv, ktoré sa objavili na mnohých miestach, sú rovnako opodstatnené ako akékoľvek obavy z ďalšieho vývoja civilizácie, kultúry či morálnej citlivosti súčasného človeka vo vzťahu ku globálnej etike. Môžu sa objavovať a niet divu, že sa aj objavujú. nutne opodstatnené. Rovnako nikdy nebude isté, či oná „hypertrofia“ nie je predchodcom budúcej potreby medzinárodnoprávných záväzkov a ich rešpektovania.⁴⁴

Zaťažovanie medzinárodnej právnej tradície „hypotékou“ z koloniálnej éry či dávnych námorných mocností môže byť zaujímavým príspevkom k dejinám práva národov a formovania obyčajového práva, azda však ničím viac. Je to podobné, ako pri iných fenoménoch dejín kultúry alebo práva – napr. vznik klasickej nemeckej filozofie alebo arcidiel barokovej hudby vo Francúzsku nezaťažuje ani dejiny vedy v 20. – 21. storočí, ani súčas-

⁴² Na tieto a ďalšie problémy pluralistického dialógu v tejto oblasti moju pozornosť v rozhovore obrátil bývalý predseda Rady OSN pre ľudské práva a bývalý veľvyslanec Poľska v Ženeve, pán veľvyslanec dr Remigiusz A. HENCZEL (MZV Poľskej Republiky);

⁴³ SANDORSKI J., „Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka“ Poznań, 2006

⁴⁴ (porov. ZAJADŁO, J.: „Filozofia prawa międzynarodowego?“. In: „Państwo i Prawo“ 2007/2.).

nú hudbu. História veľkých kodifikácií medzinárodného práva v 20. storočí alebo zloženie sudcov medzinárodných súdnych dvorov (SDMS, MSD) dokazujú, že na ich tvorbe či rozhodnutiach sa podieľali predstavitelia veľmi rôznorodých kultúr, právnych systémov a filozofie práva vo svete.

Aktuálny význam ľudských práv, a to v zmysle práva hmotného, ako aj procesného, je podľa mňa odôvodnením **renesancie filozofie medzinárodného práva**. Medzinárodné právo verejné bolo odjakživa druhom filozofie práva v právnych vedách, na ktorú sa fakticky odvolávalo aj v praxi popri medzinárodných dohovoroch a obyčajovom práve⁴⁵.

Filozofia medzinárodného práva dnes nie je iba filozofiou ľudských práv, podobne, ako kedysi nebola iba dejinami doktríny prirodzeného práva vo vzťahu k právnym vzťahom medzi štátmi.

6. Praktickým príkladom z diplomatickej praxe s univerzálnym významom sú aktivity Rady OSN pre ľudské práva a vystúpenia vedúcich delegácií, t. j. ministrov zahraničných vecí.

Pozrime sa napríklad na príhovor ministra zahraničných vecí Poľska Jacka Czaputowicza na 40. zasadnutí Rady OSN pre ľudské práva 26. februára 2019 v Ženeve, v ktorom sa na pozadí ašpirácií Poľska na členstvo v Rade OSN pre ľudské práva na roky 2020 – 2022 objavili odkazy na množstvo problémov súčasného sveta (ochrana kresťanov pred prenasledovaním, dialóg medzi veľkými náboženstvami, udržateľný rozvoj, situácia na Ukrajine atď.). Neboli to teda iba súčasné príklady z oblasti ľudských práv, ale omnoho viac – **týkali sa širšej medzinárodnej situácie vo svete, teda nielen pluralistického náhľadu na veci, ale aj otvorených politických a ozbrojených konfliktov.**

Podobne, v ostatnom čase veľmi známy slovenský diplomat Miroslav Lajčák, minister zahraničných vecí a predseda zasadnutia VZ OSN, uviedol: „[...] I will focus on three key words: prevention, credibility and multilateralism...”⁴⁶

Ľudské práva a ich medzinárodnoprávna ochrana sú stále do veľkej miery hnacou a etickou silou medzinárodného práva verejného, a to v zmysle práva hmotného, ako aj procesov súvisiacich s ľudskými právami. Deje sa tak nepretržite od ukončenia 2. svetovej vojny a nasledovnej obrody prirodzeného práva po roku 1945. V neskoršom období to malo vplyv aj na rozvoj nepozitivistických právnych koncepcií.

7. Napriek odlišným, hoci funkčne blízkym, svetonázorovým a filozofickým pozíciám sa presvedčenie o prítomnosti prirodzeného práva v súčasnej kultúre, civilizácii a zákonodarstve vrátane medzinárodného práva verejného, a tiež význam medzinárodného práva, potvrdili nezvyčajne atraktívnym spôsobom vo vyjadreniach, ktoré vo svojom slávnom príhovore v Spolkovom sneme v septembri 2011 predniesol Benedikt XVI., Ján Pavol II. v posolstve pri príležitosti Medzinárodného dňa mieru v roku 2003 a prof. Leszek Kolakowski v článku „O prawie naturalnym” [„O prirodzenom práve“].

Leszek Kolakowski konštatoval, že: „[...] prirodzené právo však ustanovuje bariéry, ktoré právo pozitívne obmedzujú a nepripúšťajú, aby reálna legislatíva legalizovala útoky na neodňateľnú dôstojnosť, ktorej nositeľom je každá ľudská bytosť. Prirodzené právo sa buduje okolo dôstojnosti jednotlivca...” A v záveroch svojich úvah nastolil rozhod-

⁴⁵ (porov. KWIECIEŃ, R.: „Teoria i filozofia prawa międzynarodowego“. Warszawa 2011.

⁴⁶ V tom prípade moju pozornosť na vystúpenia ministrov zahraničných vecí na zasadnutí Rady OSN pre ľudské práva obrátila pani prva radkyna Monika Eklerova (MZV Polskej Republiky- (Odbor pre OSN a ľudské práva);

nú požiadavku: „[...] prirodzené právo má teda sedieť ako neústupčivý démon na krku všetkých zákonodarcov sveta...”⁴⁷

8. Doktrína medzinárodného verejného práva-axiologia-ludske práva. ZÁVERY (cast I. a II):

Predstavitelia doktríny medzinárodného práva plnili a naďalej plnia významné funkcie pri spolupráci s praxou medzinárodného práva a diplomacie, a to v súvislosti s odôvodňovaním noriem platného medzinárodného práva a/alebo kritického prístupu voči nim, najmä s ohľadom na nasledujúce potreby:

- svetonázor a ochrana axiológie medzinárodného práva,
- ratifikácia zmlúv a dohovorov,
- uplatňovanie noriem medzinárodného práva v praxi, vrátane medzinárodnej judikatúry,
- výučba medzinárodného práva,
- vedecký výskum s cieľom budúceho formovania kodifikácie nových noriem.

Pri právnej doktríne medzinárodných ľudských práv jej axiológia zahŕňa širšiu oblasť filozofických a etických otázok, pričom tvorí prechod od takých disciplín výskumu, akými sú filozofia práva vrátane filozofie medzinárodného práva, etika či sociológia.

V kreatívnych a inšpiratívnych funkciách doktríny medzinárodného práva a vo vzťahu k medzinárodnoprávnej praxi ide aj o zmiernovanie napätia medzi ideovým a hodnotovým svetom na jednej strane a oblasťou kompromisov štátov a realizmom ich záujmov na strane druhej. **So zreteľom na vyššie ciele medzinárodného práva by toto napätie azda nemalo nikdy zaniknúť úplne.**

Pluralizmus je napokon aj určitý spôsob myslenia (duch pluralizmu – „L'esprit pluraliste“; E. Dupreela /1879 – 1967/), ktorý inšpiráciu čerpá v tolerancii, bez ktorej nejestvuje ani spoločenský pokrok, ani verejná mienka, ani humanizmus, ani rozvoj tvorivej duševnej činnosti⁴⁸ **Dodajme tiež, že bez neho, samozrejme, niet ani ľudských práv, ani právneho štátu a že akékoľvek pluralistické delenia bez onoho „ducha pluralizmu“ sú obsahovo ochudobňujúce.**

Tlmoc. (slovensky jazyk) Julia Batmendiynova;

Abstract: Predstavitelia doktríny medzinárodného práva plnili a naďalej plnia významné funkcie pri spolupráci s praxou medzinárodného práva a diplomacie, a to v súvislosti s odôvodňovaním noriem platného medzinárodného práva alebo kritického prístupu voči nim, s ohľadom na nasledujúce potreby: svetonázor a ochrana axiológie medzinárodného práva, ratifikácia zmlúv a dohovorov, uplatňovanie noriem medzinárodného práva v praxi, vrátane medzinárodnej judikatúry a najmä výučba medzinárodného práva, vedecký výskum s cieľom budúceho formovania kodifikácie nových noriem. Jedným z najpluralistickejších prístupov vo vzťahu k ľudským právam v klasickom zmysle je totiž analýza genézy ľudských práv v medzinárodnom práve vo svetle tradície prirodzeného práva. Mimoriadne významnú úlohu tu zohráva Všeobecná deklarácia ľudských práv z roku 1948. Vo vzťahu k medzinárodnoprávnej praxi ide aj o zmiernovanie napätia medzi ideovým a hodnotovým svetom na jednej strane a oblasťou kompromisov štátov a realizmom ich záujmov na strane druhej. Je to aj otázka vzťahov medzi doktrínou medzinárodného verej-

⁴⁷ porov. KOLAKOWSKI, L.: „O prawie naturalnym“. In: „Gazeta Wyborcza“ 8-9.9.2001., s. 9).

⁴⁸ EHRlich S. „Oblicza pluralizmów“ PWN Warszawa 1985 s.404

ného práva a diplomatickou praxou. Pozornosť sa pri tom upriamuje na významné rozdiely v hierarchii hodnôt medzi „ázijským“ a „európskym“ prístupom k ľudským právam. Aktuálny význam ľudských práv, a to v zmysle práva hmotného, ako aj procesného, je podľa mňa odôvodnením renesancie filozofie medzinárodného práva. Predstavitelia doktríny medzinárodného práva konštatujú, že fragmentácia vedie k právnemu pluralizmu s využívaním zdrojov medzinárodného verejného práva.

Kľúčové Slová: Doktrína medzinárodného verejného práva, pluralizmus, právny a právnický pluralizmus, ľudské práva, axiológia ľudských práv, filozofia medzinárodného práva, diplomatická prax, soft law, fragmentácia medzinárodného práva.

Literatúra:

- AZUD Ján „Pluralizmus medzinárodného práva (niektoré otázky fragmentácie - diverzifikácie a rozširovanie medzinárodného práva” In „Pluralizmus moci a práva” Zborník z medzinárodnej konferencie SAV v Tatranskej Štrbe; Bratislava 2009
- BALCERZAK Michał „Międzynarodowa ochrona praw człowieka a pluralizm prawny – wybrane aspekty“. In: D. Bunikowski, K. Dobrzeński, red. „Pluralizm prawny. Tradycje, transformacje i wyzwania“. Toruń, 2009.)
- BIERZANEK Remigiusz, SYMONIDES Janusz „Prawo międzynarodowe publiczne” wyd.VIII Warszawa 2005
- CZAPLIŃSKI Władysław, WYROZUMSKA Anna „Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe” Warszawa 1999 s. 26-27
- DOMAGAŁA Arkadiusz „Powstanie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka . Kontrowersje dotyczące autorstwa i podziału ról w przygotowywaniu i przyjęciu tekstu dokumentu”; „Wrocławskie studia politologiczne” 2018/25
- EHRlich Ludwik „Prawo międzynarodowe” wyd. IV Warszawa 1958
- EHRlich Stanisław „Oblicza pluralizmów” Warszawa 1985
- FAULENBACH Bjoern Florian „Rolle und Bedeutung der Lehre in der Rechtsprechung der internationalen Gerichtshöfe im 20. Jahrhundert“ Frankfurt am Main- Berlin-Oxford-Wien 2010
- KLUČKA Ján „Medzinárodné verejné právo” Bratislava 2008
- KOCIOLEK-PĘKSA Anna, MENKES Jerzy „Aksjologia praw człowieka. O przesłankach i determinantach współczesnego dyskursu w filozofii prawa międzynarodowego” ZN SGSP 2018 nr 66
- KOŁAKOWSKI Leszek „O prawie naturalnym“ w: „Gazeta Wyborcza“ 8-9.9.2001.,
- KWIECIEŃ Roman „Teoria i filozofia prawa międzynarodowego” Warszawa 2011
- KWIECIEŃ Roman „Interesy indywidualne państw a interesy wspólnotowe w prawie społeczności międzynarodowej” Lublin 2015
- KUŁAGA Łukasz „Współczesne tendencje regulacyjne międzynarodowego prawa kosmicznego” w: „Kwartalnik Prawa Publicznego” 42/2007
- LACHS Manfred „Rzecz o nauce prawa międzynarodowego” Wrocław-Warszawa 1986
- PARZYMIŚ Stanisław, SYMONIDES Janusz „ Rola prawa międzynarodowego w rozwoju nauki o stosunkach międzynarodowych” w: „Przegląd Strategiczny” 2012 nr 1
- SANDORSKI Jan . „Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka“ Poznań, 2006
- WIDŁAK Tomasz „Teoria i filozofia prawa międzynarodowego Hansa Kelsena” Gdańsk 2018 s.254-257
- ZAJADŁO Jerzy „Filozofia prawa międzynarodowego?”. w: „Państwo i Prawo” 2007/2.).

V. KAPITOLA: TVORBA PRÁVA

- 1) ŠKOP, M.: „Psaní zákonů“ – tvůrčí nebo administrativní činnost?
- 2) NOVÁK, F.: Aktuální legislativa České republiky a proces změn v její struktuře

„PSANÍ ZÁKONŮ“ – TVŮRČÍ NEBO ADMINISTRATIVNÍ ČINNOST?

ŠKOP, M.

„Psaní zákonů“ či obecně způsob, jakým jsou skutečně tvořeny právní předpisy, je konstantně vystaven skepsi. Schopnosti legislativních expertů jsou zpochybňovány a za vzor jsou jim dávání autoři, kteří jsou – nejlépe alespoň několik desítek let – mrtví. Namátkou, v roce 1814 si německý romanista Friedrich Carl von Savigny stěžoval, že síla a razance jazyka, který legislativci používají, se nemůže vyrovnat té, která byla použita v *Constitutio Criminalis Carolina*.¹ Podobně, o více než sto let později, v roce 1917 si francouzský profesor občanského práva Henri Capitant povzdechl, že podobně kvalitní dílo, jakým byl původní *Code civil des Français*, se již nemůže podařit sepsat.² Francouzská kritika pokračovala i v dalších letech, o čemž svědčí kritika z roku 1993 z pera (či snad již klávesnice) francouzského právníka Guy Braibanta.³ Ten pojmenoval i hlavní příčiny této situace: úředníci se neumí vyjadřovat, znalosti ustálených právních pojmů a legislativní techniky jsou mizivé a často se vytváří něco, co již dávno existuje. Důsledkem je, že laik nemá šanci se v právním řádu vyznat, celistvý pohled na právo je vyloučen a někdy je dokonce módní jím opovrhovat, a legitimita práva, která je dána i racionálností jeho tvorby,⁴ upadá. Teoretické práce proto působí snad až kverulantsky, neboť nabourávají představy, které se obvykle s tvorbou práva spojují a navrhují opětovně celistvý pohled na právo. Teoretický požadavek k návratu k původnímu racionálnímu pojetí právotvorby se stává nežádoucím závanem racionality v obchodně rozparcelovaném světě práva.

Legislativní proces má nezbytnou racionální složku, ale také složku tvůrčí, či možno říci „uměleckou“. Tvůrčí, nebo umělecká část, je spojena se samotným psaním a volbou prostředků, které vedou k dosažení racionálně stanoveného cíle.⁵ Racionalita nezbytně provází formulaci účelů a procesů, které tvorbu práva provází.⁶ S racionalitou souvisí také často projevované prvky formalismu:⁷ vzhledem k nezbytnosti transparentnosti procesu a identifikaci jeho výstupů, stejně jako vzhledem k formálnosti způsobu sdělování právních předpisů, nelze na formální prvky rezignovat. Navíc mají nezastupitelnou úlohu při

doc. JUDr. Martin Škop, PhD., Katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno

Tento článek je výsledkem badatelské činnosti podporované Grantovou agenturou České republiky, reg. č. GA17-14903S – „Metodologie empirického zjišťování využití interpretačních metod v tvorbě práva“
Text vychází z článku ŠKOP, M., VACKOVÁ, B.: Být legislativcem: Empirická šetření v administrativních fázích legislativy. Časopis pro právní vědu a praxi. 2019, č. 1, s. 5-28.

¹ SAVIGNY, C. F., von: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814, 52.

² CAPITANT, H. Comment on fait les lois aujourd'hui. Revue politique & parlementaire, 1917, roč. 91, 305 - 307.

³ BRAIBANT, G.: Qui fait la loi? Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques. 1993, roč. 64, 45.

⁴ WEBER, M., ROTH, G., WITTICH, C.: Economy and society: An outline of interpretive sociology. Berkeley: University of California Press, 1978. 954.

⁵ Viz např. BENTHAM, J.: "Nomography", The Works of Jeremy Bentham: Volume III. Edinburgh: William Tait, 1843. 233.

⁶ WRÓBLEWSKI, J.: Teoria Racjonalnego Tworzenia Prawa. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1985. 8.

⁷ Viz např. SOBEK, T.: Nemorální právo. Praha: Ústav státu a práva, 2010. 193 a n.

koordinování různých aktérů v procesu vzniku práva a fungují jako svého druhu zjednodušení, neboť díky formě jsou některé prvky považovány za správné.⁸ Formalizace procesu má svou výhodu, neboť usnadňuje organizaci práce mnoha aktérů majících různé zájmy a přístupy. Koordinace, standardizace, zvyšování srozumitelnosti a organizace práce jsou hlavní důvody, pro které lze formalismus spojovat s racionálními prvky tvorby práva. Součástí legislativního procesu je nepochybně rovněž vědecké poznání,⁹ které umožňuje „léčit“, či alespoň kategorizovat problémy,¹⁰ které přináší společnost.

V současnosti však lze pozorovat opouštění racionální složky, což může být zapříčiněno krizí, které byla osvícenská racionalita vystavena. Paradoxním důsledkem může být **industrializace tvorby práva**, ve které je primární samotná regulace a nikoli obsah. Tato industrializace se proto projevuje jednak důrazem na formu, avšak zbavenou jakéhokoli obsahu (což už nelze za smysluplný formalismus považovat), a také důrazem na výkon, tj. na vytváření dalších a dalších právních předpisů jako známky pokroku a plnění plánů. Čím více právních předpisů, tím lépe, neboť jedině tak lze demonstrovat – na jasných číselných ukazatelích – jak je normotvůrce úspěšný. Bez ohledu na smysluplnost takového počínání. A to až do té míry, že se projevuje **okouzlení** formou na úkor účelů a obsahu právních předpisů.

Tím se otevírá prostor pro **desystemizaci právního řádu** (systému). Právní normy mohou v důsledku toho působit více problémů, než by měly řešit a celistvost právního systému se rozpadá. Důsledkem je přílišná interpretační volnost¹¹ dávaná interpretujícím a aplikujícím subjektům. Tímto postupem však normotvůrce rezignuje na své povinnosti a vlastním přičiněním může narušit principy dělby moci. Právo se může stát pouze jakýmsi doporučením a skutečná tvorba bude v rukou těch, kdo mají obecné právní normy aplikovat.¹² V současnosti proto v legislativě spatřujeme **zjišťování opaku**: to, co se označuje jako racionální (například formulování účelů), se již racionální nejeví.¹³ Podobně to, co teoretické práce označují jako tvůrčí (umění psaní),¹⁴ sami aktéři, tj. legislativci, považují za striktně formalizovanou činnost. Jako další zjištění opaku pak lze připojit, že tato jejich proklamace zdůrazňující formálnost procesu je narušena jejich dalšími výpověďmi, které směřují k tomu, že tvorba práva je výrazně subjektivní proces. Opak tak je v tom, že tvrdí, že psaní je formální, ale ve skutečnosti se tak nechovají.

Vidíme tedy, že to, co se označuje jako racionální, racionální není. A podobně, to, co teoretické práce označují jako tvůrčí, sami aktéři popisují jako striktně formalizované, ale jejich popis působí tak, že to jako tvůrčí skutečně prožívají. Kde by měli být legislativci tvůrčí, popisují sami sebe jako nástroj, byť v kontextu se to jeví jinak. Přestože jsou tedy

⁸ JHERING, R. Geist des Römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung. Zweitel Theil. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1869. 478-479. Byť Jhering míří zejména na právní jednání.

⁹ KNAPP, V.: Teoretické problémy tvorby československého práva. Praha: Academia, 1983, 108.

¹⁰ FOUCAULT, M.: Dohlížet a trestat. Kniha o zrodu vězení. Praha: Dauphin, 2000, 262.

¹¹ Viz např. GLUCK, A. The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualisms. *Yale Law Journal*. 2010, roč. 119, č. 8. 1764 a n.

¹² Toto pojetí se velmi blíží některým stanoviskům právního realismu – viz např. HOLMES, O. W.: Path of the Law. *Boston Law School Magazine*, 1897, roč. 1, č. 4, 1 – 17. Avšak s tím rozdílem, že v našem pojetí normotvůrce zcela rezignuje na svou pravomoc – nejedná se o její **neuskutečnitelnost**, ale **neuskutečňovanost**.

¹³ Viz např. CVRČEK, F., NOVÁK, F.: Legislativa: Teoretická východiska a problémy. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017.

¹⁴ Např. CAPITANT, H. Comment on fait les lois aujourd'hui. *Revue politique & parlementaire*, 1917, roč. 91, 305 – 307; BENTHAM, J.: "Nomography", The Works of Jeremy Bentham: Volume III. Edinburgh: William Tait, 1843; RÉMY, D.: Légistique: L'Art de faire les lois. Paris: Romillat, 2004.

obě složky legislativního procesu, racionální i tvůrčí, nepochybně stále zastoupeny, stále zůstává otázkou, jak jsou zastoupeny. Jaký je poměr tvůrčí a formalizované činnosti? Nakolik se skutečně projeví okouzlení formální regulací, která spíše než na obsah hledí na prostředky a výkon? Tento text se proto zaměří na tyto otázky. Jeho cílem není dát jasné a vyčerpávající odpovědi – jsme teprve na počátku tázání. Ale spíše naznačit možná východiska pro další činnost.

Základem pro tento text jsou výpovědi legislativních expertů, zejména úředníků pracujících na ministerstvech (Ministerstvo mládeže, školství a tělovýchovy, Ministerstvo vnitra, Ministerstvo spravedlnosti, Ministerstvo dopravy, Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost), kteří vytváří, piší, návrhy právních předpisů, získané z hloubkových rozhovorů. Rozhovory nejsou reprezentativní (vznikly jako součást kvalitativních šetření),¹⁵ avšak umožňují nahlédnout do osobní sféry legislativce a porozumět jeho symbolickému světu. Lépe pochopit prostředí, ve kterém se pohybuje. Bez ohledu na to, že tyto poznatky nelze obecnit na celou „populaci“ legislativních expertů. Kontextem jsou teoretické přístupy k tvorbě práva a vztah tvorby práva a interpretace práva. Zejména s důrazem na to, že tvorba práva a jeho interpretace jsou vzájemně související činnosti, které lze chápat např. jako dvě strany téže mince.¹⁶ Navíc, nesmíme zapomínat, že legislativní experti mají velký vliv na celkovou tvorbu práva.¹⁷ Vzhledem ke svým zkušenostem mohou předpis spojit s příznaky odbornosti, a tím mu pomoci, ale také jsou schopni jej, nenápadně a vlastně nevinně, poškodit. Je proto důležité zjistit, jaké postupy volí při psaní právních předpisů a jakými motivy jsou vedeni. Současně je možné identifikovat možné příčiny posunu v chápání legislativních expertů jako nástrojů a pozvolného narůstání vyprázdněné industrializace tvorby práva.

Interpretační dialog

Prvkem, který může napomoci zvyšování úrovně legislativní činnosti, a který by měl být její součástí, je **interpretační dialog**. Dialog vedený mezi tvůrci a adresáty právních předpisů. Při správně vedeném procesu tvorby práva je nezbytné předvídat, jak bude případná interpretace probíhat a připravit se na možná interpretační a aplikační úskalí. Normotvůrce by měl vědět, jakým způsobem interpretace probíhá, jaké jsou obvyklé způsoby, metody a techniky interpretace. K tomu se připojuje skutečnost, že právo nezbytně musí reagovat na nové podněty, vzešlé ze společenských změn.¹⁸ Interpret (aplikující subjekt; adresát) by měl vědět, jakými způsoby se normativní text tvoří. Jaké jsou základní postupy při psaní textu a jakými principy je legislativa vedena. V konečném důsledku by tyto postupy, tvorba a interpretace, měly být souladné, tedy výsledkem takto distančně vedeného interpretačního dialogu by měla být shoda na technikách a metodách tvorby a interpretace práva. Pokud však převládá industriální pojetí tvorby práva, které je spojeno se zdánlivou racionalitou a místo shody mezi účely a prostředky regulace přistupuje k právním předpi-

¹⁵ Jako příklad kvalitativního šetření viz např. ŠEJVL, M.: Konverzace v jednací síni a rituál. Právník, 2005, roč. 144, č. 10. 1143-1156.

¹⁶ WINTR, J.: Metody a zásady interpretace práva. Praha: Auditorium, 2013. 49.

¹⁷ ROBINSON, C. A.: The Bureaucracy And The Legislative Process: A Case Study Of The Health Care Financing Administration. 1991, Lanham: University Press of America, 1.

¹⁸ BÁRÁNY, E.: Právní systém a jeho prostredie. In: Bárány, E. (ed.) Ako právo reaguje na novoty. Bratislava: Veda, 2017, 67.

sům jako k jakékoli jinému výrobku, dialog je obtížný. Tomu naopak svědčí organické pojetí procesu tvorby práva, které směřuje ke kompromisu a shodě jednotlivých aktérů. Industriální pojetí má však ještě jeden nedostatek. Absence vzájemné komunikace mezi tvůrci a adresáty právních předpisů popírá, že právo je jen jedno. Nelze mít různé „verze“ toho, co je právo, nebo toho, co se za právo považuje, pro jednotlivé složky veřejné moci. Nelze připustit, aby normotvůrce měl ve výsledku jiné pojetí práva, případně dokonce **jinou (alternativní) sadu pravidel interpretace/tvorby**, než soudy či moc výkonná. Celkově proto poznání fází legislativního procesu, které probíhají ještě v orgánech výkonné moci, napomáhá vylepšovat legislativní výstupy a napomáhá legitimní evoluci práva.¹⁹

V České republice – a podle relevantních zjištění i ve střední a východní Evropě – soustavně narůstá počet právních norem.²⁰ Legislativní průmysl běží na plné obrátky. Důsledkem toho je shora zmíněná (možná) desystemizace právního řádu. Luc Wintgens předpokládá, že jednou z příčin tohoto nárůstu může být i klesající úroveň přípravy legislativního návrhu.²¹ Pokud se opustí důraz kladený na smysluplnou přípravu tvorby práva, včetně analýzy situace, jasné určení výhod a nevýhod, precizní znalosti právního prostředí atp., pak více prostoru uvolňuje pro nápady legislativy (tedy těch, kteří píšou). Chester A. Robinson považuje za nezbytné porozumět byrokratickým fázím procesu tvorby práva, protože v demokratické společnosti je velmi důležité poznat, jak administrativa ve skutečnosti pracuje, jakým způsobem přijímá rozhodnutí, jakým podléhá vlivům a jakým způsobem formuluje své výstupy.²² Zkoumání administrativních částí procesu vzniku normativního textu má proto význam **vědecký** (samotné poznání procesu tvorby), **komunikační** (identifikace způsobů sdělování mimoprávního obsahu a identifikace tohoto obsahu), **ekonomický** (určení nákladů procesu vzniku a následně aplikace právního předpisu), **interpretační** (přínos primárně s ohledem na intencionalistický výklad,²³ ale celkově také na deskriptivní přístupy k interpretačním metodám a technikám), **politický** (odhalování skrytých vazeb v procesu tvorby práva a napomáhání transparentnosti celého procesu) a **funkční** (podpora vytváření vazeb mezi jednotlivými částmi práva a vliv na organické chápání právního systému).

Charakteristika tvorby práva

Již shora je patrné, že tvorbu práva lze považovat – což jsme si objasnili a současně poněkud zpochybnili shora – jak za činnost racionální, tak za činnost kreativní (tvůrčí). Racionalita tvůrce spočívá především v jeho záměrech a normativních představách, zatímco činnost, ve které pracuje se slovy, považujeme za kreativní. Racionální je také legislativní diskurs, a zejména společenskopolitický kontext, ve kterém se normotvůrce pohybuje.²⁴ John

¹⁹ CHRISTIANSEN, M. R., ESKRIDGE Jr., W. N.: Congressional Overrides Of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011. *Texas Law Review*, 2014, roč. 92, 1322.

²⁰ CVRČEK, F., NOVÁK, F.: *Legislativa: Teoretická východiska a problémy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017.

²¹ WINTGENS, L. J.: The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: Wintgens, L. J., Oliver-Lalana, D. A. (eds) *The rationality and justification of legislation: essays in legisprudence*. New York: Springer, 2013. 4.

²² ROBINSON, C. A.: *The Bureaucracy And The Legislative Process: A Case Study Of The Health Care Financing Administration*. 1991, Lanham: University Press of America. 15.

²³ ESKRIDGE, W. N., jr., FRICKEY, P. P.: *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*. *Stanford Law Review*, 1990, roč. 42, č. 2. 325.

²⁴ WRÓBLEWSKI, J.: *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*. Wrocław: Zakład narodowy im. Ossolińskich, 1985. 11.

Stuart Mill předpokládal, že umění slouží ke hledání cílů, k čemuž mu prostředky poskytuje věda – avšak umění je pak opět schopno z vědeckých poznatků zformovat pravidlo či předpis.²⁵ Jeremy Bentham dokonce předpokládal, že se v tvorbě zákonů se spojuje *věda a umění*.²⁶ Je to činnost, která nezbytně vyžaduje znalosti metod (postupů psaní) a objektů regulace. To je ta vědecká část. Vyžaduje také tvůrčí přístup při formování normativního textu. To je ono umění. Legislativa však nelze redukovat pouze na tyto dvě složky. Nebo spíše, je možné legislativu, díky jejich spojení, považovat za **sociální kompetenci**. To koneckonců vyplývá i z jedné výpovědi legislativce získané v pilotním šetření: „*Legislativa je sociální kompetence, která se nedá naučit. Je to zkušenost, která je založená na budování sociálních vazeb.*“ V tom je přítomen jeden z základních prvků tvorby práva, tj. jeho společenské pojetí, vyžadující koordinaci více subjektů, jejichž záměry nutně nemusí být identické, a jejichž přístupy a postupy se mohou v jednotlivostech lišit. Přestože lze produkt, který následně projde parlamentními institucemi považovat za **patchwork**, jehož integrita může být výrazně narušena.²⁷ Právo je společenský jev a je spojeno s konkrétní společností. Proto je i při jeho tvorbě nutné respektovat existující strukturu společenských vazeb a uvědomit si jeho reálné dopady v reálných situacích.

Francouzský specialista na správní právo Dominique Rémy považuje tvorbu normativního textu za stejně tvůrčí jako urbanistickou praxi.²⁸ I v tomto případě tvůrčí činnost spočívá v kombinaci možných (reálných a racionálních) postupů v individualizovaných případech a vytváření celku, jehož výsledná podoba není závislá pouze na vnějších daných prvcích. Rémy také předpokládá, že správně vykonávaná legislativní činnost dokáže omezit příliš rozpínavou tendenci soudů umísťovat do právního předpisu své představy a pocity zcela bez omezení daných normotvůrcem. Vystupuje tak proti jejich tendenci vytvářet své vlastní zákony nebo se alespoň podílet na vyjednávání o jejich obsahu.²⁹ Proto je pro něj legislativa nezbytně tvůrčí činností, což má vést k větší srozumitelnosti pro různé sociální či zájmové skupiny. Organickým propojováním více právních oblastí a odstraněním mechanického setrvání v jednom odvětví může normotvůrce najít řešení přijatelné pro různé aktéry, případně řešení, které nese významy nejen v rovině právní, ale také v rovině pragmatické, či morální.³⁰ Z tohoto důvodu Rémy připodobňuje tvorbu práva urbanistice a upozorňuje na dílo rakouského urbanisty Camilla Sitteho *Der Städtebau nach seinen künstlerischen Grundsätzen*.³¹ I přes mnohá technická omezení a nezbytnost funkčnosti zbývá v urbanismu, stejně jako v tvorbě práva, dost prostoru pro tvůrčí činnost. Alespoň v rozsahu uspokojujícím všechna omezení a požadavky. Z tohoto pohledu má tvorba práva blízko k pojmu *Gesamtkunstwerk*, jak jej rozpracoval německý skladatel Richard Wag-

²⁵ MILL, J. S., ROBSON, J. M. (ed.): *System of Logic Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*. Toronto: University of Toronto Press, 1974. 944 – 945.

²⁶ BENTHAM, J.: „Nomography”, *The Works of Jeremy Bentham: Volume III*. Edinburgh: William Tait, 1843. 233.

²⁷ KYRITSIS, D.: *Shared authority: courts and legislatures in legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2015. 101.

²⁸ RÉMY, D.: *Légistique: L'Art de faire les lois*. Paris: Romillat, 2004. 15.

²⁹ Tamtéž.

³⁰ CYRUL, W.: *Lawmaking: Between Discourse and Legal Text*. In: Wintgens, L. J., Thion, P. (ed): *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*. London: Routledge, 2016. 51.

³¹ SITTE, C.: *Der Städtebau nach seinen künstlerischen Grundsätzen: Ein Beitrag zur Lösung modernster Fragen der Architektur und monumentalen Plastik unter besonderer Beziehung auf Wien*. Wien: Carl Graeser, 1889.

ner, a který chápal jako spojení více jednotlivých umění dohromady v jednom díle.³² I v případě právního předpisu je nepochybné, že se v něm pojí více činností dohromady proto, aby se jednalo o funkční výsledek.

Tato kombinace a možnost tvůrčího postupu při psaní právního textu předpokládá racionální východiska. Jakkoli dokonalé a kreativní tvoření textu nedokáže překlenout absenci racionálního záměru a absenci věcného řešení. Polský právní teoretik Jerzy Wróblewski například o významu racionálního prvku v tvorbě práva nijak nepochyboval.³³ Jeho stanovisko je však preskriptivní – tedy předkládá, jak by tvorba práva měla probíhat. Tento předpoklad nemožnosti vyloučit racionalitu může být založen na tom, že tvůrce normativního textu je odpovědný za racionalitu legislativy (návrhu zákona) a musí jednat v souladu se sociálním kontextem.³⁴ Navíc s tím omezením, že výsledek legislativní činnosti musí být srozumitelný, neboť interpret předpokládá, že tvorba práva je racionální.³⁵ Konstrukce, které se pokouší odhalit racionální prvky v nesrozumitelném textu, jsou kreativní snad až příliš.

Co se děje v legislativní praxi

Všeobecně závazná regulace způsobu, jakým mají být psány návrhy právních předpisů v České republice, neexistuje. V jiných zemích může být situace odlišná: například ve Slovenské republice je účinný *zákon č. 400/2015 Sb., o tvorbe právnych predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov*. Ten obsahuje některá nejdůležitější pravidla, která mají být při psaní právních předpisů dodržena. Byť jsou tato pravidla obecná, představují alespoň hmatatelný základ, který má být dodržen. V České republice existuje normativní úprava pouze na úrovni vlády, tj. existují kodifikovaná pravidla, která pro všechny administrativní orgány vydává vláda. **Legislativní pravidla vlády** odvozují svou právní autoritu z formy usnesení vlády, a jsou tedy závazná pro všechny subjekty v podřízeném postavení k vládě. Jakékoli další subjekty jimi nejsou vázány. Legislativní pravidla vlády jsou považována za vnitřní předpis, který zavazuje orgány řízené vládou, jehož účelem je sjednotit legislativní postup při přípravě právních předpisů a přispět ke zvyšování úrovně legislativy.³⁶ Vzhledem k jejich potenciálně racionálnímu jádru by však bylo vhodné, aby je respektovaly i tyto „vnější“ subjekty. Legislativní pravidla vlády například nejsou závazná pro soudní orgány, přičemž na druhou stranu se jedná o pramen poznání legislativní techniky,³⁷ takže jeho využívání může posílit právní jistotu. Na druhou stranu by měly být závazná pro subjekty spadající do moci výkonné a napomáhat jim v interpretaci. Vzhledem k tomu, že svou věcnou působnost směřují k tvorbě, dá se předpokládat, že jejich využití v interpretaci bude mizivé.

³² WAGNER, R.: *Das Kunstwerk der Zukunft*. Leipzig: Otto Wigand, 1850. 32.

³³ WRÓBLEWSKI, J.: *Teoria Racjonalnego Tworzenia Prawa*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1985. 8.

³⁴ WINTGENS, L. J.: *The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence*. In: Wintgens, L. J., Oliver-Lalana, D. A. (eds) *The rationality and justification of legislation: essays in legisprudence*. New York: Springer, 2013. 8.

³⁵ Tamtéž, 9.

³⁶ ŠÍN, Z.: *Tvorba práva: pravidla, metodika, technika*. Praha: C. H. Beck, 2009. 65.

³⁷ FILIP, J.: *Ústavní soud a problémy legislativy v ČR*. In: Vostrá, L., Čermáková, J. (eds): *Otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice: sborník příspěvků z mezinárodního vědeckého symposia „Aktuální otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice“*, Praha, 29. - 30. 11. 2004. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005. 109.

Jakákoli podobná sada norem, které se dotýkají toho, jaká úskalí má tvorba normativního textu a jaké významy se přiřazují jakým obsahům, byť se nemusí jednat o sadu danou právním předpisem, ale postačí, pokud bude obecně respektovaná, může sjednocovat legislativní výstupy a usnadnit srozumitelnost a sdělnost normativního textu.³⁸ Pokud budou všechny legislativní subjekty při „kódování“ normativního textu využívat stejnou sadu „kódů“, nemohou vzniknout pochybnosti o tom, co chtěl každý z nich sdělit. Různé sady pravidel pro tvorbu textu mohou vyvolat naopak zmatek a pochybnosti.

V pilotní studii při zjišťování nejvhodnější metodologie pro zkoumání toho, jak úředníci (legislativní experti) píšou návrhy právních předpisů, jsme se ptali mimo jiné na to, jak chápou svou práci, co vše pro ně představuje a jaké významy do ní vkládají. Při pilotním sběru dat, který je přípravou pro další případná empirická šetření, byla použita metoda tzv. hloubkových rozhovorů. Jejich výhodou je především to, že jakkoli výzkumníci nastolují jejich témata, zůstává zde při citlivém vedení stále dost prostoru pro to, aby se tážající participantů doptávali, umožnili jim navrhovat vlastní témata a někdy je přímo vybízeli k diskuzi.³⁹

Jak tedy legislativní experti popisují svou práci? Zdůrazňujeme především ty jevy a momenty, které se dle první analýzy zdají být rozhodující pro to, jak právní text ve výsledku vypadá, a které mohou být relevantní pro další, hlubší, výzkum. Základní zájmové okruhy charakterizují dvě otázky: „*Jaká je povaha psaní právního textu?*“ a „*Jaká je povaha práce legislativce?*“. Tyto dvě otázky, a odpovědi na ně, spolu souvisí. Popisují ale také dva rozdílné obsahy. První otázka je zaměřena na pochopení povahy psaní, například na identifikaci důležitých fází psaní nebo jeho symbolického významu. Odpovědi na druhou z těchto otázek pak nabízí vhled do toho, jak chápou legislativci svou práci nikoli jako „psaní“, ale jako pozici a aktivitu, která je součástí většího celku tvorby práva, respektive sociálního pole s různými aktéry. Jinými slovy, naší snahou je pochopit psaní nejen jako specifickou odbornou aktivitu, ale také jako specificky zakoušenou pracovní pozici. Tyto dvě části se však vzájemně proplétají a vzájemně se ovlivňují. Nelze je od sebe odtrhnout, a to ani v praxi, ani při výzkumu. Pro další analýzu je však nezbytné je konceptualizovat a pokusit se je popsat také izolovaně. Z hlediska potřeb budoucího výzkumu jsme se snažili definovat významné okamžiky celého procesu psaní a s nimi související významné aktéry. Zajímala nás také představa „ideálně“ odvedené práce. Ve všech těchto bodech jsme se setkali s, pro nás překvapivě, bohatou škálou odpovědí. Nejprve se zaměříme na povahu psaní jako takového, dále pak na otázku významných momentů.

V rozhovorech, jež jsme vedli, se objevuje jistá tenze mezi tím, zda je psaní legislativního textu aktivitou tvůrčí a autorskou, či zda jde o činnost podléhající přesným pravidlům, při které je eliminována možnost osobní kreativity. Jinými slovy, zda jde o činnost, ve které není pisatel nic jiného, než v zásadě „neviditelný“ tvůrce, který textem *pouze* zprostředkovává vůli zadavatelů. Již v úvodních pasážích tohoto textu jsme si ukázali, že tvorba práva má jak povahu tvůrčí tak racionální. Nepochybně i v tvorbě práva se objevují rutinní a formalistické prvky, které umožňují unifikovat práci mnoha aktérů, a které zajišťují stabilní podobu výstupů. Otázkou pochopitelně zůstává, zda při samotném psaní převažují tvůrčí nebo formální prvky, neboť sociální realita se obvykle netvaruje do podobných ideálních typů (tvůrčí činnost / formální zprostředkování).

³⁸ Viz BÁRÁNY, E.: Zmena práva v právnom štátě. In: Jermanová, H., Cvrček, F. (eds): Quo vadis, střední Evropo? Metamorfózy práva III. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2012. 14.

³⁹ Viz např. KAUFMANN, J.-C.: L'entretien compréhensif: L'enquête et ses méthodes. Paris: Armand Colin, 2011.

Byť se oba tyto póly ve výpovědích objevují, neobjevují se nutně jako dva konce jedné škály. Nevidíme na jedné straně volnomyšlenkářské kreativce a na druhé straně pravidla rigidně dodržující „psací stroje“. Naopak můžeme identifikovat znaky, které odpovídají více či méně jednomu nebo druhému přístupu, u jednoho či jedné komunikační partnerky, ovšem s různým důrazem, respektive v různých kontextuálních situacích. Setkáváme se především s tím, že legislativci řeší formální otázky, které ale souvisí s povahou obsahu. Jedna z výpovědí například poukazovala na nutnost porušit formální pravidla označování jednotlivých částí právního předpisu, aby obsah byl adresátům srozumitelnější. Právě srozumitelnost je velmi důležitým požadavkem na kvalitu textu. Ukazuje se, že její zachování (či nastolení) vyžaduje schopnost imaginace tvůrce, minimálně v tom ohledu, aby předvídal, kdo bude adresátem textu.

Legislativní pravidla vlády jsou základními vodítky pro psaní každého textu zákona. Legislativní pravidla vlády jsou dokumentem, je součástí práce každého legislativce a zmiňují jej všichni komunikační partneři a partnerky. Věta „*Legislativní pravidla o tom mlčí*“ je důležitou poznámkou odkazující k nepsaným pravidlům psaní textů, která jsou dodržována. Zkušenost legislativních expertů, která je podstatnou součástí jejich odbornosti (ano, není to obráceně; tvorba práva je velmi těsně spjata se zkušeností a spočívá mimo jiné ve schopnosti získat dovednost co nejlépe formulovat výstupy s žádoucím obsahem), jim říká, které formulace a formální úpravy mohou být akceptovány nebo naopak vráceny poradním orgánem vlády v oblasti její legislativní činnosti: Legislativní radou vlády, která je nejvyšším orgánem hodnotícím úroveň připravované legislativy. Mimořádně Legislativní rada vlády je někdy považována přímo za adresáta právní úpravy – legislativci předpisy píší přímo pro ni a nikoli pro „obvyklé“ adresáty, kterým je regulace určena. Mezi dalšími adresáty se objevují konkrétní úřady, či dokonce konkrétní úředníci, kteří předpis budou aplikovat. Přestože by právní předpisy měly být psány pro každého, není obvyklé, že je text psán právě pro tento imaginární subjekt.

Ukázalo se dále, že legislativci nemají konkrétní a jednotnou představu o tom, co znamená požadavek srozumitelnosti. Přesto, že je to pojem, který je s tvorbou velmi těsně spojen, škála odpovědí se pohybuje od představy, že textu by měl rozumět opravdu každý, po představu, že obecná srozumitelnost se nakonec týká především aktérů, kteří se pohybují v právním poli. Schopnost rozumět právnímu textu tedy není něco samozřejmého, ale je to dovednost, kterou je třeba si osvojit. Se srozumitelností je také spojeno očekávání, jaké mají legislativci od textu. V odpovědích se objevil zajímavý moment, ve kterém se legislativce s relativně dlouhou praxí a zkušeností se psaním různých typů právních předpisů ohradil vůči možnosti, že existuje lepší než dobrý právní text: „*Pokud píše srozumitelně a bez chyb, tak je jeho práce ve výsledku úplně stejná jako práce jeho kolegů, kteří dokážou psát srozumitelně a bez chyb.*“ Tato odpověď se jeví jako příklon k mechanickému dodržování formálních standardů, jako nejvyšší dokonalosti. Na druhou stranu otázkou zůstává, zda se nejedná o ideál, který by měl být sice naplněn, ale v praxi je vyloučeno, aby jej bylo možné dosáhnout.

Co se týče jednotlivých fází procesu psaní, při hlubším dotazování se ukazuje, že se jednotliví legislativci liší v tom, jaký význam jednotlivým předepsaným fázím procesu přiřkládají. Dokonce se liší i v tom, kdy považují svou práci na zadání za ukončenou. Zatímco někteří ji jako ukončenou vidí ve chvíli, kdy text odchází do schvalovacího procesu, jiní popisují jako faktický závěr až chvíli, kdy je text schválen Parlamentem. Jeden z participantů např. uváděl jako specifický završující rituál poslední kontrolní čtení před tiskem.

V tomto bodě se také ukazuje jeden z rozporů. Pokud bychom akceptovali tezi legislativců, že jejich práce není nijak tvůrčí, pak by i jejich produkt měl být zcela mimo jejich emocionální vazby. Formalistický přístup k tvorbě nutně znamená, že návrhy právních předpisů jsou produkovány standardizovaným způsobem. Pokud však ti samí legislativci zmiňují, že svou práci – v některých případech – považují za ukončenou až skutečně ukončením kontroly před tiskem (tedy v samotném závěru legislativního procesu), pak nutně do své práce umisťují **emocionální vklad**. Nelze pak trvat na tezi, že jsou jen psaní stroje: ty by nemělo zajímat, co se s jejich produktem děje poté, co svou práci ukončí. Přitom – a vracíme ke shora zmíněnému paradoxu – většina z námi dotazovaných legislativních expertů se necítí být **autore**m textů, které sama píše: *„Během let jsem se zcela oprostil od toho, co zcela přirozeně napadá každého autora. Totiž to, že ten text je produktem nějaké mé vnitřní jedinečnosti a osobitosti a že jsem jeho skutečným, plnohodnotným autorem, jako kdybych psal poezii. Já to tak v žádném případě nevnímám, jsem schopen se oprostit od tohoto autorského vztahu k tomu textu. Myslím, že je to tak v pořádku – nepiši ani román, poezii, dokonce ani odborný článek či pojednání. Piši právní předpis. Samozřejmě nikdy nejsem výlučným autorem toho textu.“* Nejde pochopitelně o autorskoprávní souvislosti, ale opět o vnímání sebe sama jako prvku procesu tvorby práva, který má nějaké tvůrčí zadání, anebo jen o nástroj, který převádí zadání do textové podoby. Zdá se, že legislativci sami sebe vidí především jako **nástroj** systému, který má zaručit, že jeho jednotlivé součásti budou do sebe dobře zapadat. Jedním z hlavních rysů těchto nástrojů pak je, že za systém nemluví, ale pouze připravují podklady, popřípadě přímo ty aktéry, kteří jsou zmocněni mluvit – své nadřízené, popřípadě jejich nadřízené.

I zde se proto projevuje výše zmíněný rozpor. Legislativci vnímají sebe sama jako nástroj, což nutně vede k závěru, že i jejich činnost je odosobnělá, mechanická a prostá jakékoli tvůrčí souvislosti. To je jednak v rozporu s teoretickou literaturou (což by tak nevadilo, i teoretici se mohou mýlit), ale především s tím, že jednak spojují návrh právního předpisu s emocemi (sledují, jak se vyvíjí a kdy – velmi obrazně a nadneseně řečeno – dosáhne zletilosti a nabyde platnosti) a také předpokládají, že součástí jejich odbornosti je zkušenost. Ve zcela formálním systému by zkušenost byla k ničemu. Přehnaný důraz na karikaturu racionality tvorby práva, tj. deklarování formálnosti postupu, tak je v rozporu s tím, co skutečně dělají. Je to snad i jakási záruka bezvadnosti výstupů. Objektivizovaný postup v tvorbě práva, který je výrazně spojen s formami, má za cíl odstranit vady a minimalizovat nedostatky. Pokud by legislativci připustili, že jejich postupy jsou zatíženy subjektivními prvky (tvorba), pak by jejich výstupy mohly být zpochybněny. I v tom se však projevuje onen emocionální vklad (a doklad přítomnosti tvůrčího prvku): legislativci tímto minimalizují pochybnosti a umožňují svému dílu (návrhu právního předpisu) dojít až do konce procesu. To neznamená, že následně vše proběhne hladce. Znamená to však, že některé problémy byly minimalizovány.

Závěr

Pro pochopení procesu tvorby práva, zejména jejich částí spojených se samotným psaním návrhů právních předpisů je významné zjišťování toho, jak legislativní experti popisují sami svou práci. Tento přístup umožňuje identifikovat jejich přístup k samotnému procesu psaní (tvorby), zejména v tom ohledu, zda se jedná o tvůrčí činnost, plně formalizovaný postup skládající se z rutinizovaných činností, ve kterém není pro tvůrčí činnost

prostor, případně, zda se jedná o tvůrčí činnost, která je však silně regulována pravidly (bez ohledu na to, zda právními nebo jinými sociálními pravidly). Při analýze jednotlivých výpovědí legislativců se ukázal rozdíl mezi teoretickými koncepty, které se zřetelně přiklánějí k pojetí tvorby práva jako činnosti, která zahrnuje i výrazné tvůrčí prvky a zjištěními z pilotního šetření (z hloubkových rozhovorů). Legislativní experti svou činnost vnímají spíše jako formální – dokonce jsou ochotni popsat sami sebe jako nástroj. Avšak přitom vkládají do své činnosti emocionální vklad, tedy v reálném prostředí se jako nástroje nechovají. Samotný popis obsahu práce má blíže ke kreativní činnosti, při které experti volí kroky podle daných podmínek. Při tom nezbytně konstruují očekávání adresátů, očekávanou interpretaci, případně zvažují dopady používání jednotlivých slov a slovních spojení. Při neustálé konfrontaci s metodologickými doporučeními či pravidly pro konstrukci normativního textu. Často je proto výsledek záležitostí kompromisu. Navzdory deklarované formálnosti psaní textu je také patrné, že neexistuje jeden *správný* styl či jeden *správný* postup. Výsledek (normativní text) i samotná legislativní práce jsou ovlivněny vnějšími faktory. Jasná a striktně dodržovaná pravidla nemá ani samotné psaní. Navzdory tomu, že existují psaná pravidla a také pravidla nepsaná (např. legislativní zvyklosti), která jsou legislativním expertům známa.

Abstract: This text concentrates on comparing the testimony of legislative experts with theoretical approaches to the statutory drafting. The aim is to map out their concepts of activity they are doing. The aim of the article is to present basic possible approaches to studying law-related processes, in particular the phase that takes place at government level, i.e. within the bureaucratic apparatus that the government, as a typical proposer of legislative proposals, has. Therefore, the article combines empirical procedures (qualitative research to create a methodology for further empirical research) with a doctrinal approach to analyzing available literary knowledge.

Key words: creation of norms, empirical research, statutory drafting, qualitative research, legislation, language interpretation

Použitá literatura:

- Bárány, E. Právny systém a jeho prostredie. In: Bárány, E. (ed.) Ako právo reaguje na novoty. Bratislava: Veda, 2017.
- Bárány, Ed.: Zmena práva v právnom štátě. In: Jermanová, H., Cvrček, F. (eds): Quo vadis, střední Evropa? Metamorfózy práva III. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2012.
- Bentham, J.: "Nomography", The Works of Jeremy Bentham: Volume III. Edinburgh: William Tait, 1843.
- Braibant, G.: Qui fait la loi? Pouvois: Revue française d'études constitutionnelles et politiques. 1993, roč. 64n
- Capitant, H. Comment on fait les lois aujourd'hui. Revue politique & parlementaire, 1917, roč. 91, 305 – 307.
- Cvrček, F., Novák, F.: Legislativa: Teoretická východiska a problémy. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017.
- Cyruł, W.: Lawmaking: Between Discourse and Legal Text. In: Wintgens, L. J., Thion, P. (ed): Legislation in Context: Essays in Legisprudence. London: Routledge, 2016.

- Eskridge, W. N., jr., Frickey, P. P.: *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*. Stanford Law Review, 1990, roč. 42, č. 2.
- Filip, J.: Ústavní soud a problémy legislativy v ČR. In: Vostrá, L., Čermáková, J. (eds): *Otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice: sborník příspěvků z mezinárodního vědeckého sympozia „Aktuální otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice“*, Praha, 29. - 30. 11. 2004. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005.
- Foucault, M.: *Dohlížet a trestat. Kniha o zrodu vězení*. Praha: Dauphin, 2000.
- Gluck, A. *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualisms*. Yale Law Journal. 2010, roč. 119, č. 8.
- Holmes, O. W.: *Path of the Law*. Boston Law School Magazine, 1897, roč. 1, č. 4.
- Christiansen, M. R., Eskridge Jr., W. N.: *Congressional Overrides Of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011*. Texas Law Review, 2014, roč. 92.
- Jhering, R. *Geist des Römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung. Zweitel Theil*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1869.
- Kaufmann, J.-C.: *L'entretien compréhensif: L'enquête et ses méthodes*. Paris: Armand Colin, 2011.
- Knapp, V.: *Teoretické problémy tvorby československého práva*. Praha: Academia, 1983.
- Kyritsis, D.: *Shared authority: courts and legislatures in legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- Mill, J. S., Robson, J. M. (ed.): *System of Logic Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*. Toronto: University of Toronto Press, 1974.
- Rémy, D.: *Légistique: L'Art de faire les lois*. Paris: Romillat, 2004.
- Robinson, C. A.: *The Bureaucracy And The Legislative Process: A Case Study Of The Health Care Financing Administration*. 1991, Lanham: University Press of America.
- Savigny, C. F., von: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.
- Sitte, C.: *Der Städtebau nach seinen künstlerischen Grundsätzen: Ein Beitrag zur Lösung modernster Fragen der Architektur und monumentalen Plastik unter besonderer Beziehung auf Wien*. Wien: Carl Graeser, 1889.
- Sobek, T.: *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010.
- Šejvl, M.: *Konverzace v jednací síni a rituál*. Právník, 2005, roč. 144, č. 10. 1143-1156.
- Šín, Z.: *Tvorba práva: pravidla, metodika, technika*. Praha: C. H. Beck, 2009.
- Wagner, R.: *Das Kunstwerk der Zukunft*. Leipzig: Otto Wigand, 1850.
- Weber, M., Roth, G., Wittich, C.: *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Wintgens, L. J.: *The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence*. In: Wintgens, L. J., Oliver-Lalana, D. A. (eds) *The rationality and justification of legislation: essays in legisprudence*. New York: Springer, 2013.
- Wintr, J.: *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013. 49.
- Wróblewski, J.: *Teoria Racjonalnego Tworzenia Prawa*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1985.

AKTUÁLNÍ LEGISLATIVA ČESKÉ REPUBLIKY A PROCES ZMĚN V JEJÍ STRUKTUŘE

NOVÁK, F.

I.

Dovolte tentokrát začít od prostředka: Proč nás mají zajímat nějaké změny právě až po roce 2013? Proč právě tento rok a toto období?

Odpověď je ovšem snadná. V roce 2015 se totiž konala, jak si všichni vzpomínáme, obdobná mezinárodní vědecká konference v Piešťanech, tentokrát na téma „Ako právo reaguje na novoty“. Chápáno zřejmě, zejména ty „novoty“, zcela všeobecně! Tehdy jsem přednesl příspěvek právně politologického charakteru s názvem „Co nového zrcadlí legislativa ČR po roce 1990?“

Jednalo se tehdy o jak řečeno všeobecný popis společenskopolitických proměn, jež proběhly od doby velké společenské změny z let 1989 – 1990, jako reakce na tyto změny v systémech českého a slovenského práva. Základem byla přitom analýza dat z časové řady, jež byla tehdy k dispozici, tedy až po uvedený rok 2013.

Tématem této naší konference jsou opět **změny**, tentokrát v chápání práva s poukazem na **pluralitu** (systémů, pramenů, perspektiv atd.) A když se tak zamyslím nad řadou obecně-teoretických konferencí, jež byly v období po roce 1990 uspořádány zejména pod péčí slovenské vědecké komunity a nad jejich tématickým zaměřením, vystupuje do popředí právě zájem o **změnu**, **novost**. Ve vědě jistě nikterak překvapivé kategorie. Na české straně se pak zřejmě ve snaze o jisté odlišení používá stejně výmluvný termín „**metamorfózy**“.

Tak máme zase jednou před sebou konferenci o změnách v právu a v jeho chápání, o nových pohledech na interpretaci práva jako obecného společenského fenoménu. A tak se i mně celkem přirozeně nabízí k uvážení provedení určité revize myšlenek vyslovených již na zmíněné konferenci (a určité i při jiných příležitostech) v roce 2015 a jejich prověření na datech období následujícího, tedy na pětiletí mezi lety 2013 a 2018. Data za Slovenskou republiku jsou však k dispozici jen za roky 2014 a 2015.

Důležitým aktuálním vyústěním tohoto příspěvku do sborníku materiálů z konference je tedy jistý druh monitoringu aktuální legislativy především ČR a částečně i SR zejména se zaměřením na **změny v její struktuře**, pokud je lze zachytit po roce 2013, resp. v letech 2014 až 2018.

II.

Připomeňme si tedy nejprve základní teze a pojmenování společenských a státoprávních změn a na ně navazujících ústavněprávních a obecně legislativních reflexí formulovaných v příspěvku na konferenci z roku 2015:

1. Podstatné společenské a státoprávní změny, jež nastaly po roce 1990:
 - a) Zavedení „nového“ **hospodářského a sociálního** systému
 - b) Zavedení „nového“ **politického** systému a politické organizace společnosti
 - c) Vstup do **evropských mezinárodních struktur** (Rada Evropy a EU)
 - d) Vstup do NATO
 - e) Rozdělení československé **federace**
2. Základní ústavněprávní změny – zejména
 - a) Přijetí **Listiny** základních práv a svobod

- b) Ústavní úprava **mezinárodních smluv** (zejména o lidských právech)
- c) Vznik **Ústavního soudu** a napojení české justice na evropské mezinárodní soudnictví
- d) Nová **Ústava ČR**
- e) Nový **Parlament** a volební systém
- f) Vznik **Senátu**
- g) Nové **regionální** uspořádání (kraje)
- 3. Změny v zákonodárství
 - a) Proces **transpozice** práva EU do českého práva po vstupu ČR do EU
 - b) **Kodifikace** některých odvětví práva (zejména práva soukromého)
 - c) Ústavněprávní **úprava legislativního procesu** (nové jednací řády obou sněmoven a úloha Senátu a Ústavního soudu v legislativním procesu)
 - d) **Legislativní pravidla** vlády a jejich novelizace
 - e) **Vyhlašování** právních předpisů (vznik nové sbírky Sb.m.s. pro mezinárodní smlouvy – zák.č. 309/1999 Sb. a od r. 2020 opětovně sjednocení obou sbírek v rámci projektu „E-Sbírka“ – zák. č. 222/2016 Sb.

III.

K této základní problémové charakteristice není zřejmě možné nic zásadního dodat. Podívejme se tedy na konkrétní stav legislativní struktury ČR a event. změny v této struktuře realizované v průběhu posledních pěti let (2014 – 2018). Jako základní problémy, jež je ve struktuře legislativy vhodné i nutné sledovat se ukazují následující:

a) Transpozice práva EU do práva ČR.

Tento faktor ovlivňuje, jak se zdá, stále více a efektivněji zákonodárství České republiky. Uplatňuje se přitom zvláště ve sféře správního práva, finančního (nikoliv však daní) práva a s ním spjatých obchodněprávních transakcí v bankovním a obchodním sektoru, zdravotnictví a občanského práva zejména v oblasti ochrany spotřebitele, příp. některých dalších odvětví a pododvětví našeho práva. Konkrétní data ke struktuře transpozice práva EU do české legislativy na **věcné úrovni**, resp. na úrovni jednotlivých **právních odvětví** a oborů nejsou však momentálně k dispozici a jejich získání by vyžadovalo další relativně složitější datovou analýzu.

Porovnávat můžeme posledních pět let a jako vzorek k porovnání můžeme tak použít výsledky obdobné analýzy zákonů z let 2009 – 2013.¹

Transpozice předpisů EU do práva ČR v letech 2009 – 2013 a posléze v letech 2014 – 2018:

2009 – 105/381 – 27,56 %	2014 – 94/372 – 25,27
Zák. – 37/112 – 33,04 %	zák. – 35/78 – 44,87 %
2010 – 99/327 – 30,28 %	2015 – 93/413 – 22,52 %
Zák. – 26/66 – 39,39 %	zák. – 29/71 – 40,85 %
2011 – 107/370 – 28,92 %	2016 – 99/471 – 21,02
Zák. – 49/128 – 38,28 %	zák. – 31/102 – 30,39 %

¹ Data byla převzata z článků F. Nováka publikovaných v časopise Právník: NOVÁK, F., Legislativa ČR v roce 2010 - kvantitativní přehled, Právník č. 10, 2011 a dále Právník č. 11, 2011, Právník č. 2, 2013, Právník č. 11, 2013 a dále z výsledků každoročně prováděného monitoringu české legislativy, jež jsou zachyceny v databázi LexGalaxy a udržovány autorem příspěvku. Pro potřeby této práce jsou adekvátním způsobem modifikována. Pozn. aut.

2012 - 91/392 - 23,21 %	2017 - 106/476 - 22,27
Zák. - 29/99 - 29,29 %	zák. - 45/108 - 41,67 %
2013 - 80/361 - 22,16 %	2018 - 51/336 - 15,18
Zák. - 24/92 - 26,09 %	zák. - 10/43 - 23,26 %
Celkem - 482/1831 - 26,32 %	Celkem - 443/2068 - 21,42 %
Zákony - 165/497 - 33,20 %	zák. 150/403 - 37,22 %

Celkový přehled ukazuje na mírný pokles legislativy transponující právo EU do práva České republiky v letech 2014 až 2018 ve srovnání s roky 2009 až 2013 (zaznamenali jsme pokles cca o 5 procent). Naopak na úrovni zákonů došlo k nárůstu o zhruba 4 procenta při mírně nižší celkové absolutní úrovni transponujících zákonů.

Bez ambice na přesvědčivý důkaz lze tedy opatrně formulovat tezi, že transpozice předpisů EU do legislativy ČR probíhala v letech 2014 – 2018 **právně „silnější“ formou**, tj. pomocí zákonů jako normativních aktů nejvyšší právní síly! Může to naznačovat **větší právní relevanci transpozičního procesu** uskutečněného v nejnovějším období. Zároveň se zdá být intuitivně empiricky potvrzován poznatek o relativně se zvyšujícím se počtu evropských „Nařízení“ oproti „Směrnicím“. I v tomto případě se jedná o legislativně silnější formu předpisu. Obojí pak souladně naznačuje možné postupné narůstání tlaku ze strany evropských centrálních řídicích orgánů na legislativu ČR (A není vyloučeno, že se to týká i dalších zemí mj. vídeňské čtyřky nebo členských zemí obecně. Bylo by zajisté zajímavé tuto hypotézu ověřit, pokud by byla k dispozici potřebná data.). V politické i občanské rovině názorů a nálad je tato hypotéza o **zvyšujícím se tlaku EU ve směru federalizace**, resp. větší míry centralizace centrální regulace vůči členským zemím značně frekventována.

Pokud se týče výsledků transpozice předpisů EU do legislativy ČR v jednotlivých letech, pohybují se na úrovni zákonů okolo 40 procent, ovšem s výraznou výjimkou roku 2018, kdy došlo k poklesu transponujících předpisů zhruba na polovinu. Pro tento rok je ovšem mj. v důsledku proběhnuvších parlamentních voleb a obtížného sestavování vlády na základě jejich výsledků zaznamenán **všeobecný pokles legislativní aktivity**.

b) Změny ve struktuře legislativních forem

Při porovnávání **počtu zákonů** vydávaných ve vybraných obdobích (1948 – 1989 - 41 let, 1990 – 2013 – 23 let, 1993 – 2013 – 20 let, 2014 – 2018 – 5 let), byť nestejně délky, vidíme značné rozdíly. Zatímco v období zřejmě všeobecné společenské stagnace v letech 1948 až 1989 vycházelo v průměru 25 zákonů ročně, v následujících dvacetiletých obdobích okolo stovky. Poslední sledované roky zaznamenaly pokles na průměrných zhruba 80 zákonů ročně, avšak **nelze tu zřejmě jednoznačně prokázat trend poklesu legislativní aktivity**, resp. zákonodárné činnosti.

Změny ve struktuře legislativních forem ve vybraných obdobích:

- Porovnání počtu **zákonů** vydávaných v letech 1948-1989, 1990-2013, 1993-2013 a 2014-2018
 - 48 – 89: 1002
 - 90 – 2013: 2403
 - 93 - 2013: 1982
 - 2014 – 2018 : 402

Významný nárůst počtu!

- **Zákonná a podzákonná legislativa** (zejména poměr zákonů a vyhlášek min.)
 - 48 – 89: 24,88 % (podíl zákonů v zákł. legislativě)
 - 90 – 2013: 29,04 %
 - 93 – 2013: 27,08 %
 - 2014 – 2018: 24,65 %
- **Poměr nařízení vlády a vyhlášek** (jejich proporce ve sledovaných obdobích)
 - 48 – 89: 32,43% (podíl nařízení vlády na sekundární legislativě)
 - 90 – 2013: 26,29%
 - 93 – 2013: 26,79 %
 - 2014 – 2018: 29,15 %

Proporce zákonné a podzákonné legislativy vyjádřená podílem zákonů na celkové legislativní produkci v daných obdobích je vcelku překvapivě v letech 1948 až 1989 a 2014 až 2018 srovnatelná (ovšem jak víme při celkově nižším legislativním „výkonu“ či výstupu). V obdobích mezi lety 1990 a 2013, resp. 1993 a 2013 vykazuje pak výrazně vyšší úroveň.

Do jisté míry podobně vypadají také data odrážející poměr nařízení vlády a vyhlášek sledovaný ve stejných obdobích. Zvláště pak v letech 2014 až 2018 se zdá být zřetelná **snaha o větší centralizaci řízení**, pokud nám úroveň legislativy může sloužit jako indikátor daného jevu.

Bez zajímavosti není v dané souvislosti též porovnání proporcí všech základních legislativních dokumentů z let 1918 až 1938.

Proporce základních legislativních dokumentů v letech 1918 - 1938

Zákony – 1440 (25,36 %)

Nařízení vlády – 2993 (52,70 %)

Vyhlášky – 1235 (22,24 %)

Sekundární legislativa celkem – 4239 (74,64 %)

Základní legislativa celkem – 5679 (100 %)

Proporce **zákonů** z celku s **podzákonnou** legislativou – 25,36 %

Proporce **nařízení** vlády v rámci sekundární legislativy – 70,61 %

IV.

Fenomén změny v legislativě ČR (SR) po roce 1993

Fenomén změny v české, ale i slovenské legislativě po roce 1993 je zaznamenán a popsán mnoha autory. Řádění tohoto **novelizačního fantomu** nebylo ovšem nikdy adekvátně vysvětleno, natož aby byl zadržen a neutralizován. Ani potřebou transpozice evropského práva do legislativy obou zemí zejména v období vstupu do EU (známá legislativní smršť doktora Rychetského), ani výměnou legislativních pracovníků.

Nejpřirozenější vysvětlení tohoto skrz naskrz negativního jevu je zřejmě ve sféře politiky. V její **nekonceptnosti** ve všech stranách i koalicích, ale ovšem též v **nekompetentnosti** zejména pokud se týče legislativní činnosti, v **celosvětově rozkolísaných poměrech** odrážející se mj. též v naprosto **nekvalitním vedení EU** po stránce organizační, **personální** i legislativní. V nezvládnutí **kyvadlového** pohybu demokratické společnosti a nalézání optimálních i akceptovatelných řešení. V rozporu odbornosti řízení a správy a demokratického vládnutí a jeho konkrétním řešení.

Prozatím můžeme jen konstatovat **existenci nekontrolovaného pohybu v české i slovenské legislativě**. Je dobré jej popsat, registrovat, monitorovat. Vysvětlení nalézáme prozatím pouze v lapidární interpretaci, že novelizační aktivitu lze zřejmě považovat za soudobou **metodu vládnutí i prosazování opozičních názorů**. Obě strany se touto aktivitou (nikoliv ovšem kvalitou) pokoušejí ospravedlnit svou existenci, legitimizovat se. K obdobnému závěru ostatně dospěla i řada účastníků předchozích konferencí tohoto zaměření.² Platí tento závěr i nadále?

1. Změny v zákonné legislativě ČR (SR) v základních datech:
 - a) **Zákony ČR a jejich novelizace v letech 1993 až 2013**
 Zákony ČR celkem vydané v letech 1993-2013 – 1982
 Výslovné **novelizace** (podle názvu) – 1654
 (podíl **změn** v procentech - **83,45%**)
 1918-2018 - 5563, počet změn 2816
 (podíl **změn** – **50,62**)
 - b) **Zákony ČR a jejich změny v letech 2014 až 2018**
 Zákony: 403
 změny: 366
 podíl změn: **90,82 procent**
 Pro porovnání tytéž údaje pro SR za roky **2014 a 2015**:
 Zákony: 228
 změny: 218
 podíl změn: **95,61**
2. Základní strukturální prvky legislativy ČR a SR a jejich změny v letech 1993-2013
 České předpisy:
 Nařízení vlády – 1430 zákony: 1982 změny: 1654 (83,45 %)
 změny – 567 (39,65 %),
 Vyhlášky – 3905
 změny 1807 (46,27)

 Slovenské předpisy:
 Nařízení vlády – 1420 zákony: 2508 změny: 2083 (83,05 %)
 změny – 661 (46,55)
 Vyhlášky – 2300 změny – 863 (37,52)
3. Změny ve slovenské legislativě z let 1993-2013 a 2014 až 2015

² Viz: Quo vadis střední Evropa? Metamorfózy práva III. Sborník příspěvků ze stejnojmenné mezinárodní konference pořádané Ústavem státu a práva AV ČR, v.v.i. a Fakultou právnickou ZČU v Plzni ve dnech 27. - 29.6.2012 ve Znojmě. Metamorfózy práva ve střední Evropě IV: Žijeme v nejlepším z možných právních světů? Sborník příspěvků ze stejnojmenné mezinárodní konference pořádané Fakultou právnickou ZČU v Plzni ve dnech 1.-3. října 2014 ve Znojmě.
 BÁRANY, E. a kol.: Právo a jeho prostredie, Ústav štátu a práva SAV, Bratislava 2011, s. 33-47. resp. 56-69.
 BÁRANY, E. a kol.: Zmena práva, Ústav štátu a práva SAV, Bratislava 2013, s. 52-63, resp. 194-226.

Zákony: 2508	2014 - 2015
změny: 2083 (83,05)	228/218 (95,61 %)
Nařízení vlády – 1420,	94/67 (71,28 %)
změny – 661	
tj. 46,55 % ze všech NV	
Vyhlášky – 2300,	195/102, (52,31 %)
změny – 863	
tj. 37,52 % ze všech vyhlášek	

4. Změny v legislativě ČR z let 2014 až 2018

Nařízení vlády – 360 Zákony - 403
 Změny – 183 Změny - 366
 Podíl změn – 50,83 % Podíl změn – **90,82**

Vyhlášky – 872
 Změny – 498
 Podíl změn – 57,11 %

5. Zákony ČR a SR v letech 1993 až 2013 a 2014 až 2018 (2014 až 2015) a jejich změny

1993 – 2013 :

– ČR: 1982/1654 83,45 % změn
 – SR: 2508/2083 83,05 % změn

2014 – 2018 (2014-2015):

- ČR: 402/366 **90,82**
 - SR: 228/218 **95,61**

Výsledky analýzy vývoje legislativy v ČR a ve dvou letech též v SR za období 2014 až 2018 ukazují **posílení tendence ke změnám**, ještě intenzivnější uplatnění novelizačního faktoru jak v ČR, tak i ve Slovenské republice, byť zde hodnotíme pouze dvouleté období 2014-2015. Zatímco v historicky nejplodnějším dvacetiletí mezi lety 1993 a 2013 jsme zaznamenali u zákonů v ČR i v SR téměř stejnou hodnotu míry novelizací (cca 83 procent), v posledním sledovaném období zde máme **nárůst na téměř 91 procent v případě ČR a dokonce na 95 a půl procenta v případě zákonodárství Slovenské republiky!**

Určitý nárůst novelizací byl zajisté očekáván v souvislosti s rozdělením Československa a po vstupu ČR i SR do Evropské unie v roce 2004. I od této doby ovšem uplynulo více než deset let a fantom změny v legislativě obou našich zemí řadí dál! I nadále platí teze a hypotézy vyslovené již na konferenci v roce 2015, zejména totiž: zda „reakce legislativy na „nové“ ve společnosti má být **novelizace**, nebo kompletně **nová** úprava, zda je vhodné a rozumné novelizovat **novelizované**, zda jsou **požadavky** na novelizace **adekvátně a kvalifikovaně** zdůvodněné a zda nejsme svědky působení **fetišu „reformy“** zejména v legislativě?“

Nápomocna v daném směru měla být zásadní reforma zákonodárství v oboru legislativy, tedy přijetí historicky prvního **zákona „o tvorbě zákonů“** jak v SR, tak i v České republice, od níž si zákonodárce slibuje dalekosáhlé zlepšení kvality legislativní práce na všech úrovních, ale též celého právního řádu, veškerého zákonodárství.

Byl přijat zákon č. 222/2016 Sb., **o Sbírce zákonů a mezinárodních smluv**, který předpokládá realizaci **projektů e-Sbírka a e-Legislativa**, jež jsou v důvodové zprávě k tomuto zákonu velmi podrobně popsány. Na Slovensku byl pak přijat svým způsobem analogický zákon č. 400/2015 Z. z., o tvorbě právních predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky, který na rozdíl od zákona českého již nabyl též účinnosti.

Máme však doopravdy očekávat kvalitativní zlom v úrovni české (ale i slovenské) legislativy a procesu tvorby práva? Doposud tomu nic podstatného nenasvědčuje a slovenské zkušenosti se nám zdají spíše značně problematické!

Zůstaly totiž mj. otázky, jež se obracejí v první řadě k českým projektům e-Sbírka a e-Legislativa:

1. Jak budou vytvářena „**stará**“ **UZ** (ručně nebo automaticky, pak ale jak?)?
2. Jak budou prováděny **změny do textu UZ** – ručně nebo automaticky?
3. Kdo bude vytvářet ona „**stará**“ **UZ**? Hrozí deficit **neústavnosti**, resp. **zůstane pouze informativní charakter** těchto výtvorů? Jak pak tvořit nová **UZ** jako závazné?!
4. **Odkud budou vzaty texty předpisů do databáze e-Sbírky** a jak bude ověřována jejich správnost?
5. V jakém stavu se projekty **momentálně** nacházejí? Bude dodržena účinnost k 1.1. 2020?

K dokreslení stavu, v jakém se zákonodárství České republiky nalézá od samého jejího vzniku uvádíme jako dodatek **přehled vybraných kodexů**, jež obvykle tvoří páteř právních řádů v civilizovaných společnostech a frekvenci jejich změn. S doplněním období posledních pěti let.

Nejde tedy zdaleka jen o určité formální nedostatky v legislativě, projevující se na úrovni její struktury, ale o vlastní materii, vlastní „hmotu“ zákonů.

V.

Frekvence změn některých základních kodexů ČR po r. 1990

Zákon č. 40/1964 Sb. (OZ) – 76 změn, po r. 1990 69, 4 rozsáhlé novelizace, 23 změn přímo v názvu z toho ve 12 výslovně (zrušen 2012); v letech 2014 až 2018 byl novelizován tento nový zákon čtyřikrát, z toho dvě novely jsou rozsáhlé (desítky novelizačních bodů).

Zákon č. 65/1965 Sb. (ZP, zruš. 2006) – 92 změn, po r. 1990 76, 6 rozsáhlých novel (3 nad 100 n. bodů, též 203 n. bodů.);

Zákon č. 262/2006 Sb. (ZP) – 32 změn, 2 rozsáhlé (1 nad 100nb, též 323); v letech 2014 až 2018 byl zákoník práce změněn **dvaadvacetkrát**.

Zákon č. 140/1961 Sb. (TZ, zruš. 2009) – 100 změn, po r. 1990 - 89, 7 rozsáhlých novel (2 nad 100nb); v letech 2014 až 2018 byl trestní zákon změněn **osmnáctkrát**.

Zákon č. 99/1963 Sb. (OSŘ) – 146 změn, po r. 1990 139, 12 rozsáhlých novel (5 nad 100 nb, též 464!); v letech 2014 až 2018 vykazuje **dalších 23 změn**.

Zákon č. 141/1961 Sb. (tr. ř.) byl změněn celkem v 113 legislativních dokumentech a v letech 2014 až 2018 **dvaadvacetkrát**.

Abstract: The contribution follow up the paper from 2015 which deals with the research and identification of „the new“ in the surroundings of law especially in the Czech republic in the period after 1990 or more exactly between years 1993 and 2013 and the

reaction of legislature on these news. It analyse new data from the field of Czech legislation in the period from 2014 till 2018 .

On the basis of the quantitative description and analysis of some selected features and parts of the Czech legislature and its development the autor presents and argue first of all the thesis about so called „hypertrophy“ of the Czech legislation in the above mentioned period as the dominant tendency of its development that cannot be evaluated positively in principle. This tendency is evident also in the period between years 2014 and 2018 and this period is characterized by huge amount of novelizations in the Czech and Slovak legislation too. Both tendencies are evaluated as very negative phenomena from the point of view of the social development and the development of the legislation first of all.

Key words: News, changes, legislature of CR, legislation in CSR,CR and SR, development of the legislature in the 1993-2013, development of the Czech legislation in the 2014-2018.

VI. KAPITOLA: ĽUDSKÉ PRÁVA

- 1) ŠEJVL, M.: Úskalí zdůvodňování lidských práv v současné situaci
- 2) GAJDOŠOVÁ, M.: Mení sa chápanie slobody združovania?
- 3) COMPLAK, K.: „Abecadlo rasizmu meksykańského” a sprawa Polska wprowadzenie
- 4) KURILOVSKÁ, L.: Osobné údaje v digitálnej spoločnosti a ich regulácia
- 5) VOSTRÁ, Z.: Vybrané otázky související s počátkem a koncem lidského života ve světle judikatury evropského soudu pro lidská práva

ÚSKALÍ ZDŮVODŇOVÁNÍ LIDSKÝCH PRÁV V SOUČASNÉ SITUACI

ŠEJVL, M.

1.

Zdá se mi, že lidská práva se stala obětí svého vlastního úspěchu. K tomuto názoru mne vede nejen to, jak se lidská práva používají (či zneužívají), třeba když chtějí některé státy zaútočit na jiný stát (příkladem by mohlo být třeba bombardování a následné zničení Libye)¹, nebo změnit či alespoň oslabit jeho politický režim (příkladem by mohla být třeba podpora disidentských hnutí za lidská práva ve střední a východní Evropě ze strany západních států za dob studené války,² a možná i praxe současných tzv. „barevných revolucí“, jichž se obává především současný ruský vládnoucí establishment³), ale hlavně něco jiného – to, jak se lidskými právy právnícky argumentuje k dosažení cílů, které jsou s nimi zřetelně nesluči-

JUDr. Michal Šejvl, PhD., Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, Praha

¹ V březnu 2011 přijala Rada bezpečnosti OSN rezoluci č. 1973, která mj. poukazovala na fakt „masivního a systematického porušování lidských práv“ v Libyi. Dva dny po přijetí této rezoluce pak začala vojenská intervence USA, Francie, Velké Británie a dalších čtrnácti států v Libyi. Nejde o to, jaké byly skutečné motivy tohoto ozbrojeného útoku, ani o to, jestli se třeba lidskoprávní situace Libyjců nějak zlepšila (o čemž lze úspěšně pochybovat) – jde pouze o to, že prosazování lidských práv sloužilo jako jedno z ospravedlnění této vojenské akce.

² Z počátku byl celý tzv. helsinský proces v USA chápán spíše jako jednostranný ústupek SSSR, protože se snažil o normalizaci vztahů mezi Východem a Západem v Evropě, přičemž lidskoprávní agenda byla vnímána (minimálně v rámci Kissingerovy *Realpolitik*) spíše jako „cár papírů“. Teprve s nástupem Cartera se situace změnila a různá disidentská hnutí za lidská práva (včetně československého) dostávala z USA podporu, i za účasti CIA, jak dosvědčují třeba paměti bývalého ředitele CIA (a pozdějšího Obamova ministra obrany) Roberta Gatese – viz GATES, R. M. *From the Shadows*. New York: Simon and Schuster Paperbacks, 1996, především s. 91 an. Fakt, že CIA kromě hnutí za lidská práva podporovala třeba i nacionalisty na Ukrajině nebo muslimská hnutí v SSSR (kdy nelze očekávat přímou souvislost s lidskoprávní agendou), ukazuje, že lidská práva byla chápána jako nástroj destabilizace nepřítele, nikoli jako cíl o sobě.

³ V případě tzv. „barevných revolucí“ nejde o to, jestli jde pouze o západní rétoriku (v tom smyslu, že v takové revoluci o lidská práva ve skutečnosti nejde), anebo jde o skutečnou změnu režimu ve jménu lidských práv. Dokonce nejde ani o to, jestli jde pouze o (typicky) ruskou rétoriku obav z takových revolucí, ani o to, zda Rusko či jiné státy to se svými obavami z barevných revolucí myslí vážně, ani o to, jestli vláda USA ať už přímo či nepřímo takové revoluce (či podobné změny režimů jako bylo typicky „arabské jaro“) podporovala či nikoli – jde pouze o to, že takto (jako ze zahraničí podporovaná změna režimu, která je nelegitimní) jsou „barevné revoluce“ pochopeny Ruskem či jinými státy. Leccos však naznačuje, že obavy ze Západem podporovaných změn režimů by mohly být oprávněné – např. dokumentární film francouzsko-britské novinářky Manon Loizeau *États-Unis : à la conquête de l'est* z roku 2005 ukazuje na příkladu Srbska, Ukrajiny, Gruzie a Kyrgyzstánu, jak byla hnutí mladých revolucionářů, které způsobily změny režimů, nebo se o to alespoň pokusily, za éry G. W. Bushe financována americkými neziskovými organizacemi jako jsou *International Republican Institute*, *Freedom House*, *National Endowment for Democracy* nebo *Albert Einstein Institution*, kterou v r. 1983 založil Gene Sharp, jehož kniha *From Dictatorship to Democracy. A Conceptual Framework for Liberation* z r. 1993 o nenásilné změně režimu měla velký vliv nejen na tato hnutí, ale třeba i na „arabské jaro“. V r. 2009 a 2012 byl Gene Sharp nominován na Nobelovu cenu míru a v r. 2011 o něm natočil Ruaridh Arrow v r. 2011 velmi známý dokument *How to Start a Revolution*, který mj. inspiroval hnutí *Occupy Wall Street*. Ve francouzském dokumentu tehdejší výkonný ředitel *Freedom House* Adrian Karatnycky říká, že aktivity na podporu občanské společnosti a demokracie, které tehdy provozoval *Freedom House* na územích Ukrajiny, Gruzie či Kyrgyzstánu, jsou stejného typu jako ty, které byly od padesátých do sedmdesátých let provozovány CIA v režimu tajných operací. Protože tento postup činil různé disidenty a aktivisty poněkud nedůvěryhodnými, bylo rozhodnuto, aby do budoucna byly tyto aktivity prováděny veřejně a transparentně, typicky pomocí neziskových organizací jako je právě *Freedom House*. Karatnycky pravděpodobně odkazuje na tehdejšího ředitele CIA Williama Colbyho, který v r. 1982 v jednom článku pro *Washington Post* navrhl, že mnohé aktivity, které CIA dosud prováděla utajeně, mohou být prováděny veřejně.

telné, což lze demonstrovat třeba na příkladu nedávného rozhodnutí maďarského ústavního soudu, jež používá argumentaci lidskou důstojností k tomu, aby obhájilo ústavnost kriminalizace bezdomovectví,⁴ anebo možná i na příkladu nedávného rozhodnutí českého ústavního soudu, které argumentuje svobodou projevu podnikatele (politického projevu, který je v souladu s oficiální politikou české vlády), aby obhájil diskriminaci (na základě politického názoru) při poskytování ubytovacích služeb (a tedy v rozporu s českým tzv. antidiskriminačním zákonem).⁵ Tento úspěch lidských práv (který bude možná někomu spíše připadat jako Pyrrhovo vítězství) jde přitom ruku v ruce s jinými aktuálními událostmi, které naopak naznačují jistou „erozi“ lidskoprávní ochrany uvnitř těch samých států, které je navenek používají jako nástroj své velmocenské politiky. Není divu, že jsou pak lidská práva často chápána především jako „zboží na export“, které se nutně nemusí uplatňovat i na „domácím trhu“, což není žádnou novinkou, protože právě takto velmoci (USA, SSSR či Velká Británie) pochopily třeba již Všeobecnou deklaraci lidských práv nebo Evropskou úmluvu o lidských právech, když se podílely na vypracování těchto textů.⁶ Z tohoto hlediska je pak pochopitelné, že třeba Rusko či Írán rády obviňují západní státy z toho, že uplatňují v přístupu k lidským právům dvojí standard, tedy vlastně z pokrytectví.⁷

Jde-li o „erozi“ lidskoprávní ochrany, nemusíme hovořit pouze o státech, které mají s lidskoprávní ochranou relativně čerstvé zkušenosti, ale lze se pozastavit i nad právní praxí států, které se mohou právem pyšnit tím, že se na vytvoření pojmu lidských práv v minulosti aktivně podílely. Výstižným případem může být Francie, v níž teroristické útoky v listopadu 2015 vedly k vyhlášení výjimečného stavu a k zavedení opatření omezujících celkem pochopitelně i lidská práva. Šlo konkrétně o *retention de sécurité* (jestliže je osoba pokládána za bezpečnostní hrozbu, může být omezena její svoboda bez toho, že by se prokázala její vina), *assignation à résidence* (ministr vnitra či prefekt může přikázat, aby osoba neopouštěla své bydliště), *perquisitions administratives* (v podstatě domovní prohlídka bez nutnosti soudního povolení) atd. Na těchto opatřeních jsou zajímavé v podstatě dvě věci: Za prvé, tato opatření v podstatě připomínají nástroje trestního práva (typicky tresty jako domácí vězení, nebo zajištění věci jako domovní

⁴ Protože neumím maďarsky, jsem odkázán na informace „z druhé ruky“ – viz následující příspěvky na *verfassungsblog.de*: CHRONOWSKI, N., HALMAI, G. Human Dignity for Good Hungarians Only, 11. června 2019, a KAZAI, V. Z. „No one has the right to be homeless...“, 13. června 2019.

⁵ Nález ÚS sp. zn. II. ÚS 3212/18.

⁶ Viz např. SIMPSON, A.W.B. Britain and the European Convention, *Cornell International Law Journal*, Vol. 34 (2001), s. 523 an., který mj. popisuje, jak SSSR chápal Všeobecnou deklaraci především jako potenciální nástroj pro vměšování do svých vnitřních záležitostí (takže také z těchto důvodů mimo jiných nehlasoval spolu se svými satelity pro její přijetí), ale později naopak propagoval právo národů na sebeurčení, aby ho naopak použil jako nástroj k rozkladu britského či francouzského koloniálního impéria. Naopak britský *Foreign Office* se snažil všemi silami zabránit tomu, aby se Evropská úmluva aplikovala i v tehdejších britských koloniích.

⁷ Lze např. pouze zalistovat časopisem *Meždunarodnaja žizň*, který vydává ruské ministerstvo zahraničí. Za všechny jmenujme třeba článek pracovníků tohoto ministerstva VYSOCKAJA, Y. MOLIK, D., ROGAČEV, I. Sobljudenie prav čelovėka ili obespečenie bezopasnosti: što važneje? Opyt ŠŠA vnutri strany i na meždunarodnoj arėnė. *Meždunarodnaja žizň*, 60/11, 2014, s. 6 – 19, který obviňuje USA z toho, že sice na mezinárodní scéně propagují lidskoprávní agendu, ale samy mají problémy s lidskými právy u sebe doma, nebo článek Konstantina Dolgova, dnes již bývalého komisaře pro lidská práva, demokracii a právní stát téhož ministerstva, DOLGOV, K. O problémě běžnakazannosti na Ukrajinė, *Meždunarodnaja žizň*, 62/6, 2016, kde obviňuje Západ z netečnosti mj. k zabití ruských novinářů na Ukrajinė nebo ničení pravoslavných kostelů moskevského patriarchátu tamtéž. Při své návštěvě Íránu v únoru 2013 jsem byl zase téměř každý den informován íránskou státní televizí o tom, kolik vězňů bylo v USA popraveno.

prohlídka), ale jsou ukládány správními orgány, bez kontroly obecnými soudy (s výjimkou *perquisitions administratives*, která jsou přezkoumávána *juge de la liberté et de la detention*), přičemž kontrola správními tribunály přichází ex post a obecně není považována za příliš důkladnou.⁸ Za druhé, jde o opatření preventivního charakteru, což vede k situacím, že opatření jsou prodlužována po dlouhou dobu (v protikladu ke klasickým trestům, které jsou v podstatě represivního charakteru a časově omezené).

Tato opatření, která jsou jistě pochopitelná i obhajitelná v rámci výjimečného stavu, byla užita nejen vůči těm, kteří se jeví jako největší hrozba pro veřejný pořádek (islámští radikálové), ale i vůči jiným muslimům (např. již samotný fakt, že osoba konvertovala k islámu, byl často důvodem pro užití těchto opatření vůči této osobě) a radikálním politickým silám nesouhlasícím s kroky francouzské vlády, např. proti ekologickým aktivistům nebo těm, kteří se stavěli proti reformám pracovního práva.⁹ Výjimečný stav, který byl prodlužován šestkrát až na téměř dva roky (za kritiky např. Benátské komise Rady Evropy), byl ukončen v listopadu 2017, přičemž v říjnu téhož roku byl přijat tzv. zákon o vnitřní bezpečnosti a boji proti terorismu (SILT), který většinu opatření zavedených ve výjimečném stavu převedl do režimu „běžného“ práva (*droit commun*) s jistými změnami. V březnu 2018 pak většinu opatření z tohoto zákona schválila Ústavní rada s tím, že jde o opatření, která jsou v souladu s ústavou (včetně Deklarace práv člověka a občana) – přestože někteří francouzští ústavní právníci pochybují o tom, zda mnohá opatření jsou v souladu zejména se třetím krokem testu proporcionality (tj. je otázkou, zda nešlo použít mírnější opatření k dosažení téhož cíle).¹⁰ Výjimečný stav se tak v podstatě stal stavem „běžným“, jak se toho již dříve obávali mj. třeba Jürgen Habermas nebo Giorgio Agamben. Není divu, že někteří právníci SILT kritizují, protože vede ke „smíšení či zmatení“ *droit d'exception* a *droit commun*, pravomocí správních tribunálů s těmi, co náleží obecným soudům,¹¹ mezi prevencí a represí,¹² mezi dočasností trestu a časovou neomezeností těchto opatření (jak o ní svědčí aplikační praxe).¹³

Podobné příklady se dají nalézt v praxi třeba Velké Británie (např. v podstatě časově neomezené detence migrantů bez soudní kontroly¹⁴ nebo neustále narůstající počet případů, kdy jsou britští občané zbavováni britského občanství z důvodů, že toto opatření „vede k veřejnému dobru“, přestože u některých z nich hrozí to, že se stanou apatridy¹⁵)

⁸ Viz např. informace o výzkumu, jak správní tribunály v mnoha případech přezkoumávají tato opatření pouze formálně – FAURE, S. ALONSO, P. *Etat d'urgence : des travers dans l'Etat de droit*, *Libération*, 21. června 2017.

⁹ Tamtéž.

¹⁰ SIZAIRE, V. Une question d'équilibre ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018. *La Revue des Droits de l'Homme*, květen 2018.

¹¹ Připomeňme, že podle čl. 66 francouzské ústavy je strážcem osobní svobody soudní moc, nikoli správní tribunály.

¹² Viz např. interview s čestnou profesorkou na *College de France* Mireille Delmas-Marty „Nous sommes passés de l'état de droit à l'état de surveillance.“ *Le Monde*, 13. října 2017.

¹³ Některé mešity zavřené v říjnu 2017 v souladu se SILT nejsou otevřeny dodnes, přestože SILT předpokládá, že opatření budou trvat zásadně pouze šest měsíců – CHAMBRAUD, C. *Fermeture de mosquées : une association accuse l'Etat d'infliger une „punition collective“*, *Le Monde*, 13. června 2019.

¹⁴ Viz např. svědectví jednoho imigranta publikované ve WITTENBERG, J. *Britain's disappeared: how refugees get stuck in indefinite detention*. *The Guardian*, 28. června 2019.

¹⁵ Nejznámější je patrně případ Shamimy Begum, která se připojila k tzv. Islámskému státu – viz např. SPENCER, M. *Shamima Begum: is stripping her of her citizenship is a right response?* *UK Human Rights Blog*, 1. března 2019. Pro to, jak počet takových případů neustále roste viz např. DEARDEN, L. *Number of people stripped of UK citizenship soars by 600% in a year*. *The Independent*, 20. února 2019.

nebo USA (viz např. současná krize amerického detenčního systému pro ilegální migranty přicházející z Mexika¹⁶ nebo neutěšená humanitární situace v amerických věznicích.¹⁷)

Jistě nemůžeme francouzské, britské či americké případy srovnávat se zeměmi, které vězni lidí pro jejich názory či etický původ nebo zeměmi, které mučí své obyvatele.¹⁸ Ale domnívám se, že je patrný jistý trend: Jestliže budou bezpečnostní hrozby a politické napětí nadále narůstat (a nic nenavědčuje tomu, že by mohl zavládnout jakýsi „sociální smír“ nebo že by pominuly bezpečnostní hrozby spojené s terorismem či masovou migrací), bude nejspíše toto omezování či „eroze“ lidských práv nadále pokračovat.¹⁹

Co by mohl k těmto aktuálním trendům zneužívání lidských práv k mocenským cílům, pochybné (či rovnou zneužívající) soudní lidskoprávní argumentace anebo „eroze“ lidskoprávní ochrany říci někdo, kdo se považuje za teoretika práva? Nejspíše by měl dle mého názoru nejdříve odmítnout následující inferenci: Lidská práva jsou zpolitizovaný pojem, který nemá žádný obsah, a proto ho lze používat opravdu k čemukoli, z čehož plyne zbytečnost pojmu lidských práv. Nůž se dá přece použít ke krájení chleba stejně jako k vraždě, což nijak neimplikuje zbytečnost nože jako nástroje. Lidská práva se však většinou nechápu jako nástroj, ale jako cíl o sobě (pokud zrovna nejsme konsekvencialisty, z nichž někteří tendují k tomu chápat lidská práva jako nástroj k dosažení dobrého života). Právě tato finalita pojmu lidských práv²⁰ by mohla teoretika vést k tomu, že se pokusí najít nějaké dobré zdůvodnění tohoto pojmu, přičemž takové zdůvodnění by mohlo nejen jasněji ukázat, v čem se pojem lidských práv zneužívá, ale také kriticky zhodnotit stávající pozitivní právo lidských práv, pokusit se odpovědět na námitky kulturních relativistů²¹ nebo být měřítkem poměřujícím různé „kandidáty“ na „nová“ lidská práva.²² Protože však zdůvodnění lidských práv je obtížným filozofickým problémem, v následujícím textu se omezím na některé (podle mého zásadní problémy), s nimiž si musí zdůvodňování pojmu lidských práv poradit.

¹⁶ HORTON, A., ARATANI, L. Children at the border: the crisis that America wasn't prepared for. *The Guardian*, 30. června 2019.

¹⁷ SAINATO, M. Why are so many people dying in US prisons and jails? *The Guardian*, 26. května 2019.

¹⁸ I když USA by mohly být snadno obviněny z mučení tzv. nepřátelských bojovníků (jak byli za dob Busha mladšího nazýváni bojovníci al-Káidy nebo Talibanu), k němuž docházelo mj. i na území evropských států – viz např. rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věcech al Nashiri v. Polsko a Husayn (Abu Zubaydah) v. Polsko ze dne 24. července 2014 a al Nashiri v. Rumunsko a Abu Zubaydah v. Litva ze 31. května 2018, v nichž byly Polsko, Rumunsko a Litva odsouzeny za to, že dovolily mučení v tajných zařízeních provozovaných CIA.

¹⁹ Rozhodnutí francouzské Ústavní rady ze 4. dubna 2019, které prohlásilo čl. 3 kontroverzního tzv. zákona proti vandalům (*loi anticasseurs*) (jenž dovoloval prefektovi zakázat účast na veřejném shromáždění tomu, kdo znamená „zvláště závažnou hrozbu pro veřejný pořádek“ a potrestat ho) za protiústavní je naopak třeba v tomto kontextu chápat jako pozitivní – viz např. RESCAN, M. JACQUIN, J.-B. *Loi anticasseurs* : l'article le plus critiqué censuré par le Conseil constitutionnel. *Le Monde*, 5. dubna 2019.

²⁰ Viz např. již čl. 2 francouzské Deklarace práv člověka a občana stanovící, že cílem veškerého lidského sduřování je ochrana přirozených a neprohlášených lidských práv.

²¹ Viz např. TWINING, W. (ed.) *Human Rights: Southern Voices*. Cambridge: CUP, 2009.

²² Viz např. „právo na dobrý spánek“, které dovedl třetí senát Evropského soudu pro lidská práva ve věci Hatton a ostatní proti Spojenému království z října 2001, stížnost č. 36022/97 (rozhodnutí nepotvrdil r. 2003 Velký senát tohoto soudu), právo na sexuální požitky, sexuální výchovu či právo na globalizaci (které uvádí jako příklad „inflace práv“ třeba Joseph Raz v RAZ, J. *Human Rights Without Foundations*. In: S. Besson, J. Tasioulas (eds.) *The Philosophy of International Law*. Oxford: OUP, 2010, s. 321 an.)

2.

Každému, kdo si otevřel nějakou knihu o lidských právech, je zřejmé, že lidská práva se většinou chápou primárně jako práva přirozená, případně jako práva morální a teprve sekundárně jako práva plynoucí z pozitivního práva lidských práv, jimž by se dalo zkráceně říkat „legální práva“.²³ To znamená, že legální lidská práva jsou ve svém zdůvodňování či ospravedlňování závislá na existenci morálních lidských práv, což přináší první závažný problém: Máme postupovat tak, že se pokusíme o vymezení morálních lidských práv (v souladu s nějakou etikou) a pak budeme konstatovat, že tato morální práva jsou ospravedlňujícím důvodem pro existenci legálních lidských práv, anebo si máme jako výchozí bod úvahy zvolit legální lidská práva a pak se pokusit o jejich morální zdůvodnění? Na první pohled se zdá, že bychom měli postupovat prvním způsobem (nejdříve zdůvodnit morální základ a pak z něj odvozovat legální lidská práva), ale druhý způsob se mi zdá být častější – např. William J. Talbott ospravedlňuje existenci velmi široké množiny lidských práv (včetně těch sociálních) v rámci své konsekvencialistické teorie, která zohledňuje morální autonomii, přičemž jím dovozená množina lidských práv se podstatně překrývá s legálními lidskými právy,²⁴ Jack Donnelly rozvíjí svou koncepci tzv. relativní univerzality legálních lidských práv (protože zakotvených v mezinárodním právu lidských práv) pomocí známé Rawlsovy myšlenky překrývajícího se konsensu (*overlapping consensus*) různých etik apod.²⁵ Oba způsoby však přinášejí jisté nevýhody: Zatímco úskalí prvního způsobu proberu podrobněji níže ve čtvrté části tohoto textu, druhý způsob se mi zdá být „podezřelý“ ze své samotné podstaty – proč bychom měli předpokládat, že legální lidská práva, která vznikla historickým vývojem především sociálních praktik rozvinutých v evropské či západní tradici, jsou alespoň ze své podstatné části rovněž morálními lidskými právy?²⁶ A jsou oba způsoby zdůvodňování lidských práv alternativní, anebo jde o způsoby navzájem komplementární, když pomyslíme na to, jakou úlohu v současné etice hraje třeba argumentace reflexní rovnováhou (která pracuje, zjednodušeně řečeno, s tím, že dobře vybudovaná etika by měla být nejen konzistentní, ale i zohledňující morální intuice, které jsou často právě produktem tradice)?²⁷

²³ Rozdíl mezi přirozenými právy a morálními právy spočívá v tom, že etika přirozeného práva je jen jednou z možných etik (teorií morálky) – přirozená práva jsou tedy vlastně podmnožinou morálních práv.

²⁴ TALBOTT, W. J. *Human Rights and Human Well-Being*. Oxford: OUP, 2010.

²⁵ DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 3rd edition, Ithaca and London: Cornell University Press, 2013, zejm. s. 57 an.

²⁶ Dobrým příkladem by mohlo být třeba právo na soukromý majetek. Myslím si, že je obhajitelná teze, že celý západní diskurs práv se v Evropě rozvinul vlastně díky diskusi o povaze soukromého vlastnictví ve vrcholném středověku, což byla do velké míry historická nahodilost související s diskusí o františkánské chudobě, chudobě církve a vztahu mezi duchovní a světskou mocí vůbec především ve 14. a 15. století – viz např. ŠEJVL, M. Přirozená subjektivní práva mezi středověkem a novověkem. *Právník*, roč. 156, č. 5 (2017), s. 416 an. Pokud toto jsou skutečně „kořeny“ našeho uvažování o lidských právech, proč bychom měli předpokládat, že zrovna právo na soukromý majetek by mělo být dobře morálně zdůvodněno, když o jeho celospolečenské prospěšnosti (a tedy i univerzalitě a morálním ospravedlnění) pochybovalo tolik evropských myslitelů od Platóna třeba po Marxe?

²⁷ Nevýhodou argumentace reflexní rovnováhou je to, že neodpovídá na otázku, kterých svých morálních intuic se máme zbavit, abychom dosáhli konzistentnosti etiky, a kdy naopak máme konzistentnost oslabit, abychom vyšli vstříc svým morálním intuicím. Hezký příklad uvádí např. David Černý v kontextu diskuse o právech zvířat: Tom Regan pomocí reflektované rovnováhy dochází k závěru, že zvířata mají práva. Naproti tomu třeba Peter Carruthers „- ač ho s Reganem spojuje odpor vůči utilitarismu, východisko (morální intuice) i metoda (reflexivní rovnováha) – dospívá k radikálně odlišným závěrům: Zvířata nemají žádný morální status a naše jednání k nim je omezeno pouze vedlejšími (nepříliš silnými důvody).“ Viz ČERNÝ, D. Morální status zvířat. In: Müllerová, H., Černý, D., Doležal, A. a kol. *Kapitoly o právech zvířat. „My a oni“ z pohledu filosofie, etiky, biologie a práva*. Praha: Academia, 2016, s. 222.

V následujícím textu se proto budu zabývat především úskalími prvního způsobu argumentace (tedy dovozování legálních lidských práv), přičemž se pokusím neopomenout ani ten druhý. Nejdříve budu poukazovat na problémy zdůvodňování přirozených práv a poté morálních práv.

3.

Myslím si, že problémy, s nimiž se musí vypořádat nějaká teorie přirozených práv, jsou známy a zde je vlastně jen přehledně shrnu. První problém je řešení otázky, zda existuje něco jako lidská přirozenost, která by mohla být vědecky zjiřitelná, která by byla společná všem lidem ve všech časech a která by navíc byla relevantní z morálního hlediska. Nabízí se mnoho odpovědí, typicky vědomí, intelligence (myšlení), svobodná vůle, používání řeči, citění, schopnost činit životní plány apod.²⁸ Problémy s takovýmto vymezením jsou nejméně dva: První problém představuje to, že mnohé tyto vlastnosti mají i jiní tvorové, než člověk, typicky některá zvířata – např. vyšší primáty²⁹ mají jistou úroveň intelligence, mají morální city a mohou se naučit používat znakovou řeč. Jestliže někdy v budoucnu stvoříme roboty nadané obecnou umělou inteligencí (tedy nikoli pouze omezenou k řešení určitých problémů), kteří budou myslet (tedy nikoli pouze manipulovat znaky, ale spojovat znaky s významem³⁰) a budou mít třeba i vědomí (tedy i vědomí sebe sama), pak i oni budou nejspíše patřit mezi takové tvory.³¹ Druhý problém spočívá v tom, že tyto vlastnosti nemají všichni lidé. Neboli existují marginální případy novorozenců, mentálně nemocných lidí, lidí s kognitivními poruchami, lidé trpící demencí apod., kteří tyto vlastnosti nemají. Proč tedy těmto marginálním případům většinou přiznáváme přirozená práva a třeba vyšším primátům nikoli?

Obvyklou odpovědí na tuto otázku je ta, že vyšší primáty nemají potenciál dosáhnout těchto vlastností na stejné úrovni, jako mají obvykle lidé (nedosáhnou stejné výše intelligence nebo vědomí jako většina lidí), zatímco mnohé marginální případy tento potenciál mají – typicky zdraví novorozenci. Jenže argument potenciálem je ošidný: Především nemusí být přesně zřejmé, co se myslí potenciálem: Zjednodušeně řečeno, máme potenciál chápat šířeji jako vlastnosti, které může subjekt získat v budoucnu, anebo úžeji jako vlastnosti, které subjekt s vysokou pravděpodobností rozvine v budoucnu za normálních okolností?³² Pokud nám půjde o „širší“ potenciál, pak např. já mám potenciál být českým prezidentem, byť ho s vysokou pravděpodobností nerozvinu a vlastnost „být českým prezi-

²⁸ Např. Robert Alexy dovozuje lidská práva z pojmu osoby, což je „dvojitě triadický“ pojem, podle něhož je osobou ten, kdo má inteligenci, citění a vědomí, přičemž vědomí je definováno pomocí reflexivity kognitivní (člověk je objektem vlastního poznání), volní (člověk je schopen určovat své jednání a tím utvářet sebe sama) a normativní (člověk je schopen své jednání sám hodnotit jako dobré či špatné). Viz např. ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*, 2015, roč. 154, č. 11, s. 867 an.

²⁹ Se šimpanzi máme společných téměř 99 procent DNA, což nemusí moc znamenat, protože i velmi malé změny v DNA způsobují velké změny ve vlastnostech daného tvora – např. se psem máme prý společného 80 procent DNA.

³⁰ Např. HRÍBEK, T. Pojem animální mysli. In: Müllerová, H., Černý, D., Doležal, A. a kol. cit. dílo, s. 239: „Myšlení spočívá v manipulaci mentálními reprezentacemi, jejichž prostřednictvím si myslící bytost představuje i reprezentuje svět i sebe sama a sbírá o nich a jejich různých stavech a vlastnostech informace.“

³¹ Viz argumenty prezentované např. v GUNKEL, D. J. *Robot Rights*. Cambridge – London: The MIT Press, 2018, především s. 79 an.

³² Podobně jako si třeba Aristotelés představoval, že strom je „dříve“ než jeho semeno, protože již semeno má potenciál stát se za normálních okolností stromem s vysokou pravděpodobností.

dentem“ nezískám; naopak pokud půjde o „užší“ potenciál, pak ho (doufám) nemám. Jestliže budeme pracovat se „širším“ potenciálem, aktuálně nemám práva spojená s úřadem českého prezidenta, protože aktuálně nejsem prezidentem. Jakýkoli (i mentálně nemocný) novorozenec má „širší“ potenciál získat všechny výše zmiňované vlastnosti (inteligence, vědomí atd.), protože je možné, aby je získal, ale on již nositelem lidských práv aktuálně je, což je (z hlediska argumentace „širším“ potenciálem) podivné. Pokud nám naopak půjde o „užší“ potenciál, pak sice snadno rozlišíme mezi případem zdravého novorozence (který má „užší“ potenciál k rozvinutí výše zmiňovaných vlastností, a proto je již nyní nositelem přirozených práv) a případem mým (který nemá „užší“ potenciál k získání vlastnosti „být českým prezidentem“, a proto již nyní není nositelem práv spojených s úřadem českého prezidenta), ale stejnou argumentací bychom museli dovodit, že aktuálním nositelem přirozených práv je i každé zdravé lidské embryo, protože i ono má „užší“ potenciál s vysokou pravděpodobností a za normálních okolností rozvinout všechny výše zmiňované vlastnosti. A přesto potraty často povolujeme (minimálně je nepovažujeme a priori za porušování lidských práv³³), zatímco třeba infanticidu zakazujeme (minimálně ji považujeme za rozpornou s lidskými právy, protože každý člověk má právo na život). Měla by nás reflexní rovnováha dovést k tomu, že budeme považovat zastánce potratů za nemorální? Domnívám se, že každý, kdo považuje lidská práva za přirozená a zároveň v marginálních případech argumentuje „užším“ potenciálem, by měl uznat i právo lidských embryí na život, protože jde o silný argument na straně *pro-life* tábora. Neměli bychom však zapomínat, že stejnou argumentací dovodíme, že v případě některých mentálně postižených lidí či embryí nebo lidí či embryí s kognitivními poruchami je můžeme zbavit jejich přirozených práv, když „užší“ potenciál ještě nemají (postižená embrya či novorozenci) nebo již nemají (postižení dospělí lidé). Argumentace, že třeba někdy v budoucnu nalezneme lék na senilní demenci nebo Alzheimerovu chorobu (která se v budoucnu pravděpodobně stane skutečnou civilizační chorobou), a proto nemůžeme lidi trpící těmito nemocemi zbavovat jejich přirozených práv, není korektní, protože tím se pouze „vracíme“ k argumentaci „širším“ potenciálem, pomocí něhož mj. dovodíme, že já mám mít již nyní práva spojená s úřadem českého prezidenta. Argumentace potenciálem (ať již „širším“ nebo „užším“) je tedy dle mého názoru pouze jistou „zbytečnou odbočkou“, když řešíme problém marginálních případů.

Do podobných problémů se dostaneme, pokud učiníme základem lidské přirozenosti lidské potřeby³⁴ – i v tomto případě se stane, že mnohá zvířata budou mít velmi podobný „katalog potřeb“ jako lidé a přesto z nich aktuálně neděláme nositele přirozených práv. (Na extenzivní rozvinutí tohoto argumentu zde není čas a místo).³⁵

Iusnaturalisté však na tyto dva problémy s přirozenými právy (problém neomezenosti přirozených práv pouze na lidi na jedné straně a problém marginálních případů na straně druhé) odpoví, že jim nejde o lidskou přirozenost, která je tvořena fakty zjištěnými přírodními vědami, ale o přirozenost tvořenou objektivními morálními fakty, o jejichž existenci jsou přesvědčeni, neboť jsou většinou morálními objektivisty a realisty. Tato objek-

³³ Jak známo, nejvyšší soud USA rozhodl ve známé věci *Roe v. Wade* v r. 1973, že žena má právo na potrat do doby, než bude její plod schopen samostatného života bez ní (*pre-viability abortion*).

³⁴ Potřeby lze chápat jako nutné podmínky k udržení či rozvinutí určitých schopností subjektu.

³⁵ Viz HAPLA, M. Lidská práva a základní potřeby. *Právník*, roč. 157, č. 1, 2018, s. 31 an. Hapla argumentuje v podstatě tak, že lidské potřeby mohou sloužit k ospravedlnění mnoha již existujících lidských práv, nikoli opačně, tedy že bychom z existence lidských potřeb mohli odvodit existenci lidských práv.

tivní morální fakta jsou pak nutně metafyzického rázu (když nejsou poznatelná přírodními vědami), takže vzniká ještě větší problém, než ten, který jsme řešili doposud, totiž problém poznatelnosti takovýchto metafyzických entit – ne každý má prostě „přímý vhled“ do světa platónských idejí nebo si je jist tím, co se nachází v boží mysli. Kromě toho je takový iusnaturalismus opřený o metafyzická morální fakta náchylný k hluboké morální skepsi, jakmile si dotyčný subjekt přestane být jist, zda tyto metafyzické entity existují (když např. ztratí víru v boha).

Pokud by se nám přesto podařilo ustavit nějakou morálně relevantní lidskou přirozenost, dostaneme se do problému se silnou interpretací známé Humovy teze, podle níž žádné normy nelze odvozovat z množiny premis vyjádřených pomocí slovesa „být“ (*Is – ought problem*). Např. z faktu, že lidské bytí je časově omezeno (což je fakt, který je jistě společný pro všechny lidi ve všech dobách a na všech místech) nelze bez dalšího odvodit pravidlo, že lidé se nemají bezdůvodně zabíjet a tedy mají právo na život. Toto odvození je vadné proto, že pokud by nebylo vadné, museli bychom stejný závěr učinit i o rostlinách, zvířatech a neživé přírodě (např. kameny), protože i jejich bytí je časově omezené – nic netrvá věčně. Aby toto odvození nebylo vadné, musíme do tohoto odvození přidat nějakou premisu, třeba že lidský život má nějakou vyšší morální hodnotu, než život zvířat či rostlin a kamenů, a to je již zavedení nějaké hodnoty (vyššího morálního statusu) do našeho odvozování. Ale hodnota je něco jiného než fakt – hodnoty jsou normativní v tom smyslu, že je máme chtít, preferovat. Ale čím ospravedlníme zavedení této hodnoty? Pokud vyšší morální status lidského života odůvodníme tím, že jde o objektivní morální fakt, pak jsme zpět u úskalí morálního objektivismu či realismu. Pokud zavedení této hodnoty odůvodníme nějakými vlastnostmi lidí (ať už aktuálními či potenciálními v „užším“ či „širším“ smyslu), pak jsme zpět na začátku této části.

4.

S následujícími problémy se musí vypořádat všichni ti, kteří považují lidská práva za morální práva. Je to především otázka, které morální hodnoty máme považovat za tak důležité, že se mají chránit pomocí nějaké morálky lidských práv. Vhodnými „kandidáty“ na tyto hodnoty jsou hodnoty lidské svobody, resp. osobní autonomie, rovnosti a důstojnosti.³⁶ Proč ale nechránit pomocí morálky lidských práv i důležitější hodnoty jako je třeba láska, přátelství nebo hrdinství? Obvyklou odpovědí je ta, že láska, přátelství a hrdinství nemohou být chráněny pomocí morálky lidských práv, protože naše práva znamenají normativní omezení jiných (jednoduše řečeno, práva jednoho jsou nemyslitelná bez nějakých povinností druhého) a tyto hodnoty mají smysl jen tehdy, pokud stojí mimo sféru normativních omezení, neboli pokud je naplňujeme dobrovolně. Soustředme se tedy na to, do jaké míry máme chránit hodnoty autonomie, rovnosti a důstojnosti pomocí nějaké morálky lidských práv. Zkusme to s autonomií: Např. podle teorie Jamese Griffina se člověk liší od zvířat v tom, že má koncepci sebe sama, své minulosti i budoucnosti a také má schopnost jednat (tedy nikoli „pouze“ chovat se), takže Griffin pracuje s tím, že jsme autonomními morálními aktéry (podobně jako Kant). Protože tyto znaky představují náš lidský morální status, lidská práva mají tento status (tedy především naši autonomii) chránit a mají chrá-

³⁶ Lze argumentovat tak, že ostatních hodnot dosáhneme skrze ty stávající (autonomie, důstojnost, rovnost) – např. spravedlnost je dosažitelná skrze rovnost, well-being skrze důstojnost atp. Domnívám se ale, že autonomie, důstojnost a rovnost jsou na sebe navzájem nepřevoditelné.

nit i podmínky nutné k uplatnění této autonomie, tedy nějaké alespoň minimální zdroje, alespoň minimální standard vzdělání a přístupu k informacím obecně nebo také požadavek, aby nás ostatní v mnoha aspektech této autonomie neomezovali, abychom své autonomní rozhodnutí mohli i reálně vykonávat (to nazývá Griffin svobodou). Toto vše tvoří podle Griffina naší osobnost a říká, že „autonomie a svoboda mají pro nás zvláštní hodnotu, a proto požívají zvláštní ochrany práv.“³⁷ Kdybychom chtěli naši autonomii chránit maximálním způsobem, je myslím zřejmé, že bychom museli skrze lidská práva zabezpečit nějakou vysoce rozvinutou variantu sociálního státu nebo socialismu – např. lidé mohou opravdu plně rozvinout své duševní schopnosti tehdy, pokud jsou zbaveni materiálních starostí o úživu atp. To zřetelně neděláme. Griffin předpokládá praktickou realizovatelnost naší morální autonomie, a právě proto požaduje minimální standard vzdělání či přístupu k informacím či zdrojům, což nám právě umožňuje prakticky realizovat to, pro co jsme se rozhodli. Ale proč stanovovat hranici právě zde? Někdo by přece mohl tvrdit, že jde-li opravdu o jistou „minimální“ hranici lidské autonomie, nemuseli bychom nutně mít právo na to nebýt ztotožněni nebo svévolně zatčeni či uvězněni, protože i otrok či člověk zbavený osobní svobody má jistou minimální možnost užívat své morální autonomie, protože svou schopnost intencionálně jednat neztratil.³⁸ Kde je hranice mezi tím, co je nutné pro zachování naší osobnosti, a nějakým „volitelným nadstandardem“?

Jestliže máme problém postavit nějakou morálku lidských práv právě na hodnotě osobní autonomie, lze a fortiori předpokládat, že stejné, ne-li větší problémy budeme mít s hodnotou rovnosti i důstojnosti. Zde pouze poznamenejme, že v pozitivním právu lidských práv se rovnost tematizuje jako subjektivní právo „druhého řádu“, tedy, že nemám být diskriminován v užívání jiných lidských práv (akcesorická rovnost) nebo v užívání jiných práv vůbec (neakcesorická rovnost), takže rovnost je již závislá na předchozí existenci nějakých práv.³⁹ Důstojnost je pak velmi často spojována s autonomií, takže se jí budou týkat v podstatě dosti podobné problémy, jako problémy s autonomií.⁴⁰

Jestliže bychom překonali i tento problém a nejen našli ty morální hodnoty, které mají být chráněny morálkou lidských práv, ale především našli míru ochrany těchto hodnot, stojíme před otázkou, jakou etiku máme použít pro vypracování této morálky – máme být např. konsekvencialisty jako třeba Talbott, nebo kantovci jako výše zmiňovaný Griffin? Anebo je to tak, že existuje samostatná morálka lidských práv, kterou je možné postavit na racionální konzistentnosti pomocí techniky reflektované rovnováhy, jak si to nejspíše představuje třeba Marek Káčer?⁴¹ Konečně je zde problém toho, že morálka lidských

³⁷ GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: OUP, 2008, s. 46 an.

³⁸ Pokud bychom chápali otroctví a uvěznění jako formy násilí páchaného na nás (což běžně děláme), můžeme si vzpomenout, že třeba někteří stoikové volili raději smrt, než by se zpronevěřili své morální integritě tím, že by podlehli násilí. Podobně i Hegel píše, že člověk se dá donutit jen k tomu, k čemu se chce nechat donutit – viz HEGEL, G. W. F. *Základy filosofie práva*. Praha: Academia, 1992, § 91, s. 124.

³⁹ Lze samozřejmě uvažovat i o rovnosti zcela nezávislé na existenci nějakých práv – jakákoli nerovnost v zacházení je pak prima facie proti LP.

⁴⁰ Lze samozřejmě uvažovat o důstojnosti, která není redukovatelná na autonomii, typicky v koncepcích morálního perfekcionismu. K bytostně sporné (diskursivní) povaze lidské důstojnosti jsem se vyjádřil v ŠEJVL, M. *Lidská práva jako diskursivní pojem*. *Právník*, roč. 156, č. 6, 2017, s. 473 an. Podobně mluví o lidské důstojnosti např. i Marek Káčer v KÁČER, M. *Prečo ľudské práva triumfujú aj vo svete rôznorodých kultúr*. In: Agha, P. (ed) *Lidská práva v mezikulturních perspektívách*. Praha: Academia, 2018, s. 27 an.

⁴¹ KÁČER, M. cit. dílo, s. 20 an. Pochybnosti o tom, jak nám může pomoci reflektovaná rovnováha, jsem vyjádřil výše.

práv sice může poskytnout dobré zdůvodnění pozitivního práva lidských práv anebo naopak nástroj pro jeho morální kritiku, nemusí však dle mého názoru nutně vést ke zdůvodnění toho, že lidská práva jsou subjektivní práva. Jinak řečeno: I když je možné najít morálku lidských práv, může být obtížné chápat tuto morálku jako založenou na subjektivních právech a nikoli pouze na morálních pravidlech stanovících povinnosti morálním subjektům.⁴² Když např. Tomáš Sobek zdůvodňuje objektivitu (či přesněji inter-subjektivitu) lidských práv pomocí metaetické teorie morálního expresivismu,⁴³ nijak se nezabývá tím, že lidská práva se většinou chápou jako subjektivní práva, protože to nepovažuje za důležité. Když naopak charakter lidských práv jako subjektivních práv za důležitý považovat budeme, nebude nám stačit to, že morálka je nějakým souborem pravidel, ale budeme muset i ukázat, jak tato pravidla vedou k existenci subjektivních práv. To může být obtížné, pomyslíme-li na to, že někdy nevíme, jestli má někdo subjektivní právo na to, aby někdo jiný splnil svou morální povinnost (např. jestliže dovodíme morální povinnost dobročinnosti, neznamená to automaticky, že každý chudý či potřebný má právo na to, abychom vůči němu činili dobro; jestliže dovodíme morální povinnost netýrat jiného obratlovce, třeba psa, neznamená to automaticky, že by měl pes mít morální právo na to, aby nebyl týrán).⁴⁴

Když bychom překonali i tento problém a ustavili nějakou teorii morálních lidských práv (tedy nejen morálku lidských práv), pak se můžeme ptát, která morální práva (jichž může být velmi mnoho) lze považovat za lidská práva. Tato otázka tedy stojí na předpokladu, že lidská práva jsou podmnožinou morálních práv. Na první pohled je otázka řešitelná tím, že jde o práva univerzální. Jenže univerzální je z definice každá morálka, která stojí na důvodech neutrálních z hlediska toho, vůči komu máme morální povinnosti, v opozici k morálce, která naopak bere v úvahu to, vůči komu máme morální povinnosti (např. to, že mohu mít nějaké morální povinnosti vůči své rodině, aniž bych měl stejné povinnosti vůči ostatním lidem, je příkladem morálky, která není neutrální k tomu, vůči komu mám morální povinnosti). I když však morálku budeme chápat jako neutrální v tomto ohledu (a „odebereme“ z ní typicky naše morální povinnosti vůči čle-

⁴² V jedné kapitole své knihy *Když se práva berou vážně* rozlišuje Ronald Dworkin teorie vycházející z cíle (*goal-based theories*), teorie vycházející z povinnosti (*duty-based theories*) a teorie vycházející ze subjektivního práva (*right-based theories*), přičemž o posledních dvou výstižně říká: „V mnoha případech ... odpovídající si práva a povinnosti nejsou koreláty, ale jedno je derivátem druhého, přičemž záleží na tom, co je derivátem čeho. Je rozdíl mezi představou, že vy máte povinnost mi nelhat, jelikož já mám právo, aby se mi nelhalo, a představou, že já mám právo, abyste mi nelhal, jelikož vy máte povinnost nelhat. V prvním případě ospravedlňuji nějakou povinnost tím, že poukazuji na nějaké právo; chci-li v ospravedlňování pokračovat, pak tím, co musím ospravedlňovat, je právo a to nemohu učinit poukazem na povinnost. V druhém případě je tomu naopak. Rozdíl je důležitý, jelikož, ..., teorie, která za základní považuje práva, je teorií jiné povahy než ta, která za základní považuje povinnosti.“ Viz DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 219.

⁴³ SOBEK, T. Lidská práva existují objektivně. *Právnick*, roč. 158, č. 8, 2019, v tisku.

⁴⁴ Z pozitivního práva přece také známe mnoho případů, kdy dochází k porušování pozitivního práva, aniž by současně došlo k porušování subjektivního práva jiného: Protože typicky ústavní a správní soudy mají pravomoc jednat často jen tehdy, když dojde k zásahu do ústavně zaručených či jiných veřejných subjektivních práv (viz např. § 72 odst. 1 pís. a) českého zákona o Ústavním soudu či § 65 odst. 1 českého soudního řádu správního), je pro ně nutností určit, zda došlo k zásahu do subjektivní právo jednotlivce nebo ne – viz např. usnesení rozšířeného senátu českého Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 A 25/2002 (906/2006 Sb. NSS), kde soud řešil problém, jak dovodit, že má pravomoc přezkoumávat rozhodnutí o neudělení občanství cizinci, když na udělení občanství cizinci není právní nárok. Soud tento problém vyřešil tak, že rozšířil pojem zásahu do subjektivního práva žalobce i na zásah do „právní sféry“ žalobce.

nům své rodiny) a budeme tak morální práva chápat jako univerzální z definice, uvidíme brzy, že univerzalita sama nestačí jako kritérium toho, která morální práva jsou lidskými právy. Např. Sade v jednom svém spise⁴⁵ nastiňuje takový „systém přirozeného práva“, v němž se každý na každém může dopustit jakéhokoli zacházení s cílem uspokojit jakékoli touhy, které má. Tato „morálka“ je univerzální, protože každý může s druhým zacházet (zcela nekantovsky) jako s prostředkem k uspokojení svých jakýchkoli tužeb. Na univerzalitu takových „morálek“ by se dalo reagovat tak, že vymezíme jisté „tvrdé jádro“ lidských práv, které musí mít každý člověk bez ohledu na situace a role, v nichž se ocitá – dalo by se uvažovat třeba o právu na život či důstojnost, z čehož by plynulo třeba právo na tělesnou integritu, zákaz mučení apod. Jestliže by pak nějaké jednání vykonaná na základě univerzálního systému pravidel zasáhla do tohoto „tvrdého jádra“, diskvalifikovali bychom taková pravidla (byť univerzální) jako nemorální. (Takže třeba ublížení na zdraví, které bychom v rámci svého sadismu provedli jinému, by bylo vyloučeno). Přesto by však zůstávalo mnoho morálních práv, která by tímto „testem“ prošla – např. právo věřitele na splnění dluhu dlužníkem je jistě morální právo (protože plnit dluhy je *prima facie* morální povinnost), splnění dluhu nijak nezasahuje do „tvrdého jádra“, a přesto se, myslím, intuitivně zdráháme považovat morální právo na splnění dluhu za lidské právo. Pokud bychom v omezování množiny morálních práv pokračovali dále, mohli bychom třeba lidská práva omezit na práva, která jsou nějak zásadně důležitá. To by ale, myslím, náš problém také nevyřešilo, protože mezi lidská práva obvykle počítáme nejen ta práva, jejichž důležitost může být nízká – např. právo na placenou dovolenou na zotavenou (v čl. 24 Všeobecné deklarace) nemusí být zase tak důležité, když ho třeba porovnáme s výše zmíněným právem na vrácení dluhu (nejspíše proto, že společnost, která nemá placenou dovolenou na zotavenou, je docela dobře myslitelná a její „dobrý život“ je sice nižší, než společnost, v níž toto právo je uznáno, ale společnost, v níž by se dluhy neplnily, by byla o mnoho horší z hlediska „dobrého života“). Takovéto zúžení provádějí typicky ti, kteří nepovažují třeba sociální a hospodářská práva za skutečná práva, často s výjimkou práva na majetek.⁴⁶ Jiné zúžení by mohlo spočívat v tom, že za lidská práva budeme považovat taková morální práva, která máme vůči státu nebo jiné formě politického společenství (např. EU), tedy veřejná subjektivní práva. Pak by ale z množiny lidských práv „vypadla“ taková práva, která máme vůči druhým v důsledku tzv. horizontálního působení lidských práv, které je dnes stále častější.⁴⁷ Když tedy lidská práva budeme chápat pouze jako veřejná subjektivní práva, dojde k nějakému podstatnému ochuzení? Anebo opačně: Když budeme pracovat s horizontálním působením lidských práv jako s pravidlem a nikoli jako s výjimkou, nerozostřujeme tím příliš samotný pojem lidských práv?

⁴⁵ SADE, D.A.F. *Francouzi, ještě trochu úsilí, chcete-li být republikány*. Praha: Concordia, 1991.

⁴⁶ Typicky CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*. In: D.D. Raphael (ed.) *Political Theory and the Rights of Man*. Bloomington: Indiana University Press, 1967, s. 43 an., anebo HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda. Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie*. Praha: Academia, 1994, s. 228 an.

⁴⁷ Např. právo nebýt diskriminován v přístupu k zaměstnání, které má uchazeč o zaměstnání vůči potenciálnímu zaměstnavateli. To, že lidská práva v dnešní době již nepůsobí pouze vůči státu, ale že naopak horizontální působení lidských práv je pravidlem a nikoli výjimkou, naznačuje např. Kai Möller – viz MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: OUP, 2012, s. 35 an.

5.

Konečně posledním úskalím zdůvodňování lidských práv, které mne napadá, je to, že máme zřejmě lidské právo i na nějaké jednání, které může být z morálního hlediska indiferentní nebo dokonce morálně špatné.⁴⁸ Jinak řečeno, zdá se, že existují i lidská práva, která nejsou morálními právy (a proto o tomto problému nebylo pojednáno v předchozí části tohoto textu). Máme např. právo na to brát drogy (čímž snižujeme svou osobní autonomii), prohrávat své peníze v kasinu (což nám neodpustí mnozí utilitaristé, podle nichž bychom své „ekonomické přebytky“ měli věnovat na dobročinné účely), být účastní konsenzuálního sadomasochistického sexu (který ubližuje lidské důstojnosti)⁴⁹ nebo třeba o nějakých politicích říkat pravdivé, ale škodlivé údaje, přestože jde o činnosti škodlivé nám samotným nebo ostatním. Část takovýchto případů se dá vyřešit tak, že poukážeme na to, že jde o morálně špatná jednání pouze v nějaké etice (např. kantovské či utilitaristické v případech výše zmíněných příkladů). Oba jevy (právo na to vykonat něco morálně indiferentního nebo vykonat něco morálně špatného) nejspíše souvisí s tím, že lidská práva se vyvinula jako liberální koncept v tom smyslu, že když jsou nějaké morální hodnoty (závazky, životní plány atd.) subjektu práv připsány zvenčí, pak mají vždy nižší hodnotu než ty, pro něž se sám rozhodl. Ale proč by měla mít právě autonomie takto vysokou hodnotu? Vždyť třeba Raz tvrdí, že autonomie je cenná, pouze pokud je vykonávána k činění dobra? Na tuto otázku se, myslím, dá odpovědět následujícími způsoby: Když máme autonomii vykonat i něco špatného a špatnou volbu vykonáme a uvědomíme si to, přispívá to k našemu vlastnímu morálnímu rozvoji. To je nicméně slabý argument, protože třeba vražda lichvářky sice přispěla k Raskolnikovovu morálnímu rozvoji, ale cena (lidský život) za to byla příliš velká. Lepší argument je ten, že když máme autonomii vykonat i něco špatného, máme autonomii vykonat i něco dobrého, protože máme volbu – kdybychom neměli volbu a mohli vykonat jen něco dobrého, v čem by nakonec spočívala morálnost konání dobra?

Možná, že toto poslední zde představené úskalí zdůvodňování lidských práv je jednoduše řešitelné tím, že prohlásíme lidská práva za podmnožinu morálních práv a lidská práva na vykonání něčeho morálně indiferentního či špatného vyřadíme z množiny lidských práv. I když můžeme provést tento krok, stejně jako můžeme obhajovat existenci morálních práv na vykonání morálně špatných jednání (tím, že z morálních práv neuděláme morální dovolení, ale morálně chráněné volby)⁵⁰ a tím také zachránit to, o co šlo v předchozí části (tedy pojetí lidských práv jako podmnožiny morálních práv), přesto zde dle mého názoru zůstává otázka, zda náhodou lidská práva nemohou být i taková, která s morálkou vlastně nesouvisí – nevznikl nakonec celý diskurs lidských práv spíše v reakci na nějaké praktiky, které se nám v minulosti nelíbily, bez toho, že by nutně takové reakce musely mít silné morální důvody?⁵¹

⁴⁸ K tomuto problému viz např. WALDRON, J. A Right to Do Wrong. *Ethics*, vol. 92, no. 1, 1981, s. 21 an., HERSTEIN, O. J. Defending the Right To Do Wrong. Cornell Law Faculty Publications, Paper 339, 2012.

⁴⁹ Rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci Laskey, Jaggard and Brown proti Spojenému království z února 1997 nebo rozhodnutí ve věci K.A. a A.D. proti Belgii z února 2005.

⁵⁰ Jako Herstein ve výše zmiňovaném textu.

⁵¹ Např. jedny z historicky nejdříve zakotvovaných práv zakotvených pozitivním právem byla práva, která by dnes mohla být zařazena do práva na spravedlivý proces. Jsou i taková práva silně morálně odůvodněna?

6.

Čtenáři by se mohlo zdát, že tento text vykonal pro zdůvodňování lidských práv spíše „medvědí službu“, když poukazoval vlastně pouze na úskalí takového zdůvodňování, místo toho, aby se pokoušel takové zdůvodňování poskytnout. K takovému vyznění tohoto textu bych však na závěr připojil pouze dvě poznámky: Za prvé, to, že zdůvodňování lidských práv má (minimálně) zde představená úskalí, neznamená, že by nějaké dobré zdůvodnění lidských práv nemohlo existovat. Je přece dobré nejdříve znát problémy, které máme vyřešit, předtím, než se je řešit pokusíme – jistý „seznam výzev“ je přece vhodné mít před sebou, když se s takovými výzvami chceme utkat. Za druhé (a to je nakonec nejdůležitější), pokud si tyto problémy či úskalí zdůvodňování lidských práv uvědomíme, již možná nebudeme s lidskými právy pracovat jako s nějakým „nereflektovaným monolitem“, který zde prostě bez jakýchkoli pochybností je, jak s ním často pracují ti, kteří vyznávají třeba změny režimů ve jménu lidských práv nebo dokonce „lidská práva s plochou dráhou letu“ (slovy jednoho výstižného vyjádření, které kdysi použil Jan Keller), jak jsem o tom psal v první části tohoto textu. Vždyť přece agresivní či fanatické prosazování nějaké ideje je typické nejspíše právě pro ty, kdo jsou buď zcela cyničtí a pokrytečtí (jako třeba velmoci, o nichž jsem mluvil výše) nebo pro ty, kdo nenahlédli problematičnost ideje, kterou prosazují. Vědomí o tom, že nějaká idea má své problémy, nemusí přece vést k rezignaci na ni nebo ke skepsi k ní, ale spíše k ohleduplnosti a toleranci.⁵²

⁵² Připomeňme si, že jedním z důvodů pro toleranci všech náboženství u Locka byl jeho názor, že není v lidských silách poznat, které náboženství je to pravé – LOCKE, J. *Dopis o toleranci*. Brno: Atlantis, 2000. První kolonii budoucích USA, kde byla zavedena náboženská tolerance pro všechna náboženská vyznání, byl Rhode Island, protože zakladatel této kolonie, puritán Roger Williams, začal pochybovat i o tom, že jeho víra je ta pravá.

MENÍ SA CHÁPANIE SLOBODY ZDRUŽOVANIA?

GAJDOŠOVÁ, M.

Právo je dynamický systém, mení sa v čase, mení sa aj jeho chápanie v spoločnosti. Stále sa považuje za jeden z najefektívnejších regulačných systémov v spoločnosti, to sa nemení, a snáď sa to ani nezmení.

Tak, ako pozorujeme zmeny v jednotlivých právnych oblastiach a zaznamenávame ich, s väčšími časovými odstupmi nám to dáva predpoklad väčšieho porozumenia. Preto aj na chápanie slobody združovania sa dá pozrieť z niekoľkých pohľadov plynutia času.

Sloboda združovania sa v našom priestore už približne 150 rokov vníma ako trojaká sloboda: sloboda združovania v klasických spolkoch a združeníach, sloboda združovania v politických spolkoch – dnes v politických stranách a sloboda združovania v odboroch.

Dobrovoľnosť sa od počiatku chápala ako nevyhnutnosť tejto slobody. Preto za spolky sa už v 19. storočí nepovažovali živnostenské spoločenstvá, komory s povinným členstvom – advokátske, notárske, lekárske, ani úrazové poisťovne a iné subjekty.

Za združenia, ktoré naplňajú pojmové znaky spolku, sa minimálne v prvorepublikovom období považovali nielen spolky samotné, ale aj odborové organizácie, politické organizácie i politické strany.¹ Teda dnešná interpretácia slobody združovania, ktorá sa aj v dôsledku rozhodovacej činnosti ESLP (podľa čl. 11 Dohovoru) vzťahuje na združenia, odbory a politické strany, je prítomná v našom priestore už dlhodobo.

Podstatné znaky slobody združovania sa nezmenili. Štát ju uznáva a garantuje ju, umožňuje jednotlivcom jej výkon. Musí zasiahnuť, ak sa ňou ohrozuje niektorý životný záujem demokracie a bezpečnosti, zároveň však musí hľadiť nielen na nevyhnutnosť, ale aj na primeranosť svojho zásahu.

Na čom sloboda združovania stojí, to je dobrovoľnosť, slobodná vôľa, možnosť jednotlivcov vytvoriť nový subjekt právnych vzťahov, cieľ je napĺňanie vlastných dovolených ambícií, autonómia a samosprávny charakter tohto subjektu.

Nasledovné riadky upozornia na niektoré zmeny, ktoré nastali v Slovenskej republike v ostatnom období. Dokladujú tak zmenu vnímania slobody združovania.

1. Zmena - v oblasti povinnej evidencie subjektov združovania voči štátu

Zmena sa týka slobody združovania v združeníach a odborových organizáciách. S účinnosťou od 1.1.2019 bol zavedený register mimovládnych neziskových organizácií.² Zatiaľ sa síce spúšťa a ministerstvo vnútra ho má uviesť do plnej prevádzky do dvoch rokov, ale povinnosti evidenčného charakteru sú už zavedené. „Matrika“ právnických osôb pre štát je vážna vec, nakoľko ide nielen o evidenciu pre potreby štátu, ale aj o ochranu práv a záujmov tretích osôb.

doc. JUDr. Mgr. Martina Gajdošová, PhD., Katedra teórie práva a ústavného práva Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Tento príspevok je súčasťou riešenia grantu: „Združenia ako prvok demokracie a prejav slobody združovania vo verejnoprávných vzťahoch a súkromnoprávných vzťahoch, Gajdošová Martina, doc. JUDr. Mgr., PhD., Právnická fakulta TVU, Projekt VEGA, 1/0172/17, 2017-2019“

¹ Odborové organizácie sa zakladali podľa spolkových predpisov (spolkový zákon č. 134/1867 f. z.), „a politické organizácie (strany) nepodrobujú sa spolkovému zákonu, vyvíjajú činnosť len ako útvary faktické“. DUSIL, V., KLIMENT, J.: Spolky, shromáždění a politické strany podle práva československého. Praha : Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1936, s. 16

² Z. č. 346/2018 Z. z. o registri mimovládnych neziskových organizácií

Nové povinnosti sa dnes zavádzajú nie z pozície „silného štátu“. Vychádzam z porovnaní z minulosti.

Novozavedených povinností evidenčného charakteru so silným akcentom na vytvorenie „nových zoznamov podľa nových potrieb“ – alebo inak aj „preregistrácií“ – máme v našej histórii niekoľko. V zásade sa pri celkovej „prestavbe“ subjektov slobody združovania dá hovoriť o generálnom rozpustení dovtedajších subjektov a umožní sa nová registrácia podľa nových podmienok. Druhý model je revízia, kde sa v určenej lehote subjekty musia legitimovať splnením a zakomponovaním nových podmienok a povinností – táto cesta zvyčajne má následok zánik subjektu v prípade nesplnenia povinnosti v určenej lehote. Alebo sa zvolí kombinovaný model – časť sa rozpustí a časť sa reviduje.

Totalitné tendencie prítomné v mnohých štátoch Európy pred polovicou 20. storočia sa prejavili aj v Slovenskej republike. Odklon od slobodnej súťaže politických síl sa zakotvil priamo do ústavy a výnimočnú pozíciu získala Hlinkova slovenská ľudová strana.³ Monopol vládnucej štátostраны, bez kontroly opozíciou, mal svoju zákonnú úpravu z roku 1939 a 1942 – zákon o Hlinkovej slovenskej ľudovej strane (HSLS).⁴ Spolková činnosť sa postupne obmedzila na štátom preferovaných. *Hlinkova slovenská ľudová strana* ustanovila ústredne spoločenských organizácií *Hlinkovu gardu* a *Hlinkovu mládež* ako svoje stranické pobočky, do ktorých sa museli povinne združiť existujúce organizácie. Rozpustené boli združenia slobodomurárske, polovojenské, telovýchovné, neskôr židovské. Odborové organizácie sa zlúčili do ústredne *Slovenská pracujúca pospolitost'*.⁵

Ak sa pozrieme na oblasť združovania u nás ku konci vojny a po vojne, tiež je zrejmá „preregistrácia“ spolkov. V oblasti združovania v politických stranách ešte razantnejší záťah – rozpustenie priamo právnym predpisom.

Slovenská národná rada na povstaleckom území sa 1. septembra 1944 uzniesla na nariadení o rozpustení politických strán a organizácií.⁶ *Slovenská národná rada rozpúšťa Hlinkovu slovenskú národnú stranu (HSLS), Deutsche Partei (DP), Magyar Nemzeti Párt, Hlinkovu Gardu (HG), Freiwillige Schutzstaffel (FS), Hlinkovu mládež (HM) a Deutsche Jungen (DJ) a všetky ich zložky a pridružené organizácie*. Celý ich majetok pripadol štátu a akákoľvek členská činnosť v rámci rozpustených združení a organizované uskutočňovanie ich programu sa trestalo *žalárom 5 rokov s peňažitým trestom do 500.000 korún slovenských*.

Nariadením SNR č. 51/1945 Sb. n. SNR z 25.5.1945, o rozpustení a zakladaní spolkov, **boli rozpustené všetky spolky na území vrátenom z Maďarska. Na ostatnom území Slovenska boli rozpustené všetky spolky okrem tých, ktoré boli uvedené v prílohe nariadenia.**⁷ V pochybnostiach rozhodovalo Povereníctvo Slovenskej národnej rady pre veci

³ Ústavný zákon č. 185/1939 Sl. z., o Ústave Slovenskej republiky, § 58 (1) *Slovenský národ zúčastní sa štátnej moci prostredníctvom Hlinkovej slovenskej ľudovej strany (strany slovenskej národnej jednoty)*. (2) *Podrobnosti o vzniku, zložení a právomoci orgánov strany určuje osobitný zákon*. § 59 (1) *Národnostná skupina sa zúčastní štátnej moci prostredníctvom svojej registrovanej politickej strany, ak ona môže byť pokladaná za predstaviteľku politickej vôle celej národnostnej skupiny*.

⁴ Z. č. 245 z 28.9.1939 a z. č. 215 z 22.10.1942. Podľa § 1 ods. (1) *Slovenský národ zúčastňuje sa na štátnej moci prostredníctvom Hlinkovej slovenskej ľudovej strany (...)*. § 2 *Účasťou na štátnej moci v zmysle čl. 1 sa rozumie účasť vo vedení a správe štátu podľa ustanovení tohto zákona a iných právnych predpisov*. *Status tejto politickej strany bol zadaný: strana je verejnoprávnou korporáciou a má súkromnoprávnú subjektivitu* (§ 2).

⁵ in: DUDEKOVÁ, G.: <http://www.dejiny.sk/eknihy/gd.htm>; MOSNÝ, P., HUBENÁK, L.: *Dejiny štátu a práva na Slovensku*. Košice : PF UPJŠ Košice, 2008, s. 269 a nasl.

⁶ Nar. SNR č. 4/1944 Sb. nar. SNR

⁷ a) náboženské, najmä: katolícke a evanjelické, pravoslávne, gréckokatolícke a židovské, b) dobročinné, pohrebné, vzájomne podporné, bytové (mohli prevádzkovať aj internáty), c) spolky národné, kultúrne a vedecké:

vnútorné. **Všetky zachované spolky mali povinnosť do 6 mesiacov upraviť svoje stanov-
vy tak, aby neobsahovali fašistické, prot ľudové a protidemokratické snahy a aby zod-
povedali vtedajším ľudovodemokratickým pomerom.** Upravené stanovky schvaľovalo
Poverenie Slovenskej národnej rady pre veci vnútorné prostredníctvom okresného národ-
ného výboru. **Nepredložením stanov bol spolok považovaný za rozpustený.** Nové spolky
mohli vzniknúť so schválením Poverenia Slovenskej národnej rady pre veci vnútorné.
Tento orgán na seba prebral vo veciach spolkových kompetencie ministerstva vnútra.

Podľa zápisnice z rokovania Slovenskej národnej rady⁸ z mája 1945 je zrejmé, že vec
spolkov a slobody združovania je vždy pri zmene pomerov v štáte veľmi súrna. Podpred-
seda SNR a povereník vnútra, Dr. Gustáv Husák tému uviedol nasledovne: „*Celý verejný
život sa zhruba v dvoch organizačných formách prejavoval a to jednak v politických stra-
nách a jednak v spolkoch. Za posledné roky tak ako politické strany, tak i väčšina spolkov
orientovalo sa výslovne režimisticky, proti dnešnému duchu a i keď sa neorientovali dob-
rovoľne, boli často donucované a možno povedať, že väčšina týchto spolkov sa politicky
kompromitovala. Ešte v Banskej Bystrici rozpustili sme politické organizácie, paušálne
označené ako fašistické (HSLS, HG, podobne nemeckú a maďarskú stranu, FS, atď.), do-
teraz sme však nesiahli k žiadnym opatreniam na najrôznejšie spolky, ktoré minulý režim
podporoval a udržoval. Pretože dnes konsolidácia vyžaduje, aby sme presne vedeli, ktorý
z týchto spolkov ponechať možno a na druhej strane ako máme stanovky dnešnému duchu
doby prispôsobiť, vypracovali sme nariadenie o rozpustení a zakladaní spolkov. (...) Dnes
sme v obdobnej situácii ako v roku 1918, kedy nový režim nemohol mať k spolkom politic-
kým dôveru a preto musel voliť formu, ktorou by nápravu urobil. (...). Za Československa
v roku 1918 zvolený bol princíp revízy a ešte po 20-tich rokoch vyskytovaly sa staré ma-
ďarské a nemecké spolky, ktoré rozpustené neboli. My sme pri tomto nariadení volili prin-
cíp kombinovaný. Tam, kde možno s určitosťou viac-menej vysloviť politicky nepriateľ-
ský charakter spolkov pre dnešný režim, tieto spolky sa rozpúšťajú generálne. Na druhej
strane pri spolkoch, kde je pravdepodobnejší ich charakter, ako ustanovizní nábožen-
ských, dobročinných, kultúrnych, hospodárskych a športových, pokiaľ skutočne neboli
sväzané s politickými inštitúciami, ponechávajú sa a ukladá sa im povinnosť do šiestich
mesiacov stanovky v duchu demokratickom upraviť a k vidimovaniu predložiť.*“ Poslanci
sa prihovárali individuálne za spolky, ktoré by mali byť doplnené do zoznamu ponecha-
ných spolkov a **navrhlo sa aj riešenie spolky centralizovať.**⁹ Dr. Lettrich: „*Shodujem sa*

*Matica slovenská, Živena, Slovenská liga, spolky muzeálne, vedecké a umelecké, spevácke a hudobné, spolky
divadelných ochotníkov; Združenie vysokoškolsky vzdelaných žien, spolky filatelistické, Slovenský šachový zväz,
Klub slovenských turistov a lyžiarov; d) spolky pôsobiace v oblasti poľnohospodárstva: spolky vinohradnícke,
včelárske, pre chov ošipáných, pre chov domácej zveri, Zväz pasienkových spoločenstiev; Slovenská ovocinárka
spoločenosť, Zväz loveckých ochranných spolkov, Zväz slovenských pestovateľov tabaku, Zväz lanárov
a konopárov, Zväz spolkov chovateľov poštových holubov; e) spolky hasičské, f) spolky združujúce vojenských
vyslúžilcov: Združenie slovenských legionárov, Združenie slovenských dobrovoľníkov z r. 1918-1919, Zväz
vyslúžilých vojakov a frontových bojovníkov gen. M. R. Štefánika, g) športové spolky. Podľa prílohy nariadenia
SNR č. 51/1945 Sb. n. SNR z 25.5.1945, o rozpustení a zakladaní spolkov.*

⁸ Zápisnica z rokovania SNR dňa 25.5.1945, in: Spoločná česko-slovenská digitálna parlamentná knižnica, <http://www.psp.cz/eknih/1945snr/stenprot/004schuz/s004001.htm> (náhl'ad 25.2.2019); Predseda SNR, Dr. Lettrich uviedol: „Prv, ako by sme priročili k vlastnému prerokovaniu tejto veci, dovol'te ospravedlni't Úrad Predsedníctva SNR, že mu z technických dôvodov nebolo možné pripraviť návrh a rozdať ho pred zasadnutím, nakoľko vec je veľmi súrna a bola predmetom rokovania len na dnešnom dopoludňajšom zasadnutí Predsedníctva.“

⁹ In: Zápisnica z rokovania SNR dňa 25.5.1945, in: Spoločná česko-slovenská digitálna parlamentná knižnica, <http://www.psp.cz/eknih/1945snr/stenprot/004schuz/s004001.htm> (náhl'ad 25.2.2019)

v zásade s pánom Petkom, ktorý žiada centralizáciu mládeže všetkých spolkov, ktoré existovali, do Sväzu slovenskej mládeže, slovenských žien, atď. Keďže v rámci celoslovenskom organizované spolky budú o mnoho zdravšie. Takto bude ich výchova v jednotnej organizácii zabezpečená a tým sa odstránia trenice, ktoré by prípadne medzi jednotlivými spolkami sa dostavili.“ V záverečnej reči Dr. Husák k centralizácii spolkov uviedol: „ohľadom centralizácie spolkov, to môže byť smernica pri budúcim povoľovaní spolkov. Ak bude obecná mienka, že sa nemajú spolky trieštiť, budeme mať možnosť túto líniu sledovať. Ak bude mienka iná, nie. Povoľovanie spolkov do istej miery podlieha politickej konštelácii.“¹⁰

Ďalšia zmena v zoznamoch spolkov nastala od účinnosti zákona č. 68/1951 Zb. o dobrovoľných organizáciách a zhromaždeniach. Zákon v prechodných ustanoveniach určil, že „Spolky vzniknuté pred 1. októbrom 1951, ktoré vyvíjajú svoju činnosť vo shode so záujmami pracujúceho ľudu, sa môžu premeniť na organizácie alebo do nich včleniť; spolok sa môže premeniť aj na iný vhodný útvar alebo doň včleniť. (...) Až do svojej premeny, včlenenia alebo zániku vykonávajú spolky naďalej svoju činnosť podľa doterajších stanov; finančné opatrenie, presahujúce rámec bežnej správy, môžu robiť len po predchádzajúcom súhlase krajského národného výboru alebo orgánu, ktorý krajský národný výbor na to splnomocní. Krajské národné výbory ukladajú spolkom povinnosť, aby predkladali informácie potrebné na posúdenie ich činnosti.“ (§ 9 a 10) O rozpustení rozhodoval okresný národný výbor, keď nadobudol presvedčenie, že existencia spolku výstavbe socializmu nepomáha alebo ju dokonca brzdí, pričom s majetkom spolku mohol naložiť aj bez viazanosti jeho stanovami.¹¹

Teda ak silný štát chce nanovo určiť podmienky pre isté subjekty, určí novú registráciu, prípadne revíziu. O „razantnom vytvorení nového zoznamu“ v súčasnosti nemožno hovoriť. Ani po nedoložení potrebných údajov ministerstvu do registra od povinných subjektov nenasleduje tvrdá sankcia napríklad zániku. Sankcia existuje - ekonomického charakteru. Subjekty, ktoré neposkytnú povinné údaje, nemôžu získať verejné zdroje.¹² Právnej existencie subjektu združovania sa to však nedotýka. Získavanie prehľadu „tak trochu zanedbaného“ za 30 rokov, je však zrejmé. Možno ide o prvý krok – zistiť, čo je „živé“ a „v čom je živé“, potom bude nasledovať analýza postupu – „čo so zvyškom“. Akokoľvek, ak by sme hovorili o reálnych počtoch, v Slovenskej republike ide o takmer 52 tisíc subjektov.¹³

¹⁰ In: Zápisnica z rokovania SNR dňa 25.5.1945, in: Společná česko-slovenská digitální parlamentní knihovna, <http://www.psp.cz/eknih/1945snr/stenprot/004schuz/s004001.htm> (náhľad 25.2.2019)

¹¹ vyhl. č. 348/1951 Ú. v., o dobrovoľných organizáciách a zhromaždeniach

¹² § 6 z. č. 346/2018 Z. z.: (1) Subjekt verejnej správy nesmie poskytnúť verejné prostriedky (podľa § 2 písm. a) zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov) a) zapisovanej osobe, ktorá nemá v registri uvedené údaje v rozsahu podľa § 3 ods. 1 písm. a), b), c) a f) (t.j. názov, sídlo, IČO, právnu formu, identifikáciu štatutára – meno, priezvisko, adresu, dátum narodenia, rodné číslo), b) organizačnej jednotke občianskeho združenia, organizačnej jednotke odborovej organizácie alebo organizačnej jednotke organizácie zamestnávateľov, ktorá nemá v registri uvedené údaje v rozsahu podľa § 3 ods. 2 písm. d) (t.j. cieľ, názov + sídlo + IČO vrtkých ich organizačných jednotiek s vlastnou právnou subjektivitou, dátum zápisu do registra, dátum a dôvod zániku, meno + priezvisko + dátum narodenia fyzickej + rodné číslo + adresu trvalého pobytu osoby oprávnenej v jej mene konať, deň vzniku a zániku funkcie štatutára, zánik občianskeho združenia a právny dôvod zániku), (2) Majetok štátu, majetok vyššieho územného celku, majetok obce alebo majetok verejnoprávnej inštitúcie nesmie nadobudnúť a) zapisovaná osoba, ktorá nemá v registri uvedené údaje v rozsahu podľa § 3 ods. 1 písm. a), b), c) a f), b) organizačná jednotka občianskeho združenia, organizačná jednotka odborovej organizácie alebo organizačná jednotka organizácie zamestnávateľov, ktorá nemá v registri uvedené údaje v rozsahu podľa § 3 ods. 2 písm. d).

¹³ V súčasnosti je na webovom sídle ministerstva vnútra v evidencii 48.841 občianskych združení a 2.922 odborových organizácií a organizácií zamestnávateľov, v ich aktuálnom zozname, <http://ives.minv.sk/rez/registre/pages/list.aspx?type=oz&pg=2443>, <http://ives.minv.sk/rez/registre/pages/list.aspx?type=oz&pg=146>, (náhľad 19.1.2019)

2. Zmena - v oblasti vzniku právnickej osoby na princípe liberality

Zákon o registri mimovládnych neziskových organizácií novelizoval zákon o združovaní občanov (z. č. 83/1990 Zb.). Po tridsiatich rokoch sa upustilo od princípu liberality pri vzniku organizačných jednotiek občianskych združení. Organizačná jednotka združenia po novom vzniká zápisom v registri, návrh podáva združenie, ktoré ju vytvorilo. Keď vznikol zákon v roku 1990, bolo to obdobie veľkých očakávaní a širokého nastavenia voči ochrane ľudských práv a otvárania priestoru občianskej spoločnosti. Až takým nevídaným spôsobom, že združenia si mohli vytvoriť svoje pobočky ako nové právnické osoby bez toho, aby štát o tom vedel, aby ich evidoval, registroval, povoľoval, stačilo, že to bolo v súlade s vlastnými stanovami. Keďže povinnosť nahlasovať vznik združenia a odborovej organizácie bola na pleciach ministerstva vnútra, ktoré to nahlasovalo štatistickému úradu,¹⁴ údaje o vzniku organizačných jednotiek boli niekde v „medzipriestore“ súkromného, stanov združenia, vnútorných dokumentov združenia a jeho pobočiek, napr. zriaďovacích listín. Téma organizačných jednotiek a ich „najslobodnejšieho“ vzniku priniesla veľa aplikačných sporov, ale aj zaujímavých riešení. Dokonca ústavný súd v roku 2014, inšpirovaný touto skutočnosťou, odvodil z nej zásadu slobodného rozhodnutia o vzniku novej právnickej osoby (pobočky, konkrétne regionálnej komory) ako o súčasť slobody združovania aj pre subjekt mimo rámca zákona o združovaní. *„Sloboda združovania a princípy liberality sa spájajú so základnými charakteristikami demokratickej spoločnosti a z nich plynúcimi spoločenskými tendenciami. Štát v tejto oblasti nepresadzuje nevyhnutnosť striktnej kontroly štátnou mocou, ponecháva samospráve voľnosť, ktorá je predpokladom realizácie základných práv jej členov. Prejavom samosprávy je aj rozhodnutie subjektu o vzniku novej právnickej osoby.“*¹⁵

Je predpoklad, že táto zásada prežije v oblasti slobody združovania pre tie subjekty, ktoré nie sú viazané úpravou zákona o združovaní¹⁶, ale ktoré možno na základe ich charakteristických znakov podradiť k organizáciám osôb naplňajúcim svoje ambície dobrovoľným združovaním. Hoci možno nájsť aj názory oponujúce, ktoré zastávajú prístup - právnické osoby sú iba tie priamo určené zákonom alebo zapísané v príslušnom registri.¹⁷

¹⁴ § 9 ods. z. č. 83/1990 Zb.

¹⁵ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z 24. júna 2014, sp. zn. II. ÚS 325/2014, k zák. č. 30/1992 Zb. o Slovenskej poľnohospodárskej a potravinárskej komore, čl. 29, čl. 37, čl. 46 Ústavy Slovenskej republiky, čl. 6 Dohovoru, § 18 Občianskeho zákonníka. V tomto prípade šlo o vytvorenie regionálnej komory podľa stanov Slovenskej poľnohospodárskej a potravinárskej komory a spor o jej právnu subjektivitu.

¹⁶ Určite nie zákona o politických stranách a hnutiach – organizačné jednotky politických strán zo zákona nedisponujú právnou subjektivitou.

¹⁷ Tu možno uviesť názor J. Štiavnického: *„Oslabujeme jednak koncept mocenskosti, ako aj koncept právnickej osoby. V širšej súvislosti oslabujeme princíp legality, pretože ak zákon určuje, že právnická osoba má byť to, čo určuje zákon, tak to nemožno dotvárať výkladom. (...) Zo skutočnosti, že máme pocit, že aj mocenský orgán má byť právnickou osobou, lebo občas býva právnickou osobou, vytvárame konštrukcie, že právnická osoba nemusí byť explicitne stanovená v zákone, alebo registrovaná vo verejnom registri. Z toho vznikli judikáty českého aj slovenského najvyššieho súdu, že ak má niečo črty právnickej osoby, tak to je právnickou osobou, s tým, že to môže platiť aj vo výlučne súkromnoprávnom prostredí.“* Štiavnický, J.: Wall Street, Gordon Gekko, štát a naše (české a slovenské) právnické osoby. Rukopis príspevku z konferencie Obchodné spoločnosti (podniky) s účasťou štátu (SOE – State Owned Enterprises). Smolenice 10.-11. októbra 2018, organizátori: Katedra občianskeho a obchodného práva PF TU Trnava, Katedra obchodného a hospodárskeho práva PF UPJŠ Košice, ÚŠaP SAV Bratislava, bod 32 a 33

3. Zmena - zúženie širokej ochrany slobody združovania odstránením fikcie registrácie združenia v prípade nečinnosti orgánu štátu

Zákon o združovaní občanov od roku 1990 obsahoval úpravu inšpirovanú ešte nariadením ministra spravodlivosti z čias Uhorska, a to tzv. fikciu registrácie v prípade absencie konania ministerstva. Určoval tzv. „ďalší spôsob“ vzniku občianskeho združenia.¹⁸ V dôsledku ostatnej novely toto bolo od roku 2019 v zákone zrušené a dôvodová správa argumentuje tým, že sa nahradil stav právnej neistoty a že proti nečinnosti registrového orgánu možno použiť napr. z. č. 9/2010 Z. z. o sťažnostiach, § 28 a § 29 z. č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre a z. č. 165/2015 Z. z. Správny súdny poriadok. Možno len konštatovať, že od veľkých spoločenských zmien po roku 1989 - 30 rokov toto ustanovenie nespôsobovalo ťažkosti. Pre doplnenie - v Českej republike tzv. poisťka voči nečinnosti registrujúceho orgánu zostala zachovaná.¹⁹ Pritom Česká republika už zanechala pôvodne federálny zákon č. 83/1990 Sb. o združovaní občanov, a od roku 2014 sú spolky súčasťou Občianskeho zákonníka, zakotvujúc mnohé pravidlá omnoho podrobnejšie a vychádzajúc zo skúseností právnej vedy i praxe²⁰. V našom právnom prostredí tzv. poisťka proti nečinnosti orgánu štátu fungovala od počiatku jej právneho zakotvenia v dnešnom význame, teda už od druhej polovice 19. storočia.²¹ Podľa obežníka uhorského ministra vnútra vo veci spolkov z roku 1875²² platilo, že zakladajúci sa spolok mohol dočasne začať vyvíjať svoju činnosť štyridsiatym dňom po doručení stanov ministerstvu vnútra, ak sa dovtedy nestanovilo inak. Definitívne vytvorený spolok však bol až ten, ktorý mal svoje stanovy „opätrené vízom vlády“.²³

¹⁸ § 8 ods. 3 z. č. 83/1990 Zb. v znení účinnom do 31.12.2018: „Ak splnomocnencovi prípravného výboru nebolo do 40 dní od začatia konania doručené rozhodnutie ministerstva o odmietnutí registrácie, združenie vznikne dňom nasledujúcim po uplynutí tejto lehoty; tento deň je dňom registrácie. Na žiadosť splnomocnenca prípravného výboru mu ministerstvo zašle jedno vyhotovenie stanov, na ktorom vyznačí deň registrácie.“

¹⁹ Ustanovenia § 226 od. 3 a § 229 ods. 3 Občianskeho zákonníka upravujú fikciu vzniku spolku a pobočného spolku: *Není-li spolok do veřejného rejstříku zapsán do třiceti dnů od podání návrhu na zápis a není-li v této lhůtě ani vydáno rozhodnutí o odmítnutí zápisu, považuje se spolok za zapsaný do veřejného rejstříku třicátým dnem od podání návrhu. Není-li rozhodnutí o zápisu nebo o jeho odmítnutí vydáno do třiceti dnů od podání návrhu na zápis, považuje se pobočný spolok za zapsaný do veřejného rejstříku.*

²⁰ z. č. 89/2012 Sb. Občianský zákonník, ustanovenia o spolku sú v § 214 až § 302

²¹ Podľa rakúskeho zákona o spolkoch z roku 1867, ktorá platila aj po vzniku Československa - v Čechách a na Morave, zakladateľ spolku bol povinný písomne oznámiť svoj úmysel utvoriť spolok príslušnému orgánu a predložiť stanovy. Štátna správa mohla zakázať utvorenie spolku len zo zákonných dôvodov, pričom ak nemala výhrady, nebola povinná to spolku oznamovať, ani mu výslovne doručiť správu, že oznámenie o utvorení spolku berie na vedomie. Po uplynutí štvrtýždňovej lehoty mohol spolok započat' svoju činnosť a vstúpiť do života. V praxi sa síce hovorilo o schválení stanov spolku, úradné vybavenie však znelo: „... zemská správa politická nezapovedá (t.j. nezakazuje, pozn. M. G.) vytvorenie spolku XY...“, alebo: „... zemská správa politická zapovedá vytvorenie spolku XY...“. Spolok sa mohol zakázať v štvrtýždňovej lehote. Ak v nej nebol spolok zakázaný, resp. realizovalo sa zemské konanie skôr (že sa spolok nezakazuje), spolok sa považoval za zriadený a mohol začať vyvíjať činnosť („vejiti v skutek“, § 7). Príslušný úrad mohol pred uplynutím danej lehoty zaslať zakladateľom výmer, v ktorom uviedol, že utvorenie spolku nezakazuje, alebo že ho berie na vedomie. Ak bol spolku doručený zákaz, spolok sa musel likvidovať. In: BOHUSLAV, J. V.: Rukověť života spolkového. 2. přepracované vydání, Jindř. Bačkovský, Praha: Československé knihkupectví, antikvariát a nakladatelství v Praze, 1923, s. 46

²² Obežník ministerstva vnútra z 2.5.1875, č. 1508/75 B. M. vo veci spolkov (R. T. 43/1898); in: DUSIL, V. – KLIMENT, J.: Spolky, shromáždění a politické strany podle práva československého, Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, Praha, 1936, str. 466;

²³ Poisťka voči nečinnosti štátu mala v uhorskom období mimoriadny význam, najmä pre nemaďarské národné spolky. Napríklad slovenský národné orientované spolky, ktorým nebola štátna správa priaznivo naklonená,

Takáto poistka bola v našom právnom prostredí odstránená v socialistickej dobe a prvá právna ponovembrová úprava (z. č. 83/1990 Zb., § 8 ods. 3) sa k nej vrátila. Možno konštatovať, že tzv. poistka proti nečinnosti orgánu štátu má mať miesto v špecifickej úprave slobody združovania, a to aj popri iných mechanizmoch nápravy.

4. Zmena - v oblasti združovania v politických stranách – tradične viazané právo združovať sa v politických stranách na občanov daného štátu sa v Slovenskej republike rozšírilo aj na občanov členských štátov Európskej únie.

Ústava Slovenskej republiky zakotvuje podmienku občianstva – iba občania Slovenskej republiky môžu zakladať politické strany a združovať sa v nich. Osobitná úprava určuje podmienky pre pôsobenie politických strán a hnutí a taktiež európskych politických strán a európskych politických nadácií.²⁴

Právo voliť a byť volený do orgánov strany má štátny občan Slovenskej republiky s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky a občan iného členského štátu Európskej únie s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky (ďalej len „občan“), ktorý v deň volieb do orgánov strany dovŕšil 18 rokov veku a má spôsobilosť na právne úkony v plnom rozsahu. Takejto osobe vyjadrenej legislatívnou skratkou „občan“ patrí právo založiť stranu a združovať sa v nej.²⁵ Zákon definuje aj obmedzenia členstva fyzických osôb v orgánoch strany (18 rokov, spôsobilosť na právne úkony, absencia obmedzenia členstva v orgáne strany na základe rozhodnutia súdu).²⁶

Právo zakladať politické strany a združovať sa v nich je potrebné vnímať aj v kontexte volebného práva a práva zúčastňovať sa na správe vecí verejných. „Konštrukcia čl. 30 ods. 1 Ústavy SR zodpovedá konštrukcii čl. 2 ods. 2, ale aj viacerých medzinárodných dokumentov o ľudských právach a základných slobodách (Všeobecnej deklarácii ľudských práv a Medzinárodnému paktu o občianskych a politických právach), keďže volebné právo vníma ako integrálnu súčasť širšieho ústavou garantovaného základného práva – práva zúčastňovať sa na správe vecí verejných priamo alebo slobodnou voľbou svojich zástupcov. Toto právo ústava primárne garantuje svojim občanom (...) a zároveň v zúženom rozsahu cudzincom s trvalým pobytom na území Slovenskej republiky, ktorí majú

vedeli využiť túto právnu klauzulu vo svoj prospech. Keďže bolo možné dočasne začať pôsobiť po danej lehote od podania návrhu, aj po zamietavom stanovisku sa podávali nové návrhy, a to opakovane, a takýmto spôsobom vlastne takmer kontinuálne mohol spolok – hoci vždy dočasne - pôsobiť. Traduje sa, že stanovky Mužského spevokolu v Tisovci posielal úradom advokát a zakladateľ Dr. Samuel Daxner od roku 1877 spolu 17-krát. In: KEREČMAN, P., MANIK, R.: História advokácie na Slovensku, Eurokódex, Bratislava, 2011, s. 311

²⁴ zákon č. 85/2005 Z. z. o politických stranách a politických hnutiach; nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, Euratom) č. 1141/2014 z 22. októbra 2014 o štatúte a financovaní európskych politických strán a európskych politických nadácií (Ú. v. EÚ L 317, 4. 11. 2014) v platnom znení.

²⁵ § 3 a § 4 z. č. 85/2005 Z. z. o politických stranách a politických hnutiach

²⁶ § 3 ods. (2) a (3) z. č. 85/2005 Z. z. *Členom prípravného výboru strany (ďalej len „prípravný výbor“), štatutárnym orgánom strany alebo členom štatutárneho orgánu strany, členom najvyššieho, výkonného, rozhodcovského a revízneho orgánu strany, môže byť občan, ktorý dovŕšil 18 rokov veku a má spôsobilosť na právne úkony v plnom rozsahu. Po dobu piatich rokov od právoplatnosti rozhodnutia správneho súdu o rozpustení politickej strany podľa osobitného predpisu nemôže byť členom prípravného výboru, štatutárnym orgánom strany alebo členom štatutárneho orgánu strany, členom najvyššieho, výkonného, rozhodcovského a revízneho orgánu strany občan, ktorému bolo takéto obmedzenie uložené rozhodnutím správneho súdu. (osobitným predpisom je § 390 ods. 2 z. č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok)*

právo voliť a byť volení do orgánov samosprávy obcí a do orgánov samosprávy vyšších územných celkov.²⁷

Teda občania vo voľbách volia spomedzi seba – spomedzi občanov Slovenskej republiky. Pričom predovšetkým parlamentné voľby predstavujú slobodnú súťaž politických strán, a to politických strán združujúcich občanov Slovenskej republiky. Princíp občianstva pre politické združovanie je prítomný aj v histórii, napríklad rakúsky zákon o spolkoch umožnil členstvo v politických spolkoch iba občanom, mužom, s minimálnym vekom 21 rokov, uhorské predpisy vyžadovali pre politické združovanie štátne občianstvo, tak aj československé po roku 1918 (už mužom i ženám).

Princíp občianstva v združovaní v politických stranách národného štátu je prítomný aj dnes. Napríklad v Českej republike v roku 2018 Najvyšší správny súd konštatoval, že „*regulácia politických strán a hnutí je rýdzo národnou záležitosťou, teda je nutné striktné vychádzať z národného práva (hlavne z ústavného poriadku). Unijné právo občanom EÚ právo na členstvo v národných politických stranách nezakladá.*“²⁸ Spor vyplynul z prípadu, kedy ministerstvo vnútra odmietlo registrovať zmenu stanov politickej strany, ktorá chcela zakotviť pravidlo, že občan EÚ, ktorý má trvalý pobyt na území Českej republiky, už nemusí byť iba čestným členom strany s poradným hlasom, ale priamo jej členom. Najvyšší správny súd kasačnú sťažnosť zamietol. **Súd uviedol, že sa musí odlíšiť výkon volebného práva, aktívneho i pasívneho, od možnosti združovať sa v politických stranách.** Občania EÚ majú na národnej úrovni zaručené volebné právo do Európskeho parlamentu a do obecných zastupiteľstiev, ako požaduje unijná úprava (čl. 20 ods. 2 písm. b) ZFEÚ). Na druhej strane unijné právo občanom EÚ právo na členstvo v národných politických stranách nezakladá. To, či budú občania EÚ na kandidátnej listine, je potom vecou dohody s politickou stranou či hnutím, do čoho nie je český zákonodarcu oprávnený autoritatívne zasahovať. (...) Národné právo teda sťažovateľke nebráni, aby na kandidátnu listinu zapísala občanov EÚ, a to aj keď nie sú jej členmi. Súd zdôraznil, že európske občianstvo nenahrádza „klasické“ národné občianstvo, ale iba dopĺňa²⁹ národné občianstvo členského štátu. Predstavuje teda určitý doplnok „klasicky“ ponímaného národného občianstva. Nemožno na základe argumentu ohľadom zákazu diskriminácie vyvodiť, že občan EÚ má mať vo všetkých oblastiach (tu v oblasti účasti v politických stranách a hnutiach a vo výkone volebného práva do všetkých verejných funkcií) rovnaké postavenie ako občan členského štátu. „Judikatúra zatiaľ zotrváva na tom, že uvedené inštitúty (výkon volebného práva cudzincami a možnosť členstva cudzincov

²⁷ OROSZ, L., MOLEK, P., SVÁK, J., ŠIMÍČEK, V.: Volebné právo a súdny prieskum volieb v Českej republike a v Slovenskej republike. Bratislava : C. H. Beck, 2016, s. 289

²⁸ Rozsudok NSS z 10.1.2018, sp. zn. 6 As 84/2017; česká úprava – z. č. 424/1991 Sb. o sdružování v politických stranách a v politických hnutích, koncipuje právo združovať sa v politických stranách a hnutiach občanom.

²⁹ Zmluva o fungovaní Európskej únie, čl. 20, (pôvodný článok 17 ZES), 1. *Týmto sa ustanovuje občianstvo Únie. Občanom Únie je každá osoba, ktorá má štátnu príslušnosť členského štátu. Občianstvo Únie dopĺňa štátne občianstvo a nenahrádza ho.* 2. *Občania Únie požívajú práva a podliehajú povinnostiam ustanoveným v zmluvách. Majú okrem iného: a) právo na slobodný pohyb a pobyt na území členských štátov; b) právo voliť a byť volení vo voľbách do Európskeho parlamentu a vo voľbách do orgánov samosprávy obcí v členskom štáte, v ktorom majú bydlisko, za rovnakých podmienok ako štátni príslušníci tohto štátu; c) právo požívať na území tretej krajiny, v ktorej nie je zastúpený členský štát, ktorého sú štátnymi príslušníkmi, ochranu diplomatických a konzulárnych orgánov ktoréhokoľvek členského štátu za rovnakých podmienok ako štátni príslušníci tohto štátu; d) právo obrátiť sa s petíciou na Európsky parlament, obrátiť sa na európskeho ombudsmana a na inštitúcie a poradné orgány Únie v ktoromkoľvek jazyku zmlúv a dostať odpoveď v tom istom jazyku. Tieto práva sa uplatňujú v súlade s podmienkami a obmedzeniami vymedzenými v zmluvách a opatreniami prijatými na ich vykonanie.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=SK>

v politickej strane) z hľadiska možnosti participácie občanov EÚ na demokratických rozhodovacích procesoch je nutné striktné odlišovať.³⁰

Naspäť na Slovensko. Z pohľadu európskej integrácie pre združovania v európskych politických stranách je potrebné uviesť, že osobitným predpisom v tejto oblasti je nariadenie o štatúte a financovaní európskych politických strán a európskych politických nadácií.³¹ Podľa vymedzenia pojmov „politická strana“ je združenie občanov, ktoré sleduje politické ciele a ktoré je uznané alebo založené v súlade s právnym poriadkom aspoň jedného členského štátu; „aliancia politických strán“ je štruktúrovaná spolupráca medzi politickými stranami a/alebo občanmi; „európska politická strana“ je politická aliancia, ktorá sleduje politické ciele a je zaregistrovaná na Úrade pre európske politické strany a nadácie stanovenom v článku 6 v súlade s podmienkami a postupmi stanovenými v nariadení. Keďže nariadenie upravuje registráciu európskych politických strán, dôležité sú podmienky.³² Z východísk nariadenia formulovaného v roku 2014 je zrejmé, že európskym občanom by sa malo umožniť, aby združovanie v politických stranách malo aj európsky rozmer. Pretože podľa čl. 12 ods. 2 Charty základných práv EÚ, *politické strany na európskej úrovni prispievajú k formovaniu európskeho politického vedomia a k vyjadreniu politickej vôle občanov Únie*. K ďalším formulovaným východiskám patrí, že *európskym občanom by sa malo umožniť, aby tieto práva využili s cieľom plnohodnotne sa zúčastňovať na demokratickom živote Únie, že skutočne nadnárodné európske politické strany a k nim pridružené politické nadácie majú rozhodujúci význam pri vyjadrovaní názorov občanov na európskej úrovni a preklenutí medzery medzi politikmi na vnútroštátnej úrovni a na úrovni Únie a že európske politické strany a k nim pridružené európske politické nadácie by sa mali podporiť a malo by sa im pomôcť v ich úsilí o vytvorenie užších väzieb medzi európskou občianskou spoločnosťou a inštitúciami Únie, najmä Európskym parlamentom*.³³ Predpis zavádza európskym politickým stranám aj európsku právnu subjektivitu.³⁴

Je zrejmé, že tento predpis prispieva k európskej integrácii aj pri vnímaní pojmu občan, no zároveň je zrejmé, že naďalej platí princíp národného občianstva viažuceho sa na právo združovať sa vo svojom štáte v politickej strane alebo politickom hnutí. Každopádne sa otvára princíp suverenity štátu viazanej na moc odvodennej od svojich občanov, resp. rozširuje sa nový prístup legitimacy novej verejnej moci.

³⁰ PODHRÁZKÝ, M.: Občanství jako podmínka členství v politické straně (hnutí). Sudní rozhledy 6/2018, s. 199 – 200, autor vychádzal z odôvodnenia rozsudku NSS z 10.1.2018, sp. zn. 6 As 84/2017

³¹ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, EURATOM) č. 1141/2014 z 22. októbra 2014, Ú. v. ES L 317 4.11.2014, s. 1, konsolidované znenie k máju 2018

³² Čl. 3 Podmienky registrácie, ods. 1. *Politická aliancia môže požiadať o registráciu ako európska politická strana za týchto podmienok: a) musí mať sídlo v niektorom členskom štáte, ako je uvedené v jej stanovách; b) jej členské strany musia byť zastúpené najmenej v jednej štvrtine členských štátov poslancami Európskeho parlamentu, národných parlamentov, regionálnych parlamentov alebo regionálnych zhromaždení, alebo aliancia alebo jej členské strany museli pri posledných voľbách do Európskeho parlamentu získať aspoň v jednej štvrtine členských štátov najmenej tri percentá hlasov odovzdaných v každom z týchto členských štátov; ba) jej členské strany nie sú členmi inej európskej politickej strany; c) musí dodržiavať, najmä vo svojom programe a činnostiach, hodnoty, na akých je založená Únia, ako je uvedené v článku 2 Zmluvy o EÚ, t. j. úctu k ľudskej dôstojnosti, slobodu, demokraciu, rovnosť, právny štát a rešpektovanie ľudských práv vrátane práv osôb patriacich k menšinám; d) aliancia alebo jej členovia sa museli zúčastniť na voľbách do Európskeho parlamentu alebo verejne vyjadriť svoj úmysel zúčastniť sa na najbližších voľbách do Európskeho parlamentu; a e) nesmie sledovať ciele spojené so ziskom.*

³³ Nariadenie EP a Rady (EÚ, EURATOM) č. 1141/2014, body 3 - 5

³⁴ KAPITOLA III, PRÁVNÝ ŠTÁTÚT EURÓPSKÝCH POLITICKÝCH STRÁN A EURÓPSKÝCH POLITICKÝCH NADÁCIÍ, Článok 12 – 15

Keďže v Slovenskej republike od roku 2014³⁵ osobitná právna úprava pre združovanie v politických stranách určuje, že **aktívne a pasívne volebné právo do orgánov strany** môže využiť iba občan Slovenskej republiky s trvalým pobytom v Slovenskej republike a občan iného členského štátu Európskej únie s trvalým pobytom v Slovenskej republike (v deň volieb minimálne 18-ročný a spôsobilý na právne úkony v plnom rozsahu)³⁶ a zároveň **členom orgánu strany môže byť iba člen strany**³⁷, takto je okruh možných subjektov združovania okrem občanov Slovenskej republiky rozšírený o občanov iného členského štátu Európskej únie (s trvalým pobytom v Slovenskej republike).

Vnútroštátna zákonná slovenská úprava sa rozšírila pre európsku integráciu aj v rozsahu uplatňovania politických práv. Zároveň však možno uviesť, že ak si politická strana alebo hnutie vo svojich stanovách vymieni, že jej členom môže byť len občan Slovenskej republiky, takéto ustanovenie nie je protiústavné, ani v rozpore s právom Európskej únie. Prísviedča tomu aj argument, že Európska únia nemá kompetenciu regulovať úpravu politických strán, lebo to je výlučná kompetencia národných zákonodarcov, ale najmä podstatný argument, že vnútorná autonómia je základnou zásadou slobody združovania.

5. Zmena - prísnejší pohľad na nedovolené združovanie v politických stranách a na neplnenie povinností politických strán

Štát mal vždy potrebu upraviť a podriadiť si svojej kontrole politické združovanie. V našom priestore sa to dlho nedarilo legislatívnou cestou, čo však bol trend všeobecný aj v okolitých štátoch, podrobnejšie nižšie.

Osobitné obdobie nastalo po roku 1989. Najskôr vznikla prvá, iba rámcová úprava o politických stranách, neskôr v roku 1991 ďalšia³⁸. Z roku 2005 pochádza súčasný slo-

³⁵ V dôsledku z. č. 181/2014 Z. z. o volebnej kampani a o zmene a doplnení z. č. 85/2005 Z. z., s účinnosťou od 26.6.2014 a 1.7.2015. Dôvodová správa to vysvetľuje odkazom na čl. 22 Zmluvy o fungovaní EÚ: „*Touto úpravou sa zároveň zosúladí vnútroštátne právo zakladať politické strany a byť členom politickej strany s článkom 22 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, ktorý v odseku 1 ustanovuje, že: „Každý občan únie s bydliskom v členskom štáte, ktorého nie je štátnym príslušníkom, má právo voliť a byť volený do orgánov miestnej samosprávy vo voľbách v členskom štáte, v ktorom má bydlisko, za rovnakých podmienok ako štátni príslušníci tohto štátu“.* Z uvedenej dôvodu zákon umožní založiť politickú stranu a stať sa členom politickej strany aj osobám, ktoré nie sú občanmi Slovenskej republiky, ale sú občanmi členského štátu Európskej únie a majú trvalý pobyt na území Slovenskej republiky. V osobitnej časti dôvodovej správy: K bodu 1: *Právo voliť a byť volený do orgánov politickej strany a politického hnutia sa priznáva aj občanom iných členských štátov Európskej únie, ktorí majú trvalý pobyt na území Slovenskej republiky. Dôvodom uvedenej úpravy je umožniť občanom iných členských štátov Európskej únie zakladať politické strany a politické hnutia (ďalej len „politická strana“) a byť ich členmi, a tak za rovnakých podmienok ako občania Slovenskej republiky byť volení do orgánov miestnej samosprávy. Touto úpravou sa zosúladí vnútroštátne právo s článkom 22 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, ktorý v odseku 1 ustanovuje, že: „Každý občan únie s bydliskom v členskom štáte, ktorého nie je štátnym príslušníkom, má právo voliť a byť volený do orgánov miestnej samosprávy vo voľbách v členskom štáte, v ktorom má bydlisko, za rovnakých podmienok ako štátni príslušníci tohto štátu“.*“ <https://www.najpravo.sk/dovodove-spravy/rok-2014/181-2014-z-z.html> (22.3.2019)

³⁶ § 3 ods. 1 z. č. 85/2005 Z. z.

³⁷ § 6 ods. 7, prvá veta, z. č. 85/2005 Z. z.

³⁸ Z. č. 15/1990 Zb. o politických stranách – zákon upravoval iba podmienky vzniku a dobrovoľného zániku strany, zároveň zadefinoval za politické strany už vzniknuté: Československá strana ľudová, Československá strana socialistická, Demokratická strana, Komunistická strana Československa a Strana slobody. Za politické hnutia definoval Občianske fórum a Verejnosť proti násiliu. Zákon upravoval pri politických hnutiach členstvo nielen občanov, ale aj politických strán a spoločenských organizácií (§ 8). Z. č. 424/1991 Zb. o združovaní v politických stranách a politických hnutiach – tento počítal aj s pozastavením činnosti strany a hnutia rozhodnutím súdu, maximálne na jeden rok (§ 14), v § 16 odkazoval: *Ďalšie dôsledky zrušenia strany a hnutia a pozastavenia ich činnosti ustanoví osobitný zákon.* Taký však nebol prijatý.

venský podrobný zákon o politických stranách a hnutiach. Ostatná novela priniesla úpravu, ktorá pamätá aj na **obdobie po rozpustení** politickej strany, či hnutia³⁹.

Keďže náš zákon **nepozná pozastavenie činnosti strany**, jediným prostriedkom vrchnostenského zákroku voči nedovolennej činnosti strany je jej **rozpustenie na základe rozhodnutia súdu**. Zákon však pozná ekonomické sankcie - pri nesplnení podmienok strany vyžadovaných zákonom nastúpi pozastavenie vyplácania príspevku na činnosť a príspevku na mandát. Zároveň zákon novo upravuje niekoľko situácií, v ktorých sa strana dostane do likvidácie, potom môže vykonávať iba pôsobnosť súvisiacu so zrušením strany a nasleduje jej zánik.

Ak strana nesplní povinnosť vypracovať a doručiť výročnú správu Štátnej komisii pre voľby a kontrolu financovania politických strán,⁴⁰ nasleduje akcia zo strany ministerstva financií – pozastavenie vyplácania príspevkov. Ak pôjde o nedostatky v dvoch po sebe nasledujúcich rokoch, ministerstvo zapíše stranu s dodatkom „v likvidácii“.⁴¹ Pozastavenie vyplácania týchto príspevkov nastupuje aj v situácii, ak strane klesne počas volebného obdobia počet členov výkonného orgánu strany.⁴² Následok likvidácie strany nastupuje v situácii nesplnenia povinnosti zápisu štatutárneho orgánu do registra politických strán (§ 8 ods. 7), tiež v prípade nesplnenia povinností zavedených ostatnou novelou a zápisom stanov podľa § 6 (ustanovenia o orgánoch strany - § 34e).

Novo koncipované sú ustanovenia obmedzení združovania v politickej strane. Nejde o zákaz všeobecný – združovať sa v politickej strane. Ide o zákaz dočasný – a to konkrétne zákaz vystupovať v pozícii člena prípravného výboru, štatutárneho orgánu, člena najvyššieho, výkonného, rozhodcovského a revízneho orgánu strany.⁴³ Novinkou v našom právnom poriadku je totiž obmedzenie, ktoré správny súd v konaní o rozpustení politickej strany uloží konkrétnym osobám.⁴⁴ Je to síce novinka, ale nie tak celkom, naše právne prostre-

³⁹ Z. č. 344/2018 Z. z.

⁴⁰ § 30 z. č. 85/2005 Z. z.

⁴¹ § 30 ods. 8 z. č. 85/2005 Z. z.: *Ak strana neuposlúchne výzvu štátnej komisie v lehote podľa odseku 6 v dvoch bezprostredne po sebe nasledujúcich účtovných obdobiach, ministerstvo na základe oznámenia štátnej komisie túto stranu zapíše v registri strán s dodatkom „v likvidácii“.* Dňom zápisu vstupuje strana do likvidácie a bude môcť vykonávať iba pôsobnosť súvisiacu so zrušením strany.

⁴² § 30 ods. 11 z. č. 85/2005 Z. z.: *Ak štátna komisia zistí, že počas volebného obdobia sa počet členov výkonného orgánu strany, ktorá bola zvolená do Národnej rady Slovenskej republiky, znížil pod ustanovený počet členov podľa § 6 (t.j. min. 9), oznámi túto skutočnosť ministerstvu financií, ktoré pozastaví strane vyplácanie príspevku na činnosť. Ministerstvo financií obnoví vyplácanie príspevku na činnosť na základe oznámenia štátnej komisie, ktorej strana preukázala, že dôvod na zastavenie jeho vyplácania zanikol; strana nemá nárok na dodatočné vyplatenie príspevku na činnosť za obdobie pozastavenia jeho vyplácania.*

⁴³ § 3 ods. 3 z. č. 85/2005 Z. z.: *Po dobu piatich rokov od právoplatnosti rozhodnutia správneho súdu o rozpustení politickej strany podľa osobitného predpisu nemôže byť členom prípravného výboru, štatutárnym orgánom strany alebo členom štatutárneho orgánu strany, členom najvyššieho, výkonného, rozhodcovského a revízneho orgánu strany občan, ktorému bolo takéto obmedzenie uložené rozhodnutím správneho súdu.*

⁴⁴ § 390 z. č. 162/2015 Z. z., Správny súdny poriadok, ods. 1 až 3: (1) *Ak správny súd po preskúmaní zistí dôvodnosť žaloby, rozsudkom rozhodne o rozpustení politickej strany. (...).* (2) *Správny súd v rozsudku podľa odseku 1 zároveň vysloví, že po dobu piatich rokov od právoplatnosti rozsudku osoba, ktorá bola počas prípravy stanov alebo programu politickej strany, ak obsah niektorého z týchto dokumentov bol dôvodom na rozpustenie politickej strany, alebo ktorá počas obdobia keď dochádzalo k činnosti, ktorá bola dôvodom na rozpustenie politickej strany, bola a) štatutárnym orgánom alebo členom štatutárneho orgánu takejto politickej strany, b) členom najvyššieho, výkonného, rozhodcovského a revízneho orgánu takejto strany, c) uvedená na kandidátnej listine takejto politickej strany, ktorá bola podaná v súvislosti s voľbami podľa osobitného predpisu, nemôže byť členom prípravného výboru akejkoľvek politickej strany, štatutárnym orgánom alebo členom štatutárneho orgánu, členom najvyššieho, výkonného, rozhodcovského a revízneho orgánu akejkoľvek politickej strany. (3) Vo výroku rozsudku podľa odseku 1 správny súd uvedie názov politickej strany a jej skratku a sídlo, dátum a číslo registrácie politickej strany a to, či nariadil likvidáciu spolu s menom a priezviskom likvidátora.*

die následky vzťahujúce sa na konkrétnych jednotlivcov po vrchnostenskom zásahu do politickej strany pozná.

Naše skúsenosti s následkami po rozpustení strany alebo zastavení jej činnosti

Aj keď rakúsky zákon o spolkoch z roku 1867 upravoval prísnejšie podmienky pre politické spolky, v dnešnom ponímaní politické strany, tieto existovali dlho de facto a mimo právnu úpravu. Obdobne v Uhorsku sa „politické združovanie“ riešilo spoločne v rámci „jednotného“ združovania, vnútorne však rozdeleného podľa účelu. V Uhorsku boli predpismi združovania nariadenia ministerstva vnútra. Obežník z roku 1875 vo svojej prílohe rozdelil spolky do kategórií podľa účelu, pričom v stanovách sa to nemohlo zmiešať. Účel spolku mohol byť politický, humanitný, zárobkový, vzdelávací a hospodársky. Národnostný spolok sa mohol založiť len ako literárny a vzdelávací a mohol mať ako čestných členov aj občanov iných štátov, ale len s povolením vlády. Členom politického a robotníckeho spolku mohol byť len uhorský štátny občan, politické a robotnícke spolky nemohli zakladať pobočky. Ustanovenia o politických spolkoch však viac slúžili k posudzovaniu činnosti ostatných spolkov, či neprekračujú svoje aktivity smerom k politickým, čo bol dôvod na ich rozpustenie, než k regulácii samotných politických strán.

Prvý zákon upravujúci postavenie politických strán v Československu bol až z roku **1933 a obsahoval úpravu rozpúšťania politických strán a pozastavenie jej činnosti**⁴⁵. Zákon počítal s faktickou existenciou politických strán a definoval prostriedky, ako v prípade potreby tieto faktické útvary potlačiť. Pred pôsobnosťou tohto zákona z roku 1933 mohla byť politická strana zakázaná, pokiaľ vyvíjala činnosť ako spolok podľa spolkového zákona, a to podľa tohto spolkového zákona z roku 1867.⁴⁶ Išlo o novú úpravu vrchnostenského zásahu - pozastavenie činnosti alebo rozpustenie politickej strany. Politickou stranou sa podľa zákona z roku 1933 rozumela politická strana riadne organizovaná, ale aj akákoľvek politická skupina, združenie alebo hnutie. Jej právne postavenie nebolo určené a naďalej platila zásada, že ide o fakticky existujúci subjekt a zákon hovoril o príslušníkoch strany. Príslušníkom strany sa považoval buď člen strany riadne organizovaný v posledných šiestich mesiacoch, alebo kto ju podporoval, alebo jej podvrtné ciele v tomto období verejne schvaľoval, alebo kto za ňu kandidoval na verejnú funkciu. Lehota šiestich mesiacov sa počítala späť od zastavenia činnosti alebo rozpustenia politickej strany.

O zastavení činnosti alebo rozpustení politickej strany mohla rozhodnúť vláda, ak bola činnosťou politickej strany zvýšenou mierou ohrozená samostatnosť, ústavnosť, celistvosť, demokraticko-republikánska forma štátu alebo bezpečnosť Československa, čo sa zverejňovalo v Úradnom liste republiky Československej. Takto sa posudzovali aj strany, ktoré by vznikli ako pokračovateľky tých zakázaných, resp. ktorej predstaviteľmi boli osoby významne činné v nedávno rozpustených alebo suspendovaných politických stranách (**tzv. strana náhradní**). Po zastavení činnosti politickej strany bola zakázaná jej ďalšia činnosť, nosenie odznakov, rovnošiat, vlajok, osobitných pozdravov, alebo iných symbolov, ktoré navonok vyjadrujú príslušnosť k takej strane, organizovať alebo zúčastniť sa

⁴⁵ zákon č. 201/1933 Sb. z. a n., o zastavovaní činnosti a rozpúšťaní politických strán

⁴⁶ Nález Najvyššieho správneho súdu č. 18.603/1935; in: DUSIL, V., KLIMENT, J.: Spolky, shromáždění a politické strany podle práva československého. Praha : Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1936, s. 97, 155

zhromaždení, v ktorých sa dáva najavo príslušnosť k takej strane, hoc i skryte. Tiež sa zakázalo prijímať alebo organizovať osoby, zbierať hmotné prostriedky, alebo akúkoľvek inú podporu pre takú stranu.

Úradne mohli byť postihnuté aj spolky a akékoľvek iné združenia, ktoré navonok vystupovali ako zložky takej politickej strany, alebo slúžili jej účelom, alebo ak jej významnými predstaviteľmi boli osoby činné v takej strane. Mohol byť na ne uvalený úradný dozor, alebo ich činnosť mohla byť zastavená, prípadne tieto spolky mohli byť rozpustené. V tomto prípade zákon pamätal na úpravu naloženia s ich majetkom, pretože ak zo stanov spolku pripadol majetok pre prípad rozpustenia spolku priamo či nepriamo tejto politickej strane, úradne sa rozhodlo o naložení s majetkom na „nezávadný účel príbuzný“ (§ 3 ods. 3). Zabavenie majetku sa týkalo majetku, ktorý *náleží* strane, ktorý niekto za stranu drží a majetok, ktorý zrejme slúžil alebo bol určený len na účel strany (§ 12 ods. 2). Osobitný prístup sa vzťahoval na **obchodné spoločnosti, zárobkové a hospodárske spoločenstvá, ak vystupovali ako zložky takej politickej strany. Mohli byť postavené pod úradný dozor, alebo im mohla byť zavedená nútená správa.** Príslušným úradom bolo ministerstvo vnútra alebo zemský úrad.

Ďalšie obmedzenia občianskych a politických práv, ktoré súviseli so zákazom činnosti politickej strany, **bol trojročný zákaz**, bez povolenia okresného či štátneho policajného úradu, **usporiadať zhromaždenia príslušníkom zakázanej strany. Zakázané mohlo byť aj vydávanie a šírenie periodík i neperiodickej tlače tejto strany.** Ak šlo o periodikum vydávané v cudzine, mohol sa zakázať ich dovoz do Československa alebo akékoľvek ich dopravenie. Perzekučný postih bol zákonne umožnený voči príslušníkom zakázanej strany ale aj voči spolkom, ktoré pôsobili ako zložky alebo inak slúžili zakázaným stranám.

Následné postihy príslušníkov strán so zastavenou činnosťou boli široké. Príslušný úrad ich mohol podrobiť zabavovaniu a otváraniu korešpondencie doručovaných alebo odosielaných, nariadiť cenzúru telegramov, vypovedať z určitého územia na určitú dobu, nariadiť im policajný dozor alebo im nariadiť, aby sa v určitej dobe z určitého územia nevzdľahoali. To sa týkalo aj zmienených spolkov so stranou prepojených.

So zákazom činnosti politickej strany súvisel aj zánik všetkých verejných funkcií, ktoré nadobudli jej príslušníci voľbou, menovaním i inak, v samospráve miestnej i záujmovej, vo verejných inštitúciách, aj v ústavoch, podnikoch a poradných zboroch a nemožnosť zastávať ich po dobu troch rokov. Takáto strana ani nemohla kandidovať vo voľbách.

Podobné obmedzenia platili aj pre prípad rozpustenia politickej strany, s ktorým sa viazala aj strata mandátu v zákonodarnom zbore pre osoby, ktoré boli na kandidátnej listine na meno volebnej strany. Čistý majetok po likvidácii rozpustenej strany pripadol štátu. Zákon obsahoval aj osobitnú úpravu o zložení poslaneckej snemovne a senátu v súvislosti s uprázdnenými mandátmi, na ktoré nemohli nastúpiť náhradníci týchto rozpustených strán. Záverečné ustanovenia zákona časovo limitovali splnomocnenia zastaviť a rozpustiť politické strany a zmienené spolky, a to do 1.1.1935, po novele do 1.1.1936. Opäť však bolo toto splnomocnenie obnovené do 1.1.1937. Táto právna úprava sa dotkla komunistickej strany, ale aj nemeckej národnosocialistickej a nemeckej národnej strany.⁴⁷

⁴⁷ Zákon č. 132/1936 Sb., ktorým sa obnovuje splnomocnenie vlády rozpúšťať politické strany; Bianchi uvádza, že platnosť zákona sa predlžovala do 1.1.1938; In: BIANCHI, L. a kol.: Dejiny štátu a práva na území

Na základe splnomocňovacieho ustanovenia vydala **vláda nariadenie č. 355/1938 Sb. z. a n., o politických stranách**. Bol to prvý právny predpis, ktorý upravoval vznik, práva a povinnosti a zánik politických strán, pričom politická strana bola definovaná ako právnická osoba. Nová politická strana mohla byť **založená na základe povolenia podľa voľného uváženia vlády Česko-slovenskej republiky (ústrednej)**. Na politickú stranu sa nevzťahovali spolkové predpisy. Rozpustená mohla byť vládou z dôvodu ohrozovania verejného záujmu. Následky rozpustenia boli viazané na úpravu podľa zákona č. 201/1933 Sb. z. a n., o zastavovaní činnosti a rozpúšťaní politických strán.

Socialistické obdobie možno iba krátko zhodnotiť vylúčením slobodnej súťaže politických strán, zakotvením vedúcej úlohy Komunistickej strany do ústavy a formulované úlohy Národného frontu.

Spôsoby zasiahnutia do slobody združovania v politických stranách

Vo všeobecnosti možno prístup štátov a ich právnych poriadkov voči nedovoleným politickým stranám, alebo pri neplnení zákonných podmienok stupňovito rozdeliť: aplikuje sa čiastočné alebo celkové odňatie financovania politickej strany, dočasné pozastavenie činnosti politickej strany, najprisnejším zásahom je zrušenie resp. rozpustenie politickej strany a k tomu môže ešte pristúpiť aj ustanovenie o ďalšom postihu tzv. zástupných politických strán a/alebo postihu konkrétnych fyzických osôb – popredných činiteľov strany, ktorí boli určitým spôsobom podstatným dôvodom (ich aktivity, vyjadrenia a pod.) pre rozpustenie strany. V takomto kontexte aj ESLP pri posudzovaní zásahov do slobody združovania dbá na primeranosť zásahu. Napríklad aj v prípade uloženia zákazu činnosti politickej strany, hoci len na veľmi krátke obdobie, má byť starostlivo posudzovaná potreba uloženia takéhoto opatrenia, obzvlášť v predvolebnom období.⁴⁸

Inak vyjadrené, ak je možné použiť miernejší zásah, je potrebné ho využiť, lebo princíp spravodlivého vyvažovania je vysokým etalónom.

Stupňovité postihovanie politických strán vyplýva z prípadu Strana za demokratickú spoločnosť a ďalší v. Turecko.⁴⁹ ESLP uviedol, že „*nedištancovanie sa strany od činov*

Československa v období kapitalizmu II, 1848-1945. Bratislava: Vydavateľstvo SAV, 1973, s. 287; Pre Slovensko bola táto úprava zrušená zákonom Snemu Slovenskej republiky č. 121/1940 Sl. Z., o politických stranách národnostných skupín.

⁴⁸ Kresťansko-demokratická ľudová strana v. Moldavsko, rozsudok z 14.2.2006, sťažnosť č. 28793/02, Justičná revue - príloha 4/2006; ESLP konštatoval porušenie čl. 11.

⁴⁹ V Turecku došlo v roku 2009 k rozpusteniu politickej strany, jednej z ľavicových prokurdských strán, čo malo za následok likvidáciu strany a prevod jej aktív na štátnu pokladnicu. Ako vedľajší trest bolo pani Tuğluk a páňovi Türk ako spolupredsedom strany odňaté postavenie členov parlamentu, keďže svojimi vyjadreniami a konaním zapríčinili rozpustenie tejto strany. Ďalej bolo 37 členom strany zakázané stať sa zakladateľmi, bežnými členmi, funkcionármi alebo kontrolórmi akejkoľvek inej strany po dobu 5 rokov. ESLP konštatoval porušenie čl. 11 - slobodu združovania a čl. 3 – právo na slobodné voľby. Rozsudok Komory z 12.1.2016 vo veci Strana za demokratickú spoločnosť a ďalší v. Turecko, Party for a Democratic Society (Demokratik Toplum Partisi - DTP) and Others v. Turkey (sťažnosť č. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 a 37272/10); ESLP uviedol, že prejavy dvoch spolupredsedom strany nemohli opodstatniť rozpustenie strany, keďže nepodnecovali k použitiu násilia, k ozbrojenému odporu alebo k vyvolaniu povstania. ESLP však uznáva, že prijatie takéhoto opatrenia z dôvodu, že strana sa otvorene nedištancovala od činov alebo vyjadrení svojich členov alebo lokálnych predsedom, ktoré bolo možné interpretovať ako nepriamu podporu terorizmu, mohlo predstavovať „naliehavú spoločenskú potrebu“. Avšak vzhľadom na relatívne obmedzený politický vplyv na verejný poriadok a ochranu práv a slobôd iných nemohla táto nečinnosť sama osebe predstavovať dôvod, ktorý opodstatnil takú vážnu sankciu, akou je rozpustenie celej strany. (podľa spracovania Mgr. Tomáša Majerníka)

a prejavov svojich činiteľov ako nepriama podpora terorizmu mohla predstaviť naliehavú spoločenskú potrebu, ale nemohla byť dôvodom na rozpustenie politickej strany pre relatívne obmedzený politický vplyv tejto nečinnosti na verejný poriadok a ochranu práv a slobôd iných“ a konštatoval porušenie čl. 11 Dohovoru. ESLP uviedol, že politický plán presadzovaný stranou nezlučiteľný so súčasnými princípmi a štruktúrou štátu z neho nerobí plán nezlučiteľný s hodnotami demokracie. Podstatou demokracie je umožniť návrh a diskusiu o rôznorodých politických programoch, a to aj takých, ktoré spochybňujú súčasný spôsob organizácie krajiny – pod podmienkou, že nenarúšajú samotnú demokraciu. V danom prípade bol ESLP presvedčený, že zásady strany, ako mierové riešenie kurdskeho problému a uznanie kurdskej identity, neboli samy osebe v rozpore so základnými princípmi, na ktorých je demokracia postavená. ESLP uviedol, že orgán štátu nariadil najprísnejšie z opatrení, ktoré ústava ustanovovala, a to rozpustenie strany, a v tomto prípade neuložil miernejší trest spočívajúci v čiastočnom alebo celkovom pozbavení finančnej pomoci zo strany štátu. ESLP uviedol, že orgán štátu postavil svoje rozhodnutie na určitých postojoch vodcov strany, predovšetkým prejavoch jej dvoch spolupredsedom, to však bez toho, aby ich vnímal v historickom a politickom kontexte a bez pripísania akéhokoľvek významu ich tvrdeniu, že strana si priala zohrať úlohu sprostredkovateľa a ukončiť násilie v Turecku.

Podľa **Základného zákona Spolkovej republiky Nemecko**, politické strany, ktorých ciele alebo správanie ich príslušníkov sledujú zničenie základného demokratického poriadku alebo ohrozujú existenciu Spolkovú republiku Nemecko, budú vyhlásené za protiústavné. Rozhoduje o tom nemecký ústavný súd.⁵⁰ Nemecký zákon o politických stranách pozná postih **strany tzv. nástupníckej** po tej vyhlásenej za protiústavnú⁵¹. Zaujímavý je v tomto kontexte trend posudzovania nástupníckych organizácií snažiacich sa o rovnaké ciele, aké mali rozpustené subjekty, kde sa posúva interpretácia k skúmaniu, či nasvedčuje aj celková úspešnosť, že politická strana – nástupnícka – reálne protidemokratický cieľ dosiahne.⁵²

⁵⁰ Article 21 [Political parties] (1) Political parties shall participate in the formation of the political will of the people. They may be freely established. Their internal organisation must conform to democratic principles. They must publicly account for their assets and for the sources and use of their funds. (2) Parties that, by reason of their aims or the behaviour of their adherents, seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany shall be unconstitutional. The Federal Constitutional Court shall rule on the question of unconstitutionality. (3) Parties that, by reason of their aims or the behaviour of their adherents, seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany shall be excluded from state financing. If such exclusion is determined, any favourable fiscal treatment of these parties and of payments made to those parties shall cease. (4) The Federal Constitutional Court shall rule on the question of unconstitutionality within the meaning of paragraph (2) of this Article and on exclusion from state financing within the meaning of paragraph (3). (5) Details shall be regulated by federal laws. Basic Law for the Federal Republic of Germany, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

⁵¹ Part VII Enforcement of the ban on unconstitutional parties: Section 32 Enforcement of judgement; Act on Political Parties (Political Parties Act) (Parteigesetz – PartG) [of 24 July 1967] In the version published on 31 January 1994 (Federal Law Gazette I 1994, p. 149), last amended by the Ninth Act amending the Political Parties Act, of 22 December 2004 (Federal Law Gazette I 2004, p. 3673). <https://www.bundestag.de/resource/blob/189734/2f4532b00e4071444a62f360416cac77/politicalparties-data.pdf>

⁵² Porovnaj napr. PUŠKÁROVÁ, E.: Obmedzenie slobody prejavu ako prejav militantnej demokracie. Dizertačná práca, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2017. Autorka v kontexte združovania v politických stranách porovnáva legislatívnych obmedzení voči nástupníckym organizáciám snažiacim sa o dosiahnutie rovnakých cieľov, aké mali rozpustené subjekty, napr. Maďarsko (s. 122, absencia takých).

6. Zmena - v oblasti vnútornej autonómie politickej strany - podrobnejšia úprava vnútornej organizácie

Zákonodarca ostatnou novelou zákona o politických stranách, v dôsledku snahy vysporiadať sa s aplikačnými problémami reálneho života politických strán na Slovensku, zaviedol niekoľko výrazných kogentných pravidiel do vnútornej organizácie politickej strany.

Dosiaľ bola úprava vnútornej organizácie politickej strany obdobná ako pri združovaní v združeniach. Stanovy museli ako povinnú náležitosť obsahovať orgány strany, spôsob ich voľby a vymedzenie ich právomocí.⁵³ Teda zákonodarca pôvodne určil, že orgány strany majú byť volené, inak ich počet, zloženie, charakter a vymedzenie právomocí bol záležitosťou samosprávy a autonómneho rozhodnutia strany. Naďalej ostáva zachovaná zásada samosprávneho a autonómneho rozhodovania strany, manévrovací priestor však dostal výrazné hranice. Od roku 2019 strana musí vytvoriť povinné orgány, ktoré síce korešpondujú so zaužívanou praxou, odráža sa v nich tiež účel zákonodarcu zvýšiť počet členov politických strán.⁵⁴ Tzv. povinnými orgánmi sú najvyšší (min. 27 členov), výkonný (min. 9 členovia), rozhodcovský (min. 3 členovia) a revízny orgán (min. 3 členovia), samozrejme tiež štatutárny orgán (min. 1 člen), pričom strana si môže vytvoriť aj ďalšie orgány. Významná podmienka, hoci tiež sledujúca logický i štandardný cieľ, je, že člen orgánu strany musí byť členom strany. Zákon tiež uvádza nezlučiteľnosť funkcií člena v rôznych orgánoch.⁵⁵ Zákon zadefinoval podrobne pôsobnosť najvyššieho orgánu strany⁵⁶ a rámcovo ostatných orgánov strany⁵⁷. Každý člen najvyššieho orgánu strany hlasuje rovnakým počtom hlasov.

Zákon však neurčuje, ako bude ustanovený najvyšší orgán a ako bude ustanovená max. jedna tretina výkonného orgánu⁵⁸. Najvyšší orgán štandardne tvorí valné zhromaždenie, resp. členská schôdza všetkých členov, môže to byť však aj zhromaždenie delegátov, toto teda ostalo v úplnej vnútornej dispozícii strany. Zmiešaný súkromnoprávny a verejnoprávny charakter politickej strany tak dostáva stále viac verejnoprávných obmedzení.

Záver – mení sa vnímanie slobody združovania?

Sloboda združovania je naďalej dôležitá súčasť usporiadania spoločnosti v štáte a má pevné miesto nielen v právnej úprave vnútroštátnej, medzinárodnoprávnej i európ-

⁵³ Pôvodné znenie § 6 ods. 5 písm. d) z. č. 85/2005 Z. z., od vyhlásenia zákona a účinné až do 31.12.2018.

⁵⁴ Služi tomu aj novela ustanovení ohľadom kandidátnych listín § 50 ods. 4 písm. c), § 80 ods. 4 písm. b) z. č. 180/2014 Z. z. o podmienkach výkonu volebného práva a o zmene a doplnení niektorých zákonov

⁵⁵ § 6 ods. 7 z. č. 85/2005 Z. z.: *Členom orgánu strany môže byť iba člen strany; člen výkonného orgánu strany nemôže byť členom rozhodcovského alebo revízneho orgánu strany, člen rozhodcovského orgánu strany nemôže byť členom revízneho orgánu strany.*

⁵⁶ § 6 ods. 8 z. č. 85/2005 Z. z.: *Do pôsobnosti najvyššieho orgánu strany patrí a) schvaľovanie stanov a ich zmien vrátane zmeny názvu strany, skratky strany, programu strany a cieľov činnosti strany a všetkých ďalších povinných náležitostí stanov; b) voľba a odvolanie štatutárneho orgánu strany alebo členov štatutárneho orgánu strany; c) voľba najmenej dvoch tretín členov výkonného orgánu strany a ich odvolanie; d) voľba a odvolanie členov revízneho a rozhodcovského orgánu strany; e) rozhodovanie o dobrovoľnom zrušení strany; f) rozhodovanie o ďalších záležitostiach podľa zaregistrovaných stanov vrátane poverenia iných orgánov strany plnením úloh.*

⁵⁷ § 6 ods. 10 z. č. 85/2005 Z. z.: *Výkonný orgán strany rozhoduje o dôležitých záležitostiach strany, ak nie sú týmito zákonom alebo stanovami vyhradené do pôsobnosti najvyššieho orgánu, rozhodcovského, revízneho alebo iného orgánu strany. Rozhodcovský orgán rozhoduje spory v rámci strany a revízny orgán dohliada na hospodárnosť a efektívnosť vynakladania finančných prostriedkov a nakladania s majetkom strany.*

⁵⁸ Najvyšší orgán volí a odvoláva najmenej dve tretiny členov výkonného orgánu; § 6 ods. 8) písm. c) z. č. 85/2005 Z. z.

skej, ale aj v aplikačnej praxi orgánov štátu vnímajúcich predovšetkým rozhodovaciu činnosť ESLP v tejto oblasti. Sloboda združovania aj má svoje reálne naplnenie a uplatnenie.

Takmer 30 rokov sme do nej nijako nezasahovali – ako sa veľmi široko a optimisticky nastavila po spoločenskej premene po roku 1989, tak fungovala bez zásadnejších zmien. Samozrejme, postupne sa zavádzala oblasť financovania politických strán. Posledné roky zaznamenávame moderovanie zo strany štátu.

V politickom združovaní ide o europeizáciu, vo vnútroštátnom prostredí otvorením členstva aj pre občanov ďalších štátov EÚ, v európskom prostredí – posilňovaním právneho postavenia a úloh európskych politických strán. Zmeny vynútené vnútornými pomermi sa riešili verejnoprávnymi požiadavkami na súkromnoprávne prostredie politických strán (názov nesmie byť previazaný z menom alebo priezviskom štatutára či člena prípravného výboru, nové povinné orgány aj s minimálnymi počtami a ich kompetencie, nové povinnosti dokladovania zmeny štatutára, zmeny stanov, zmeny názvu, zmeny sídla). Zmiešaný súkromnoprávny i verejnoprávny charakter má tlak na spresňovanie podmienok hospodárenia, podávania výročnej správy. Razantnosť zákona spočíva aj v rozšírení možností ukladania pokút a v povinnosti strany legitimovať sa upravenými stanovami do konca roka 2019 – pri nesplnení povinností s následkom likvidácie.

V združovaní v združeniach a odboroch rozšírené povinnosti evidenčného charakteru nemajú razantný podtón zániku subjektu v prípade nesplnenia povinností. Zásah štátu je evidentný pri odstránení fikcie registrácie pri nečinnosti registrového úradu. No alarm zatiaľ neblíka. Nemáme tu tendencie centralizovaného celoštátneho združovania s miestnymi pobočkami s jednotným vedením a cieľmi v duchu štátnej ideológie, alebo celoeurópskej. Myšlienky vhodné pre štát sa sprostredkujú inými „traťami“ ako inštitucionalizovanou sieťou združení osôb. Myšlienky transportované zo zahraničia sa transportujú aj inštitucionalizovanými združeniami osôb – pobočkami zahraničných organizácií. Ich činnosť ani ich financovanie sa nijako nepreveruje. Prirodzene, ani tých vnútroštátnych. Transparentnosť pri združeniach nie je podmienka, hoci najnovšia právna úprava ju už podporuje.

Keďže však máme najrozmanitejšie historické skúsenosti, je potrebné citlivo zvažovať každú normatívnu zmenu i každý individuálny zásah.

Abstract: The article is focuses to several recent changes in the field of freedom of association in associations, political parties and trade unions in the Slovak Republic with respect to historical experiences.

Key words: Freedom of association, association, political party, trade union

„ABECADŁO RASIZMU MEKSYKAŃSKIEGO” A SPRAWA POLSKA WPROWADZENIE

COMPLAK, K.

Gdy przebywałem w Meksyku ostatni raz w lutym 2019 r., kupiłem niewielką książkę, pod przytoczonym wyżej tytułem. W niej - za pośrednictwem 48 haseł - omówiono węzłowe zagadnienia nierówności etnicznej, w tym tak chętnie odwiedzanym przez zagranicznych turystów, kraju. Już tytuły niektórych z haseł pobudziły moją wyobraźnię: piękność, klasizm, Fryderyk, Ku Klux Klan (meksykański), Malinche, Memin Pinguin, muchacha, naziści (meksykańscy), neoliberalizm, i oczywiście Trump¹. Prawdopodobnie nie nabyłbym tej książki, gdyby nie notki, na obwolucie, o jej autorze. Uznałbym ją bowiem za kolejną broszurę z amerykańskiej serii pod tytułem *Poradnik Ksenofoba*.

Autor prezentowanej książki - Fryderyk Navarrete - jest pracownikiem Instytutu Badań Historycznych - największej i prestiżowej uczelni kraju - Autonomicznego Uniwersytetu Narodowego Meksyku (UNAM). F. Navarrete wydał drukiem liczne prace naukowe. W jego dorobku figurują takie monografie jak *„Ludy tubylcze współczesnego Meksyku”* (2009), *„Ku innej historii Ameryki”* (2015), czy poprzedzające kupioną publikację dzieło z 2016 r. *„Rasistowski Meksyk - demaskacja”*. Ma on także na swym koncie powieści, jak chociażby *„Kości małej jaszczurki”* (1998) czy *„Nahuales przeciwko wampirom. Od morza do gór”* (2013).

Mój artykuł składa się z dwóch podstawowych części. W pierwszej części przedstawiam kilka, wybranych za książką-słownikiem, znamienitych haseł. Pozwolą one poruszyć szereg zagadnień dotyczących współczesnego Meksyku, wykraczających poza jego tradycyjne wizytówki, jak Cancun, Acapulco, mariachi czy w ostatnim okresie, wojnę narkotykową. Tematem książki jest natomiast zaskakujące dla przeciętnego znawcy tego kraju zjawisko rasizmu. W drugiej części, rozważam czy kwestie nierówności biologicznej między grupami ludzkimi dałyby się odnieść do prawa polskiego. W szczególności, rozpatrzę czy i na ile polskie przepisy przygotowane są na regulację, nie mówiąc o zwalczaniu negatywnych przejawów i praktyk w tej dziedzinie. Na zakończenie, przedstawię kilka wniosków o ogólniejszym charakterze.

I. Przejawy rasizmu meksykańskiego

Przykłady rasizmu, który przedstawia F. Navarrete dotyczą spraw poważnych i wielkich, małych i banalnych. Autor w wyliczaniu przykładów rasizmu meksykańskiego - jak się wydaje - nie tylko typowego dla jego kraju, zadziwia czytelnika. Oto pierwsze hasło HANDLARZE ULICZNI. Oburza go to, że gdy właściciele np. restauracji, knajp i barów, wystawiając stoliki na chodnik za niewielką opłatą, spotykają się ze zrozumieniem, podczas gdy jeśli to czynią biedni, obnośni sprzedawcy oferując swoje towary na tychże przejściach dla pieszych, są oni przepędzani albo karani mandatami, przez policję, czy straż miejskie. Inną postać rasizmu - bardziej wyrafinowaną - zafundował Meksykowi ruch zapatystów (ZAPA-

Dr hab. Krystian Complak, Profesor emeritus prawa konstytucyjnego, wykładający na czterech kontynentach

Autor we wprowadzeniu do swej książki-słownika przyznaje, że gdyby uwierzył, że Donald Trump wygra wybory w USA, napisałby inaczej wiele haseł. F. NAVARRETE, *Alfabeto del racismo mexicano*, Malpaso Ediciones, S.L.U., 2016.

TISMO, ostatnie hasło w słowniku). Jak zauważa F. Navarrete, jego wybuch, rozwój oraz rezultaty nie naruszyły oficjalnego mitu o metyskim charakterze narodu. Fakt, że na jego czele stanął biały wykształcony obywatel Meksyku (doktor matematyki z UNAM'u) potwierdził jedynie wyższość metysów ('kaukazkiej' elity kraju) nad większością ubogich 'ciapatych' mieszkańców. Autor wręcz stwierdził, że gdyby na czele tego ruchu stanął autentyczny Indianin, nie zdołałby on nadać – ze względu na swój sposób mówienia, ubierania i inne cechy - wymiaru globalnego (ogólnoświatowego) zapатыzmowi.

Jak zauważa Autor, dramat samowznieco nazywającego się białego obywatela Meksyku METYSEM, czyli mieszańcem, przeciętnie zamożniejszego niż większość mieszkańców polega na tym, że nigdy nim nie chciał być. Z uwagi na swój багаż intelektualny, drzewo genealogiczne, strój czy sposób myślenia, 'metyska wyższa klasa' zawsze dążyła aby posiadać wyidealizowane atrybuty „zachodniego jasnego człowieka”, łączonego z nowoczesną kulturą, postępem, cywilizacją, dobrym gustem, glazurem i pięknnością. Nawet dziś, dodaje Autor, intelektualiści meksykańscy nie porzucili marzeń „o wybieleniu ludności miejscowej w imię demokracji wyborczej, języka, kultury oraz neoliberalnej konkurencji gospodarczej”(109). Oślawiona „rasa z brązu”, albo jak ją nieco inaczej charakteryzował J. Vasconcellos „kosmiczna”, nie stała się rzeczywistością Meksyku XXI w. Oczywiście - dodaje F. Navarrete - dochodziło w ojczyźnie ptaka-żmiji do łączy między osobami o różnym pochodzeniu etnicznym – zwłaszcza murzynów z chińczykami - o czym nie chce się pamiętać w Meksyku. Dlatego, w dzisiejszym Meksyku panuje bardziej „niepewność rasowa”, niż sławiony jej ”stop brązowy”.

Książka zawiera również hasło ze swego tytułu, w dość charakterystycznym zestawieniu RASA(RASIZM). Autor rozpoczyna wywody na ten temat od - jak sam pisze - „pozornie sprzecznej” definicji streszczającej „konsensus, który powstał między naukami biologicznymi i społecznymi po Drugiej Wojnie Światowej¹. Była to reakcja na okropności lat ostatniego globalnego konfliktu zbrojnego. W rezultacie odrzucono naukę, która - jak pisze autor - była uznaną dyscypliną akademicką o rasach ludzkich, wynikających z ewolucji biologicznej i społecznej. Mimo wspomnianej wyżej konfuzji naukowej, Autor podkreśla w wielu miejscach książki, że w Meksyku nie istnieje rasizm jako polityka państwowa czy tym bardziej, praktyka brutalnych zachowań w społeczeństwie, w postaci systematycznych prześladowań, zbiorowych lub indywidualnych, osób z powodu ich odmienności morfologicznych, fizjologicznych czy biochemicznych².

W związku z tym lepszą nazwą dla książki byłby tytuł nawiązujący do naruszeń zasady RÓWNOŚCI czy równouprawnienia, a nawet do jej kwalifikowanej postaci jaką jest DYSKRYMINACJA. F. Navarrete dostrzega chyba taką możliwość zamieszczając hasła poświęcone obu zagadnieniom. F. Navarrete zamieścił również hasło poświęcone dyskryminacji. Nie podaje on żadnej jej definicji, lecz rozpoczyna go chwytliwą wypowiedzią, pisząc, że w Meksyku „jedyną rzeczą, którą nie dyskryminujemy jest sama dyskryminacja”. Jej celem mogą być kobiety, homoseksualiści, ubodzy, innowiercy, murzyni, cudzo-

¹ „Z naukowego punktu widzenia, rasy ludzkie nie istnieją. Są one konstrukcjami społecznymi i historycznymi, stworzonymi przez rasizm”. Takemu *dictum* mogę przeciwstawić – gdyż nie chciałbym prowadzić jałowej dyskusji o tym czy rasy istnieją czy nie – ich definicję z „Diccionario Educativo Juvenil Larousse” (Mexico 2004): „zespoły istot ludzkich mających wspólne cechy fizyczne” albo z „Diccionario Usual por Ramon Garcia-Pelayo Gross” (Mexico 1994): „grupa jednostek, których cechy biologiczne są stałe i utrwalają się przez dziedziczenie”.

² Autor dowodzi to na przykładzie swojej kariery oraz swojej matki. Mimo dużego 'zaciemnienia' jej skóry, jak podkreśla T. NAVARRETE, odniosła ona sukcesy zawodowe i osobiste.

ziemcy (np. Argentyńczycy, Chińczycy), itd. i itp. Jest to tak rozwnięte zjawisko w Meksyku, że przedmiotem wzgardy (dyskryminacji) są nawet „stuprocentowi mężczyźni”, czyli *machos*. Następuje to wtedy, gdy nie potwierdzają oni swojej pozycji, dyskryminując i kpiąc z pedałów, ‘ciot’ i wszelkiej maści frajerów. Ich pociągnięcie do odpowiedzialności nie jest możliwe na podstawie meksykańskiej ustawy zasadniczej, która posługuje się inną przesłanką z punktu widzenia tematyki książki F. Navarrete. Jest nią zakaz dyskryminacji z powodu „pochodzenia etnicznego lub narodowościowego”.

Autor dostrzega, że jego pojęcie dyskryminacji nie wypełnia jej treści. Pisze więc w tym kontekście, że chodzi bardziej o nietolerancję, wykluczenie, nienawiść i przemoc, a nawet rasizm (s. 51). Z lektury jego opracowania wynika, że F. Navarrete’mu chodzi bardziej o kolor skóry niż o rasę. Warto dodać, że w skład pojęcia rasy wchodzi - z oczywistych powodów - zabarwienie zewnętrznej powłoki ciała człowieka. Dlatego też dodanie tej przesłanki - obok rasy - w Powzechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. i w późniejszych dokumentach dotyczących tej problematyki można uznać za *superfluum*³.

Co do nierówności – Autor rozpoczyna swój wywód od zdumiewającej opowieści. W październiku 2012 r., mieszkaniec Guadalajary jadący samochodem przez miasto zauważył na jednej z ulic, wśród żebrzących dzieci białą dziewczynkę. Zszokowany tym widokiem udał się na policję by donieść o jej porwaniu. Ponieważ policja odmówiła podjęcia działań, zamieścił on jej zdjęcie na *Facebooku*. Pod koniec tygodnia, zdjęcie stało się przebojem meksykańskich sieci społecznościowych. Wówczas policja aresztowała dziewczynkę z ‘ciapatymi’ braciszkami oraz mamę. Jej ojcem okazał się amerykański turysta. Mimo tych twierdzeń, potwierdzonych badaniami DNA, władze zwolniły dziewczynkę dopiero po 9 miesiącach, usprawiedliwając jej oddzielenie od matki zaniedbaniem dziecka, przez zmuszenie jej do żebractwa.

Według F. Navarrete’a opisana tragikomedia jest tylko potwierdzeniem „tego co wszyscy wiemy: w Meksyku bieda ma ciemną skórę”. Na poparcie tej mądrości ludowej, przytoczył on studium socjologiczne profesora z Uniwersytetu Merylandzkiego w USA. Z pracy wynika współzależność między pigmentacją a poziomem uzyskanego wykształcenia, rodzajem pracy wykonywanej (91% pracowników fizycznych ma ciemniejszą karnację), ponad połowa ‘smagłych’ ma mniejsze szanse na dorobienie się, itd, itp. Na zakończenie, Autor przychyliła się do wyznania kierowcy z Guadalajary, że nie był wiedziony pobudkami rasistowskimi, doprowadzając do podeptania praw żebrzącej dziewczynki i jej rodziny. To, że bieda w Meksyku – pisze F. Navarrete - jest kolorową, „nie jest sprawą indywidualnych przesądów ani cech poznawczych osób dotkniętych, ale faktem społecznym codziennie doświadczanym i potwierdzanym” (50).

Gdy w USA zakwestionowano bohatera rodzimego serialu telewizyjnego – MEMIN’a PINGUINA’a - z uwagi na jego, stereotypowe afrykańskie cechy rasowe, w jego obronie wystąpili, jak jeden mąż, intelektualiści Meksyku. Jeden z nich oświadczył wręcz: „nie znacie naszej kultury. Jest to laleczka, żart. Jesteśmy niesfornymi imprezowiczami, grubiańskimi kpiarzami. Tak, również bardzo rasistowskimi”⁴. Dlatego F. Navarrete, nie

³ Por. swego rodzaju wykaz dokumentów międzynarodowych odwołujących się w tekście do koloru skóry. R. WIERUSZEWSKI, *Zasada równości i niedyskryminacji*, w: (opr. zbior.), *Prawa Człowieka. Model prawny*, Ossolineum, 1991, s. 80 n.

⁴ Bef, *Memin Pinguin y el desconocimiento del otro*, „Milenio”, w sieci: <http://www.milenio.com/tribunamilenio/que-tan-racistas-somos-los-mexicanos/Memin-Pinguin-racismo-desconocimiento-del-otro-caricatura> 13 376892310.html.

waha się twierdzić, że w Meksyku nie panuje opresyjny ustrój „wielokulturowy”, ani kraj nie jest ofiarą „poprawności politycznej. „Żyjemy w warunkach tyranicznego reżymu prawdziwej multidyskryminacji rasistowskiej, seksistowskiej oraz klasistowskiej” (s. 52).

Co się tyczy systemu politycznego Meksyku, Autor omawia go pod hasłem DEMOKRACJA. Zaczyna od przywołania artykułu Henryka Krauze’go, z 1984 r. - kanonicznego do dzisiaj, dla przewodników duchowych Jego ojczyzny - pod znamienym tytułem „Bezprzymiotnikowa demokracja”. Po jego publikacji, wielu meksykanów zostało przekonanych do demokracji proceduralnej, formalistycznej i wyborczej. W ten sposób, koncepcja „demokracji przez prawo” stała się sztandarem polityków, naukowców, dziennikarzy i innych zawodowych urabiaczy umysłów. Jak pisze Autor, dzisiaj widać gołym okiem fiasko „faraonicznych instytucji”, stworzonych i praktykowanych przez niekompetentnych polityków oraz bezużyteczność głosowań powszechnych oraz całkowity brak prawowitości rzekomej władzy ludu.

Obserwując życie publiczne w Meksyku, F. Navrrete dostrzega jego rozkwit na szczeblu lokalnym - z wykorzystaniem „praktyk i zwyczajów” - wspólnot i indiańskich i chłopskich. To ludowładztwo zostało nawet zapisane w przepisach konstytucyjnych. Jednak ich konstytucjonalizacja rozdrażniła obrońców demokracji bez przymiotników. Jej zwolennicy dowodzili (i nadal dowodzą), że stosowaniu miejscowego prawa zwyczajowego sprzeciwiają się powszechne wartości i zasady demokratyczne. Na co Autor odpowiada, że bezprzymiotnikowa demokracja nie obywa się nigdy bez jednej, jedynej przydawki-orzecznika, a mianowicie, że jest ona ‘białą’. Mówię tak – dodaje Autor - a nie z punktu widzenia tzw. modernizacji, jako, że ten ideał propagandystów demokracji nie był w praktyce tak nowoczesny, podobnie jak nie są tak zcofanymi, krytykowane przez nich, indiańskie doświadczenia. Innymi słowy, celem wprowadzonych zmian nie było unowocześnienie praktyk politycznych, co wybielenie ich, aby upodobniły się - do jedynych do przyjęcia modeli - występujących w USA i w Europie.

Te listę dyskryminacji, opierając się na książce F. Navarrete, można by było przedłużyć. Ot, weźmy jedno z zaleceń marketingowych. Jak pisze autor, cytując jeden z wielu podręczników na ten temat, należy starać się „łączyć zakup towaru z uzyskaniem tej idealnej sytuacji, która może wiązać się z wyższym statusem społecznym, ze sławą, pięknnością fizyczną lub z miejscem idyllicznym”. A teraz *clue* z praktyki tej profesjonalnej rekomendacji. Gdy pewna agencja zorganizowała *casting* dla modelu, który uosobiałby JUAN DIEGO (tubylca któremu ukazała się Matka Boska) - jedyne święte Meksyku - na *event* zgłosił się znany, bardzo indiański z wyglądu aktor. Recepcjonistka od razu mu powiedziała: „poszukujemy meksykanów, ale nie aż takich. Nie zafunkcjonujesz”. I żeby w tym temacie, nie było najmniejszej wątpliwości, Autor książki przytoczył wyniki badań rynkowych, które pokazały dobitnie, że ciemniejsi konsumenci odmawiają zakupu artykułów, które zachwalają ludzie do nich podobni (s. 140).

Inny przykład. Po wojnie domowej w Hiszpanii (1936-1939), do Meksyku przybyła znaczna grupa uchodźców politycznych o super lewicowej proveniencji. Byli oni wysławiani jako orędownicy postępu, którzy przybyli do kraju ptaka-żmiji, by oświecić meksykanów naukami i kulturą we wszelkich dziedzinach poznania i sztuki⁵. Gdzie jest tu ra-

⁵ Jak pisze Autor, przypomina to narrację o zakonnikach z XVI w. którzy również przybyli do ówczesnej „Nowej Hiszpanii”, aby nauczać prawdy religii katolickiej, zaślepionym, ciemnym masom indiańskim (s. 57).

sizm, zapytuje Autor. Otóż jest, i to dużo – odpowiada. Przybyli z europejskiej ojczyzny-matki Hiszpanie zasilili naszą bezrefleksyjną gloryfikację „białości i zachodniości”, jako jedynymi, prawdziwymi drogami ku nowoczesności.

Trzy lub cztery pokolenia później, grupa ta zrodziła kreolskość, jak pisze Autor, „nieco beszczelną i pyszałkowatą” w postaci Kolegium Madryckiego i innych szkół prywatnych w stolicy. Według nich i ich metyskich popleczników, wszystko co pochodzi z tych emigranckich kręgów jest najlepszym – chciałoby się powiedzieć *top* - w Meksyku. Pomijając olbrzymią ilość przywilejów, którymi obdarzono tę falę przybyszy, Autor dodaje, z rozgoryczeniem, nie chcąc oskarżać o rasizm wszystkich wielbicieli uchodźstwa hiszpańskiego, że nie możemy zapominać, iż łatwo pomylić przywileje społeczne i kolor skóry z własnymi zasługami, i że grozi nam niebezpieczeństwo, że nasze zaufanie przerodzi się w dyskryminację wobec tych, którzy nie znaleźli się w grupie szczęśliwców albo nie mają tego samego pochodzenia co my.

Ostatni przykład, który pozwolę sobie przytoczyć z omawianego dzieła, dotyczy języka hiszpańskiego. Począwszy od uzyskania niezawisłości do niedawnych czasów mowa Cervantesa nie tylko była językiem oficjalnym, ale narodowym⁶. To ostatnie określenie Autor uważa za dyskryminujące ponad 69 języków tubylczych. Co więcej, nauczanie języka hiszpańskiego jako pierwszego powinno być - jeśli nie zakazane - to przynajmniej ograniczone. Najlepiej by było gdyby hiszpański i inne używane mowy w Meksyku były drugimi językami. Tym pierwszym mógłby być angielski, ale już nie jako *first foreign language*, tylko jako język wyssany z przysłowiowej piersi matki. W każdym razie, liczba Meksykanów którzy nie mówią po hiszpańsku wzrasta, zamiast maleć.

II. Rasizm w polskich przepisach prawnych

Jak zauważyłem wcześniej pojęcie ras jest kontrowersyjną kategorią⁷. Charakterystyczną jest ewolucja polskich słowników-encyklopedii na ten temat. Z pobieżnego przeglądu ich zawartości, widać jak zmieniał się stosunek autorów tych opracowań, do tego drażliwego ideologicznie zagadnienia. Na przykład, w wydanym w 1971 r. „Słowniku Wyrazów Obcych PWN” czytamy, że rasizm jest „zespołem poglądów opartym na pseudonaukowych, irracjonalnych przesłankach o rzekomej nierówności biologicznej, społecznej i intelektualnej ras ludzkich, wyzyskiwany przez koła reakcyjne w różnych krajach przeciw ludom kolonijnym i mniejszościom narodowym”, podczas gdy jego wersja z 2002 r., głosi, że jest to „pogląd oparty na tezie o nierównowartości biologicznej, społecznej i intelektualnej ras ludzkich, łączący się zwykle z wiarą we wrodzoną wyższość określonej rasy, często uznający jej prawo do panowania nad innymi”.

Wydaje się, że polski konstytucjonalizm wziął pod uwagę te przeobrażenia semantyczne. Konstytucja z 1952 r. wielokrotnie odwołała się do rasy. Statuując zasadę równości wobec prawa, już na drugim miejscu, wymieniła przesłankę rasy. Podobnie uwzględniła ją w przepisie dotyczącym praw wyborczych. Pojęcie rasy zniknęło natomiast z obecnie obowiązującej konstytucji, w tym sensie, że nie jest wyodrębnionym powodem dla dyskryminacji. Jej art. 32 ust. 1 mówi o zasadzie równości *tout court*,

⁶ F. NAVARRETE dopuszcza w charakterze jedyne, prawowitego języka tzw. matczyzny. Biorąc pod uwagę rosnącą tendencję oeniania wszystkiego przez pryzmat dżenderu, należałoby dodać ojcowski, albo rodziców, jeśli przedstawicielki tego skrajnego feminizmu uznałyby rolę męską w procesie ciąży i rodzenia dziecka.

⁷ Por. przypis 2 wyżej.

podczas gdy jego ust. 2, dotyczący zakazu dyskryminacji przewiduje jej niedopuszczalność „z jakiegokolwiek przyczyny”⁸.

Innymi słowy, zagadnienie rasizmu w Polsce należy rozpatrywać w związku z przytocznym fragmentem Konstytucji, mówiącym o zakazie dyskryminacji z wszelkiego powodu. Takie ujęcie, stwarza nieograniczone możliwości obejmowania badanym zakazem najróżniejsze podstawy umieszczania wartości człowieka, jak kolor skóry i/lub oczu, wzrost, ‘przesadnie’ krępa budowa ciała, nieodpowiednie uwłosienie głowy (choć teoretycznie można temu zapobiec przez odpowiednią perukę), poruszanie się na wózku inwalidzkim czy o kulach, choroba lokomocyjna, itd. itp. W ten sposób wszystkie opisywane przez Autora przypadki mogły by być podciągnięte pod polską regulację konstytucyjną.

Jest to tzw. negatywny aspekt równouprawnienia. Polski Trybunał Konstytucyjny (TK) zdefiniował go w następujący sposób. Dyskryminacją jest „nienadające się do zaakceptowania tworzenie różnych norm prawnych dla podmiotów prawa, które powinny być zaliczone do tej samej klasy (kategorii), albo nierówne traktowanie podobnych podmiotów prawa w indywidualnych przypadkach, gdy zróżnicowanie nie znajduje podstaw w normach prawnych”⁹. Jest to raczej upośledzanie i szkalowanie przez osoby prywatne, niż pozbawienie równouprawnienia przez państwo. Innym słowy, dyskryminacja w opinii polskiego strażnika ustawy zasadniczej jest pojęciem formalnym. Nie obejmuje sytuacji faktycznych.

Mimo tego, omawianą kategorię nie usunięto całkowicie z naszej obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej. W jej art. 13, dotyczącym ograniczeń pluralizmu politycznego czytamy, że zakazane jest istnienie partii (...), których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową... „Włączenie takiej normy do aktualnej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zapożyczono z niemieckiej Ustawy Zasadniczej z 1949 r. W art. 9 (2) tzw. bońskiej Ustawy Zasadniczej brak jest jednak odniesienia do ras czy rasizmu. Również pierwotna wersja polskiego artykułu - pochodzącego z obywatelskiego projektu Konstytucji - nie zawierała odwołania do tych cech przekazywanych dziedzicznie. Dopiero propozycja członka niemieckiej mniejszości narodowej, w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (KKZN), doprowadziła do ostatecznego załatwienia w naszej „normie norm”, przytoczonego zwrotu.

Wniosek o uzupełnienie redagowanego artykułu o zagadnienia rasowe - zgłoszony na posiedzeniu KKZN z 16 1997 r. - spotkał się z niewielkimi uwagami sprzeciwu. Podnoszono, w szczególności, niewłaściwość dodawania do artykułu o zakazie partii nazistowskich, faszystowskich i komunistycznych dodatkowych charakterystyk tych organizacji, a nawet zbyteczność tego rodzaju regulacji z uwagi na dorozumiane wchodzenie tego typu cech w skład pojęcia takich stronnictw politycznych. Mimo tego przeważał pogląd o obowiązku przeciwdziałania omawianym skrajnościom już we wczesnych etapach ich występowania¹⁰. Ostatecznie jednak zwyciężył pogląd przeciwny i zwrot o nienawiści rasowej i narodowościowej znalazł się w wygotowanej wersji artykułu.

⁸ Z drugiej strony, można się zastanawiać czy redakcja wspomnianego punktu art. 32 naszej ustawy zasadniczej jest ‘zakazem totalnym’, skoro pomija ważną sferę aktywności ludzkiej, wymienianą odrębnie, najczęściej, obok działalności społecznej, politycznej i gospodarczej. Chodzi o działalność kulturalną.

⁹ Por. wyroki TK z 15 VII 2010 r. czy z 3 XII 2013 r.

¹⁰ Jak mówił poseł W. Borowik, „to odwołanie bezpośrednio zawarte w projekcie konstytucji jest memento dla naszego narodu, aby być ostrożnym w posługiwaniu się czymś, co może być potem bardzo niebezpieczne i może przynieść ogromne konsekwencje dla naszego społeczeństwa”. *Biuletyn XLIII. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego*, Wydawnictwo Sejmowe 1997, s. 85.

Podczas obrad KKZN 7 III 1997 r., podjęto jeszcze jedną próbę odstąpienia od kontrowersyjnej frazy. Senator A. Grześkowiak uzasadniała takie rozwiązanie koniecznością powrotu do pierwotnego tekstu obywatelskiego projektu konstytucji. Jej wniosek przypadł w głosowaniu znaczną różnicą głosów. Nie był to koniec dyskusji w „sprawie rasowej”, gdyż nawiązywała do niej później poprawka nr 41, autorstwa posłów A. Rokickiego i I. Sierakowskiej. Ustanawiała ona zakaz istnienia „także tych partii i organizacji, których programy lub działalność zakładają lub dopuszczają propagandę wojenną, nienawiść rasową lub religijną, podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy”. Przytoczona poprawka została również odrzucona, choć w nie tak miazdzący, jak poprzednia, sposób¹¹.

W prawie międzynarodowym obowiązują różne dokumenty zwalczające omawiane zjawisko, w szczególności, wydana przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1965 r. międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej. Polska podpisała i ratyfikowała Konwencję, ale nie poddała się procedurze skargi indywidualnej. Oznacza to, że jednostka nie może skarżyć Rzeczypospolitej o naruszenie praw - zapisanych w Konwencji - do Komitetu do spraw Eliminacji Dyskryminacji Rasowej, z siedzibą w Nowym Jorku. Według Konwencji, dyskryminacja rasowa oznacza „wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie bądź uprzywilejowanie z powodu rasy, koloru skóry, urodzenia, pochodzenia narodowego lub etnicznego, które ma na celu lub pociąga za sobą przekreślenie bądź uszczuplenie uznania, wykonywania lub korzystania na zasadzie równości z praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie politycznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej lub w jakiegokolwiek innej dziedzinie życia publicznego”.

Problematykę rasizmu podejmuje też obowiązujący kodeks karny Rzeczypospolitej Polskiej (KK). Aż w pięciu (5) artykułach porusza zagadnienie odpowiedzialności za przestępstwa o charakterze rasistowskim. Najwyższej karze (art. 118 KK) podlegają osoby dopuszczające się tzw. zabójstw lub uszczerbku na zdrowiu „całości albo części grupy rasowej” albo kto w tym samym celu stwarza dla osób należących do takiej grupy „warunki życia grożące jej biologicznym wyniszczeniem, stosuje środki mające służyć do wstrzymania urodzeń w obrębie grupy lub przymusowo odbiera dzieci osobom do niej należącym”. Ponadto, w następnym artykule Kodeksu, poddano karalności stosowanie „przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczegółnej osoby z powodu przynależności”, m. in. rasowej. Tej samej karze – od 3 miesięcy do 5 lat podlega, „kto publicznie nawołuje do popełnienia” tego rodzaju czynów¹².

Po określeniu zbrodni ludobójstwa, art. 118a par. 2 pkt. KK 2 poddaje karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 osoby biorące udział „w masowym zamachu lub choćby w jednym z powtarzających się zamachów skierowanych przeciwko grupie ludności, podjętych w celu wykonania lub wsparcia polityki państwa lub organizacji”... dopuszcza się „poważnego prześladowania grupy ludności z powodów uznanych za niedopuszczalne na podstawie prawa międzynarodowego, w szczególności... rasowych... powoduje pozbawienie praw podstawowych”.

¹¹ Za wnioskiem głosowało 12 członków Komisji Konstytucyjnej, przeciw – 24, a 4 wstrzymało się od głosu. Odnośnie do poprzedniej poprawki nr 40 wynik był następujący: za 2 członków Komisji Konstytucyjnej, przeciw 37, a 2 wstrzymało się od głosu. *Biuletyn XLIV. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997 r. s. 25-26.

¹² Par. 3 art. 118 KK poddaje karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3, każdego, za jedynie „przygotowania” do opisanych przestępstw ludobójstwa.

Art. 119 par. 1 Kodeksu poddaje karalności dyskryminację w dwóch postaciach: realnych czynów oraz/lub publicznego nawoływania do jej popełnienia. W szczególności, omawiane przestępstwo powinno polegać na „stosowaniu przemocy lub groźbie bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności”... „rasowej”. Groźba bezprawna ma dwie formy. Z jednej strony, może ona polegać na groźeniu „innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona”. Inna jej postać polega na „groźbie spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej”¹³.

W rozdziale XXXII KK, zamieszczającym przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu, znajdują się dwa interesujące nas czyny karalne: mowa nienawiści oraz naruszenie z tego powodu nietykalności cielesnej innej osoby. Pierwszy czyn zabroniony (art. 256 KK) polega na „publicznym nawoływaniu do nienawiści na tle różnic ... rasowych...”. Zagrożony jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawieniem wolności do dwóch lat. Określony natomiast w następnym artykule Kodeksu czyn, podlega wyłącznie karze pozbawienia wolności do lat trzech. Jego treścią jest „publiczne znieważenie” grupy ludności albo poszczególnych osób z powodu jej przynależności rasowej, albo przestępstwo, jeśli „z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby”.

Wymienione pięć rodzajów przestępstw związanych z rasizmem należą do najcięższych przewidzianych w polskim kodeksie karnym. Pierwsze trzy, czyli eksterminacja (art. 118 KK), zbrodnie przeciwko ludzkości (art. 118a) oraz dyskryminacja (art. 119) zamieszczone są w pierwszym rozdziale części szczegółowej polskiej ustawy karnej (rozdział XVI KK), noszącej tytuł „przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”. Dwa pozostałe czyny, znajdują się w rozdziale XXXII KK, zatytułowanym „przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Już same nazewnictwo tych fragmentów KK wskazuje na dystans dzielący tego rodzaju ciężką kryminalną działalność od uwag słownych, żartów, interwencji w obronie ‘białasów’, preferencji aparycyjnych w doborze modeli reklamowych, itp. Na pewno, nie są to przypadki ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości czy przemocy albo groźby bezprawnej, nie mówiąc o publicznym nawoływaniu do popełnienia czynów zabronionych ustawą karną (KK).

Trudno też łączyć kategorię wspomnianych zachowań, bardziej niegrzecznych czy związanych z naruszeniem konwenansów społecznych niż z publicznym nawoływaniem do nienawiści na tle różnic rasowych (art. 256 KK), lub szerzej z przestępstwami przeciwko porządkowi publicznemu, podczas których nie dochodzi do publicznego znieważenia osób z powodu ich przynależności rasowej czy tym bardziej, do naruszenia ich nietykalności cielesnej (art. 257 KK). Najczęściej do opisanych sytuacji dochodzi w wąskich kręgach osób, dobrze się znających, rodziny, czyli zachodzących w zamkniętych przestrzeniach, niedostępnych dla osób postronnych.

Odnosnie do dyskryminacji, prawo międzynarodowe, w tym europejskie zajmuje podobne, czy nawet identyczne z polskim stanowisko w tej sprawie. Oznacza to zakaz odróżnień rasowych zarówno w stanowieniu oraz w stosowaniu prawa. Również klauzula porządku prawnego, na podobieństwo regulacji międzynarodowych, przewiduje niedopuszczalność prześladowań ze względów rasowych, nie tylko ze strony państwa, ale także

¹³ Mimo tego, „nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem”.

podmiotów prywatnych. Nie obejmuje ona jednak tzw. odróżnień prywatnych (osobistych) oraz towarzyskich¹⁴. Wkroczenie w tę dziedzinę oznaczałoby daleko idącą ingerencję w sferę prywatności. Mimo tego, zasada prywatności podlega różnorodnym ograniczeniom¹⁵.

WNIOSKI

Nie ulega wątpliwości, że w Meksyku mamy do czynienia z przejawami rasizmu, nawet wtedy gdy ich wnikliwy badacz - Fryderyk Navarrete - stara się wierzyć że jest inaczej. Takim jaskrawym przypadkiem „nadmiernego wyczulenia na karnację skóry” była reakcja kierowcy w Guadalajarze na widok białej dziewczynki zebrzącej ze ‘śniadymi braciszkami’. Pobudzony był on pragnieniem ulżenia tej niedopuszczalnie biednej „współrodaczki”, znajdującej się w niegodnym jej środowisku, a nie jakimiś szlachetnymi względami. Gdyby tak nie było, reagowałby on na los innych, podobnych do niej dziewcząt, o ciemniejszej karnacji skóry.

Jeśli sięgnąć do etymologii słowa dyskryminacja, jego znaczenie łączy się z odróżnieniem czy nawet wyróżnieniem czegoś lub kogoś innego, odmiennego od nas. Gdybyśmy byli identyczni zauważenie niepodobieństwa nie wchodziłoby w grę. Zjawisko dostrzegania innego towarzyszyło człowiekowi od samego jego początku. Spowodowało ono wyodrębnienie, po II Wojnie Światowej, w wielu sferach, pojęcia pluralizmu. Jest on na równi, z wieloma innymi jak - wolność równość czy godność - uznaną kategorią prawną. Znalazła ona wyraz w licznych dokumentach międzynarodowych oraz wewnątrz-krajowych, w szczególności w konstytucjach. Podkreślanie różnic między ludźmi przestało być wyrazem poniżenia, piętnowania czy dyskryminacji.

Walka z odmiennościami czy próba ich zniesienia - jak pokazuje dotychczasowe doświadczenie - skazane są na niepowodzenie. Trudno sobie wyobrazić zahamowanie reakcji zdumienia, oczarowania, strachu, zaskoczenia, niekiedy występującego w gwałtownej, niekowencjonalnej, a nawet wrogiej postaci. Mimo tego, nieprzerwanie próbuje się walczyć z tego rodzaju zachowaniami, ignorowania różnic biologicznych między ludźmi. Co więcej, promuje się „człowieka bez właściwości”, panującego zawsze nad swymi zachowaniami odruchowymi, emocjami czy nienaruszającego tzw. godności osobistej, stając się, na przykład, chodzącą reklamą, prostytutką czy mechanicznym wykonawcą poleceń maszyny.

To czemu należy się przeciwstawić to instytucjonalizowaniu różnic między ludźmi. Wszelkie przywileje czy utrudnienia prawne oparte na kolorze skóry, powinny być eliminowane. Właściwie to zostało już prawnie urzeczywistnione. We współczesnym świecie (w poszczególnych krajach) zakazana jest dyskryminacja rasowa. Liczba konwencji mię-

¹⁴ Por. wypowiedź C. TOMUSCHAT, za R. WIERUSZEWSKI, *Zasada równości i niedyskryminacji*, w: Polska Akademia Nauk – Komitet Nauk Prawnych, *Prawa człowieka. Model prawny*, Ossolineum, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, s. 86.

¹⁵ Przychylam się do stanowiska wyrażonego w literaturze, że „ludzie, mimo iż są obowiązani szanować wolności i prawa innych, powodowani ciekawością, obawą, obowiązkami zawodowymi będą naruszać sferę prywatności tych, którzy z różnych względów pozostają w obszarze ich zainteresowania. Naruszenie takie nie zawsze uznane zostanie za dostatecznie uciążliwe, by dawało pokrzywdzonemu możliwość skutecznego korzystania z ochrony na gruncie prawa cywilnego, karnego bądź administracyjnego”. J. ULIASZ, *Konstytucyjna ochrona prywatności w świetle standardów międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, 2018, s. 196.

dzynarodowych na ten temat rośnie nieustannie. Ingerują one, coraz bardziej, w dotychczas wyłączną sferę ludzkiej aktywności. Godność człowieka stała się przewodnią normą porządku międzynarodowego i wewnętrznego. Zasada równości obejmuje coraz więcej dziedzin życia prywatnego, rodzinnego. Szczegółowe regulacje seksu indywidualnego lub zbiorowego przedstawia się jako model przyszłych norm prawnych w tej dziedzinie. Wszystko to prowadzi do podkreślania różnic, paradoksalnie do ich podtrzymywania.

Mimo tego rodzaju 'postępu', skala rasizmu, seksizmu, prostytucji czy dyskryminacji nie uległa zmniejszeniu. Do dnia dzisiejszego prowadzona jest walka z handlem ludźmi, jego organami, z tzw. mową nienawiści. Skierowana jest ona przeciwko fanom sportowym (kibicom), uczestnikom masowych koncertów muzycznych, 'psiarzom', itd. Dekretowanie kolejnych aspektów ludzkich zachowań, wolnych od jej negatywów - jak pokazuje doświadczenie Meksyku, mojego kraju, czy ojczyzny apartheidu - nie przynosi oczekiwanych rezultatów. Zbudowanie społeczeństwa wolnego od rasizmu czy 'idealnej sytuacji mowy', znajduje się na poziomie dyskursu naukowego czy ścisłej futurologicznego.

Istniejące dotychczas instrumentarium prawne, jak dowodzi jego polski zasób, ma się nijak do zwalczania mini czynów nagannych, z dziedziny dobrego wychowania, *bon ton'u* czy po prostu grzeczności. Tego rodzaju występki trudno podciągnąć pod zbrodnie ludo-bójstwa, masowych eksterminacji albo przeciwko porządkowi publicznemu. Zagrożone są one maksymalnie wysokimi karami, nie proporcjonalnymi do uchybień, opisywanych przez F. Navarrete. Innymi słowy, system prawny jego kraju nie przewiduje zwalczania tego rodzaju 'miękiej' przestępczości. Gdy Konstytucja Brazylii z 1988 r. wprowadziła przepisy w omawianej sferze - określając jako „zbrodnię szczególnie ohydłą”, spontaniczną reakcję ojca (lub matki) na narodziny dziecka z większą niż oczekiwaną pigmentacją - pozostały one martwą literą.

Na retoryczne pytanie co robić, odpowiem - może dla wielu w sposób rozczarowujący - nic. Przejawy nadmiernego wyczulenia na tle odmienności rasowych są składnikiem naszej kultury. Towarzyszyły, towarzyszą i będą towarzyszyć dalszej ewolucji naszej cywilizacji. Jedną z jej większych wartości jest różnorodność ludzi. Będzie ona zawsze rejestrowana przez sztukę, opisywana w tzw. literaturze pięknej, pomnażana w internecie, wykorzystywana w rysunku satyrycznym, grze słów, czy w sporcie. Niekiedy pomstujemy, że kolejnym zwycięzcą konkursu szopenowskiego jest azjatka, że ustawicznymi zwycięzcami w maratonie są afrykańczycy, wyrażamy zdziwienie, że częstymi laureatami Nobla w dziedzinie nauk ścisłych, są przedstawiciele rasy semickiej. Co z tego wynika. Ano nic. Określony układ genów, somatyczny czy inny jednostki przesądza o takich efektach. Wstrzymanie nagradzania tych ludzi, nieuzasadnione forsowanie płci pięknej może powodować frustrację, apatię, a nawet agresję po drugiej stronie.

Pozostawmy więc naturze regulowanie różnic między nami. Jak pokazało już doświadczenie ubiegłego stulecia, tworzenie „nowego człowieka” (przez komunizm) albo „rasy panów” (przez hitleryzm) poniosły sromotne klęski. Obecnie próbuje się to czynić pod płaszczykiem nauki, czy lepiej pseudonauk. Ma to być człowiek bioniczny, hybrydalny, podlegający stale inżynierii społecznej, itp., itd. Wszystko to woła o pomstę do nieba albo mówiąc prozaicznie o wymierzenie kary za naruszenie fundamentalnych praw jednostki, jak prawo do indywidualności, do samostanowienia, godności, czy po prostu, po zostawienia każdego w spokoju (prywatności).

W związku z tym, nie jest pożądaną rzeczą rozwijanie - jak to się współcześnie czyni - zbytniej ochrony jednostki przed wszelkimi zagrożeniami. Taki maksymalny protekcjo-

nizm wręcz ją osłabia. Co więcej, prowadzi do łatwych zwycięstw różnych ‘izmów’. Niektóre kraje tzw. *safetism*’u, także w dziedzinie elementarnych zachowań człowieka, doświadczyły już skutki takiej polityki. Wybór tzw. populistycznych przywódców i ugrupowań staje się regułą w dzisiejszym świecie. Przeciwno tej nadopiekuńczości ‘ze wszystkich stron’, człowiek może się uzbroidź jedynie sam. Jest to prawda trudna do zaakceptowania dla wielu. Jedynie co można wymagać od społeczeństwa jest nieprzeszkadzanie jednostkom w zdobywaniu tego doświadczenia. Polityki dyskryminacji pozytywnej tylko pogłębiają rzeczywiste różnice, utrwalając przyjęte stereotypy czy osławione „konstrukty społeczne”.

OSOBNÉ ÚDAJE V DIGITÁLNEJ SPOLOČNOSTI A ICH REGULÁCIA

KURILOVSKÁ, L.

Úvod

Jednou z primárnych funkcií práva je regulácia spoločenských vzťahov vznikajúcich na rôznych úrovniach spoločnosti. Jednou z požiadaviek predmetnej úlohy je dynamická reakcia na materiálne okolnosti formujúce normotvorbu. Rozvoj informačných a komunikačných technológií vrátane internetu a kreovanie kyberpriestoru zásadne zasiahli do vnímania a aplikácie práva v porovnaní s reguláciou obdobných vzťahov mimo kyberpriestoru.

Civilno-právna povaha osobných údajov

Cieľom tejto časti je analyzovať súčasne platné koncepty civilného práva a úvaha nad potrebou zakotvenia nových inštitútov, reflektujúc vývoj technologických možností spracúvania dát a ich reálne spôsoby využívania. K týmto úvahám viedla zdanlivo jednoduchá otázka: „Komu patria osobné údaje o dotknutej osobe?“ Avšak táto otázka vychádza z predpokladu, že osobné údaje sú predmetom občianskoprávných vzťahov a sú spôsobilé byť predmetom vlastníckeho práva. Preto je potrebné odpovedať na nasledujúce otázky:

„Ako doktrínálne zaradiť osobné údaje do predmetov občianskoprávných vzťahov?“

„Sú osobné údaje spôsobilým predmetom vlastníckeho práva podľa § 127 Občianskeho zákonníka?“

„Je možné hovoriť o akomsi kvázi-vlastníckom práve k osobným údajom?“

Zodpovedanie týchto otázok môže mať významný dopad na prax i doktrínu civilného práva v 21. storočí, a preto sa im budeme venovať samostatne v nasledujúcich kapitolách. Napriek tomu, že GDPR neposkytuje odpovede na tieto otázky (za čo ho niektorí akademici kritizovali), považujeme za potrebné veľmi stručne zhrnúť reguláciu súkromnoprávných vzťahov v oblasti ochrany osobných údajov cez optiku GDPR. Osobné údaje sú akékoľvek informácie týkajúce sa identifikovanej alebo identifikovateľnej fyzickej osoby. Keďže ochrana osobných údajov vo svojej podstate vychádza zo základného ľudského práva na ochranu súkromného a rodinného života, možno konštatovať, že aj samotná povaha osobných údajov spočíva v určitej súvislosti s konkrétnou fyzickou osobou, bez ktorej nie je možné hovoriť o osobných údajoch. Keďže súkromie fyzickej osoby a jej osobné údaje požívajú ochranu práva, GDPR stanovuje podmienky, za ktorých môžu iné osoby (prevádzkovateľ, sprostredkovateľ) zasiahnuť do tohto súkromia a spracúvať osobné údaje zákonným spôsobom. GDPR v skutočnosti vyvažuje nezákonné, svojvoľné a excesívne spracúvanie osobných údajov, ku ktorému by dochádzalo bez právnej normy regulujúcej vzťahy v tejto oblasti. Vyvažovanie excesov realizuje GDPR prostredníctvom základných zásad spracúvania osobných údajov. Z týchto základných zásad vyplývajú povinnosti prevádzkovateľov a sprostredkovateľov na jednej strane a práva dotknutých osôb na druhej strane. Z tohto základného vymedzenia vzťahov v oblasti ochrany osobných údajov môže

Dr.h.c., prof., JUDr. Lucia Kurilovská, PhD., Ústav štátu a práva, Slovenská akadémia vied, Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Akadémia Policajného zboru v Bratislave

Príspevok je podporený grantom APVV -15- 0267 “Právny pluralizmus v chápaní práva“.

vyplývať určitý predbežný záver alebo základná premisa. Ak môžeme hovoriť o určitom druhu vlastníctva vo vzťahu k osobným údajom, na tejto základnej úrovni prevažujú argumenty v prospech toho, že dané vlastníctvo k osobným údajom prináleží dotknutej osobe. GDPR však zároveň uznáva právo prevádzkovateľa spracúvať osobné údaje o dotknutej osobe bez jej súhlasu a dokonca aj proti jej vôli. Ide najmä (okrem iného) o spracúvanie, ktoré je nevyhnutné na ochranu oprávnených záujmov alebo spracúvanie na štatistické účely. GDPR v skutočnosti predstavuje zákonný návod pre zasiahnutie do súkromia dotknutých osôb.

Spoločnosti, nové ekonomické usporiadanie spoločnosti a prax – minimálne nedokážu reagovať tak rýchlo, ako by sa žiadalo. Ak by sme nazerali na osobné údaje ako na hodnoty ľudskej dôstojnosti, vytvárali by sme teóriu, ktorá bráni technologickému rozvoju spoločnosti. Navyše osobné údaje a hodnotu ľudskej dôstojnosti považujeme za „produkty“ odlišných základných ľudských práv. Z týchto dôvodov považujeme hodnoty ľudskej dôstojnosti a osobné údaje za samostatné veličiny, ktoré spolu môžu alebo nevyhnutne nemusia súvisieť. Je preto potrebné zamyslieť sa nad osobitným klasifikovaním osobných údajov ako sui generis predmetov občianskoprávných vzťahov.²

Potrebu osobitného pristupovania k osobným údajom z toho pohľadu je možné odvodniť aj tým, že práva na ochranu osobných údajov ako celok sú právami zmiešanej povahy. To znamená, že odvodzujú svoj pôvod nielen zo súkromného, ale aj verejného práva. Analogicky túto situáciu možno prirovnať k postaveniu spotrebiteľa. Dotknutá osoba podobne ako spotrebiteľ patrí do kategórie slabších subjektov, ktoré objektívne právo (GDPR) chráni. V spotrebiteľskom práve je postavenie spotrebiteľa ako slabšej strany odvodené od viacerých aspektov potenciálneho sporu pred orgánmi súdnej moci.³

Z pohľadu GDPR je však potrebné vysvetliť špecifickosť definície osobných údajov, ktorej primárny význam spočíva v možnosti vymedzenia určitého typu informácií, ktorých spracúvanie GDPR reguluje. Avšak sekundárne má táto definícia význam aj v iných situáciách a iných oblastiach práva. Napríklad trestný čin neoprávneného nakladania s osobnými údajmi podľa § 374 TZ výslovne nevyžaduje, aby k neoprávnenému poskytnutiu, zverejneniu alebo sprístupneniu došlo v situácii, na ktorú by sa vzťahovalo GDPR, pričom môže ísť o situáciu, na ktorú sa vzťahuje druhá alebo tretia časť Zákona o ochrane osobných údajov. Skutočnosť, že definícia osobných údajov má svoje opodstatnenie v režime GDPR, Zákona o ochrane osobných údajov a Trestného zákona, však neprekvapuje. Môže však nastať situácia, na ktorú profesor Bröstl zaraďuje pod objekty právnych vzťahov aj hodnoty ľudskej osobnosti, hoci medzi ne výslovne nezaraďuje aj osobné údaje: „Poslednou skupinou objektov právnych vzťahov sú hodnoty ľudskej osobnosti, ktoré majú nemajetkovú povahu; ide napríklad o osobnú slobodu, hodnotu života, zdravie, česť, dôstojnosť človeka a pod.“⁴ S takouto klasifikáciou a zaradením hodnôt ľudskej dôstojnosti súhlasíme. Samotné osobné údaje však za istých okolností môžu, ale nevyhnutne nemusia súvisieť s hodnotami ľudskej dôstojnosti, pretože nemusia mať charakter odzrkadľujúci ľudskú dôstojnosť.⁴

² BERTHOTY, J.; a kol.; Všeobecné nariadenie o ochrane osobných údajov; 1.vydanie; C.H. Beck; 2018; Bratislava; ISBN: 978-80-7400-714-9, s.

³ BERTHOTY, J.; a kol.; Všeobecné nariadenie o ochrane osobných údajov; 1.vydanie; C.H. Beck; 2018; Bratislava; ISBN: 978-80-7400-714-9, s.

⁴ BERTHOTY, J.; a kol.; Všeobecné nariadenie o ochrane osobných údajov; 1.vydanie; C.H. Beck; 2018; Bratislava; ISBN: 978-80-7400-714-9, s.

Je evidentné, že spracúvaním osobných údajov určitým spôsobom môže dôjsť k narušeniu ľudskej dôstojnosti (napr. neoprávneným zverejnením mena, priezviska, fotografie, IP adresy a histórie navštívených webových stránok). Nejde však o samotnú povahu osobných údajov, ktorá by zasahovala do ľudskej dôstojnosti, ale skôr o spôsob, akým sú spracúvané (napr. neoprávnene zverejnené).⁵

Považovať všetky osobné údaje za hodnoty ľudskej dôstojnosti by nebol správny prístup, pretože v prípadoch, keď nedochádza k žiadnym nedovoleným excesom spracúvania osobných údajov, dané osobné údaje nemajú povahu predmetov, ktoré by súviseli s hodnotami ľudskej dôstojnosti. Napríklad, ak predstavuje IP adresa zariadenia osobný údaj (preto, lebo ju vieme priradiť ku konkrétnej osobe), domnievame sa, že by nebolo správnym prístupom tento unikátny rad čísiel považovať za hodnotu ľudskej dôstojnosti. Osobné údaje je potrebné v tomto smere chápať široko ako akékoľvek informácie, ktoré je možné „priradiť“ určitej fyzickej osobe. Vzhľadom na otvorenosť definície osobných údajov je možné predpokladať postupné „zjemňovanie“ granularity informácií, ktoré budeme v budúcnosti považovať za osobné údaje (napr. metadáta). Dnešné technológie umožňujú legitímne a v súlade s GDPR extrahovať, využívať a monetizovať hodnotu osobných údajov prevádzkovateľmi, ktorí určujú účely a prostriedky spracúvania. Klasické teoretické inštitúty práva ako hodnoty ľudskej dôstojnosti a osobnostné práva fyzických osôb nereagujú na technologický rozvoj sa nevzťahuje ani GDPR, ani zákon na ochranu osobných údajov – napríklad spracúvanie osobných údajov fyzickou osobou v rámci výlučne osobnej alebo domácej činnosti. Aj keď sa na dané spracúvanie nebudú vzťahovať žiadne „regulatívne“ povinnosti podľa predpisov na ochranu osobných údajov, nedá sa súhlasiť s tým, že by tým mali byť dotknuté „vyššie“ pravidlá ochrany (nie nevyhnutne len ochrany týkajúcej sa osobných údajov), ktoré sa môžu vzťahovať aj na spracúvanie osobných údajov, ako napríklad:

- i. právo podľa článku 8 Dohovoru: „Každý má právo na rešpektovanie svojho súkromného a rodinného života, obdobia a korešpondencie.“
- ii. právo podľa článku 8 Charty základných práv EÚ: „Každý má právo na ochranu osobných údajov, ktoré sa ho týkajú. Tieto údaje musia byť riadne spracované na určené účely na základe súhlasu dotknutej osoby alebo na inom oprávnenom základe ustanovenom zákonom. Každý má právo na prístup k zhromaždeným údajom, ktoré sa ho týkajú a právo na ich opravu. Dodržiavanie týchto pravidiel podlieha kontrole nezávislého orgánu.“
- iii. právo podľa článku 19 ods. 3 Ústavy SR: „Každý má právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním údajov o svojej osobe“; alebo
- iv. právo na ochranu osobnosti podľa § 12 ods. 1 OZ: „Písomnosti osobnej povahy, podobizne, obrazové snímky a obrazové a zvukové záznamy týkajúce sa fyzickej osoby alebo jej prejavov osobnej povahy sa smú vyhotoviť alebo použiť len s jej privolením.“

Osobné údaje ako súčasť tzv. práv digitálnej identity

Z vyššie uvedeného podľa nás vyplýva potreba jednoznačného určenia, že osobné údaje predstavujú predmet občianskoprávných vzťahov, pričom táto potreba presahuje pôsobnosť GDPR. Aktuálny katalóg predmetov občianskoprávných vzťahov podľa § 118 OZ sa

⁵ BERTHOTY, J.; a kol.; Všeobecné nariadenie o ochrane osobných údajov; 1. vydanie; C.H. Beck; 2018; Bratislava; ISBN: 978-80-7400-714-9, s.

vzhľadom na vyššie uvedené úvahy nezdá pripravený na osobitnú povahu osobných údajov ako predmetov občianskoprávných vzťahov. Vzhľadom na takéto závery je preto nevyhnutné klasifikovať osobné údaje ako *sui generis* predmet občianskoprávných vzťahov, hoci legálne neregulovaný, ale spoločensky a technologicky vyžadovaný.

Je na mieste podnieť dve diskusie, a to:

- (i) v užšom zmysle diskusiu o tom, aký charakter majú osobné údaje ako *sui generis* predmet občianskoprávných vzťahov, resp. čím sa tento predmet odlišuje od iných, „tradičnejších“ predmetov občianskoprávných vzťahov, ako sú veci, práva a iné nemajetkové hodnoty, resp. aké atribúty sú špecifické výlučne len pre osobné údaje a zároveň
- (ii) v širšom zmysle debatu o kategóriách práv (a povinností), ktoré úzko súvisia s osobnými údajmi. Nie je nevyhnutne ustálené, že do tejto druhej kategórie patria len práva na ochranu osobných údajov dotknutých osôb.

Ako sme sa pokúsili predostrieť vyššie, existujú ďalšie práva, ktoré sa môžu aplikovať na osobné údaje aj v prípadoch, keď sa GDPR alebo Zákon o ochrane osobných údajov neaplikuje a zároveň aj legítimne práva prevádzkovateľov k osobným údajom (právo ich spracúvať). To, čo majú spoločné všetky uvedené práva – ak sa vzťahujú na osobné údaje – je, že regulujú zásahy do identity fyzickej osoby.⁶

Trestno-právna povaha osobných údajov

Ochrana osobných údajov svojim prierezovým charakterom zasahuje aj do oblasti trestného práva. K stretu týchto na prvý pohľad úplne odlišných právnych disciplín však v praxi dochádza pomerne často a to z viacerých dôvodov. V prvom rade existuje viacero situácií, kedy je prevádzkovateľ alebo sprostredkovateľ povinný alebo oprávnený spracúvať osobné údaje, ktoré môžu odhaľovať trestnú činnosť alebo osobných údajov týkajúcich sa uznania viny za trestné činy. V tejto súvislosti bližšie rozoberáme oznamovanie a nahlásovanie protispoločenskej činnosti, ktoré kvôli pomerne širokej miere adresátov považujeme za najtypickejší presah ochrany osobných údajov do roviny trestného práva. Existujú aj ďalšie prípady spracúvania osobných údajov, ktoré súvisia s oblasťou trestného práva ako napr.:

- i. Plnenie povinností povinných osôb podľa Zákona o AML, ktorý implementuje 4 AML Smernicu Na spracovanie osobných údajov na účely tejto smernice sa uplatňuje Nariadenie⁷ Z uvedeného znenia smernice, ako i Nariadenia vyplýva, že zber údajov pre účely smernice o AML nie je krytý súhlasom so spracovaním osobných údajov pre marketingové účely, ale je potrebný samostatný nový súhlas so spracovaním osobných údajov pre účely AML, nakoľko účel a dôvod oboch súhlasov je odlišný.

Boj proti praniu špinavých peňazí a financovaniu terorizmu uznávajú všetky členské štáty ako dôležitý všeobecný verejný záujem. 4AML Smernicou u nie je dotknutá ochrana osobných údajov spracúvaných v rámci policajnej a justičnej spolupráce v trestných veciach⁸ Keď spracúvanie osobných údajov súkromnoprávnymi subjektmi patrí do rozsahu

⁶ ANDRAŠKO, J. In Vičarová Hefnerová, H., Madleňáková, L. (eds.) *Kontroverzní názory v právu. Sborník z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2015. Digitální identita vo verejnej správe*. Praha : Leges, 2015, s. 59.

⁷ Bod 42 Preambuly 4 AML Smernice; Dostupné 26.11.2017 na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L0849&from=SK#ntr13-L_2015141SK.01007301-E0013

⁸ Bod 42 Preambuly 4 AML Smernice ; Dostupné 26.11.2017 na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L0849&from=SK#ntr13-L_2015141SK.01007301-E0013

a pôsobnosti Nariadenia, mala by sa týmto nariadením členským štátom poskytnúť možnosť, aby za špecifických podmienok právnymi predpismi obmedzili určité povinnosti a práva, keď takéto obmedzenie predstavuje potrebné a primerané opatrenie v demokratickej spoločnosti na ochranu konkrétnych dôležitých záujmov vrátane verejnej bezpečnosti a predchádzania trestným činom, ich vyšetrovania, odhaľovania alebo stíhania alebo na účely výkonu trestných sankcií, vrátane ochrany pred ohrozením verejnej bezpečnosti a predchádzania takémuto ohrozeniu, čo je relevantné najmä v rámci boja proti praniu špinavých peňazí alebo činnosti forenzných laboratórií.⁹

Článok 10 GDPR stanovuje rámcové podmienky, za ktorých je možné spracúvať osobné údaje týkajúce sa: (i) uznania viny za trestné činy a priestupky; alebo (ii) týkajúce sa súvisiacich bezpečnostných opatrení na základe čl. 6 ods. 1 GDPR. Tieto rámcové podmienky stanovujú, že spracúvať dané osobné údaje je možné len pod kontrolou orgánu verejnej moci alebo na základe práva členského štátu alebo práva Únie, ktoré poskytuje primerané záruky dotknutým osobám. Zároveň čl. 10 stanovuje, že register trestov sa môže viesť iba pod kontrolou orgánu verejnej moci. Ak slovenská verzia GDPR hovorí o osobných údajov týkajúcich sa *uznania viny za trestné činy a priestupky*, tak anglická verzia GDPR hovorí o: *personal data relating to criminal convictions and offences*. Nie len z anglickej jazykovej verzie GDPR ale aj z ďalších ustanovení GDPR je evidentné, že tento článok nestanovuje len podmienky spracúvania osobných údajov o uznaní viny za trestné činy ale aj akýchkoľvek osobných údajov, ktoré môžu preukazovať spáchanie trestného činu v štádiu, kedy vina ešte nie je preukázaná (napr. kamerový záznam bezpečnostnej kamery). Slovné spojenie *criminal offence* má v anglickom jazyku význam ekvivalentný slovnému spojeniu trestný čin a nie priestupok. GDPR neobsahuje špecifické pravidlá vo vzťahu k osobným údajov týkajúcich sa správnych deliktov. Tento nesprávny preklad môže v praxi spôsobovať problémy.

Spracúvanie osobných údajov týkajúcich sa trestných činov je potrebné vnímať v kontexte ďalších odkazov na článok 10 v GDPR:

Na rozdiel od Smernice 95/46/EC a zákona č. 122/2013 Z.z. osobné údaje týkajúce sa trestných činov nie sú považované za osobitnú kategóriu osobných údajov (tzv. citlivé). Túto skutočnosť výslovne potvrdzuje článok 10 GDPR aj tým, že odkazuje na zákonnosť spracúvania osobných údajov podľa článku 6 ods. 1 GDPR. Zároveň GDPR odkazuje na osobitné kategórie osobných údajov podľa článku 9 a osobné údaje podľa článku 10 samostatne. To znamená, že osobné údaje týkajúce sa trestných činov je možné spracúvať na právnych základoch uvedených v článku 6 ods. 1 za podmienky, že tieto právne základy spĺňajú kritériá čl. 10 GDPR. Ako však vieme posúdiť, či tieto právne základy (napr. súhlas dotknutej osoby) poskytujú primerané záruky dotknutým osobám ako vyžaduje článok 10 GDPR? GDPR dáva čiastočnú odpoveď v recitály č. (50), kde výslovne spomína ako právny základ ochranu oprávnených záujmov podľa článku 6 ods. 1 písm. f) GDPR: *Oznámenie možných trestných činov alebo ohrozenia verejnej bezpečnosti prevádzkovateľom a poskytnutie relevantných osobných údajov v jednotlivých prípadoch alebo viacerých prípadoch týkajúcich sa toho istého trestného činu alebo ohrozenia verejnej bezpečnosti príslušnému orgánu by sa malo považovať za oprávnený záujem, ktorý sleduje prevádzkovateľ. Takéto poskytnutie v oprávnenom záujme prevádzkovateľa alebo ďalšie*

⁹ Bod 19 Preambuly Nariadenia, Dostupné dňa 24.11.2017 na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=SK>

spracúvanie osobných údajov by sa však malo zakázať, ak toto spracúvanie nie je v súlade s právnou, profesijnou alebo inou záväznou povinnosťou mlčanlivosti. Ide o významný recitál, nakoľko vo všeobecnosti dovoľuje spracúvanie osobných údajov podľa článku 10 GDPR na účely oznamovania možných trestných činov vrátane poskytovania osobných údajov príslušným orgánom, a to na právnom základe oprávnených záujmov. Samozrejme je možné spracúvať osobné údaje podľa článku 10 GDPR aj na inom právnom základe vyplývajúcom z čl. 6 ods. 1 GDPR. Najčastejšie pôjde o právny základ vyplývajúci z osobitných predpisov ako je napr. vyššie spomínaný zákon o oznamovaní protispoločenskej činnosti alebo zákon o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a o ochrane pred financovaním terorizmu.

Trestný čin Neoprávneného nakladania s osobnými údajmi podľa § 374 TZ

V zmysle §347 ods. 1 TZ, *kto neoprávnene poskytne, sprístupní alebo zverejní*

a) osobné údaje o inom zhromaždené v súvislosti s výkonom verejnej moci alebo uplatňovaním ústavných práv osoby, alebo

b) osobné údaje o inom získané v súvislosti s výkonom svojho povolania, zamestnania alebo funkcie

a tým poruší všeobecne záväzným právnym predpisom ustanovenú povinnosť, potrestá sa odňatím slobody až na jeden rok.

Vo všeobecnosti možno povedať, že Nariadenie reguluje administratívnu zodpovednosť za porušenie povinností vyplývajúcich z GDPR (kapitola VIII GDPR) a iba rámcovo stanovuje pravidlá pre určenie civilnej zodpovednosti v článku 82 GDPR (napr. vyžaduje široký výklad pojmu škoda). V súvislosti s trestnou zodpovednosťou je možné odkázať na článok 84 GDPR, podľa ktorého: „Členské štáty stanovujú pravidlá pre iné sankcie za porušenia tohto nariadenia, predovšetkým za tie, na ktoré sa nevzťahujú správne pokuty podľa článku 83, a prijímajú všetky opatrenia potrebné na zabezpečenie ich vykonávania. Takéto sankcie musia byť účinné, primerané a odrádzajúce.“ Na túto povinnosť nadväzuje recitál č. 149 GDPR: „Členské štáty by mali mať možnosť stanoviť pravidlá týkajúce sa trestných sankcií za porušenia tohto nariadenia vrátane porušenia vnútroštátnych predpisov prijatých podľa tohto nariadenia a v jeho rámci. Uvedené trestné sankcie môžu umožniť aj odňatie príjmov získaných porušením tohto nariadenia. Uloženie trestných sankcií za porušenia takýchto vnútroštátnych predpisov a uloženie správnych sankcií by však nemalo viesť k porušeniu zásady *ne bis in idem*, ako ju vykladá Súdny dvor.“

Je na zvážení zákonodarcu, či skutkové podstaty trestných činov vysvetlené nižšie spĺňajú tieto podmienky, a to najmä ak:

- skutková podstata trestného činu neoprávneného nakladania s osobnými údajmi výslovne postihuje len neoprávnené sprístupnenie, poskytnutie alebo zverejnenie osobných údajov, ktoré navyše zrušením ZOOÚ nie sú v tejto oblasti definované; a zároveň;
- Zákon o trestnej zodpovednosti právnických osôb sa nevzťahuje na trestný čin neoprávneného nakladania s osobnými údajmi napriek tomu, že väčšina porušení ochrany súkromia môže byť spôsobená najmä nedostatočnou úrovňou ochrany osobných údajov právnických osôb alebo porušením povinností vyplývajúcich z GDPR právnickými osobami.

Objektom tohto trestného činu je záujem na ochrane osobných údajov pred neoprávnеным nakladaním s nimi vo forme poskytovania, sprístupňovania alebo zverejňovania.

- Objektívna stránka* spočíva v neoprávnenom poskytnutí, sprístupnení alebo zverejnení
- a) osobné údaje o inom zhromaždené v súvislosti s výkonom verejnej moci alebo uplatňovaním ústavných práv osoby, alebo
 - b) osobné údaje o inom získané v súvislosti s výkonom svojho povolania, zamestnania alebo funkcie

V zmysle čl. 4 ods.1 GDPR *osobné údaje* sú akékoľvek informácie týkajúce sa identifikovanej alebo identifikovateľnej fyzickej osoby (ďalej len „dotknutá osoba“); identifikovateľná fyzická osoba je osoba, ktorú možno identifikovať priamo alebo nepriamo, najmä odkazom na identifikátor, ako je meno, identifikačné číslo, lokalizačné údaje, online identifikátor, alebo odkazom na jeden či viaceré prvky, ktoré sú špecifické pre fyzickú, fyziologickú, genetickú, mentálnu, ekonomickú, kultúrnu alebo sociálnu identitu tejto fyzickej osoby. *Neoprávnené poskytnutie, sprístupnenie alebo zverejnenie* je v zmysle čl. 4 odsek 12 GDPR akékoľvek úmyselné porušenie bezpečnosti osobných údajov, ktoré vedie k náhodnému alebo nezákonnému, neoprávnenému poskytnutiu osobných údajov prenášaním, uchovávaním, spracúvaním, alebo neoprávneným prístupom k nim. Poskytnutie, sprístupnenie alebo zverejnenie sú definície používané ZOOÚ, ktoré už nenájde v Nariadení. Nenašli sme ich ani v smernici 95/46/EC – takže je otázne ako sa tieto spracovateľské operácie budú vykladať od 25.5.2018, nakoľko Nariadenie ruší zákon, ktorý ich definuje.

Poskytnutie, sprístupnenie alebo zverejnenie sú spracovateľské operácie, ktoré predpokladajú min. dve strany. To znamená, že ak tretia strana nezíska prístup k osobným údajom, ktoré spracúvané protiprávne, tak nemôže byť naplnená táto skutková podstata.

Skutková podstata Neoprávneného nakladania s osobnými údajmi podľa §374 TZ považuje za trestné výlučne spracovateľské operácie, ktoré spočívajú v protiprávnom sprístupnení, poskytnutí, alebo zverejnení, iné „neoprávnené“ spracovateľské operácie táto skutková podstata nerieši. Avšak nie je vylúčené, že takýmito „inými“ neoprávnenými spracovateľskými operáciami budú naplnené znaky iných skutkových podstat (napr. Ohrozenie obchodného, bankového, poštového, telekomunikačného a daňového tajomstva podľa §264 TZ, alebo Zneužívanie informácií v obchodnom styku podľa §265 TZ-vid'. Výklad vyššie). Znenie samotnej skutkovej podstaty je pomerne široké a viazané na akékoľvek porušenie ochrany osobných údajov ich neoprávneným sprístupnením, zverejnením alebo poskytnutím. Je preto problematické určiť čo spadá pod znenie tejto skutkovej podstaty a čo už nie. Vo všeobecnosti platí, že by sa v takýchto prípadoch mal uplatňovať princíp ultima ratio,

Ak páchatel' svojim konaním naplní zákonné znaky skutkovej podstaty trestného činu, je povinnosťou orgánov činných v trestnom konaní a súdu vyvodit' trestnoprávnu zodpovednosť postupom podľa Trestného poriadku. Pravidlo „ultima ratio“ možno uplatniť jedine prostredníctvom materiálneho korektívu v rozsahu § 10 ods. 2 Tr. zák., teda v zmysle platnej a účinnej zákonnej úpravy, len pri prečinoch.¹⁰

Opačný názor uvádza, že princíp ultima ratio nie je možné aplikovať cez materiálny korektív, ale problematika princípu ultima ratio by preto mala byť chápaná ako problematika interpretácie, t. j. ako problematika hľadania zmyslu, či účelu konkrétnej právnej normy (či hľadania miesta trestného práva ako právneho odvetvia) v prípadoch, kde len znenie právneho predpisu (znaky skutkovej podstaty konkrétneho trestného činu) neposkytuje žiadne uspokojivé riešenia Napríklad na posúdenie toho, kde sú hranice medzi civilnou

¹⁰ R 96/2014

a trestnoprávnou protiprávnosťou a zodpovednosťou a čo spadá do kompetencie civilných súdov a čo do kompetencie orgánov činných v trestnom konaní a súdov v trestnej oblasti.¹¹

Princíp ultima ratio je argument a to argument hodnotami právneho štátu. Trestný zákon v jednotlivých skutkových podstatách trestných činov stanovuje základné pravidlá správania sa. Ide tu o primárne pravidlá (právne normy), ktoré určujú, čo jednotlivé osoby môžu alebo nemôžu konať (správať sa). Naproti tomu, poňatie trestného práva ako ultima ratio, je nutné (ako právny princíp) považovať za sekundárne pravidlo, ktoré upresňuje, vysvetľuje, prípadne upravuje spôsob ako možno dospieť k záveru o porušení primárnych právnych noriem.

Princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo pritom len zaručuje, že pri riešení konkrétneho prípadu (skutku) bude vždy po ruke právny argument, nie však to, že princíp ultima ratio obsahuje automatické riešenie konkrétneho prípadu. Princíp ultima ratio teda nehovorí čo s ním je alebo nie je zlučiteľné. To, či bude alebo nebude tento princíp v podmienkach konkrétneho prípadu aplikovateľný a prípadne s akým výsledkom predstavujú až konkrétne skutkové okolnosti prípadu.¹²

Princíp ultima ratio v podstate stanovuje pravidlo prednosti iných právnych odvetví (občianske, obchodné, či správne) pred trestným právom, pravidlo racionálnej právnej argumentácie, ktorá bráni tomu, aby sa trestné právo nadužívalo (či skôr zneužívalo) aj v prípadoch, ktoré celkom zjavne patria do kompetencie iných orgánov (napríklad súdov v civilnej oblasti) a kde vyvodzovanie zodpovednosti konkrétneho subjektu za protiprávne konanie je nutné hľadať v iných právnych odvetviach než v trestnom práve.¹³

Uplatnenie princípu ultima ratio (ako interpretačného pravidla) v konkrétnom prípade bude, tak ako je to bežné aj pri iných interpretačných pravidlách v trestnom práve (napríklad pravidla, či zásady in dubio pro reo), vždy do určitej miery vecou subjektívneho rozhodnutia orgánu aplikácie práva a to ohľadne posúdenia otázky, či možno tento princíp aplikovať na posudzovaný prípad a ak áno v akom smere (s akým výsledkom na riešenú problematiku).

Uznať princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo teda v podstatne znamená uprednostniť účel a miesto trestného práva v právnom poriadku SR pred mechanickým aplikovaním konkrétnej normy a preto vo svojich dôsledkoch ide o odmietnutie formalistického nazerania na aplikáciu trestného práva.¹⁴

Osobné údaje o inom zhromaždené v súvislosti s výkonom verejnej moci alebo uplatňovaním ústavných práv osoby sú osobnými údajmi, ktoré sú získavané, spracúvané a uchovávané orgánmi štátnej správy, územnej samosprávy a záujmovej samosprávy, ďalšími štátnymi orgánmi v súlade so všeobecne záväzným predpisom o ochrane osobných údajov pri výkone verejnej moci, alebo ide o osobné údaje získané, spracované a uchovávané or-

¹¹ ŠAMKO, P.; Princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo a majetkové trestné činy, Dostupné dňa 03.12.2017 na: <http://www.pravnelisty.sk/clanky/a499-princip-ultima-ratio-ako-interpretacne-pravidlo-a-majetkove-trestne-ciny>, alebo Zborník z konferencie 22. Slovenské dni práva, konanej dňa 13.-14.10.2016 v Bratislave.

¹² ŠAMKO, P.; Princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo a majetkové trestné činy, Dostupné dňa 03.12.2017 na: <http://www.pravnelisty.sk/clanky/a499-princip-ultima-ratio-ako-interpretacne-pravidlo-a-majetkove-trestne-ciny> Zborník z konferencie 22. Slovenské dni práva, konanej dňa 13.-14.10.2016 v Bratislave.

¹³ ŠAMKO, P.; Princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo a majetkové trestné činy, Dostupné dňa 03.12.2017 na: <http://www.pravnelisty.sk/clanky/a499-princip-ultima-ratio-ako-interpretacne-pravidlo-a-majetkove-trestne-ciny>, alebo Zborník z konferencie 22. Slovenské dni práva, konanej dňa 13.-14.10.2016 v Bratislave.

¹⁴ ŠAMKO, P.; Princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo a majetkové trestné činy, Dostupné dňa 03.12.2017 na: <http://www.pravnelisty.sk/clanky/a499-princip-ultima-ratio-ako-interpretacne-pravidlo-a-majetkove-trestne-ciny> alebo Zborník z konferencie 22. Slovenské dni práva, konanej dňa 13.-14.10.2016 v Bratislave.

gánmi štátnej správy a samosprávy, právnickými osobami, fyzickými osobami, ktoré získali osobné údaje dotknutej osoby za účelom uplatňovania jej ústavných správ (napr. advokát/advokátska kancelária) alebo rozhodovaní o ústavných právach tejto osoby.

Osobné údaje o inom získané v súvislosti s výkonom svojho povolania, zamestnania alebo funkcie sú osobné údaje dotknutej osoby, ktoré o nej získala fyzická osoba, ktorej to vyplýva z jej povolania, postavenia, alebo funkcie pretože vykonáva určitú činnosť v súvislosti s dotknutou osobou. Všeobecne platí, že o takto získaných osobných údajoch je ten kto ich získal povinný dodržiavať mlčanlivosť.

Zo subjektívnej stránky sa vyžaduje úmyselné zavinenie.

Subjektom tohto trestného činu je ktorákoľvek trestne zodpovedná fyzická osoba. Právnická osoba sa tohto trestného činu nemôže dopustiť s poukazom na ustanovenie §3 ZoTZPO.

Tento trestný čin je prečin.

Záver

Súčasná informačná spoločnosť a digitálna ekonomika dospela do stavu, kde sa osobné údaje stali jednou z najcennejších komodít na trhu. Situáciu možno charakterizovať často odznievajúcou frázou „Údaje sú nové zlato“ (Data is the new gold), ktorú v roku 2011 použila vtedajšia podpredsedníčka

Komisie pre digitálnu agendu Neelie Kroes pri otvorení konferencie Open Data Strategy. Čoraz väčšie množstvo spoločností investuje značné prostriedky do získania a následnej analýzy osobných údajov. Paradoxom a zároveň fenoménom tejto doby však je, že v určitom bode sa z osobných údajov stávajú deriváty, ktoré už nie sú v dispozícii len pôvodného držiteľa (dátový subjekt, dotknutá osoba), ale aj osoby, ktorá investovala značné prostriedky do extrahovania hodnoty z nich. Tento postup dobre ilustruje skutočnosť, že práva regulácia štandardnej modernej spoločnosti s jej prostredím a vzťahmi sa nedá uplatniť pre „už existujúcu“ digitálnu spoločnosť a vzťahy, ktoré sa v jej rámci vytvárajú. Tieto sa vyznačujú obsahovou jednoduchosťou, systémovou a technickou zložitosťou, bezprostrednosťou. Všetky tieto atribúty výrazne sťažujú každý pokus o právnu reguláciu tohto prostredia.

Abstract: The paper deals with the analysis of the personal data, its retention and use by the subjects of the digital society. It reacts on the last regulatory development related to the GDPR and tries to define on the nature of the personal data as a subject of the legal relations.

Key words: personal data, GDPR, digital society, legal relation.

Použitá literatúra:

R 96/2014

Berthoty, J.; a kol.; Všeobecné nariadenie o ochrane osobných údajov; 1.vydanie; C.H. Beck; 2018; Bratislava; ISBN: 978-80-7400-714-9, 712s.

Šamko, P.; Princíp ultima ratio ako interpretačné pravidlo a majetkové trestné činy, Dostupné dňa 03.12.2017 na: <http://www.pravnelisty.sk/clanky/a499-princip-ultima-ratio-ako-interpretacne-pravidlo-a-majetkove-trestne-ciny> alebo

Zborník z konferencie 22. Slovenské dni práva, konanej dňa 13.-14.10.2016 v Bratislave.

VYBRANÉ OTÁZKY SOUVISEJÍCÍ S POČÁTKEM A KONCEM LIDSKÉHO ŽIVOTA VE SVĚTLE JUDIKATURY EVROPSKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA

VOSTRÁ, Z.

I. Úvodem

S počátkem a koncem lidského života jsou dlouhodobě spojeny instituty velmi široce společensky diskutované, jako je především umělé přerušení těhotenství, výzkum na lidských embryích, eutanázie a trest smrti. Jedná se o problematiku pochopitelně hodnocenou jako náročnou a kontroverzní, jíž je možné nahlížet z různých úhlů pohledu, vedle práva také prizmatem etiky, lékařské vědy, víry a morálky.¹ Neodmyslitelně rovněž souvisí s lidskými právy, jako je především právo na život, lidskou důstojnost, právo jednotlivce na sebeurčení a právo na respektování rodinného a soukromého života.

Přístup k počátku a konci lidského života odráží samotný vývoj lidské společnosti, přičemž nad instituty s nimi spojenými rozhodně nepanuje společenská shoda. S počátkem lidského života souvisí posouzení náročné otázky, kdy vlastně lidský život vzniká, což se promítá do vnímání umělého přerušení těhotenství jako v extrémním případě vraždy nenarozeného jedince či naopak projevu sebeurčení ženy ve smyslu rozhodnutí o svém těle a reprodukci. S koncem lidského života pak spor o existenci práva jednotlivců zemřít, a to na základě jejich přání a pokud možno důstojným způsobem.

V následující stati bude pozornost zaměřena právě na interrupci a eutanázii, přičemž pluralismus je možné nalézt v nutném zohlednění různých přístupů k těmto institutům ze strany celé řady normativních systémů, kterých je v zájmu komplexního uchopení tématu rozhodně zapotřebí pojmut více. Rozbor výše nastíněné problematiky z lidsko-právního hlediska si nelze představit bez zmapování judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“ či „Soud“). Kapitola si na druhou stranu neklade za cíl tuto problematiku vyřešit, neboť podle mého názoru patří do kategorie těch, které ani uspokojivě a jednoznačně řešitelné nejsou.

II. Ústavní a právní pojetí interrupce a eutanázie v ČR

Při mapování výše uvedených institutů z právního pohledu je zapotřebí vyjít z národní úpravy lidských práv, s jejichž ochranou je úzce propojena. V ČR je za splnění určitých podmínek interrupce legální, naopak eutanázie ani asistovaná sebevražda legalizována není.

Při rozboru ústavní a právní úpravy umělého přerušení těhotenství² je předně zapotřebí uvést čl. 6 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) zakotvující právo

JUDr. Zuzana Vostrá, Ph.D., Právnická fakulta ZČU Plzeň

¹ K tomu je zapotřebí dodat, že interrupce a eutanázie mohou být uchopeny i jako otázka politická.

² Samotný výraz „umělé přerušení těhotenství“ postrádá své opodstatnění za situace, že v ukončeném těhotenství již nejde více pokračovat, což by se u přerušení jako takového dalo naopak očekávat. Více k tomu viz HÁJEK, M.: Několik poznámek k případu Vo proti Francii. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, 2. ISSN 1210-9126, s. 194.

na život, který stanoví: „Každý má právo na život. Lidský život je hoden ochrany již před narozením.“ Tato poněkud nejasná formulace může být především s ohledem na počátek lidského života vykládána různým způsobem. Jak však vyplývá z důvodové zprávy k Listině, právo na život v plném rozsahu jde aplikovat až od okamžiku narození. Přesto se však nenarozený plod blíží hodnotě, kterou se ústavodárce zavázal chránit, a to především prostřednictvím těla matky. Toto ustanovení je dále rozvedeno trestním zákoníkem v rámci trestných činů proti těhotenství.³

Pro vymezení počátku lidského života neexistuje celospolečenský konsenzus. Právo v ČR však využívá poznatků současné medicíny. Jak uvádí K. Říhová, tato za narození živého plodu považuje „úplné vypuzení nebo vynětí plodu z těla matky, jestliže plod po narození dýchá nebo projevuje jiné známky života jako srdeční činnost, pulzaci pupečníku nebo aktivní pohyb svalstva, i když pupečník nebyl přerušen nebo placenta nebyla porozena, přičemž narození mrtvého plodu je narození plodu, jehož úmrtí nastalo před vypuzením nebo vynětím z těla matky.“⁴

Pro legalitu interrupcí představuje ústavní základ odst. 4 tohoto článku, který umožňuje zákonu trestněprávně nepostihovat jednání, které vede ke zbavení života. Zákonným podkladem pro jejich uskutečňování je pak zákon č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství, podle kterého může žena přerušit těhotenství do konce 12. týdne bez udání důvodů. Po jeho uplynutí je to možné pouze za splnění zákonem stanovených důvodů.

Pokud jde o druhý institut, tedy o eutanázii, respektive asistovanou sebevraždu, je z hlediska ústavního jejich uskutečnění v rozporu s čl. 6 Listiny, který ve svém odst. 2. stanoví, že „nikdo nesmí být zbaven života“. Člověk je považován za subjekt práva na život, má tedy právo o něm aktivně rozhodovat, ovšem z charakteru nezczizitelnosti lidských práv vyplývá, že nemůže toto právo přenést či převést na někoho dalšího.⁵ Prostor pro případnou legalizaci eutanázie či asistované sebevraždy však bezpochyby poskytuje čl. 6 odst. 4, podle kterého „porušením práv podle tohoto článku není, jestliže byl někdo zbaven života v souvislosti s jednáním, které podle zákona není trestné.“ Listina tak připouští výjimky z práva na život, díky kterým toto právo není právem absolutním. S eutanázií ovšem úzce souvisí i čl. 7, který v odst. 1 garantuje nedotknutelnost osoby a jejího soukromí. Opomenout nelze ani čl. 10 zakotvující právo na lidskou důstojnost. Právě tyto články bývají užívány jako opora pro realizování práva na eutanázii.

Především právo na soukromí je pak považováno za podklad, ze kterého je možné odvodit právo odmítnout léčbu i s důsledkem ukončení lidského života. Toto právo je garantováno v § 23 zákona o péči o zdraví lidu.⁶ Je ho možné vnímat jako odraz práva na soukromí v oblasti zdravotní péče.⁷

³ Více k těmto otázkám a komparaci s právními úpravami vybraných států viz WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2012. ISBN 978-80-7357-750-6, s. 156-160.

⁴ ŘÍHOVÁ, K.: *Zamyšlení nad ochranou lidského plodu v trestním právu*. [online]. [cit.2019-03-26]. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ustavni-pravo/zamysleni-nad-ochranou-lidskeho-plodu-v-trestnim-pravu>, s. 2.

⁵ KLÍMA, K. a kol. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. ISBN 978-80-7380-140-3. s. 974 - 975.

⁶ zákon. č. 20/1966 Sb.

⁷ viz KUČA, R., JAHNSOVÁ, A. *Právní aspekty euthanasie. Právní rozhledy*. 1997, 7. ISSN 1210-6410. s. 356 - 357.

Právo na život garantované v čl. 6 je dále rozvíjeno právními předpisy trestního práva. Ze zákazu podílet se na odnětí života jiného člověka plyne trestnost účasti na sebevraždě zakotvená v § 144 trestního zákoníku (dále jen „TZ“). Vykonáním eutanázie jsou pak naplněny skutkové podstaty vraždy podle § 140 TZ, popřípadě zabití podle § 141 TZ.⁸

Trestním právem v ČR beztrestnost eutanázie nikdy upravena nebyla, rovněž ani nebyla zahrnuta do současného TZ. P. Šámal nicméně v souvislosti s otázkou asistence při sebevraždě připomněl jeho původní návrh osnovy, který upravoval „*privilegovanou skutkovou podstatu trestného činu usmrcení (zabití) na žádost (§ 118 návrhu osnovy), a to ve dvou variantách.*“⁹

Do samotného návrhu TZ byla nakonec promítnuta následující podoba § 118 (hlava I zvláštní části, díl 1 „Trestné činy proti životu“):

„*Usmrcení na žádost*

(1) *Kdo ze soucitu usmrtí nevyлéčitelně nemocnou osobu, která trpí somatickou nemocí, na její vážně míněnou a naléhavou žádost, bude potrestán odnětím svobody až na šest let.*

(2) *Vážně míněnou a naléhavou žádostí se rozumí svobodný a určitý projev vůle osoby starší osmnácti let, která není zbavena ani omezena ve způsobilosti k právním úkonům a není stížena duševní poruchou, jednoznačně a důrazně směřující k jejímu vlastnímu usmrcení.*“

Návrh zákona tak výslovně stanovil, že eutanázie, tedy usmrcení na žádost, je trestným činem, ovšem s ohledem na její mnohem nižší závažnost ji významně odlišil od trestného činu vraždy.¹⁰ Toto ustanovení se však v konečné podobě TZ neobjevilo. Obsahuje však již výše zmíněný § 144, tedy účast na sebevraždě, pod který jsou podřazeny případy asistence při sebevraždě.¹¹

Při rozboru tématu eutanázie v ČR není možné opomenout návrhy zákonů, které by zajišťovaly její legalizaci. Zřejmě díky vysoké citlivosti a nejednoznačnému postoji společnosti k této problematice byly do Parlamentu ČR předloženy pouze dva prakticky totožné návrhy zákona o důstojné smrti. Prvním z nich byl návrh senátorky V. Domšové z roku 2008, který pod „*důstojnou smrt*“ podřazoval eutanázii i asistovanou sebevraždu. Zároveň obsahoval legální definici, která byla rozvětvena do obou těchto forem zbavení lidského života. Důstojná smrt podle něj zahrnovala jednak „*ukončení života osoby (pacienta) na její vlastní žádost s vědomou, odbornou pomocí jiné osoby za podmínek stanovených zákonem*“ (asistovaná sebevražda) a rovněž „*úmyslné ukončení života osoby (pacienta) na její vlastní žádost jinou osobou*“ (eutanázie), pokud ovšem nelze použít institutu asistované sebevraždy. Tento návrh však nezískal v Senátu Parlamentu ČR patřičnou podporu.

⁸ Tento závěr vyplývá kupř. z usnesení Nejvyššího soudu ČR č. j. 3 Tdo 362/2014-24 ze dne 19. 3. 2014, ve kterém tento vyslovil, že jestliže se obviněný a poškozený dohodnou na vzájemném úmyslném usmrcení jeden druhého jako způsobu dobrovolného ukončení života, potom dohodnuté jednání obviněného, jehož následkem byla smrt poškozeného, naplňuje znaky trestného činu vraždy, nikoli znaky trestného činu účasti na sebevraždě.

⁹ ŠÁMAL, P.: K právní úpravě eutanázie v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*. 2003, 5. ISSN 1213-5313. s. 155.

¹⁰ SUM, T.: *Eutanázie v právním rádu ČR*. [online]. [cit.2019-03-04]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/eutanazie-v-pravnim-radu-cr-28721.html>.

¹¹ Jak již bylo uvedeno výše, eutanázie bývá klasifikována jako trestný čin vraždy. Při projednávání tohoto činu musí soud náležitě posoudit povahu a závažnost trestného činu dle § 39 odst. 2 a pro účely uložení trestu využít polehčujících okolností dle § 41b) TZ. Více viz CÍSAŘOVÁ, D., SOVOVÁ O. *Trestní právo a zdravotnictví*. Praha: Orac, 2000. ISBN 80-86199-09-6. s. 117 - 118.

Druhý návrh zákona o důstojné smrti byl předložen v roce 2016 šesticí poslanců v čele s J. Zlatušskou.¹² Byť z důvodové zprávy k němu vyplývá, že jeho podání je motivováno jistě chvályhodnou snahou „vyřešit“ neúnosnou situaci pacientů trpících nevyléčitelnou chorobou, přesto je však k němu zapotřebí uvést několik kritických připomínek.¹³ Návrh totiž trpí určitými věcnými a legislativně-technickými nedostatky.

Úvodem předesílám, že tvrzení z důvodové zprávy, podle kterého k legalizaci eutanázie přistoupilo „nemálo“ států, je minimálně poněkud přehnané. Má základní připomínka směřuje k jakési nesystematičnosti tohoto návrhu a jeho nedostatečnému začlenění do souvisejícího právního rámce. Návrh zákona totiž nenavazoval dostatečným způsobem na TZ, ve kterém v té době a konec konců ani nyní nebyl a není obsažen trestný čin usmrcení na žádost, do jehož skutkové podstaty kupříkladu mohly být zaneseny okolnosti vylučující protiprávnost toho činu stanovené právě výše rozebíraným speciálním zákonem. Není rovněž jasné, jakého trestného činu by se dopustil lékař, který by tento zákon porušil.

Návrh zákona není propojen ani s občanským zákoníkem, a to nejenom terminologicky.¹⁴ Jako nevyjasněná se kupříkladu jeví otázka, zda o ukončení života může žádat nezletilý, který již nabyl plné svéprávnosti. Stejně tak postrádám vyjasnění některých podstatných pojmů, jako je určení osoby „ošetřujícího lékaře“, „nahodilá nemoc“, za vágně stanovené považují rovněž podmínky pro vyhovění žádosti o eutanázii. Toto jsou jen ty nejvýznamnější připomínky k návrhu zákona, který by jistě zasloužil důslednější propracovanost. Další podstatná připomínka se týká navrhované komise, jejímž úkolem by bylo zpětně přezkoumávat poskytnutí důstojné smrti. Její zařazení pod veřejného ochránce práv považují za neodůvodněné. Rovněž její obsazení a povaha jsou značně nevyjasněné.¹⁵

Pro úplnost ještě k osudu návrhu podotýkám, že vláda v roce 2016 vyjádřila s rozebíraným návrhem nesouhlas. Jeho projednávání bylo ukončeno spolu s koncem funkčního období Poslanecké sněmovny v roce 2017.¹⁶ Opětovné předložení obdobného návrhu však považují za velmi pravděpodobné, neboť i v novém funkčním období jsou další aktuálně avizovány.

III. Interrupce v pojetí judikatury ESLP

Interrupcemi se ESLP v rámci své rozhodovací činnosti zabývá opakovaně, přičemž jako klíčové se v souvislosti s nimi jeví především dilema existence práva na život nenarozeného dítěte v možném kontrastu práva na sebeurčení matky. Problematiku tedy hodnotí zejména s ohledem na čl. 2 a čl. 8 Úmluvy, které garantují právo na život a právo na soukromý a rodinný život. Řeší v zásadě dva ústřední okruhy otázek týkajících se toho, zda plod v těle matky má právo na život a jestli zákaz interrupcí nezasahuje do lidských práv matky.

Celkově je třeba předestřít, že v judikatuře je možné vysledovat určitý názorový posun, nelze ji však vnímat jako jednoznačnou, nýbrž spíše (možná pochopitelně) opatr-

¹² Sněmovní tisk 820/0

¹³ Autorka tohoto článku se přitom nepouští do řešení otázky, zda je legalizace eutanázie v ČR vhodná či nikoliv.

¹⁴ Používá kupříkladu již překonaný termín „způsobilost k právním úkonům“ namísto „svéprávnosti“.

¹⁵ Více viz KREJČÍKOVÁ, H. *Je návrh zákona o důstojné smrti důstojný?* [online]. [cit.2019-03-04]. Dostupné z: <https://zdravotnickepravo.info/je-navrh-zakona-o-dustojne-smrti-dustojny/>. a ŠUSTEK, Petr, HOLČÁPEK, T. a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: Wolters Kluwer, 2017. *ISBN 978-80-7552-321-1*. s. 565 - 566.

¹⁶ <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=7&T=820>

nou. ESLP v ní opakovaně upozorňuje na neexistenci shody v právní úpravě interrupce mezi členskými státy Rady Evropy. V souvislosti s první otázkou se v zásadě spíše vy-
 hýbá určení toho, zda se na fétus (plod) vztahuje ochrana čl. 2 Úmluvy. V časnějších
 rozhodnutích Evropská komise pro lidská práva (dále jen „Komise“) vyloučila přede-
 vším absolutní právo na život plodu, neboť tento je spojen s životem těhotné ženy a ne-
 může na něj být nahlíženo izolovaně. V opačném případě by totiž podstoupení interrup-
 ce bylo považováno za zakázané i za okolností, že by pokračování v těhotenství zname-
 nalo vážné ohrožení života ženy a nenarozený život fétu by tak měl vyšší hodnotu než
 život těhotné ženy. Zdrženlivost Komise tak spočívala v tom, že nevylučovala aplikaci
 čl. 2 na fétus na straně jedné, na straně druhé však odmítla plodu přiznat absolutní právo
 na život.¹⁷

Za přelomové rozhodnutí je třeba považovat případ *Vo proti Francii*. Při shrnutí dosa-
 vadní judikatury v něm ESLP vyzdvihl své dosavadní závěry, že nenarozené dítě není po-
 važované za „osobu“ přímo chráněnou čl. 2 a že pokud nenarozené děti mají nějaké „prá-
 vo“ na „život“, je implicitně limitováno zájmy matky. Možnost rozšíření ochrany však
 nevyloučil. Určení okamžiku vzniku života patří do prostoru pro uvážení jednotlivých
 členských států. Přesto ale nenarozené dítě nemůže být zbaveno ochrany zcela. Nevylou-
 čil tak případnou aplikaci čl. 2 na případy interrupce. Zároveň je možné v judikatuře vy-
 sledovat rozlišování ESLP mezi různými vývojovými stádii nenarozeného dítěte (embryo
 a fétus), přesto však nedospívá k odstupňování úrovně jejich ochrany. Odmítl však jed-
 noznačně právo na život embrya v nejranější fázi.¹⁸ Otázku vzniku lidského života nechá-
 vá na uvážení jednotlivých států, neboť tato nebyla vyřešená ani ve většině smluvních
 států a ani neexistuje žádný evropský konsenzus o vědecké a právní definici začátku živo-
 ta.¹⁹ Vzhledem k názoru některých soudců ESLP není vyloučeno, že se Soud může postup-
 ně přiklánět k zavedení dvou stupňů ochrany poskytovaných článkem 2, plného pro naro-
 zené osoby a omezeného pro plod. Zároveň by také mohl zvyšovat ochranu plodu spolu
 s narůstající délkou těhotenství. V souvislosti s právem na život matky ESLP vyžaduje
 možnost interrupce v případě ohrožení jejího života.²⁰

Druhý okruh otázek se týká práv těhotné ženy, kterými se Soud zabývá především
 v souvislosti s čl. 8 Úmluvy, tedy právem na respektování rodinného a soukromého života.
 Zde se jako klíčový jeví rozsudek ESLP ve věci *Tysiäc proti Polsku*, ve kterém vyzdvihl
 svůj závěr, že státy jsou povinny zajistit preventivní ochranné mechanismy před zásahy do
 práv chráněných čl. 8. Zejména musí v souvislosti s interrupcí existovat takové řízení za-
 bezpečující ženám účast na rozhodování, které by zásahu do práv zabránilo. Takováto pro-
 cedura však musí být efektivní a praktická.²¹

V souvislosti s emoce budícími pozdějšími případy *R. R. proti Polsku*²² a *P. a S. proti
 Polsku*²³ je zapotřebí také zmínit možnost podřadit interrupce pod ochranu článku 3 Úmlu-
 vy, který zakotvuje zákaz mučení, nelidského či ponižujícího zacházení nebo trestu.

¹⁷ *X proti Spojenému království*, rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva ze dne 13. 5. 1980, stížnost
 č. 8416/79, § 17 a 19

¹⁸ *Evans proti Spojenému království*, rozsudek velkého senátu ze dne 10. 4. 2007, stížnost č. 6339/05, § 56

¹⁹ *Vo proti Francii*, rozsudek ze dne 8. 7. 2004, stížnost č. 53924/00, § 82

²⁰ *X proti Spojenému království*, § 20

²¹ *Tysiäc proti Polsku*, rozsudek ze dne 20. 3. 2007, stížnost č. 5410/03, § 113

²² Rozsudek ze dne 26. 5. 2011, stížnost č. 27617/04

²³ Rozsudek ze dne 30. 10. 2012, stížnost č. 57375/08

IV. Eutanázie v pojetí judikatury ESLP²⁴

Je nesporné, že ESLP významným způsobem přispívá k výkladu pojetí případného práva na eutanázii, které se bezpochyby pojí s náročným a kontroverzním tématem ukončení lidského života. Soud se nejčastěji zabývá problematikou eutanázie a asistované sebevraždy rovněž v souvislosti s články 2 a 8 Úmluvy. V zásadě odpovídá především na dvě ústřední otázky. V první řadě se jedná o otázku, zda existuje právo na eutanázii, tedy v podstatě, jestli existuje právo vybrat si dobu a způsob smrti. Na druhé straně pak o otázku, zda samotná eutanázie představuje porušení práva na život a měla by být tudíž zapovězena.

Soud přitom opakovaně připomíná, že vzhledem k neexistenci konsenzu panujících mezi evropskými státy v otázkách, jako je určení začátku a konce lidského života, je státům v tomto ohledu přiznána zvlášť široká míra posuzovací volnosti.²⁵ Této možnosti používají i při zvažování, zda přiznat jednotlivci právo rozhodnout o době a způsobu ukončení života.²⁶

V souvislosti s výše uvedenou první otázkou je jako průkopnické rozhodnutí možné označit případ *Pretty* proti Spojenému království²⁷, ve kterém se ESLP vyjádřil negativně k právu vybrat si dobu a způsob smrti. Podle ESLP právo na život chráněné čl. 2 v sobě nezahrnuje právo na smrt. Nemůže tak být vykládán tak, že obsahuje úplně opačné právo, ani nemůže vytvořit právo na sebeurčení ve smyslu oprávnění jednotlivce dát přednost smrti před životem.²⁸ Z článku 2 pak podle ESLP nevyplývá právo na aktivní eutanázii či asistovanou sebevraždu. Nevyloučil ovšem, že tyto otázky mají souvislost i s jinými články Úmluvy, především pak čl. 8 chránícím soukromý život.

Podle ESLP musí být soukromý život garantovaný v čl. 8 pojímán velmi široce, tudíž jej není možné definovat vyčerpávajícím způsobem. Dále připustil, že pojem osobní autonomie je důležitým principem tvořícím základ záruk čl. 8 Úmluvy. Vyšel přitom z toho, že v éře rostoucí lékařské odbornosti spojené s prodlužující se délkou života má mnoho lidí obavy, aby nebylo nuceno k dožívání ve vysokém věku nebo ve stavu pokročilé mentální a fyzické zchátralosti, což je v rozporu se silně zastávanými představami o vlastní a osobní identitě.²⁹

Tyto své závěry výslovně potvrdil a rozvinul ve věci *Haas* proti Švýcarsku³⁰, neboť připustil, že právo jednotlivce rozhodnout se, jakým způsobem a kdy by měl být ukončen jeho život, je jedním z aspektů práva na respektování soukromého života ve smyslu čl. 8 Úmluvy. Ovšem pouze za předpokladu, že je jednatel v postavení, kdy je schopen svobodné vůle a jí odpovídajícímu jednání.³¹ I kdyby to mělo znamenat podmínku, že by stát byl povinen přijmout opatření umožňující důstojnou sebevraždu.³²

Práva rozhodnout o době a způsobu ukončení života tedy není možné podřadit pod ochranu čl. 2 Úmluvy, nýbrž se jich lze dovolávat s odkazem na dílčí aspekty soukromého

²⁴ Závěry z judikatury ESLP týkající se eutanázie přednesla autorka na konferenci „Trestní zákoník – 10 let od přijetí“ konané 14. 3. 2019

²⁵ např. *Evans* proti Spojenému království, § 54 - 56

²⁶ *Koch* proti Německu, rozsudek ze dne 19. 7. 2012, stížnost č. 487/09, § 70

²⁷ rozsudek ze dne 29. 4. 2002, stížnost č. 2346/02

²⁸ *Pretty* proti Spojenému království, § 39

²⁹ *Pretty* proti Spojenému království, § 65

³⁰ *Haas* proti Švýcarsku, rozsudek ze dne 20. 1. 2011, stížnost č. 31322/07

³¹ *Haas* proti Švýcarsku, § 51

³² *Haas* proti Švýcarsku, § 61

života na podkladu čl. 8 Úmluvy. Vzhledem k možnostem ospravedlnitelného zásahu do tohoto lidského práva z výše uvedeného vyplývá, že pokud nebude přístup států k těmto otázkám obdobný, je plně na jejich uvážení, zda aktivní eutanázii či asistovanou sebevraždu ve svých právních řádech povolí či nikoliv.

Procesním aspektem čl. 8 se ESLP zabýval v souvislosti s případem Koch proti Německu, přičemž dospěl k závěru, že odmítnutí vnitrostátních soudů zabývat se přezkoumáním stěžovatelova nároku porušuje právo na respektování jeho soukromého života.³³ Tato povinnost je ještě zřetelnější za situace, kdy v otázkách asistované sebevraždy nedospěly evropské státy ke konsenzu. S ohledem na princip subsidiarity se ESLP domnívá, že je primárně na vnitrostátních soudech, aby podstatu stěžovatelova návrhu přezkoumaly.³⁴

Druhou výše uvedenou otázkou, tedy tím, zda povolení eutanázie či asistované sebevraždy je porušením práva na život garantovaným čl. 2, se ESLP zabýval v souvislosti s případem Lambert a další proti Francii³⁵, kde posuzoval případ tentokrát pasivní eutanázie³⁶, kterou v podstatě za eutanázii ani nepovažuje³⁷. Soud však nicméně opět vyzdvihl, že státy požívají vysokou míru posuzovací volnosti při rozhodování, zda pasivní eutanázii povolí či nikoliv, jakož i v nastolení spravedlivé rovnováhy mezi vzájemně soupeřícími zájmy, tedy právem pacienta na ochranu života a jeho právem na respektování soukromého života a volní autonomie.³⁸

Celé rozhodnutí pak ovlivnil fakt, že podle ESLP není odpojení od přístrojů úmyslným zbavením lidského života, nezkoumal proto porušení negativního aspektu práva na život, nýbrž na případ nahlížel pouze prizmatem pozitivního závazku práva na život.³⁹ V souvislosti s tímto se ESLP omezuje především na zkoumání právního rámce umožňujícího pasivní eutanázii, procesu přijetí rozhodnutí (včetně zohlednění přání dotčené osoby) a dostupných soudních prostředků nápravy.⁴⁰ Soud tedy dospěl k závěru, že umožnění pasivní eutanázie není porušením čl. 2, vyhrazuje si však právo být konečným posuzovatelem toho, zda stát v konkrétním případě dostal svým pozitivním povinností k ochraně života pacientů.⁴¹

V. Závěr

Otázky související s počátkem a koncem lidského života jsou vždy velmi citlivé, ne jinak je tomu v případě umělého přerušení těhotenství a eutanázie, které již po celou řadu let názorově rozdělují společnost. V ČR existuje zjevně větší názorový konsenzus ohledně interrupcí než eutanázie. To se promítá i do ústavní a právní úpravy, kdy doposud k legalizaci eutanázie nedošlo, naopak právní pojetí interrupcí náleží mezi jedny z nejbenevolentnějších v Evropě. Především eutanázie je tak tématem neustále diskuto-

³³ Koch proti Německu, § 72

³⁴ Koch proti Německu, § 70 - 71

³⁵ rozsudek velkého senátu ze dne 5. 6. 2015, stížnost č. 46043/14

³⁶ Konkrétně odpojení od přístrojů

³⁷ Lambert a další proti Francii, § 141

³⁸ Lambert a další proti Francii, § 148

³⁹ Lambert a další proti Francii, § 117

⁴⁰ Lambert a další proti Francii, § 143, § 150 a násl.

⁴¹ více viz PYSK, V. Věc Lambert a další proti Francii. *Přehled rozsudků Evropského soudu pro lidská práva*. 2015, 4. ISSN 1212-2211. s. 255 - 259.

vaným. Je úzce spojeno s lékařskou vědou, etikou, morálkou, právem, ale odmyslet nelze ani rozměr politický. K prohloubení debaty o tomto tématu došlo v době přípravy TZ, který ovšem eutanázii nepovolil, ani nezavedl speciální skutkovou podstatu usmrcení na žádost, díky které by vykonání usmrcení z útrpnosti nebylo hodnoceno jako trestný čin vraždy.

Za pozornost rovněž stojí dva v podstatě totožné nerealizované návrhy zákona o důstojné smrti, které znamenaly sice ambiciózní krok, byly však poznamenány celou řadou nedostatků. Jednalo se především o nedostatky systematického charakteru, neboť se nedostatečně vypořádávaly se stávající právní úpravou a neobsahovaly dostatečné napojení na právní předpisy trestního, ale i občanského práva. Využití některých institutů postrádalo hlubší smysl, přičemž návrhy bohužel nereflektovaly na praktické obtíže, které se vyskytují ve státech, jež eutanázii již legalizovaly.

Celkově je možné shrnout, že členské státy Rady Evropy rozhodně nepřistupují k daným institutům jednotně, což je akcentováno i v judikatuře ESLP, který se interrupcemi, eutanázií či asistovanou sebevraždou v tomto tisíciletí zabýval opakovaně. Mezi eutanázií a asistovanou sebevraždou ostatně ESLP rozlišuje velmi volně, přičemž pasivní eutanázií za ni ani nepovažuje, neboť při ní chybí prvek úmyslného usmrcení. Tuto problematiku podřazuje především ochraně článků 2 a 8 Úmluvy, tedy právu na život a právu na respektování rodinného a soukromého života.

V případech týkajících se interrupcí ESLP opakovaně zdůrazňuje neexistenci shody v právní úpravě mezi státy Rady Evropy. Řeší především otázky, zda má plod právo na život a zda je zákaz interrupcí v rozporu s lidskými právy matky. Zde je možné z judikatury vysledovat tendenci k rozlišování mezi jednotlivými vývojovými stádii nenarozeného dítěte, přičemž jednoznačně vylučuje právo na život u embryí. Zdůrazňuje rovněž neodmyslitelné spojení plodu a těhotné ženy. Za pozornost rovněž stojí výrazné rozdíly v postojích jednotlivých soudců ESLP k této problematice.

V souvislosti s eutanázií a asistovanou sebevraždou řeší ESLP rovněž dvě klíčové otázky. První z nich je zodpovězení toho, zda je právem jednotlivce rozhodnout se o době a způsobu ukončení svého života. Druhou je objasnění toho, zda je vykonání eutanázie či asistované sebevraždy porušením článku 2, tedy práva na život. V souvislosti s těmito otázkami ESLP opět opakovaně zdůrazňuje, že při absenci konsenzu o problematice eutanázie či asistované sebevraždy disponují státy širokou mírou posuzovací volnosti. Celkově je však možné říci, že v souvislosti s eutanázií a asistovanou sebevraždou ESLP klade stále větší důraz na právo jedince na sebeurčení a volní autonomii.

Použitá literatura a zdroje:

- CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ Olga. *Trestní právo a zdravotnictví*. Praha: Orac, 2000. ISBN 80-86199-09-6.
- KLÍMA, Karel a kol. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. ISBN 978-80-7380-140-3.
- ŠUSTEK, Petr, HOLČAPEK, Tomáš a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: Wolters Kluwer, 2017. ISBN 978-80-7552-321-1.
- WAGNEROVÁ, Eliška, ŠÍMÍČEK, Vojtěch, LANGÁŠEK, Tomáš, POSPÍŠIL, Ivo. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2012. ISBN 978-80-7357-750-6.

Články

- HÁJEK, Michal. Několik poznámek k případu Vo proti Francii. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2010, 2. ISSN 1210-9126.
- KUČA, Radan, JAHNSOVÁ, Alice. Právní aspekty euthanasie. *Právní rozhledy*. 1997, 7. ISSN 1210-6410.
- PYSK, Vladimír. Věc Lambert a další proti Francii. *Přehled rozsudků Evropského soudu pro lidská práva*. 2015, 4. ISSN 1212-2211.
- ŠÁMAL, Pavel. K právní úpravě eutanazie v novém trestním zákoníku. *Trestněprávní revue*. 2003, 5. ISSN 1213-5313.

Internetové zdroje

- KREJČÍKOVÁ, Helena. *Je návrh zákona o důstojné smrti důstojný?* [online]. [cit.2019-03-04]. Dostupné z: <https://zdravotnickepravo.info/je-navrh-zakona-o-dustojne-smrti-dustojny/>.
- ŘÍHOVÁ, Karin. *Zamyšlení nad ochranou lidského plodu v trestním právu*. [online]. [cit.2019-03-26]. Dostupné z: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ustavni-pravo/zamysleni-nad-ochranou-lidskeho-plodu-v-trestnim-pravu>.
- SUM, Tomáš. *Eutanazie v právním řádu ČR*. [online]. [cit.2019-03-04]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/eutanazie-v-pravnim-radu-cr-28721.html>.

Ostatní prameny

- Evans proti Spojenému království, rozsudek velkého senátu ze dne 10. 4. 2007, stížnost č. 6339/05
- Haas proti Švýcarsku, rozsudek ze dne 20. 1. 2011, stížnost č. 31322/07
- Koch proti Německu, rozsudek ze dne 19. 7. 2012, stížnost č. 487/09
- Lambert a další proti Francii, rozsudek velkého senátu ze dne 5. 6. 2015, stížnost č. 46043/14
- P. a S. proti Polsku, rozsudek ze dne 30. 10. 2012, stížnost č. 57375/08
- Pretty proti Spojenému království, rozsudek ze dne 29. 4. 2002, stížnost č. 2346/02
- R.R. proti Polsku, rozsudek ze dne 26. 5. 2011, stížnost č. 27617/04
- Tysiąc proti Polsku, rozsudek ze dne 20. 3. 2007, stížnost č. 5410/03
- Vo proti Francii, rozsudek ze dne 8. 7. 2004, stížnost č. 53924/00
- X proti Spojenému království, rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva ze dne 13. 5. 1980, stížnost č. 8416/79
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR č. j. 3 Tdo 362/2014-24 ze dne 19. 3. 2014

VII. KAPITOLA: DÔSLEDKY V PRÁVNÝCH ODVETVIACH

- 1) SVÁK, J.: Pramene športového práva alebo hľadanie grálu medzi právom a paraprávom
- 2) HUČKOVÁ, R. - KRUNKOVÁ, A.: Aspekty kybernetickej bezpečnosti – potreba ústavnej premeny?
- 3) VAVERKOVÁ, B.: Právní regulace zdravotní péče z veřejného zdravotního pojištění v České republice
- 4) KACPER, R.: Wykładnia przepisów dotyczących abuzywności klauzul umownych w kontekście dyrektywy 93/13/EWG
- 5) KNAIZL, Z.: Zásahy státu do vlastnického práva k nemovitostem

PRAMENE ŠPORTOVÉHO PRÁVA ALEBO HĽADANIE GRÁLU MEDZI PRÁVOM A PARAPRÁVOM

SVÁK, J.

Nie je to prvý krát, keď v seriáli týchto právno-teoretických konferencií organizovaných Slovenskou akadémiou vied vystupujem s témou športu ako fenoménu, ktorý sa podobne ako náboženstvo cíti ako ryba vo vode v extralegálnom prostredí. V prvom prípade som poukázal najmä na to ako ekonomické pozadie športu devaluje princíp rovnosti, ktorý by mal byť vzhľadom na princíp nepredvídateľnosti športového výsledku ako alfy a omegy zmysluplnosti športu chránený aj v extralegálnom prostredí. Na prípade *Bosman* som poukázal ako škodlivý v konečnom dôsledku môže byť zásah zvonku (v tomto prípade zo strany súdnej inštitúcie Európskej únie) do extralegálneho prostredia športu. Zavedením slobody pohybu osôb došlo k odstráneniu cudzineckých kvót vo futbalových (a na základe precedentného pôsobenia aj v iných kolektívnych športoch) kluboch, čo znamenalo po prvé vytvorenie priepastných rozdielov medzi financiami (a možnosťami nákupov najlepších svetových futbalistov) klubov ako Paris Saint Germain a Spartakom Trnava a teda aj nerovnosti ich vzájomných futbalových zápasov a po druhé k situácii, keď jediným Slovákom v Slovane Bratislava je jeho brankár, čo má pochopiteľne trvalé následky na výchovu mladých slovenských futbalistov.

Základná otázka miery zásahov do športu sa odvtedy preniesla do hľadania optimalizácie štátnych a neštátnych regulačných nástrojov v ich premietnutí do prameňov športového práva a osobitne do hľadania toho povestného grálu medzi štátnym právom a interným športovým paraprávom.

Právnoteoretické hľadanie tohto grálu sa premietlo najmä do rozhodovania Odvolacej komisie Slovenského futbalového väzu (OK SFZ) na strane extralegálneho prostredia a do prijatia historického zákona o športe na strane štátom vytvoreného práva. Ako sa to premietlo do prameňov športového práva a čo je alebo čo by malo byť grálom medzi právom a paraprávom v športe je obsahom tohto príspevku.

I.

Na optimalizáciu vzťahov štátnych a neštátnych regulačných nástrojov športu pôsobia jednak faktory, ktoré sú spojené so všeobecným vývojom vzťahov medzi štátom a spoločnosťou, vrátane premien práva ako základného normatívneho inštrumentu aj v postmodernej spoločnosti (1) a jednak faktory, ktoré modelujú vzťah spoločnosti a štátu k športu a premeny športu z takmer zabudnutej zábavy v stredoveku na jeden z fenoménov súčasnej spoločnosti (2).

1. Spoločnosť, štát a právo v postmoderne

Pre vzťahy spoločnosti, štátu a práva v postmoderne je typický pluralizmus, ktorý spôsobuje rôzne napätia a z nich vychádzajúce cesty riešenia, resp. úspešnejšie a menej úspešné pokusy o ich hľadanie, ktoré zásadným spôsobom aj formujú pramene práva. K základným napätiam patrí

- a) štátna suverenita – globalizmus,
- b) regulácia - deregulácia,
- c) politická moc - súdna moc.

Ad a) Tradičné predstavy o štátnej suverenite sú spojené s podstatou historického chápania suverenity, ktorá sa vyvíjala na podklade vzájomných vzťahov medzi cirkvou a štátom od ranného stredoveku až po novovek a teda s dualitou mocenských centier. Jej základ možno odvodiť od pápežskej supremacie a po krátkej epizóde (v historickom vnímaní) „bodinovskej“ suverenity štátu chápanej aj ako výsledku bojov osvietenstva proti náboženskému tmárstvu sa prehupla do novej duality mocenských centier, ktoré sú tentoraz spojené so „zmenšováním“ sa sveta (v stredovekých predstavách dochádza naopak k zväčšovaniu sa sveta, pretože svet ako doska sa končil najprv v temných lesoch za dedinou a po objavení mora v jeho hĺbinách) a dualitou moci „národných“ štátov a nadnárodných (globálnych či regionálnych) zoskupení. Teda napätie medzi dualitou dvoch mocenských centier globálnych (pápež a náboženstvo) a regionálnych sa zo stredoveku prenieslo do duality dvoch centier moci v postmodernej spoločnosti, ktorých vytváranie akcelerujú najmä ekonomické záujmy globálneho „svetového“ trhu a štátneho paternalizmu. Kým prvé silnie, druhé slabne. Presne naopak ako tomu bolo v stredoveku medzi štátom a cirkvou. Národné štáty sa svoj slabnúcim vplyvom snažia posilňovať vytváraním regionálnych zoskupení, ktoré sa v Európe postupne z európskej integrácie premenilo na nadnárodný štát *siu generis* v podobe Európskej únie. Pre členské štáty tohto zoskupenia sa potom celkom logicky vytvorilo tretie mocenské centrum a vznikol tak polycentrizmus moci, pričom každé z nich produkuje vlastné regulatívne nástroje a tak z tohto uhla pohľadu sa vytvára sieťový systém prameňov práva

- štátneho,
- európskeho (vnútorne štiepeného na sociálno-ekonomické a ľudsko-právne) a
- medzinárodného práva, ktorý minimálne spochybnil tradičný hierarchický systém usporiadania prameňov práva a zároveň povýšil význam a úlohu rozplietачa tejto siete pri praktickej aplikácii práva. Problémom je, že týmto „rozplietачom“ (označenie na hľadanie interpretačných metód aplikácie práva) sú často si konkurujúce národné (najmä ústavné) súdy a európske súdne inštitúcie reprezentované Súdny dvorom Európskej únie (ďalej „SD EU“) a Európskym súdom pre ľudské práva (ďalej „ESLP“).

Ad b) Vznik novovekých štátov založených predovšetkým na národnom princípe a z neho vychádzajúcej suverenity štátu a jeho monopolizácie regulácie spoločnosti právom získal na európskom kontinente dominujúcu prevahu právnych predpisov ako základných (ak nie jediných) prameňov práva. Práve právne predpisy sa stali, v spojení s teóriami suverenity ľudu prepojenými so zastupiteľskou demokraciou, ideálnym riešením regulácie spoločnosti a liečenia jej „neduhov“. Ideálnym vyriešením každého spoločenského problému sa tak zdalo byť prijatie právneho predpisu, čo postupne viedlo od 18. – 19. storočia cestou legálnej exegézy k vzniku panjurizmu a jeho nevyhnutnému efektu prereregulácie spoločnosti štátom vytvoreným právom. K tomuto stavu došlo najmä vďaka rôznym ľavicovopolitickým koncepciám a to aj napriek liberálnym snahám o dereguláciu, ktoré najmä v podobe neoliberalistických koncepcií „valcovali“ myšlienkový svet prelomu tisícročí, až kým nenarazili na celosvetovú krízu v druhej polovici prvej dekády 21. storočia.

Kríza legislatívy a neoliberálny tlak na dereguláciu spoločnosti posilnili rozvoj normatívnych systémov paralelne s prameňmi práva, kde popri tradičných normatívnych systé-

moch (náboženských, etických) sa stále viac presadzujú samosprávne normatívne systémy, ktoré sú spojené s profesnou a záujmovou diferenciáciou spoločnosti. Teoreticko-politickými zdrojmi ich rozvoja a zvyšovania vplyvu na reguláciu spoločnosti sú koncepcie preferujúce zmluvnú slobodu pred štátnym dirigizmom pri úprave vzťahov, ktoré vznikajú v súvislosti s určitou aktivitou spoločnosti, resp. jej časti, pričom šport predstavuje klasický príklad takejto aktivity.

Vzniká nový svet vzťahov medzi reguláciou štátom garantovanej právnej úpravy a zmluvnou slobodou kreovanej paraprávnej regulácie. Aj jedna aj druhá sféra disponuje vlastným normatívnym a inštitucionálnym aparátom, pričom pre ich koexistenciu, ale aj vzájomnú podporu sa hľadá v štátnom normatívnom systéme grál porozumenia či prevodovej páky medzi právnym a paraprávnym svetom. Podoba tohto grálu sformalizovaná v prameni práva nemusí mať len podobu právneho predpisu, ale napríklad aj podobu medzinárodnej zmluvy a to aj nie nevyhnutne viacstrannej či mnohostrannej. Pre príklad spojený s dualitou (pluralitou) mocí netreba chodiť ďaleko a stačí aktualizovať stredoveký vzťah medzi mocou štátnou a cirkevnou v podobe tzv. Vatikánskej zmluvy,² ktorá je tým normatívnym grálom pre riešenie konfliktov, ale aj prostriedkom spolurealizácie katolícko-náboženského normatívneho systému a štátneho právno-normatívneho systému. Jeho vnútroštátnu obdobu na Slovensku potom v záujme garantovania plurality náboženských vyznaní reprezentuje Zmluva medzi Slovenskou republikou a registrovanými cirkvami a náboženskými spoločnosťami publikovaná v Zbierke zákonov Slovenskej republiky pod č. 250/2002 Z. z., ktorá „povoľuje“ vytvorenie paraprávneho normatívneho systému bez aktivity štátu v článku 3 nasledovne: *„Registrované cirkvi a náboženské spoločnosti majú právo ustanovovať a meniť svoje vnútorné predpisy, zriaďovať, meniť a rušiť vlastné cirkevné štruktúry v Slovenskej republike“*. Na tomto základe bol napríklad v rámci Evanjelickej cirkvi augsburského vyznania vytvorený systém normatívnych predpisov, ktorý kopíruje hierarchický systém prameňov štátneho práva pyramidiálnym spôsobom, kde od vrcholu pyramídy z hľadiska právnej sily sú postavené ústava,³ ústavné zákony, cirkevné zákony, cirkevné nariadenia, ktoré sú prijímané demokraticky konštituovanými cirkevnými orgánmi. Rozsah, resp. okruh vzťahov upravených týmto paraprávnym normatívnym systémom je pritom ústavnoprávne garantovaný právom na slobodu náboženského vyznania a viery zakotveným jednak v článku 24 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej „ústava“) a jednak v článku 9 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej „Dohovor“), ktorý zabezpečuje autonómnosť pôsobenia cirkví na Slovensku. Zároveň početnosťou a detailizáciou normatívnej vnútrocirkevnej právnej úpravy poukazuje na tendenciu deregulácie štátnej právnonormatívnej úpravy prenesením na paraprávnu normatívnu úpravu, ktorá smeruje k svojej vlastnej (internej) preregulácii.

Ad c) K napätiu dochádza aj v inštitucionálnej skladbe samotného štátu. Tradičná kontinentálna koncepcia deľby výkonu štátnej moci na zákonodarnú, výkonnú a súdnu, kde z pohľadu prameňov práva dominovala moc zákonodarná (zamieňaná niekedy s ústavodarnou) a výkonná (delegovaná legislatíva) a sudcovia boli len „ústami“ zákona sa premieňa v prospech nadváhy súdnej moci, ktorá si atrahuje pozíciu nielen aplikátora práva,

² Reprezentujú ju Základná zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou (publikovaná pod č. 326/2001 Z. z.), Zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou o duchovnej službe v ozbrojených silách a zboroch (publikovaná pod č. 648/2002 Z. z.) a Zmluva medzi Slovenskou republikou a Svätou stolicou o katolíckej výchove a vzdelávaní (publikovaná pod č. 394/2004 Z. z.).

³ Cirkevný ústavný zákon č. 1/1993, ktorým bola prijatá Ústava ECAV na Slovensku dostupná na

ale aj jeho kreátora. Deje sa tak po vzore európskych nadštátnych súdnych orgánov (SD EÚ a ESĽP) najmä na úrovni vnútroštátnych ústavných súdov, ktorých rozhodnutia či už v rámci abstraktnej alebo konkrétnej kontroly ústavnosti nadobúdajú záväznosť *erga omnes*. Týmto zásadným spôsobom pretvárajú aj štátne pramene práva v kontinentálnej Európe. J. Hřebejk tak hovorí o vzniku štyroch ohnisk práva, ktoré tvoria

- tradičné všeobecne záväzné právne predpisy vydávané politickými orgánmi verejnej moci (parlament, vláda, ministerstvá),
- sudcovské právo reprezentované najmä ústavným súdnictvom,
- medzinárodné zmluvy a vôbec pramene medzinárodného práva,
- európske právo, najmä Európskej únie, vrátane rozhodnutí SD EÚ a ESĽP.⁴

Zvyšovanie vplyvu súdnych orgánov na štátnu normotvorbu a tým aj na zmenu formálnych prameňov práva sa premieta aj do mimoštátnej regulácie a jej paraprávnych prameňov. Opäť je to možné zdokumentovať na príklade Evanjelickej cirkvi augsburského vyznania. V oficiálnom *Zborníku cirkevno-právnych predpisov ECAV na Slovensku* sú okrem cirkevných ústavných zákonov, cirkevných zákonov a cirkevných nariadení uverejňované aj oznámenia o vydaní stanovísk Osobitného senátu Generálneho súdu ECAV, ktorý je založený na obdobnej báze ako ústavné súdnictvo a v zmysle čl. 37 ods. 1 písm. b) Ústavy ECAV na Slovensku „*zaujíma stanoviská na zabezpečenie jednotného uplatňovania cirkevných zákonov*“, ktoré sú záväzné *erga omnes* pre celú cirkev a z hľadiska právnej sily sú postavené na úroveň noriem Ústavy ECAV na Slovensku, pričom z kvantitatívneho, ale najmä obsahového hľadiska sú v praktickom živote cirkvi nezastupiteľné ako vo svojej výrokovej časti, tak aj v rozsahu a obsahu odôvodnenia.⁵

2. Štát, šport a právo

Na systematiku prameňov športového práva či slovami T. Gábriša „prameňov športového normatívneho systému“⁶ majú rozhodujúci vplyv nielen vonkajšie okolnosti spojené

⁴ Pozri HŘEBEJK, J., KYSELA, J., RESCHOVÁ, J.: Polycentrismus v soudobém právu versus pyramidální struktura právního řádu in koncepci tradiční suverenity. In: GERLOCH, A., TOMÁŠEK, M. et al.: Nové jevy v právu na počátku 21. století. II. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva, Karolinum, Praha, 2010, s. 78.

⁵ Povšimnutiahodná je skutočnosť, že vo svojich rozhodnutiach vychádza zo všeobecných ústavnoprávnych princípov. Napríklad v rozhodnutí č. OS-GS-3/2013 (v Zborníku cirkevno-právnych predpisov ECAV na Slovensku bolo uverejnené v Oznámení č. 18/2013) aplikoval princíp materiálneho právneho štátu, kde Osobitný senát Generálneho súdu ECAV na Slovensku, okrem iného, uviedol, že: „*Pri posudzovaní dodržiavania formy ako predpokladu platnosti predmetného právneho úkonu, vo všeobecnosti platí princíp, že ak zákon nepredpisuje formu, potom jej platnosť nie je podmienená formou, ale jasnosťou a zrozumiteľnosťou obsahu. Tento princíp vychádza zo základnej ústavnoprávnej hodnoty Slovenskej republiky, ktorou je materiálny právny štát ako opozitum formálnemu právnemu štátu. Ústavný súd Slovenskej republiky v rozhodnutí č. PL. ÚS 17/2008 uviedol: „Materiálny právny štát sa nezakladá na zdanlivom dodržiavaní práva či na formálnom rešpektovaní jeho obsahu spôsobom, ktorý predstiera súlad právne významných skutočností s právnym poriadkom. Podstata materiálneho právneho štátu spočíva v uvádzaní platného práva do súladu so základnými hodnotami demokraticky usporiadanej spoločnosti a následne v dôslednom uplatňovaní platného práva bez výnimiek založených na účelových dôvodoch“. V rozhodnutí č. IV. 1735/07 Ústavný súd Slovenskej republiky potom konštatoval, že „prílišný formalizmus pri výklade právnych noriem vedúci k extrémne nespravodlivému záveru potom znamená porušenie základných práv“. Vedený týmto základným princípom potom v súvislosti s položenou výkladovou otázkou zodpovedal Osobitný senát Generálneho súdu ECAV postupne na ďalšie z nej vyplývajúce čiastkové otázky...“.*

⁶ Pozri GÁBRIŠ, T.: Športové právo, Eurokódex, Bratislava, 2011, s. 27.

s vytváraním policentrických zdrojov tvorby práva a delegovaním regulácie spoločenských vzťahov na súkromnoprávne subjekty tvoriace paraprávny normatívny systém, ale aj vývoj právnej a paraprávnej úpravy športu ako takého a jeho jednotlivých športových odvetví. V tomto vývoji, ktorý len sporadicky ovplyvňovala práva veda je potrebné aspoň stručne pripomenúť

- a) doktrínálny prístup k chápaniu interných normatív v oblasti športu,
- b) vývoj právnej úpravy športu po roku 1989.

Ad a) Pred rokom 1989 sa vzťahom športu a práva v našej právnej vede systematickejšie zaoberal len J. Prusák, ktorý zaujímal jednoznačné stanovisko, že interné predpisy v oblasti športu nenapĺňajú základné definičné znaky práva, ktoré boli v tom období spájané výlučne so štátom. Ako súbor právnych noriem boli vytvorené štátom po prvé v stanovenej forme a po druhé právne vynutiteľné štátnymi orgánmi.⁷ Na sklonku 80-ych rokov sa do opozitnej pozície postavil P. Holländer, ktorý považoval za premene práva aj paraprávne normy, ktoré boli vydané na základe zákonodarcom určenej delegovanej legislatívy. Práve zákonné zmocnenie na vydanie interných normatívnych aktov dodáva týmto interným predpisom⁸ silu prameňu práva. Rozlišovanie medzi internými športovými predpismi na tie, ktoré sú vydané na základne zmocňovacieho ustanovenia zákona a sú prameňom práva a na tie, ktoré sú vydané bez takéhoto zákonného zmocnenia a nie sú prameňom práva môže podľa T. Gábriša „byť zdrojom právnej neistoty. Argumentom proti takejto deleniu je tiež fakt, že nie je možné tvrdiť ani to, že uznaním existencie niektorých interných noriem v zákone č. 300/2008 Z. z. zákonodarca určite sledoval cieľ považovať tieto predpisy za pramene práva, resp. za právne záväzné. Mohol ich považovať aj za záväzné iným spôsobom, resp. uznávať ich záväznosť iba z titulu rešpektovanej mimoprávnej autority medzinárodných a národných monopolných športových organizácií. Môžu byť teda záväznými rovnako ako iné zmluvné dojednania – inter partes.“⁹

K teórii o tom, že interné normatívne predpisy majú povahu prameňov práva prispela najmä veda pracovného práva, ktorej rozvoju bola najmä pred rokom 1989 venovaná osobitná pozornosť. V oficiálnej „celoštátnej“ učebnici pracovného práva spracovaného kolektívom autorov pod vedením vtedajšieho dlhoročného dekana Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave J. Filu sa vytvorila osobitná konštrukcia interných podnikových noriem, ktoré im priznávali podobu tzv. zmiešaného právneho aktu, ktorý mal jednak povahu právneho úkonu a jednak povahu normatívneho právneho aktu.¹⁰ Túto teóriu kontinuálne prevzala aj súčasná dekanka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity A. Oľšovská, ktorá v interných pracovnoprávných predpisoch vidí hybridný charakter právneho úkonu a zároveň normatívneho právneho aktu.¹¹

⁷ Môj prvý dotyk so športovým právom pochádza z prechádzky po chodbe na 6. poschodí Novej budovy PF UK na konci 70-ych rokov 20. storočia, kde som si vo vitríne prečítal témy diplomových prác vypísaných docentom J. Prusákom. J. Prusák potom svoj výskum športového práva sumarizoval v diele PRUSÁK, J.: Šport a právo (Úvod do dejín, teórie a praxe právnej zodpovednosti v športe). ŠPORT, Bratislava, 1985.

⁸ Pozri BLAHO, P., HOLLÄNDER, P.: Postavenie práva v systéme metód štátneho riadenia spoločnosti. Univerzita Komenského, Bratislava, 1989.

⁹ GÁBRIŠ, T.: Športové ..., dielo cit. v poz. 5, s. 33. T. Gábriš zároveň interné športové predpisy považuje za „normy, ktoré majú právny význam rovnako ako zmluvné dojednania v klasických právnych odvetviach občianskeho a obchodného práva“. Tamtiež. s. 35.

¹⁰ Pozri FILO, J. a kol.: Československé pracovné právo, Obzor, Bratislava, 1981, s. 65.

¹¹ Pozri OŠOVSKÁ, A.: Jednostranné právne úkony v pracovnom práve. VEDA, Bratislava, 2011, s. 111.

Ad b) Vývoj právnej úpravy športu po roku 1989 v dlhom období v zásade kopíroval „socialistický“ prístup k športu ako telesnej kultúre a fakticky sa vecne zameriaval na spôsob financovania športu, ktorý bol v prvom období tesne po „zamatovej“ revolúcii „obohatený“ o čiastočné reštitúcie, ktoré zasahovali ešte do obdobia prvorepublikových organizácií, akými boli napríklad Česko-Slovenská obec Sokolská, či Slovenský orol. V zákone č. 198/1990 Zb. o telesnej kultúre bol redefinovaný pojem telesnej kultúry,¹² ale aj jej vecné zameranie z militaristického poslaní na humanistické, čo však nič nemenilo na podstate vzťahu k športu ako voľnočasovej záľube bez zohľadnenia komercionalizácie a profesionalizácie športu ako významného segmentu obchodu a propagandy štátu. Navyše právna úprava bola pre postmodernizmus prislovečne fragmentarizovaná a zároveň značne medzerovitá, čo sa prejavilo na typickom schyzofrenickom prístupe k právnemu postaveniu profesionálneho športovca, ktoré oscillovalo od zamestnaneckých pomerov, cez voľné živnosti až po autorskoprávny režim.

Veľkým „úspechom“ sa mal z pohľadu financovania športu stať zákon č. 288/1997 Z. z. o telesnej kultúre a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov. Tento úspech mal byť stelesnený v § 13 písm. a) tohto zákona, ktorý mal fixne stabilizovať štátne financovanie športu, resp. telesnej kultúry vo výške 0,5 percenta ročného objemu štátneho rozpočtu. Samozrejme aj v tomto prípade išlo o deklaratívne ustanovenie, pretože rozdeľovanie prostriedkov zo štátneho rozpočtu generálne upravoval zákon o štátnom rozpočte so svojim unikátnym postavením v právnom poriadku, ktorý nemohla narušiť ani zásada *lex specialis derogat legi priori*. Každoročne obnovovaný lobbying za dosiahnutie zákonného ideálu čerpal nielen zo síl „praktizujúcej“ športovej verejnosti, ale nalieval do nich aj skepsu nad legislatívnym riešením vzťahov štátu a športu. To vytváralo vhodné predpolie pre aktivizáciu nie veľmi širokej právno-odbornej verejnosti, ktorá sa etablovala najmä vďaka inštitucionálno-organizačnej báze vytvorenej Učenou právnickou spoločnosťou,¹³ čím sa otvoril priestor nielen pre odborne fundovanejší lobbying pre financovanie športu, ale aj pre zásadnejší posun v spoločenskom chápaní športu a jeho štátoprávnej reflexie.

Spoločné úsilie športovej praxe a právnej teórie bolo nasmerované do zabezpečenia autonómnosti športu vo vzťahu k štátu reprezentovaného, okrem iného, aj právom. Pri tomto úsilí sa celkom prirodzene narazilo na štvrtý fenomén postmodernej doby práva, ktorý rozhodným spôsobom zasahuje do súčasnej systematiky prameňov práva, a to zneostrenie právneho dualizmu.

Právny dualizmus, ktorý je založený na rozlišovaní (delení) práva na verejné a súkromné patrí k pilierom tradičného chápania kontinentálneho práva, ktoré prepojuje svet individuálneho človeka so spoločnosťou. Svet súkromného života so životom v spoločnosti, kde sa prelínajú a pretínajú dva záujmy – verejný a súkromný, pričom verejný záujem už v starovekom Ríme stelesňoval záujem štátu. Táto záujmová teória dôvodu klasifikácie práva na súkromné a verejné bola doplňovaná o ďalšie teórie, z ktorých najvýznam-

¹² Telesná kultúra bola v tomto zákone definovaná ako „organizovaná i neorganizovaná individuálna, skupinová, spolková a iná činnosť súvisiaca s telovýchovnou, športovou, turistickou a pohybovo-rekreačnou aktivitou občanov“.

¹³ Učená právnická spoločnosť vznikla 19. júna 2009 a pre rozvoj vedy športového práva poskytla priestor jednak na pravidelných (ročných) medzinárodných konferenciách. „Šport a právo“ a jednak v rámci odborného časopisu Magister Officiorum, ktorý sa stal významným médiom zameraným v súčasnosti na implementáciu zákona o športe.

nejšími sú teória subordinačná (vzťahy v súkromnom práve sú založené na princípe rovnosti, kým vo verejnom práve je nadriadeným subjektom štát), organická (z hľadiska účasti subjektu vo verejnoprávnej alebo súkromnoprávnej korporácii) a regulačná, ktorá dávala do kontrastu dispozitívne normy vo svete súkromného práva s kogentnými normami verejného práva. Nech už delenie práva na súkromné a verejné vychádza z ktorejkoľvek teórie, každá z nich je vystavená v súčasnosti faktu dvoch protismerných pohybov v práve, a to

- publicizácie súkromného práva, ktorú najvýraznejšie prezentuje „vyžarovanie“ ľudských práv z verejného práva do súkromného práva a často sa preto označuje aj ako vertikálne pôsobenie ľudských práv,
- privatizácie verejného práva sprevádzaného štátnou dereguláciou a presunom výkonu verejnej správy na súkromnoprávne subjekty, resp. korporácie (typicky komory, profesné zväzy).¹⁴

P. Maršálek tomuto javu hovorí hybridizácia práva¹⁵ a ako výstražné elementy tohto procesu dáva do pozornosti na jednej strane antidiskriminačnú mániu valcujúcu rovnosť súkromného práva na jednej strane a privatizáciu bezpečnosti na druhej strane. Z pohľadu športového práva má však najdôležitejší význam privatizácia spravodlivosti reprezentovaná presunom kompetencií zo súdov na arbitráže či rozhodcov.

Zneostrenie verejného práva a súkromného práva v športe sa tak zásadným spôsobom prejavuje v definovaní verejného záujmu v športe, ktorý zároveň umožňuje

- presun verejnej správy športu na súkromnoprávne korporácie,
- vynájdenie povestného *kompetenz kompetenz* v oblasti športu,
- objavenie grálu prepojenia medzi svetom práva a parapráva v športe.

Všetky tieto atribúty boli napokon, s väčším či menším úspechom inkorporované do kľúčového zákona č. 440/2015 Z.z. o športe a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej „zákon o športe“). Predmetný zákon

- definoval verejný záujem v športe,¹⁶
- preniesol výkon verejnej správy v športe na národné športové zväzy,¹⁷
- presietoval štátom vytvorené právo s internými športovými predpismi, medzi ktorými sú obligatornými tie, ktoré zákon o športe výslovne uvádza (najmä stanovy) a tie, ktoré musia rozpracovať pravidlá Svetového antidopingového programu, opatrenia proti manipulácii priebehu a výsledkov súťaže a iné pravidlá a opatrenia proti negatívnym javom v športe vyplývajúcim z medzinárodných predpisov a rozhodnutí.

II.

Zákon o športe najmä tým, že

¹⁴ Pozri MARŠÁLEK, P.: Příběh moderního práva. Auditórium, Praha, 2018, s. 188.

¹⁵ Tamtiež s. 193 a nasl.

¹⁶ Verejný záujem v športe zákon o športe nasmeroval do piatich oblastí, a to do mládežníckeho športu, štátnej reprezentácie, zdravého spôsobu života, opatrení proti negatívnym javom v športe a ochrany integrity športu.

¹⁷ Národný športový zväz je súkromnoprávna korporácia, ktorá však musí splniť po prvé zákonné podmienky definované v § 16 zákona o športe a po druhé musí byť uznaná ministerstvom školstva, teda ide o zavedenie nie registračného systému ale povolenia.

- nedefinoval pojem integrita športu ako verejného záujmu v športe,
- okrem prijatia formálnych športových predpisov (stanovy) vymedzil ostatné delegované športové predpisy vecným obsahom prenechal tak pomerne široký priestor pre vytvorenie systému interných predpisov športového práva a jeho inkorporácie, resp. presieťovania s právno-pluralistickým systémom prameňov práva. Systém prameňov športového práva tak tvorí presieťovaný systém štyroch hierarchicky (úrovňovo) vybudovaných a relatívne samostatných systémov prameňov práva (pozri Príloha), a to
 - vnútroštátneho práva,
 - európskeho práva,
 - medzinárodného práva a
 - športového práva, ktorému zákon o športe vymedzil osobitné postavenie v rámci týchto systémov prameňov práva.¹⁸

Osobitné postavenie športového práva je dané predovšetkým tvorcom tohto práva, ktorým je súkromnoprávna korporácia.

Postavenie národného športového zväzu ako súkromnoprávnej korporácie podporuje nielen slovenská právna teória,¹⁹ ale aj rozhodovacia prax ESLP, ktorá sa týka výkladu pojmu „združenie“ vymedzeného v práve na združovanie chránenom článkom 11 Dohovoru. Definičným znakom združenia je jeho súkromnoprávny cieľ, avšak nie je jeho jediným znakom. Negatívnym vymedzením súkromnoprávnej korporácie je definovanie Komory lekárov v Belgicku, ktorý ESLP podal v precedenčnom rozhodnutí vo veci *La Compte, Van Leuven a De Meyers proti Belgicku* (z 23. júna 1981, č. 6878/75 a 7238/75). Pri zaraďovaní tejto komory ESLP vychádzal najmä z toho, že

- nebola založená jednotlivcami, ale štátom a je integrovaná do verejnomocenských štruktúr,
- jej cieľom je ochrana zdravia, čo predstavuje verejný záujem,
- vykonáva disciplinárnu právomoc.

Z tohto vymedzenia vychádzal ESLP v zložení Veľkej komory aj v druhom precedenčnom prípade *Chassagnou a ostatní proti Francúzsku* (z 25. apríla 2005, č. 25088/94, 28331/95 a 28443/95), kde išlo o určenie charakteru poľovníckeho združenia vo Francúzsku a ESLP predovšetkým zvýraznil autonómnu podstatu pojmu „združenia“, kde kvalifikácia vo vnútroštátnom práve má len vedľajší význam, pretože „keby mohli zmluvné štáty podľa svojich potrieb kvalifikovať určité združenia ako „verejnoprávne“ alebo „para-administratívne“, aby tak mohli uniknúť pôsobnosti článku 11 Dohovoru, znamenalo by to priznanie voľnosti vedúcej k nezlučiteľnosti s cieľom predmetu Dohovoru, ktorým je ochrana práv nie teoretických alebo iluzórnych, ale konkrétnych a účinných“. Na veci v tomto prípade nič nezmenila ani skutočnosť, že nad poľovníckymi združeniami mal dohľad prefekt a kľúčovým tak bola slobodná vôľa poľovníkov ako „súkromných osôb žiadajúcich si a priori zlúčiť svoje pozemky pre výkon poľovníckeho práva“. ESLP nepovažoval za to, že by tieto poľovnícke združenia „mali prehnané výsady ako administratívne, tak

¹⁸ K vnútornej štruktúre noriem a pravidiel športového práva sa vyjadrujem v príspevku SVÁK, J.: Rozhodovanie sporov pri výkone športovej. Justičná revue, 8-9/2003, s. 743-756.

¹⁹ T. Gábris ju označuje ako súkromnoprávnu korporáciu *sui generis* vzhľadom na to, že plní aj úlohy verejného záujmu. GÁBRIŠ, T.: Športové... dielo cit. v poz. 5, s. 79.

normatívne či disciplinárne alebo, že by používali postupy verejnej moci“ a preto ich zaradil medzi „zdrúženia“ v zmysle článku 11 Dohovoru s ochranou práva na združovanie ako aj práva na nezdrúžovanie.

Na Národný športový zväz ako na združenie v zmysle článku 11 Dohovoru sa pri tvorbe práva vzťahuje všeobecný princíp právneho štátu vymedzený v článku 2 Ústavy Slovenskej republiky, čo znamená, že pri tvorbe športového práva je viazaný len príkazmi a zákazmi obsiahnutými v ostatných systémoch prameňov práva. Toto pravidlo sa pochopteľne vzťahuje nielen na tvorbu športového práva, ale aj na jeho aplikáciu. A práve pri aplikácii športového práva môžu vzniknúť viaceré problémy, ktoré sa najvýraznejšie prejavujú pri práve na súdnu ochranu, ktoré je na jednej strane ľudským právom a na druhej strane aj základným elementom právneho štátu, ktorý zasa zásadným spôsobom modeluje systém prameňov práva.

Pri aplikácii športového práva majú totiž kľúčové postavenie orgány pre riešenie sporov v športe s právom nielen riešiť svojou povahou súkromnoprávne spory (napríklad medzi športovcom a jeho klubom v pracovnoprávnej sfére), ale aj s právom ukladať na základe § 52 ods. 2 zákona o športe sankcie a opatrenia za porušenie pravidiel súťaže, predpisov alebo rozhodnutí orgánov športovej organizácie. Medzi týmito sankciami majú osobitné postavenie disciplinárne sankcie, ktoré sú ukladané aj za porušenie princípu integrity športu a tento z vecného hľadiska reprezentuje verejný záujem v športe.

Môže však len samotná skutočnosť, že zabezpečenie integrity športu je verejným záujmom znamenať podriadenie rozhodnutí orgánov pre riešenie sporov v športe preskúmvacej činnosti súdov a ak áno, tak správnych alebo civilných? Zákon o športe totiž ako grál medzi právom a paraprávom ustanovil výlučnú kompetenciu pre orgány pre riešenie sporov v športe, aby svojimi rozhodnutiami nielen riešili konkrétny prípad, ale vytvárali aj precedenčné právo ako súčasť športového parapráva, čo sa prejavilo napríklad aj absenciou legislatívnej definície „integrity športu“, ktorej súčasťou je aj normatívne vytváranie pravidiel športovej súťaže. Tieto pravidlá sú vytvárané tak, aby najlepšie zabezpečili športové pravidlá, napríklad futbalu a ich dynamické uplatňovanie (športový zápas, resp. hra v rámci športovej súťaže, v ktorej jedno ligové kolo vo futbale bezprostredne nasleduje za druhým), ktoré môžu garantovať len pružne rozhodujúce orgány pre riešenie športových sporov a nie ťažkopádne súdy ako orgány verejnej moci. Autonómnosť športových združení pri vytváraní športových pravidiel a dynamika riešenia sporov v športe, resp. ukladania sankcií za porušovanie týchto športových pravidiel sú základnými argumentami pre vylúčenie správnych súdov na preskúmvanie rozhodnutí orgánov pre riešenie sporov v športe. Samozrejme za predpokladu, že po prvé orgány pre riešenie sporov v športe sú zriadené a fungujú plne v zhode s článkom 6 Dohovoru, po druhé postupujú (konajú) na základe článkov 46 a nasl. ústavy a po tretie vykladajú verejný záujem v športe v zhode s ľudskými právami chránenými Dohovorom aj ústavou. Tým sa stávajú tieto rozhodnutia súčasťou športového parapráva, z ktorého tvorby sú vylúčené orgány štátu, vrátane všeobecných súdov.

ASPEKTY KYBERNETICKEJ BEZPEČNOSTI – POTREBA ÚSTAVNEJ PREMENY?¹

HUČKOVÁ, R.
KRUNKOVÁ, A.

Factum fieri infectum non potest
(„Skutok nemožno urobiť neskutočným.“)
Platus

Úvod

Spojenie ústavnej matérie a kybernetickej bezpečnosti môže na prvý pohľad pôsobiť prazvláštno, možno až odstrašujúco. Samotná elektronizácia právneho systému je viac vlastná iným právnym odvetviam, než ústavnému právu, ktorého sa dotýka skôr okrajovo. Novodobý trend ústavného práva v Slovenskej republike síce prekročil pomyselnú hranicu nemeniteľnosti tradičných zásad konštitucionalizmu, no nie vo vzťahu k tzv. elektro-nickému priestoru. O tom, že spoločnosť podlieha zmenám, niet pochyb. Že tieto zmeny nastávajú expresnou rýchlosťou, tiež nie. Platí zároveň aj to, že sa ich právo snaží reflektovať, no jedným dychom musíme priznať, že systém nestíha a oprávnene môžeme uvažovať o antiracio efekte.

Časté novelizácie Ústavy Slovenskej republiky (č. 460/1992 Zb. v znení neskorších právnych predpisov, ďalej aj „ústava“)² z posledného obdobia vyvolávajú diskusie v radoch odbornej verejnosti najmä vo vzťahu k ich obsahu. Vnímajúc to, ktorá ústavná matéria podlieha novelizáciám, nás núti zamyslieť sa nad skutočnými potrebami ústavnej úpravy. Pričinením zákonodarcu sa totiž do matérie ústavy dostáva problematika, ktorá nie je vlastná duchu konštitucionalizmu v tom smere, ako sa konštitucionalizmus donedávna tradične chápal.³

Na druhej strane je neprehliadnuteľný spoločenský rozmach elektronizácie, ponúkajúci kvalitatívne i kvantitatívne nové možnosti, ktoré ale so sebou prinášajú aj nové, exponenciálne narastajúce ohrozenia. A tak vyvstávajú oprávnené otázky o tom, či právna ochrana na úrovni zákona zabezpečuje dostatočný rozsah ochrany pre všetky právom predvídateľné aspekty kybernetickej bezpečnosti. Najmä ak to vnímame v tej rovine, že je uchopiteľný dosah na problematiku základných práv a slobôd, ktorých elementárna úprava tvorí matériu druhej hlavy Ústavy Slovenskej republiky. V tomto duchu je na mieste otázka, akým spôsobom je nastolená problematika riešená na európskej, či medzinárodnej úrovni a aký postoj k nej zaujímajú okolité krajiny, keďže jednoznačne presahuje hranice štátov.

doc. JUDr. Alena Krunková, PhD., Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,
Katedra ústavného práva a správneho práva

doc. JUDr. Regina Hučková, PhD., Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,
Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva

¹ Príspevok je vypracovaný v rámci riešenia projektu APVV-17-0561 Ľudsko-právne a etické aspekty kybernetickej bezpečnosti

² Ústavný zákon č. 99/2019 Z.z. je devätnástou priamou novelizáciou Ústavy Slovenskej republiky.

³ Posledná novelizácia Ústavy Slovenskej republiky sa dotýkala stropu dôchodkového veku a ustanovení týkajúcich sa minimálnej mzdy.

Príspevok sa pokúša v elementárnom rámci vymedziť prienik ústavnoprávnej a kybernetickej roviny a nastoliť parciálne otázky, ktorých zodpovedanie nepochybne môže prispieť k efektívnemu fungovaniu elektronizácie v spoločnosti.

Kyber pojmy

Úvodom tejto časti sa žiada dodať, že sa nepokúšame vyčerpať definície všetkých existujúcich pojmov súvisiacich so skúmanou problematikou, dotkneme sa len tých, ktoré sa javia byť relevantnými pre účely príspevku.

Kybernetická bezpečnosť súvisí s tzv. kybernetickým priestorom. Pojem kybernetický priestor nie je možné v právnej vede ignorovať, aj keď sa nám ešte stále môže javiť ako málo uchopiteľný. Patrí medzi tie pojmy, ktoré sa skôr udomácnia v medzinárodnej rovine a až následne si ich štáty postupne púšťajú do svojho právneho poriadku. Ak by sme ho chceli vymedziť, potrebovali by sme dôsledne poznať jeho obsah. Žiaľ, jeho hranice sa niekedy určujú len intuitívne a konečný výsledok ich nezriedka prekročí. Ide totiž o priestor fungujúci na pravidlách, ktorým nie všetci a nie vždycky rozumieme, ktoré sa navyše veľmi intenzívne menia v rámci akéhosi vnútorného, nehmotného systému.

Výhody kybernetického priestoru prijímame pozitívne, aj keď miestami opatrne. Zvykli sme si na celosvetovú informačnú a komunikačnú sieť, dostupnosť údajov a informácií ad hoc, rýchlosť prenosu dát, online platformu, ktorých prínos je nespochybniteľný. Prinášajúce riziká však niekedy nevieme včas identifikovať a sprievodné negatívne javy ako je napr. zneužitie údajov (a nielen osobných údajov) na nepredvídané účely, či neoprávnené profitovanie z nich, je mnohokrát krok pred účinnou právnou reguláciou. Popritom spätosť s matériou ľudských práv a slobôd je neprehliadnuteľná, či už ide o prienik s právom na rešpektovanie súkromného života a komunikácie, právom na slobodu prejavu, právom na informácie, slobodou podnikania a jej ochrany, s právom vlastniť majetok a v neposlednej rade aj s právom na ochranu osobných údajov. Preto sa musíme prikloniť k názoru, že je dôležité aspoň základným rámcom kybernetický priestor vymedziť a pohyb jeho hraníc právne regulovať.

Jednoduchým definovaním môžeme kybernetický priestor (cyber space) vymedziť ako „prostredie zložené z celosvetovo prepojených sietí hardvéru, softvéru a údajov“⁴. Pri jeho detailnejšom špecifikovaní ho môžeme vnímať aj ako „globálny priestor v rámci informačného prostredia, ktorého výrazný a jedinečný charakter je ohraničený použitím elektroniky a elektromagnetického spektra na vytvorenie, uloženie, modifikovanie, výmenu a využitie informácií prostredníctvom vzájomne závislých a vzájomne prepojených sietí používaním informačných a komunikačných technológií“⁵.

Podľa zákona č. 69/2018 Z. z. o kybernetickej bezpečnosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení (ďalej aj zákon o kybernetickej bezpečnosti), ktorý v Slovenskej republike nadobudol účinnosť 1.1.2019, je „*kybernetickým priestorom globálny dynamický otvorený systém sietí a informačných systémov, ktorý tvoria aktívované prvky kybernetického priestoru, osoby vykonávajúce aktivity v tomto systéme a vzťahy a interakcie medzi nimi*“ (§ 3, pís. b).

⁴ OTTIS, R. – LORENTS, P. : Cyberspace: Definition and implications. In International Conference on Information Warfare and Security. Academic Conferences International Limited, 2010. s. 267

⁵ KUEL, D.T. : From cyberspace to cyberpower: Defining the problem. Cyberpower and national security, 2009. s. 24 - 42

Uvedené definície sú len elementárnym rámcom pre účely príspevku, uvedomujúc si popritom, že vnímanie kybernetického priestoru môže byť pre iné vedné odvetvia a v inom časovom horizonte rozdielne.

Európskym pohľadom

K skúmanej problematike zaujíma Európska únia jasné stanovisko už v dlhodobejšom horizonte. Jedným z jej cieľov je podpora rozvoja a šírenia elektronických a informačných technológií (čl. 179 a 180 Zmluvy o fungovaní Európskej únie). Realizácia tohto ustanovenia primárneho práva ale predpokladala prijatie ďalšej série opatrení na európskej i národnej úrovni.

V Štokholmskom programe, ktorý Európska rada prijala v decembri 2009⁶ boli stanovené priority pre vytvorenie európskeho priestoru slobody, bezpečnosti a spravodlivosti v priebehu nasledujúcich piatich rokov. Jeho obsah bol výsledkom diskusií s Európskym parlamentom, Radou EÚ, členskými štátmi a zainteresovanými stranami programu na základe prezentovaných zámerov Európskej Komisie. Keďže predstavitelia Európskej únie vnímali, že pribúdajúce kybernetické výzvy vo forme narastajúceho počtu rafinovaných hrozieb a útokov predstavujú vážnu hrozbu pre bezpečnosť, stabilitu a hospodársku prosperitu členských štátov, ako aj súkromného sektora a širšej spoločnosti, a zároveň si uvedomovali, že je veľmi dôležité zabezpečiť, aby kybernetický priestor zostal otvorený voľnému toku myšlienok a informácií a slobode prejavu, došlo k ďalšej právnej regulácii.

Uznesením Európskeho parlamentu z 12. septembra 2013 o stratégii kybernetickej bezpečnosti Európskej únie (2013/2606(RSP) bol v základnej rovine vymedzený otvorený, bezpečný a chránený kybernetický priestor. Zároveň sa stanovila istá výzva pre všetky členské štáty EÚ k tomu, aby kybernetický priestor a kybernetická bezpečnosť tvorili jeden zo strategických pilierov bezpečnostných a obranných politík každého členského štátu.

Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/1148 zo 6. júla 2016 o opatreniach na zabezpečenie vysokej spoločnej úrovne bezpečnosti sietí a informačných systémov (smernica NIS) stanovuje opatrenia na dosiahnutie vysokej spoločnej úrovne týchto sietí a systémov v rámci EÚ s cieľom zlepšiť fungovanie vnútorného trhu. Pre členské štáty EÚ z nej vyplývajú určité povinnosti, najmä:

- prijať národnú stratégiu v oblasti bezpečnosti sietí a informačných systémov,
- vytvoriť sieť jednotiek pre riešenie počítačových bezpečnostných incidentov (computer security incident response teams network – ďalej aj „sieť jednotiek CSIRT“),
- podporovať rýchlu a účinnú operačnú spoluprácu medzi členskými štátmi a EÚ⁷, ako aj medzi členskými štátmi navzájom.

Vývoj v danej oblasti naďalej pokračuje tak vo faktickej, ako aj v právnej rovine.⁸

Slovenská republika na národnej úrovni tieto požiadavky reflektovala viacúrovňovou reguláciou, prijatím rôznych strategických a legislatívnych dokumentov.

⁶ Pod č. 17024/09 z 10. a 11. decembra 2009.

⁷ V tejto oblasti EÚ pôsobí napr. ENISA - Agentúra Európskej únie pre sieťovú a informačnú bezpečnosť, ktorá je centrom pre expertízu v oblasti kybernetickej bezpečnosti v Európe. Sídlo má v Heraklione na Kréte a jej operačná kancelária sa nachádza v Aténach. Od svojho zriadenia v roku 2004 ENISA aktívne prispieva k vysokej úrovni sieťovej a informačnej bezpečnosti v Únii, zvyšovaniu povedomia o sieťovej a informačnej bezpečnosti v spoločnosti a rozvoju kultúry v tejto oblasti.

⁸ V septembri 2018 začala Rada a Európsky parlament rokovania, ktoré by mali byť zavŕšené prijatím istej spoločnej európskej kyberbezpečnostnej legislatívy.

Ostatne bola v tomto duchu Úradom vlády SR vytvorená Koncepcia kybernetickej bezpečnosti Slovenskej republiky na roky 2015-2020, ktorá definovala východiská a ciele Slovenskej republiky v oblasti kybernetickej bezpečnosti. Za strategický cieľ kybernetickej bezpečnosti si stanovila vytvoriť otvorený, bezpečný a chránený národný kybernetický priestor, ktorý by dosiahol vybudovanie dôvery v spoľahlivosť a bezpečnosť najmä kritickej informačnej a komunikačnej infraštruktúry, ako aj istoty, že táto bude plniť svoje funkcie a slúžiť národným záujmom aj v prípade kybernetického útoku.

Na ňu nadväzoval „Akčný plán realizácie Koncepcie kybernetickej bezpečnosti Slovenskej republiky na roky 2015-2020“, ktorý už konkrétne definoval úlohy a spôsob ich realizácie, vychádzajúc zo skutočnosti, že Slovenská republika už v danej oblasti isté kroky podnikla.⁹

Bezpečnosť, či nebezpečnosť kybernetického priestoru

Právna regulácia je teda daná. Zákon o kybernetickej bezpečnosti sa vysporiadal so základnými pojmami v teoretickej rovine. Ako kybernetickú bezpečnosť označuje taký stav, „v ktorom sú siete a informačné systémy schopné odolávať na určitom stupni spoľahlivosti akémukoľvek konaniu, ktoré ohrozuje dostupnosť, pravosť, integritu alebo dôvernúť uchovávaných, prenášaných alebo spracúvaných údajov alebo súvisiacich služieb poskytovaných alebo prístupných prostredníctvom týchto sietí a informačných systémov“ (§3, pís. g).

Ráta teda s vymedzením určitého statického javu, ktorého narušenie do istej miery pripúšťa - stupeň spoľahlivosti, ten ale už bližšie nedefinuje. Je prirodzené, že sa tento pojem definuje ťažko, obzvlášť v elektronickej sfére, zrejme preto sa ho zákonodarca pokúsil vymedziť negatívnym spôsobom a viac sa venuje spektru situácií, ktoré bezpečnosť narušajú.

Za najmenej nebezpečnú situáciu považuje tzv. *riziko* - to v zmysle zákona zodpovedá takej mieru kybernetického ohrozenia, ktorá je vyjadrená pravdepodobnosťou vzniku nežiaduceho javu a jeho dôsledkami (§3 pís. h). Zákon opäť nešpecifikuje o aký stupeň pravdepodobnosti pôjde, či stačí minimálne naznačenie nežiaduceho javu k tomu, aby sa spustili mechanizmy na ochranu kybernetickej bezpečnosti, resp. čo je ešte tolerované ako maximálne možné v tej rovine, že sa bezpečnosť nenaruší.

Vyšší stupeň nebezpečnosti predstavuje *hrozba* – teda každá primerane rozpoznateľná okolnosť alebo udalosť proti sieťam a informačným systémom, ktorá môže mať nepriaznivý vplyv na kybernetickú bezpečnosť (§3 pís. i).

⁹ Tento plán sa opieral o predchádzajúce národné a európske dokumenty ako napr. Národná stratégia pre informačnú bezpečnosť v Slovenskej republike, schválená uznesením vlády SR č. 570/2008, Koncepcia šifrovanej ochrany informácií, schválená uznesením vlády SR č. 771/2008, Návrh systému vzdelávania v oblasti informačnej bezpečnosti/kybernetickej bezpečnosti v Slovenskej republike, schválený uznesením vlády SR č. 391/2009, – Návrh organizačného, personálneho, materiálno-technického a finančného zabezpečenia na vytvorenie špecializovanej jednotky pre riešenie počítačových incidentov v Slovenskej republike – CSIRT.SK, schválený uznesením vlády SR č. 479/2009, Návrh Akčného plánu na roky 2009 až 2013 k dokumentu Národná stratégia pre informačnú bezpečnosť v Slovenskej republike, schválený uznesením vlády SR č. 46/2010, Legislatívny zámer zákona o informačnej bezpečnosti, schválený uznesením vlády SR č. 136/2010, Stratégia Európskej únie pre kybernetickú bezpečnosť: Otvorený, bezpečný a chránený kybernetický priestor, schválená Európskou komisiou 07.02.2013, – Smernica EP a Rady 2013/40/EÚ o útokoch na informačné systémy, ktorou sa nahrádza rámcové rozhodnutie rady 2005/222/SVV, Správy o plnení úloh z Národnej stratégie pre informačnú bezpečnosť v Slovenskej republike a Akčného plánu z rokov 2009 až 2014, predložené na rokovanie vlády SR, Koncepcia kybernetickej bezpečnosti Slovenskej republiky na roky 2015-2020 (ďalej len „Koncepcia“), schválená uznesením vlády SR č. 328/2015, Správa o plnení úloh vyplývajúcich z materiálu Príprava Slovenskej republiky na plnenie úloh v oblasti kybernetickej obrany vyplývajúcich z cieľov spôsobilosti Slovenskej republiky, schválená uznesením vlády SR č. 334/2015.

Za najvýraznejšie narušenie kybernetickej bezpečnosti považuje zákon *kybernetický bezpečnostný incident*. Tento incident môže byť v zmysle zákona spôsobený alternatívne:

1. Ak nastane akákoľvek udalosť, ktorá má z dôvodu narušenia bezpečnosti siete a informačného systému, alebo porušenia bezpečnostnej politiky alebo záväznej metódy negatívny vplyv na kybernetickú bezpečnosť.
2. Ak je následkom akejkoľvek udalosti:
 - strata dôvernosti údajov, zničenie údajov alebo narušenie integrity systému,
 - obmedzenie alebo odmietnutie dostupnosti základnej služby alebo digitálnej služby,
 - vysoká pravdepodobnosť kompromitácie činností základnej služby alebo digitálnej služby alebo
 - ohrozenie bezpečnosti informácií (§ 3 pís. j).

Vágnosť a nepresnosť uvedených pojmov je možné sčasti ospravedlniť samotným vymedzením pôsobnosti zákona, kedy explicitne uvádza, že ustanovuje iba minimálne požiadavky na zabezpečenie kybernetickej bezpečnosti (§ 2 ods.1). Zároveň vymedzuje svoju pôsobnosť aj negatívne tým, že určuje osobitné právne vzťahy, na ktoré sa jeho pôsobnosť nevzťahuje – napr. požiadavky na zabezpečenie sietí a informačných systémov podľa všeobecného predpisu o ochrane utajovaných skutočností, ustanovenia osobitných predpisov o vyšetrovaní, odhaľovaní a stíhaní trestných činov, požiadavky týkajúce sa bezpečnosti sietí, infraštruktúr a informačných systémov a oznamovania kybernetických bezpečnostných incidentov v sektore bankovníctva, financií alebo finančného systému podľa osobitných predpisov, vrátane Európskej centrálnej banky, či Európskym systémom centrálnych bánk a pod. (§ 2 ods.1).

Dôvernosť a bezpečnosť

Pod pojmom „dôvernosť“ zákon rozumie záruku, že údaj alebo informácia nie je prezradená neoprávneným subjektom alebo procesom (§ 3 pís. d). Práve dôvernosť považujeme za jeden z dôležitých aspektov, ktorý z kybernetického priestoru vytvára priestor bezpečný. V novodobom čase internetu je otázka bezpečnosti kľúčová. So stúpajúcim počtom technológií totiž rastú aj možnosti, ako sa k citlivým údajom dostať. V internetovom priestore, v rámci ktorého aj v súkromnej sfére je napojený počítač, mobilný telefón, prípadne hodinky, auto, či domáce spotrebiče vzniká zložitá štruktúra sietí.¹⁰ Práve tak široké rozvetvenie dáva priestor pre málo kontrolovateľný, až nekontrolovateľný bezpečnostný únik, ktorý je pre skúsených útočníkov v kyberpriestore ľahko zvládnuteľným sústom.¹¹ A tak je na mieste otázka, kde sú vlastne hranice kybernetickej bezpečnosti?

¹⁰ Prepojenie medzi zariadeniami zvykne byť označované aj ako „internet vecí“.

¹¹ Jozef Michal Mintál z Univerzity Mateja Bela na diskusii Cafè Europa poukázal na jeden kuriózný prípad zo zahraničia. Hackeri chceli získať lukratívnu databázu gamblerov, ktorí míňali veľké čiastky v kasinách. Namiesto prekonávania zložitej kybernetickej ochrany počítačovej siete kasína si zvolili ľahšiu cestu. Podarilo sa im dostať do teplomeru v akváriu sály kasína. Teplomer bol napojený na vnútornú sieť, na ktorej našli hľadajú databázou a stiahli si ju. Potvrdilo sa, že nielen pri mechanike, ale aj v kybernetickom priestore platí – reťaz je taká pevná, ako jej najslabší článok. https://w.soundcloud.com/player/?url=https%3A//api.soundcloud.com/tracks/603893016&auto_play=false&hide_related=false&show_comments=true&show_user=true&show_reposts=false&visual=true

O tom, že skúmaná problematika je živou, neustále sa vyvíjajúcou a hlavne naberajúcou rýchly spád čo do nových možnosti kybernetických útokov svedčí aj narastajúca medializácia, ktorá je, predpokladáme, len špičkou skrytého ľadovca.¹²

Ako v daných prípadoch reaguje právny systém? Dopad na ľudské práva je nespochybniteľný. Potvrdil to v jednom zo svojich rozhodnutí aj Európsky súd pre ľudské práva, keď za narušenie kybernetického priestoru považoval aj zneužitie existujúcich a dobrovoľne odovzdaných dát bez priameho útoku hackerov.

Išlo o istým spôsobom prelomové rozhodnutie *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*.¹³ Výsledkom súdneho rozhodnutia bolo, že Britská vládna spravodajská a bezpečnostná agentúra porušila pri svojich aktivitách, spojených s odpočúvaním, ľudské práva. Tento prípad nadväzuje na udalosti z roku 2013, kedy americký občan Edward Snowden prostredníctvom médií zverejnil informácie, ktoré získal z americkej NSA. Išlo o bývalého zamestnanca americkej národnej bezpečnostnej agentúry, ktorý ako *whistleblower* odhalil existenciu programov zdieľania spravodajských informácií, spravovaných spravodajskými službami Spojených štátov a Spojeného kráľovstva.¹⁴ Na základe toho sa koalícia aktivistov a novinárov v oblasti občianskych slobôd v spoločnej žiadosti obrátila na Európsky súd pre ľudské práva, keďže bol verejne dostupný rozsah sledovania politikov a bežných ľudí zo strany tajných služieb. Podľa Európskeho súdu pre ľudské práva bol porušený článok 8 Európskeho dohovoru o ľudských právach, teda rešpektovanie súkromného a rodinného života. Spojené kráľovstvo totiž nedostatočne zabezpečilo, aby počas niekoľkých rokov sledovaniu reálne podliehali len také osoby, ktoré boli súčasťou bezpečnostnej operácie vlády. V odôvodnení súd navyše uviedol, že údaje, ktoré sa odpočúvaním získali, neboli pod dostatočnou ochranou a zabezpečením ako dôverný materiál. Britská vládna spravodajská a bezpečnostná agentúra (GCHQ) tak porušila aj článok 10 o slobode prejavu. Ako sa ďalej v rozhodnutí uvádza, údaje získané monitorovacím programom agentúry GCHQ „mohli odhaliť veľa informácií o zvyku a kontaktoch (sledovanej) osoby“.¹⁵

Toto rozhodnutie ESLP spochybňuje zásadné piliere, na ktorých Európska únia a členské štáty stoja a podkopáva dôveru v konanie vládnych orgánov členských štátov v oblasti odpočúvania a sledovania podozrivých. Agentúra GCHQ môže zhromažďovať údaje na základe zákona o vyšetrovacích právomociach (RIPA). Tento zákon bol aj v minulosti predmetom kontroverznej diskusie práve v oblasti možností jeho zneužitia. Už v roku 2008 sa odhalila kauza, pri ktorej predstavitelia miestnych samospráv využili túto

¹² „Ekvádor sa od odobratia politického azylu zakladateľovi WikiLeaks Julianovi Assangeovi stal terčom 40 miliónov kybernetických útokov mierených na webové stránky verejných inštitúcií. S odvolaním sa na oznámenie Quita o tom informovala agentúra AFP. Námestník ministra pre informačné a telekomunikačné technológie Patricio Real v pondelok uviedol, že útoky sa začali vo štvrtok. „Predovšetkým prichádzali zo Spojených štátov, z Brazílie, Holandska, Nemecka, Rumunska, Francúzska, Rakúska“ ako aj so samotného juhoamerického Ekvádora, uviedol. Útoky zasiahli najviac ministerstvo zahraničných vecí, národnú banku, prezidentský úrad, viacero ministerstiev a univerzít. Ani jedna z poškodených inštitúcií nenahlásila krádež informácií alebo odstránenie údajov či dát.“ <https://spravy.pravda.sk/svet/clanok/509063-ekvador-zaznamenal-40-milionov-kybernetickych-utokov/>

¹³ *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, 58170/13 et al., judgment 13.9.2018 https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2018_09_221_ENG.pdf

¹⁴ Kvôli odhaleniu utajovaných skutočností Snowden utiekol zo Spojených štátov a momentálne sa stále nachádza na území Ruskej federácie.

¹⁵ Bližšie: <https://euractiv.sk/sections/kyberneticka-bezpecnost/>

legislatívu a špehovali dokonca rodiny s deťmi. V roku 2014 kritike čelila britská polícia, po tom, čo zákon RIPA využila na získanie informácií o zdrojoch novinárov.

Kybernetické útoky sú podľa expertov čoraz sofistikovanejšie a je náročné s istotou určiť, kto je páchatelom. Terčom hackerov sa stávajú aj štátne orgány. V Českej republike sa v ostatných rokoch do sietí ministerstva zahraničných vecí podľa tajnej služby snažili preniknúť ruskí a čínski hackeri.¹⁶

Záver

Uzavrieť skúmanú problematiku zrejme možné nebude, nebolo to ani cieľom príspevku. Zámerom bolo načrtnúť hranice kybernetického priestoru a jeho bezpečnosti, ktorých vymedziteľnosť sa blíži k nevymedziteľnosti. Vzhľadom k problematike, ktorej význam naberá na dôležitosti sme otvorili otázku zakotvenia aspoň základného rámca v ústavných normách. Priestor pre ochranu bezpečnosti je v právnom poriadku na úrovni súdnictva realizovateľný až následne, ak je táto bezpečnosť porušená, čo predstavuje dlhodobější proces. Aj z tohto hľadiska by bolo vhodné zamerať sa na preventívne opatrenia. Dá sa teda útokom prechádzať? Opierajúc sa o výsledky expertných skupín a na základe skúmaných skutočností, z ktorých časť príspevok prezentoval, sa môžeme prikloniť k názoru, že nie a že takisto neexistuje ani stopercentnosť v prípade zabezpečenia kybernetického priestoru. Zmysel má skôr útoky čo najviac sťažiť a rýchlo ich odhaliť. Toto všetko sú ale záležitosti technického charakteru, s ktorými sa aj právny poriadok toho ktorého štátu bude musieť vysporiadať, Slovenskú republiku nevynímajúc. Základy už v podobe samostatného zákona položené boli, zrejme až nasledujúci čas ukáže, či vykrývajú potrebný priestor a sú postačujúcim stupňom ochrany, ktorý odzrkadľuje reálnu situáciu v kybernetickej sfére. S istotou však môžeme povedať, že kybernetický priestor svojim exponenciálnym nárastom ovplyvňuje chápanie práva v tradičnej rovine a stáva sa pre novodobý právny systém výzvou, na ktorú musí reagovať, pretože ani vo virtuálnej rovine nie je možné skutok urobiť neskutočným.

Abstract: The impact of electronization and other modern technologies is nowadays also perceptible in such a conservative area of social life, for which the law is still considered. The contribution deals with cyber security issues and its overlap with fundamental rights and freedoms. It analyzes selected issues of related legislation in the Slovak Republic and points out some of the rulings of the European Court of Human Rights concerning the matter under scrutiny.

Key words: Constitution of the Slovak Republic, cyber security, security incident

Použitá literatúra:

1. Ottis, R. – Lorents, P. : Cyberspace: Definition and implications. In International Conference on Information Warfarw and Security. Academic Conferences International Limited, 2010. s. 267
2. Kuel, D.T. : From cyberspace to cyberpower: Definig the problem. Cyberpower and national security, 2009. s. 24 – 4
3. Ústava Slovenskej republiky
4. Príslušné právne predpisy

¹⁶ Tamtiež.

PŘÁVNÍ REGULACE ZDRAVOTNÍ PÉČE Z VEŘEJNÉHO ZDRAVOTNÍHO POJIŠTĚNÍ V ČESKÉ REPUBLICE

VAVERKOVÁ, B.

Obecný úvod

V posledních letech se v souvislosti s právem na bezplatnou zdravotní péči a zdravotní pomůcky na základě veřejného pojištění množí návrhy podávané Ústavnímu soudu České republiky na zrušení vybraných ustanovení zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a souvisejících právních předpisů.¹ Jeden z návrhů projednává Ústavní soud i v současnosti.² Do jisté míry je to jeden ze způsobů, jak zaktivizovat nečinného zákonodárce.

Je proto vhodné zkoumat, jak jednotlivé subjekty nároky pojištěnců pojímají a jak případně vymezit zdravotní péči z veřejného zdravotního pojištění.

Lze uvést některé charakteristiky nároku pojištěnce (potažmo rozhodování o něm). Jedním z ústavních limitů je omezenost finančních prostředků, které se v rámci systému přerozdělují.³ Jedná se o politickou otázku a je pak v zásadě rozhodnutím zákonodárce, jaká péče bude z veřejného pojištění hrazena. Současně lze zmínit rovný přístup pojištěnců ke zdravotní péči hrazené z veřejného pojištění a princip právní jistoty.

Při rozhodování o úhradě je dále třeba zohlednit naléhavost věci. Současně je rozhodování determinováno medicínskými otázkami a závisí na posouzení zdravotního stavu konkrétního jednotlivce.

Zároveň jej ovlivňuje pluralita zdravotních pojišťoven, které provádějí veřejné zdravotní pojištění, kterých je v současnosti v České republice sedm. Na rozdíl od jiných oblastí činnosti zdravotních pojišťoven⁴ by při rozhodování o úhradách z veřejného pojištění neměl být navenek prostor pro konkurenci mezi nimi. Někteří autoři vyslovili, že rozsah a podmínky úhrad reálně určují i zdravotní pojišťovny, nikoli pouze zákon, a zdravotní pojišťovna proto rozhoduje o nároku pojištěnce z veřejného zdravotního pojištění na základě vlastní ekonomické situace.⁵

Mgr. Běla Vaverková, Kancelář veřejného ochránce práv, Česká republika

Autorka je zaměstnankyní Kanceláře veřejného ochránce práv. Příspěvek však vyjadřuje pouze její osobní názor, nikoliv názor Kanceláře nebo veřejného ochránce práv.

¹ Dle čl. 87 odst. 1 písm. a) a b) ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky: „Ústavní soud rozhoduje

a) o zrušení zákonů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem,
b) o zrušení jiných právních předpisů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem nebo zákonem.

² Návrh skupiny senátorů na zrušení vybraných ustanovení zákona č. 48/1997 Sb. o veřejném zdravotním pojištění a souvisejících právních předpisů ze dne 31. prosince 2018, sp. zn. Pl. ÚS 49/18. Viz <<https://www.usoud.cz/projednavane-plenarni-veci/pl-us-4918/>>.

³ Mezi další ústavněprávní limity řadí Pospíšil i osobní rozsah. Viz POSPÍŠIL, Ivo. Ústavněprávní limity právní regulace financování zdravotní péče (nejen) v judikatuře Ústavního soudu. Správní právo, Praha: Ministerstvo vnitra ČR, 2018, roč. 51, 4-5, s. 217-228. ISSN 0139-6005.

⁴ Například využití prostředků fondu prevence.

⁵ ŠUSTEK, Petr, HOLČÁNEK, Tomáš a kol. Zdravotnické právo. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 593–594. ISSN 978-80-7552-321-1.

Současně se objevují případy, kdy zdravotní pojišťovna zamítla úhradu z veřejného zdravotního pojištění a po zveřejnění konkrétního případu v mediích pojištěnci následně vyhověla. To může mít vliv na nezávislost rozhodování zbylých zdravotních pojišťoven a vnímání veřejnosti o transparentním fungování veřejného zdravotního pojištění.

Pojištěnci (potažmo pacienti) častokrát argumentují výší prostředků, které odvedli do systému veřejného zdravotního pojištění v průběhu let. Jedná se však o pojistný přerozdělovací systém, který nakládá s vybranými finanční prostředky v daném roce.⁶

Právní úprava

Ústavní pořádek zakotvuje v čl. 31 Listiny dvě práva- právo každého na ochranu zdraví (věta první) a právo občana na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky na základě veřejného pojištění (věta druhá).⁷ Stát garantuje fungování tohoto systému a naplňuje tak svůj pozitivní závazek.

Současné je možno se práv uvedených v čl. 31 Listiny domáhat pouze v mezích zákonů, které je provádějí.⁸

Zákon o veřejném zdravotním pojištění zakotvuje zdravotní služby a související služby, které se hradí ze zdravotního pojištění.⁹ Vždy se musí posuzovat v návaznosti na zdravotní stav konkrétního pojištěnce a účel, jehož má být jejich poskytnutím dosaženo.

Co do rozsahu nároku pojištěnce lze uvažovat například o úhradě elektrického vozíku, protonové radioterapie nebo rehabilitační péče. Zákonodárce pak v některých případech podmínil či zcela vyloučil úhradu z veřejného zdravotního pojištění.¹⁰

Poskytovatel zároveň nesmí přijmout od pojištěnce za tyto hrazené služby žádnou úhradu.¹¹

⁶ K rozdílu oproti dani se Ústavní soud vyjádřil v nálezu ze dne 4. června 2003, sp. zn. Pl. ÚS 14/02: „Z čl. 31 Listiny, ve spojení s čl. 41 a čl. 4 odst. 4 Listiny, tudíž pro pojištěnce plyne základní právo na transparentně zákonodárcem určený komponent ekvivalence ve veřejném zdravotním pojištění, a to v takové míře, jež ještě zachovává povahu právního institutu pojištění a nemění jej v daň.“

⁷ Čl. 31 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů:

„Každý má právo na ochranu zdraví. Občané mají na základě veřejného pojištění právo na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky za podmínek, které stanoví zákon.“

⁸ Čl. 41 odst. 1 Listiny základních práv a svobod:

„Práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.“

⁹ Ustanovení § 13 odst. 1 zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů:

„Ze zdravotního pojištění se hradí zdravotní služby poskytnuté pojištěnci s cílem zlepšit nebo zachovat jeho zdravotní stav nebo zmírnit jeho utrpení, pokud

a) odpovídají zdravotnímu stavu pojištěnce a účelu, jehož má být jejich poskytnutím dosaženo, a jsou pro pojištěnce přiměřeně bezpečné,

b) jsou v souladu se současnými dostupnými poznatky lékařské vědy,

c) existují důkazy o jejich účinnosti vzhledem k účelu jejich poskytování.“

¹⁰ Výkon protonové radioterapie bude dle přílohy zákona o veřejném zdravotním pojištění hrazen na základě indikace poskytovatele v oboru péče. Naopak z veřejného zdravotního pojištění se nehradí výkony akupunktury.

¹¹ Ustanovení § 11 odst. 1 písm. d) zákona o veřejném zdravotním pojištění. V opačném případě může spáchat přeštok, hrozí mu odejmutí oprávnění k poskytování zdravotních služeb, zrušení smluvního vztahu se zdravotní pojišťovnou a pojištěnec se může domáhat nároku na vydání bezdůvodného obohacení.

Přístup Ústavního soudu k nárokům pojištěnců

Ústavní soud se již několikrát vyjádřil k obsahu ústavního práva na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky. Důsledně rozlišuje mezi právem na bezplatnou zdravotní péči ve smyslu článku 31 věty druhé Listiny a právem na ochranu zdraví dle článku 31 věty první Listiny.¹²

Ústavní soud má za to, že součástí pozitivních povinností státu vyplývajících z čl. 31 věty první Listiny je i zajištění fungujícího systému ochrany zdraví dostupného každému, jenž v sobě zahrnuje i systém dostupné zdravotní péče. Bližší podmínky jejího poskytování jsou však přenechány vnitrostátní právní úpravě.

Současně připustil stanovení podmínek a mezi základního práva na bezplatnou zdravotní péči a zdravotní pomůcky na základě veřejného zdravotního pojištění podle čl. 31 věty druhé Listiny. Po dobu své účasti na tomto systému má osoba právo bezplatně čerpat zdravotní péči, která je z něj hrazena.¹³ Toto právo je vázáno na rámec zdravotní pojištění a je limitováno objemem finančních prostředků získaných na základě povinnosti platit pojistné.¹⁴

Svou dosavadní judikaturu týkající se základního práva občanů na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky podle čl. 31 věty druhé Listiny Ústavní soud shrnuje v nálezu ve věci: Mechanismus stanovování výše úhrady zdravotnických prostředků z veřejného zdravotního pojištění.¹⁵ **Přenechává zákonodárci, aby stanovil podmínky realizace** ústavně zaručeného práva na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky podle čl. 31 věty druhé Listiny.

Požadavek bezplatnosti pak vykládá tak, že občanům **nesmí vzniknout povinnost k přímé úhradě** za poskytnutí zdravotní péče a zdravotních pomůcek. Uvádí, že „(p)odstata a smysl tohoto základního práva budou zachovány tehdy, bude-li občanům zaručeno bezplatné poskytnutí zdravotní péče a zdravotních pomůcek potřebných pro zlepšení nebo zachování jejich zdravotního stavu nebo zmírnění jejich utrpení, a to formou takového ošetření a léčby, jež odpovídají objektivně zjištěným potřebám a požadavkům náležité úrovně a lékařské etiky.“¹⁶ Zároveň dodává, že „**vhodnost a účinnost léčby** jednoduše nesmí být závislá na finančních možnostech občana, jemuž má být poskytnuta. Bude-li však tento požadavek naplněn, pak je věcí zákonodárce, aby - nad tento nezbytný rámec - stanovil, zda a jaká další zdravotní péče či zdravotní pomůcky mají být poskytovány bezplatně, případně za částečnou úhradu, a které nikoliv.“

Současně Ústavní soud dodal, aby stanovení mezi tohoto práva obsahoval přímo zákon, tzv. výhrada zákona.¹⁷ Dále připomněl, že zákon stanovující meze základních práv

¹² Nález Ústavního soudu ze dne 3. května 2017, sp. zn. Pl. ÚS 2/15, bod 88.

¹³ Osobní rozsah veřejného zdravotního pojištění, viz tamtéž, bod 71.

¹⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 10. července 1996, sp. zn. Pl. ÚS 35/95.

¹⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 30. května 2017, sp. zn. Pl. ÚS 3/15.

¹⁶ Pro srovnání uvádí judikaturu: nález ze dne 4. června 2003, sp. zn. Pl. ÚS 14/02, nález ze dne 22. října 2013, sp. zn. Pl. ÚS 19/13, bod 52.

¹⁷ Čl. 4 odst. 2 Listiny základních práv a svobod:

„Meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou základních práv a svobod upraveny pouze zákonem.“

Ústavní soud však k tomu v nálezu ze dne 30. května 2017, sp. zn. Pl. ÚS 3/15, dodává: „*Výhrada zákona podle čl. 4 odst. 2 Listiny nevylučuje, aby zákonem provedené vymezení sociálního práva, v jehož rámci se jej může jednotlivec domáhat, bylo dále upraveno podzákoným právním předpisem vydaným podle čl. 78 Ústavy nebo na základě zákonného zmocnění podle čl. 79 odst. 3 Ústavy. Tímto způsobem však nemůže dojít k zúžení nebo rozšíření jeho ze zákonné úpravy vyplývajícího obsahu.*“

a svobod musí dostát základním požadavkům plynoucím z principu demokratického právního státu.¹⁸ Kromě jiného i principu právní jistoty, potažmo požadavkům na **jasnost a určitost zákona, na jeho předvídatelnost, srozumitelnost a vnitřní bezrozpornost**.¹⁹

Ústavní soud pak (ve vztahu k právu pojištěnce na poskytnutí zdravotnických prostředků) dospěl k závěru o neurčitosti napadených ustanovení a závislosti na konkrétním postupu zdravotních pojišťoven.

V reakci na zrušení napadených ustanovení se Ministerstvo zdravotnictví České republiky pokusilo o nalezení stabilního řešení. Za spolupráce i ostatních subjektů (například z řad zdravotních pojišťoven, profesních komor a patientských organizací) připravilo novelu, která má za cíl tyto nedostatky odstranit. Tato v současnosti platná a účinná novela zákona má postupně v průběhu roku 2019 zajistit širokou dostupnost plně hrazených zdravotnických prostředků. Zároveň však má minimalizovat ekonomické dopady do systému veřejného zdravotního pojištění.²⁰

Dovolím si nicméně tvrdit, že i v dalších oblastech zdravotní péče je třeba zvažovat ekonomické dopady a stanovit míru poskytované „bezplatné“ zdravotní péče.²¹ Zákondárce by proto měl zvážit budoucí uspořádání veřejného zdravotního pojištění. I s ohledem na shora uvedené požadavky Ústavního soudu lze uvažovat o možnosti komerčního zdravotního připojištění. Dále o vymezení standardu a nadstandardu, který však nebude spočívat v rozdílu vhodnosti a účinnosti léčby. To nicméně klade vysoké požadavky na vymezení nároku pojištěnce z veřejného zdravotního pojištění v samotném zákoně, tj. práva na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky.²² Lze však uvažovat i o změnách ve výběru pojistného.²³

Zakotvení postupu zdravotních pojišťoven při rozhodování o nárocích pojištěnců

Soudy ve správním soudnictví v minulosti dovodily, že pojišťovna při rozhodování o žádosti pojištěnce o úhradu zdravotní služby z veřejného zdravotního pojištění „*zcela zjevně nevystupuje v rovném postavení s pojištěncem*“ a je při něm „*vázána mimo jiné i správním řádem, neboť v daném řízení vystupuje v pozici správního orgánu*.“²⁴

¹⁸ Podle čl. 1 odst. 1 Ústavy České republiky:

„Česká republika je svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana.“

¹⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 30. května 2017, sp. zn. Pl. ÚS 3/15, bod 107.

²⁰ ŠTĚPANYOVÁ, Gabriela. *Poslanecká sněmovna schválila nová pravidla pro poukazové zdravotnické prostředky* [online]. mzc.cz, 3. října 2018 [cit. 2019-05-15]. Dostupné z: <<http://www.mzc.cz/dokumenty/poslanecka-snemovna-schvalila-nova-pravidla-pro-poukazove-zdravotnicke-prostredky>_16071_3801_1.html>.

²¹ Srov. Wintř, Jan in WAGNEROVÁ, Eliška, Vojtěch ŠIMÍČEK, Tomáš LANGÁŠEK, Ivo POSPÍŠIL a kol. *Listina základních práv a svobod: komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, s. 652, ISBN: 978-80-7357-750, a POSPÍŠIL, Ivo. *Ústavněprávní limity právní regulace financování zdravotní péče (nejen) v judikatuře Ústavního soudu*. Správní právo, Praha: Ministerstvo vnitra ČR, 2018, roč. 51, 4-5, s. 226-227. ISSN 0139-6005.

²² Ve světle existence zdravotní péče, kterou nelze jednoznačně oddělit- například během hospitalizace na jednotce intenzivní péče. Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 20. června 2013, sp. zn. Pl. ÚS 36/11, bod 57.

²³ Nález Ústavního soudu ze dne 20. května 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08, body 116-117.

²⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. září 2013, č. j. 4 Ads 134/2012 – 50 a rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 22. března 2016, č. j. 3 Ad 20/2014 – 69.

Do uvedeného přispěla i **veřejná ochránkyně práv**. Úkolem veřejného ochránce práv je kromě jiného chránit osoby před nesprávným jednáním úřadů nebo jejich nečinností. Zjistí-li pochybení úřadu, vydá zprávu o šetření, případně doporučí opatření k nápravě.²⁵

Na tato oprávnění pak navazují další, tzv. zvláštní oprávnění, která může ochránce využít zejména v případech zjištění systémových nedostatků ve správní praxi nebo v právních předpisech.

V obecné rovině může ochránce doporučit vydání, změnu nebo zrušení zákona, jiného právního předpisu a vnitřního předpisu.

Veřejná ochránkyně práv Mgr. Anna Šabatová, Ph.D., vydala ve výroční zprávě o činnosti veřejné ochránkyně práv za rok 2017 legislativní doporučení, jelikož je třeba speciálně upravit procesní postup pro správní řízení o žádostech pojištěnců. Doporučila proto poslanecké sněmovně, aby požádala vládu o předložení návrhu změny zákona o veřejném zdravotním pojištění.²⁶

V návaznosti na to Ministerstvo zdravotnictví v současnosti připravuje novelu zákona o veřejném zdravotním pojištění. Návrh zákona by měl být do června 2019 předložen vládě s účinností k 1. lednu 2020.²⁷

Zároveň však **třetí senát Nejvyššího správního soudu** dospěl při posouzení věci k odlišnému právnímu názoru (než je naznačen výše o vedení správního řízení ve věcech úhrad), proto postoupil věc k rozhodnutí rozšířenému senátu.²⁸ Třetí senát považuje za problematickou zejména absenci některých znaků rozhodnutí, má pochybnosti například o vedení správního řízení (ve smyslu správního řádu), definici odvolacího orgánu, vymezení okruhu účastníků a zastoupení. Polemizuje s předchozí judikaturou soudů ve správním soudnictví a pro posouzení povahy správního aktu pokládá za důležité odpovědět, zda se jím zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva a povinnosti. V předmětném případě se jednalo o mimořádnou úhradu zdravotních služeb dle § 16 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění.²⁹ Tuto úhradu nepovažuje za rozhodnutí, nýbrž za faktický úkon správního orgánu, který se blíží diskrečnímu odstranění tvrdosti zákona v obzvláště křiklavých případech.

Současně akcentuje, že vydání úkonu správního orgánu závisí výlučně na posouzení zdravotního stavu osob a připouští možnou aplikaci výluky ze soudního přezkumu.³⁰

S ohledem na zdravotní stav stěžovatele a potřebnost rychlého rozhodnutí ve věci požádal třetí senát i o přednostní projednání věci.³¹

Domnívám se, že právě na tomto příkladu lze demonstrovat nutnost zakotvení procesního rozhodování zdravotních pojišťoven o nárocích pojištěnců.

²⁵ Zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů.

²⁶ Výroční zpráva o činnosti veřejné ochránkyně za rok 2017 [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, str. 10 [cit. 2019-05-15]. Dostupná z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Vyrocní_zprava2017_web.pdf>.

²⁷ Výroční zpráva o činnosti veřejné ochránkyně za rok 2018 [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, str. 17 [cit. 2019-05-15]. Dostupná z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Vyrocní_zprava_2018.pdf>.

²⁸ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 27. února 2019, č. j. 3 Ads 166/2018-49.

²⁹ Ustanovení § 16 odst. 1 zákona o veřejném zdravotním pojištění: „Příslušná zdravotní pojišťovna hradí ve výjimečných případech zdravotní služby jinak zdravotní pojišťovnou nehrazené, je-li poskytnutí takových zdravotních služeb jedinou možností z hlediska zdravotního stavu pojištěnce.“

³⁰ Podle § 70 písm. d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

³¹ K délce projednávání věci uvádím, že prvostupňové rozhodnutí vydala zdravotní pojišťovna dne 18. prosince 2017. Řízení u Městského soudu v Praze pak bylo zahájeno dne 18. dubna 2018.

Závěr

K úvahám de lege ferenda uvádím, že je třeba reagovat na současný stav, kdy posouzení nároku pojištěnce z veřejného zdravotního pojištění nemá dostatečnou oporu v platné právní úpravě a závisí zejména postupu konkrétní zdravotní pojišťovny. Přičemž rozdíly v rozhodování mezi jednotlivými zdravotními pojišťovnami jsou zřejmé. Vítám změny v oblasti právní úpravy zdravotnických prostředků, které nárok pojištěnce konkretizují. I pokud zákonodárce zakotví do právní úpravy procesní postup pojišťoven při rozhodování o nároku pojištěnců a dojde k jeho sjednocení napříč zdravotními pojišťovnami, nemělo by zůstat jen u něj. Nabízí se vymezení nároku pojištěnce z veřejného zdravotního pojištění i v dalších oblastech zdravotní péče.

Abstract: The article deals with sources and possible interpretations of the extent of the insured's claim from public health insurance in the Czech legal order. The article focuses on the approach of the Constitutional Court of the Czech Republic and other courts, the Public Defender of Rights and the Ministry of Health. The author points out the necessity to change the legal regulation and its possible form.

Key words: constitutional court; right to health-care; financing; health-care; public health insurance

Použité zdroje:

1. Nález Ústavního soudu ze dne 10. července 1996, sp. zn. Pl. ÚS 35/95.
2. Nález Ústavního soudu ze dne 20. května 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08.
3. Nález Ústavního soudu ze dne 22. října 2013 sp. zn. Pl. ÚS 19/13.
4. Nález Ústavního soudu ze dne 3. května 2017, sp. zn. Pl. ÚS 2/15.
5. Nález Ústavního soudu ze dne 30. května 2017, sp. zn. Pl. ÚS 3/15.
6. Nález Ústavního soudu ze dne 4. června 2003, sp. zn. Pl. ÚS 14/02.
7. Návrh skupiny senátorů na zrušení vybraných ustanovení zákona č. 48/1997 Sb. o veřejném zdravotním pojištění a souvisejících právních předpisů ze dne 31. prosince 2018, sp. zn. Pl. ÚS 49/18.
8. POSPÍŠIL, Ivo. Ústavněprávní limity právní regulace financování zdravotní péče (nejen) v judikatuře Ústavního soudu. Správní právo, Praha: Ministerstvo vnitra ČR, 2018, roč. 51, 4-5, s. 217-228. ISSN 0139-6005.
9. Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 22. března 2016, čj. 3 Ad 20/2014-69.
10. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. září 2013, čj. 4 Ads 134/2012-50.
11. ŠTĚPANYOVÁ, Gabriela. Poslanecká sněmovna schválila nová pravidla pro poukazové zdravotnické prostředky [online]. mzcr.cz, 3. října 2018 [cit. 2019-05-15]. Dostupné z: <http://www.mzcr.cz/dokumenty/poslanecka-snemovna-schvalila-nova-pravidla-pro-poukazove-zdravotnicke-prostredky_16071_3801_1.html>.
12. ŠUSTEK, Petr, HOLČÁNEK, Tomáš a kol. Zdravotnické právo. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 852 s. ISSN 978-80-7552-321-1.
13. Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 27. února 2019, č. j. 3 Ads 166/2018-49.
14. Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.
15. Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.
16. Výroční zpráva o činnosti veřejné ochránčyně za rok 2017 [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, str. 10 [cit. 2019-05-15]. Dostupná z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Vyrocní-zprava2017_web.pdf>.

17. Výroční zpráva o činnosti veřejné ochránkyně za rok 2018 [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, str. 17 [cit. 2019-05-15]. Dostupná z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/zpravy_pro_poslaneckou_snemovnu/Vyrocní_zprava_2018.pdf>.
18. Wintř, Jan in WAGNEROVÁ, Eliška, Vojtěch ŠIMÍČEK, Tomáš LANGÁŠEK, Ivo POSPÍŠIL a kol. Listina základních práv a svobod: komentář. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, 931 s. ISBN: 978-80-7357-750.
19. Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.
20. Zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů.

WYKŁADNIA PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH ABUZYWNOŚCI KLAUZUL UMOWNYCH W KONTEKŚCIE DYREKTYWY 93/13/EWG

KACPER, R.

Wprowadzenie

Chociaż upływa właśnie 26 lat od wydania Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich z dnia 5 kwietnia 1993 r.¹ i w poszczególnych państwach członkowskich wykładnia tej dyrektywy, zarówno językowa, jak i celowościowa, nie powinna nastręczać już żadnych problemów, to jednak - w obliczu błędnej transpozycji jej przepisów, przynajmniej do polskiego Kodeksu cywilnego prawie dwadzieścia lat temu (bowiem nowelizacja wprowadzająca omawiane przepisy miała miejsce w roku 2000²) problem wciąż pozostaje aktualny, a tym bardziej w kontekście tego, że w ostatnich latach można zaobserwować w Polsce wzmożone powoływanie się konsumentów na abuzywność, czy też inaczej niedozwoloność postanowień umownych w sporach sądowych.

Problematyka klauzul umownych, a w szczególności przesłanek, które muszą być spełnione, aby można było stwierdzić ich abuzywność, w Polsce dostarcza wielu problemów interpretacyjnych, w szczególności jeśli chodzi o tzw. umowy o kredyt denominowany, czy też indeksowany do kursu waluty obcej. To one są ostatnio punktem zapalnym, na podstawie którego toczą się postępowania w sprawach o zasądzenie albo o ustalenie nieważności całych umów. Większość argumentów, tak kredytobiorców, jak i pełnomocników banków, zasadza się właśnie w realizacji przesłanek, bądź też ich braku, które pozwalają stwierdzić, że niektóre postanowienia dotyczące przeliczania salda kredytów, jak i wysokości poszczególnych rat kredytu z waluty krajowej na walutę indeksacji, są niedozwolone. *Clue* problemu sprowadza się do tego, jakie skutki niesie za sobą stwierdzenie rzeczonej abuzywności klauzul, a to zarówno dla kredytobiorcy, jak i kredytodawcy. Co ciekawe, to właśnie sądy stają przed koniecznością wyboru - o ile w wykładni prawa materialnego w zakresie przepisów prywatnoprawnych można mówić o jakimkolwiek wyborze - następstw eliminacji klauzul niedozwolonych.

Tematyka artykułu skupiać będzie się jednak na stronie teoretycznej związanej z wykładnią przepisów z art. 385¹ § 1 Kodeksu cywilnego³, a to w kontekście Dyrektywy 93/13/EWG, zaś kredyty frankowe będą stanowić niejako tło całego problemu, pomagające gdzieśniedzie wychwycić i zrozumieć problemy interpretacyjne omawianych przepisów.

Omawiana problematyka ma o tyle istotne znaczenie, że w przeważającej części państw członkowskich Unii Europejskiej, wprowadzone zostały przepisy mówiące o niedozwolonych, czy też szerzej, nieuczciwych postanowieniach umownych, stosowanych w stosunkach zobowiązaniowych z konsumentami, jako konsekwencja wydania w/w dy-

Mgr. Kacper Rożek, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, wydział prawa i administracji

¹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z dnia 21 kwietnia 1993 r., L 95/29.

² Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz.U.2000.22.271.

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, dalej również jako: k.c.

rektywy. Przepisy te implementowane zostały w brzmieniu bardzo zbliżonym, ale jednak z pewnymi odmiennościami, których, jak się okazuje na przykładzie polskim, nie można uzasadnić ich odpowiednim dostosowaniem do wymogów krajowego systemu prawa. Potwierdzeniem ogromnych problemów interpretacyjnych tego rodzaju przepisów w rozlicznych krajach Unii jest zalewanie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sprawami mającymi za przedmiot właśnie ich wykładnię, wliczając to wielość pytań prejudycjalnych, zadawanych przez sądy krajowe.

Problematyka pojęcia „abuzywności”

Wyjaśnienia wymaga również sama nomenklatura dotycząca omawianej instytucji użyta tak w Dyrektywie 93/13, jak również w polskim kodeksie cywilnym. Zacząć należy w ogóle od zastanowienia się, co, również i w języku potocznym, oznacza termin „niedozwolony”. Jak słusznie zauważa się w literaturze, „niedozwolone” postanowienie umowne może być *prima facie* kojarzone z pewnego rodzaju zakazami wprowadzonymi przez prawodawcę. Zgodnie z treścią art. 353¹ § 1 Kodeksu cywilnego, pod tym słowem mogłaby się kryć po pierwsze sprzeczność z naturą stosunku, zasadami współżycia społecznego, czy też z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa⁴. Idąc dalej, zgodnie z uzasadnieniem jedno z wyroków sądu powszechnego⁵ w sprawach związanych z umowami kredytów frankowych:

Słowo „niedozwolony” implikuje w większym stopniu rolę podmiotu zewnętrznego – Państwa jako tego, który reguluje to co jest dozwolone i co takie nie jest w polskim porządku prawnym. Zatem słowo to stawia większy nacisk na decyzje z zewnątrz, spoza stosunku umownego łączącego strony procesu. Słowo „niedozwolony” odwołuje się w zakresie analizy zachowania stron umowy, do arbitralnych decyzji Państwa, do których strony umowy powinny się zastosować. W tym sensie, ewentualne działania dowodowe powodów musiałyby się skoncentrować na wykazaniu czy Państwo w ramach swojego imperium pozwoliło lub też nie na konkretne zachowania pozwanego banku.

Nadto, termin „niedozwolone postanowienie umowne” jest dodatkowo bardzo niepraktyczny, albowiem jest zbyt opisowy⁶. Dlatego też w konsekwencji tego ogólnego sformułowania, doktryna co rusz tworzy nowe terminy, które mają stanowić jego synonimy. Takie rozczłonkowanie pojęcia i zastępowanie go innymi - jakkolwiek w języku potocznym dopuszczalne i niepowodujące na pierwszy rzut oka problemów - tak w języku prawnym i prawniczym może prowadzić do poważnych wątpliwości interpretacyjnych, zarówno dla sądu, jak i dla stron postępowania. Należy jeszcze zauważyć, że termin „niedozwolone postanowienie” nie do końca oddaje istotę całej instytucji, o czym poniżej. O niedozwolonych postanowieniach umownych mówi się również, że są „abuzywne”. Słowo to, jako nienależące do języka prawnego, pochodzi wszak od angielskiego słowa *abusive*, który oznacza „obraźliwy”, „obelżywy”. Swój źródłosłów czerpie z języka łacińskiego. W rzeczywistości używane jest w języku prawniczym, tak w literaturze, pismach procesowych profesjonalnych pełnomocników, jak również i w uzasadnieniach wyroków sądowych. Jednakże i to słowo nie oddaje w całości istoty instytucji z art. 385¹ § 1 k.c.

⁴ M. SKORY, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, LEX, dostęp: 20.03.2019.

⁵ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: VI C 1792/17.

⁶ M. SKORY, *op. cit.*

Ostatecznie wskazać trzeba na odmienne od nomenklatury dyrektywnej nazewnictwo instytucji klauzul abuzywnych zastosowane przez polskiego ustawodawcę, tj. klauzule niedozwolone. Artykuł 3 przedmiotowej dyrektywy stanowi przecież o „nieuczciwych postanowieniach umownych”. Na pierwszy rzut oka różnica może się wydawać niewielka. Niemniej, nie można takiej konkluzji uznać za słuszną. Jak zostało to wspomniane już wcześniej, słowo „niedozwolony” implikuje jakąś aktywność Państwa, związaną z legislacyjnym zakazywaniem stosowania jakiegoś rodzaju instytucji, czy wężiej postanowień. Z kolei zaś słowo „nieuczciwy” osadza problem zdecydowanie wewnątrz stosunku umownego stron. Zmusza do badania przez Sąd czy ustalenia umowne w odniesieniu do konkretnego kryterium są uczciwe czy też nie. Dane postanowienie umowne może nie być *prima facie* „niedozwolone” przez Państwo, ale nadal może być nieuczciwe w stosunku do konsumenta⁷. Wykładając powyższe w prostszy sposób, nie każde dozwolone zachowanie Banku będzie uczciwe w stosunku do konsumenta. Nie można zatem postawić kategorycznego znaku równości między sformułowaniem „dozwolony” i „uczciwy”. Dlatego też Dyrektywa nie zawiera terminu *unlawful* albo *illegal*, a jedynie termin *unfair*, co przesuwając punkt ciężkości z imperium Państwa do wewnętrznego stosunku prawnego, łączącego przedsiębiorcę z konsumentem oraz na uczciwość tego stosunku prawnego⁸.

Będąc wyposażonym w wiedzę, jak rozumiany jest termin „klauzule abuzywne” przez unijnego oraz rodzimego, krajowego prawodawcę oraz będąc świadomym występujących różnic, należałoby rozstrzygnąć, jak więc należy owy termin wyklądać, jak mają to czynić sądy, które będą rozstrzygać o czyichś prawach i obowiązkach. W tym miejscu z pomocą przychodzi orzecznictwo TSUE. Należy wskazać w tym kontekście na kilka ważnych wyroków. Wedle wyroku TSUE w sprawie C-212/04⁹, problem w pierwszej kolejności sprowadza się do tzw. „zasady zgodnej wykładni”:

Wymaga ona jednakże, by sądy krajowe czyniły wszystko co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami. Jednakże, jak podkreślał Trybunał, spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i braku retroaktywności prawa, i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*. Zgodnie z kolei z wyrokiem TSUE ws. C-106/89, „stosując prawo krajowe, bez względu na to, czy przepisy te zostały wydane przed czy po przyjęciu dyrektywy, sąd krajowy powinien interpretować je, tak dalece jak jest to możliwe, w świetle treści i celu dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej cel.

Dojść można zatem do wniosku, że Dyrektywa 93/13 powinna stanowić wyjściowy punkt interpretacji krajowych przepisów dotyczących abuzywności. Sąd krajowy winien zatem doszukiwać się w umowie raczej klauzul rozumianych jako nieuczciwe, a nie niedozwolone.

⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: VI C 1792/17.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04, Dz.U.UE.C.2006.212.2/2.

W tym kontekście powstaje jednak jeszcze jedno pytanie, czy taka wykładnia dyrektywalna nie doprowadzi przypadkiem do bezpośredniego stosowania dyrektywy. Skoro, jak ustaliliśmy, terminy „niedozwolony” oraz „nieuczciwy” są od siebie raczej odmienne, to interpretowanie jednego poprzez odwoływanie się w rzeczywistości drugiego prowadzić będzie do bezpośredniego zastosowania Dyrektywy. Co prawda, TSUE dopuszcza możliwość stosowania Dyrektywy bezpośrednio, jeśli jej przepisy są bezwarunkowe oraz wystarczająco jasne i precyzyjne¹⁰. Jednakże jednocześnie, w stosunku do indywidualnych podmiotów ogranicza zasadę bezpośredniego skutku do odmiany wertykalnej, a więc mającej znaczenie dla stosunków między obywatelem a krajem. Oznacza to, że w sporach między jednostkami, a więc dla przykładu również między bankiem oraz kredytobiorcą, powoływać się bezpośrednio na dyrektywę nie można. Dozwolonym jest jednak posługiwanie się w/w dyrektywą jako pomocą w wykładni tych przepisów, ale wyłącznie o tyle, o ile nie prowadzi to do jej bezpośredniego zastosowania. Powyższe nie oznacza, że nie można się na dyrektywę w ogóle powoływać, np. w sporze przed sądem. Byłoby to sprzeczne z orzecznictwem TSUE. W powoływanym już wyżej wyroku o sygn. C-41/71, Trybunał podał przecieź, że:

Brak możliwości powołania się przez podmioty prawa na ten akt przed sądem oraz brak możliwości uwzględnienia go przez sądy krajowe jako elementu prawa wspólnotowego ograniczyłby jego skuteczność („effet utile”). Ponadto art. 177, pozwalając sądom krajowym zwrócić się do Trybunału z pytaniem o ważność lub wykładnię każdego bez rozróżnienia aktu instytucji oznacza również, iż podmioty prawa muszą móc powoływać się na te akty przed wspomnianymi sądami.

Przesłanki stwierdzenia abuzywności w polskim kdekście cywilnym i dyrektywie 93/13/EWG

Zgodnie z art. 385¹ § 1 Kodeksu cywilnego, aby móc stwierdzić, że dane postanowienie umowne jest abuzywne, spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki: umowa winna była być zawarta z konsumentem; kwestionowane postanowienia nie były z konsumentem indywidualnie uzgadniane; kwestionowane postanowienia nie określają głównych świadczeń stron; postanowienia te kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

W polskiej wersji przepisów możemy zatem wyliczyć następujące przesłanki, określając ich stosunek jako 3:2, przesłanek pozytywnych i negatywnych, tj. do tych pierwszych zalicza się posiadanie statusu konsumenta, kształtowanie praw i obowiązków w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy, zaś do drugiej kategorii należą następujące przesłanki: indywidualne uzgodnienie klauzul umownych oraz określanie głównych świadczeń stron.

Z kolei Dyrektywa 93/13/EWG mówi o następujących przesłankach stwierdzenia abuzywności:

Warunki umowy, które nie były indywidualnie negocjowane, mogą być uznane za nieuczciwe, jeśli stoją w sprzeczności z wymogami dobrej wiary, powodują znaczącą

¹⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie C-41/74, Dz.U.UE.C.1974.133.

nierównowagę wynikających z umowy, praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta. W dyrektywie mamy zatem do czynienia wyłącznie z przesłankami pozytywnymi¹¹.

W tym miejscu wypada zwrócić uwagę właśnie na kolejne różnice między rozwiązaniem polskim a zaproponowanym przez dyrektywę 93/13, odwołujące się już do samych przesłanek abuzywności, a nie wyłącznie do nazwy instytucji jako takiej.

Na pierwszy rzut oka wysuwa się więc przesłanka „sprzeczności z dobrymi obyczajami” oraz „zasadami dobrej wiary”. Należałoby się zatem przyjrzeć temu, czy terminy te mają znaczenie synonimiczne, a różnica zachodzi wyłącznie na płaszczyźnie językowej, czy też może niosą za sobą odmienną treść normatywną. Idąc więc za poglądami doktryny:

Istotne wskazówki dotyczące stosowania kryterium sprzeczności z wymaganiami dobrej wiary wynikają także z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W szczególności Trybunał wyjaśnia konsekwentnie, że oceniając postanowienie, należy – z uwzględnieniem motywu 16 dyrektywy 93/13/EWG – sprawdzić, czy przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby taki warunek w drodze negocjacji indywidualnych. Z kolei Sąd Najwyższy w Polsce „odwołuje się do formuły, zgodnie z którą przez działanie wbrew dobrym obyczajom należy rozumieć wprowadzenie do wzorca klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową stron¹².”

Z kolei godnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt: VI ACa 771/10, sprzeczne z dobrymi obyczajami będą działania wykorzystujące niewiedzę, brak doświadczenia konsumenta, naruszenie równorzędności stron umowy, działania zmierzające do dezinformacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności. Chodzi zatem o działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne i odbiegające od przyjętych standardów postępowania¹³. Godzi się zauważyć, że „zasady dobrej wiary” oraz „dobre obyczaje” są pojęciami zbliżonymi. Wersja dyrektywalna oraz idąca za nią wykładnia trybunalska, wskazują, że zasady dobrej wiary odwołują się do pewnych zasad słuszności i sprawiedliwości. O tym samym traktują również polskie sądy powszechne oraz Sąd Najwyższy. Jednakże znaczącą różnicą jest to, że zapewne z uwagi na brak transponowania do polskiego Kodeksu cywilnego przesłanki „znaczącej nierównowagi kontraktowej stron”, to właśnie ta przesłanka staje się jedną z możliwości interpretacyjnych polskiej przesłanki sprzeczności z dobrymi obyczajami.

Wspomniana nierównowaga kontraktowa stron ma jednak jeszcze drugą stronę, a to w kontekście polskiej przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumenta, która została implementowana do polskiego kodeksu cywilnego niejako w miejsce tej pierwszej. W tym miejscu warto wskazać, za uzasadnieniem przytaczanego już wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, że w ślad za polskim tłumaczeniem art. 3 pkt 1 Dyrektywy 93/13, w powyższym zakresie podąża jej wersja angielska i hiszpańska. W żadnej z nich nie ma mowy o przesłance „rażącego naruszenia interesów konsumenta”. W wersji angielskiej użyto sformułowania *a significant imbalance*, natomiast w wersji hiszpańskiej użyto zwrotu *un desequilibrio importante* i w tym znaczeniu

¹¹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z dnia 21 kwietnia 1993 r., L 95/29.

¹² J. GUDOWSKI (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, LEX, dostęp: 20.03.2019.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt: VI ACa 771/10.

jest im o wiele bliżej do polskiej „znaczącej nierównowagi” niż „rażącego naruszenia interesów konsumenta”¹⁴. Prawidłowe tłumaczenie analizowanego zapisu, dla właściwego procesu interpretacji i analizy prawnej, zmusza do zestawienia ze sobą konkretnych praw i obowiązków stron umowy. Dopiero wtedy, w dalszej kolejności można pokusić się o zbadanie czy istnieje znacząca nierównowaga pomiędzy tymi prawami i obowiązkami. Przesłanka „rażącego naruszenia” z art. 385¹ § 1 k.c. jest o wiele bardziej ogólna, trudniejsza do udowodnienia i nie rodzi takiego samego obowiązku analitycznego.

Jest to zatem chyba jedna z najbardziej problematycznych przesłanek stwierdzenia abuzywności klauzul w polskim kodeksie cywilnym. Widać to najbardziej właśnie na przykładzie sporów o tzw. kredyty frankowe. Banki, w sporach z konsumentami, najczęściej powołują się na to, że zbadanie w ogóle przesłanki „rażącego naruszenia interesów konsumenta” jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy weźmiemy pod uwagę sposób wykonywania umowy. Jedynie to pozwoli na stwierdzenie czy banki stosowały w rzeczywistości klauzule abuzywne, czy miały one jakikolwiek negatywny wpływ na sytuację kredytobiorcy oraz czy naruszyło to jego interesy ekonomiczne. Nie można się dziwić takiej argumentacji banków, albowiem patrząc na omawianą przesłankę, przychodzi na myśl, że żeby stwierdzić, że coś naruszyło interesy konsumenta, trzeba przynajmniej przez jakiś krótki okres wykonywać dane postanowienia. Powyższ stoi jednak w sprzeczności z celami dyrektywy oraz poglądami lansowanymi w orzecznictwie TSUE. Dyrektywa mówi przecież o budowaniu nierównowagi kontraktowej stron, a tę przesłankę można już, bez większych wątpliwości, badać na moment zawarcia umowy, a nie jej wykonywania. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w jednej z najważniejszych, z punktu widzenia konsumentów-kredytobiorców, uchwał w składzie 7 sędziów SN, o sygn. III CZP 29/17, w której Sąd przesądził ostatecznie, że badanie abuzywności klauzul umownych, a więc również i przesłanki „rażącego naruszenia interesów konsumenta” odbywa się na moment zawarcia umowy¹⁵. Sąd Najwyższy zwrócił nadto uwagę, że rozwiązanie dotyczące abuzywności postanowień przyjęte przez polski kodeks, stanowi jednoznaczne rozstrzygnięcie normatywne, które oznacza, że w ramach oceny indywidualnej mogą być uwzględniane tylko zmienne zaistniałe do chwili zawarcia umowy, a więc istniejąca wówczas pozostała treść umowy, czy okoliczności jej zawarcia (np. zakres udzielonych informacji). Tym samym, okoliczności, które zaistniały po zawarciu Umowy, nie mają znaczenia dla oceny abuzywności danego postanowienia.

Odminną kwestią jest ponadto to, że w art. 385¹ § 3 k.c., polski ustawodawca zdefiniował „brak indywidualnego uzgodnienia postanowienia umownego”, stwierdzając, że niezgodnione indywidualnie postanowienia są takie, na które konsument nie miał rzeczywistego wpływu. Wydaje się, że ustawodawca posłużył się kolejnym ogólnym pojęciem, które również podlega zasadom wykładni. Dlatego też wydaje się koniecznym odwołanie się do Dyrektywy 93/13/EWG, w której stwierdzono dobitnie, że:

Warunki umowy zawsze zostaną uznane za niewynegocjowane indywidualnie, jeżeli zostały sporządzone wcześniej i konsument nie miał w związku z tym wpływu na ich treść, zwłaszcza jeśli zostały przedstawione konsumentowi w formie uprzednio sformułowanej umowy standardowej. Fakt, że niektóre aspekty warunku lub jeden szczególnie wa-

¹⁴ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: VI C 1792/17.

¹⁵ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., sygn. akt: III CZP 29/17.

runek były negocjowane indywidualnie, nie wyłącza stosowania niniejszego artykułu do pozostałej części umowy, jeżeli ogólna ocena umowy wskazuje na to, że została ona sporządzona w formie uprzednio sformułowanej umowy standardowej.

Posłużenie się taką definicją nie wymaga bezpośredniego stosowania dyrektywy, a wyłącznie wykorzystanie jej w kontekście interpretacyjnym. Polski kodeks wszak mówi wyłącznie o „braku rzeczywistego wpływu”. Dyrektywa w tym zakresie wydaje się go uszczegóławiać. Zresztą, w obserwowanych sporach kredytobiorców z bankami można zaobserwować jedną niezmienną i charakterystyczną cechę argumentacji konsumentów, którą mianowicie jest odwoływanie się do stosowania przez banki wzorców umów, a więc umów adhezyjnych, do których konsument miał możliwość albo przystąpić bez większych negocjacji (poza parametrami cenowymi) albo liczyć się z brakiem udzielenia mu kredytu. Dyrektywa potwierdza zatem twierdzenia kredytobiorców i przeważa szalę na ich stronę w zakresie spełnienia omawianej przesłanki, jeżeli tylko bank zastosował standaryzowany wzorec.

Skutki uznania klauzul umownych za abuzywne - problem wykładni

Ostatnim problemem, jaki winien zostać przeanalizowany na gruncie omawianych zagadnień jest skutek, jaki ma za sobą pociągać prawomocne orzeczenie sądu, stwierdzające abuzywność niektórych postanowień umownych. Problematycznym w szczególności jest stwierdzenie tego, czy owa abuzywność związana jest z nieważnością danego postanowienia, czy też może z jego bezskutecznością, a jeśli tak, to czy jest to bezskuteczność bezwzględna, czy też zawieszona. Dodatkowo powstaje pytanie, czy sądy uprawnione są do utrzymywania umów pozbawionych niektórych postanowień w dalszym ciągu, czy też powinny stwierdzać ich nieważność, a może uzupełniać ich treść w oparciu o wykładnię oświadczeń woli stron.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że polska regulacja abuzywności odwołuje się do następującego skutku. Postanowienia niedozwolone nie wiążą konsumenta, zaś zgodnie z art. 385¹ § 2 k.c. strony są związane umową w dalszym ciągu. W szczególności kodeks nie odnosi się analogicznie do rozwiązania związanego ze stwierdzeniem nieważności z art. 58 k.c., a więc, gdzie jeśli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, to pozostała część jest ważna, chyba że bez tej części czynność nigdy nie zostałaby dokonana. Z kolei rozwiązanie dyrektywne jest właśnie nieco bardziej zbliżone do polskiej regulacji nieważności, a wynika z art. 6 przedmiotowej dyrektywy. Zgodnie z tym przepisem, umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Wydaje się, że i tutaj dyrektywa została w sposób błędny implementowana do polskiego porządku prawnego, albowiem czasami może dojść do sytuacji, w której rzeczywiście umowa może nie być nieważna w całości, po pozbyciu się z niej części postanowień, ale mimo to nie nadaje się do wykonywania, chociażby ze względu na to, że strony nie na taki charakter zobowiązania się umówiły.

Niemniej jednak stwierdzić należy, że postanowienia takie nie stanowią elementu stosunku prawnego związanego między kredytobiorcą a kredytodawcą już od chwili zawarcia umowy, a więc z mocy prawa i *ex tunc*. Powyższe doprowadza do konstatacji, że skoro sądy krajowe dokonują wyłącznie czynności deklaratywnej, która stwierdza zaistniały już fakt abuzywności, a więc nieistnienia i niezwiązania daną klauzulą stron, to nie są na pewno uprawnione do ingerencji w ich treść oraz doprowadzania do jakiegoś obiektywnego

stanu zgodnego z prawem i zasadami współżycia społecznego. W jednym z najpopularniejszych orzeczeń TSUE zajął stanowisko, że sądy krajowe nie są uprawnione do zmiany treści nieuczciwego stosunku umownego, bo przeciwny stan mógłby się przyczynić do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów¹⁶. Eliminacja klauzul abuzywnych ze stosunku prawnego związana jest z efektem odstraszającym.

Pozostaje zatem pytanie, czy w miejsce przepisów wyeliminowanych mogą wejść przepisy *ius dispositivum*, tak charakterystyczne przecież dla prawa cywilnego. Odwołując się znów do wykładni unijnej dokonanej przez TSUE w cytowanym już wcześniej wyroku C-26/13, należy stwierdzić, że taka sytuacja jest dopuszczalna o tyle, o ile istnieją odpowiednie (a nie dowolne) przepisy dyspozytywne w danym systemie prawnym oraz jeśli będą rzeczywiście miały uzasadnione zastosowanie w danej umowie. Nawiązując chociażby do przykładowych umów o kredyt waloryzowany, stwierdzić trzeba, że w Polsce nie istnieją takowe przepisy, które mogłyby zastąpić klauzule waloryzacyjne. W innych stanach faktycznych, dotyczących innych umów być może byłoby to możliwe.

W polskiej doktrynie prawa prywatnego dochodzi do pewnego rozłamu, co do możliwości analogicznego stosowania przepisów z art. 58 § 3 k.c. i stwierdzania upadku całej umowy, z uwagi na brak możliwości jej dalszego wykonywania po wyeliminowaniu przepisów abuzywnych. Praktyka, w szczególności orzecznictwo sądów powszechnych pokazuje jednak coś innego. Odwołują się one do regulacji dyrektywnej z przytoczonego art. 6. Trybunał, z kolei, podkreśla, że upadek całej umowy jest oczywiście możliwy - w myśl odpowiednich przepisów - jednakże winien być stwierdzany wyłącznie wówczas, gdy jest to najkorzystniejsze dla konsumenta. W sprawie C-453/10 Trybunał stwierdził przecież, że jeśli upadek umowy nie będzie naruszał interesów konsumenta, jego stwierdzenie będzie możliwe¹⁷.

Na tym przykładzie widać jasno, że istnieje co najmniej kilka możliwych skutków stwierdzenia abuzywności klauzul umownych. Na stuprocentową aprobatę w tym zakresie zasługuje regulacja wielokrotnie powoływanej Dyrektywy 93/13/EWG.

Podsumowanie

Na zakończenie godzi się posłużyć następującym twierdzeniem: instytucja klauzul abuzywnych, zarówno w zakresie ich ustawowych przesłanek, jak również możliwych skutków, została błędnie transponowana do polskiego kodeksu cywilnego. Jak udało się do ukazać, nie tylko brzmienie językowe przepisów, ale przede wszystkim dodane albo pominięte ich części składowe, w stosunku do Dyrektywy 93/13/EWG, czynią problematycznym ich stosowanie.

Wiadomym jest natomiast, że wszędzie tam gdzie mamy do czynienia z wątpliwościami, należy odwołać się to zasad wykładni. Z uwagi na to, że ochrona konsumenta została zaproponowana przez Radę Wspólnot Europejskich i dalej jest wspierana przez Unię Europejską, posługiwać się w tym zakresie należy tak celami, dla których wydana została przedmiotowa dyrektywa, jak również orzecznictwem TSUE - tak w sprawach indywidualnych, jak i w zakresie zadawanych przez sądy pytań prejudycjalnych.

¹⁶ Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, Dz.U.UE.C. 2014.194.5.

¹⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10, Dz.U.UE.C. 2012.133.7.

Państwa członkowskie winny zatem tak stosować przepisy dot. abuzywności, ażeby były one jak najbardziej zgodne i bliskie celowi całej dyrektywy. Pamiętać należy jednak, że w niektórych sytuacjach znajdzie zastosowanie zasada bezpośredniego skutku i w takich przypadkach, w których dyrektywa została błędnie transponowana do porządku krajowego, obywatel w sporze z z państwem będzie mógł powołać się w sposób bezpośredni na przepisy dyrektywy, które w tym przypadku są oczywiste, przejrzyste i transparentne. Natomiast w stosunkach jednostka - jednostka nie jest możliwym zastosowanie wspomnianej zasady, dlatego też tak ważna jest wykładnia pro-dyrektywalna.

Abstract: For 26 years now all of the European Union countries should abide by the Directive 93/13 and should have already implemented it to their own legal systems. The said documents is of utmost importance, particularly within the protection of consumers and the application of abusive or prohibited clauses in contracts which create imbalance of the parties of such contracts. The losing party is obviously the consumer. The directive gives a very good, thought-through and transparent solution. Unfortunately one cannot say the same about the Polish implementation of the above act. It inevitably leads to the question: should Polish provisions be interpreted within the context of the Directive 93/13. The answer to the above is already included in judgements of the Polish courts as well as the Court of Justice of the European Union.

Key words: Court of Justice of the European Union, directive 93/13, abusive clauses, prohibited clauses, contracts.

Bibliografia/bibliography:

1. Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z dnia 21 kwietnia 1993 r., L 95/29.
2. Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, LEX, dostęp: 20.03.2019.
3. Skory M., *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, LEX, dostęp: 20.03.2019.
4. Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 r., sygn. akt: III CZP 29/17.
5. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 2018 r. poz. 1025.
6. Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz.U.2000.22.271.
7. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt: VI ACa 771/10.
8. Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: VI C 1792/17.
9. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie C-41/74, Dz.U.U.E.C.1974.133.
10. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04, Dz.U.U.E.C.2006.212.2/2.
11. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10, Dz.U.U.E.C.2012.133.7.
12. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, Dz.U.U.E.C.2014.194.5.

ZÁSADY STÁTU DO VLASTNICKÉHO PRÁVA K NEMOVITOSTEM

KNAIZL, Z.

I. Úvod

Jakékoli zásahy či omezení vlastnického práva smí být v demokratickém právním státě prováděny pouze na základě zákona. Existence takového zákona je základní premisou k tomu, aby k zásahům mohlo docházet. Tento závěr explicitně vyplývá z ust. čl. 4 Listiny základních práv a svobod. Samotný zákon jakožto produkt veřejné moci může takový zásah představovat sám o sobě, anebo lze za takový zásah považovat teprve samotnou aplikaci příslušné právní normy.

Jako příklad zásahu státu do práv k nemovitostem aplikací právní normy a současně bezesporu za nejcitelnější zásah vůbec lze považovat vyvlastnění podle zákona č. 184/2006 Sb., v důsledku kterého lze docílit omezení vlastnického práva, anebo dokonce jeho úplné odnětí.

Předmětem tohoto příspěvku však bude analýza některých případů, kdy dochází k zásahům do práv k nemovitým věcem přímo zákonem samotným, tedy jeho samotnou existencí. Mezi takové případy lze zařadit zejména zákonná předkupní práva a zákonná věcná břemena.

Jednou ze základních nosných myšlenek občanského zákoníku účinného od 1.1.2014 byla snaha napravit deformace soukromého práva totalitním systémem. Občanské zákoníky z roku 1950 a 1964 obsahovaly úpravu vyhovující principům totalitního státu a snahu omezit soukromé vlastnictví. Za taková nežádoucí omezení vlastnického práva byla považována zejména široce vymezená zákonná předkupní práva. Snahou zákonodárce v rámci rekodifikačních příprav soukromého práva bylo omezit vlastnické právo a dispozice s ním co možná nejméně. Této snaze odpovídala tendence výrazně omezit zákonná předkupní práva, resp. upravit je pouze pro vybrané případy, ve kterých je předkupním právem sledována ochrana vyšších cílů.¹

Mezi zákonná předkupní práva lze zařadit předkupní právo člena rodiny k rodinnému závodu či podílu na něm podle ust. § 704 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen jako „Obč.Z.“), předkupní právo nájemce k jednotce při jejím prvním převodu podle ust. § 1187 Obč.Z., předkupní právo stavebníka k pozemku a vlastníka pozemku k právu stavby dle § 1254 Obč.Z., předkupní právo vlastníka pozemku či stavby v případě, že se stavba nestala po 1.1.2014 součástí pozemku podle ust. § 3056 a zákonné předkupní právo spoluvlastníků dle § 1124 Obč.Z.

II. Zákonné předkupní právo spoluvlastníků

Zákonné předkupní právo spoluvlastníků je v současné době zřejmě nejvíce diskutováním dispozičním omezením ve spoluvlastnictví. Během posledních let doznal tento institut zásadního a dynamického vývoje. Zákonné předkupní právo spoluvlastníků bylo až do 31.12.2013 upraveno v ustanovení § 140 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. Podle

JUDr. Zdeněk Knaizl, Právnická fakulta Západočeské Univerzity Plzeň

¹ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník

tohoto ustanovení měli spoluvlastníci v případě převodu spoluvlastnického podílu na společné věci předkupní právo, ledaže se jednalo o převod osobě blízké.

Během přípravy navrhované rekodifikace civilního práva byly vůči předkupnímu právu spoluvlastníků vysloveny zásadní výhrady s tím, že se jedná o prvek spoluvlastnictví cizí, který standardní evropské právní úpravy neznají, přičemž bylo zdůrazněno, že případná ochrana spoluvlastníků bude realizována jiným způsobem.²

Účinností zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník bylo zákonné předkupní právo spoluvlastníků ve své původní podobě vypuštěno. Na ochranu oprávněných zájmů podílových spoluvlastníků bylo do zákona zařazeno ust. § 1124 a § 1125.

Ustanovením § 1124 odst. 1, 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění do 31.12.2017, bylo založeno předkupní právo spoluvlastníků pouze pro případy, kdy spoluvlastnictví vzniklo pořízením pro případ smrti, anebo jinou právní skutečností, kterou ostatní spoluvlastníci nemohli svojí vůlí ovlivnit. Toto předkupní právo nadto platilo pouze po dobu šesti měsíců od vzniku spoluvlastnictví. Předkupní právo nedopadalo na případy převodů ve prospěch jiného spoluvlastníka, anebo manžela, sourozence nebo příbuzného v řadě přímé.

Citované ustanovení občanského zákoníku tedy dopadalo na situace, kdy podílové spoluvlastnictví vznikne na základě jiného právního důvodu než smlouvou. Z důvodové zprávy k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník se podává, že situace, kdy spoluvlastníci neměli možnost z vlastní vůle ovlivnit svá práva a povinnosti, vyžaduje zvláštní řešení. Obdobné řešení bylo pro takové případy přijato ve Francii novelou Code civil provedenou zákonem 76-1286 z roku 1976 (čl. 815-14 CC) a po jejím vzoru přijalo obdobnou úpravu v roce 1993 Lucembursko. Německý (§ 2034 BGB) nebo italský (čl. 732) občanský zákoník znají v obdobné souvislosti zákonné předkupní právo spoludědiců pro případ převodu dědických podílů. Z důvodové zprávy dále vyplývá, že omezení spoluvlastníků má být jen dočasné, a to na dobu 6ti měsíců, což dle názoru zákonodárce na jedné straně zohledňuje podstatu a význam vlastnického práva a na straně druhé poskytuje spoluvlastníkům dostatečný časový prostor k tomu, aby nastalou situaci vyřešili dle svého uvážení.

Zásadní změnu v dosavadní koncepci zákonného předkupního práva představuje výslovné zakotvení zákonného předkupního práva i pro případy bezúplatných převodů. V těchto případech jsou podíloví spoluvlastníci oprávněni vykoupit spoluvlastnický podíl za cenu v daném místě a čase obvyklou. Obvyklou cenou se podle ust. § 2 odst. 1 zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, rozumí cena, která by byla dosažena při prodejkách stejného, popřípadě obdobného majetku nebo při poskytování stejné nebo obdobné služby v obvyklém obchodním styku v tuzemsku ke dni ocenění. Ustanovení § 1124 odst. 2 věta poslední zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, výslovně rozšiřovalo zákonné předkupní právo na případy bezúplatných převodů i na všechny další případy zákonného předkupního práva. V oblasti podílového spoluvlastnictví se jednalo o zákonné předkupní právo zakotvené ust. § 1125 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Další modifikovaný případ zákonného předkupního práva byl upraven v § 1125 odst. 1, 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění do 31.12.2017. Na rozdíl od předchozího popsaného případu, dopadalo toto předkupní právo na zemědělské závody a nebylo jakkoli časově omezeno. Z důvodové zprávy k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zá-

² ELIÁŠ, K., ZUKLÍNOVÁ, M.: Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001, s. 191.

koník, se podává, že smyslem této úpravy je především eliminace a předcházení budoucím sporům mezi spoluvlastníky, které by mohly nastat změnou v osobě spoluvlastníka.

I přes eminentní vůli zákonodárce bez dalšího vypustit zákonné předkupní právo v novém občanském zákoníku, prodloužil přechodným ustanovením § 3062 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, účinnost ust. § 140 zákona č. 40/1964 Sb., o dobu jednoho roku. „Potřeba existence § 3062 byla vyvolána nutností řešení situace spočívající v radikálním odklonu od dosavadní koncepce zákonného předkupního práva spoluvlastníků. To bylo upraveno v § 140 ObčZ 1964 velmi široce a nová právní úprava toto pojetí záměrně opustila ve prospěch principu absence zákonného předkupního práva se zákonem stanovenými výjimkami (§ 1124, 1125).“³

Doba jednoho roku byla určená k tomu, aby spoluvlastníci zvážili svoje postavení a účast ve spoluvlastnickém vztahu a případně reagovali na vypuštění zákonného předkupního práva. Za tím účelem mohli spoluvlastníci dle svých potřeby upravit spoluvlastnický vztah a předkupní právo zřídit smluvně.

Dne 1. ledna 2018 nabyla účinnosti další část zákona č. 460/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, a další související zákony (dále též jako „*novela*“). Za změnu s nejvýznamnějším dopadem do praxe, kterou tato novela přináší, lze považovat opětovné zavedení zákonného předkupního práva po vzoru ust. § 140 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. Novelou došlo ke zrušení dosavadních předkupních práv k zemědělskému závodu (viz § 1125 Obč.Z.) a časově omezeného předkupního práva pro případ, kdy k založení spoluvlastnictví došlo nezávisle na vůli spoluvlastníků (viz § 1124 Obč.Z.). Namísto těchto modifikovaných předkupních práv došlo k opětovnému zavedení zákonného předkupního práva bez ohledu na způsob nabytí spoluvlastnického podílu.

Jakkoli je opětovné zavedení zákonného předkupního práva částečným návratem k původnímu znění § 140 zákona č. 40/1964 Sb., lze již na první pohled zaregistrovat některé odchylky. Nově zavedené zákonné předkupní právo se oproti staré právní úpravě týká pouze nemovitých věcí. Předkupní právo dopadá nejenom na úplatné převody, ale explicitně je rozšířeno též na převody bezúplatné. V tomto ohledu navazuje na dosavadní koncepci zákonného předkupního práva ve spoluvlastnictví, které vzniklo pořízením pro případ smrti, anebo jinou skutečností nezávislou na vůli spoluvlastníků. Oproti dosavadní úpravě účinné do 31.12.2017 však nové ust. § 1124 nerozšiřuje možnost realizace předkupního práva na bezúplatné převody v jiných případech, tak jako tomu bylo doposud. V jiných případech zákonného předkupního práva nejsou bezúplatné převody jakkoli dotčeny, ale předkupní právo bude uplatněno toliko v případech převodů úplatných.

Z důvodové zprávy k novele se podává, že z pohledu praxe nebylo na místě opustit od 1.1.2014 dosavadní koncepci zákonného předkupního práva v podílovém spoluvlastnictví. Zákonné předkupní právo spoluvlastníků je dle názoru zákonodárce osvědčeným právním institutem, se kterým recipienti právních norem počítají. Zákonodárce dále odůvodňuje potřebu opětovného zavedení institutu zákonného předkupního práva zbytečným a nedůvodným navyšováním administrativních nákladů u těch spoluvlastníků, kteří v minulosti

³ KRÁLÍK, Michal. § 3062 [Dočasná existence zákonného předkupního práva]. In: SPÁČIL, Jiří, DOBROVOLNÁ, Eva, HANDRLICA, Jakub, HOLEJŠOVSKÝ, Josef, HORÁK, Tomáš, HRABÁNEK, Dušan, KRÁLÍK, Michal, LASÁK, Jan, NOVOTNÝ, Marek, PETR, Bohuslav, PIHERA, Vlastimil, RICHTER, Tomáš, VRZALOVÁ, Lenka. Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2013, s. 1239. ISBN 978-80-7400-499-5.

změnu zaregistrovali a reagovali na ni v souladu se zákonem, a to např. sjednáním předkupního práva dohodou. Na druhé straně novela reaguje na dosavadní aplikační problémy se zákonným předkupním právem a v ust. § 1125 zavádí možnost vzdání se předkupního práva, a to i s účinky pro právní nástupce. Citované ustanovení počítá se zápisem takového jednání do veřejného seznamu, pakliže se jedná o nemovitou věc ve veřejném seznamu zapsanou.

Zákonné předkupní právo se ukázalo jako problematické zejména v oblasti realitního trhu, a to konkrétně v případech bytového spoluvlastnictví, ve kterém je garážové stání vymezeno jako jedna jednotka ve spoluvlastnictví více osob. Pokud bude vlastník bytu (jednotky) mít vůli prodat spolu s bytem též garážové stání, bude dle nové úpravy povinen nejprve nabídnout svůj podíl na společné jednotce (garážové stání) ke koupi ostatním spoluvlastníkům. V případech, kdy některý spoluvlastník svoje předkupní právo uplatní a bude jej realizovat, hrozí zmaření celého realitního obchodu. Tento problém lze v podstatě řešit ve dvojí rovině. Vlastníci jednotek se jednak mohou dohodnout na využití postupu dle ust. § 1125 Obč.Z. a písemně se vzdát svých předkupních práv, anebo lze této problematické situaci předejít tak, že developer (vlastník pozemku) vymezí vlastnické právo ke garážovému stání jako podíl na společných částech pozemku, který není způsobilý být předmětem samostatného převodu, ale je toliko zahrnut ve vlastnictví bytové jednotky. Bohužel ani jeden z těchto způsobů není zcela vyhovující. V praxi je téměř nepředstavitelné, že se všichni subjekty bytového spoluvlastnictví dohodnou na zrušení předkupního práva. Tato možnost tak spíše představuje řešení problému jen v teoretické rovině. Pokud na druhé straně dojde k vymezení garážového stání jako podílu na společných částech, který je zahrnut ve vlastnictví příslušné jednotky, znamená tento způsob podstatný zásah do možnosti dispozice s garážovým stáním a bude *ex lege* vylučovat možnost převodu jednotky bez garážového stání.

Ministerstvo pro místní rozvoj ve spolupráci s ministerstvem spravedlnosti připravilo návrh novely občanského zákoníku, která by měla výše popsané problémy s uplatňováním předkupního práva v těchto specifických případech vyřešit. V připravené novele se navrhuje výjimka z předkupního práva ke spoluvlastnickému podílu na nebytové jednotce právě pro některé případy, kdy současně dochází k převodu jiné jednotky.

Podle nově navrhovaného ustanovení § 1188a Obč.Z. by spoluvlastníci nemovité věci neměli mít předkupní právo k převáděnému spoluvlastnickému podílu v některých případech, kdy právě jedním z nich má být shora popsáný případ garážového stání. Výjimka však má platit pouze v případě, kdy bude garážové stání vymezené jako podíl na jiné jednotce převáděné spolu s jednotkou bytovou. Předmětnou novelu občanského zákoníku dne 4. února 2019 projednala a schválila vláda, a novela tak bude předložena k projednání Poslaneckou sněmovnou. Účinnost této novely je navrhována k 1. lednu 2020, což poskytuje dostatečný časový prostor k jejímu schválení.⁴

III. Předkupní právo vlastníka pozemku či stavby

Předkupní právo vlastníka pozemku či stavby je upravené v ust. § 3056 Obč.Z. a dopadá na případy, kdy se stavba nestala po 1.1.2014 součástí pozemku. V takových případech

⁴ Závěry ohledně zákonného předkupního práva spoluvlastníků prezentoval autor na konferenci s názvem „Plzeňské dny právní vědy 2018: Aktuální otázky soukromého práva“ konané dne 3.5.2018.

má předkupní právo vlastník pozemku ke stavbě na něm postavené a vlastník stavby k pozemku, na kterém byla stavba umístěna. Toto speciální předkupní právo úzce souvisí se zásadou *superficies solo cedit*, nebo-li povrch ustupuje půdě. Tato zásada je v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, promítnuta v ustanovení § 506. Podle citovaného ustanovení občanského zákoníku se za součást pozemku považuje prostor nad povrchem i pod povrchem, stavby zřízené na pozemku a jiná zařízení s výjimkou staveb dočasných, včetně toho, co je zapuštěno v pozemku nebo upevněno ve zdech. V důsledku zavedení této zásady se tedy staly všechny stavby až na zákonem stanovené výjimky součástí pozemku. Jakkoli zavedení této zásady není úplnou novinkou v právních řádech, když uvedenou zásadu znalo již právo římské, zcela určitě představuje její zavedení zásadní význam v oblasti práva nemovitostí. Právní úprava po 1. lednu 2014 doznala v tomto směru stěžejní změny oproti dřívější právní úpravě obsažené v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, která byla postavena na zásadě zcela opačné, tedy na zásadě *superficies solo non cedit*, nebo-li stavba není součástí pozemku (viz ust. § 120 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník).

Jak bylo již řečeno shora zásada *superficies solo cedit* je účinná od 1. ledna 2014. V souladu s touto zásadou se staly stavby součástí pozemků, na kterých byly postavené. Podle ust. § 3055 Obč.Z. se stavby, které byly postaveny na cizích pozemcích před 1. lednem 2014, nestanou součástí pozemku, ale budou nadále samostatnou věcí v právním smyslu. Automatická aplikace citované zásady vyjádřené v ust. § 506 Obč.Z. bez výjimek by měla za následek ztrátu vlastnického práva v řadě případech, kdy byla vlastníkem stavby osoba odlišná od vlastníka pozemku.⁵ Právě v těchto případech, kdy se stavby nestaly součástí pozemků, platí zákonné předkupní právo vlastníka stavby k pozemku a naopak. Důvodem zakotvení předkupního práva vyplývajícím z důvodové zprávy k občanskému zákoníku je snaha o naplnění shora citované zásady *superficies solo cedit*.

IV. Konflikt předkupních práv

V návaznosti na shora popsané dva případy zákonných předkupních práv se nabízí otázka, které zákonné předkupní právo bude mít v případě jejich konfliktu přednost. Vezmeme-li do úvahy situaci, kdy se stavba na cizím pozemku nestala po 1. lednu 2014 jeho součástí, platí zákonné předkupní právo vlastníka stavby k pozemku a naopak.⁶ Pokud by taková stavba či pozemek byly ve spoluvlastnictví více osob, bude podle ust. § 1124 Obč.Z. platit také zákonné předkupní právo spoluvlastníků. V této souvislosti tedy vystává zásadní teoretická a praktická otázka, které předkupní právo bude uplatněno pro případ převodu podílu některého spoluvlastníka např. podílu na stavbě, která je samostatnou věcí v právním smyslu. Tato otázka nabývá na významu právě v souvislosti s novelou provedenou zákonem č. 460/2016 Sb. a dosud nebyla judikatorně řešena.

Dle názoru autora tohoto článku by měl být shora popsaný konflikt řešen ve prospěch zákonného předkupního práva spoluvlastníků, neboť nedochází k převodu věci jako celku, ale toliko podílu na společné věci. Na nedostatky tohoto přístupu však upozorňuje M. Králík, který celkem logicky namítá, že toto řešení pozbývá svoje *ratio* v případech, kdy stavba i pozemek nebudou ve spoluvlastnictví, ale ve výlučném vlast-

⁵ KINDL, T. § 3054. in ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI.* Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, s.1392.

⁶ viz ust. § 3056 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

nictví dvou odlišných osob a vlastník stavby se rozhodne převést pouze podíl na svojí věci a nikoli věc jako celek.⁷

V návaznosti na námitku M. Králíka se nabízí otázka, zda lze uvažovat o aplikaci předkupního práva vlastníka pozemku v případě převodu podílu na stavbě, která je do té doby výlučným vlastnictvím jen jednoho subjektu. Pokud se budeme držet striktního výkladu závěrů, které nás shora vedly k vyřešení konfliktní situace dvou předkupních práv ve prospěch zákonného předkupního práva spoluvlastníků pro případ převodu podílu, neboť podílem nedochází k převodu věci jako celku, mohli bychom dojít k závěru, že zákonné předkupní právo vlastníka pozemku nebude tyto případy převodů postihovat. Autor tohoto článku se však domnívá, že takový závěr by byl v rozporu s účelem zákonné úpravy a úmyslem zákonodárce směřujícím k naplnění zásady *superficies solo cedit*. Z tohoto důvodu se autor domnívá, že shora naznačená situace, na kterou poukazuje M. Králík, by měla být vyřešena ve prospěch předkupního práva vlastníka pozemku, neboť převodem podílu dochází ke změně vlastnictví věci ke které je zřízeno zákonné předkupní právo. Nejméně dochází ke změně typu vlastnictví z výlučného na spoluvlastnictví. Tento závěr však nic nemění na tom, že v případě převodu podílu na věci, která je v podílovém spoluvlastnictví by mělo mít přednost zákonné předkupní právo spoluvlastníka před zákonným předkupním právem vlastníka pozemku či stavby. Nastane-li totiž konflikt těchto dvou předkupních práv, mělo by být zohledněno to, že primárně dochází ke změnám ve struktuře spoluvlastnictví, což se ostatních spoluvlastníků bezprostředně dotýká a může mít vliv na realizaci jejich práv ze spoluvlastnictví plynoucích. Teprve v případech, kdy je stavba ve výlučném vlastnictví jedné osoby, mělo by platit zákonné předkupní právo vlastníka pozemku, a to bez ohledu na to, zda dochází k převodu stavby jako celku, anebo pouze podílu na této nemovité věci.

V. Závěr

Závěrem lze konstatovat, že občanský zákoník upravuje celou řadu zákonných předkupních práv, která omezují vlastnické právo recipientů právních norem. Vystává tedy pochybnost nad tím, zda se skutečně podařilo napravit totalitní křivdy v novodobé civilistice, neboť ani občanský zákoník z roku 1964 neobsahoval takové množství zákonných předkupních práv jako právě občanský zákoník účinný od roku 2014. Na druhé straně je však třeba vidět, že zákonná předkupní práva byla zakotvena jen v takových případech, ve kterých zjevně převyšuje zájem chráněný předkupním právem nad neomezenou dispozicí s vlastnictvím.

S velkým otazníkem však zůstává znovuzavedení zákonného předkupního práva spoluvlastníků. Zákonodárce vrátil tento institut zpět do našeho právního řádu po jednom roce od jeho zrušení. Doba jednoho roku potom není dle názoru autora tohoto článku dostatečnou k posouzení dopadů nové právní úpravy. Ani důvodová zpráva potom k novele provedené zákonem č. 460/2016 Sb. neobsahuje přesvědčivou argumentaci jdoucí ve prospěch opětovného zavedení tohoto předkupního práva, tím spíše v tak krátké době. S opětovným zavedením zákonného předkupního práva je spojena celá řada praktických problémů, které do jisté míry snad budou řešeny novou novelou občanského zákoníku, která již byla dne

⁷ KRÁLÍK, M.. Podílové spoluvlastnictví: přechodná ustanovení a judikatura Nejvyššího soudu. Bulletin advokacie. 2017, č. 4, s. 28-33

4. února 2019 projednána a schválena vládou. Ostatní výkladové či aplikační problémy budou muset být řešeny právní teorií či soudní praxí.

Abstract: The focus of this chapter is to cover the restrictions of property rights in real estate by the government. This paper will analyze selected civil law institutes that interfere and limit the property rights of individuals. In this case and where we will give due attention, one of the most important institute is the legal preemption right. This paper will also reflect on the effectiveness and suitability of selected institutes, especially taking into account the fundamental principles of private law and the key ideas of the civil code effective from 2014.

Key words: civil code, ownership, co-ownership, real estate, pre-emptive right, intervention, limitations

Použitá literatura a zdroje:

- Eliáš, K., Zuklínová, M. Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001, s. 191.
- SPÁČIL, Jiří, DOBROVOLNÁ, Eva, HANDRLICA, Jakub, HOLEJŠOVSKÝ, Josef, HORÁK, Tomáš, HRABÁNEK, Dušan, KRÁLÍK, Michal, LASÁK, Jan, NOVOTNÝ, Marek, PETR, Bohuslav, PIHERA, Vlastimil, RICHTER, Tomáš, VRZALOVÁ, Lenka. Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2013, s. 1239. ISBN 978-80-7400-499-5.
- Švestka, J.; Dvořák, J. a kol. Občanský zákoník. Komentář. Svazek VI. Praha: Wolters Kluwer, a. s., 2014, s.1516.
- MICHAL, Králík. Podílové spoluvlastnictví: přechodná ustanovení a judikatura Nejvyššího soudu. Bulletin advokacie. 2017, č. 4, s. 28-33
- Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník

