



MASARYKOVA UNIVERZITA

PRÁVNICKÁ FAKULTA

Katedra právní teorie

Katedra občanského práva

NOVÉ TRENDY V SOUDCOVSKÉ TVORBĚ PRÁVA

**Miloš Večeřa, Jan Hurdík,
Martin Hapla a kolektiv**

NOVÉ TRENDY V SOUDCOVSKÉ TVORBĚ PRÁVA

Miloš Večeřa, Jan Hurdík, Martin Hapla a kolektiv

Masarykova univerzita
Brno 2015

Vzor citace:

VEČEŘA, Miloš ; HURDÍK, Jan ; HAPLA, Martin a kolektiv. Nové trendy v soudcovské tvorbě práva. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2015. 343 s. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia č. 541. ISBN 978-80-210-8074-4.

Katalogizace v knize – Národní knihovna ČR

Večeřa, Miloš

Nové trendy v soudcovské tvorbě práva / Miloš Večeřa, Jan Hurdík, Martin Hapla a kolektiv. – 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2015. - 343 stran. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia ; svazek č. 541. ISBN 978-80- 210-8074-4.

342.537.3/.5* 347.99* 347.962* 340.12* 340*

- zákonodárství
- soudnictví
- soudci
- teorie práva
- právní věda
- kolektivní monografie

34– Právo [16]

Tato publikace byla financována z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum v rámci projektu Nové trendy v soudcovské tvorbě práva (Kód projektu: MUNI/A/1287/2014; Řešitel: Mgr. Martin Hapla), kterou poskytlo MŠMT v roce 2015.

Recenzent: JUDr. Jan Tryzna, Ph.D.

© 2015 Miloš Večeřa, Jan Hurdík, Martin Hapla, Petr Coufalík, Lukáš Hlouch, Vít Křížka, Petr Lavický, Michal Malaník, Tereza Pondikasová, Vojtěch Pospíšil, Kateřina Ronovská, Monika Stachoňová

© 2015 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8074-4

Obsah

AUTORSKÝ KOLEKTIV.....	9
PŘEDMLUVA.....	11
1 ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA	
SOUDCOVSKÉ TVORBY PRÁVA.....	13
1.1 Pojem soudcovské tvorby práva.....	13
1.1.1 Soudní rozhodnutí jako součást objektivního práva.....	13
1.1.2 Interpretace zákona a dotváření práva.....	18
1.1.3 Různé podoby dotváření práva.....	26
1.2 Postavení judikatury: nezávazná interpretace nebo pramen práva?..	33
1.2.1 Vymezení pojmů judikatura, závaznost a prameny práva v českém právním prostředí.....	34
1.2.2 Krátké připomenutí zahraničních přístupů pojmání normativity soudních rozhodnutí.....	37
1.2.3 Vývoj pojmání normativity judikatury v českém právním prostředí....	39
1.2.3.1 <i>Precedent jako pramen práva v kontinentální právní kultuře?</i>	40
1.2.3.2 <i>Faktory ovlivňující normativní sílu soudních rozhodnutí</i>	41
1.2.4 Předvídatelnost soudního rozhodování jako výchozí bod závaznosti judikatury v českém právním prostředí.....	44
1.2.4.1 <i>Předvídatelnost soudního rozhodování v judikatuře vrcholných soudů</i>	45
1.2.4.2 <i>Konstantnost (ustálenost) jako základ normativity judikatury</i>	48
1.2.5 Koncepce normativity judikatury po rekodifikaci soukromého práva.....	57
1.2.6 <i>Závěr</i>	63
1.3 Soudcovská tvorba práva v kontextu postmoderny.....	64
1.3.1 Úvod.....	64
1.3.2 Soudcovská tvorba práva.....	65
1.3.3 Postmoderní kontext soudcovské tvorby práva.....	70
1.3.4 Evropeizace jako stimul soudcovské tvorby práva.....	73
1.3.5 Limity soudcovské tvorby práva.....	74
1.4 Dělbá moci a legitimita soudcovské tvorby práva.....	76
1.4.1 Základní otázky.....	76
1.4.2 Na co Montesquieu (ne)přišel.....	78
1.4.3 Konceptualizace dělby moci a neurčitost v jejím pozadí.....	80
1.4.4 Proměny dělby moci a jejich relevance.....	83
1.4.5 Soudnictví jako samostatná moc?.....	85
1.4.6 Pojem legitimacy a konceptualizace jejího vztahu k dělbě moci a soudcovské tvorbě práva.....	87

1.4.7	Mezi vstupní a výstupní legitimitou, odbornost soudce jako legitimizační důvod	89
1.4.8	Důvody akceptace soudcovské tvorby práva	91
1.4.9	Co koriguje soudcovskou tvorbu práva?	94
1.4.10	Legitimita soudcovské tvorby práva bez dělby moci?	95
1.5	Trendy pojetí spravedlnosti v soukromém právu hmotném a civilním procesu.....	97
1.5.1	Spravedlnost jako východisko, proces fungování i cíl práva	97
1.5.2	Odras spravedlnosti v Návrhu společného referenčního rámce (DCFR) a nejnovější projekty hledání spravedlnosti	102
1.5.3	Možnosti sblížení spravedlnosti soukromého práva a civilního procesu?	105
1.5.4	Vliv konstitucionalizace soukromého práva na podobu spravedlnosti	113
1.5.5	Závěr.....	119
2	„PRÁVNÍ PROSTOR“ PRO SOUDCOVSKOU TVORBU PRÁVA: APLIKACE JUDICIÁLNÍCH TESTŮ V ROZHODOVACÍ ČINNOSTI SOUDŮ	121
2.1	Úvod.....	121
2.2	Dotváření práva a judiciální testy.....	121
2.3	Dělení judiciálních testů	122
2.4	Přiměřenost (proporcionalita) a judiciální testy.....	124
2.4.1	Proporcionalita jako právní princip	124
2.4.2	Judiciální testy založené na principu proporcionality.....	126
2.4.2.1	<i>Tříkrokový test proporcionality.....</i>	<i>126</i>
2.4.2.2	<i>Redukované algoritmy založené na proporcionalitě.....</i>	<i>128</i>
2.4.3	Speciální judiciální testy	130
2.5	Judiciální testy a předporozumění interpreta	135
2.5.1	Dogmatizace judiciálních testů – výmluva, anebo hrozba soudcovské nezávislosti?	135
2.5.2	Hermeneutická svoboda interpreta a judiciální testy	137
2.6	Závěr	139
3	INSTITUCIONÁLNÍ HLEDISKO: KTERÉ SOUDY A JAKOU CESTOU DOTVÁŘEJÍ PRÁVO?..	141
4	ZMĚNY JUDIKATURY	145
4.1	Požadavek předvídatelnosti soudního rozhodování	145
4.2	Institucionální a procedurální nástroje předvídatelnosti soudního rozhodování.....	147

4.3	Změny judikatury (overruling)	148
4.3.1	Omezování změn judikatury v českém právním prostředí	150
4.3.1.1	<i>Důvody pro odchýlení se od (ustálené) judikatury</i>	151
4.3.1.2	<i>Postup odchýlení se od precedentu (ustálené judikatury)</i>	153
4.3.2	Odchýlení se od vlastní rozhodovací praxe Ústavním soudem.....	154
4.3.3	Odchýlení se od vlastní ustálené rozhodovací praxe Nejvyšším soudem.....	157
4.3.4	Odchýlení se od vlastní ustálené rozhodovací praxe Nejvyšším správním soudem	161
4.3.5	Odchýlení se soudy nižších stupňů od ustálené rozhodovací praxe	163
4.3.6	Odchýlení se od rozhodnutí Ústavního soudu nejvyššími soudy	164
4.3.6.1	<i>Reflektování judikatury Ústavního soudu Nejvyšším správním soudem</i>	164
4.3.6.2	<i>Reflektování judikatury Ústavního soudu Nejvyšším soudem</i>	167
4.4	Problematické aspekty změn judikatury	170
4.4.1	Možné důsledky změny judikatury soudů.....	170
4.4.2	Jak překonat závěr přijatý procedurou pro změnu judikatury?	173
4.4.3	Předkládat nebo nepředkládat velkému/rozšířenému senátu?	175
4.4.4	Rekodifikace soukromého práva a změny judikatury.....	176
4.5	Závěr	177
5	ČÍM JE SOUDCOVSKÁ TVORBA PRÁVA OVLIVŇOVÁNA?.....	179
5.1	Význam empirického výzkumu v metodologii právní interpretace	179
5.1.1	Úvod	179
5.1.2	Empirický výzkum.....	180
5.1.2.1	<i>Metody a zaměření empirického výzkumu</i>	181
5.1.3	Interpretace.....	183
5.1.3.1	<i>Metodologie právní interpretace</i>	184
5.1.3.2	<i>Ostatní vlivy</i>	189
5.1.3.3	<i>Limity interpretace</i>	190
5.1.3.4	<i>Soudní improvizace</i>	192
5.1.4	Důležitost provedení empirického výzkumu v metodologii právní interpretace	195
5.2	Faktory ovlivňující soudce při jeho rozhodovací činnosti	199
5.2.1	Nutná soudcovská normotvorba	205
5.2.2	Dobrovolná soudcovská normotvorba	208
5.2.3	Motivace k soudcovskému aktivismu	209
5.2.4	Ekonomické teorie soudcovské normotvorby.....	211
5.2.5	Jak soudci tvoří právo?.....	215
5.2.6	Kritika soudcovského aktivismu	219
5.3	Vliv médií na současné soudní rozhodování.....	221
5.3.1	Média, společnost a právo	223
5.3.1.1	<i>Vztah médií a právního systému</i>	223
5.3.2	Vliv médií na společnost.....	226

5.3.3	Vztah médií a soudnictví	232
5.3.3.1	<i>Možnosti spolupráce soudců s médii</i>	235
5.3.4	Závěr	238
6	SOUDCOVSKÁ TVORBA PRÁVA V APLIKAČNÍ PRAXI	239
6.1	K významu soudní judikatury při dotváření nadačního práva v Evropě ve čtyřech „obrazech“	239
6.1.1	Úvodem	239
6.1.2	Obraz 1: Případ „Städel“ („Städel-fall“) a jeho význam (pro nejen německou právní vědu 19. století)	241
6.1.3	Obraz 2: Liberalizace nadačního práva v Nizozemí	245
6.1.4	Obraz 3: Judikatorní dovození použitelnosti principů evropského práva pro nadace	247
6.1.5	Obraz 4: Funkcionální přístup Soudního dvora ESVO aneb na čem opravdu záleží?	251
6.1.6	Závěrečné shrnutí	253
6.2	Soudcovské dotváření procesního práva	254
6.2.1	Úvodem	254
6.2.2	Dotváření procesního práva a jeho odůvodnění	255
6.2.3	Legitimační důvod pro dotváření procesního práva	260
6.2.4	Postup při dotváření procesního práva	264
6.2.5	Test rovného zacházení účastníků řízení	269
6.2.6	Jednotlivé případy dotváření procesního práva	273
6.2.6.1	<i>Problematika práva na přístup ke soudu</i>	273
6.2.6.2	<i>Problematika pravomoci a příslušnosti soudu</i>	275
6.2.6.3	<i>Problém chybějící procesní úpravy pro vedení řízení</i>	279
6.2.7	Závěrem	290
6.3	Dotváření práva na rovné zacházení Soudním dvorem Evropské unie	290
6.3.1	Pojetí pohlaví v judikatuře Soudního dvora EU	294
6.3.2	Zdravotní postižení v judikatuře Soudního dvora EU	301
6.3.3	Odvozená diskriminace	308
6.3.4	Limity zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti	311
	SUMMARY	315
	LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE	317
	REJSTRÍK	343

Autorský kolektiv

Mgr. Petr Coufalík: kap. 6.2;

Mgr. Martin Hapla: kap. 1.4;

JUDr. Lukáš Hlouch, Ph.D.: kap. 2;

prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.: kap. 1.5;

Mgr. Vít Křížka: kap. 5.2;

JUDr. Petr Lavický, Ph.D.: kap. 1.1, 3;

Mgr. Michal Malaník: kap. 5.1;

Mgr. Tereza Pondikasová: kap. 1.2, 4;

Mgr. Vojtěch Pospíšil: kap. 6.3;

doc. JUDr. Kateřina Ronovská, Ph.D.: kap. 6.1;

Mgr. Bc. Monika Stachoňová: kap. 5.3;

prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.: kap. 1.3.

Předmluva

Je nezpochybnitelné, že v posledních letech stojí v popředí zájmu české právní vědy metodologické otázky, zejména vztahující se k interpretaci práva.¹ Byla tak již věnována značná pozornost jak tradičnímu argumentačnímu instrumentáriu právníka, tak i některým moderním, inovativním metodám jako například testu proporcionality. Nejednou přitom před čtenými autory vyvstala otázka, s jak velkou volností by měl soudce při své rozhodovací činnosti postupovat, a v návaznosti na to problém, co je ještě interpretací práva a co už jeho tvorbou. Lze považovat za velkou škodu, že doposud chyběla ucelená práce, která by sumarizovala poznatky právě na tomto poli. Stalo se proto ambicí našeho autorského kolektivu tuto mezeru zaplnit.

Kolektivní monografie, která se tímto dostává čtenáři do rukou, je výsledkem spolupráce Katedry právní teorie a Katedry občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, jež rozhodně nebyla náhodná. Cílem autorů totiž bylo nejen postihnout základní teoretické kontury zkoumané problematiky, ale také naznačit alespoň některé jejich implikace v konkrétních právních odvětvích. Bylo přirozené, že volba padla zrovna na oblast občanského práva, které tradičně představuje základní kámen celého práva soukromého a zároveň – v souvislosti s jeho rekonstrukcí – přináší celou řadu nových výzev.

Naznačeným idejím odpovídá i struktura výsledné monografie. Úvodní kapitola předkládá čtenáři základní východiska soudcovské tvorby práva – zabývá se jejím pojmem, který se pokouší začlenit i do širších kontextů, ať už postmoderní filosofie, aktuálních proměn na poli dělby moci nebo vývoje spravedlnosti v soukromém právu hmotném a procesním. Následující kapitoly zkoumající vztah soudcovské tvorby práva a judičiálních testů, otázku, které soudy a jakým způsobem dotvářejí právo. Opomenuta nezůstává ani problematika změn judikatury. Obsáhlá pátá kapitola se věnuje

¹ Na tomto místě se sluší vzpomenout řadu vynikajících kolektivních monografií z produkce Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Ať už se jednalo o práci *Teorie a praxe tvorby práva, Metodologie interpretace práva a právní jistota* nebo *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu*, vesměs představovaly svým obsahem i zpracováním cenný zdroj inspirace pro autory této publikace.

faktorům, které ovlivňují soudcovské rozhodování, a to včetně zatím dostatečně nerefléktovaného vlivu médií. Celou monografii uzavírá závěrečná část pojednávající o některých praktických projevech soudcovské tvorby práva, ať už v oblasti civilního práva procesního, nadačního práva nebo práva na rovné zacházení.

Předložená práce tak v sobě shrnuje pestrou paletu témat i přístupů, které usilují o to poskytnout alespoň relevantní průřez zkoumanou problematikou, když už ji nejsou schopny vzhledem k její obrovské šíři vyčerpát. Jménem celého autorského kolektivu budiž mi dovoleno na závěr vyslovit skromné přání, ať je její rozmanitost stimulující, ať skýtá čtenářům dostatek zajímavých podnětů a přispěje tak k dalšímu prohloubení vědeckého zájmu o soudcovské rozhodování a jeho kontexty.

Za kolektiv autorů Martin Hapla

1 ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA SOUDCOVSKÉ TVORBY PRÁVA

1.1 Pojem soudcovské tvorby práva

1.1.1 Soudní rozhodnutí jako součást objektivního práva

Při charakteristice evropského kontinentálního právního systému bývá často kladen důraz na to, že jde o systém psaného práva, v němž mají ostatní prameny jenom subsidiární povahu, a pro jehož ryzí pojetí je typické, že vylučuje soudcovskou tvorbu práva. Soudce nemá právo tvořit, ale pouze nalézat. V angloamerickém systému to má platit právě naopak: soudce právo nejenom nalézá, ale také tvoří.² Realita dnešního každodenního života však ukazuje, že leccos je jinak: i na evropském kontinentu hrají významnou roli nepsané prameny práva, a činnost soudce zdaleka nespočívá jenom v tom, že právo nalézá. Ostatně sám V. Knapp, jenž je autorem shora parafrázované charakteristiky, stanovisko vylučující v kontinentálním právním systému soudcovskou tvorbu práva nesdílel, a to nejen v pozdějších, ale ani ve svých dřívějších dílech.³

Především ani na evropském kontinentu již dávno neplatí zmíněná teze o výlučnosti psaného práva.⁴ Nepochybně ji vyvrací role, která v právním řádu připadá právním principům: „...pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti... V systému psaného práva má přitom obecné právní pravidlo charakter samostatného pramene práva pouze *preater legem* (čili, pokud psané právo nestanoví jinak). I v českém právu takto platí a je běžně

2 KNAPP, V. *Velké právní systémy*. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 112, 164-165.

3 KNAPP, V. *Velké právní systémy*. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 57. KNAPP, V. *Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích*. Právník, 1969, s. 91 a násl.

4 Byť se jí dokonce i ve vztahu k novému soukromému právu dovolává aktuální literatura. Viz SALAČ, J. In Dvořák, J. – ŠVESTKA, J. – ZUKLÍNOVÁ, M. *Občanské právo hmotné 1*. Praha: Wolters Kluwer, s. 120. Naproti tomu několik let předtím podrobuje tezi o výlučnosti psaného práva kritice PULKRÁBEK, Z. K problému otevřenosti (psaného) práva a možnostem jeho dotváření. *Právník*, 2000, č. 11, s. 1025 a násl.

aplikována řada obecných právních principů, které nejsou výslovně obsaženy v právních předpisech. Příkladem je právní princip, dle něhož neznalost práva neomlouvá, nebo princip nepřípustnosti retroaktivity, a to nejenom pro odvětví práva trestního. Jiným příkladem jsou výkladová pravidla *a contrario*, *a minore ad maius*, *a maiore ad minus*, *reductio ad absurdum* apod. Dalším, a to moderním ústavním nepsaným pravidlem, je řešení kolize základních práv a svobod principem proporcionality...“ (Pl. ÚS 33/97). Právní principy jsou přitom (nepsaným) pramenem práva ze své vlastní právní síly, a nikoliv proto, že na ně zákon v konkrétním případě odkáže.⁵

Zatímco o nastíněné roli právních principů dnes již pochybuje málokdo, názory na postavení soudních rozhodnutí se různí. V české literatuře se často vyskytuje tvrzení, že rozhodnutí nemohou být pramenem práva, ale na straně druhé se vyzdvihuje význam rozhodnutí vyšších soudů pro rozhodovací praxi soudů nižších,⁶ popř. se charakterizují jako prameny poznání práva, prameny práva v právně-sociologickém smyslu nebo se zdůrazňuje jejich faktická důležitost. O praktickém významu ustálené rozhodovací praxe zejména vrcholných soudních orgánů nemůže být samozřejmě nejmenších pochyb. Tím se však nic neříká k otázce, zda soudní rozhodnutí může mít také povahu normativní, tj. zda může být obecně závazné, a pokud ano, za jakých předpokladů.

Soudní rozhodnutí jsou vždy především konkrétními rozsudečnými normami, zakládajícími mezi stranami procesněprávní vztahy, jejichž obsahem je jednoznačná úprava sporných práv a povinností stran.⁷ Výrok rozhodnutí představuje závěr o konkrétní projednávané věci, který soud učinil poté, co zjištěné skutečnosti podřadil pod rozhodné právo. Rozhodnutí o žalobou uplatněném nároku se vzhledem k subjektivním mezím právní moci nemůže principiálně týkat nikoho jiného než stran (krom věcí

⁵ Hrubě nesprávný je proto krajně pozitivistický názor vyjádřený v R 40/2006, podle nějž má dobrá víra význam jenom tehdy, stanoví-li to zákon. Ostatně, jak bylo možno očekávat, toto stanovisko před Ústavním soudem neobstálo (Pl. ÚS 78/06). K roli právních principů viz především KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

⁶ SALAČ, J. In: DVOŘÁK, J. – ŠVESTKA, J. – ZUKLÍNOVÁ, M. Op. cit., s. 121, ale také řada dalších učebnicových výkladů.

⁷ MACUR, J. *Problémy vzájemného vztahu práva procesního a hmotného*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 112, nebo s. 130, či 132.

statusových).⁸ Obecnějšího významu nemohou mít ani zjištěné skutečnosti, neboť ty se vždy vztahují ke konkrétní individuální věci. Rámec projednávané věci však může přesáhnout právní názor, který soud v odůvodnění svého rozhodnutí vyslovil. Případné normativní účinky se tedy nemohou vztahovat k výroku rozhodnutí, ale jedině k té části odůvodnění, v níž byl vysloven určitý právní názor.

Právní názor by však neměl spočívat v pouhém parafrázování jasného textu zákonného ustanovení. O normativním významu takového právního názoru by nemělo smyslu uvažovat, neboť se jím nepřináší nic nového oproti jednoznačnému znění zákona. O tzv. soudcovském právu (*Richterrecht*) lze proto uvažovat pouze vzhledem k normativním větám, které jsou součástí odůvodnění soudního rozhodnutí, a nespočívají přitom jenom v pouhém opakování pozitivněprávních předpisů; co do míry abstrakce se tyto normativní věty nacházejí mezi zákonnými pravidly a rozhodnutím jednotlivého případu.⁹

Názory na to, zda se soudcovskému právu v uvedeném smyslu přiznají normativní účinky, se různí. Franz Bydliński¹⁰ je shrnuje do několika skupin:

- první extrémní názor představuje tradiční pojetí vycházející se shora nastíněné představy o evropském kontinentálním právním systému: soudní rozhodnutí nejsou ničím víc, než jenom pramenem poznání práva;
- opačným extrémem je přístup, který považuje veškeré soudcovské právo za právně relevantní a nakládá s ním jako se závazným; argumentace se různí (např. skutečnou normou je až rozhodnutí, neboť zákon je pouhým programem);
- za méně extrémní považuje stanovisko, které soudcovské právo staví naroveň zákonu, tj. nakládá s oběma jako s rovnocennými prameny; konkrétní varianty se rozcházejí v tom, že se soudcovské právo bere buď za součást obyčejového práva, nebo za vlastní svébytný pramen;
- sám F. Bydliński se přiklání k prostřední variantě o omezené, tj. subsidiární závaznosti soudcovského práva.

⁸ K problematice právní moci v naší literatuře viz především DVOŘÁK, B. *Právní moc civilních soudních rozhodnutí*. Praha: C. H. Beck, 2008, a MACUR, J. *Základní otázky právní moci civilních soudních rozhodnutí*. Brno: UJEP, 1972.

⁹ BYDLIŇSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřacoval P. Bydliński). Wien: Facultas, 2012, s. 116. BYDLIŇSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991 (dotisk 2011), např. s. 501-502.

¹⁰ BYDLIŇSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřacoval P. Bydliński). Wien: Facultas, 2012, s. 120 a násl. BYDLIŇSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991 (dotisk 2011), např. s. 502 a násl.

Závěr o soudcovském právu jako subsidiárním pramenu je poměrně rozšířen. Např. ve švýcarské literatuře obdobně E. A. Kramer označuje ustálené soudcovské právo vytvářené nejvyššími soudy za subsidiární (zákon doplňující) pramen práva (popř. pramen práva svého druhu).¹¹ V rakouské literatuře lze odkázat na závěry, k nimž dospěl syn Franze Bydliinského, Peter, jenž je významným civilistou. P. Bydliński vyslovuje s odkazem na ústavní zásadu dělby moci závěr, že soudcovské rozhodnutí pramenem práva není; formuluje jej ale jako zásadu. Zároveň však upozorňuje na problém právních otázek, které nelze jenom na základě zákona jednoznačně řešit. Soudy jsou v takové situaci samozřejmě povinny být co nejvíce věrny zákonu a rozumu. Musí proto použít všechny uznávané metody nalézání práva, aby dosáhly řešení, které se co nejvíce blíží zákonu. Dokonce pokud již takovou otázku posoudil Nejvyšší soud, nelze mu upřít právo, aby po důkladném uvážení v obdobné věci dospěl k odchýlnému řešení. V tom podle P. Bydliinského spočívá smysl § 12 ABGB, který soudním rozhodnutím odpírá moc zákona. Jiná je však situace, kdy soudce rozhodující obdobnou věc má pouze slabší či silnější pocit, že by věc měla být posouzena jinak, ale nemá pro odchýlení se od zastávaného řešení žádné lepší argumenty. V takovém případě – není-li již vyslovený názor jenom ojedinelý – by měl na něm setrvat. V tomto smyslu považuje P. Bydliński soudcovské právo za subsidiární pramen práva.¹²

Bydliinského řešení lze odůvodnit poukazem na právní jistotu, jejímž jádrem je vždy předvídatelnost práva. Ta v sobě zahrnuje nejen předvídatelnost tvorby práva, ale také jeho interpretace a aplikace. Bere-li se princip právní jistoty skutečně vážně, pak je jakákoliv změna rozhodovací praxe vždy narušením tohoto principu, a měla by proto být učiněna jenom tehdy, pokud v testu proporcionality mohou důvody vedoucí ke změně převážit nad imperativem předvídatelnosti interpretace a aplikace práva. Druhým významným principem, jenž zjevně může být odklonem od rozhodovací praxe narušen, je princip rovnosti, z něž vyplývá požadavek na to, aby obdobné věci byly posuzovány obdobně.

¹¹ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 246-248.

¹² BYDLINSKI, P. *Bürgerliches Recht*. Band I. Allgemeiner Teil. 5. vydání. Wien – New York: Springer, 2010, s. 14-15.

Těchto souvislostí si všímá také dnes již poměrně hojná judikatura Ústavního soudu, jež se vyslovuje k tomu, za jakých předpokladů lze přistoupit ke změně rozhodovacího kursu. Z poslední doby lze odkázat na nálezy II. ÚS 1219/14, jež s odkazem na předchozí nálezy tyto předpoklady sumarizuje. Podává se z něj, že odklon od dosavadní judikatury nesmí postrádat racionální odůvodnění (jinak by šlo o svévoli). Ke změně rozhodovací praxe může dojít nejen při změně právní úpravy, ale také při nezměněné právní úpravě v návaznosti na vývoj sociální reality nebo techniky, s nimiž jsou spjaty změny v hodnotových akcentech společnosti. I v případě, že taková změna nenastane, se neupírá soudům právo překonat nesprávný právní názor. Obezřetně je však zapotřebí postupovat, má-li v takovém případě být změněn právní názor soudů, jejichž posláním je sjednocování rozhodovací praxe: „Ke změně rozhodovací soudní praxe, zvláště jde-li o praxi nejvyšší soudní instance povolání i k sjednocování judikatury nižších soudů, je ovšem třeba přistupovat opatrně a při posuzování jednotlivých případů tak, aby nebyl narušen shora uvedený princip předvídatelnosti soudního rozhodování a aby skrze takovou změnu nebyl popřen požadavek na spravedlivé rozhodnutí ve smyslu respektu k základním právům účastníků řízení.“

Rovněž nový občanský zákoník si problematiky změny rozhodovací praxe všímá v § 12.¹³

Význam rozhodovací praxe však jde ještě dále. Judikatura se považuje také za tzv. zákon v materiálním smyslu. Viz z poslední doby I. ÚS 2906/12: „Ústavní soud považuje za zákon v materiálním smyslu i ustálenou judikaturu soudů (srov. např. nálezy ze dne 8. června 2006, sp. zn. II. ÚS 93/05). To platí i se zřetelem k judikatuře Evropského soudu pro lidská práva (srov. například rozhodnutí Kruslin proti Francii ze dne 24. 4. 1990, Müller a další proti Švýcarsku ze dne 24. 5. 1988, Markt Intern Verlag GmbH a Klaus Beermann proti SRN ze dne 20. 11. 1989 a další)... Pokud tedy obecné soudy nereflktují judikaturou nalezená kritéria, tedy zákonná kritéria v materiálním smyslu, dopouštějí se libovůle, a tudíž i porušení základního práva na spravedlivý proces. Smyslem toho je zejména garance předvídatelnosti rozhodování obecných soudů, a tím ochrana principu právní jistoty, tedy

¹³ K němu viz LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 109 a násl.

ochrana základního práva na právní jistotu podle čl. 1 odst. 1 Ústavy (podřazení pod pojem právní stát)“. Rozpor s judikaturou se tedy staví na roveň rozporu se zákonem.

Právě podané výklady ohledně předpokladů, za nichž může dojít ke změně rozhodovací praxe, a ohledně následků rozporu s judikaturou coby zákonem v materiálním smyslu naznačují, že stanovisko, které příkře upírá judikatuře povahu pramene práva, zřejmě neodpovídá ani současné české realitě. Tím pochopitelně nemá být řečeno, že význam rozhodovací praxe a zákona je na zcela stejné úrovni, popř. dokonce že by soudní rozhodnutí mělo být více než zákon. Takový závěr by jistě byl v rozporu s principy dělby moci. Pojem (formálního) „pramene práva“ však zřejmě připouští vnitřní diferenciaci, o čemž ostatně vypovídají shora citované závěry o soudním rozhodnutí coby subsidiárním pramenu práva.

Je zjevné, že význam soudcovského práva není jenom faktický, ale – za určitých předpokladů – normativní. Pokud by tomu tak nebylo, sotva by bylo vysvětlitelné, proč by se kterýkoliv soud nemohl kdykoliv odchýlit od ustálené rozhodovací praxe, popř. proč by rozpor s judikaturou měl být pokládán za porušení zákona v materiálním smyslu. Z těchto důvodů lze mít za to, že názor přisuzující soudcovskému právu povahu subsidiárního pramene práva, je způsobilý plně vystihnout roli, kterou judikatura i v českém právním řádu má.

1.1.2 Interpretace zákona a dotváření práva

Soudcovské právo, jak plyne z předchozího výkladu, je tvořeno normativními větami, jež jsou obsaženy v odůvodnění soudních rozhodnutí, pokud nepředstavují pouhé parafrázování právní úpravy (tj. přinášejí určitou „přidanou hodnotu“) a co do míry obecnosti leží mezi zákonem a řešením individuálního případu (tj. musí mít určitý zobecňující potenciál). Pod takové vymezení lze zahrnout širokou škálu rozhodnutí, mezi nimiž bude nutno dále diferencovat. Je evidentní rozdíl mezi:

- rozhodnutím, které vyjasňuje obsah určitého pravidla, avšak stále se pohybuje v mezích slovního významu interpretovaného ustanovení;
- rozhodnutím, které se sice drží v mezích zákonného textu, jenž je však formulován velmi neurčitě, jako je tomu kupř. u generálních klauzulí;
- rozhodnutím, které se od textu zákona odchyľuje nebo jej překračuje;

- rozhodnutím, které zavádí do právního řádu nový právní institut.

Příklady viz dále. Všechny popsané případy budou patřit mezi soudcovské právo tak, jak se chápe zde. Pro praxi není méně významné rozhodnutí, které restriktivně nebo extenzivně vyložilo v mezích zákonného textu obsah určitého ustanovení, než rozhodnutí, které spočívalo na analogii nebo teleologické redukci. Z metodologického hlediska však v nastíněných případech půjde někdy o interpretaci, jindy už budou hranice interpretace překročeny a postup se posoudí jako dotváření práva.

Na kritérium rozlišování pouhé interpretace zákona a dotváření práva se vyskytují různé názory, což odpovídá poznatku, že hranice mezi nimi nejsou nikterak ostré, ale naopak plynulé. Na tom se shodují prakticky všichni autoři zabývající se tímto tématem. Na užitečnosti takového třídění to ale nic nemění; ostatně, z dále podaných výkladů bude zřejmé, že většinou bude od sebe interpretaci a dotváření práva možno odlišit.

V domácí odborné literatuře kupř. M. Večeřa považuje dotváření práva za aplikační činnost soudce, která přesahuje prosté nalézání práva. To se děje v okamžiku, kdy proces výkladu práva (s využitím dostupných interpretačních prostředků) nevede k jednoznačnému konkrétnímu řešení daného případu.¹⁴ Z jeho dalšího výkladu pak plyne, že funkcí dotváření práva je vyplňování mezer v zákoně.¹⁵ Z pohledu třídění uváděného v další kapitole tak podané vymezení zahrnuje pouze soudcovské dotváření práva v mezích zákona, nikoliv dotváření zákon překračující.

V právní vědě německé jazykové oblasti převažuje názor spatřující kritérium diferenciacie interpretace a soudcovského dotváření práva v nejširším možném jazykovém významu, resp. významu či smyslu slov zákona (*äußerste mögliche Wortsinn*). Východiskem je tedy doslovné znění zákona. Lze-li učiněný závěr podřadit pod nejširší možný význam textu zákona, jde ještě o interpretaci,¹⁶ pokud je nejširší možný slovní význam překročen, nejde již

¹⁴ VEČEŘA, M. Soudcovské dotváření práva. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 225.

¹⁵ VEČEŘA, M. Soudcovské dotváření práva. In GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 231.

¹⁶ Popř. se dodává, že jde o interpretaci v úzkém smyslu nebo o vlastní interpretaci apod., právě aby se odlišila důsledně od dotváření práva.

o pouhou interpretaci, ale o dotváření práva. Odchýlení se od slov zákona je odůvodněno tím, že jazykový výklad textu zákonného ustanovení vyvolal závažné teleologické pochybnosti. Dotváření práva tedy představuje takovou rozhodovací činnost soudu, která překračuje hranice pouhého výkladu používaného ustanovení zákona ve smyslu jeho nejširšího možného jazykového významu.¹⁷ V naší literatuře se k tomuto pojetí hlásí F. Melzer.¹⁸

Popsané rozlišování lze demonstrovat na § 1011 občanského zákoníku (dále jen „OZ“), jenž za předmět vlastnického práva prohlašuje vše, co někomu patří, tj. všechny jeho hmotné i nehmotné věci. Úsudek, že předmětem vlastnického práva může být pozemek, je pouhým interpretačním závěrem, neboť pozemek odpovídá jazykovému významu věci hmotné dle § 496 odst. 1 OZ, o níž se výslovné znění citovaného ustanovení zmiňuje. Naproti tomu závěr, že předmětem vlastnického práva není pohledávka, již představuje dotváření práva; i pohledávka totiž spadá pod jazykový význam věci nehmotné, vymezený v § 496 odst. 2 OZ, ovšem na základě dalších úvah lze dospět k závěru, že předmětem vlastnického práva není.¹⁹

Vzhledem k tomu, že výklad ve vlastním slova smyslu se pohybuje v rámci nejširšího možného jazykového významu normy, označuje se za interpretaci *intra verba legis*. Právní norma je jím konkretizována, vyjasňována a rozvíjena. Soudcovské dotváření práva naproti tomu buď nejširší možný jazykový význam překračuje, a potom se označuje také jako interpretace *praeter verba legis*, nebo se dokonce od jazykového významu odchyluje; pak se mluví o tzv. interpretaci *contra verba legis*.²⁰

¹⁷ Např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 55, 183-186, 239-240. BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřacoval P. Bydlinski). Wien: Facultas, 2012, s. 76-77. WENDEHORST, CH. – ZÖCHLING-JUD, B. *Privatrecht*. Teil II. 4. vydání. Wien: MANZ, 2014, s.11. MAULTZSCH, F. *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 23. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 350.

¹⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 212-214. Srov. též HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 217-218.

¹⁹ Např. rakouská judikatura tento závěr odůvodňuje tak, že pohledávka je institut závazkového práva, na který nelze v zásadě – a to ani na základě analogie – aplikovat ustanovení o právech věcných. Srov. rozhodnutí OGH sp. zn. 4 Ob 588/71.

²⁰ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 55.

E. Kramer poukazuje na to, že při analýze doslovného znění právní normy lze rozlišovat její dvě části: skutkovou podstatu (v české právní terminologii obvykle označovanou jako hypotézu) a stanovení právních následků (tj. dispozici). Především u znaků skutkové podstaty se rozlišuje mezi deskriptivními a normativními znaky.

Deskriptivní znaky skutkové podstaty odkazují na reálné okolnosti, jako je zvíře (např. § 494 OZ) nebo dobytek (např. § 1275 odst. 2 OZ). Přestože jsou deskriptivní znaky skutkové podstaty, odvolávají se na fyzicky hmatatelné objekty, více nebo méně jednoznačné, upozorňuje E. Kramer i na výjimky z oblasti švýcarského práva, z nichž některé mohou mít význam i pro náš právní řád. Takovým praktickým příkladem může být kupř. stanovení okamžiku smrti (23 OZ).²¹ Obdobný problém neurčitosti deskriptivního znaku skutkové podstaty nastoluje pojem narození v témže ustanovení občanského zákoníku.²²

Tyto příklady ukazují, že deskriptivní znaky skutkové podstaty často ponechávají určitý sémantický prostor. E. Kramer s odkazem na Ph. Hecka konstatuje, že tyto pojmy obsahují nejen *jádro pojmu* (*Begriffskern*), ale také jej obklopující vágní *okrajovou zónu pojmu* (*Begriffshof*).

Totéž lze vyjádřit i terminologií *analytické teorie řeči*, která rozlišuje mezi tzv. pozitivními, negativními a neutrálními kandidáty:²³

- lze-li jednoznačně určitý předmět podřadit pod zkoumaný pojem, hovoříme o *pozitivním kandidátovi* (předchozí terminologii řečeno jde o oblast jádra pojmu);
- pokud jej pod něj bezpochyby podřadit nelze, tj. jednoznačně pod jazykový význam pojmu nespadá, je řeč o tzv. *negativním kandidátovi*;
- *neutrální kandidáty* představuje skupina předmětů, o nichž nelze s jistotou říci, zda pod pojem spadají, či nikoliv, avšak stále je ještě lze podřadit pod nejširší možný jazykový význam pojmu.²⁴

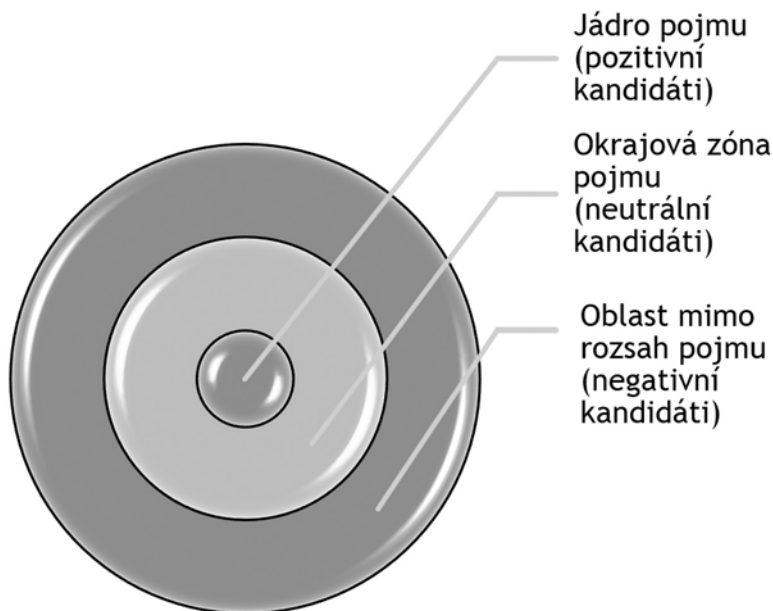
²¹ K českému i zahraničnímu přístupu viz DOBROVOLNÁ, E. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 180-181.

²² K němu viz rovněž DOBROVOLNÁ, E. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 179-180.

²³ V tuzemské literatuře se tomuto přístupu ze širšího pohledu věnuje ŠVÁRA, O. Metodologická hodnota nauky o třech oblastech pojmu. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTŘ, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 300 a násl.

²⁴ Parafrázováno dle KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 59-63.

F. Melzer v naší literatuře tyto tři oblasti pojmu označuje jako jádro pojmu, neurčitou část pojmu a oblast mimo rozsah pojmu.²⁵ Obsahově jde ale o totéž, co bylo právě popsáno. Pro bližší představu lze připojit grafické znázornění obdobné tomu, jaké zveřejnil ve své knize právě F. Melzer:²⁶



Popsanou terminologii lze vysvětlit na příkladu. Předmětem výkladu bude otázka, co je stromem ve smyslu § 1016 odst. 2 OZ (kořeny a větve stromu lze odstraňovat za přísnějších podmínek než části jiných rostlin přesahujících na sousední pozemek podle § 1016 odst. 3 OZ). Pozitivním kandidátem bude smrk ztepilý (*Picea abies*), neboť smrk bez jakýchkoliv pochybností odpovídá jazykovému významu slova strom; jde tedy o oblast jádra pojmu. Neutrálními kandidáty, u nichž není jednoznačné, zda skutečně mají pod pojem stromu náležet, jsou kupř. oleandr obecný (*Nerium oleander*), tis

²⁵ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 213.

²⁶ Tamtéž.

červený (*Taxus baccata*) nebo zimoztráz (*Buxus*); tyto rostliny se vyskytují jako malé stromy nebo keře, a proto by jejich zařazení pod pojem stromu stále ještě odpovídalo nejširšímu možnému jazykovému významu tohoto slova. Pohybujeme se tedy stále v okrajové zóně pojmu, resp. neurčité části pojmu; k překročení jazykové hranice nedošlo. Konečně negativním kandidátem je kupř. dříšťál Thunbergův (*Berberis thunbergii*), neboť je keřem, a pod nejširší možný jazykový význam slova strom jej proto nelze podřadit.

Jak plyne z předchozího výkladu, za pouhou interpretaci považujeme konkretizování, vyjasňování nebo rozvíjení zákona, jež se pohybuje *intra verba legis*, tj. uvnitř nejširšího možného jazykového významu použitých slov zákona. Na uvedeném příkladu by tak otázkou interpretace bylo vyjasnění toho, zda neutrální kandidáti oleandr, tis nebo zimoztráz jsou stromy, či nikoliv.

Dotváření práva je naopak činností *praeter verba legis* nebo dokonce *contra verba legis*. Ve vztahu k popsáním třem oblastem pojmu to znamená, že o soudcovské dotváření práva se jedná v těch případech, kdy soudní rozhodnutí dotváří text zákona mimo nejširší možný jazykový význam použitých pojmů (*praeter verba legis*), tj. kdy se pohybuje mimo jádro i okrajovou zónu pojmu; jinak řečeno, označujeme jím postup, v rámci něž je pod deskriptivní znaky skutkové podstaty podřazen předmět, který patří mezi tzv. negativní kandidáty, tj. jenž stojí již mimo rozsah pojmu představovaný jeho nejširším možným jazykovým významem. V uvedeném příkladu by o takové dotváření práva šlo tehdy, pokud by byl režim § 1016 odst. 2 OZ vztažen i na dříšťál, přestože není stromem, ale keřem. Nejde však o jedinou variantu. K soudcovskému dotváření práva patří rovněž tak říkajíc opačný případ, v rámci něž se z jádra pojmu něco ubírá, tj. pozitivní kandidát je navzdory jazykovému znění textu právní normy vyřazen; jde tedy o případ interpretace *contra verba legis*. V nastíněném příkladu by tomuto způsobu dotváření práva odpovídal závěr, který by nevztáhl režim § 1016 odst. 2 OZ na dřevinu, jež je jednoznačně stromem, a která tedy patří do oblasti jádra pojmu (je pozitivním kandidátem).

Sémantický model tří oblastí umožňuje odlišit dotváření práva od extenzivní a restriktivní interpretace. K restriktivní interpretaci patří situace, kdy nedojde k subsumpci kandidátů okrajové zóny pojmu (tj. neutrálních kandidátů), tj. kdy bude pravidlo omezeno jenom na oblast jádra pojmu (pozitivní

kandidáty). V uvedeném příkladu by restriktivní interpretaci představoval závěr, že pod režim § 1016 odst. 2 OZ patří smrk a jiné dřeviny, které lze jednoznačně charakterizovat jako stromy, naopak oleandr, tis a zimoztráz pod režim tohoto ustanovení nepatří. Extenzivní interpretaci naopak představuje vztažení pravidla na neutrální kandidáty, tj. v řešeném příkladu na oleandr, tis a zimoztráz. Jak vidno, ani extenzivní interpretace nepřekročila hranici nejširšího možného jazykového významu. Soudcovské dotváření práva ji však již přesahuje. Při dotváření práva *praeter verba legis*, k němuž se využívá analogie, se pod zákonný předpis podřadí také negativní kandidáti. Při dotváření práva *contra verba legis* se zase cestou teleologické redukce dosahuje toho, že nejsou subsumováni pozitivní kandidáti.²⁷ K tomu viz příklady uvedené v předchozím odstavci.

Sémantický model tří oblastí lze vztáhnout také na *normativní znaky skutkové podstaty*, tj. na takové, které se vyznačují používáním právních pojmů (vlastnictví, držba, věc v právním smyslu), nebo pojmů, odkazujících na společenské hodnoty (např. veřejný zájem apod.), včetně generálních klauzulí,²⁸ jako jsou dobré mravy nebo princip poctivosti, ale i zásady slušnosti [např. § 483 odst. 1 písm. d), § 591 písm. d), § 1280 odst. 1, § 2958 OZ a další], důležitý důvod (např. § 1023 odst. 1 OZ) apod.

Generální klauzule, coby neurčité právní pojmy, se vyznačují velkou obsahovou vágností.²⁹ Je proto pro ně typické, že k nim lze přiřadit velký počet neutrálních kandidátů, zatímco množství pozitivních kandidátů, které by pod ně bylo možno jednoznačně podřadit, je nepatrné.³⁰ Vzniká tak zvláštní situace, neboť soudce se při aplikaci generální klauzule pohybuje většinou uvnitř okrajové zóny pojmu (tj. meze nejširšího možného jazykového významu nejsou překročeny), ale zároveň mu velmi obecný text

²⁷ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 64.

²⁸ Tamtéž, s. 66-70.

²⁹ Bydliński charakterizuje generální klauzule jako předpisy, jejichž jazykové vyjádření obsahuje jenom vágní směrnice a v ostatním odkazuje na jiné normy nebo metody dotváření norem. BYDLIŃSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991 (dotisk 2011), např. s. 583. Podrobně se názorům na pojmové vymezení generálních klauzulí a dalším souvisejícím otázkám věnuje AUER, M. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

³⁰ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 69.

zákonného ustanovení dává značný prostor pro tvůrčí interpretaci. Přestože by formálně vzato mělo jít o případ interpretace (soudce se pohybuje *intra verba legis*), považuje E. Kramer konkretizování generálních klauzulí – právě pro značný interpretační prostor - za případ soudcovského dotváření práva.³¹ Naproti tomu F. Melzer důsledně respektuje zvolené třídící kritérium: jelikož se stále jedná o odstraňování sémantických nejasností generálních klauzulí a neurčitých pojmů v rámci jejich možného jazykového významu, jde o oblast výkladu práva, a nikoliv o jeho dotváření.³²

Na příkladu generálních klauzulí a jiných neurčitých pojmů je zřejmé, že míra jejich neurčitosti je natolik vysoká, že jejich konkretizace, byť z formálního hlediska stále představuje pouhou interpretaci pohybující se v mezích – velmi širokého – jazykového významu textu zákona, je z obsahového hlediska v podstatě jejich dotvářením. Na stranu druhou, případy, v nichž se mají generální klauzule uplatnit, nemohou představovat mezery v právu ani mezery v zákoně, o nichž bude řeč dále, neboť zákonodárce pomocí nich soudce sám zcela záměrně zmocnil³³ k tomu, aby podle nich postupoval a objektivní právo dotvářel (či – podle úhlu pohledu – interpretoval). Tyto protichůdné momenty vystihuje F. Bydliński konstatováním, že teoreticky jde při takové konkretizaci o „výklad“ generálních klauzulí, neboť jejich možný jazykový význam je vzhledem k jejich vágnosti neobyčejně rozsáhlý. Mnohdy ale taková konkretizace představuje nalézání práva, které svým obsahem spíše odpovídá jeho dotváření. Proto je nutno zásadně při konkretizaci generálních klauzulí právní metody kombinovat.³⁴

Další přístup rozlišuje mezi výkladem a konkretizováním norem, včetně generálních klauzulí. Konkretizace generálních klauzulí z tohoto pohledu nepředstavuje jejich výklad, ale využívání zmocnění k delegované tvorbě práva.³⁵

³¹ Tamtéž, s. 79, 186.

³² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 223-224.

³³ Roli generálních klauzulí jako výslovného či záměrného zmocnění připomíná Bydliński. BYDLIŃSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991 (dotisk 2011), např. s. 583.

³⁴ BYDLIŃSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřacoval P. Bydliński). Wien: Facultas, 2012, s. 114.

³⁵ RÖTHEL, A. *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 130. SCHMIDT, M. *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin: Walter De Gruyter, 2009, s. 33.

Je možno zřejmě uvažovat i tak, že přílišná neurčitost použitého pojmu, jehož obsah musí být vymezován nejen vzhledem k okolnostem projednávané věci, ale jenž také může doznat proměn vlivem běhu času (což je zřejmě zejména u tradičních kodexů, platících po dlouhá desetiletí), činí prakticky nepoužitelným kritérium nejširšího možného jazykového významu. Lze-li pod jazykový význam neurčitého pojmu či generální klauzule podřadit téměř vše, pak právě tato okolnost naznačuje, že toto kritérium v případě generálních klauzulí a neurčitých pojmů selhává a neplní roli, kterou by plnit mělo. Konkretizaci generálních klauzulí a neurčitých pojmů lze tedy považovat za speciální případ, jenž podle okolností může mít blíže k interpretaci, nebo naopak k dotváření práva (viz dále výklady o institutech, které se v německém právu vyvinuly na základě principu *pactis sunt servanda*).

Lze tak shrnout, že k soudcovskému dotváření práva lze bezpochyby řadit:

- dotváření textu zákona *praeter verba legis*, tj. analogické vztahení pojmu na tzv. negativní kandidáty, tj. na to, co je již za hranicí nejširšího možného jazykového významu;
- dotváření textu zákona *contra verba legis*, tj. postup, při němž je teleologickou redukcí vyloučeno podřazení určitého předmětu pod zákonný pojem, přestože by z hlediska znění zákona takový předmět patřil k pozitivním kandidátům.

Konkretizování generálních klauzulí a podobných neurčitých pojmů představuje kategorii, kterou podle zvoleného kritéria třídění (nejširší možný jazykový význam) klasifikovat nelze a v níž se ve větší nebo menší míře mohou vyskytovat jak prvky interpretace, tak dotváření práva.

Dotváření práva, jak bude ukázáno dále, však může mít výjimečně ještě intenzivnější podobu. S nastíněnými způsoby dotváření práva je mu společné to, že překračuje hranici nejširšího možného jazykového významu. Na rozdíl od něj se však nepohybuje v rámci teleologie samotného zákona, ale celého právního řádu. K tomu viz dále.

1.1.3 Různé podoby dotváření práva

Soudcovské dotváření práva, jak bylo právě naznačeno, lze různě klasifikovat. Zřejmě nejčastějším tříděním je rozlišování mezi dotvářením práva, které nepřekračuje zákon („zákonu imanentní“ dotváření práva, *gesetzesimmanente*

Rechtsfortbildung, nebo *Rechtsfortbildung praeter legem*), a dotvářením práva, které naopak zákon překračuje (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*, či *Rechtsfortbildung extra legem*). Zákon se v tomto třídění chápe z teleologického hlediska. Jak bylo řečeno v závěru předchozí kapitoly, v obou případech je totiž překročena hranice nejširšího možného jazykového významu; jinak by ostatně nešlo ani o soudcovské dotváření práva, ale o jeho pouhou interpretaci.

Typicky se toto třídění vyskytuje v německé právní vědě.

„Zákonu imanentní“ je takové soudcovské dotváření práva, které sice překračuje nejširší možný jazykový význam textu zákona (jinak by nešlo, jak bylo již zdůrazněno, o dotváření práva, nýbrž o interpretaci), ale pořád se pohybuje v rámci teleologie zákona samotného.³⁶ Proto se označuje také jako soudcovské dotváření práva konkretizující zákon.³⁷ Jeho funkcí je uzavírání otevřených nebo skrytých mezer, představujících protiplánovou neúplnost zákona. Jinak řečeno, v mezích zákona se pohybující soudcovské dotváření práva předpokládá existenci mezery v zákoně. To znamená, že chybí právní norma, jejíž skutková podstata by v rámci nejširšího možného jazykového významu byla přímo použitelná na posuzovanou věc.³⁸ Soudce musí tyto mezery vyplnit tak, aby to odpovídalo účelu zákona. Na zákonu imanentní účel přitom nelze dle K. Larenze usuzovat jenom z pohledu zákonodárce a jeho záměrně učiněných rozhodnutí, ale také z pohledu takových objektivních účelů a obecných právních principů, které došly svého vyjádření v zákoně. Příkladmo K. Larenz uvádí princip rovnosti, z něž vyplývá nutnost nakládat s podobnými případy podobně: reguluje-li zákon určitým způsobem skutkový stav A, ale neobsahuje-li žádná pravidla pro skutkový stav B, který je případu A obdobný, lze na absenci takového pravidla nahlížet jako na mezeru v zákoně.³⁹ K vyplňování mezer v zákoně se používá

³⁶ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 351. Popř. se mluví o “plánu zákona” či jeho “imanentní teleologii”. Tamtéž, s. 354.

³⁷ MEYS, T. *Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht: dargestellt anhand zentraler Entscheidungen des Bundesarbeits- und Bundesverfassungsgerichts*. Peter Lang, 2009, s. 8.

³⁸ BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřacoval P. Bydlínský). Wien: Facultas, 2012, s. 81. K vysvětlení pojmu protiplánovosti viz např. výklad v díle MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 227-230.

³⁹ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 359.

analogie (včetně důkazu od většího k menšímu, resp. obráceně od menšího k většímu, a důkazu opaku), jakož i teleologické redukce (restrikce). K bližšímu vymezení mezer, jejich třídění, zjišťování a uzavírání lze odkázat na tuzemskou publikovanou literaturu,⁴⁰ a samozřejmě na zahraniční prameny citované v této kapitole či další práce věnované právní metodologii.

Jde-li soudcovské dotváření práva ještě dále, tj. přesahuje-li nejen nejširší možný jazykový význam textu zákona, ale také jeho teleologii, tj. jde-li nad záměr zákona (*über den Plan des Gesetzes hinaus*⁴¹), mluvíme o soudcovském dotváření práva překračujícím zákon. Samozřejmě ani ono nepředstavuje volnou tvorbu práva; také v tomto případě se soudcovské dotváření práva pohybuje v rámci právního řádu a spočívá na jeho vůdčích principech.⁴² Proto se takové nalézání práva označuje (z pohledu zákona) za dotváření práva *extra legem*, ale (z pohledu objektivního práva, resp. právního řádu) za dotváření *intra ius*.⁴³

Soudcovské dotváření práva překračující zákon neslouží k vyplňování mezer v zákoně, představujících jeho nezamýšlenou (protiplánovou) neúplnost. Pouhé vyplňování zákonných mezer je totiž v tomto případě výrazně překročeno. Uplatní se při řešení právních otázek, na něž nedává prostá interpretace ani vázané dotváření práva adekvátní odpověď; absence právního pravidla se potom jeví jako mezera, ovšem nikoliv z hlediska samotného zákona, ale z pohledu celého právního řádu, včetně nepsaných principů a nadzákonných hodnot.⁴⁴ Proto se takové mezery někdy označují jako právní, a nikoliv (pouze) zákonné.⁴⁵ Např. v důsledku rozvoje techniky,

⁴⁰ Kupř. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 222 a násl. HÖLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 296 a násl.

⁴¹ Např. GRUBER, U. P. *Methoden des internationalen Einheitsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 313.

⁴² LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 351.

⁴³ FISCHER, Ch. *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 55.

⁴⁴ WENZEL, A. *Die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen: eine rechtsmethodische Untersuchung*. Münster, LIT Verlag, 2005, s. 71–72. Larenz, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 418.

⁴⁵ CANARIS, C. W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*. Duncker & Humboldt, 1964, s. 35.

hospodářského nebo sociálního života právní řád neobsahuje úpravu určitých oblastí nebo určitých institutů, jejichž regulace dříve potřebná nebyla, ale nyní se jeví jako nevyhnutelně nutná. Soudcovské dotváření práva překračující zákon tak vede k tvorbě institutů, které původní plán zákona vůbec nepředpokládal, popř. které tomuto původnímu plánu dokonce odporují.⁴⁶

Vzhledem k principu dělby moci je nepochybné, že vyplnění takové (právní) mezery je především věcí zákonodárce.⁴⁷ Případné soudcovské dotváření práva může nastoupit jenom za předpokladu, že – krom existence právní otázky, kterou nelze řešit obvyčejným výkladem nebo dotvářením práva v mezích zákona – nastala některá ze situací, za nichž je soudce oprávněn chybějící právní institut dotvořit. Mezi tyto situace se řadí např. neodkladná potřeba právního styku, ústavní principy, či právně etické principy (typicky princip poctivosti, označovaný v německé jazykové oblasti obratem *Treu und Glauben*). Konečně musí být soudcovské dotváření práva v souladu s obecnými principy právního řádu a s ústavně konformním hodnotovým řádem. Vyžaduje se přitom, aby bylo mimo jakoukoliv pochybnost, že všechny předpoklady soudcovského dotváření práva jsou dány. Hranice soudcovského dotváření práva leží podle K. Larenze tam, kde již nelze nalézat odpověď v platném právním řádu pomocí specificky právních úvah; za touto hranicí jsou především otázky účelnosti právní úpravy a případy, kdy je nutné politické rozhodnutí zákonodárce, neboť ústava ponechává několik otevřených možností a pouze právními argumenty některou z nich upřednostnit nelze.⁴⁸ K institutům, které vznikly v německém právu cestou soudcovského dotváření práva, a po dlouhou dobu nebyly nebo dodnes nejsou upraveny v zákoně, patří např. předmluvní odpovědnost (*culpa in contrahendo*),

⁴⁶ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 360, 402. Viz též DRECHSLER, S. *Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung*. Zeitschrift für das Juristische Studium, 4/2015, s. 344. Také dostupné online z: www.zjs-online.com.

⁴⁷ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 361.

⁴⁸ Srov. WENZEL, A. *Die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen: eine rechtsmethodische Untersuchung*. Münster, LIT Verlag, 2005, s. 71-72. Dále především v podrobnostech viz LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer – Verlag, 1979, s. 402 a násl.

zajišťovací převod práva (*Sicherungsübereignung*), pozbytí práva (*Vervirkung*),⁴⁹ *clausula rebus sic stantibus* (*Wegfalls der Geschäftsgrundlage*) atd.⁵⁰

Patrně částečně odlišné je rozlišování mezi vázaným (*gebundene Rechtsfortbildung*) a zákon překračujícím soudcovským dotvářením práva ve švýcarské právní vědě. Třídícím kritériem je to, zda zákon poskytuje pro soudcovské dotváření práva nějaká konkrétní obsahová vodítka, či nikoliv.⁵¹

Pokud jsou v platném právu taková vodítka obsažena, mluví se o vázaném dotváření práva; jeho typickými nástroji jsou analogie a teleologická redukce, jimiž se uzavírají otevřené nebo skryté mezery. Nalézání práva v tomto případě sice překračuje jazykový význam normy, ale pohybuje se v mezích účelu zákonného ustanovení a konkrétně doložitelných zákonných hodnot.⁵²

Neobsahuje-li mezerovité (neúplné) platné právo žádné nebo jednom nedostatečně konkrétní orientační body (hlediska), jde o případ soudcovského dotváření práva překračujícího zákon.⁵³ Uplatní se v těch případech, kdy zákon obsahuje plánované mezery (mezery *intra legem*), které je nutno soudcovským právem vyplnit; typicky se jedná o generální klauzule (neobsahují-li

49 P. Hajn tento výraz překládá jako pozbytí žalobního práva. Viz HAJN, P. Ke vztahům mezi smluvním a soudcovským právem. *Bulletin advokacie*, 1997, č. 6, s. 7 a násl. Pozbytí práva nastává tehdy, pokud oprávněný po dlouhou dobu své právo neuplatnil a svým celkovým chováním navodil situaci, v rámci níž se povinný mohl spolehnout, že oprávněný takové právo ani v budoucnu neuplatní. Výkon práva by v takovém případě představoval vnitřně rozporné jednání (*venire contra factum proprium*), přičím se principu poctivosti (*Treu und Glauben*). K tomu viz např. MANSEL, H. P. In: JAUERNIG, O. *Kommentar zum BGB*. 15. vydání. München: C. H. Beck, § 242, marginální číslo 53-63.

50 GRÜBER, U. P. *Methoden des internationalen Einheitsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 313. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání. Berlin – Heidelberg – New York: Springer-Verlag, 1979, s. 402 a násl. (k předpokladům a limitům zejména viz s. 417 a násl.).

51 KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 183. Kramerovo třídění bylo podrobena kritice jako nesprávné a matoucí, neboť soudcovské právo je vždy právem vázaným. RÜTHERS, B. – FISCHER, CH. *Rechtstheorie*. 5. vydání. München: C. H. Beck, 564. Nutno ale podotknout, že sám Kramer upozorňuje na nesprávnost případného závěru, že zákon překračující dotváření práva nemá žádné limity. Námítky kritiků tak nesměřují vlastně proti obsahu, ale spíše proti terminologii.

52 HENNINGER, T. *Europäisches Privatrecht und Methode: Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 90.

53 KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 184-186. U nás z tohoto pojetí dotváření práva překračujícího zákon vychází P. Bezouška. Viz BEZOUŠKA, P. Soudcovské dotváření práva vykračující z mezí zákona v návrhu českého občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, 2011, č. 1, s. 18.

alespoň demonstrativní výčet; pak by šlo o vázané dotváření práva), odkazy na spravedlnost a případy soudcovského uvážení.⁵⁴ Zákon překračující soudcovské dotváření práva představuje ten druh soudcovského dotváření práva (*praeter legem*), pro nějž právo nedává k dispozici žádná, nebo jenom nedostatečně konkrétní hlediska, a proto musí soudce postupovat tak, jako by byl zákonodárcem („*modo legislatoris*“).⁵⁵

Rakouská doktrína používá převážně zastřešující pojem *die ergänzende Rechtsfortbildung* a dalšímu třídění tolik pozornosti nevěnuje. Zahrnuje však pod něj jak případy uzavírání mezer v zákoně, tak i shora popsané soudcovské dotváření práva překračující zákon. Viz příklad zajišťovacího převodu vlastnického práva (*Sicherungsseigentum*), který stejně jako v Německu i v Rakousku dotvořila rozhodovací praxe⁵⁶ v reakci na to, že tyto právní řády neznají bezdržební zástavní právo. Na příkladu soudcovského dotvoření právního řádu o zajišťovací převod vlastnického práva vystupuje do popředí ještě jeden zajímavý okamžik: zajišťovací převod vlastnického práva sleduje ten samý účel jako zástavní právo; aby se zamezilo jeho obcházení, má se podle většinového názoru i na zajišťovací převod práva použít analogicky většina ustanovení upravujících zástavní právo.⁵⁷ Shora vysvětlenou německou terminologií řečeno, představuje vytvoření institutu zajišťovacího převodu vlastnického práva dotváření práva překračující zákon. Samo takto dotvořené právo (z hlediska v úvodu citované judikatury lze říci též „zákon v materiálním smyslu“), resp. právní institut, však z teleologického pohledu obsahuje mezeru, kterou je nutno uzavřít pomocí analogie, tedy dotvářením práva v mezích zákona.

Jiným příkladem soudně vytvořeného institutu z oblasti rakouského občanského práva je výhrada vlastnického práva (*Eigentumsvorbehalt*).⁵⁸

Vývoj českého právního řádu je za uplynulé desítky let poznamenán skvrnou nejprimitivnějšího pozitivismu (či spíše formalismu) na úrovni písmenkové

⁵⁴ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 184–186.

⁵⁵ Tamtéž, s. 239.

⁵⁶ BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. vydání (přepřacoval P. Bydlinský). Wien: Facultas, 2012, s. 76.

⁵⁷ IRO, G. *Bürgerliches Recht. Band IV. Sachenrecht*. 5. vydání. Wien: Verlag Österreich, 2013, s. 248.

⁵⁸ BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991 (dotisk 2011), např. s. 502.

analýzy dikce právního předpisu, což je dodnes na řadě rozhodnutí patrné. Proto také příklady podobně zásadního dotvoření právního řádu nejsou tak četné. Přesto se vyskytují. Jednu z nejvýraznějších stop v tomto smyslu za sebou zanechala judikatura Ústavního soudu týkající se jednostranného zvyšování nájemného v bytech s tzv. regulovaným nájemným. Předchozí občanský zákoník v § 696 odst. 1 stanovoval, že případy, kdy nájemce bude oprávněn jednostranně zvýšit nájemné, má stanovit zvláštní právní předpis. K přijetí takového (ústavním požadavkům vyhovujícího) právního předpisu však nikdy nedošlo, a to navzdory tomu, že propast mezi obvyklým a regulovaným nájemným se neustále rozrůstala, a navzdory tomu, že na tuto skutečnost opakovaně upozorňoval Ústavní soud. Cesta derogace zmíněného ustanovení nebyla schůdná, neboť protiústavnost nebyla obsažena v něm samotném, ale v dlouhodobé nečinnosti spočívající v nepřijetí zákonem předpokládané právní úpravy. V situaci, kdy opakované apely Ústavního soudu zůstávaly oslyšeny, proto Ústavní soud vyslovil, že „obecné soudy, i přes absenci úpravy předvídané v § 696 odst. 1 obč. zákoníku, musí rozhodnout o zvýšení nájemného, a to v závislosti na místních podmínkách a tak, aby nedocházelo k diskriminacím různých skupin právních subjektů“ (Pl. ÚS 20/05). V nálezu I. ÚS 489/05, vyneseném ve věci, v níž se žalobce nedomáhal zvýšení nájemného, ale přiznání rozdílu mezi regulovaným a tržním nájemným, k charakteru tohoto rozhodování sám Ústavní soud vyslovil, že „při rozhodování o výši nájemného bude obecný soud konstitutivním rozhodnutím (*pro futuro*) dotvářet objektivní právo“. V plenárním stanovisku Pl. 27/09-st potom upřesnil nejen možnosti zvyšování nájemného, ale zároveň připustil, aby se pronajímatelé mohli po státu domáhat náhrady za nucené omezení vlastnického práva podle čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod. Vzhledem k tomu, že „čl. 11 odst. 4 Listiny sám o sobě neobsahuje žádnou bližší úpravu celé řady praktických otázek, jako kupř. u kterého státního orgánu je nutno nárok uplatnit, v jakých lhůtách apod.“, dospěl Ústavní soud k závěru, že bude nutno „postupovat analogicky podle předpisu svým obsahem a účelem nejbližšího, kterým je zákon č. 82/1998 Sb.“

Z velmi stručně popsaného vývoje nálezů Ústavního soudu k regulovanému nájemnému je zřejmé, že jím byly vytvořeny instituty, které občanský zákoník předtím neznal, a to v podobě žalob na zvýšení nájemného,

přiznání rozdílu mezi regulovaným a tržním nájemným, a konečně náhrady za nucené omezení vlastnického práva. Nálezy Ústavního soudu tedy překročily hranici pouhé interpretace, neboť zjevně šly nad rámec nejširšího možného jazykového výkladu zákona. Výsledek rozhodovací činnosti vedl k dotvoření nových institutů, a proto zřejmě nelze uvažovat o tom, že by šlo o pouhé zákonu imanentní dotváření práva; takovému závěru brání jak to, že zákon předpokládal pouze jednostranné zvyšování nájemného, a nikoliv další dotvoření instituty, tak i fakt, že nástroje typické pro soudcovské dotváření práva se v argumentaci soudu neuplatnily, alespoň pokud jde o samotnou existenci těchto institutů. Na analogii se Ústavní soud odvolává až co do podmínek uplatnění nároku na náhradu za omezení vlastnického práva, což je svým způsobem situace obdobná tomu, co bylo shora popsáno ohledně zajišťovacího převodu vlastnického práva a jeho vztahu k zástavnímu právu v rakouském právu. Lze proto říci, že popsaná rozhodnutí Ústavního soudu představují soudcovské dotváření práva překračující zákon, doplněné o dotváření práva v mezích zákona, a to ohledně podmínek uplatnění jednoho z judikaturou vytvořených nároků.

1.2 Postavení judikatury: nezávazná interpretace nebo pramen práva?

Na některé (nejenom právní) otázky je možné poskytnout jednoznačnou odpověď, v případě jiných otázek se odpovědi nalézají nepoměrně obtížněji a poskytnuté odpovědi se mohou různit, aniž by nutně některá z nich musela být nesprávná či nepřesná. Otázka, na kterou se snaží hledat odpověď tato kapitola, patří do druhé skupiny.

Otázka závaznosti, resp. normativity judikatury patří mezi významné otázky právní teorie, která přes množství vyslovených tezí zůstává otázkou otevřenou. Záměrem této kapitoly proto bude poukázat na vybrané přístupy k problematice závaznosti judikatury v zahraniční a zejména v české odborné literatuře, na vývoj právní úpravy regulující mechanismy působení judikatury i na východiska, které poskytuje sama judikatura.

1.2.1 Vymezení pojmů judikatura, závaznost a prameny práva v českém právním prostředí

Hledání odpovědi na každou otázku musí začít u porozumění jejímu zadání. Jakkoli se otázka na postavení judikatury, která současně nabízí dvě alternativy řešení, může jevit jako jasná a jednoznačná, při bližším pohledu tomu tak již není.

Prvním z důvodů je, že jakkoli jsou k formulování otázky použity pojmy obecně známé, jejich definiční ukotvení jednoznačné není. Judikaturou je možno rozumět soubor soudních rozhodnutí, které samy představují produkty aplikace práva jako kvalifikované formy realizace práva uskutečňované orgány veřejné moci, spočívající především v individualizaci konkrétních případů, resp. v subsumpci konkrétní skutkové podstaty pod příslušnou právní podstatu vyjádřenou v právní normě, které předchází interpretace práva, proces, jehož smyslem je objasnit smysl právních norem.⁵⁹

Pojem judikatura však není používán pouze v širším slova smyslu jako soubor veškerých rozhodnutí soudů všech stupňů všech druhů soudnictví, ale rovněž v užším slova smyslu, kdy jsou za judikaturu označena pouze taková rozhodnutí soudů, která jsou volně přístupná veřejnosti, tedy rozhodnutí, která byla určitým způsobem uveřejněna či publikována, a mají tak potenciál působit i na jiné subjekty než na účastníky řízení, v nichž byla tato rozhodnutí vydána. Za judikaturu v užším slova smyslu by také mohla být označena rozhodnutí soudů, která stojí na vrcholu jednotlivých druhů soudnictví. Častěji než judikatura v nejširším pojetí potom bývá v souvislosti se závazností judikatury zmiňována tzv. ustálená či konstantní judikatura, bez snahy ji teoreticky blíže definovat.

Obdobně problematické je i uchopení termínu závaznosti soudních rozhodnutí. Stranou zůstává závaznost soudního rozhodnutí *inter partes*, otázkou je, zda soudní rozhodnutí může být závazné *erga omnes*, tj. zda může normativním způsobem působit i na jiné osoby, než na strany případu, o kterém bylo rozhodnuto, a zda a v jaké míře je tímto rozhodnutím, resp. poskytnutou interpretací vázán soudce rozhodující v jiné (obdobně) věci.

⁵⁹ Srov. GERLOCH, A. *Teorie práva*. 4. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 139 a 155.

V této souvislosti je třeba zmínit ideologii vázaného práva, která vycházela z teorie pozitivismu a racionalismu 18. století a byla typická pro kontinentální právní větev, v průběhu 20. století však byla překonána ideologií volného práva. Jednou z charakteristik ideologie vázaného práva byla mimo jiné povinnost adresátů norem striktně následovat právo, jehož výklad byl považován za poměrně mechanickou záležitost. „Produktem“ ideologie vázaného práva bylo i zjednodušené pojetí závaznosti a nezávaznosti právních argumentů, když právní argumenty nezávazné byly označeny jako irrelevantní pro právní argumentaci.⁶⁰ Podle Zdeňka Kühna je tímto pohledem česká právní věda dosud poznamenána a jako příklad uvádí, že čl. 95 Ústavy České republiky⁶¹, který stanoví, že soudce je při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, je nezřídka vykládán tak, že soudce je vázán toliko zákonem, a tudíž ve složitých případech (a dokonce i v některých jednoduchých případech, kde právník nevystačí pouze s jednoduchým logickým sylogismem), mu právo neposkytuje jakékoliv další argumenty, kterými by se měl při rozhodování řídit.⁶²

Ideologie volného práva a *contrario* právo chápe jako systém dynamický, který se neustále tvoří a přetváří v nekonečném procesu způsobem právem předvídaným, a to jak při zákonodárné činnosti, tak jiným způsobem zejména při jeho realizaci a aplikaci.⁶³ Jakkoli tato ideologie více odpovídá současné situaci v oblasti práva, i tento přístup může mít určitá úskalí, neboť jak upozorňuje Jaromír Harvánek, i volná interpretace práva a z ní plynoucí aplikace, může sklouznout k přepjatému formalistickému pozitivismu, a v důsledku až k libovůli rozhodování. Navrhuje proto setrvat u určité „zlaté střední cesty“ mezi vázanou a volnou interpretací práva.⁶⁴

Další problém s pojetím závaznosti spočívá v tom, že v kontinentálním právu bývá zpravidla ztotožňován toliko s formální závazností právního předpisu, a proto je podle Zdeňka Kühna závaznost v kontinentálním pojetí

⁶⁰ K tomu srov. např. KÜHN, Z. K otázce závaznosti rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva pro domácí soudnictví. *Právní rozhledy*, roč. 2005, č. 1, s. 1 a násl. Nebo HARVÁNEK, J. „Vázané“ versus „volné“ soudní rozhodnutí. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 1, s. 10 – 21.

⁶¹ Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Ústava“).

⁶² KÜHN, 2005, op. cit., s. 1 a násl.

⁶³ Tamtéž.

⁶⁴ K tomu více HARVÁNEK, 2013, op. cit., s. 10-21.

něčím absolutističtějším a podstatně rigidnějším a formálnějším než v případě angloamerického precedenčního systému. Pojmy závaznost soudního rozhodování a pramen práva tak bývají úzce propojeny, mnohdy bývají definovány v závislosti na sobě.⁶⁵

Ve starších učebnicích právní teorie byly prameny práva děleny na materiální ve smyslu zdroje obsahu právních norem, ve smyslu formálním jako vnější forma právních norem či případně v pojetí gnozeologickém jako zdroj poznání práva.⁶⁶ Mezi formální prameny kontinentálního práva byly řazeny právní předpisy a normativní smlouvy, zatímco soudní rozhodnutí (precedenty) byly řazeny pouze mezi prameny práva materiální.⁶⁷

Zdeněk Kühn ještě v roce 2005 označoval tento „zjednodušený, resp. restriktivní pohled na koncepci pramenů práva a právně relevantní argumenty“, za dominující českému právnímu myšlení.⁶⁸

Nutno poznamenat, že později, zřejmě i pod vlivem zahraniční literatury, došlo v oblasti teoretického uchopení pramenů práva k významnému vývoji. Např. jedna z učebnic teorie práva vydaná v roce 2013 již nespočívá na dichotomii závazný vs. nezávazný právní argument, ale rozlišuje závaznost absolutní, argumentační a relativní. Soudní judikatura je podle této učebnice argumentačně závazná, což znamená, že existuje-li k určité právní otázce konstantní judikatura, je soudce touto judikaturou vázán, s ohledem na to, že se však nejedná o závaznost absolutní, může se soudce od judikatury odchýlit, svoji odlišnou interpretaci ale musí odpovídajícím způsobem argumentovat, tj. musí mít lepší právní argument.⁶⁹ Soudcovské právo je tak již označeno za relevantní pramen práva nejen v zemích angloamerické právní kultury ale též v kontinentální Evropě, „Českou republiku nevyjímaje“⁷⁰.

Z výše uvedeného plyne, že vymezení klíčových pojmů, na nichž stojí otázka, na kterou se tato kapitola pokouší nalézt odpověď (či odpovědi), je samo o sobě velmi problematické, navíc se významně vyvíjí v čase. Zřejmé však

⁶⁵ Mnohdy se jedná i o tautologický výrok.

⁶⁶ Srov. např. GERLOCH, 2007, op. cit., s. 74.

⁶⁷ Srov. například HARVÁNEK, J., a kol. *Teorie práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 145.

⁶⁸ K tomu srov. KÜHN, 2005, op. cit., s. 1 a násl.

⁶⁹ K tomu srov. HARVÁNEK, J., a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 219.

⁷⁰ Tamtéž, s. 227.

je, že formulace otázky, jíž se tato kapitola věnuje, nepracuje s pojetím judikatury jako nezávazné interpretace (práva) anebo pramene práva jako s jedinými výčty množiny odpovědí, tedy s oním rigidním vnímáním závaznosti spočívajícím v dichotomii závazný vs. nezávazný právní argument, nepřipouštějícím jemnější a komplexnější konstrukce, které by tuto domnělou dichotomii změnily v kontinuum,⁷¹ ale pouze jako s ilustrativními krajními body složitější a komplexnější množiny.

1.2.2 Krátké připomenutí zahraničních přístupů pojímání normativity soudních rozhodnutí

Pro posouzení míry závaznosti judikatury v českém právním prostředí je nezbytné se nejdříve zaměřit na zahraniční teorie působení judikatury, zejména na klasickou teorii precedentu, a to nejenom proto, že se v české teorii práva často objevuje názor, že klíčové judikáty mají *quasiprecedenční význam*.⁷² V tomto označení je zřetelný kus opatrnosti - vychází z podobnosti s precedenčním rozhodováním v angloamerické právní kultuře, ale trvá na významné odlišnosti, která nedovolí hovořit přímo o precedenčním rozhodování. Michal Bobek v této souvislosti za problematiku označuje „bezhlavé přejímání výraziva právní tradice *common law* v podobě *ratio*, *obiter* či precedentů“ do českého justičního výraziva, neboť má funkčně jiný význam, než je mu přisuzován.⁷³ Jiní autoři (již bez zmíněné opatrnosti) pojem precedent pro soudcovské právo (a tedy judikaturu obecně) v českém právním prostředí používají.⁷⁴

Precedens je možné definovat s ohledem na jeho účinky jako právní pravidlo obsažené v rozhodnutí soudu, které argumentačně zavazuje soudy stejného nebo nižšího stupně.⁷⁵ Podle jiné definice precedentu je akcentováno, že se jedná o první řešení daného případu, které je závazné pro obdobné

⁷¹ Který kritizuje v české právní vědě Zdeněk Kühn, k tomu srov. KÜHN, 2005, op. cit., s. 1 a násl.

⁷² K tomu srov. např. GERLOCH, A., op. cit., s. 139 a 155.

⁷³ K tomu srov. BOBEK, M. *Ratio, obiter, precedent: jak skutečně fungují?* Soudní rozhledy, roč. 2013, č. 6, s. 202.

⁷⁴ Viz například DAVID, L. *Precedent*. In: DAVID, L. *Na hranicích práva*. Soudcovské eseje. Praha: Leges, 2012, s. 37 a násl.

⁷⁵ HARVÁNEK, J., op. cit., s. 227.

případy v budoucnosti.⁷⁶ Zdůrazňováno rovněž je, že precedent není závazný jako celek, nýbrž je závazná pouze normativní věta, resp. věty použitelné na další obdobné případy (tzv. *ratio decidendi*), a ne již nad rámec věci učiněné *obiter dictum*.⁷⁷

Závazný precedent je samostatným a bezprostředním pramenem práva, tzn. že není třeba činit žádné paralelní odkazy na další legislativní prameny, které by mělo soudcovské rozhodnutí vykládat.⁷⁸ Jeden jediný precedent může přímo konstituovat nové právní pravidlo, ne každé předchozí rozhodnutí soudu je však závazné. Michal Bobek rozvádí, že pro určení rozsahu závaznosti precedentu je klíčové, kdo jej vydal, co z rozhodnutí je závazné *ratio decidendi* a co jsou pouhá *obiter dicta* a zda je zjištěné *ratio decidendi* aplikovatelné na nový případ, a pokud ano, tak v jakém rozsahu.⁷⁹

Ve spojitosti s precedenčním rozhodováním se hovoří o mechanismech *stare decisis*, tj. o povinnosti soudu rozhodnout podle předchozího precedentu, resp. zákazu bezdůvodně měnit vzorové rozhodnutí soudem, který je přijal, a je závazné pro nižší soudy v obdobných případech, a *judicial review*, tj. možnosti odchýlení se od dřívějšího soudního rozhodnutí.⁸⁰

Možnost odchýlit se od precedentu nastává zejména tehdy, pokud se změnily okolnosti, za nichž byl precedent vydán, v takovém případě se jedná o *overruling* (překonání precedentu) nebo jestliže nově řešený případ má odlišné znaky (*distinguishing*, metoda distinkcí). Práce s precedentem při řešení nové kauzy soudem však není zcela zjednodušena pouze na následování a nenásledování precedentu, ale je možné definovat více přístupů (i s ohledem na to, že i jediné rozhodnutí může konstituovat nové právní pravidlo), a to nenásledování (*not following*) v případě existence rozporných precedentů stejné míry závaznosti, z nichž si soud vyberete ten nejpřílehavější, překonání (*overruling*), tj. nahrazení precedentu novým, který může

⁷⁶ K tomu srov. definici A. Gerlocha v publikaci HENDRYCH, D. a kol. Právnícký slovník, 3. vydání, 2009. Nebo definice v zahraniční literatuře, např. BANKOWSKI, Z., MACCORMICK, N., MARSHALL, G. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, N., SUMMERS, R. S. (eds.) *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997, s. 315 a 323.

⁷⁷ HENDRYCH, D., op. cit.

⁷⁸ K tomu srov. BOBEK, M., op. cit., s. 202.

⁷⁹ Tamtéž.

⁸⁰ K tomu srov. HARVÁNEK, J., op. cit., s. 219.

„podkopat či přímo popřít“ obsah právního pravidla vyjádřeného předchozím precedentem, rozšíření či zúžení (*broadening* či *narrowing*) ve smyslu skutkového rámce předchozího rozhodnutí a nově posuzované věci, a odlišení (*distinguishing*).⁸¹

Alexandr Peczenik formuluje určitou škálu různé míry závaznosti precedentů, resp. stupnici normativních hodnot. Nejvýše na pomyslné stupnici normativních hodnot stojí formální závaznost precedentů, spočívající v tom, že rozhodnutí nerespektující takový precedent je považováno za protiprávní a v případě odvolání bude zrušeno. V rámci této kategorie je možné rozlišit, zda formálně závazný precedens může být změněn nebo zda jej nemůže změnit dokonce ani soud, který ho vydal. Pod formální závazností se nachází normativní síla, kdy oproti formální závaznosti jeho nenásledování není protiprávní, ale bude s největší pravděpodobností kritizováno a může být v odvolacím řízení zrušeno či změněno; v rámci této kategorie je možné odlišit podmíněnou normativní sílu, kdy by soudce měl precedent aplikovat, pokud není dána určitá výjimka a normativní síla, která je předmětem poměrování, kdy by soudce měl z rozhodnutí vycházet, pokud se nenajdou důvody, které převáží ve prospěch opaku. Judikatura jako podpurný argument znamená, že rozhodnutí není formálně závazné, nemá normativní sílu a následování precedentu může pouze dodat váhu rozhodnutí; ještě níže stojí příkladná nebo jiná hodnota.⁸²

1.2.3 Vývoj pojmání normativity judikatury v českém právním prostředí

Zatímco někteří autoři jsou ve vztahu k možnosti využití teorie precedentu v našem právním prostředí spíše rezervovaní, přičemž zdůrazňují odlišnosti angloamerického a anglosaského precedentu od kontinentální judikatury,⁸³ jiní autoři se naopak snaží poukázat na shodný přístup v obou právních systémech.⁸⁴

⁸¹ Jak rozvádí BOBEK, M., op. cit., s. 202.

⁸² Srovnej PECZENIK, A. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, N., SUMMERS, R. S. (eds.). Op. cit., s. 461 a násl. a překlad těchto tezí v článku SMEJKALOVÁ, T. K otázce normativity judikatury v České republice. In: *Dny práva - 2008 - Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1303 a násl.

⁸³ K tomu srov. např. HARVÁNEK, J., op. cit., s. 219.

⁸⁴ Za všechny jmenujme zejména Ludvíka Davida nebo Zdeňka Kühna.

Zdeněk Kühn například rozvádí, že pohled na význam kontinentálního precedentu je odlišný od pohledu anglo-amerického spíše v teoretických nuancích, a jeho eventuelní závaznost je „tím posledním, v čem by se snad měla kontinentální právní kultura od kultury anglo-americké lišit, a že rozdíl v pojetí precedentu mezi oběma velkými kulturami je spíše rozdílem kulturním, ačkoli praktické důsledky odlišných ideologií precedentu nejsou až na výjimky tak zásadní“.⁸⁵ Oproti tomu Jaromír Harvánek upozorňuje na odlišnosti spočívající „především v rozsahu, v němž se soudce při tvorbě práva může pohybovat a ve formálních mechanismech, které se uplatňují při tvorbě a publikaci soudcovského práva, příp. způsobech užití soudcovského práva při argumentaci v procesech autoritativní aplikace“.⁸⁶

1.2.3.1 Precedent jako pramen práva v kontinentální právní kultuře?

Jak již bylo rozvedeno, zařazení judikatury mezi prameny práva v kontinentální právní kultuře závisí na konkretizaci toho, co rozumíme pramenem práva, resp. o jaké pojetí pramene nám jde - zda o pramen práva ve formálním nebo materiálním smyslu, nebo o otevřenější pojetí pramenů práva, kterému zdá se být recentní právní teorie nakloněna.

Ohledně „dělení“ pramenů práva je namísto zmínit ještě jeden přístup, který by mohl být našemu vnímání judikatury blízký, neboť jeho autory jsou polští teoretici Morawski a Zirk-Sadowski, a to rozlišování autonomních a neautonomních pramenů práva. Podle tohoto pojetí je autonomním pramenem práva „jakýkoliv standard, který může být samostatným základem soudcovského rozhodnutí, tedy nezávisle na jakémkoliv jiném prameni může stanovovat práva a povinnosti“, zatímco neautonomní prameny práva jsou „takové standardy, které je třeba používat v právním diskurzu, nemohou ovšem být samostatným základem soudcovského rozhodnutí, protože z nich samotných nezávisle na jiném zdroji nemůže vyplývat právo a povinnost“.⁸⁷

⁸⁵ K tomu srov. KÜHN, 2005, op. cit., s. 1 a násl.; obdobně i KÜHN, Z. Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003. *Právní rozhledy*, roč. 2004, č. 4, s. 123 a násl.

⁸⁶ K tomu srov. HARVÁNEK, 2013, op. cit., s. 219.

⁸⁷ MORAWSKI A ZIRK-SADOWSKI. Precedent in Poland. In: MACCORMICK, N. SUMMERS, R. S. (eds.). Op. cit., s. 233 a překlad viz BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). *Judikatura a právní argumentace*. 2. přeprac. a aktualiz. vyd. Praha: Auditorium, 2013, s. 36.

Pokud Zdeněk Kühn uvádí, že v kontinentální právní kultuře nebývá precedent označován jako pramen práva zejména proto, že jeho působnost není originární, ale odvozená od přetrvávající právní existence zákona, obyčeje nebo právního principu, na kterém je určitý právní názor formulovaný v soudcovském rozhodnutí založen,⁸⁸ znamenalo by to s ohledem na výše zmíněnou koncepci, že i tak by se mělo jednat o pramen práva, avšak neautonomní.

Jak však již bylo řečeno, závaznost judikatury nelze pojímat jako prostou dichotomií. Pokud by zákonodárce judikaturu nepovažoval za závaznou v žádné možné míře škály závaznosti, stěží by vytvářel poměrně náročné institucionální mechanismy sjednocování judikatury soudů nižších stupňů i soudů vrcholných. Jak tedy posuzovat judikaturu z pohledu její normativity?

1.2.3.2 Faktory ovlivňující normativní sílu soudních rozhodnutí

Judikatura soudů netvoří homogenní soubor, skládající se z typově stejných rozhodnutí, proto můžeme pouze stěží určit také normativní sílu judikatury obecně. Rozdílnou argumentační závazností bude bezesporu působit ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu publikované rozhodnutí pléna Ústavního soudu a nepublikované rozhodnutí okresního soudu, v němž je interpretována a aplikována dosud „neprojudikovaná“ norma, stejně jako bude mít rozdílnou normativní hodnotu rozhodnutí, které následuje ustálenou judikaturu vrcholných soudů, než rozhodnutí odvolacího soudu, které se odvážně odchýlí od ustálené judikatury Ústavního soudu. Oněch kategorií, podle nichž bychom mohli vykreslovat větší či menší nuance mezi jednotlivými druhy a typy soudních rozhodnutí a jejich normativitou, je samozřejmě mnohem více. Poměrně komplexně tyto „faktory ovlivňující normativní sílu rozhodnutí“ shrnul Zdeněk Kühn.⁸⁹

Prvním z těchto faktorů je podle Zdeňka Kühna postavení soudu (tvůrce výkladu) v hierarchii příslušného právního systému.⁹⁰ Rozhodnutí Nejvyššího

⁸⁸ KÜHN, 2005, op. cit., s. 1 a násl. Rovněž srovnej výklad o autonomních pramenech práva podle Morawskiho a Zirk-Sadowskiho in MACCORMICK, N., op. cit., s. 233.

⁸⁹ K tomu srov. KÜHN, Z. Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2001, č. 6, s. 265 a násl. Nebo později obdobně v BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). Op. cit., s. 120 a násl.

⁹⁰ Tamtéž.

soudu z tohoto pohledu má větší normativní sílu než rozhodnutí soudů vrchních, krajských či okresních; totéž platí i v případě Nejvyššího správního soudu v oblasti správního soudnictví. Problematičtější se z tohoto pohledu jeví postavení Ústavního soudu, které z klasické hierarchie soudů vybočuje.

Dalším faktorem je, zda se jedná o plenární rozhodnutí soudu (který může rozhodovat v plénu) či běžná rozhodnutí tohoto soudu, jak však autor sám rozvádí, nemusí se jednat pouze o rozhodnutí plenární, ale rovněž o rozhodnutí velkých senátů v případě Nejvyššího soudu či rozšířeného senátu v případě Nejvyššího správního soudu.⁹¹ Ačkoli v zásadě lze s touto úvahou souhlasit, v případě rozhodování Ústavního soudu bylo v nedávné době judikatorně rozvedeno, že nálezy Ústavního soudu mají podle čl. 89 odst. 2 Ústavy ČR stejnou závaznost bez ohledu na to, zda se jedná o nálezy plenární či senátní, tedy obě tyto kategorie nálezů Ústavního soudu stojí na stejné úrovni a není pravdou, že by snad plenární nálezy byly nadřazeny senátním.⁹²

Dalším z faktorů je otázka, zda bylo rozhodnutí publikováno a kde,⁹³ neboť největší normativní sílu by měla mít rozhodnutí publikovaná ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek a dalších oficiálních sbírkách, zatímco rozhodnutí zcela nepublikovaná mohou s těžší působit normativní silou, pokud jsou nejenom soudům, ale zejména účastníkům právních vztahů zcela nedostupná.

Rozhodující pro posouzení normativity konkrétního soudního rozhodnutí je také to, zda je součástí konstantní judikatury či zda jde pouze o jediné izolované rozhodnutí.⁹⁴ Podle judikatury českých vrcholných soudů vzniká povinnost soudce v dřívějším rozhodnutí zaujatý právní názor následovat tehdy, pokud je možné jej podřadit pod ustálenou judikaturu. Je otázkou, zda onou ustálenou judikaturou můžeme rozumět jediné rozhodnutí, pokud se jedná o první rozhodnutí v dané otázce, tudíž neexistují žádná rozhodnutí protichůdná, nebo zda se musí jednat alespoň o dvě či o více rozhodnutí, která se dotýkají řešení stejné otázky, a zda se může jednat o rozhodnutí jediného soudu, či zda musí být názor zastáván napříč různými rozhodovacími stupni.⁹⁵ Výjimku v tomto směru tvoří nálezy Ústavního soudu, neboť z čl. 89

⁹¹ Tamtéž.

⁹² K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 26. 5. 2015, sp. zn. IV. ÚS 402/15.

⁹³ BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). Op. cit., s. 120 a násl.

⁹⁴ Tamtéž.

⁹⁵ K tomu viz podkapitulu 5.

Ústavy a z judikatury Ústavního soudu se podává, že i jediný „izolovaný“ pozdější náleží běžného senátu Ústavního soudu je nutno následovat, ačkoli se odchyluje od dřívější ustálené plenární judikатурní praxe.⁹⁶

Opomíjet nelze ani otázku, kdy byl precedent vynesen a jaké je tedy jeho „stáří“. Jak Zdeněk Kühn upozorňuje, některá rozhodnutí z let 1945 - 1989 již není možné aplikovat s ohledem na společenské změny.⁹⁷ Stáří však nemusí být pojímáno pouze v kontextu staré a nové judikatury, ale rovněž v tom smyslu, zda novější rozhodnutí bez dalšího „přebíjí“ rozhodnutí dřívější a jeho autorita padá.

Specifické postavení potom má celková přesvědčivost precedentu (jeho odůvodnění), kterou považuje Zdeněk Kühn za faktor v našem právním prostředí za preferovaný.⁹⁸ Jakkoli se domnívám, že jde o faktor podstatný, nejsem si jistá, zda je kvalita odůvodnění rozhodnutí skutečně v právní praxi zkoumaným faktorem. Obávám se, že pro soudy zejména nižších stupňů, je podstatně jednodušší následovat rozhodnutí vrcholných soudů, byť je argumentačně nepřesvědčivé, než následovat rozhodnutí soudu nižšího stupně, neboť na (být nepřesvědčivé) odůvodnění rozhodnutí vrcholného soudu je možno odkázat s myšlenkou, že v případě, kdy bude iniciováno odvolací či dovolací řízení, setrvá tento vrcholný soud na již jednou přijatém výkladu.

Další faktor zmiňovaný Zdeňkem Kühnem v souvislosti s normativní silou precedentu spočívá v přítomnosti silného a přesvědčivého separátního vota.⁹⁹ Problémem v našem právním prostředí však je, že separátní votum je možné nalézt pouze v rozhodnutích Ústavního soudu¹⁰⁰ či Nejvyššího správního soudu¹⁰¹. Například členové běžných senátů ani velkého senátu Nejvyššího soudu tuto možnost nemají - jedinou příležitostí, kdy mohou vyjádřit nesouhlas se zaujatým právním názorem, v jehož přijetí byli

⁹⁶ K tomu srov. náleží Ústavního soudu ze dne 26. 5. 2015, sp. zn. IV. ÚS 402/15.

⁹⁷ BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). Op. cit., s. 120 a násl.

⁹⁸ Tamtéž.

⁹⁹ Tamtéž.

¹⁰⁰ K tomu srov. § 14 a § 22 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o Ústavním soudu“).

¹⁰¹ K tomu srov. § 55 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“).

přehlasování, je připojení disentu k rozhodnutí, které je přijato k publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, tudíž je dissent spojen nikoli se samotným rozhodnutím, ale s jeho publikovaným obrazem.

Posledním zmiňovaným faktorem normativity, je síla doktrinálního ataku na precedent.¹⁰²

Zmíněné kategorie však nelze vnímat matematickým pohledem, tak, že by bylo možné přidělit jednotlivým faktorům bodové hodnocení a posléze jejich prostým součtem dospět například k procentní míře normativity daného typu rozhodnutí, neboť takový přístup není právu vlastní. Ostatně Zdeněk Kühn na tyto faktory nahlíží zejména jako na skutečnosti ospravedlňující nahrazení starého právního názoru právním názorem novým, resp. skutečnosti, které český soudce pravidelně při nahrazování právního názoru zvažuje.¹⁰³

1.2.4 Předvídatelnost soudního rozhodování jako výchozí bod závaznosti judikatury v českém právním prostředí

Jakkoli jsme se dosud zabývali normativitou či závazností judikatury, v judikatuře Ústavního soudu mnohem častěji nacházíme pojmy, které s normativitou či závazností judikatury úzce souvisí, tedy princip právní jistoty, předvídatelnosti soudního rozhodování, principu legitimního či důvodného očekávání a zákazu jurisdikční libovůle.

Předvídatelnost soudního rozhodování jako prvek obecnějšího požadavku právní jistoty, není v žádném případě možné ztotožňovat s pojmem nezměnitelnosti právního závěru, který byl v minulosti přijat. Jak upozorňuje Vojtěch Šimíček, pokud by judikatura byla zcela neměnná, představovala by de facto závazná pravidla chování a suplovala by tak výsledek zákonodárné činnosti, což je nežádoucí jev.¹⁰⁴ Takovýto požadavek ostatně není kladen ani na soudní rozhodování v systému common law, neboť *zásada stare decisis* (setrvat na rozhodnutém) je doplněna o možnost odchytil se od zaujatého závěru na základě odlišení skutkových okolností případu (*distinguishing*) anebo překonání zaujatého závěru (*overruling*) spojený s požadavkem přesvědčivého odůvodnění této odchylky.

¹⁰² BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). Op. cit., s. 120 a násl.

¹⁰³ Tamtéž.

¹⁰⁴ ŠIMÍČEK, V. Předvídatelnost soudního rozhodování. *Jurisprudence*, roč. 2004, č. 5, s. 8.

Odraz požadavku předvídatelnosti soudního rozhodování a jeho obsahu nalézáme především v judikatuře Ústavního soudu a zprostředkovaně v institucionalizaci změn judikatury vrcholných soudů, s účinností od 1. 1. 2013 se však požadavek předvídatelného rozhodování (a řádného odůvodnění odchylky) stal rovněž jednou ze zásad soukromého práva, které upravuje občanský zákoník.¹⁰⁵

1.2.4.1 Předvídatelnost soudního rozhodování v judikatuře vrcholných soudů

Zdroje požadavku předvídatelnosti soudního rozhodování, a tím i normativity judikatury, je třeba hledat zejména v judikatuře Ústavního soudu, který v nálezech IV. ÚS 690/01 nejdříve obecně vymezil, že princip právní jistoty, jehož nepominutelným komponentem je předvídatelnost práva, patří ke znakům právního státu a mezi jeho základní hodnoty,¹⁰⁶ a v nálezu III. ÚS 252/04 poté rozvedl, že z postulátu oprávněné důvěry v daný právní řád a totožný postup orgánů veřejné moci ve skutkově a právně identických kauzách, kdy subjekty právo oprávněně očekávají, že v této důvěře nebudou zklamány, nevyplývá sice kategorická neměnnost výkladu či aplikace práva, nýbrž ten požadavek, aby tato změna byla předvídatelná nebo případně nepředvídatelná změna výkladu v době jejího uskutečnění byla transparentně odůvodněna a opírala se o akceptovatelné racionální a objektivní důvody, které přirozeně reagují i na právní vývody předtím v rozhodovací praxi stran té které právní otázky uplatňované.¹⁰⁷

Zatímco uvedená rozhodnutí popisují zásadu předvídatelnosti soudního rozhodnutí ve smyslu zákazu jurisdikční libovůle, další rozhodnutí se zaobírají druhou nedílnou součástí požadavku právní jistoty, a to řádného odůvodnění případné odchylky od ustálené judikatury. Například v nálezu II. ÚS 2070/07 Ústavní soud vyslovil, že odvolací soud musí dostát požadavku předvídatelnosti práva a právní jistoty a pokud se odvolací soud bude chtít odchýlit od svého předešlého rozhodnutí, musí tento odchýlný postup náležitě

¹⁰⁵ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

¹⁰⁶ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2003, sp. zn. IV. ÚS 690/01, který byl uveřejněn pod č. 45 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2003.

¹⁰⁷ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 25. 1. 2005, sp. zn. III. ÚS 252/04, který byl uveřejněn pod č. 16 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2005.

zdůvodnit.¹⁰⁸ V tomto kontextu nelze nevnímat podobnost s požadavkem odůvodnění odchylky od precedentu v systému angloamerického práva.

V jiném rozhodnutí se Ústavní soud vyjádřil přímo k problematice normativní síly soudních rozhodnutí. V nálezu IV. ÚS 451/05 uvedl, že faktické precedenční účinky publikovaných rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR jsou v právním systému České republiky oslabeny potud, že právní názory v nich obsažené formálně nižší soudy nezavazují, tím však není řečeno, že by judikatura Nejvyššího soudu ČR neměla svoji normativní sílu. Je totiž sice právem nižšího soudu tyto judikatorní závěry (nikoliv závěry kasačního rozhodnutí v konkrétní věci) nerespektovat a odchýlením se od nich iniciovat jejich změnu, avšak taková iniciativa – má-li být ústavně konformní – nemůže se udát mimo rámec spravedlivého procesu. Chtěl-li odvolací soud v projednávané věci, skutkově i právně podřaditelné pod rozhodnutí Nejvyššího soudu publikované ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek tyto publikované právní názory Nejvyššího soudu pominout, bylo jeho povinností pečlivě v důvodech svého rozhodnutí vysvětlit, proč se s nimi neztotožňuje a proč považuje za nezbytné tyto závěry nahradit právními názory novými.¹⁰⁹

Zcela explicitně Ústavní soud v rozhodnutí I. ÚS 403/03 rozvedl, že pokud nejde o situaci, kdy právní řešení bez dalšího vyplývá ze zákonného textu, tak obecný soud musí v odůvodnění dostatečným způsobem vysvětlit své právní úvahy, s případnou citací publikované judikatury nebo názorů právní vědy. Argumentuje-li účastník řízení názory právní vědy nebo judikatury, musí se obecný soud s názory, v těchto pramenech uvedenými, argumentačně vypořádat, případně i vysvětlit, proč je nepovažuje za pro danou věc relevantní. Jen tak může být odůvodnění rozhodnutí soudu přesvědčivé a jen tak může legitimizovat rozhodnutí samotné v tom, že správný výklad práva je právě ten výklad, který soud zvolil.¹¹⁰

Z těchto rozhodnutí by tak mohlo vyplývat, že Ústavní soud judikaturu považuje za argumentačně závaznou.

¹⁰⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. II. ÚS 2070/07, který byl uveřejněn pod č. 223 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007.

¹⁰⁹ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 17. 7. 2007, sp. zn. IV. ÚS 451/05, který byl uveřejněn pod č. 112 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007.

¹¹⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 8. 2005, sp. zn. I. ÚS 403/03 který byl uveřejněn pod č. 160 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2005.

Požadavek předvídatelnosti soudního rozhodování, resp. otázka normativity judikatury se objevily rovněž v rozhodnutí Nejvyššího a Nejvyššího správního soudu. Například Nejvyšší soud v rozhodnutí 30 Cdo 2811/2007 uvedl, že sice právní názory, které zaujal v jiných právních věcech, nejsou ex lege právně závazné (aplikovatelné) na případy s obdobným skutkovým či právním základem, z nějž vzešel ten který judikát dovolacího soudu, nelze však současně ztráct ze zřetele, že došlo-li v soudní rozhodovací praxi při řešení určité materie k judikatornímu ustálení právního názoru, je z povahy věci nezbytné, aby soudy nižších stupňů tento judikatorní posun ve své rozhodovací praxi reflektovaly a v případě, že takový právní názor nesdílejí, jej ve světle jimi pečlivě vyložené argumentace (kriticky) konfrontovaly a seznatelným způsobem (v odůvodnění písemného vyhotovení svého rozhodnutí) vyložily, proč, resp. z jakého (jakých) nosného (nosných) důvodu (důvodů) nebylo lze se ve věci s obdobným skutkovým či právním základem s předmětným judikátem ztotožnit. Tento postup při práci s judikaturou je přirozeně nezbytné dodržet tím spíše v situaci, kdy v obdobné věci Nejvyšší soud České republiky zaujal k rozhodovací činnosti soudů ve věcech určitého druhu stanovisko, anebo rozhodl-li v určité věci velkým senátem.¹¹¹

Z tohoto rozhodnutí se zdá, že Nejvyšší soud nejenom dovozuje určitou *quasi-precedenční* závaznost vlastních rozhodnutí, ale navíc, že skutečně jako jeden z faktorů normativity soudního rozhodování zvažuje, zda se soud nižšího stupně chystá odchýlit od ustálené judikatury, tj. takové rozhodovací praxe, která byla sjednocena zaujetím stanoviska či rozhodnutím velkého senátu.

Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu České republiky ze dne 28. 10. 2008, sp. zn. 6 As 7/2005 šlo ještě dál, když označilo ustálenou judikaturu vrcholných soudů za právní normu „v materiálním rozměru“, změnu či zpřesnění této judikatury pak „ve funkčním smyslu“ za novelu právního předpisu s temporálními účinky, které změna právního předpisu tradičně má. Soudy rozhodující ve správním soudnictví tak mají podle tohoto rozhodnutí povinnost od okamžiku vyhlášení rozhodnutí rozšířeného senátu podle tam zaujatého právního názoru postupovat ve všech probíhajících a v budoucnu zahájených řízeních. Skutečnost, že Nejvyšší správní

¹¹¹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 12. 2009, sp. zn. 30 Cdo 2811/2007 [online] Nejvyšší soud [cit. 27. 10. 2015]. Dostupné z: nsoud.cz.

soud v odůvodnění svého usnesení prohlásil *de facto* za tvůrce všeobecně závazných pravidel, se setkala s kritikou, zejména s ohledem na dělbu moci a na to, že v již zahájených věcech působí změnu pravidel, což minimálně nepřispívá k předvídatelnosti rozhodnutí.¹¹²

Obecné soudy ovšem vedle povinnosti reflektovat při své rozhodovací činnosti judikaturu vyšších soudů musí také respektovat čl. 89 odst. 2 Ústavy, podle něhož jsou vykonatelná rozhodnutí Ústavního soudu závazná pro všechny orgány i osoby, když s ohledem na četnou judikaturu Ústavního soudu České republiky je právní názor obsažený v odůvodnění jeho rozhodnutí coby orgánu ochrany ústavnosti, resp. v jeho právní větě, má-li obecnou povahu, obecně závazný, tj. závazný při řešení typově shodných případů.¹¹³

1.2.4.2 Konstantnost (ustálenost) jako základ normativity judikatury

Předvídatelnost soudního rozhodování a jistá trvalost či konzistentnost judikatury, je požadována v rámci rozhodování soudů všech druhů soudnictví, všech soudních instancí. S těmito požadavky úzce souvisí i problematika sjednocování judikatury. Ačkoliv pojmy předvídatelné a jednotné soudní rozhodování zcela jistě nelze ztotožňovat, je zřejmé že sjednocovacími mechanismy má být dosaženo nikoli toho, aby veškerá rozhodovací činnost soudů byla jednotná, ale spíše aby byla předvídatelná.¹¹⁴

Jakkoli se na sjednocování judikatury mohou (a prostřednictvím gremiálních porad i mají) podílet soudy okresní, krajské i vrchní, hlavní úlohu ve sjednocování judikatury hrají především vrcholné soudy, ať již pro oblast civilní a trestní Nejvyšší soud a pro oblast správního soudnictví Nejvyšší správní soud. Ústavní soud je mezi tyto vrcholné soudy třeba zařadit rovněž, byť je jeho primární rolí poskytovat ochranu základním lidským právům a svobodám, neboť bezesporu svojí rozhodovací činností zasahuje i do oblasti rozhodování soudů civilních, trestních i správních.

Sjednocovací role vrchních soudů není budována pouze navenek, tj. v tom smyslu, že tyto soudy „dohlíží“ na jednotnou interpretaci právních norem

¹¹² K tomu více HARVÁNEK, 2013, op. cit., s. 10-21.

¹¹³ K tomu srov. např. usnesení Ústavního soudu České republiky ze dne 14. října 2002, sp. zn. II. ÚS 355/02.

¹¹⁴ K tomu srov. rozlišení těchto pojmů v esejí L. Davida. Sjednocování judikatury. In: DAVID, L., op. cit., s. 43.

soudy okresními, krajskými a vrchními, ale rovněž dovnitř v tom smyslu, že i rozhodování vrcholného soudu (či dokonce jeho jediného senátu) by mělo být vnitřně konzistentní. Další stat' se zaměří na sjednocovací roli vrcholných soudů „dovnitř“ i „navenek“ a na mechanismy, které k tomuto sjednocování patří, a tím i na otázku předvídatelnosti soudního rozhodování v oblasti civilního, trestního, správního i ústavního soudnictví.

1.2.4.2.1 *Institucionální základy normativity judikatury Nejvyššího soudu*

Role sjednocovatele civilní a trestní judikatury byla Nejvyššímu soudu svěřena již „starým“ zákonem o soudech a soudcích.¹¹⁵ Prostředky, které byly Nejvyššímu soudu pro realizaci jeho role svěřeny, se postupně rozšiřovaly - prvotním bylo rozhodování o mimořádných opravných prostředcích (o dovolání či stížnosti pro porušení zákona), kolegia a plénům rovněž mohla zaujímat stanoviska a „novým“ zákonem o soudech a soudcích byl zaveden i způsob poslední, tj. publikace vybraných rozhodnutí ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek.¹¹⁶

Paralelně se vyvíjela rovněž přípustnost dovolání upravená zejména v ustanovení § 237 občanského soudního řádu,¹¹⁷ která je pro posouzení normativity rozhodování Nejvyššího soudu klíčová. Do roku 31. 12. 2000 byla přípustnost dovolání dána zejména v případě existence zmatečnostních vad, přípustnost dovolání byla „nároková“ proti rozsudkům odvolacích soudů, jimiž byl změněn rozsudek soudu prvního stupně ve věci samé, případně pokud bylo rozhodnutí potvrzeno z důvodu vázanosti soudu prvního stupně právním názorem soudu, který dřívější rozhodnutí zrušil, a v případě potvrzujícího rozhodnutí soudu prvního stupně tehdy, pokud odvolací soud vyslovil ve výroku svého potvrzujícího rozsudku, že je dovolání přípustné, protože jde o rozhodnutí po právní stránce zásadního významu. Novelizace občanského soudního řádu provedená zákonem č. 30/2000 Sb. zmatečností vady podřadila pod „staronovou“ žalobu pro zmatečnost a upravila přípustnost „nenárokového“ dovolání tak, že proti potvrzujícímu

¹¹⁵ Konkrétně ustanovením § 28 zákona č. 335/1991 Sb., o soudech a soudcích, ve znění účinném od 1. 1. 1996.

¹¹⁶ K tomu srov. § 28 zákona č. 335/1991 Sb., o soudech a soudcích, ve znění účinném od 1. 1. 1996, § 14 a 24 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích).

¹¹⁷ Zákona č. 99/1963 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o.s.ř.“).

rozhodnutí odvolacího soudu lze podat dovolání tehdy, pokud nikoli odvolací, ale dovolací soud dospěje k závěru, že napadené rozhodnutí má ve věci samé po právní stránce zásadní význam, a také vymezila (byť demonstrativně), v čem má onen „zásadní právní význam“ spočívat. Podle ustanovení § 237 odst. 3, o. s.ř. ve znění účinném od 1. 1. 2001 mělo rozhodnutí odvolacího soudu po právní stránce zásadní význam zejména tehdy, řešilo-li právní otázku, která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo která je odvolacími soudy nebo dovolacím soudem rozhodována rozdílně, nebo řešila-li „právní otázku v rozporu s hmotným právem“.¹¹⁸

S účinností od 1. 1. 2001 byly rovněž zákonem o soudech a soudcích zřízeny velké senáty kolegií, jejichž úkolem bylo (a nadále je) rozhodovat o věcech, v nichž tříčlenný senát dospěl při svém rozhodování k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího soudu, a postoupil je k rozhodnutí velkému senátu kolegia (příp. s výjimkou rozhodnutí o procesním právu).¹¹⁹ Zřízením velkých senátů a přijetím příslušné procedury byl tak podle některých názorů do českého právního řádu vnesen prvek *quasiprecedenčního* rozhodování vrcholných soudů.¹²⁰

Posléze došlo k dalším změnám ve vymezení přípustnosti dovolání. Novelizace občanského soudního řádu provedená zákonem č. 7/2009 Sb. v první řadě upřesnila vymezení pojmu „rozhodnutí odvolacího soudu, které má po právní stránce zásadní význam“ tak, že jde o rozhodnutí, řešící právní otázku, která je soudy (nikoliv jen odvolacími soudy či dovolacím soudem) rozhodována rozdílně, vypustila kritizovanou kategorii přípustnosti dovolání spočívající v řešení právní otázky v rozporu s hmotným právem, a umožnila „otevřít“ přípustnost dovolání na základě otázky zásadního právního významu, pokud by měla být již vyřešená právní otázka posouzena jinak. Situace, v nichž může dojít ke změně právního názoru nejvyšší instance,

¹¹⁸ Naposledy uvedený důvod přípustnosti spočívající v řešení otázky v rozporu s hmotným právem byl kritizován mimo jiné proto, že ve své podstatě směřoval otázku přípustnosti a důvodnosti dovolání. K tomu více DAVID, L. Řešení právní otázky v rozporu s hmotným právem - Achillova pata přípustnosti. *Právník*, roč. 2003, č. 10, s. 990 a násl.

¹¹⁹ K tomu srov. ustanovení § 27 a 27a zákona č. 335/1991 Sb., o soudech a soudcích, ve znění účinném od 1. 1. 2001 a ustanovení § 20 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, ve znění pozdějších předpisů, který je účinný od 1. 4. 2002.

¹²⁰ K tomu srov. GERLÓCH, A., TRYZNA, J. Úvaha nad principem legitimního očekávání obdobného posouzení právního případu. *Soudce*, roč. 2014, č. 4, s. 14 a násl.

sice nejsou zákonem výslovně upraveny, avšak s ohledem na judikaturu Ústavního soudu, se jedná zejména o změnu právní úpravy či o proměnu relevantních společenských vztahů, která činí dosavadní judikatorní přístup přijatelným už jen obtížně či vůbec ne.¹²¹

Dramatickou změnu v oblasti přípustnosti dovolání, která byla (alespoň částečně) vyvolána nejednotnou judikaturou samotného Nejvyššího soudu v odpovědi na otázku, co lze považovat za otázku zásadního právního významu - zda právní význam pro věc rozhodovanou či její judikatorní přesah,¹²² znamenal plenární náleží Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2012 sp. zn. Pl. ÚS 29/11, kterým bylo s účinností od 1. 1. 2013 zrušeno ustanovení § 237 odst. 1 písm. c), o. s.ř. V reakci na toto rozhodnutí byl předložen legislativní návrh, který byl později přijat a v platnost vstoupil jako zákon č. 404/2012 Sb., který zrušil dělení dovolání na tzv. nároková a nenároková dovolání a učinil veškerá dovolání nenárokovými, resp. nárokovými, pokud se podaří dovolateli naplnit (nově již taxativní výčet) situací, který však téměř kopíruje bývalé vymezení zásadního právního významu. Dovolací důvod se po několika novelizacích ustálil na jediném, a to na nesprávném posouzení věci.¹²³

Přípustnost dovolání jako mimořádného opravného prostředku je odvislá od existence (či neexistence) judikatury dovolacího soudu dopadající na otázku, na níž napadené rozhodnutí závisí. Bez znalosti konkrétní judikatury nemohou účastníci posoudit, zda je dovolání v jejich věci přípustné či nepřípustné. Ve své podstatě by tak ustanovení § 237, o. s.ř. nebylo v praxi aplikovatelné, pokud bychom nepřipustili určitou normativní hodnotu rozhodnutí Nejvyššího soudu. V duchu teorie autonomních a neautonomních

¹²¹ K tomu více kapitola monografie Změny judikatury.

¹²² K tomu srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 2011 sen. zn. 29 NSČR 66/2013, které bylo publikováno pod č. 104 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, roč. 2013, s následující právní větou: „Má-li právní otázka řešená v rozhodnutí odvolacího soudu význam pro rozhodnutí konkrétní věci (v jednotlivém případě), nelze odmítat přípustnost dovolání podle § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř. pouze na základě argumentu, že postrádá zásadní význam z hlediska rozhodovací činnosti soudů vůbec (pro jejich judikaturu), zejména proto, že její řešení je dáno neopakovatelnými a nezaměnitelnými skutkovými okolnostmi případu. I když rozhodování o dovolání je právním prostředkem zajišťujícím jednotnost rozhodování soudů, plní tento účel prostřednictvím rozhodování v konkrétních věcech (v jednotlivých případech), aniž by mohlo být jakkoliv významné, jaký má (může mít) taková konkrétní věc judikatorní přesah“.

¹²³ Srov. § 241a, o. s.ř.

pramenů práva¹²⁴ bychom tedy mohli říci, že judikatura Nejvyššího soudu sice nemůže být samostatným základem soudcovského rozhodování, neboť z ní nezávisle na jiném zdroji nemohou vyplývat práva a povinnosti, ale v každém případě se může jednat o pramen práva neautonomní. Potvrzením normativity, resp. závaznosti rozhodování Nejvyššího soudu je i nutnost pro případ odchýlení se od dřívější judikatury Nejvyššího soudu iniciovat rozhodování velkého senátu.

V této souvislosti by bylo možné zmínit ještě jedno ustanovení občanského soudního řádu, z něhož by bylo možné dovodit jistou míru závaznosti v oficiální sbírce publikované judikatury (stanovisek a rozhodnutí). Ustanovení § 99, o. s.ř. upravující možnost skončit řízení před soudem soudním smírem, s účinností 1. 4. 2005¹²⁵ obsahuje pravidla pro doporučený postup předsedy senátu (samosoudce), který by měl účastníky upozornit na právní úpravu a na stanoviska Nejvyššího soudu a rozhodnutí uveřejněná ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek týkající se věci. Ačkoli by se z tohoto ustanovení mohlo zdát, že zákonodárce klade rozhodnutí i stanoviska publikovaná ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek téměř naroveň zákona, podle odborné literatury má ustanovení § 99 odst. 1, o. s.ř. pouze proklamativní charakter a jeho porušení není vadou, která mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci,¹²⁶ ani nepředstavuje poučovací povinnost soudu.¹²⁷

1.2.4.2.2 *Institucionální základy normativity judikatury Nejvyššího správního soudu*

Nejvyšší správní soud je jako vrcholný soudní orgán ve věcech patřících do pravomoci soudů ve správním soudnictví povolán k zajišťování jednoty a zákonnosti rozhodování zejména tím, že rozhoduje o kasačních stížnostech, přijímání stanoviska k rozhodovací činnosti soudů ve věcech určitého druhu a vydává rovněž oficiální Sbírku soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, ve které se uveřejňují zejména vybraná rozhodnutí Nejvyššího

¹²⁴ Srov. MORAWSKI a ZIRK-SADOWSKI, op. cit., s. 233.

¹²⁵ Novelizace byla provedena zákonem č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

¹²⁶ SPÁČIL, J. In: DAVID, L. et al. *Občanský soudní řád: komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009, s. 459.

¹²⁷ DRÁPAL, L. In: BUREŠ, J., DRÁPAL, L. *Občanský soudní řád: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 643.

správního soudu a krajských soudů vydaná ve správním soudnictví a stanoviska Nejvyššího správního soudu. Nejvyšší správní soud má však „navíc“ v zájmu zákonného a jednotného rozhodování správních orgánů možnost usnést se na zásadním usnesení,¹²⁸ byť, jak uvádí komentářová literatury, tuto pravomoc dosud nevyužil.¹²⁹

V případě kasační stížnosti je přípustnost nastavena natolik široce, že její vymezení (oproti přípustnosti dovolání) nečiní v praxi (kromě věcí azylových) větší problémy. Paralelu k zákonné úpravě postupu Nejvyššího soudu lze však nalézt v institucionalizaci judikatorních změn spočívající v existenci rozšířeného senátu, jemuž mají být podle ustanovení § 17 s.ř.s. postupovány věci tehdy, dospěje-li „klasický malý“ senát k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu; tato povinnost nenastává, pokud byl odlišný právní názor již vysloven ve stanovisku Nejvyššího správního soudu.

Z výše uvedeného je zřejmé, že mechanismy sjednocování rozhodování správních orgánů i soudů ve správním soudnictví jsou obdobné jako v případě sjednocování civilní (i trestní) judikatury Nejvyšším soudem. Navíc je Nejvyšší správní soud vybaven možností usnést se na zásadním usnesení. Soudci, kteří nesouhlasí s rozhodnutím svého senátu a byli přehlasováni, mají, na rozdíl od soudců Nejvyššího soudu, možnost připojit k rozhodnutí svoje separátní vótum. Právě možnost soudců Nejvyššího správního soudu disentovat, může mít velký význam pro případ překonávání dříve zaujatých právních závěrů, a existence či neexistence separátního vóta je v případě konkrétního rozhodnutí považováno za jeden z faktorů ovlivňující jeho normativitu.¹³⁰

¹²⁸ Podle ustanovení § 18 s.ř.s. je v případě rozporu právního názoru Nejvyššího správního soudu a správního orgánu, třeba právní otázku předložit rozšířenému senátu k posouzení. Pokud se rozšířený senát usnese na právním názoru shodném s dosavadní rozhodovací činností Nejvyššího správního soudu, přijme jej jako tzv. zásadní usnesení, které je posléze uveřejněno ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu.

¹²⁹ POSPÍŠIL, P. In: BLAŽEK, T., JIRÁSEK, J., MOLEK, P. et al. Soudní řád správní - online komentář. 3. aktualizace. Praha: C. H. Beck, 2014.

¹³⁰ Viz výše.

1.2.4.2.3 *Normativita judikatury Ústavního soudu*

V případě Ústavního soudu se situace, oproti oběma nejvyšším soudům liší, a to nejenom z pohledu funkce Ústavního soudu, ale rovněž z pohledu závaznosti jeho rozhodování, neboť podle čl. 89 Ústavy jsou rozhodnutí vykonatelná rozhodnutí Ústavního soudu závazná pro všechny orgány i osoby.¹³¹ Toto ustanovení tak pro mnohé právníky a právní vědce znamená zakotvení precedentu v kvalitě pramene práva v českém právním řádu, i skutečnost, že je Ústavní soud nejenom negativním zákonodárcem, ale stává se zákonodárcem plným;¹³² jak však Eliška Wagnerová dodává, tento výklad naráží na námitku, že nebyl proveden v kontextu dalších relevantních ústavních ustanovení, a to zejména těch, která předvídají, že svobodu osob lze omezit jen zákonem a jen zákonem jim lze ukládat povinnosti.¹³³ Otázkou tak zůstává, zda je za obecně závazná možné považovat všechna rozhodnutí Ústavního soudu včetně „nosných důvodů“ uvedených v odůvodnění, či zda vyjma nálezů, kterými se zrušují právní předpisy, rozhodnutí Ústavního soudu obecně závazná nejsou.¹³⁴ Samotný Ústavní soud je, zdá se, stoupencem závaznosti a precedenční povahy celých svých rozhodnutí, a to včetně odůvodnění.¹³⁵

Ať již interpretujeme čl. 89 Ústavy jakkoli, jistá normativita judikatury Ústavního soudu může být dovozována rovněž z konstrukce institucionalizované podoby sjednocování rozhodovací praxe Ústavního soudu rozhodováním jeho pléna.¹³⁶ Ustanovení § 23 zákona o Ústavním soudu výslovně uvádí, že stanoviskem pléna je senát v dalším řízení vázán, tím se však

¹³¹ K tomu srov. například náleží Ústavního soudu ze dne 2. 4. 1998, sp. zn. III. ÚS 425/97, který byl uveřejněn pod č. 42 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 1998 nebo náleží Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11, které bylo uveřejněno pod č. 88 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2011.

¹³² Jak upozorňuje WAGNEROVÁ, E. Otázka možnosti uplatnění precedentu v českém právním řádu. *Právní rozhledy*, roč. 2000, č. 1, s. 1.

¹³³ Tamtéž.

¹³⁴ K tomu více viz SLÁDEČEK, V. In: SLÁDEČEK, V., MIKULE, V., SYLLOVÁ, J. Ústava České republiky. Praha: C.H.BECK, 2007, s. 732 - 741.; PROCHÁZKA, A. Závaznost rozhodnutí Ústavního soudu ČR. *Bulletin advokacie*, roč. 1995, č. 8, s. 32 a násl.; MIKULE, V., SLÁDEČEK, V. O závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu *Bulletin advokacie*, roč. 1995, č. 8, s. 35 a násl.

¹³⁵ Jak upozorňuje mj. i MATES, P. Jiné prameny práva. *Jurisprudence*, roč. 2013, č. 1, s. 24.

¹³⁶ K tomu srov. § 23 zákona o Ústavním soudu, více viz kapitola monografie Změny judikatury.

rozumí v dané věci, v níž byla věc plénu předložena. Nic však nebrání tomu, aby i po nastoupení tohoto mechanismu docházelo k dalším judikatorním změnám.

S ohledem na možnost Ústavního soudu zrušit rozhodnutí nejvyšších soudů, z ustanovení čl. 89 Ústavy a jeho výkladu v judikatuře Ústavního soudu a k rozhodovací činnosti v případech, kdy Ústavní soud vyslovit nesouhlas s právním názorem zaujatým nejvyššími soudy, je zřejmé, že na škále normativity české judikatury budou nálezy Ústavního soudu (a to nejenom ty, kterými Ústavní soud v roli negativního zákonodárce ruší právní předpisy či jejich části) stát úplně nejvýše.

1.2.4.2.4 *Normativita rozhodnutí soudů nižších stupňů*

S určitými sjednocovacími mechanismy se lze setkat nejenom u vrcholných soudů, jak byly rozvedeny výše, ale i u soudů nižších stupňů, ačkoli se již nejedná o mechanismy upravené na úrovni zákona (či Ústavy). Ondřej Moravec rozvádí, že se může jednat o procesy interní, často ovlivňované neformální autoritou a vnějšmu pozorovateli zcela skryté, jako je neformální konfrontace názorů jednotlivých soudců a hledání společné praxe, či procesy institucionalizované, která mohou mít v některých případech i formu právních norem, nicméně jsou součástí pomyslné černé skříňky příslušného soudu a jiné než soudní osoby se jich neúčastní, případně o formálně upravenou proceduru otevřenou účastníkům řízení o mimořádných opravných prostředcích.¹³⁷

Z oněch skrytých metod sjednocování judikatury lze stěží usuzovat na míru normativity těchto rozhodnutí, co ji však bezpochyby ovlivňuje, je skutečnost, že judikatura soudů krajských a vrchních bývá pouze zřídka publikována, zatímco judikatura okresních soudů prakticky vůbec. Dokladem může být množství anonymizovaných rozhodnutí krajských a vrchních soudů, které zveřejňuje Ministerstvo spravedlnosti.¹³⁸ Situací, kdy se má veřejnost možnost seznámit s rozhodnutími soudů nižších stupňů, je většinou až jejich uveřejnění ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek (či Sbírce soudních

¹³⁷ MORAVEC, O. Sjednocování judikatury pohledem účastníka řízení - řízení před rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu. *Jurisprudence*, roč. 2008, č. 6, s. 11 a násl.

¹³⁸ K tomu viz Nejvyšší soud. *Judikatura* [online]. Nejvyšší soud [cit. 27. 10. 2015]. Dostupné z: http://www.nsoud.cz/Judikaturans_new/judikatura_vks.nsf/uvod

rozhodnutí Nejvyššího správního soudu), kde by však již jejich normativita byla „podpořena“ tím, že byla vybrána Nejvyšším soudem (příp. Nejvyšším správním soudem) k publikaci v rámci sjednocování rozhodovací praxe.

Ačkoli nejsou změny judikatury v případě nižších soudů institucionalizované, neznamená to, že by se tyto soudy nemohly odchýlit od již dříve zaujatého právního názoru svého či některého ze soudů vrcholných, včetně Ústavního soudu. Zejména soudy prvního stupně tak však často nečiní (myšleno transparentním způsobem, nikoli v situaci, kdy je ustálená judikatura vrcholných soudů nižším soudem úmyslně či nedopatřením přehlédnuta). Pavel Mates upozorňuje, že hojná a až úzkostlivá citace judikatury vrcholných soudů v rozhodnutích soudů nižších stupňů svědčí o tom, že nižší instance chápou rozhodnutí vyšších stupňů, bez ohledu na sofistikovanou jurisprudenci, jako závaznou.¹³⁹ Je zřejmé, že skutečnost, že jejich (byť řádně vyargumentované) odchýlení se od ustálené judikatury se nemusí setkat v případě rozhodování soudů vyšších stupňů či soudů vrcholných s pochopením, a může být v instančním postupu zrušeno, nepůsobí na soudce nižších stupňů zrovna motiválně.¹⁴⁰ Terezie Smejkalová potom připomíná další z praktických důvodů, proč se soudci soudů nižších stupňů, ačkoli jsou ke změně judikatury vyšších soudů oprávněni, do těchto změn příliš nepouštějí, a to na nedostatek času.¹⁴¹

1.2.4.2.5 *Normativita judikatury Soudního dvora EU a Evropského soudu pro lidská práva*

Ačkoli nejsou Evropský soud pro lidská práva, ani Soudní dvůr Evropské unie nejsou součástí české soudní hierarchie, i jejich judikatura má významný vliv na rozhodovací praxi českých soudů.

Podle Ludvíka Davida, jsou to právě rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva i rozhodnutí Evropského soudního dvora (nyní Soudního dvora EU), která přinutila i odpůrce formální závaznosti judikatury uznat, že také na úrovni vnitrostátní mají precedenty právní sílu přinejmenším faktickou.¹⁴²

¹³⁹ MATES, P., op. cit., s. 24.

¹⁴⁰ Pavel Mates to označuje ze strany soudců nižších stupňů za kus opatrnictví, ale také za pohodlnost. MATES, P., op. cit., s. 24.

¹⁴¹ SMEJKALOVÁ, T., op. cit., s. 1303 a násl.

¹⁴² DAVID, L. Právo na předvídatelné rozhodnutí jako základní soukromé právo in DAVID, L., op. cit., s. 37 a násl.

Obdobně k normativitě judikatury Soudního dvora EU přistupují i jiní autoři - například Michal Bobek uvádí, že rozhodnutí Soudního dvora mají v rámci současného českého práva asi nejdále nakročeno ke skutečným precedentům, byť pouze de facto a „tak trochu v utajení“. Jakkoli jsou však jednotlivá rozhodnutí Soudního dvora EU závazná, i systém unijního práva respektuje možnost vyjádření kvalifikovaného nesouhlasu ze strany soudů členských států.¹⁴³

Skutečností, že Evropský soud pro lidská práva není součástí domácí soudní hierarchie, ani není na domácí justici napojen specifickou formou typu např. předběžné otázky, považuje Zdeněk Kühn za jeden z argumentů, proč nelze rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva považovat za rozhodnutí precedentně (nebo obecně) závazné.¹⁴⁴ Na druhou stranu však dodává, že judikatura Evropského soudu pro lidská práva normativně působí a ukládá soudům povinnost vzít ji v úvahu a aplikovat ji, ledaže domácí soud dovodí její neaplikovatelnost z jiných důvodů (zejm. skutková či právní odlišnost kauzy posuzované domácím soudem a kauzy řešené Evropským soudem pro lidská práva).¹⁴⁵

1.2.5 Koncepce normativity judikatury po rekodifikaci soukromého práva

Rekodifikace soukromého práva přinesla pro oblast předvídatelnosti soudního rozhodování, a tím i pro otázku normativity judikatury významné ustanovení § 13 občanského zákoníku, které zakotvuje pravidlo, že každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích; byl-li právní případ rozhodnut jinak, má každý, kdo se domáhá právní ochrany, právo na přesvědčivé vysvětlení důvodu této odchylky.

V důvodové zprávě k občanskému zákoníku je konstatováno, že český právní řád sice nestojí na precedencích, přesto nelze pominout faktický význam rozhodovací praxe při konkretizaci dosahu abstraktních normativních

¹⁴³ K tomu srov. BOBEK, M. in BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). Op. cit., s. 306.

¹⁴⁴ KÜHN, 2005, op. cit., s. 1 a násled.

¹⁴⁵ BOBEK, M., op. cit., s. 202.

konstrukcí právních předpisů, při nalézání konkrétního obsahu neurčitých právních pojmů a při dotváření práva vůbec, a proto se postulát legitimního očekávání, zdůrazněný v nálezech Ústavního soudu, stává součástí občanského zákoníku v podobě konstrukce, která se blíží zásadě *stare decisis*, což má význam pro právní jistotu a pro stabilitu práva. Zákonodárce však zdůraznil, že nelze založit konzervací rozhodovací praxe a proto se neprosadilo právo na stejné právní posouzení případu jako již rozhodnutých a typově shodných právních případů, ale právo na náležité odůvodnění rozhodnutí, bude-li právní případ rozhodnut odlišně.¹⁴⁶

Konstrukce, která byla zákonodárcem zvolena, se stala předmětem velkého zájmu (obdobně jako dalším ustanovením obecné části občanského zákoníku) ze strany odborné veřejnosti, a také objektem kritiky - například Pavel Vrcha ji označil za zcela nadbytečnou a nesystémovou.¹⁴⁷

V každém případě můžeme obsah § 13 občanského zákoníku rozdělit na dvě části - první se týká důvodného očekávání účastníků, že jejich věc bude rozhodnuta obdobně jako jiné věc, která se shoduje v podstatných znacích, druhá část upravuje právo na přesvědčivé odůvodnění odchylky od tohoto dřívějšího rozhodnutí.

Nejdříve k první části zákonné konstrukce. Zatímco do přijetí ustanovení § 13 občanského zákoníku byla zásada předvídatelnosti soudního rozhodování koncipována a rozvíjena soudní judikaturou, jejím přenesením do formy právní normy, se sama stala předmětem interpretace, což bezesporu může vyvolávat otázky, ale i problémy v praxi,¹⁴⁸ zvláště v situaci, kdy se jedná o ustanovení, které zcela evidentně do hmotněprávního předpisu nepatří,¹⁴⁹

¹⁴⁶ K tomu srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

¹⁴⁷ K tomu srov. VRCHA, P. K předvídatelnosti soudního rozhodování (k výkladu § 13 nového občanského zákoníku). ASPI – původní nebo upravené texty pro ASPI, ASPI ID LIT47374CZ.

¹⁴⁸ Jak uvádí L. David: „Zatímco zákon je obecným rámcem rozvíjeným interpretací, je precedent již interpretací práva samotnou. Příliš rigidně pojatá precedentní interpretace práva může podvázat kreativitu soudů a PŮSOBIT na určitou právní materii destruktivně – případně ještě hůře než špatný zákon.“ DAVID L. Precedent. In: DAVID, L., op. cit., s. 42.

¹⁴⁹ K tomu srov. LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I: komentář. Obecná část*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 115. Nebo také DAVID, L. Právo na předvídatelné rozhodnutí jako základní soukromé právo. In: DAVID, L., op. cit., s. 34.

ani nezakládá žádné subjektivní právo na to, aby věc byla skutečně obdobně rozhodnuta,¹⁵⁰ takový požadavek totiž neplyne ani z ústavního pořádku.

Ustanovení je navíc ve formulaci důvodného očekávání účastníka, že jeho případ bude rozhodnut obdobně jako dříve rozhodnutá věc, natolik neurčité, že neřeší, kdy takové důvodné očekávání vzniká, když hovoří pouze obecně o „shodě s jiným případem v podstatných znacích“. Jak upozorňuje Petr Lavický, doslovný výklad zákonného textu by znamenal, že by k vytvoření důvodného očekávání postačovalo pouze jediné, nahodilé a nepublikované rozhodnutí okresního soudu či dokonce správního orgánu, příp. rozhodnutí popírající i předchozí ustálenou rozhodovací praxi. Takový závěr je však s ohledem na ústavní východiska, na nichž je občanský zákoník založen, třeba odmítnout.¹⁵¹ Právě ona neurčitost vymezení podmínek důvodného očekávání však může vést k závěru o precedenční závaznosti jediného rozhodnutí, a z údajného nenásledování precedentů mohou povstat soudní spory, v nichž budou žalobci dovozovat odpovědnost státu za nesprávný výkon veřejné moci (za nepředvídatelná a tudíž nesprávná rozhodnutí orgánů státu ve smyslu zákona č. 82/1998 Sb.), jak upozorňuje Ludvík David.¹⁵²

Pokud tedy odmítneme tezi, že by důvodné očekávání obdobného rozhodnutí v budoucnu mohlo vyvolat ojedinělé rozhodnutí, vzdalujeme se precedenčnímu způsobu rozhodování tak, jak jej zná angloamerická právní rodina, a vracíme se k tradičnímu českému pojetí zásady předvídatelnosti soudního rozhodování, resp. důvodného očekávání, které je spjato s ustálenou judikaturou (jistou výjimkou je závaznost nálezů Ústavního soudu, jak již bylo výše rozvedeno).

Ustálenou judikaturu pregnantně definoval Libor Hanuš jako dostatečně reprezentativní a stran řešení dané otázky výrazně převažující rozhodovací praxi soudů (větší počet rozhodnutí, jejichž kvantitativní míra je odvislá od povahy řešeného problému, tj. úsudku o zásadním významu nutnosti přijetí určitého závěru), jež je až na zcela ojedinělé (a povětšinou méně přesvědčivě odůvodněné) výjimky, ve shodě, vykazuje prvek opětovného

¹⁵⁰ K tomu srov. LAVICKÝ, P. in LAVICKÝ, P., op. cit., str. 115.

¹⁵¹ K tomu srov. tamtéž.

¹⁵² DAVID, L., op. cit., s. 36-37.

a kontinuálního výskytu v plynoucím čase, objevuje se případně na úrovni několika instancí a z hlediska seznatelnosti je publikována způsobem veřejnosti bez vynaložení nadměrného úsilí, jež lze rozumně požadovat, obecně dostupná.¹⁵³

Z výše uvedené definice mimo jiné plyne, že ustálená judikatura by se měla vyskytovat v plynoucím čase, „případně“ na úrovni několika instancí. S ohledem na přesnou textaci ustanovení § 13 občanského zákoníku, je tato otázka o to aktuálnější, že vytvoření ustálené judikatury k rekonfigurovanému soukromému právu (a to i pokud připustíme, že část judikatury k soukromému právu před rekonfigurací je nadále aplikovatelná a neztrácí nic na charakteru ustálené judikatury) na úrovni několika instancí může trvat několik let, zatímco na úrovni soudů prvního stupně již ke konkrétním ustanovením, resp. určitým právním otázkám může existovat i poměrně rozsáhlá judikatura. V definici Libora Hanuše se však také objevuje požadavek na to, aby rozhodnutí považovaná za ustálenou judikaturu, byla obecně seznatelná, tj. obecně dostupná, publikovaná tak, aby se s nimi veřejnost mohla seznámit bez vynaložení nadměrného úsilí. V našich podmínkách je však veřejnost rozhodnutí okresní, ale i soudů krajských či vrchních, velmi omezená, čímž je v podstatě vyloučeno, aby vytvářela ustálenou judikaturu, což nutně oslabuje i její normativitu. Legitimní očekávání v civilních věcech tak v převážné většině případů vychází jen ze znalosti judikatury Nejvyššího soudu, jehož rozhodnutí jsou veřejnosti přístupná z internetových stránek tohoto soudu, sbírek rozhodnutí i právnických databází.¹⁵⁴ Oproti tomu Petr Hajn z toho, že ustanovení § 13 občanského zákoníku nespécifikuje soud (stupeň soudní soustavy) či jiný orgán, o jehož rozhodnutí shodné s jiným případem v podstatných znacích se má jednat, klade velmi náročný požadavek na znalost rozhodovací praxe, jemuž by v první řadě měl dostát ten, kdo se ochrany práva domáhá, z čehož plyne, že si dosavadní rozhodovací praxe vyžádá větší pozornost, než tomu – alespoň z hlediska formálního – dosud

¹⁵³ HANUŠ, L. K míře závaznosti soudní judikatury. *Právní rozhledy*, roč. 2007, č. 16, s. 575 a násl.

¹⁵⁴ Obdobně KŘIVÁČKOVÁ, J. Vliv § 13 navrhovaného občanského zákoníku na soudní rozhodování v civilním soudním řízení. *Právní fórum*, roč. 2011, č. 8, s. 382 a násl.

bylo a důkladná znalost dosavadní rozhodovací praxe bude napříště důležitá, at' již nové rozhodnutí bude praxi následovat, nebo se od ní odchýlí.^{155 156}

Druhá část ustanovení § 13 občanského zákoníku dopadá na situaci, kdy jsou dány okolnosti pro posouzení případu rozdílně, než tomu bylo v dosavadní ustálené rozhodovací praxi. Zatímco Aleš Gerloch a Jan Tryzna interpretují, že odchylka od ustálené judikatury může být založena v podstatě pouze na skutkových okolnostech konkrétního případu, zatímco změna náhledu na právní otázku je prakticky nepřípustná,¹⁵⁷ z judikatury Ústavního soudu se podává, že mimořádnými okolnostmi konkrétního případu, které mohou odůvodnit změnu dosavadní rozhodovací praxe, jsou zejména mimořádné okolnosti konkrétního případu, změna právní úpravy, nevyhnutelná nutnost ke změně judikatury v důsledku neudržitelnosti dosavadního právního názoru či závěr rozhodujícího orgánu, že věc byla posouzena nesprávně.¹⁵⁸

Pokud se soud bude chtít odchýlit od dřívější ustálené judikatorní praxe, musí přesvědčivě vysvětlit důvod své odchylky ve smyslu výše uvedených okolností v odůvodnění rozhodnutí, aby bylo zřejmé, že se z jeho strany nejednalo o prosté opomenutí existující judikatury. Jana Křiváčková v této souvislosti otevírá otázku, zda by soud měl v případech, kdy se chystá odchýlit od dřívější ustálené judikatury, o tomto účastníky poučit ve smyslu § 118a odst. 2, o. s.ř., a pokud ano, zda by toto poučení měl dostat i účastník, který na dřívější rozhodnutí neodkazuje a nelze tak přímo dovodit jeho legitimní očekávání obdobného rozhodnutí.¹⁵⁹

V souvislosti s odůvodňováním rozhodnutí v případě odchýlení se od ustálené judikatury se potom nabízí i otázka, zda se v odůvodnění rozhodnutí musí soud vypořádat pouze s judikaturou, kterou do řízení vnesli účastníci

¹⁵⁵ HAJN, P. Nový občanský zákoník a dosavadní rozhodovací praxe. *Obchodněprávní revue*, roč. 2013, č. 2, s. 45 a násl. Zdroj: Beck-online.

¹⁵⁶ Význam povědomosti o existenci či neexistenci ustálené rozhodovací praxe odůvodňuje Petr Hajn také novelizovanou podobou přípustnosti dovolání v civilních věcech. HAJN, P., op. cit., s. 45.

¹⁵⁷ K tomu srov. GERLOCH, A., TRYZNA, J., op. cit., s. 14 a násl.

¹⁵⁸ K tomu srov. plenární název Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02, který byl uveřejněn pod č. 87 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 1. 2009, č. j. 1 Afs 140/2008-77, který byl uveřejněn pod č. 1792 ve Sbírce soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, roč. 2009. Dále srov. DAVID, L. Sjednocování judikatury. In: DAVID, L., op. cit., s. 43.

¹⁵⁹ K tomu srov. KŘIVÁČKOVÁ, J., op. cit., s. 382 a násl.

řízení v rámci své právní argumentace nebo obecně vždy, i pokud se na uvedené rozhodnutí účastníci neodvolávají.¹⁶⁰ Domnívám se, že správný je přístup druhý, tj. že je třeba se s judikaturou vypořádat bez ohledu na to, zda účastníci těmito odlišnými právními názory v řízení argumentují či nikoli, zastává i většina soudců. Jana Křiváčková však namítá, že by k tomu měl soud přeci jenom přistoupit s určitou zdrženlivostí, a to směrem k rozhodnutím ojedinělým, vybočujícím z řad ustálené rozhodovací praxe, neboť je-li takové rozhodnutí, o jehož existenci dosud účastníci neměli ani tušení, vneseno do odůvodnění, může to pro účastníky představovat planou naději, že se třeba odvolací soud přikloní k tomuto názoru, a také to, že judikatura, která se zdála konzistentní, zase až tak konzistentní vlastně není.¹⁶¹

Jakkoli nám může ustanovení § 13 občanského zákoníku (a důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku) poskytovat určité indicie ohledně přístupu zákonodárce k závaznosti, resp. normativitě judikatury, vnímání důsledku tohoto ustanovení se může značně lišit. Například Ludvík David vychází z trochu odlišného východiska, než jaká byla dosud popsána, když uvádí, že o rozhodnutích českých soudů bylo již před rekodifikací soukromého práva možno hovořit jako o precedentech s „právní silou přinejmenším faktickou“, proto se v souvislosti s ustanovením § 13 občanského zákoníku namísto otázky, zda přináší precedenční způsob rozhodování, nabízí otázka, zda mu vedle dosavadní institucionální opory, poskytuje také oporu zákonnou.¹⁶²

V souvislosti s normativitou judikaturou se ve vztahu k rekodifikaci soukromého práva nabízí otázka použitelnosti judikatury, která vznikla za účinnosti „starého“ občanského zákoníku a dalších zákonů, v nových podmínkách soukromoprávní regulace.¹⁶³ I v tomto případě je možné hledat odpověď v interpretaci ustanovení § 13 - bude-li se skutkový základ věcí, které byly řešeny podle staré právní úpravy, a následně na ně má být aplikována právní úprava nová prakticky shodovat, je třeba posoudit, zda se budou lišit právní následky, které s daným skutkovým stavem bude spojovat

¹⁶⁰ K tomu srov. tamtéž.

¹⁶¹ Tamtéž.

¹⁶² DAVID, L. Právo na předvídatelné rozhodnutí jako základní soukromé právo. In: DAVID, L., op. cit., s. 34.

¹⁶³ K tomu více v kapitole Změny judikatury.

nová právní úprava. Jelikož ustanovení § 13 občanského zákoníku nebrání odchýlnému posouzení nové věci, pouze pro takový případ vyžaduje, aby důvod odchylky byl odůvodněn, není nic jednodušší, než vyložit, že důvod odlišného posouzení je zapříčiněn změnou právní úpravy a rozvést, v čem tato změna spočívá.¹⁶⁴

Jakkoli se většinou dovozuje, že stará judikatura bude z velké části použitelná, Pavel Vrcha upozorňuje na jiné nebezpečí s touto situací spojené, a to, že otázku použitelnosti budou moci účastníci řízení, resp. rozhodující soud vyřešit až po podrobnější analýze posuzované problematiky, což bude (nejen časově) zatěžovat soudy při rozhodování sporů (odvolací soud při posuzování důvodnosti odvolání či Nejvyšší soud při posuzování přípustnosti dovolání), tudíž bude požadavek obsažený v ustanovení § 13 občanského zákoníku velmi složitě naplňován, resp. bude muset uplynout mnoho let, než českou soudní praxi prostoupí prvek předvídatelnosti soudního rozhodování.¹⁶⁵

1.2.6 Závěr

Jak tedy odpovědět na otázku, jaké postavení má judikatura v českém právním prostředí? A mělo vůbec smysl na tuto otázku, jejíž samotné vymezení může být relativizováno a která již byla mnohokrát zodpovězena - pokaždé jinak a přitom třeba i důsledcích stejně - hledat odpověď?

Domnívám se, že ano, neboť i otázky, které zůstávají bez jediné správné otázky a na něž se odpověď vyvíjí v čase, jsou nejenom pro právní teorii, ale také pro právní praxi potřebné, zvláště pokud těmto otázkám přiznává velký význam i zákonodárce.¹⁶⁶

Jak již bylo uvedeno, označování judikatury pojmy „závazná“ či „nezávazná“ anebo „formální pramen práva“ či „pramen práva pouze v materiálním smyslu“, je nejenom problematické, ale nepřináší žádný (ani teoretickoprávní) užitek, proto je mnohem zajímavější a přínosnější sledovat a zkoumat

¹⁶⁴ Jak uvádí například LAVICKÝ, P. in LAVICKÝ, P., op. cit., str. 115.

¹⁶⁵ Srov. VRCHA, P., op. cit.

¹⁶⁶ Ustanovení § 13 občanského zákoníku může být v podstatě nahlíženo jako pokus zákonodárce vymezit postavení civilní judikatury v našem právním řádu.

mechanismy, které se v soudním rozhodování s ohledem na princip právní jistoty a rovnosti před právem uplatňují, tak, jak se o to snažila předložená kapitola.

1.3 Soudcovská tvorba práva v kontextu postmoderny

1.3.1 Úvod

Moderní stát devatenáctého století byl budován na montesquieuovském ideálu dělby moci a představách bezvýhradné vázanosti soudce zákonem. Toto klasické kontinentální paradigma vázané soudcovské aplikace práva bylo historicky svázáno s osvícenským racionalismem, demokratickými revolučními společenskými změnami, přechodem od tradiční k moderní společnosti a pozitivismem, který zavládl v přírodních a společenských vědách v 19. století.¹⁶⁷ Prosazující se proces modernizace práva byl doprovázen položením těžiště na právo pozitivní (zákonný pozitivismus) i jako projev nedůvěry k soudcům. Historický proces pozitivace a byrokratizace práva vytvořil podmínky pro kontinentální oddělení legislativy a aplikace práva.¹⁶⁸ Na těchto základech vyrostl liberální právní stát založený na principech zákonnosti a ústavnosti, vztažených i na právotvorný a aplikační proces.

Selhání krajního právního pozitivizmu při ochraně lidských práv v autoritářských a totalitních politických systémech v období druhé světové války a navazujících nedemokratických politických systémech zpochybnilo principy formálně legalistického státu a zákonného pozitivizmu postavené na požadavku naplněním zákona, ať je jeho obsah jakýkoliv.¹⁶⁹ Formování kontinentálního materiálního právního státu přispělo k posilování postavení

¹⁶⁷ Auguste Comte, významný představitel pozitivizmu ve vědě, shledává ve své etapizaci vývoje tří stádií lidského ducha významné mocenské postavení právníků jako zastánců starých pořádků v předrevolučním metafyzickém stádiu vývoje, které bylo překonáno pozitivním (vědeckým) stádiem nastupujícím v 19. století. Viz k tomu podrobně VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. *Sociologie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 28-29.

¹⁶⁸ Tento proces budování autonomního právního systému výstižně charakterizuje Unger ve své práci UNGER, R. M. *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*. New York: The Free Press, 1976, s. 54 an.

¹⁶⁹ Známe je Weyrovo přesvědčení, že obsahem právní normy může být cokoli, tedy je lhostejno, zda je tímto obsahem i něco, co není a podle přírodních zákonů je jisto, že nikdy být nemůže. WEYR, F. *Teorie práva*. Orbis: Praha-Brno, 1936, s. 34 -35.

moci soudní a role soudců jako představitelů justice. Po pádu totalitních systémů v zemích střední a východní Evropy byla i zde posílena důvěra k soudní moci a soudcům.

Přechod západní společnosti od společnosti moderní (industriální) ke společnosti pozdně moderní (postindustriální, označované i jako společnost postmoderní¹⁷⁰) se promítá do změny práva i jako objektu právního poznávání. V oblasti právně interpretační a aplikační vyvolává potřebu rozvinutí právně interpretačního a aplikačního diskurzu, jenž není jen věcí právních teoretiků,¹⁷¹ ale i judičiální praxe. Zvýšenou pozornost těmto otázkám věnuje zejména Ústavní soud, Nejvyšší správní soud a v poslední době i Nejvyšší soud. Projevem tohoto diskurzu jsou nepřímě i některá úvodní ustanovení nového občanského zákoníku.¹⁷² Součástí tohoto diskurzu je i pohled na soudcovskou tvorbu práva.

1.3.2 Soudcovská tvorba práva

Jakkoliv je představa vázanosti soudce zákonem kontinentální právní kultuře vlastní,¹⁷³ nemůže se v určitých situacích reálné soudcovské rozhodování obejít bez soudcovské tvorby práva, byť toliko tam, kde je to nezbytné

¹⁷⁰ Pojem pozdně moderní společnost lépe vystihuje návaznost na společnost moderní než pojem postmoderní, k němuž někteří sociologové a právníci namítají, že průvodní jevy sociální změny nejsou takového charakteru, aby nastolily novou kvalitu, tj. postmoderní společnost. Viz např. PETRUSEK, M. *Společnosti pozdní doby*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2006, s. 289-290; MARŠÁLEK, P. *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, s. 222.

¹⁷¹ Lze zde chronologicky uvést zejména monografické práce: SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008; TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace: ke vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010; MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. BECK, 2010; HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011; GERLOCH, A., TRYZNA, J., WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012; WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

¹⁷² Zejména § 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

¹⁷³ V podmínkách ČR vychází i z čl. 95 odst. 1) ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, který stanoví: „*Soudce je při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu.*“

a za respektování určitých zásad a právem stanovených limitů. Ani po racionálním zákonodárci nelze požadovat, aby ve fázi tvorby práva předvídal všechny možné situace a právní vztahy, které přináší každodenní život.¹⁷⁴

Soudcovskou tvorbou práva se v kontinentálním právním systému obvykle označuje aplikační činnost soudce přesahující prosté nalézání práva. Toto dotváření práva nastupuje v okamžiku kdy proces výkladu práva i s využitím dostupných interpretačních postupů nevede k jednoznačnému konkrétnímu řešení daného případu. Soudcovská tvorba práva¹⁷⁵ bývá označována i jako „soudcovská dotvorba práva“¹⁷⁶, „soudcovské vytváření práva“¹⁷⁷ nebo „soudcovské dotváření práva“.¹⁷⁸ Hans Schlosser mluví i o „soudcovském právu“, které vzniká za účelem řešení jednotlivého případu.¹⁷⁹ Soudcovské právo představuje tvorbu či dotváření závazných pravidel chování a posteriori.¹⁸⁰

Soudcovskou tvorbu práva spojujeme s aplikační činností soudce. Při hlubším pohledu je však zřejmé, že úzce souvisí s vlastním interpretačním procesem. Je otázkou, zda interpretace a aplikace práva tvoří dva oddělitelné procesy nebo je třeba je vnímat jako jeden celek.

Interpretace práva bývá, zejména v učebnicích teorie práva, chápána jako duševní činnost, spočívající v „přřazování významu znakům“,¹⁸¹ Tato for-

¹⁷⁴ Jak poznamenává Hart „Lidští zákonodárci nemohou znát všechny možné kombinace okolností, které může přinést budoucnost“. HART, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010, s. 133.

¹⁷⁵ Viktor Knapp tohoto termínu užil již v roce 1969 v názvu svého článku. KNAPP, V. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*, 1969, roč. 108, č. 2, s. 81-91.

¹⁷⁶ Hanuš v tomto ohledu zdůrazňuje, že soudce v právním státě dotváří právo pouze a jediné tam, kde je nutno ho dotvářet. Dotvorba práva je navazujícím pokračováním právo-
votvorného procesu. Viz HANUŠ, L. *Právní argumentace nebo svévolé*. Praha: C. H. BECK, 2008, s. 89-90.

¹⁷⁷ Srov. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 228.

¹⁷⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. BECK, 2010, s. 210.

¹⁷⁹ Jde o produkt procesu nacházení práva, protože soudce nedokázal zdůvodnit své rozhodnutí na základě znění zákona. SCHLOSSER, H. Výklad v práve, aplikácia práva a soudcovská tvorba práva. In: *Teória práva*. Bratislava: EÚROKÓDEX, 2011, s. 189.

¹⁸⁰ Znamená tak větší difuzi subjektů normotvorby, než je tomu v případě vytváření těchto pravidel ve formě zákonů a dalších právních předpisů. GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. aktual. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 266.

¹⁸¹ Viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. BECK, 2010, s. 78. Obdobně interpretaci práva vymezuje i Viktor Knapp (KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C.H.BECK, 1995, s. 168) nebo Lukáš Hlouch (HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 14).

mulace sleduje zejména pedagogické zřetele. V širších výkladech je právní interpretace vnímána jako proces, který nespočívá jen v nalezení „*právního významu těch skutečností, které považujeme za prameny či zdroje právní normativity*“¹⁸² Cílem interpretace je objasnění smyslu právního textu, a to „*zejména s obledem na následnou aplikaci práva či jiné formy realizace práva*“¹⁸³ Součástí interpretačního procesu je tak i formulace vlastního odůvodnění soudního rozhodnutí. Otázka soudcovské tvorby práva v kontinentální právní kultuře nutně tematizuje míru vázanosti soudce zákonem a nemá jen doktrinární rovinu.¹⁸⁴ Tuto vázanost soudce lze vyjádřit konceptem **vázaného či naopak volného soudcovského rozhodování**, respektive hledat model, který vyvažuje jejich krajní polohy.¹⁸⁵ Historicky představuje vázané či naopak volné soudcovské rozhodování zdánlivé protipóly úlohy soudce v aplikačním procesu:

1. Na jedné straně vystupuje **soudce, který pouze aplikuje zákony** - tato role vychází z osvícenských představ, jak je charakterizoval Charles Montesquieu, který úlohu soudce vyjádřil tvrzením, že „*soudcové jsou jen ústa, která citují text zákona, lidé bez vůle, kteří nemohou zmírnit moc ani přísnost zákonů*“¹⁸⁶ Tyto představy pak byly vtěleny i do kodifikací vzešlých z demokratických revolucí, jež zakázaly soudcům tvořit právo.¹⁸⁷ Tato poloha právního formalismu nalezla svůj výraz v legalistickém konceptu liberálního právního státu a ideálech kontinentálního právního (zákonného) pozitivizmu. Byla výrazem postupu racionality moderny a výsadního postavení zákona, který bezrozporně a s dostatečnou přesností upraví celou právní materii.

¹⁸² Je tomu tak zejména při výkladu chápáním interpretace práva v kontextu jejich hermeneutických východisek. Viz výklad právní interpretace v HARVÁNEK, J. et al. *Právní teorie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 309 an.

¹⁸³ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. aktual. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 128.

¹⁸⁴ Jde o věcnou otázku obecné právní teorie i právních odvětví platného práva. Srov. k tomu více GERLOCH, A., TRYZNA, J. Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*, 2007, č. 1, s. 23 an.

¹⁸⁵ Zdeněk Kühn v návaznosti na Jerzy Wróblevského rozlišuje trojí model ideologie soudcovské aplikace práva: ideologii vázaného soudcovského rozhodování, ideologii volného soudcovského rozhodování a konečně ideologii legální a racionální aplikace práva jako kompromis dvou předchozích ideologií. Viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 232 an.

¹⁸⁶ MONTESQUIEU, CH. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003. Reprint 1947, s. 198.

¹⁸⁷ Kupříkladu známý čl. 5 francouzského občanského zákoníku z roku 1804 (Code Civil) stanovil: Soudcům se zakazuje rozhodovat o věcech, které jim byly předloženy, všeobecným a normativním způsobem.

Soudce tak vystupuje pouze jako určitý subsumpční nástroj. Vázaná aplikace práva je postavena na garanci právní jistoty. Jejím základem je statická teorie interpretace, která preferuje neměnnost výkladu právních norem po celou dobu jejich časové působnosti a vede k ahistorickému chápání práva, které nelze aktualizovat výkladem. Soudce má postupovat čistě formálně dogmatickým způsobem.

2. Na druhé straně stojí **představa otevřenosti právního systému** a možnosti jeho soudcovského dotváření, prosazující se postupně od druhé poloviny minulého století i jako výraz nastupující postmoderny s ideovým, hodnotovým a normativním pluralismem a právním polycentrismem. Postmoderna přináší kumulaci velkého množství změn v relativně krátkých časových úsecích, na něž je právo schopno reagovat jen se zpožděním.

Volné soudcovské rozhodování je tak výrazem skepse k psanému právu. Legislativní nadprodukce je nesystematická a předkládá právní normy zčásti nejednoznačně nebo nesrozumitelné. Soudce tak stojí před nutností rozhodnout i ve věcech, které nejsou právně upraveny nebo jejichž právní úprava již neodpovídá aktuální společenské situaci. Je postaven před úkol nalézt optimální řešení právního případu sledující požadavek spravedlivého rozhodnutí v dané konkrétní věci. Psané právo je jen výchozím základem soudního rozhodnutí, podkladem pro soudcovo rozhodování jsou zdroje nejružnějšího obsahu.¹⁸⁸ Soudce tak teprve svým rozhodnutím vytváří soudcovské právo, které však v kontinentálním systému práva nemá precedenční povahu. Může však hrát iniciační roli v právní praxi a legislativní činnosti zákonodárce. Ideologie volného soudcovského rozhodování nemá být podle tohoto konceptu projevem soudcovské libovůle a neměla by vést ke zpochybňování společenských cílů právní úpravy.

3. Určitým kompromisem těchto dvou krajních poloh - vázané a volné soudcovské aplikace práva je **model legální a racionální aplikace práva**, který se snaží překlenout slabé stránky těchto dvou hraničních přístupů jako určitý „zlatý střed“ mezi nimi. Je tak odmítán příliš legalistický a statický přístup konceptu vázaného soudcovského

¹⁸⁸ Kromě textu zákonů má soudce vycházet i z řady jiných zdrojů. Kühn příkladmo uvádí právní praxi, právní vědu, extralegální společenské normy jako pravidla správnosti, morálky a jiné zvyklosti, kolektivní vědomí, smysl pro právo a spravedlnost a další. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 238.

rozhodování a na druhé straně není akceptována příliš volná představa zdrojů práva¹⁸⁹ pro volné soudcovské rozhodování s velkou mírou soudcovského uvážení v každém jednotlivém případě. Model legální a racionální aplikace práva tak překonává úskalí obou přístupů, které ostatně nejsou v jejich krajních polohách širěji zastávány. Staví na hodnotě legality, které náleží v interpretačním procesu výchozí pozice, a zároveň klade důraz na racionalitu aplikačního procesu a odůvodnění rozhodnutí.¹⁹⁰ Ve srovnání s předchozími přístupy má z nich blíže k modelu volné soudcovské aplikace práva.

Model legální a racionální aplikace práva nejlépe reflektuje recentní přístupy k soudcovské tvorbě práva. Připouští existenci více možných řešení jednotlivého případu a nerezignuje na nalezení nejlepšího možného řešení, které je potvrzené racionalitou předkládaného odůvodnění.

Soudcovská tvorba práva se úzce dotýká funkce právní interpretace, kterou lze vyjádřit i otázkou, zda je právní interpretace hybnou silou evoluce práva jako společenského jevu.¹⁹¹ Funkci právní interpretace lze charakterizovat v zásadě dvěma základními přístupy:¹⁹²

- **Kognitivní povaha právní interpretace.** Právní interpretace plní v zásadě pouze deskriptivní, popisnou roli, usiluje o nalezení jediného odborně podloženého významu normativního textu. Ronald Dworkin v tomto duchu zastává stanovisko, že pro soudce v dané věci existuje pouze jeden správný výklad.¹⁹³

¹⁸⁹ Tryzna pro pravidla platící za pramen práva v důsledku svého obsahu považuje za vhodnější označení „zdroj práva“. TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace: k vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010, s. 184.

¹⁹⁰ Podle Kühna tak ideologie legální a racionální aplikace práva zachovává distinkci mezi normotvorbou a aplikací práva, byť ve výrazně posunuté a realistické podobě oproti ideologii vázané aplikace práva tím, že dává novou racionální kvalitu staré koncepci „nalézání práva“, která není v rozporu s klasickou koncepcí tzv. „dotváření práva“. Viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 241.

¹⁹¹ Viz k tomu HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 42.

¹⁹² Podrobně se v tomto smyslu zabývá funkcí právní interpretace Kühn. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 24 an.

¹⁹³ Pravidla je podle Dworkina třeba aplikovat metodou všechno nebo nic. Jsou-li dány skutečnosti, o nichž pravidlo hovoří, pak pravidlo buď platí, a v takovém případě je nutno akceptovat odpověď, kterou dává, nebo neplatí a pak pro rozhodnutí nic nepřináší. DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 46.

- **Konstruktivní (konstitutivní) povaha právní interpretace.** Právní interpretace vychází z přesvědčení, že právní text může být interpretován různými způsoby vzhledem k rozdílným hodnotovým přístupům interpreta. Základním faktem zde zůstává, že soudce „tvoří“ právo ve snaze se vypořádat s konkrétním řešeným případem. V tomto směru lze poukázat na Hartův pojem otevřené textury práva (*open texture*) vyjadřující vágnost a neurčitost všech textů právních norem.¹⁹⁴

Soudcovská tvorba práva vychází z konstruktivní (konstitutivní) role právní interpretace. Soudce, který je postaven do situace, kdy zákon pro danou situaci nepředepisuje ani jedno řešení, musí za pomoci konstitutivní interpretace přistoupit k soudcovské tvorbě práva, která vytváří ad hoc zákon v materiálním smyslu, který ale nemá precedenční účinky. Nicméně zde nelze pominout normativní sílu judikatury, zejména judikatury nejvyšších soudů, kdy soudce musí zvážit aplikovatelnost relevantní judikatury na jím řešený případ.¹⁹⁵ S tím souvisí i nutnost veřejné publikace judikatury přinejmenším nejvyšších soudů.

1.3.3 Postmoderní kontext soudcovské tvorby práva

Společnost a právo západního světa prochází od poslední čtvrtiny minulého století procesem změn, pro něž je charakteristická stále větší heterogenita sociální struktury společnosti a narůstající pluralizace hodnot, norem, idejí, ideálů, aspirací, životních stylů, kulturních preferencí a věr ve společnosti. Projevy těchto sociálních změn mají nejen národní, ale i celoevropský a zčásti i globální rozměr. Souhrnně bývají tyto změny charakterizovány jako etapa přechodu od moderní společnosti ke společnosti pozdně moderní (postmoderní). Všeobecná hodnotová a normativní pluralizace pozdně moderní společnosti a rozmanitost její sociální struktury limitují dosažení širšího hodnotového

¹⁹⁴ Otevřená textura práva podle Harta znamená, že existují oblasti jednání, kde je ponechána řada otevřených prvků, aby byly rozvíjeny soudy a veřejnými činiteli, kteří mají ve světle určitých okolností nalézt přijatelný kompromis mezi soupeřícími zájmy, jež se svou závažností případ od případu liší. HART, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010, s. 139.

¹⁹⁵ Při nerespektování judikatury tíží soudce „břemeno argumentu“, tedy pokud dovede aplikovatelnost relevantní judikatury na jím řešený případ, musí právní názor v judikatuře vyslovený ve svém rozhodnutí použít, ledaže přesvědčivě vysvětlí, proč je aplikovatelná judikatura nesprávná. BOBEK, M., KÚHN, Z. a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vyd. Praha: Auditorium, 2013, s. 113.

a normativního konsensu. Absenci tohoto konsensu se snaží omezeně substituovat obecně závazný právní řád. Právo tak umožňuje konec konců porozumět podstatě společnosti, jejímu životu a změnám. Britský právní teoretik Roger Cotterrell v tomto smyslu mluví o společnosti jako právním společenství (*law's community*).¹⁹⁶ Je to právní společenství, které dokáže ideově a sociálně pluralitní společnost integrovat v jeden, byť nesourodý celek. Regulativní, integrativní a inovativní funkce práva se tak v pozdně moderní společnosti stává existentní nezbytností. Tento fakt se nutně promítá i do interpretace a aplikace práva.

Je otázkou, nakolik se právo dokáže oprostít od politických, ekonomických a dalších vlivů a zda v jeho základu zůstane všeobecně akceptovaná idea spravedlnosti. Celkové společenské a ideové klima společností se od dob Friedricha Savignihovo změnilo. Jak dodává Niklas Luhmann¹⁹⁷ - právo již není tím „*starým dobrým právem*“, jehož platnost se odvozovala od jeho neměnnosti založené na minulosti a symbolizované jeho nezměnitelností. Na dnešní právo se nelze dívat pouze jako na aspekt společnosti. Svoji efektivnost dnes odvozuje stále více od politické moci reprezentované nejen státem.

Pro právní interpretaci je podstatné, že právo reflektuje pozdně moderní společnost konceptem právního pluralismu, který vystihuje posun práva k pluralitě jeho pramenů a ústup národního státu z pozic výlučného zákonodárce. Právní řád státu nabývá podoby multicentrického právního řádu s dominujícím postavením mezinárodního a evropského práva. S procesem globalizace se v pluralitní společnosti navíc prosazují spontánně se formující kvaziprávní systémy globálního charakteru (*lex mercatoria*, *ius humanitas* a další) a vystupují kvaziprávní systémy minoritních náboženských a etnických menšin (islámské právo). Vztah paralelně působících právních systémů přitom nemusí být ústavními dokumenty přesně vymezen a aktuální řešení je ponecháno judiciálnímu rozhodování, politickým rozhodnutím nebo spontánnímu průběhu.

¹⁹⁶ COTTERRELL, R. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 2005, s. 19-22.

¹⁹⁷ LUHMANN, N. A. *Sociological Theory of Law*. London and Boston: Routledge and Kegan Paul, 1985, s. 268.

S postmoderním vnímáním světa se i v právní oblasti projevuje tendence k relativizaci poznatelnosti sociálního světa a zpochybnění jeho racionality. Pro proces interpretace a aplikace práva se v tomto směru jeví jako zvláště závažná postmoderní relativizace pravdy, jež je vázána na určitá pravidla, mezi nimiž lze volit.¹⁹⁸ Postmoderna tak přináší uznání více možností řešení, která jsou přitom stejně vhodná a adekvátní a jen těžko se určuje, či pravda nebo názor je „lepší“ a či „horší“.¹⁹⁹ Fakt odlišných právních prostorů a konec chápání práva jako objektivní reality pak znamená, že právo není výrazem jednoznačného příkazu jedné nezpochybnitelné autority (zákonodárce), ale odvisí od výsledku diskurzivního procesu. Interpretací a aplikační proces práva tak nerezultuje v jeden správný výsledek. Realita práva je diskurzivním výsledkem podnětů účastníků diskurzu disponujících odlišnou společenskou mocí.²⁰⁰ Právo je definováno nikoliv svým textem, ale svým významem, který je nalézán v procesu neustálé reinterpretační a společenským diskurzem. Účastníci diskurzu přitom mají odlišnou sílu a schopnosti přispět k výsledku diskurzu. Americká právní teoretička Helen Stacy v této souvislosti upozorňuje, že postmodernistická relativizace ideje pravdy a reality s sebou nese odmítnutí práva jako privilegovaného typu diskurzu.²⁰¹

Proces postmodernizace práva bývá charakterizován jako dekonstrukce práva, kterou se obvykle rozumí odhalení skrytých organizačních principů nebo metafyzických předpokladů práva, ale ve svém důsledku na druhé straně znamená i určitou ztrátu symbolické hodnoty práva.²⁰² Demytizované

¹⁹⁸ Kriticky poukázal na praktické důsledky postmodernistického pojetí poznání v oblasti civilního procesu z hlediska konstrukce skutkového stavu a konceptu pravdy zejména Josef Macur, který odmítl postmodernistický gnozeologický relativismus. MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: MU, 2001, s. 51 an.

¹⁹⁹ HARRINGTON, A. a kol. *Moderní sociální teorie: Základní témata a myšlenkové proudy*. Praha: Portál, 2006, s. 418.

²⁰⁰ Viz k tomu RODIN, S. Diskurz a autorita v evropské a postkomunistické právní kultuře. *Právník*, 2006, roč. 145, č. 8, s. 876.

²⁰¹ STACY, H. M. *Postmodernism and Law*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2004, s. 178.

²⁰² EDGEWORTH, B. *Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State*. Hampshire: Ashgate, 2003, s. 223.

právo zbavené symboliky ztrácí ale gloriolu metainstituce. Projevem dekonstrukce systému práva je ztráta systémovosti práva a rezignace na právo spjatá často s cynismem právní praxe.²⁰³

Narůstající složitost a mnohotvárnost dnešní pozdně moderní společnosti na jedné straně přináší více svobody, na druhé straně však více nejistoty ze stále se měnící a méně předvídatelné sociální a právní reality. Právní systém ztrácí mnoho ze své obsahové a částečně i formální jednoty a je zahlcován legislativní nadprodukcí. Změny právní oblasti si žádají konceptuální a paradigmatické uchopení právně teoretickými úvahami a tyto úvahy promítnout do právně interpretačních a aplikačních přístupů, včetně obecnějších otázek legitimacy a spravedlnosti judičiálního rozhodování.

1.3.4 Evropeizace jako stimul soudcovské tvorby práva

Proces evropské integrace je významným způsobem organizován právními normami a právními institucemi a realizován formami právních vztahů. Právo EU se stalo výrazem, prostředkem a výstupem procesu evropeizace.

Proces evropeizace práva se projevuje nejen v celé oblasti práva EU, ale zasahuje i do všech oblastí práva členských států a modifikuje tak vedle evropského i národní právní prostředí. Spočívá nejen v implementaci evropského práva, ale i v evropeizaci pramenů práva, konceptu lidských práv a právního státu, judičiální činnosti, interpretace práva, právních postupů a metod a v konečné instanci i v evropeizaci způsobu právního myšlení, a to vše jak na evropské, tak i národní úrovni.

Evropeizační proces v oblasti justice přesahuje sblížování judikatury národních států navzájem a ve vztahu k evropskému právu. Unijní právo samo organizaci národní justice a procesní pravidla soudního řízení členských států ve svých vlastních předpisech přímo neupravuje, neboť tato unifikace se v rámci EU vzhledem ke staletým tradicím národních právních kultur ukázala být v současném časovém horizontu nereálnou. Evropská unie proto přistupuje k harmonizaci soudnictví velmi opatrně a spíše funkcionálním

²⁰³ Postmoderní dekonstrukce práva se váže na postupující dekonstrukci státu. Moderní stát, jenž se vyvinul v průběhu staletí v Evropě a evropskou expanzí se rozšířil do celého světa, již nadále neexistuje. Viz HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, 2013, roč. 152, č. 1, s. 27.

přístupem, který zachovává zásadu subsidiarity. V podstatě jsou tak v této oblasti upraveny pouze zásady spravedlivého procesu, a to v Chartě základních práv Evropské unie.²⁰⁴

Významné místo v procesu evropeizace práva a justice náleží Soudnímu dvoru Evropské unie, a to nejen s ohledem na sjednocování interpretace evropského práva prostřednictvím řízení o předběžné otázce, ale zvláště tím, že od poloviny šedesátých let jím byla formulována doktrína přednosti evropského práva vůči právu vnitrostátnímu a doktrína přímého (bezprostředního) účinku, resp. přímé použitelnosti práva. Pro svoji roli integračního aktivismu je Soudní dvůr EU považován za „motor“ evropské integrace.²⁰⁵

Proces evropeizace práva rozšiřuje právní prostor, zejména pokud jde o soubor závazných pramenů práva, rozšiřuje ale i okruh extralegálních zdrojů práva, které lze vzít do úvahy při hledání řešení daného konkrétního případu. Právo a právní věda jsou konfrontovány se změnami struktury a dynamiky práva. Právní komparatistika v kontextu práva EU a členských států poskytuje právně interpretační podněty a hledá cesty koexistence kontinentálního právního systému (*civil law*) a systému angloamerického práva (*common law*).

1.3.5 Limity soudcovské tvorby práva

Soudcovská tvorba práva se v kontinentálním právním prostředí neuskutečňuje *de iure*, ale *de facto*. Základní otázkou soudcovské tvorby práva dnes není, zda soudcovská tvorba práva ano či nikoliv, ale ve kterých případech, za jakých podmínek a s jakými omezeními k ní přistoupit.

Soudcovská tvorba práva není a nemůže být bezbřehá a svévolná, musí respektovat limity vyplývající z ústavně garantovaných principů a postavení soudní moci v rámci principu dělby moci, především ve vztahu k moci zákonodárné.

²⁰⁴ Srov. k tomu např. výklad SYLLOVÁ, J., KOLÁŘ, P. Analýza změn ústavního a právního prostředí v České republice v souvislosti se vstupem do Evropské unie: s důrazem na parlamentarismus, občanství a soudnictví. In: MANSFELDOVÁ, Z., KROUPA, A. (eds.). *Proměny reprezentace zájmů po vstupu do Evropské unie*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2008, s. 40 an.

²⁰⁵ TICHÝ, L., ARNOLD, R., SVOBODA, P. et al. *Evropské právo*. 3. vyd. Praha: C.H. BECK, 2006, s. 333.

Rozvoj nových interpretačních postupů nemůže vést k interpretační a aplikační libovůli. Z toho resultují i limity soudcovské tvorby práva, jejichž respektování legitimizuje soudcovskou tvorbu práva pro daný případ. Mezi tyto limity patří především:

1. Interpretace právních norem musí být ve výsledku *secundum et intra legem* - výsledky argumentace pomocí interpretačních metod nemohou být v rozporu se samotným textem právní normy.²⁰⁶
2. Je omezena aplikace práva *contra legem* - dotváření práva *contra legem* přichází v úvahu pouze výjimečně jako nouzový, pomocný prostředek, a to zpravidla tehdy, když nelze z právně politických důvodů u hodnotových mezer v zákoně očekávat nápravu „normativního deficitu“ ze strany zákonodárce.
3. Soudcovská tvorba práva nesmí sloužit utilitárním společensko-politickým cílům, soukromým ekonomickým zájmům a zájmům zvýhodňujícím úzký okruh právních subjektů v rozporu se zákazem diskriminace.²⁰⁷
4. Soudcovská tvorba práva je meritorně vyloučena v některých právních odvětvích a v dílčích oblastech práva, které se podstatně dotýkají právní jistoty a základních ústavně garantovaných právních zásad. Jde především o odvětví trestního práva hmotného²⁰⁸, taktéž se vylučuje dotváření práva např. v oblasti daňového práva, správního trestání, pravomocí a kompetencí státních orgánů apod.

Pro soudcovskou tvorbu práva svědčí postulát hodnotové koherence právního řádu, požadavek spravedlnosti konkrétního případu a princip rovnosti před soudem, který se promítá do požadavku zobecnitelnosti soudního rozhodnutí na ostatní obdobné případy, což znamená přístup obdobný přístupu zákonodárce.

Na specifický limit soudcovské tvorby práva poukazuje belgický právní teoretik Mark Van Hoecke. V souvislosti s rolí soudce se zamýšlí nad jeho demokratickou legitimitou coby „normotvůrce“. Na rozdíl od zákonodárců,

²⁰⁶ Viz k tomu GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. aktual. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 137.

²⁰⁷ Čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.

²⁰⁸ Nelze např. soudcovsky dotvářet zákonná ustanovení, která promítají zásadu „*Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo na majetku, lze za jeho spáchání uložit*“ (čl. 39 Listiny základních práv a svobod), stejně tak jako zásadu „*nula crimen sine lege*“.

kterí jsou demokraticky voleni, tomu tak u soudců není.²⁰⁹ To poskytuje i určitou argumentaci proti soudcovské tvorbě práva. Se soudcovskou tvorbou práva je proto třeba spojit požadavek řádného odůvodnění, které musí pracovat s pádnější právní argumentací než při běžném výkladu práva.

Soudcovská tvorba práva vyžaduje ze strany rozhodujícího soudce určitou odvahu. Soudce a významný americký právní teoretik Richard A. Posner si proto položil otázku - kdo jsou vlastně soudci? – a konstatuje, že soudci se nacházejí na pracovním trhu jako ostatní profese. Jsou z donucení příležitostnými zákonodárci a lze je rozdělit na dva typy: vůdčí typy (leaders) a následovníky (followers).²¹⁰

1.4 Dělbba moci a legitimita soudcovské tvorby práva

1.4.1 Základní otázky*

Rozlišujeme-li mezi tvorbou práva a jeho nalézáním, měli bychom se jistě zamyslet nad tím, co činí tento rozdíl významným. Proč je takové rozlišování vůbec relevantní a proč představa, že by měl soudce právo vytvářet a nikoliv pouze objevovat a vykládat, vyvolává pochybnosti a znepokojení.²¹¹ Je zřejmé, že tento problém můžeme dát do úzké souvislosti s otázkami uplatňování moci a jejího možného zneužití, stejně jako s problémy legitimity a autority.

²⁰⁹ Viz HOECKE, M. V. *Law as Communication*. Oxford: Hart Publishing, 2002, s. 172.

²¹⁰ POSNER, R. A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, s. 78 an.

* Autor textu by tímto rád poděkoval účastníkům vědeckého symposia Nové trendy v soudcovské tvorbě práva za jejich podnětné poznámky k tomuto tématu. Zvláštní dík náleží zejména JUDr. Mgr. Ondřeji Horákovi, Ph.D. a dále JUDr. Tomáši Sobkovi, Ph.D. za podnět, který autora přivedl k zájmu o problematiku deklaratorní teorie práva.

²¹¹ K některým rozdílům mezi tvorbou a výkladem práva srovnej text HAPLA, Martin. Tvorba a výklad práva – vymezení pojmů v postmoderní situaci. In: VEČEŘA, Miloš, MACHALOVÁ, Tatiana a VALDHANS, Jiří (eds.). *DNY PRÁVA 2013 – DAYS OF LAW 2013. Část I. Aktuální otázky právní metodologie*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 47-57.

Vymezení soudní moci a její vztahy k odlišným státním složkám jsou, alespoň jak se na první pohled zdá, determinovány zejména dělbou moci.²¹² Má to být právě ona, kdo stanoví uplatňování moci meze, snaží se bránit jejímu zneužívání a legitimizuje tak i rozdělení určitých pravomocí a rolí v rámci státních orgánů (ve spojitosti s konceptem svrchovanosti lidu). Tím však zároveň problematizuje postavení soudce coby tvůrce práva. Není to přece zřetel k tomuto principu, který mu vnucuje diametrálně odlišnou roli od člena parlamentu, tedy úlohu „pouhého“ interpreta? Nejsou to obavy z jeho narušení, které představují jeden z hlavních zdrojů argumentů proti soudcovské tvorbě práva?²¹³

Abychom mohli posoudit relevanci těchto obav, musíme objasnit, co přesně dělba moci znamená a nakolik je v současné době jakožto ústavněprávní princip ještě významná. To pochopitelně není snadný úkol. V širším povědomí je tato idea nejčastěji spojována s Montesqueuho jménem. Proto bude nejprve stručně představena jeho teorie a kriticky zhodnocen její význam (část 2). Hlavní pozornost první poloviny tohoto textu bude následně věnována obhajobě teze, že současné chápání dělby moci nám neumožňuje objektivně rozhodnout, zda je soudcovská tvorba práva přijatelná či nikoliv. Důvodů je pro to několik. První z nich souvisí s tím, že se dělba moci stala příliš vágním principem, v jehož pozadí stojí až příliš mnoho protikladných idejí a účelů na to, abychom z něj mohli vyvozovat konkrétní zásady pro institucionální uspořádání státu,²¹⁴ nebo jinak řečeno určit, které kompetence mají být přisouzeny konkrétním státním orgánům a jakou povahu mají mít vztahy mezi nimi (část 3). Druhý důvod, který relevanci dělby moci obecně

²¹² K tomu, jak s nárůstem vlivu soudní moci vyvstala otázka dělby moci a následně legitimacy soudního rozhodování, velmi stručně MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*. 2008, vol. 19, no. 4, s. 655-724, s. 713-714. Dále srovnej též názor Miloše Večeří, který dává ideu „soudce, který pouze aplikuje zákony“ do souvislosti s Montesqueuho teorií: VEČEŘA, Miloš. Soudcovské dotváření práva. In: GERLOCH, Aleš, TRYŽNA, Jan a WINTR, Jan (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 221-234, s. 226.

²¹³ HARVÁNEK, Jaromír, ONDRÝSEK, Roman. Justiciální tvorba práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, roč. 22, č. 1, s. 6-12. S. 7.

²¹⁴ K tomu srovnej např. skeptický přístup zastávaný v textu FAIRLIE, John A. The Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1923, vol. 21, no. 4, s. 393-436. S. 431. Dále též CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2009, xxvii, 286 s. S. 27.

oslabuje, spočívá v různých společenských a institucionálních změnách, kterým jsme v posledních stoletích vystaveni. Jak se pokusím ukázat, jejich hodnocení je silně poznamenáno konceptuálními nejasnostmi rozebranými v předcházející části (část 4). A nakonec, třetím důvodem je samo problematické postavení soudnictví coby jedné z hlavních složek moci, které není odůvodnitelné prostřednictvím žádného logického kritéria (část 5).

Je-li však nastíněná teze správná, je nutné si položit otázku, zda je tvorba práva soudcem ospravedlnitelná i mimo rámec principu dělby moci, a pokud ano, tak jakým způsobem? Při hledání odpovědi, jemuž bude věnována druhá polovina textu, se samozřejmě nelze vyhnout základnímu vymezení legitimacy a jejich různých typů (část 6). Podrobnější prozkoumání ve vztahu k soudní moci si přitom zaslouží zejména problematika legitimacy vstupní a výstupní, jakož i charakteristika soudce coby odborníka na právo a její význam pro legitimizaci jeho rozhodovací činnosti (část 7). Jako nezbytná se jeví i analýza obecných důvodů, které přispěly k akceptaci ideje soudcovské tvorby práva (část 8) a prvků, které ji korigují (část 9). Závěr textu bude věnován nástinu možných východisek z legitimizačního vzduchoprázdna, které ohrožuje soudcovskou tvorbu práva, pokud není ukotvena v dělbě moci (část 10).

1.4.2 Na co Montesquieu (ne)přišel

Otevřeme-li některou z učebnic ústavního práva nebo státovědy či jakýkoliv text, který otázku teoretického uchopení dělby moci tematizuje pouze stručným způsobem, narazíme v něm na Montesquieho jméno. Dozvíme se, že právě on je původcem ideje tří oddělených mocí – zákonodárné, výkonné a soudní, jejímž hlavním cílem je zabránit nástupu tyranské vlády. Je však na místě ptát se, zda rozumíme Montesquiemu správně, chápeme-li ho takto, a zda postupujeme korektně, pokud dělbu moci v této koncentrované podobě kritizujeme. Nejedná se zde přitom jen o to, že takové podání nutně představuje určité zjednodušení. Stejně tak zásadní je podezření, zda má v této formě vůbec nějaké příznivce, zda jej můžeme v alespoň nějakém rámci považovat za živé, nebo představuje pouze „slaměného panáka“, vůči kterému se všichni s velkou chutí vymezujeme.

Zkoumáme-li celý problém hlouběji, záhy zjistíme, že nepanuje jednoznačná shoda na tom, co si Montesquieu vlastně myslel a v čem přesně spočívá jeho přínos. Leckdy bývá vnímán jen jako popularizátor myšlenek, které

byly již dříve vysloveny jinde.²¹⁵ Podle Františka Weyra měla jeho originalita tkvět v tom, že rozlišil podstatné funkce státu (tedy takové, které musí každý stát mít) od těch nahodilých.²¹⁶ Nahlížel tedy na celý problém s vyšším stupněm abstrakce než jeho předchůdci, kteří při zkoumání státních funkcí uplatňovali pouze indukční metodu, přičemž vždy popisovali empirický stát a jeho zřízení, které jim byly nejbližší.²¹⁷ Vezmeme-li ovšem v úvahu, že Montesquieu prezentoval dělbu moci především jako popis státního zřízení tehdejší Anglie²¹⁸ (jakkoliv zcela zkresleně),²¹⁹ můžeme Weyrem nastiňný rozdíl do určité míry zpochybňovat.

Montesquieu rozhodně nebyl zastáncem dělby moci ve smyslu striktní separace,²²⁰ jakkoliv se tato idea rozvinula na základě jeho podnětů. Neusiloval o absolutní oddělení jednotlivých mocí, ale připouštěl z něj výjimky.²²¹ Ve svém klíčovém díle *O duchu zákonů* dokonce ani nehovořil o oddělení mocí (*séparation des pouvoirs*), nýbrž o jejich rozdělení (*distribution des pouvoirs*). Počítal tedy s tím, že moci jsou závislé jedna na druhé, například že výkonná složka má právo pozastavovat zákony.²²²

Chápeme-li však jeho pojetí dělby moci právě takto, je vůbec v něčem inovativní? Samotné rozlišení tří složek společných všem ústavám – rady, úřadů a soudnictví – je přece již dílem Aristotela²²³, a pokud neuvažujeme o jejich

²¹⁵ K tomu srovnej stručnou zmínku již v díle HAMILTON, Alexander, MADISON, James a JAY, John. *Listy federalistů: soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním Shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého, 1994, 537 s. S. 265.

²¹⁶ WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, xii, 339 s. S. 21.

²¹⁷ Tamtéž, s. 20.

²¹⁸ Viz MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, 365 s. S. 189 a násl.

²¹⁹ COLE, Kenneth C. "Government," "Law," and the Separation of Powers. *The American Political Science Review*, 1939, vol. 33, no. 3, pp. 424-440. S. 426. K tomu rovněž ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. 261 s. S. 202-203.

²²⁰ Jiří Baroš v tomto smyslu používá termín „doktrína čisté dělby moci“. Viz BAROŠ, Jiří. *Dělba moci jako nástroj konstitucionalismu. Jurisprudence*. 2013, vol. 22, no. 7, s. 11-16. S. 14.

²²¹ ŠEJVL, op. cit., s. 204.

²²² Tamtéž.

²²³ ARISTOTELÉS. *Politika*. 2. vyd. Praha: Rezek, 1998, 499 s. S. 174-175.

důsledném a kategorickém propojení s jednotlivými státními funkcemi,²²⁴ co se zde objevuje nového? Samotná myšlenka určitých vyvážených vztahů mezi jednotlivými složkami vlády a tedy i jakéhosi „systému brzd a protivah“ je naznačena již u Cicerona a Polybia.²²⁵ Příklad z Montesquieuho strany tak může nanejvýš spočívat v tvůrčím propojení obou zmíněných idejí.

Snad je proto opravdu na místě říci, že proslulý francouzský filosof především dobře vyjádřil, co již bylo řečeno dříve a některé myšlenky, které zatím zůstávaly spíše nevysloveny v pozadí různých koncepcí, vyvedl na denní světlo. Dokázal je ukázat v novém kontextu a souvislostech. Díky tomu učinil z dělby moci téma, které na sebe strhlo pozornost a začalo hrát klíčovou úlohu v našich úvahách o ústavním uspořádání státu, což jistě není zanedbatelná zásluha.

1.4.3 Konceptualizace dělby moci a neurčitost v jejím pozadí

Samotná dělba moci byla ve stoletích, která následovala po Montesquiem, rozvíjena buď jako ona již zmíněná striktní separace, která však byla z praktických důvodů záhy odmítnuta,²²⁶ často doprovázena argumentem, že je neslučitelná s principiální jednotou státu,²²⁷ anebo chápána ve smyslu systému brzd a protivah. Tento systém, který občas bývá vnímán jako nezbytná korekce první z uvedených idejí,²²⁸ znamená, že se důraz ze snahy o maximální oddělení jednotlivých mocí přesouvá na hledání vyvážených vztahů mezi nimi. Za hlavního otce této koncepce bývá již tradičně považován James Madison, který ji nastínil v Listech federalistů,²²⁹ ačkoliv její zárodky můžeme vysledovat i v dílech mnohem starších.²³⁰

²²⁴ Není bez zajímavosti, že u takového rigorózního pojetí byla již brzy rozpoznána jeho nepraktičnost. Je proto pochopitelné, že se neuplatňuje ani v současné době. Viz NOURSE, Victoria. The Vertical Separation of Powers. *Duke Law Journal*, 1999, Vol. 49, No. 3, pp. 749-802. S. 758.

²²⁵ FAIRLIE, op. cit., s. 394.

²²⁶ CAROLAN, op. cit., s. 19. FAIRLIE, op. cit., na s. 405 a odtud dále na mnoha místech.

²²⁷ FAIRLIE, op. cit., s. 412-413. K tomu srovnej i glosu o nedílnosti a nedělitelnosti státní moci uvedenou v práci BAXA, Bohumil. *Československé právo veřejné*. 1. vydání. Praha: Spolek posluchačů komerčního inženýrství, 1933. 167 s. S. 7.

²²⁸ BAROŠ, op. cit., s. 14.

²²⁹ HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., s. 265 a následující.

²³⁰ Viz např. MONTESQUIEU, op. cit., s. 97. Dále již v textu zmíněný Cicero a Polybius. K tomu srovnej FAIRLIE, op. cit., s. 394. Sám Madison se přitom nebál ke svým předchůdcům, zejména Montesquieuovi hlásit a zaštitovat se jejich autoritou. Viz tamtéž, s. 398-399.

Jedná se však opravdu o korekci? Jakkoliv se to tak může na první pohled skutečně jevit – tato koncepce byla přece vymyšlena, abychom se vypořádali se špatnou funkčností dělby moci ve smyslu striktní separace – nejde o celou pravdu. Mnoho zahraničních autorů si všímá, že vztah obou rozebíraných idejí je ve skutečnosti konfliktní,²³¹ že mezi nimi vzniká jen obtížně řešitelné napětí. Kdy máme usilovat o větší oddělení jednotlivých mocí a kdy naopak o vyvážené vztahy mezi nimi? Kdy případná ingerence jedné moci do druhé představuje negativní zásah ohrožující její tolik potřebnou nezávislost a kdy je spíše pozitivním zákrokem držícím ji na uzdě? Na tyto otázky nám nikdo nedává jednoznačnou odpověď.²³² Spolu se zkorigováním systémem brzd a protivah tak dělba moci získává vágní charakter.

K této vágnosti a neurčitosti dále přispívají i nevyjasněné otázky vztahující se k účelu dělby moci. Tradičně byl její smysl spatřován ve snaze zabránit uzurpaci tyranské moci.²³³ Pokud by však šlo pouze o takovýto „minimalistický“ úkol, zřejmě by plně stačilo, pokud bychom za její pomoci pouze narýsovali základní kontury ústavního uspořádání. Různé detailnější, kompetenční spory by však již nebyly na tomto základě řešitelné. Například, i kdyby Václav Klaus svého času odvolal předsedkyni Nejvyššího soudu Ivu Brožovou z její funkce, rovnováhu mezi jednotlivými mocemi by to sice nepochybně pozměnilo, ale jen sotva by z něj takový počín udělal tyрана a z České republiky despotický stát. K takovému sporu by se nebylo možné z hlediska dělby moci vyjádřit a musel by se řešit výlučně politickou cestou, nikoliv právní. V průběhu času se ovšem účel dělby moci posunul smě-

²³¹ CAROLAN, op. cit., s. 32. KURLAND, Philip B. The Rise and Fall of the „Doctrine“ of Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1986, vol. 85, no. 3, pp. 592-613. S. 593. MAGILL, Mary Elizabeth. The Real Separation in Separation of Powers Law. *Virginia Law Review*. 2000, vol. 86, no. 6, pp. 1127-1198. S. 1130.

²³² K tomu srovnej též HAPLA, Martin. Dělba moci a právo na rovný přístup k veřejným funkcím. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Juridicum Olomoucense, o. p. s., 2014. s. 45-59. S. 52-53.

²³³ PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti: úvahy a polemiky. 3 / Demokratický a laický stát*. Vyd. 1. Praha: Univerzita Karlova, 2009, 543 s. S. 278. WINTNER, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 2. vyd., ve Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 259 s. S. 71. K účelu dělby moci srovnej též DOSTÁL, Martin. Aktivismus prvního Ústavního soudu ČR jako reakce na převládající přístup k převažující interpretaci a aplikaci práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 125-133. S. 125.

rem k optimalizaci vlády. Již tedy nemá pouze garantovat určitý základní standard, ale snaží se o „vyladění“ institucionálního uspořádání státu, které by zajistilo jeho nejefektivnější fungování v tom nejširším smyslu slova. Jedná se o zásadní posun, který přitom rozhodně nelze považovat za bezproblémový. Dosáhnout konsenzu v otázce nejlepšího možného uspořádání je totiž nepochybně mnohem obtížnější než v otázce, zda je nějaká vláda tyranická. Může být velmi diskutabilní, jaké uspořádání představuje ono tolik hledané optimum, stejně jakož i posouzení toho, zda se nám v praxi podařilo uskutečnit.²³⁴

Výše rozebírané nejasnosti významným způsobem přispívají k tomu, že se princip dělby moci stává příliš neurčitým, abychom z něj mohli vyvozovat nějakou konkrétní, do detailu propracovanou, institucionální strukturu vlády.²³⁵ Pokud chceme vycházet pouze z jeho nesporných aspektů, může nám pomoci vyznačit nanejvýš její velmi přibližné základy. Znamená to tedy, že z něj například můžeme dovozovat, že ministr spravedlnosti by neměl být zároveň předsedou Nejvyššího soudu, ale těžko můžeme na jeho základě jasně specifikovat roli, jakou by měl hrát tento funkcionář moci výkonné při jeho jmenování? Nebo dokonce i v tomto případě ještě můžeme mít pochybnosti, zda není jasnost prvního z příkladů jen zdánlivá? Nevyplyvá pouze z toho, že na ní v současnosti panuje větší konsenzus? Není pouze našim konstruktem, který z dělby moci ve skutečnosti nelze logicky odvodit? Přetrvává tedy spousta skeptických otázek. Každopádně platí, že pokud bychom chtěli zmiňovanou strukturu upřesnit, potřebovali bychom již úplnější pojetí dělby moci, za nímž by musela stát nějaká další, silnější normativní teze.²³⁶

Lze se tudíž domnívat, že rozebíraná neurčitost musí citelně oslabovat relevanci dělby moci pro případné úvahy o přípustnosti nebo nepřípustnosti soudcovské tvorby práva, potažmo jejich hranicích. Neocítá se takto subtilní problematika již pod vypovídací schopností toho, co nám tento princip

²³⁴ Někteří autoři navíc identifikují ještě další normativní důvody, kterými lze dělbu moci ospravedlňovat (např. zajišťování toho, aby právo bylo tvořeno ve veřejném zájmu; zlepšování efektivity apod.). K podrobnosti viz CAROLAN, op. cit., s. 27-28.

²³⁵ K tomu srovnej tamtéž, s. 33. Dále též FAIRLIE, op. cit., s. 431.

²³⁶ K tomu srovnej některé úvahy v práci CAROLAN, op. cit., s. 33.

může sám o sobě nabídnout? Obzvlášť uvažujeme-li o vytváření práva soudem (v protikladu k jeho „pouhému“ výkladu) jako o výjimečné a nikoliv každodenní situaci?

1.4.4 Proměny dělby moci a jejich relevance

Je nezpochybnitelné, že v průběhu několika století, které nás dělí od dob, kdy Montesquieu a další teoretici formulovali první pojetí dělby moci, se svět kolem nás velmi výrazně proměnil. Změnily se přitom i některé z jeho aspektů, které úzce souvisejí právě s tímto principem. Pro přehlednost bychom je mohli rozdělit do dvou kategorií: První z nich se týkají proměn samotné společnosti, které výrazným způsobem ovlivňují faktické fungování dělby moci. Druhé z nich se vztahují přímo ke změnám institucionální struktury vlády.

Myšlenka, že pro skutečnou dělbu moci nestačí pouze institucionálně rozlišit mezi mocí zákonodárnou, výkonnou a soudní, nýbrž toto institucionální rozlišení musí rovněž odrážet i skutečné rozdělení moci ve společnosti, se zdá být logická. Podle některých názorů v dřívějších dobách tento vzájemný soulad existoval, respektive byl mnohem hmatatelnější. Výkonná moc byla například spojena s mocenským postavením a zájmy krále, zatímco moc zákonodárná s postavením a zájmy drobné šlechty a měšťanstva.²³⁷ V současné době však jen stěží můžeme nalézt podobné souvislosti mezi jednotlivými společenskými vrstvami a institucionálními strukturami moci.²³⁸ V takovém případě je pravděpodobné, že vyvážený systém dělby moci bude ve skutečnosti silně narušován působením různých zájmových skupin, politických stran²³⁹ apod.

²³⁷ K tomu srovnej i myšlenku Pavla Rychetského, podle kterého představuje dělba moci řešení sváru mezi monarchií, aristokracií a třetím stavem. RYCHETSKÝ, Pavel. Několik poznámek ke stavu české justice s přihlédnutím k dělbě moci. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 11-15. S. 14.

²³⁸ Sronej např. CAROLAN, op. cit., s. 32. V kontextu české odborné literatury pak FILIP, Jan. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vyd. Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2011, 328 s. S. 146.

²³⁹ O faktu, že politické strany svou existencí a působením narušují princip dělby moci, nalezneme zmínku např. v PINZ, Jan. Destrukce vyváženosti dělby moci v soudobém státu. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o. p. s., 2014. s. 191-199. S. 195.

Další změny, které budou mít na fungování dělby moci vliv, můžeme vysledovat i v samotné institucionální struktuře. Jednak najednou do hry vstupují nové instituce nadnárodního či nadstátního charakteru, se kterými starší teorie ani nemohly počítat, například Evropská unie.²⁴⁰ A dále neustále sílí role administrativy a byrokratického způsobu vlády.²⁴¹

Osobně nijak nerozporuji existenci výše zmíněných procesů, spíše uvažuji, nakolik může jejich hodnotu zpochybnit následující: Jak často poukazuje zahraniční literatura, dělba moci nikde nebyla úplně důsledně provedena.²⁴² V Montesquieuho pojetí nepředstavovala přesný a výstižný popis dokonce ani v Anglii v jeho době.²⁴³ Má za těchto okolností vůbec smysl přikládat nějaký zásadní význam její korespondenci s různými společenskými strukturami nebo různým proměnám institucionálního charakteru?

Samozřejmě, že skutečnou relevanci jednotlivých zde působících vlivů lze přesně stanovit jen obtížně. Domnívám se, že klíčem k řešení těchto problémů je správné porozumění tomu, jakou důležitost má dělba moci samotná, respektive jaký je rozdíl mezi ní a jinými ideami, či hodnotami, k nimž svým působením přispívá (zejména hodnotě dobré vlády). To nás opět vrací k již rozebraným distinkcím dělby moci ve smyslu striktní separace / brzd a protivah a jejich účelů ochrany před tyraní / optimalizací moci. Druhé z uvedených významů ji totiž transformují ve značně neurčitý princip s velkými ambicemi, což může poněkud stírat rozdíly mezi jím a jinými, obecnějšími ideami. Naopak čím minimalističtější ji budeme chápat, tím bude určitější a snáze rozlišitelná. Nebude pak sice „samospasitelná“, ale spolu

²⁴⁰ K tomu srovnej CAROLAN, op. cit., s. 42. Autor samozřejmě připouští, že i v minulosti v Evropě existovaly mocenské struktury, které měly svého druhu nadnárodní charakter nebo univerzální aspirace (např. papež, císař Svaté říše římské apod.). Jejich existence však nebyla klasickými teoriemi dělby moci zohledňována.

²⁴¹ Tamtéž.

²⁴² V kontextu Montesquieuho pojetí o tom nalezneme upozornění tamtéž, s. 18. Stran uplatňování principu dělby moci ve velké Británii tvrdí v podstatě totéž FAIRLIE, op. cit., s. 397. O nedůsledném provedení tohoto principu v naší současnosti a jeho nahrazování dělbou funkcí mezi parlamentní většinou a opozicí se pak zmiňují KLOKOČKA, Vladimír. Poslanecký mandát v systému reprezentativní demokracie. *Politologický časopis*, 1996, roč. 3, č. 1, s. 21-29. S. 24. SVÁK, Jan a Boris BALOG. Suverenita ľudu a deľba verejno-politickej moci a ich vplyv na formovanie ústavného systému Slovenskej republiky. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o. p. s., 2014. s. 219-238. S. 226.

²⁴³ COLE, op. cit., s. 426.

s tím se nám i jednotlivé výše zmíněné proměny budou zdát méně relevantními. Pokud například cíl dělby moci budeme hledat v pouhém vytváření institucionální rovnováhy a nikoliv (faktické) rovnováhy mocenské, nebudou nás už tolik znepokojoovat proměny společenské struktury, které primárně oslabují druhou zmíněnou.

Je zřejmé, že takto „skromně“ pojatá dělba moci by ztratila mnoho ze svého významu, avšak můžeme se zamýšlet, zda sám fakt, že bychom měli k dispozici přesnější a určitější soustavu pojmů, by nebyl přínosem. Neučinil by pro nás jednotlivé problémy srozumitelnější a tím i případná rizika, před kterými bychom se měli mít na pozoru, zřejmější? Ať už budeme na tyto otázky nahlížet jakkoliv, zdá se být očividné, že historický vývoj před nás staví řadu nových výzev, na které bychom měli reagovat, chceme-li udržet ani ne tak dělbu moci, jako dobrou vládu.

1.4.5 Soudnictví jako samostatná moc?

Výčet problémů spojených s dělbou moci stále nekončí: V zásadě platí, že diskuze o postavení soudnictví v jejím rámci nejsou ničím novým. Naopak je můžeme vysledovat v téměř každé době, která nějakým způsobem tematizovala otázku povahy a vzájemných vztahů mezi jednotlivými mocemi.²⁴⁴ Je proto namístě ptát se, zda status justice coby jedné z nich má nějaký hlubší, logický základ, nebo je pouze výrazem společenské konvence. Problematické je totiž již její vymezení coby samostatné složky odlišné od ostatních, a to zejména ve vztahu k moci výkonné. Dokonce i Montesquieu, ačkoliv rozlišoval tři moci, ji chápal jako zvláštní druh exekutivy.²⁴⁵ A třebaže bychom mohli narazit na myslitele, kteří se k takovému trojčlennému pojetí hlásili (jako třeba Ducrocq²⁴⁶), našli bychom i podobně početné množství názorů, které uznávaly existenci pouze mocí dvou, přičemž tu soudní slučovaly právě s výkonnou (například Foderé).²⁴⁷

Zajímavý je v této souvislosti názor Františka Weyra, podle kterého ve skutečnosti nelze hovořit ani tak o mocích, jako spíše o funkcích.²⁴⁸ Za jejich

²⁴⁴ Z perspektivy počátku 20. století srovnej např. FAIRLIE, op. cit., s. 404-405.

²⁴⁵ MONTESQUIEU, op. cit., s. 189-190. K tomu srovnej i FAIRLIE, s. 418.

²⁴⁶ Tamtéž, s. 419.

²⁴⁷ Tamtéž, s. 418-419.

²⁴⁸ Obdobné názory dalších badatelů jako např. Gumpłowicze a Jellínka můžeme nalézt shrnuté tamtéž, s. 413-415.

sjednocující prvek pak pokládá pojem normotvorby. Jeho vlastními slovy: „*Zákonodárnou funkcí jest pak tvorba norem prvotních (tedy zákonů v běžném slova smyslu), soudcovskou a výkonnou tvorba norem druhotných (soudních rozsudků, administrativních rozhodnutí a věcech tzv. soukromých právních jednání), která se zároveň jeví jako výkon (aplikace) norem prvotních.*“²⁴⁹ Tímto dělením se tak stírá rozdíl mezi výkonnou a soudní funkcí a trojčlennost nahrazuje dvojčlennost.²⁵⁰

Samotné odlišení soudů a správních úřadů přitom Weyr pokládá za velmi obtížné. Jako jejich rozlišovací kritérium lze podle něj použít jen různou úpravu soudního a správního normotvorného řízení a nic jiného.²⁵¹

Opravdu existují mezi justicí a exekutivou nějaké kvalitativní, nebo jen kvantitativní rozdíly? Hledáme-li její specifikum, snad nám jako první vytanou na mysl ideje soudcovské nestrannosti a nezávislosti. Nevyžaduje se ale nakonec totéž i od příslušníků exekutivy? Podle § 14 správního řádu musí být z řízení vyloučena úřední osoba „*o níž lze důvodně předpokládat, že má s ohledem na svůj poměr ke věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti*“.²⁵² Snahu posílit a garantovat nezávislé postavení státních úředníků můžeme pak dát do souvislosti s novým zákonem o státní službě. Zdá se tedy, že rozdíl mezi postavením příslušníků moci soudní a výkonné bude spočívat nanejvýš v odlišné míře jejich nestrannosti a nezávislosti, nikoliv v tom, že by měly být výlučnými atributy jedné z nich.

To, že hranice mezi těmito složkami jsou velmi neostré, můžeme ostatně dobře ilustrovat i na problematickém postavení státního zastupitelství, které do jisté míry lavíruje právě mezi nimi a to přinejmenším v tom smyslu, že se v našem odborném diskurzu nejednou objevily úvahy, zda by nemělo být koncipováno jako orgán sui generis.²⁵³

²⁴⁹ WEYR, op. cit., s. 21.

²⁵⁰ Tamtéž, s. 22.

²⁵¹ Tamtéž, s. 60.

²⁵² § 14 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů. In: *CODEXIS* [právní informační systém]. ATLAS consulting spol., s. r. o. [cit. 29. 6. 2015].

²⁵³ Srovnej např. TOMĚŠ, Milan. Ústavní postavení státního zastupitelství – zamyšlení nad základními principy jeho činnosti. *Státní zastupitelství*. 2008, roč. 6, č. 11 – 12, s. 86-88. ISSN 1214-3758. S. 88. FENYK, Jaroslav. Úvaha o ústavním postavení českého státního zastupitelství. In: KYSELA, Jan, Jiří MALENOVSKÝ a Vojtěch ŠIMÍČEK (eds.). *Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy: sborník příspěvků*. Vyd. 1. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 324-344. S. 344.

Při hledání kvalitativního kritéria, které by dobře a zřetelně odlišilo soudní a výkonou moc, neobstojí dokonce ani jinak výstižná charakteristika soudní moci z pera Maxima Tomoszka, podle jehož názoru se jedná o moc odbornou, která by měla rozhodovat o právních a nikoliv politických otázkách.²⁵⁴ Ani tímto rysem se totiž činnost soudů nijak neodlišuje od činnosti správních úřadů. Jiné orgány či funkce státu, u kterých by taková charakteristika mohla představovat dobré rozlišovací kritérium (např. parlament a zákonodárná moc), nejsou z hlediska svého vymezení vůči soudům a jejich moci problémem.

I z těchto důvodů se jeví jako správnější přiklonit se k názoru, že specifické postavení justice je především výsledkem společenských konvencí a historického vývoje a od jiných složek moci ji můžeme odlišit spíše na základě kritérií kvantitativní povahy. Nelze nakonec ani zcela odmítnout myšlenku, že atraktivita trojčlenného pojetí dělby moci spočívá především v jeho rétorické sugestivitě, v dřívějších dobách i ve spojitosti s teologickou doktrínou svaté Trojice.²⁵⁵ Takový náhled opět oslabuje relevanci tvrzení, které o soudnictví z principu dělby moci vyvozujeme.

1.4.6 Pojem legitimacy a konceptualizace jejího vztahu k dělbě moci a soudcovské tvorbě práva

Chceme-li se nyní zabývat pojmem legitimacy, musíme nejprve alespoň ve stručnosti vysvětlit, co znamená. Legitimita je stejně tak jako legalita odvozena z latinského slova „lex“²⁵⁶ a její definice samotná se bude lišit v závislosti na kontextu svého použití. Jinak bude znít v politologickém, sociologickém nebo třeba právním rámci.²⁵⁷ Takovýmto kontextům odpovídají i některé z klasifikací druhů legitimacy, které provádějí různí autoři.²⁵⁸ Například Tomáš Sobek přejímá rozlišení Richarda H. Fallona a vymezuje

²⁵⁴ TOMOSZEK, Maxim. Dělna moci jako podstatná náležitost demokratického právního státu. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělna moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o. p. s., 2014. s. 239-250. S. 245-246.

²⁵⁵ Viz např. FAIRLIE, op. cit., s. 435.

²⁵⁶ VEČEŘA, Miloš. *František Weyr*. 1. vyd. Brno: Nadace Universitas Masarykiana, 2001. 304 s. S. 207.

²⁵⁷ HAPLA, Martin. Pojem legitimacy a krize lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 3, s. 397-405. S. 398-399.

²⁵⁸ Tamtéž, s. 399.

legitimitu právní, etickou a sociologickou.²⁵⁹ Politická instituce je podle něj „*Legitímní v etickém smyslu, když má morální právo vládnout [...]. V sociologickém smyslu je legitimní tehdy, když lidé věří, že má de jure autoritu.*“²⁶⁰ Nakonec, o právní legitimitě hovoříme tehdy, když chceme vyjádřit, že „*právo podléhá určitým standardům správnosti, které překračují ryze formální legalitu, resp. zákonost.*“²⁶¹ Pro potřeby tohoto textu se však můžeme spokojit s jednodušším rozlišením, které pracuje pouze s dichotomií deskriptivní a normativní legitimity. Zatímco v případě prvního přístupu se snažíme struktury legitimity popsat a pochopit tak, jak skutečně fungují ve společnosti, ve druhém se naopak pokoušíme zformulovat nějaké měřítko ospravedlnitelnosti či akceptovatelnosti.²⁶²

Z hlediska deskriptivní legitimity nemusí být soudcovská tvorba práva tak problematická. Pro konstatování její existence úplně postačí, když podstatná část společnosti akceptuje oprávněnost takové praxe a to bez ohledu na to, zda lze jejich důvody pokládat za racionální a dostatečně podložené. Zdá se přitom, že alespoň v současnosti je vytváření práva soudcem v zásadě obecně přijímaným faktem, třebaže u části odborné veřejnosti stále vyvolává pochybnosti. Mnohem komplikovanější je obhájit ji v kontextu legitimity normativní. Proto bude i v následujících řádcích věnována pozornost jejímu zkoumání zejména v takovém rámci.

Jak již bylo naznačeno v úvodu tohoto textu, dělba moci ve vztahu k soudcům a jejich rozhodovací činnosti hraje dvojí úlohu: Za prvé, delegitimizuje roli soudce coby tvůrce práva, jelikož tuto činnost přisuzuje parlamentu coby hlavnímu orgánu zákonodárné moci. Sice bychom mohli tvrdit, že nelze plně ztotožnit jmenovanou moc s mocí právotvornou (což je ostatně zřejmé právě z odvození jejího názvu z výrazu zákon), avšak nelze nezohlednit,

²⁵⁹ SOBEK, Tomáš. Problém legitimní autority I. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 6, s. 537-561. S. 538. K tomu srovnej též FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*. 2005, vol. 118, no. 6, pp. 1787-1853. S. 1790-1791.

²⁶⁰ SOBEK, op. cit., s. 538.

²⁶¹ Tamtéž, s. 539.

²⁶² HAPLA, 2013, op. cit., s. 399.

že v moderní době to byl právě zákon, který byl vnímán jako dominantní pramen práva.²⁶³ Zákonodárná moc jako taková tudíž byla coby označení moci právotvorné zcela běžně, třebaže implicitně, chápána.

Za druhé, dělba moci legitimizuje činnost moci soudní, protože slouží jako určitá převodová soustava, jejímž prostřednictvím se legitimita odvozená od lidu přesouvá směrem k soudcům a soudům, které k němu jinak (alespoň u nás) postrádají přímou vazbu.²⁶⁴ Samozřejmě se můžeme v tomto případě vždy ptát, zda jsou tyto vazby dostatečně intenzivní na to, aby ospravedlnily velikost moci, kterou soudy v průběhu 20. století postupně získaly.

Kromě dílčích problémů, které se vážou na jednotlivé výše uvedené role, v pozadí obou z nich stojí ono již tolikrát zmíněné napětí mezi dělbou moci ve smyslu striktní separace (moci mají být oddělené, soudy si nemají osopovat pravomoci příslušející zákonodárci) a systému brzd a protivah (mezi jednotlivými mocemi existují vzájemné vazby, bez nichž bychom jen sotva mohli hovořit o nějakých přesunech legitimity).

1.4.7 Mezi vstupní a výstupní legitimitou, odbornost soudce jako legitimizační důvod

Pokud je striktní oddělení jednotlivých mocí chápáno jako překonané, stává se i prokázání toho, že by soudce ani v určitých, vybraných případech neměl být tvůrcem práva, mnohem složitější. Je především třeba doložit, že by takováto pravomoc justice nějakým zásadním způsobem ohrožovala rovnováhu mezi jednotlivými mocemi a vychylovala ji z onoho optimálního stavu. Zajímavý argument na podporu soudcovské tvorby práva, který lze v tomto kontextu uplatnit, formulují Jaromír Harvánek a Roman Ondříšek.

²⁶³ O dominantním postavení aktů státní moci a jejich vnímání jako „celého práva“ se zmiňuje již např. TOMSA, Bohuš. *Nauka o právních vědách. Základy právní metodologie*. Praha: Spolek čs. právníků Všehrd, 1946. 135 s. S. 66.

²⁶⁴ Mezi principem dělby moci a svrchovanosti lidu vůbec existují četné vazby, pro které je není vhodné chápat izolovaně. Za zmínku v této souvislosti stojí např. tvrzení Václava Pavlíčka, že „*Dělba moci je [...] prostředkem k zachování svrchované moci lidu v demokratickém státě.*“ Viz PAVLÍČEK, Václav. *Dělba moci, postavení prezidenta a současné spory*. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o. p. s., 2014. s. 181-190. S. 188. Dále srovnej i zajímavou pasáž o „legitimizačním náskoku“ parlamentu v publikaci KYSELÁ, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, 352 s. S. 285.

Tito autoři se ptají, proč by tvorba práva soudcem (resp. soudci) coby „*evalifikovaným a nezávislým právním odborníkem*“ měla být méně demokratická, než tvorba kolegiálně jednajícím orgánem složeným z osob různé právní erudice a spoléhajícími se na své právní poradce.²⁶⁵ Odpověď na tuto otázku se podle mého názoru může zcela zásadně lišit, pokud o ní budeme uvažovat z hlediska vstupní, nebo výstupné legitimacy.²⁶⁶ Zatímco z hlediska v tomto případě relevantních výstupů – tedy obsahu a kvality vytvořeného práva – tu nemusí existovat žádný závažný problém, z hlediska vstupů zde je podstatný rozdíl – soudci nemají přímou vazbu k lidu tak jako kupříkladu parlament, jejich legitimita je tudíž v tomto smyslu nižší a jejich charakter méně demokratickým.

Ve výše uvedené myšlence je dále zřetelně cítit i již naznačené spojení soudce se statutem odborníka na právo.²⁶⁷ Jistě proto stojí za to zamyslet se nad tím, nakolik tento status může sám o sobě posloužit k ospravedlnění jeho právotvorné činnosti. Přikláněl bych se k tomu, že nikoliv. V případě tvorby práva musíme totiž rozlišit zejména skutečného autora zákona od normotvorné autority, která mu teprve propůjčuje právní relevanci. Tyto subjekty totiž nemůžeme bez dalšího ztotožnit, což má ostatně svůj význam i při posuzování úmyslu zákonodárce.²⁶⁸ Právní erudice činí člověka kompetentním k tomu, aby text zákona skutečně vytvořil, ačkoliv i tady můžeme uvažovat o tom, zda by neměl mít přinejmenším stejnou důležitost i ten, kdo je odborníkem na obsahovou stránku zákona. Ještě z něj však nezbytně nečiní někoho, kdo by měl mít moc proklamovat takový text jako právo. Pokud ano, proč by pak měli být tvůrci práva jen soudci a nikoliv i profesori práva na vysokých školách, respektive kdokoliv, kdo je schopný takový

²⁶⁵ HARVÁNEK, ONDRÝSEK, op. cit., s. 7.

²⁶⁶ Připouštím, že použití těchto pojmů není v tomto kontextu úplně přesné, nicméně rozdíl, který je zde relevantní, dobře vystihují. K jejich vymezení viz BELLING, Vojtěch. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 211 s. S. 16. Ve stručné podobě i HAPLA, 2013, op. cit., s. 399.

²⁶⁷ K tomu srovnej též HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., s. 282. TOMOSZEK, op. cit., s. 245-246.

²⁶⁸ K problematice úmyslu zákonodárce srovnej např. zajímavý text SOBEK, Tomáš. Úmysl zákonodárce a skutečné právo. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 44-86.

erudovaný text sepsat? Odbornost jistě může být silným důvodem, proč bychom měli soudům důvěřovat, sama o sobě však k založení jejich autority nestačí. Spíše než praktickou autoritu totiž zakládá autoritu epistemickou.²⁶⁹ Jako taková se může zdát spíše vhodná k ospravedlnění role soudce coby vykladače práva.²⁷⁰

Kromě právě uvedeného můžeme o odborném statusu soudce uvažovat ještě i dalším způsobem, a to z hlediska verifikovatelnosti jeho rozhodnutí. Takové vyhodnocování správnosti je poměrně snadné u případů jednoduché aplikace práva, ale velmi diskutabilní u případů složité aplikace práva, tedy hard cases. Máme-li před sebou více možných řešení takového případu, přičemž rozhodnutí, které z nich je nakonec to správné, je velice neintuitivní, bude mít konečné slovo o jejich správnosti poslední rozhodující instance – nikoliv však z toho důvodu, že by odhalila to „správné právo“, ale jelikož je „poslední v řadě“. Svou autoritu tak jen stěží může opírat o odbornost.

Naznačené úvahy můžeme uzavřít návratem k pojmům vstupní a výstupní legitimacy. Odbornost a právní erudice soudce by ještě mohla představovat dobrý normativní důvod z hlediska výstupní legitimacy, ale nepostačuje z hlediska legitimacy vstupní. Tato skutečnost zároveň dobře ilustruje nutnost takového rozlišení, stejně jako potřebnost vypořádat se s oběma druhy legitimacy, aby akceptace nějakého jednání mohla být vnímána jako ospravedlnitelná.

1.4.8 Důvody akceptace soudcovské tvorby práva

Abychom mohli správně zhodnotit legitimitu soudcovské tvorby práva, bude vhodné se alespoň ve stručnosti zastavit i u důvodů, kterými je její akceptace

²⁶⁹ K vymezení těchto pojmů SOBEK, 2013, op. cit., s. 543.

²⁷⁰ V souvislosti s tím není bez zajímavosti, že po většinu historie se soudci prezentovali spíše jen jako vykladači než tvůrci práva. Nemuselo se přitom jednat zdaleka jen o interpretaci práva pozitivního, nýbrž i přirozeného, což jim mohlo dávat i značný prostor pro jejich činnost. Tato skutečnost je důležitá právě z hlediska problému legitimacy. Jestliže se totiž soudce prezentuje jako pouhý vykladač práva, opírá své rozhodnutí o jeho autoritu. Pokud má být však jeho tvůrcem, musí objevit dostatečný legitimizační důvod pro podložení své vlastní autority, což není vůbec snadné. Jako velmi ilustrativní příklad teorie, která chápala roli soudce prvním z uvedených způsobů, se zde může jevit např. deklaratorní teorie práva. K tomu viz BEEVER, Allan. The Declaratory Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, no. 3, pp. 421-444. Zejména s. 421, 425 a 430.

nejčastěji ospravedlňována. Příklon k ní, včetně volnějšího výkladu práva, bývá nejednou vysvětlován v historických souvislostech. Pokud však chceme na celý proces nahlížet tímto způsobem, neměli bychom jej vnímat jako projev nějakého objektivního pokroku, kdy správné věci nahrazují ty špatné, ale spíše jako soubor reakcí na proměnlivé dějinné okolnosti. Jak totiž upozorňuje Zdeněk Kühn: „*Představa soudce, jehož ústy promlouvá zákon jako by byl soudce jen automatem, nebyla pro 19. století nijak negativní, ba právě naopak. Právní chaos a partikularismus feudalismu učinily formalistické ideje zákonného pozitivismu a vázané ideologie aplikace práva velmi přitažlivé jako záruky právním systémem uznané svobody a autonomie individua.*“²⁷¹ Pozdější období však se změnou společenské situace přineslo nové potřeby a problémy, na něž bylo třeba reagovat a které si vynutily korekci této představy.

O jaké změny se tedy jednalo? Michal Králík uvádí například pokles víry v možnost jasného formulování a vzestup důvěry v soudce, které nahradily původní optimismus stran jednoznačnosti formulací a pochybnosti o soudcovské nestrannosti.²⁷² Zmínit se můžeme i o obecně vyšší dynamice společenských změn, na níž již nebyla legislativa schopna reagovat ani hypertrofií právních předpisů.²⁷³ Jedná se zde tedy jistě o více důvodů, u nichž jen obtížně můžeme určit, jak velký vliv ten nebo onen z nich má. Můžeme

271 KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře střeoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2005, xviii, 201 s. ISBN 8071794295. S. 4-5.

272 KRÁLÍK, Michal. ABGB a role českého soudce v proměnách času při tzv. soudcovském dotváření práva. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana (eds.). *200 let ABGB – od kodifikace k rekodifikaci českého občanského práva*. 1. vyd. Praha: Leges, 2011, s. 81-95. S. 82. K problematice opouštění ideologie vázané aplikace práva v západní Evropě ve 20. století dále srovnej i KÜHN, Zdeněk. Jusnaturalismus vs. juspozivitismus? Prvních deset let Ústavního soudu a proměna soudcovské ideologie aplikace práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělbá soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 92-117. S. 93-102.

273 HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, 303 s. S. 156-157. HOLLÄNDER, Pavel. Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů. In: ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds.). *Ústava České republiky po pěti letech (Sborník z konference)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 38-60. Str. 53, 55. Další důvody otevírající dveře soudcovské tvorbě práva můžeme nalézt dobře shrnuté v práci VEČERA, 2012, op. cit., s. 221 a následující.

například zvažovat, nakolik je potřeba dotváření práva soudy dána spíše nezbytnou obecností zákonné právní úpravy²⁷⁴ než vyvstáváním nových společenských vztahů a problémů.

Za hlavní a snad nejvíce zajímavý argument na podporu ideje soudcovské tvorby práva lze ovšem považovat odvolání se na tzv. praktické důvody. Jinak řečeno, jedná se o situaci, kdy je vytváření práva soudcem (v různých stupních a intenzitě) prezentováno jako praktická nutnost, která se nakonec musela prosadit v každé, nebo alespoň v naší době. Částečně se tak děje i ve spojitosti s některým z předcházejících argumentů, například zrychlujícím se vývojem společenských vztahů.²⁷⁵ Jan Wintř přímo říká, že: „*Nikdy nebyl eliminován prvek dotváření práva, naopak jej četnost a nepřehlednost legislativní produkce dále zvýraznila.*“²⁷⁶ V podobném duchu i Zdeněk Kühn uvádí, že: „*Bez ohledu na ideologický vztah kodexu k soudcovské právo tvorbě však relativně záhy po prvé „exegetické“ fázi každý kodex začíná být soudcovským právem doplňován, modifikován a přetvářen.*“²⁷⁷ a mimo jiné na příkladu Francie dokládá, že v době, kdy byla v této zemi soudcovská tvorba práva odmítána, se nacházela oficiální právní doktrína v rozporu se skutečnou soudní praxí.²⁷⁸ O podobném rozporu mezi oficiálními teoretickými postoji a právní praxí bychom stejně tak mohli uvažovat i v kontextu naší vlastní (socialistické) minulosti. Velmi názorné jsou v tomto směru zejména postoje Viktora Knappa, dle něhož se v socialistické literatuře „*všeobecně uznává, že soudce v socialistickém státu právo toliko nalézá a netvoří, a striktní vázanost soudce na psané právo je považována za jeden z pilířů socialistické zákonnosti.*“²⁷⁹ Nicméně ve skutečnosti mají podle něj soudcové nemalou úlohu v tvorbě práva, kterou de facto provozují.²⁸⁰

²⁷⁴ O tom, že právní norma nikdy nemůže zachytit veškerou mnohotvárnost společenských vztahů, které jsou pod ní subsumovány se zmiňuje např. KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*. 1969, roč. 108, č. 2, s. 81-91. S. 90.

²⁷⁵ V této souvislosti srovnej např. pasáže o upuštění od vázané ideologie aplikace práva v díle KÜHN, 2005, op. cit., s. 9.

²⁷⁶ WINTŘ, Jan. Kapitola devátá: Proměny tvorby práva ve 20. století. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 150-164. S. 152.

²⁷⁷ KÜHN, Zdeněk. Kapitola třetí: Právo tvorba soudcovská. I. Klasické civilní kodexy a otázka soudcovské právo tvorby. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 86-101. S. 95.

²⁷⁸ Tamtéž, s. 88.

²⁷⁹ KNAPP, op. cit., s. 82.

²⁸⁰ Tamtéž, s. 91. Tento názor Knapp podkládá i různými příklady z právní praxe. Opět tamtéž, s. 87-89.

Pokud uznáme pravdivost výchozích premis těchto praktických argumentů, lze vůči nim vůbec něco namítnout? Domnívám se, že něco takového je možné jen stěží – soudce někdy právo vytvářet musí, má-li celý systém vůbec fungovat. Avšak i v takové situaci můžeme ještě dále zvažovat otázku prostoru, který taková praktická nutnost vyžaduje. Soudce může k možnosti vytvářet právo přistupovat s různou dávkou velkorysosti či opatrnosti a to tím spíše, že případy, s nimiž se bude při své činnosti setkávat, asi jen těžko půjdou rozdělit do dvou ostře ohraničených kategorií (soudcovskou tvorbu práva vyžadující a nevyžadující). Naopak bude stát pravděpodobněji před širokou škálou různě odstupňovaných problémů, kdy bude věcí diskuze, kdy už je soudcovská tvorba práva přípustná a kdy nikoliv, a to i s ohledem na různé další hodnoty, jejichž vliv může být rovněž velice různorodý. I pokud je tedy argument praktickými důvody přesvědčivý stran otázky, zda je soudcovská tvorba práva obecně přijatelná, je příliš neurčitý na to, aby nám pomohl určit v jaké míře a kdy.

1.4.9 Co koriguje soudcovskou tvorbu práva?

V současné době moc justice výrazně posiluje vícero věcí. Jsou to zejména zakotvení ústavně chráněných a přímo aplikovatelných nezadatelných základních práv a svobod,²⁸¹ nárůst důležitosti právních principů²⁸² a s nimi souvisejících judičiálních testů,²⁸³ jakož i řada dalších důvodů²⁸⁴. Vše uvedené otvírá soudům prostor pro uplatnění jejich vlastních úvah, třebaže ne vždy v explicitní podobě. Jak bylo v tomto textu již vícekrát naznačeno, moc, kterou soudy v souvislosti s tvorbou práva mají, nezřídka vzbuzuje obavy.

²⁸¹ WINTR, op. cit., s. 132.

²⁸² Ty bývají často kritizovány jako nástroj libovůle soudů. K tomu srovnej WINTR, Jan. Kapitola osmá: Role právních principů v tvorbě práva. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 145-149. S. 146.

²⁸³ K tomu srovnej vnímání judičiálních testů jako produktů soudcovské tvorby práva (samozřejmě ovlivněné i následnou reflexí ze strany právní filosofie a teorie) v publikaci HLOUCH, Lukáš. Systematické nástroje řešení střetu právních norem. In: MACHALOVÁ, Tatiana, Miloš VEČEŘA, Jaromír HARVÁNEK, Lukáš HLOUCH a Tomáš SOBEK. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2014, s. 147-211. S. 204.

²⁸⁴ Zajímavé shrnutí příčin vzestupu moci soudů můžeme nalézt v publikaci SMEKAL, Hubert. Soudcokracie, nebo judicializace politiky? In: SMEKAL, Hubert a Ivo POSPÍŠIL (eds.). *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v úseku krize*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013, s. 12-33. S. 19.

Není proto překvapením, a to i s ohledem na palčivost otázky v jaké míře a kdy by ji měly uplatňovat, že součástí její obhajoby je i poukaz k různým skutečnostem, které ji omezují či korigují.

Takovéto korekce můžeme rozdělit do několika druhů. První z nich se vztahuje přímo k omezením, které ukládá soudní moci systém brzd a protivaň. Již Fairlie říká, že soudci by neměli být naprosto nezávislí na exekutivě, protože bez vnější kontroly jejich pozice sklouzává k neodpovědné aristokracii.²⁸⁵ Nepřekvapivým problémem zde ale je, že na základě samotného principu dělby moci nemůžeme určit, o jaká omezení by se přesně mělo jednat, jaké by mělo být jejich množství a intenzita.

Další druh korekcí dobře vystihuje Jan Wintr, který vnímá jako prostředky omezení libovůle soudců „tlak na řádné odůvodňování rozsudků v systému legální a racionální aplikace práva a propracovan[ou] metodologi[i] vykladu práva“.²⁸⁶ Jedná se zde tedy o celou řadu prvků, které mohou vyplývat přímo ze samotného systému práva nebo mohou mít charakter různých, svým způsobem vnějších, kulturních vlivů. Může se jednat například i o různé apely na svědomí a rozumnost soudců. Třeba právě to, jak Ludvík David vyzývá k nezbytné zdrženlivosti při rozhodovacích úvahách soudů,²⁸⁷ lze vnímat jako dobrý příklad takového jednání.

1.4.10 Legitimita soudcovské tvorby práva bez dělby moci?

Snad je z výše předložených úvah zřejmé, že princip dělby moci je ve své současné podobě stížen mnoha problémy a soudcovská tvorba práva je zároveň, alespoň ve velmi omezeném rámci, nezbytná. Jejich provázanost, včetně s legitimitou spojených otázek, proto lze pokládat za poněkud problematickou. Lze však soudcovskou tvorbu práva uspokojivě zdůvodnit i mimo rámec dělby moci? Obávám se, aby se nakonec neukázalo, že bez ní visí tvorba práva soudcem – jakkoliv se zdá z podstaty věci nevyhnutelná a pravděpodobně s ní ani nejsou spojena nějaká zásadní rizika – v legitimizačním vzduchoprázdnu.

²⁸⁵ FAIRLIE, op. cit., s. 433-434.

²⁸⁶ WINTR, 2008, op. cit., s. 147.

²⁸⁷ DAVID, Ludvík. *Na hranicích práva: soudcovské eseje*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2012, 192 s. S. 13-14.

Jak si s takovým problémem poradit? Uvažuji, že možná není úplně šťastné, pokud se jej snažíme celý vnímat z nějakých absolutních, neměnných kritérií. Spíše bychom se jej měli pokusit uchopit v užším vztahovém rámci. Je pravda, že dělba moci byla jako problematická vnímána již téměř od svých prvních náčrtů, vždy měla mnoho kritiků, přičemž někteří z nich ji dokonce neváhali označovat za chiméru.²⁸⁸ Na druhou stranu si stále udržuje svou atraktivitu. I přes její současnou vágnost stále zůstává nositelem cenné hodnoty spočívající ve vědomí, že diverzifikace moci je důležitá. Jirí Baroš, kterého bychom mohli počítat mezi její dnešní umírněné obránce, neváhá zdůrazňovat i její roli z hlediska demokracie.²⁸⁹ Snad je do značné míry jen „pohádkou“, ale máme v současnosti po ruce nějaké lepší, uvěřitelnější „pohádky“? Nietzsche jednou napsal, že naše lidské pravdy jsou nakonec jen nevyvratitelné lidské omyly.²⁹⁰

Vhodným východiskem pro „smíření se“ s problematičností dělby moci by podle mého soudu mohlo být paradigma pluralismu, které uznává mnohotvárnost našich pohledů na věc, jakož i možnou (ko)existenci více různých zdůvodnění soudcovské tvorby práva a jejich legitimizačních důvodů, které v jiných kontextech mohou postrádat úplně pevný základ. Třeba více pragmatický přístup k věci nám může napomoci některé problémy vnímat jako méně palčivé.

Navzdory tomu před námi nakonec pořád zůstává více otázek než odpovědí. Téma dělby moci a legitimacy soudcovské tvorby práva, tedy prvků, které jsou klíčové pro uchopení jejího ústavněprávního rámce, tak jistě není uzavřeno, ani vyčerpáno. I z tohoto důvodu můžeme na závěr konstatovat, že si jistě zaslouží pozornost odborných kruhů i nadále.

²⁸⁸ FAIRLIE, op. cit., s. 419.

²⁸⁹ BAROŠ, op. cit., s. 16.

²⁹⁰ NIETZSCHE, Friedrich. *Radostná věda*. Vyd. 2., ve Votobii 1. Olomouc: Votobia, 1996, 285 s. ISBN 8071980803. S. 155.

1.5 Trendy pojetí spravedlnosti v soukromém právu hmotném a civilním procesu

1.5.1 Spravedlnost jako východisko, proces fungování i cíl práva

Lze vyjít z předpokladu, že soukromé právo jako celek sleduje společný cíl. Z něj se pak rodí navazující otázka, zda, případně do jaké míry se tento cíl promítá, resp. modifikuje v civilním procesu. Z opačného pohledu pak se klade otázka, jak nastavení parametrů civilního procesu zpětně ovlivňuje fungování a cíle soukromého práva.

Tato otázka, na první pohled jednoduchá, ve skutečnosti jednoduchá není: hledání smyslu fungování soukromého práva včetně jeho ochrany je na jedné straně předmětem otevřené indoktrinace panujícími ideologickými vlivy, na druhé straně existují tendence soukromé právo oprostít od panujících společenských představ a doktrín, případně roli soukromého práva jako jejich nástroje skrýt. Je zřejmé, že ani jedna tendence nemůže být prosazena izolovaně do všech důsledků a že výsledek bude vždy kompromisem mezi oběma póly.

Za obecný cíl soukromého práva i jeho realizace cestou civilního procesu bývá považováno dosažení spravedlnosti. V tomto komplexním vnímání spravedlnosti je však skryt rozpor: spravedlnost je na jedné straně vnímána jako univerzální cíl soukromého práva, k jehož naplnění právo a společnost směřují, na druhé straně však spravedlnost přijímá různé, dokonce z hlediska vlivu na jedince i společnost zásadně odlišné podoby.

Tento jev je historicky determinován. V předklasickém období starého Řecka byl pojem *themis* užíván společně pro označení práva i spravedlnosti, které tvořily nedělitelnou jednotu. Později se pojem spravedlnost stává klíčovým výrazem pro sociální morálku.²⁹¹

Platón vkládá do základu pojmu spravedlnost myšlenku „dobra“ s tím, že člověk přebírá odpovědnost za spravedlnost, což vede k promítnutí spravedlnosti jak do sociálního řádu, tak do řádu duchovního. V tomto smyslu je posláním spravedlnosti sloužit nikoli individuu, nýbrž obecnému blahu.²⁹²

²⁹¹ HÖFFE, O. *Gerechtigkeit*. 4. vydání, München: C.H.Beck, 2010. Str. 18 a násl.

²⁹² HÖFFE, O., op. cit., str. 20, str. 24.

Zřejmě jedna z nejznámějších teorií spravedlnosti pochází od Aristotela. Aristoteles je znám jako autor rozlišování spravedlnosti univerzální, obsahující požadavek chovat se dle zákona a mravu a spravedlnosti individuální, členěné dále na spravedlnost distributivní, připouštějící nerovnost a spravedlnost komutativní, vyžadující rovnost zúčastněných subjektů.²⁹³

Římská společnost přijala odlišný koncept spravedlnosti, ovlivněný křesťanským učením. Křesťanství je orientováno na individuum a vyhýbá se formování vlastní představy o společenství a společenských institucích. Z křesťanství byla přijata prioritní svoboda jednotlivce; vztah ke společenskému prostředí byl založen na lásce a mohl se tedy jen obtížně stát základem fungujících společenských institucí.

Uvedené dva historické kořeny přístupu ke spravedlnosti jako řádu tohoto světa se staly zdrojem odlišností ve vnímání a přijímání hodnot evropské kultury jako východisek formování právních řádů pozdějších společenských formací, zejména období modernity. Jak ukazuje pozdější vývoj, původní myšlenka kooperace v pojetí spravedlnosti se zejména v období modernity a pod vlivem filozofického myšlení T. Hobbese a liberálních ekonomických teorií rozpadla do dvou modelů: řeckého modelu kooperace (integračního), vycházejícího ze vzájemné závislosti lidí a spatřujícího ve společných institucích základ života společnosti a modelu konfliktu (eliminačního), u něhož je spoluzití založeno na potřebě vzájemného vymezení prostoru, jehož základem je svobodná vůle a potřeba svobodného souhlasu ke vzájemné kooperaci²⁹⁴.

Následně se spravedlnost se svou mnohovýznamovostí stává nástrojem specifických koncepcí. Stejný rys však umožňuje její využití jako nástroje pokusů o překonání zdánlivě nesmiřitelného rozporu mezi spravedlností založenou na egoismu či na altruismu ve směru konceptu založeného na komunikaci řízené zájmy (R. Ihering).²⁹⁵

Důležité pro posouzení vzájemného místa a vazeb mezi hmotněprávní a procesní spravedlností je tedy respektování, potažmo uspořádání vazeb mezi společenským prostředím a jeho ovlivněním panujícími doktrínami a konceptem i praktickým fungováním soukromého práva a dosahováním jeho cílů,

²⁹³ HÖFFE, O., op. cit., str. 22 a násl.

²⁹⁴ HÖFFE, O., op. cit., str. 62-63.

²⁹⁵ Tamtéž.

a současně společných cílů realizace soukromého práva a současně mnoho-
vrstevnatého souboru dílčích funkcí, dílčích nástrojů a dílčích etap realizace
tohoto procesu (a to nejen ve fázi hmotněprávní a procesní) a jejich specifiky,
avšak současně s požadavkem jejich vzájemného synergického působení.

Výrazem této plurality cílů soukromého práva a prostředků k jejich dosažení
je i pluralita spravedlností, založená na variabilitě vnímání cílů společnosti,
jejího fungování a hlavních doktrínách, jimiž je toto fungování ovlivňováno.
Tato dialektická pluralita vyjadřuje fakt, že obecně vzato neexistuje jediná sprave-
dlnost a současně, že pojem spravedlnosti slouží jednak k formulaci cílů
společnosti, avšak současně k vymezení metod a prostředků jejich dosažení.

Za výstižné je možno považovat vnímání právního pojetí spravedlnosti jako
hodnotícího kritéria určitého chování. Toto hodnotící kritérium je objek-
tivně a subjektivně determinované, což vede k situacím, že stejné chování
může být posuzováno jako spravedlivé a současně jako nespravedlivé.²⁹⁶

Předchozí závěr má svůj logický zdroj, kterým je celá skupina odchylných
přístupů k nalézání „spravedlivých“ řešení, jejichž základem je – zjednodu-
šeně řečeno – způsob nakládání se společenským bohatstvím, resp. způsob
jeho rozdělování.

Velmi zaobaleně, nicméně se zřetelným odkazem na hodnotový základ
a užité právní techniky, jsou popsány základní typy spravedlnosti v klasické
typologii, pocházející od Aristotela. Podle nich se odlišují:

Především spravedlnost založená na slavné Ulpianově parémii „*Iuris pre-
cepta sunt haec: suum cuique tribuere*“²⁹⁷, která sama o sobě neřeší podstatu ani
techniku dosažení spravedlivého výsledku, nýbrž pouze požaduje respek-
tování stanovených pravidel zachování či rozdělování dober ve společnosti
mezi jejími příslušníky.

Způsob zachování či rozdělování dober ve společnosti pak – z hlediska sledo-
vaných cílů společnosti – má dvě techniky:

1. První technika směřuje k rozdělování, resp. přerozdělování
společenského bohatství:

²⁹⁶ Srov. ÖTVÖS, T. *Základné zásady súkromného práva*. Citováno z nepublikované doktorské
dizertační práce. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Právnická fakulta,
2013, s. 94.

²⁹⁷ ULPIANUS, D. 1, 1, 10 pr. § 1.

- a) buď na základě výchozího předpokladu rovnosti a užití techniky rovnosti, bez ohledu na potřebu vyvažovat sociální pozice osob jako sledovaný cíl,
 - b) nebo na základě sledování cíle rovnosti mezi osobami, což vyžaduje akceptaci nerovných východisek a vyvažování pozic osob nerovností techniky právní regulace.
2. Druhou technikou je respektování stavu rozložení dober mezi osobami. Spravedlností se zde rozumí maximální respektování individuální autonomie osobnostních i majetkových práv. Slovenský autor T. Ötvös váže spravedlnost jako komplexní hodnotu na soubor hodnot, které jsou podřízeny hlavnímu cíli, spočívajícím v dosažení spravedlnosti. Za tyto hodnoty považuje zásady soukromého práva, které určují cesty fungování spravedlnosti v konkrétním právním řádu.²⁹⁸

Autor těchto řádek se při řešení paradigmatu soukromoprávní regulace odvolává na jeho obecné východisko: podle něj jsou jednotlivé podoby spravedlnosti výrazem dvou základních dimenzí, ve kterých se pohybuje soukromoprávní regulace. Východiskem fungování práva je preprávní svoboda jednotlivce, vyjadřující jeho individuální pozici. Vlastní funkcí práva je omezení pozice jednotlivce v zájmu společnosti, vyjádřené rovností. Spravedlnost tu představuje syntézu svobody a rovnosti, která vymezuje vyváženou pozici mezi individuálním a sociálním rozměrem soukromého práva.²⁹⁹

Tato úvaha odůvodňuje třístupňovou výstavbu systému principů soukromého práva, směřujících k hodnotově pojaté spravedlnosti, které tvoří:

1. svoboda jako teze a individuální hodnotové východisko,
2. rovnost jako antiteze a sociální antipod východiska,
3. spravedlnost jako výsledek syntézy obou pozic.

Popsaná konstrukce principů je výrazem šíře a současně strukturálního uspořádání prostoru poskytnutého individuu i společnosti k řešení rozporů, které v něm vznikají v procesu hledání spravedlnosti. Prostor, v němž vznikají rozpory, odpovídá prostoru pro jejich řešení. Řešení se tu nenalzá

²⁹⁸ Srov. ÖTVÖS, T., op. cit, str. 94.

²⁹⁹ Blíže viz též HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*. Masarykova univerzita: Brno 2010, str. 51-75.

v potlačení jednoho ze systémových prvků, vytvářejících limity prostoru řešení a v zúžení prostoru pouze na okruh jediného principu: řešení se nachází v pluralitě variant, nabízených takto široce otevřeným polem působnosti polárních hodnot. Řešení tu mají podobu vektoru identifikovaného prostorem i časem. V tomto rámci má prostor otevřené vnější hranice a čas je další základní dimenzí pozorování a posuzování právně relevantních entit. Naopak vyloučení rovnosti ze systému hodnot soukromého práva a omezení významu spravedlnosti na nástroj zmírnění extrémních podob uplatnění svobody individua ve společnosti v konkrétních situacích představují koneckonců omezení svobody pohybu hmoty i ducha v právu na jediné východisko, kterým je základní individuální pozice jednotlivce.³⁰⁰ Na druhé straně spravedlnost jako cíl, syntéza není ničím bez svých východisek, teze a antiteze, kterými jsou vedle svobody i rovnost.

Popsaný postup vyvozování spravedlnosti z téze – individuální dimenze založené na svobodě – a následující antiteze – sociální dimenze založené na rovnosti – je současně zdrojem odpovědi na otázku o podobě spravedlnosti ve výsledku tohoto procesu. Ta je v systému soukromoprávní regulace, založené na apriorní svobodě jednotlivce, určena mírou uplatnění antiteze, tj. druhého kroku tohoto procesu. Z hlediska podoby spravedlnosti jde tedy o míru uplatnění těch typů spravedlnosti, jejichž cílem je (sociální) rovnost, která se může pojit a často pojí s (ne)rovností formálně právní buď východiskovou - (ne)rovnost příležitostí, či procedurální - (ne)rovnost šancí. Zatímco typickým cílem formálně právní rovnosti je spravedlnost komutativní, typickým cílem maximalizace rovnosti ve výsledku (sociální) je spravedlnost distributivní, potažmo korektivní v míře, ve které je jejím cílem odstranit nevyváženost sociálních pozic subjektu, v nejobecnější podobě pak vyrovnávání sociálních pozic cestou redistribuce, resp. korekce v (re) distribuci společenského bohatství.

Pokud budeme vnímat cíl soukromého práva zorným úhlem jeho subjektu jako klíčového úhelného kamene, budeme tento cíl spatřovat v emancipaci člověka. I když cílem zůstává člověk (individuum), jeho emancipace znamená

³⁰⁰ Ostatně lidská individualita je stabilně a dlouhodobě vnímána jako paradigma evropské kultury. Srov. LEHMANNOVÁ a kol. *Paradigma kultury*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, str. 53-58.

integraci jedince ve společnosti a jeho seberealizaci skrze společnost a vazby jedince na společnost. Tedy konečkonců i ryze individualisticky vnímaná emancipace člověka má obě složky – individuální a vztahovou (sociální), byť první z nich je v tomto konceptu zdůrazněná a druhá potlačena.

V uvedeného plyne, že spravedlnost bývá častěji vnímána s pohledu pozice jednotlivce. To by mohlo vést k závěru o spojení pojmu spravedlnost s individuem. Spravedlnost – jak už konečně naznačuje její zakomponování do souboru vztahových hodnot a konečkonců i její existenční vazba na právo jako soubor jejích nástrojů – má však oba rozměry: individuální a sociální. Žádný nelze bez rizika ztráty komplexního pohledu na tento pojem oddělit od druhého a zkoumat izolovaně. Východiskem je sice – v existujícím liberálně tržním modelu společenského systému se sociálními prvky – individuální pozice jednotlivce, cílem je však společenská integrace jedince, jeho sociální emancipace.

1.5.2 Odras spravedlnosti v Návrhu společného referenčního rámce (DCFR) a nejnovější projekty hledání spravedlnosti

Typické pro společnost založenou na rozporu proklamovaných a skutečně praktikovaných hodnot je menší pozornost věnovaná analýze skutečné povahy právní regulace, včetně menší pozornosti věnované hlubší analýze těch hodnot, jejichž prostřednictvím je dosahováno spravedlnosti určitého typu.

Tento jev má i své zcela aktuální evropské projevy. Tak např. Návrh společného referenčního rámce (DCFR)³⁰¹ omezuje v doprovodných textech své cíle na zdůraznění vytvoření prostoru svobody, bezpečí a spravedlnosti a vytvoření otevřeného vnitřního obchodu se svobodnou a férovou soutěží a svobodným pohybem zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy, jakož i na ochranu spotřebitele a jiných osob vyžadujících ochrany³⁰². Tomu odpovídá i soubor užitých modelů spravedlnosti v DCFR, ohledně něhož jsou doprovodné texty Návrhu sdílnější a prezentují je v pořadí: komutativní (vzájemnou) spravedlnost jako klíčový individuální cíl pravidel Návrhu, vedle níž je prosazovaná, byť dílčím způsobem, korektivní spravedlnost, zejména v oblasti smluv, mimosmluvní povinnosti k náhradě škody a bez-

³⁰¹ Viz Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). In: Von BAR, Ch., CLIVE, Eric and SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.). Interim Outline Edition. Munich: sellier european law publishers, 2008.

³⁰² Tamtéž, str. 18.

důvodného obohacení. K jejímu prosazení slouží především univerzální princip *Good Faith*. Málo je podle výslovného konstatování autorů v Návrhu aplikovaná distributivní spravedlnost, přicházející v úvahu spíše výjimečně, např. v určitých variantách spotřebitelských vztahů.³⁰³

Takto vyjádřená charakteristika spravedlnosti jako nepochybně jednoho z klíčových pojmů práva a výrazu smyslu práva a jeho fungování v evropských projektech dominujících současné fázi europeizace soukromého práva je odrazem faktu, že spravedlnost zůstává pro nositele vývoje práva jedním z nejožehavějších témat právního bádání a je otázkou, zda nositelé aktivit v této oblasti se chtějí skutečně dobrat nalezení podstaty a smyslu tohoto institutu, či zda jsou základní osou jejich aktivit unijní politiky a jejich prohlubování.

Proti tomuto závěru však stojí některé jiné evropské výzkumné projekty, které usilují dát konceptu spravedlnosti určitou (často sociálně determinovanou) a aktuální dimenzi. Výsledkem je pluralita konceptů a dílčích modelů spravedlnosti, s nimiž se setkáváme i v nejnovějších zdrojích a výzkumech, jejich odlišná funkce, různé pojetí zařazení do systému a algoritmu právní regulace.³⁰⁴

Jedním z omylů při posuzování provázanosti určitého modelu spravedlnosti s národní právní kulturou a národními právními řády je teze o vlastních národních modelech spravedlnosti v soukromém právu evropských zemí, z nichž každý je spjatý s národní kulturou a tradicí.³⁰⁵ Toto tvrzení mohlo být pravdivé v širším rozsahu v období vzniku novodobé kapitalistické společnosti, resp. modernity v 18. a 19. století (s výjimkami, jako je Velká Británie), potažmo ještě v období tzv. „socializace“ společnosti evropských národních států na konci 19. a v první pol. 20. století. Procesy globalizace a europeizace však tyto historické zdroje odsunuly do pozadí a za základ soukromoprávní spravedlnosti víceméně mlčky zvolily komutativní spravedlnost založenou

³⁰³ Tamtéž, str. 14.

³⁰⁴ Srov. např. *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. MICKLITZ, Hans, CHELTENHAM, W. (eds.). UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2011. či ALPA, G. *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law*. New Paths in a Comparative Perspective. Munich: sellier european law publishers GmBH, zejm. str. 36 a násl.

³⁰⁵ *The Many Concepts of Social Justice* (2011), str. 3.

na libertarianismu. Je typické pro evropské právo a jeho vývoj, že jako základ akceptovalo principy svobodného trhu (srov. čtyři základní tržní politiky EU), do kteréhož konceptu následně a postupně implementovalo prvky sociální spravedlnosti. Pravda, dělo se tak formálně, postupně a zejména zpočátku (s odkazy na limity evropských kompetencí v oblasti soukromého práva daných primárním právem EU) pouze ve vymezených segmentech soukromého práva (pracovní právo, obecná a speciální antidiskriminace a ochrana spotřebitele). Tím vznikl společný jmenovatel europeizujícího se soukromého práva pod názvem „*regulatory welfare state*“.

Původní odlišnosti jednotlivých národních států, které se projevovaly mj. v přenechání „čistého“ soukromého práva komutativní spravedlnosti libertariánského základu a v prosazování prvků sociální spravedlnosti cestou veřejného práva, případně v relativně samostatném formování např. spotřebitelského práva jako „zvláštního soukromého práva“, vedly naopak v následném procesu europeizace k odstraňování hranic mezi soukromým a veřejným evropských právem, zejména cestou aktivit ESD/SD EU, cestou procesu konstitucionalizace soukromého práva, spočívajícím v prosazení základních práv EU, resp. základních principů práva EU v soukromém právu (potažmo mezi subjekty soukromoprávních vztahů), a s tím spojenou změnou vertikálního přímého efektu na více či méně omezený horizontální nepřímý, resp. přímý účinek základních práv EU.³⁰⁶

V tomto procesu se počala prosazovat nová podoba sociální spravedlnosti: Ukazuje se, že vývoj konceptu spotřebitele od „dobře informovaného“ k obrazu spotřebitele důvěřujícího a odpovědného je mimo jiné výsledkem základního pojetí spotřebitelského práva EU jako především práva tržního chování. Tak spotřebitelské, ale i pracovní právo EU ztrácí stále více sociálně ochrannou podobu a jako spotřebitel/zaměstnanec je vnímána osoba dynamická, s otevřenou myslí, flexibilní, dobře informovaná, samostatná a sebeuvědomělá, mobilní, rozhlížející se po nejlepších pracovních příležitostech a nejlepších cenách na trhu zboží a služeb a využívající výhod vnitřního trhu.

³⁰⁶ Blíže REICH, N. The Interrelation between Rights and Duties in EU Law. In: EECKHOUT, P., TRIDIMAS, T. (eds.). *Yearbook of International Law*. Oxford University Press, 2010, str. 112.

Ze spotřebitele či zaměstnance se stává všestranný tržní občan, který překračuje hranice definice spotřebitele či zaměstnance a jeho podoba se v rámci vnitřního trhu EU univerzalizuje.

Uvedená podoba prosazování sociální spravedlnosti v právu EU se liší od konceptů sociální spravedlnosti národních států: zatímco národní státy staví na konceptech ochrany slabší strany společnosti s cílem dosáhnout politického obrazu státu blahobytu, právo EU se vzdálo politickým programům států blahobytu a původním iniciativám Evropské komise ze 70. let. Toto odchýlení se od tehdejšího politického programu ES je důsledkem praxe EU, provádějící integraci prostřednictvím „regulatorního“ práva.³⁰⁷

1.5.3 Možnosti sblížení spravedlnosti soukromého práva a civilního procesu?

Pro civilní proces má z různých pojetí spravedlnosti zvláštní význam spravedlnost označovaná jako nové paradigma soukromého práva. Je jí tzv. spravedlnost přístupu (*access justice, Zugangsgerechtigkeit*)³⁰⁸. Jejím cílem je prosadit faktickou rovnost přístupu k hodnotovým statkům, resp. příležitostem. Nejde přitom o přístup formální, nýbrž o zavedení odpovědnosti právního systému za prosazení nástrojů transformace teoretických šancí v reálné příležitosti.

V tomto smyslu je rovněž spravedlnost přístupu funkcionálně zaměřena na korekci nedůsledností ve spravedlnosti komutativní, která svým formalizovaným přístupem spíše prohlubuje sociální nespravedlnost (ve smyslu prohlubování rozdílnosti sociálních pozic) než by ji zmírňovala či dokonce odstraňovala. V tomto smyslu zůstává spravedlnost přístupu sice podmíněna výchozí svobodou a autonomií stran na vstupu do soukromoprávních vztahů, podobně jako spravedlnost komutativní. Zátěž těchto výchozích nerovností, jimiž jsou poznamenány na vstupu strany vztahu, však komutativní spravedlnost ze své podstaty konzervuje a přenáší dále, do dalších fází realizace práva, zatímco spravedlnost přístupu je usiluje aktivně zmírňovat a korigovat férovým soutěžním, resp. participativním prostředím. Výkyvy nerovností, které znesnadňují přístup k trhu či společenským vztahům

³⁰⁷ Srov. The Many Concepts of Social Justice (2011), str. 33-35.

³⁰⁸ The Many Concepts of Social Justice (2011), str. 34.

obecně (ale i k ochraně práv a dosažení spravedlnosti v civilním procesu), jsou spravedlností přístupu nivelizovány sice procesní cestou, avšak s imanentní intencí dosažení sociální spravedlnosti.

Jestliže je pravdivá téze, že soukromé právo jako celek sleduje dosažení společného cíle, pak je namísto otázka, zda, resp. jak se tento cíl promítá, resp. modifikuje v civilním procesu. V předchozím textu jsme se zabývali spravedlností jako cílem spočívajícím v dosažení určitého uspořádání vztahů mezi subjekty občanského práva, tedy tzv. hmotnou spravedlností. Vedle ní lze vnímat jako cíl fungování práva tzv. procesní spravedlnost jakožto samotný proces směřující k uspořádání vztahů. Ten je třeba považovat za klíčový generální princip, projevující se mj. v dominanci procedurálních, „vnitřních“ principů (jako je právní jistota) nad principy vnějšími a současně hmotnými (jako dobrá víra).³⁰⁹

Toto pojetí „procesní“ spravedlnosti se však nekryje s odvětvím civilního procesu: jeho základ je vnímán jako součást fungování soukromého práva hmotného, byť se promítá i do ryze procesních pravidel.

Procesní spravedlnost je budována na souboru pravidel upravujících postup, který svými mechanismy odpovídá a svými cíli směřuje k dané představě o spravedlnosti. Mýlili bychom se však, kdybychom procesní spravedlnost vnímali bez vazby na výsledek realizace či uplatnění těchto pravidel. John Rawls³¹⁰ koncipuje odlišování tří typů procesní spravedlnosti ve vazbě na výsledek fungování práva: 1. Perfektní procesní spravedlnost zahrnuje případy, kdy právní procedura plně garantuje spravedlivý výsledek; 2. imperfektní procesní spravedlnost maximalizuje pravděpodobnost dosažení spravedlivého výsledku, avšak negarantuje ji; 3. „čistá“ procesní spravedlnost je bez vazby (závislosti) svého uplatnění na výsledek. K tomu novější výzkumy³¹¹ připojují, že pokud jde o „čistou“ procesní spravedlnost, fakticky se o skutečnou spravedlnost vůbec nejedná. Jako příklad „čisté“ procesní spravedlnosti uvádí hru: Její výsledek závisí na náhodě, ač je založen

³⁰⁹ Srov. blíže: European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. In: FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D. (eds.). Munich: sellier european law publishers, 2008, s. 523n.

³¹⁰ RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Reviewed edition. Oxford: Oxford University Press, 1999, str. 73 a násl.

³¹¹ Blíže: The Many Concepts of Social Justice (2011), s. 100-102.

na „čistých“ pravidlech a jejich důsledném dodržování v průběhu hry. Hra je založena na dvou dílčích principech: 1. princip „hrát podle pravidel“ a 2. princip nezaujatosti organizátora hry („zákonodárce“) na jejím výsledku. Takto pojatý princip hry tedy vylučuje paternalismus, který je přítomen u sociální spravedlnosti ve sledování výsledku fungování práva. Oba dílčí principy, jejichž kombinace tvoří „čistou“ procesní spravedlnost, nepatří mezi principy spravedlnosti.

Výstup je významným prvkem sociální spravedlnosti: i když jde o spravedlnost východisek, přístupu, spravedlnost procedurální či spravedlnost cíle, vždy je spravedlnost poměřována (sociálními) cíli, které jsou v uplatňování práva sledovány; tedy v každé „dílčí“ spravedlnosti je přítomen jako měřítko její efektivity sledovaný sociální cíl a jím je uplatňování „dílčích“ spravedlností poměřováno.

Uvedené závěry mají ovšem významný – širší a hlubší – dopad na výše avizované změny paradigmatu společnosti a práva, ale i změny v pojetí spravedlnosti, jak je signalizováno v posledních výzkumech. Je-li upozorňováno na souvislost nástupu paradigmatu „společnosti sítí“ s ústupem od exkluzivního soutěžního přístupu fungování společnosti a jejich ekonomických i kulturních vztahů, založeného na principu „kdo s koho“, je-li jako paradigma společenských vztahů akcentován přístup (*access, der Zugang*), který se současně prosazuje jako model spravedlnosti, znamená to zároveň ústup od hodnotového pojetí komutativní spravedlnosti jako zvláštního (z pohledu ultraliberálních modelů dokonce cílového) modelu spravedlnosti a její postupné omezování na „procesní spravedlnost“ právních technik, užitých v právu v jeho – byť dominantních – segmentech (právo smluvních závazků). Komutativní spravedlnost se tak může stát „pouze“ svého druhu „čistou“ spravedlností, resp. spravedlností poměřující a garantující „férovost“ uplatnění dílčího souboru právních technik, směřujících ve svém důsledku k naplnění ideje (sociální) spravedlnosti. To je ovšem přístup, jehož důsledné uplatnění v intencích shora uvedených úvah o „čisté“ spravedlnosti by vyloučilo komutativní spravedlnost z oboru spravedlností vůbec. Je třeba respektovat, že i model spravedlnosti, uplatňovaný pouze v určitém segmentu právních technik, je součástí komplexního procesu dosahování

spravedlnosti a vstupuje tudíž – byť by to bylo pouze v určitém segmentu – do souboru předpokladů dosažení konečného výsledku cesty za právem v podobě (sociální) spravedlnosti.

Procesní spravedlnost ve výše naznačeném smyslu je uplatňována *sui generis* i na fungování občanského práva procesního. Civilní proces vzhledem ke svým specifickým dílčím cílům a nástrojům, ale současně vzhledem ke svému základnímu společnému cíli s hmotným soukromým právem je napojen na cíle sledované hmotným právem společnými obecnými základními vazbami. Současně se od cílů sledovaných hmotným právem liší specifiky svých dílčích cílů, své metodologie a svého instrumentária.

Obě odvětví se především svou základní charakteristikou odlišují legislativně technicky, resp. užitými metodami a východisky:

Pro civilní proces je typická metoda veřejnoprávní regulace, pro soukromé právo hmotné metoda regulace soukromoprávní. Součástí metody regulace soukromého práva je parémie: „vše je dovoleno, co není výslovně zakázáno“, zatímco pro civilní proces a pozici soudce platí parémie opačná: „vše je zakázáno, co není výslovně dovoleno“ (čl. 2 odst. 2, odst. 3 Listiny základních práv a svobod), včetně tomu odpovídajícího postupu soudu v civilním řízení. To však neplatí pro hmotně právní pozici účastníků, kteří si i do civilního soudního řízení přenášejí svůj soukromoprávní status a soukromoprávní vzájemné vztahy, tyto v průběhu řízení sledují a očekávají jejich odpovídající odraz v (meritorním) soudním rozhodnutí.

Význam má i vzájemné postavení soukromého práva hmotného a procesního. Na rozdíl od historicky překonaných názorů o prioritě jednoho či druhého odvětví vychází významní procesualisté z přesvědčení o rovnocenném postavení obou odvětví.³¹² V poslední době je tato myšlenka ražena i judikaturou.³¹³

Za předpokladu přijetí postulátu spravedlnosti jako cíle fungování soukromého práva, pak zákonem deklarovaným cílem civilního procesu je postupovat v soudním řízení tak, „aby byla zajištěna spravedlivá ochrana

³¹² MACUR, J. *Problémy vzájemného vztahu práva procesního a práva hmotného*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, str. 8 a násl.

³¹³ Nález Ústavního soudu ze dne 30. 11. 1999, sp. zn. I. ÚS 531/98 [online]. Ústavní soud [cit. 29. 9. 2015]. Dostupný na: <http://nalus.usoud.cz>

soukromých práv a oprávněných zájmů účastníků“ (§ 1 zákona č. 99/1963 Sb. ve znění účinném ke dni 1. 1. 2014). Spravedlivá ochrana soukromých práv a oprávněných zájmů účastníků je tedy zřetelně procesní prolongací spravedlnosti, k níž směřuje soukromé právo hmotné. Procesní spravedlnost jako prostředek a cíl civilního procesu proto nemůže být svým cílem odlišná od hmotně právní spravedlnosti, odlišuje se však užitou technologií a dokonce užitými metodami regulace (nelze pominout, že občanské právo procesní je jako odvětví systematicky řazeno do práva veřejného). Působení obou odvětví (hmotného soukromého práva a civilního práva procesního) jako „vektoru spravedlnosti“ však musí být synergické.

Při studiu vazeb mezi „hmotně právní“ a „procesně právní“ spravedlností nelze pominout významnou skutečnost, že totiž civilní právo procesní je podle (již zmíněného) převažujícího názoru považováno za odvětví veřejného práva, neboť v němž dominuje vztah mocenského rozhodování soudu o právních poměrech účastníků, nikoli vztah, který je rovněž v civilním procesu přítomný zejména ve sporném řízení, mezi účastníky navzájem, a kterému soud v civilním řízení poskytuje ochranu: tento vztah si i v civilním soudním řízení ponechává charakteristiku vztahu soukromoprávního.

Uvedený relativně sofistický poměr soukromého práva hmotného a civilního procesu má své dopady jak na techniku poskytování spravedlnosti, tak na cíle sledované při jejím uplatňování: cíle, ergo spravedlnost je zakódována v soukromoprávním poměru, který si účastníci (sporného) civilního řízení do řízení přinášejí a jehož podstata a povaha jsou v řízení nejen zachovány, nýbrž jsou navíc předmětem zjištění skutkového stavu a vyvození právních závěrů soudem, který by měl povahu vztahu zjistit a poskytnout mu ochranu za maximálního respektování jeho hmotně právní charakteristiky.

I z této logické úvahy tedy plyne, že konečným cílem hmotně právní i procesní stránky soukromoprávních vztahů je jediná spravedlnost. Dosažení této hmotně právní spravedlnosti by měla sloužit i spravedlnost procesní. Procesní spravedlnost by se tedy neměla omezit na principy a koncept hry (viz výše), nýbrž měla by být nositelem hodnot, které je nutno respektovat v rámci soudního procesu jako garance synergického působení hmotně právní a procesně právní spravedlnosti. Uvedené hodnoty nemusí být vždy

naprosto identické, nýbrž mohou se rozcházet v povaze spravedlnosti, které je poskytována ochrana a v povaze spravedlnosti, kterou je poskytována ochrana, tedy v technikách procesní spravedlnosti.

Dokladem o nízké synergii působení hmotně právní a procesní spravedlnosti je současný stav a cíle českého soukromého práva po rekodifikaci a reformovaného civilního procesu dle novelizovaného občanského soudního řádu (zák. č. 99/1963 Sb. ve znění novel). Zatímco nový občanský zákoník (zák. č. 89/2012 Sb.) má své specifické cíle formulovány jako kombinaci ultraliberalních hledisek a ekvinitních zásad, občanský soudní řád jako východisko uplatnění svých technik a dosažení svých cílů zvolil – na rozdíl od desítky let v českém civilním procesu uplatňované zásady materiální pravdy – zásadu formální pravdy s jejím základem v principu sporu a s jejími doplňky: zásadami dispozitivnosti, projednací, koncentrace a dalšími. Tím se oba systémy – hmotně právní a procesní – dostávají vzájemně mimo oblast důsledného synergického působení.

Je zřejmé, že takový stav je společensky i právně těžko dlouhodobě přijatelný. K tomu navíc přistupuje fakt, že nový český občanský zákoník (dále také jen „obč. zák.“) tuto vzájemnou separaci působení soukromého a veřejného práva výslovně deklaruje,³¹⁴ čímž na cestě za spravedlností v soukromém právu a za jejím dovršením nástroji civilního procesu hloubí hluboké příkopy.

Výchozí vzorec, odlišující oba systémy, na nichž mohou být, resp. skutečně jsou budovány soustavy jednotlivých civilních právních odvětví, není nijak nový. Formulovala jej již klasická řecká filozofie jako dvě struktury, které mohou působit mimo sebe, ale i svým způsobem dialekticky v rámci jednoho společenského systému: jsou jimi spravedlnost, založená na spolupráci a spravedlnost, založená na konfliktu.³¹⁵ První struktura vychází ze systému vzájemné závislosti lidí na sobě a jejím historicky trvalým vzorem jsou funkční sociální jednotky jako rodina, vzájemně podpůrné organizované sociální skupiny, jako spolky, družstva aj., ale i vyšší organizační seskupení, jako stát či nadstátní celky. Druhá struktura je založena na svobodné vůli

³¹⁴ § 1 odst. 1 věta druhá zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *ASPI* [právní informační systém]. [online]. Wolters Kluwer ČR [cit. 28. 9. 2015].

³¹⁵ HÖFFE, O. *Principes du droit*. Paris: CERF, 1993, str. 62 a násl.

a zpravidla formální rovnosti práv osob a je vnímána buď jako doplněk kooperace, který zakládá spolužití na vzájemném vymezení prostoru, nebo – typicky pro období 20 a 21. století – jako relativně samostatná výchozí pozice společnosti, jejímž základem fungování je soutěž. Tím se vzájemně vzdalují paradigma hmotného soukromého práva a paradigma práva procesního: na jedné straně pokus o vyvážení, ve skutečnosti však spíše rozkolísání poměru individuální a sociální (či liberální a ekvitní) dimenze soukromoprávních vztahů, jak jej vidíme v novém českém občanském zákoníku, na druhé straně poměrně koherentní civilní proces založený na vcelku důsledně prosazeném principu soutěže typu kdo s koho. V této souvislosti pak formálně vynakládané úsilí českého zákonodárce o prosazení rovného přístupu k soudu se musí jevit jako pouhý jevový rys sociální povahy systému, v jehož podstatě nespočívá odhalení skutečné povahy posuzovaných soukromoprávních vztahů, nýbrž odehrává se soutěž založená na formálních pravidlech.

Navíc, uvedená nedostatečná koordinace vzájemného působení práva hmotného a procesního má destruktivní vliv na obě odvětví: konsistentní působení hmotného práva v procesu má konsolidační vliv na vyšší stupeň uspořádanosti procesního práva a vice versa, ergo i na prosazení požadovaného typu spravedlnosti v působení obou systémů. Oba systémy tedy působí jak kontrolně, tak konsolidačně.

Ve vazbě hmotné a procesní spravedlnosti však nejde jen o typické vazby hmotného práva na právo procesní, vycházející z relativně samostatného působení obou systémů, ale i o míru proniknutí ingerence veřejné moci do vlastních soukromoprávních vztahů a nahrazení jejich (tj. soukromoprávních) technik (typicky právních skutečností, zpravidla právních jednání) technikami veřejnoprávními – procesními. Tato tendence je zřetelná zejména v novém českém občanském zákoníku i v dalších předpisech rekodifikovaného soukromého práva a ve srovnání s dosavadním stavem je výrazně četnější a hlubší: soudy jsou výslovně, z textu hmotněprávního kodexu, povolány řešit rozsáhlou plejádu situací ať již z úřední povinnosti (zejm. statusové věci) nebo na základě aktivity subjektu soukromého práva (rovněž řada statusových věcí a dále např. případy *leasio enormis* (§ 1793-1795 obč. zák.), lichvy (§ 1796-1797), ale i možnost dovolat se změny obsahu závazkového

vztahu soudní cestou (§ 1766). Svou převažující konstitutivní povahou jsou řešené věci nástrojem přímé ingerence soudů do vzniku, změny a zániku soukromoprávních vztahů. Tím je výrazně úžeji provázáno funkcionální působení hmotného a procesního práva na konečnou podobu právní reality, potažmo spravedlnosti. Tím je ovšem též výrazně posílen význam a vliv přístupu k soudům, resp. ke spravedlnosti i na hmotněprávní status osob ve fázi mimo soudní spor nebo ve fázi, kde dosud byla možnost ingerence soudů do soukromoprávních vztahů zřetelně omezenější.

Z hlediska užitého typu spravedlnosti jde v takových situacích často o zásah soudu tam, kde selhává standardní metoda soukromoprávní regulace nebo kde tato metoda, spočívající v nepřímém uplatnění veřejné moci na soukromoprávní statusové záležitosti a soukromoprávní hmotné vztahy, není dostatečně účinná. V takových případech je třeba ji doplnit (byť případně cestou procesní aktivity nositele soukromoprávního statusu – subjektu soukromoprávních vztahů) o přímý zásah veřejné moci do vzniku, změny, trvání a zániku těchto statusových práv resp. soukromoprávních vztahů. Přitom je zřetelné, že významná část těchto situací je vedena cílem vyvážit tyto vztahy, v nichž došlo k poruše. Prostředkem k dosažení takového cíle jsou tedy nástroje, které užívá distributivní, resp. korektivní spravedlnost.

Spravedlnost přístupu není izolovaný koncept, nýbrž představuje součást souborných parametrických změn struktury společnosti a jejího fungování, která se promítá i do procesní ochrany. Procesní spravedlnost nemůže být svým cílem odlišná od hmotně právní spravedlnosti, odlišuje se však užitou technologií a metodami regulace. Působení obou odvětví (hmotného soukromého práva a civilního práva procesního) však předpokládá jejich vzájemnou synergiu, k níž může orientace na „spravedlnost přístupu“ významným způsobem napomoci.

Za jedno z hlavních východisek pro dosažení výsledku je přijato posouzení aktuálního vývoje výchozího vzorce, odlišující oba systémy jednotlivých civilních právních odvětví, jimiž jsou spravedlnost, založená na spolupráci a spravedlnost, založená na konfliktu. Posilováním odlišných výchozích typů spravedlnosti u obou odvětví se vzájemně vzdalují paradigma hmotného soukromého práva a paradigma práva procesního: na jedné straně pokus o vyvážení, ve skutečnosti však spíše rozkolísání poměru individuální

a sociální (či liberální a ekvitní) dimenze soukromoprávních vztahů, jak jej vidíme v novém českém občanském zákoníku, na druhé straně poměrně koherentní civilní proces založený na vcelku důsledně prosazeném principu soutěže typu vítěz-poražený. V této souvislosti pak formálně vynakládané úsilí českého zákonodárce o prosazení rovného přístupu k soudu a do jisté míry sociálně systém či spíše soubor výjimek se jeví navenek jako sociální dimenze systému, jeho skutečné fungování však není zaměřeno na odhalení skutečné povahy posuzovaných soukromoprávních vztahů, funguje na principu soutěže typu kdo s koho založené na formalizovaných kritériích.

1.5.4 Vliv konstitucionalizace soukromého práva na podobu spravedlnosti

Významným faktorem, který ovlivňuje vyvíjející se model sociální spravedlnosti, je proces, nazývaný jako konstitucionalizace soukromého práva, resp. (z opačného pohledu) jako proces horizontalizace základních práv. Jeho zařazení do rámce úvah o spravedlnosti je odůvodněno jeho důsledky, kterými mj. jsou: (a) stírání hranic mezi veřejným a soukromým právem vedoucí ke stírání hranic mezi veřejnoprávní a soukromoprávní spravedlností (s dopadem na spravedlnost hmotnou a procesní – viz výše) a (b) změna hodnotového základu, na němž je budována spravedlnost v soukromém právu.

Horizontalizace základních/lidských práv, resp. konstitucionalizace soukromého práva je proces, který je přijímán v evropském právním prostředí značně rozdílně.

Na jedné straně je vstup základních/lidských práv do prostoru dříve vyhrazeného soukromému právu a jeho institucionální ochraně, kterou poskytují obecné soudy, vnímán jako proces, který má svůj přirozený průběh, svou logiku, své zřetelné dimenze i vazby na systém, v němž se uplatňují, a především své cíle. Pokud jsou některé atributy tohoto procesu podrobovány kritice či pochybnostem, pak se podle této části názorů jedná o aspekty spíše marginální, nezpochybňující základní dimenze tohoto procesu a jeho neúprosnou logiku prosazení.³¹⁶

³¹⁶ Srov. The Many Concepts of Social Justice in European Private Law. MICKLITZ, Hans, CHELTENHAM, W. (eds.). UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2011, zejm. str. 3-60.

Na druhé straně skupina významných autorů³¹⁷ vyslovuje zásadní pochybnosti o tomto procesu, a to v širokém rozsahu, počínajícím vlastní podstatou a povahou základních práv až po konkrétní souvislosti uplatnění základních práv v soukromém právu. Elementární překážkou preciznosti výzkumu v této oblasti je již jeho terminologická stránka: pojmy jako „principy“, „hodnoty“, „lidská práva“, „ústavní práva“ či „základní práva“ jsou užívány zejména v odborné literatuře a komentářích, ale i v judikatuře, *promiscue*, často bez snahy precizovat jejich obsah a rozsah. Významný rozpor je spatřován již v povaze základních práv a ve zdrojích, z nichž vyplývají. Jako otázka k řešení je předkládáno, zda jsou základní práva výrazem svobody, či zda jejich existence je podmíněna jejich formulací či dokonce publikací. Rovněž v otázce dosahu horizontalizace základních práv nebylo dosaženo shody a existence různých modelů, sahajících od přímého efektu, přes silný nepřímý efekt až po slabý nepřímý efekt jsou realitou, kterou je třeba brát při studiu této oblasti na vědomí. Rozdílný je rovněž obsah či rozsah pojmu základních práv, u nichž není jednoty o začlenění sociálních práv (Micklitz), solidarity (Sefton-Green) a dalších do jejich souboru.³¹⁸

V současnosti se spíše zdá, že převahu mají zastánci prvního trendu, podporujícího průběh a předpokládané cíle horizontalizace základních práv, resp. konstitucionalizace soukromého práva. Tento proces je dotován z více zdrojů, v nichž významnou roli hraje tradičně Evropský soudní dvůr/Soudní dvůr EU (ECJ), představující institucionální a funkcionální nástroj tvorby a europeizace společných evropských principů; současně však je ECJ svou jednotnou strukturou a kompetencemi orientován ve své činnosti na potírání rozlišování soukromého a veřejného prvku v jeho rozhodovací činnosti. Zatímco právo EU je primárně zaměřeno do oblasti práva veřejného, ECJ pracuje ve své praktické činnosti jak s prameny soukromého práva, tak s ústavními principy.³¹⁹ Tento zdroj byl legislativně doplněn a obsahově výrazně rozšířen po přijetí Lisabonské smlouvy, tj. od roku 2009. Lisabonská smlouva zakotvila právní status Charty základních práv Evropské unie

³¹⁷ Srov. ALPA, G. *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law*. Munich: sellier european law publishers GmbH, 2013. Str. 40-41 a citace tam uvedené.

³¹⁸ Alpa, G., op. cit., s. 3.

³¹⁹ COLLINS, H. The constitutionalization of European Private Law. In: *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. MICKLITZ, Hans, CHELTENHAM, W. (eds.). UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2011., str. 156.

(Nice) a učinila ji závaznou pro instituce EU a pro členské státy, které implementovaly unijní právo. Na druhé straně ovšem je třeba zmínit ustanovení Smlouvy o Evropské unii, jako čl. 6(1) či připojené prohlášení ke smlouvě, vylučující přímou závaznost ustanovení Charty.³²⁰ Závaznost evropských principů se uplatňuje standardně cestou aplikace sekundárního práva, tj. směrnic EU, národními soudy, resp. výkladem obsahu směrnic v intencích základních práv obsažených v Chartě.

V působení obou zdrojů (ECJ a Charty) se ukazuje synergický efekt, když ECJ užívá Charty jako jednoho ze zdrojů při vymezení obecných právních principů. Současný horizontální účinek základních práv a principů EU se podle H. Collinse uplatňuje korektně cestou vložení povinnosti na národní soud, v případě relevance základního práva nebo základního principu na danou kauzu provést výklad národního práva způsobem nejkonformnějším s právem EU.³²¹

Dalším zdrojem prosazování evropských standardů, hodnot a na nich založených principů, včetně základních práv, na nichž je budován hodnotový a právní systém EU, sice byť nezávazným, avšak podle prvních signálů fakticky velmi vlivným, jsou evropské projekty soukromého práva, směřující k unifikaci jednotlivých oblastí soukromého práva členských států s perspektivou budoucího jednotného Evropského občanského zákoníku. Vzhledem k jejich mimořádnému významu pro národní právní řády, včetně jejich konstitucionalizace, bude nejvýznamnějším z nich – DCFR – věnována samostatná pozornost.

Návrh společného referenčního rámce, ačkoli je výslovně, dokonce primárně v názvu, označován jako soubor principů, provádí výčet základních principů nebo hodnot ve svém úvodu, nikoli ve vlastním textu. V úvodu však neuvádí ani nezmiňuje základní-ústavní práva, nýbrž čtveřici hodnot, typických pro soukromé právo a jeho hodnoty a formulačně v podobě odpovídající metodologii soukromého práva (*freedom, security, justice and efficiency*). Současně zdůvodňuje nezařazení mezi tyto principy/hodnoty solidaritu a sociální odpovědnost tím, že práce s nimi (tedy metodika) náleží nikoli

³²⁰ Srov. též výhrady Velké Británie a Polska k protokolu ke Smlouvě.

³²¹ COLLINS, H. *The constitutionalization of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, str. 156.

soukromému, nýbrž veřejnému právu. Zvláštní význam má přístup tvůrců DCFR k systematickému zařazení lidských práv mezi hodnoty, na nichž spočívá DCFR. Lidská práva nejsou řazena mezi principy a hodnoty „underlying model rules“, protože nepatří mezi podřízené (*underlying*) principy, nýbrž mezi nadřazené (*overriding*) principy.

V textu DCFR nejsou základní práva výslovně vyjmenována, nýbrž je na ně metodicky odkázáno v čl. I. - 1:102.

S ohledem na výše uvedenou specifikaci funkcionálního postavení hodnot a základních práv vůči modelovým pravidlům obsaženým v Draftu je uvedený článek namísto interpretovat diferencovaně: podle výkladového pravidla v odst. (1) je třeba interpretovat a rozvíjet samostatně a v souladu s jejich účelem a principy jim podřízenými. V navazujícím odst. (2) se ukládá čist modelová pravidla ve světle aplikovatelných nástrojů zaručujících lidská práva a základní svobody a aplikovatelné ústavní předpisy.

Zdánlivý rozpor obou odstavců uvedeného ustanovení lze odstranit, pokud budeme:

- a) vycházet z autonomie modelových pravidel,
- b) která je prolomena druhou částí textu prvního odstavce, tedy souladem s cíli modelových pravidel a s jim podřízenými principy (tedy s principy vlastními soukromému právu), následně
- c) čist modelová pravidla ve světle aplikovatelných nástrojů zaručujících lidská práva a základní svobody a aplikovatelné ústavní předpisy.

Tvůrci DCFR tedy vyšli z respektování odlišnosti zásad soukromého práva a základních ústavních práv, odlišují jejich soukromoprávní a veřejnoprávní povahu a podrobují je odlišné metodě aplikace a interpretace. Co však tvůrci DCFR nevzali v potaz, je odlišnost pojmu základní subjektivní práva, která jsou svou povahou primárně veřejnoprávní, a pojmu svoboda, která je základem a východiskem především soukromoprávní regulace. Obě kategorie se přitom liší nejen vnějšími znaky, nýbrž svým obsahem a vazbou na soukromé právo, která je u svobody bezprostřední a primární, což neplatí u většiny základních subjektivních práv. Z tohoto dílčího závěru lze vyjít v dalších úvahách o možnostech řešení překážek prostupnosti obou kategorií.

Z přehledu názorů uvedených výše provádí H. Collins dílčí shrnutí závěrů o systematickém a funkčním kontextu: (a) Při důsledném respektování tradičního odlišování soukromého a veřejného práva jsou zdroje pocházející z obou základních odvětví práva obtížně systematicky vzájemně propojitelné a soukromé právo není dostatečně připraveno přijímat do svého systému základní ústavní práva a principy. (b) Naopak, akceptace koncepce jediné struktury pramenů práva vede k zahrnutí základních ústavních práv a principů do jediného vnitřně jednotného systému práva, zahrnujícího jak veřejné, tak soukromé právo.³²²

Uvedené přístupy mají značný význam pro průchodnost procesu konstitucionalizace.

Zdá se, že mezi právníky se ukazují preference pro poněkud zjednodušený a méně sofistikovaný přístup založený na jednotné struktuře pramenů práva a překonávání hranic mezi soukromým a veřejným právem.³²³

Podle našeho názoru však hranice mezi soukromým a veřejným právem nelze překonat pouhou silou vůle, bez hlubší argumentace. Důslednější a širší argumentace umožňuje nalézt cesty dalšího prosazení základních (ústavních) práv do soukromého práva při respektování základní struktury právního řádu. Při standardním, resp. tradičním respektování odlišností předmětu a metodiky soukromoprávní a veřejnoprávní regulace a odlišení zásad soukromého práva od základních ústavních práv a principů vidíme, že základní zásady soukromého práva působí v intencích metodiky soukromoprávní regulace, vyjádřené algoritmem základních hodnot svoboda – rovnost – vyváženost (ekvita, spravedlnost). Naproti tomu základní ústavní práva si v sobě uchovávají svůj geneticky veřejnoprávní charakter. Tato odlišnost je však méně axiologická a více metodologicko-funkcionální. To vytváří prostor pro sblížení obou skupin, neboť jejich společný hodnotový základ umožňuje soustředit pozornost na metodologické přístupy.

³²² COLLINS, H. The constitutionalization of European Private Law. In: *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. MICKLITZ, Hans, CHELTENHAM, W. (eds.). UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2011, str. 140-141.

³²³ Mattias Kumm užil pro tento proces výrazu „total constitutionalization“, který označuje za genetický základ pro celý právní systém (KUMM, M. Who is afraid of the total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 2006, 7 (4), 341-70, at 334.

Český zákonodárce – využiv příležitosti probíhající komplexní rekodifikace soukromého práva v České republice – promítl do vlastního textu nového občanského zákoníku jeho vazbu na ústavní zdroje, čímž je implicitně a nepřímou inkorporoval do textu občanského zákoníku. Tím otevřel kapitolu svébytně koncipovaných otázek řešení kontaktu a možného vzájemného prolínání dosud vlastních hodnot, na nichž je budováno soukromé právo, s působením základních/lidských práv, pocházejících z ústavních zdrojů.

Přitom se zákonodárce pokusil v textu kodexu respektovat – ovšem legislativně technicky nikoli identicky s textem DCFR – odlišnosti ústavních-veřejnoprávních a „soukromoprávních“ zdrojů.

Konkrétní podobu a současně specifika českého přístupu ke konstitucionalizaci soukromého práva lze shrnout vyjádřit následovně:

- a) Český zákonodárce především ve svém úvodním ustanovení § 1 odst. 1 zakotvil - z hlediska výše popsaných trendů - problematikou větu: „Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného“. Tímto ustanovením, svým účelem zakotveným v první polovině 19. století, oživil složitou diskusi mezi českými právníky, která bude pod jeho vlivem obtížně překonávat hranice soukromého a veřejného práva a nejen to, která by mohla být překážkou prosazování vlivu ústavních principů v odvětví soukromého práva.
- b) V jednom z úvodních ustanovení kodexu (§ 2 odst. 1) je vyjádřen požadavek ústavně konformní interpretace ustanovení kodexu. Základní (ústavní) práva nejsou výslovně v textu zmíněna, jsou však považována za součást ústavního pořádku ČR, včetně smluv o lidských právech, kterými je ČR vázána.
- c) Jedním dechem je ve stejném ustanovení zařazen požadavek interpretace ustanovení soukromého práva v souladu „se zásadami, na nich spočívá tento zákon, jakož i s trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání“. Kodex tedy uplatnil – na rozdíl od DCFR – stejný metodický postup při interpretaci základních (ústavních) práv a zásad imanentních soukromému právu, čímž založil systematicky a metodicky rozporné nakládání s veřejnoprávními a soukromoprávními zdroji.
- d) V navazujícím ustanovení § 3 již kodex zakotvuje jako pramen soukromého práva soubor „zásad, na nichž spočívá“ (občanský zákoník);

provádí tak dílem výslovně, demonstrativním výčtem, dílem prohlášením, že „(S)oukromé právo vyvěrá také z dalších obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva“.

- e) Jinou roli přiznává občanský zákonodárce základním (ústavním) právům a zásadám soukromého práva při aplikaci práva: Kodex požaduje výslovně, v případě, že právní případ nelze rozhodnout ani za použití výslovného pravidla ani na základě analogie legis, posoudit jej „podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon“.³²⁴

Zdá se, že český zákonodárce v novém kodexu nevyužil příležitosti vypořádat se s výzvami, které v oblasti uplatnění základních (ústavních) práv v soukromém právu formulovala jak akademická diskuse, probíhající paralelně s přípravou kodexu, tak její výstupy, vyjádřené „legislativně“ mj. v DCFR. Tím dále aktualizoval v podmínkách České republiky požadavek hledat – legislativní, ale zejména interpretační – řešení problémů spojených s další konstitucionalizací soukromého práva a současně svým legislativním řešením ztížil možnosti schůdného řešení dosáhnout.

1.5.5 Závěr

Procesy změn pojetí spravedlnosti jsou nesený skupinou významných trendů, z nichž jsme – vedle obecné tendence k posilování prvků sociální spravedlnosti upozornili na prosazování spravedlnosti přístupu a konstitucionalizaci soukromého práva.

Přínosem spravedlnosti přístupu je možnost funkcionálního sblížení spravedlnosti soukromého práva hmotného a spravedlnosti procesní, resp. jejich synergického působení. Proces konstitucionalizace soukromého práva prostřednictvím pronikání do jeho integrity základních práv z oblasti práva veřejného má složitější a nikoli jednoznačně orientované efekty.

Konstitucionalizace soukromého práva je spojena s řadou průvodních jevů, z nichž některé jsou parametrické, některé však paradigmatické povahy. K posledně uvedeným patří, že proces vstupu základních práv do soukromého práva je jedním z faktorů stírání rozdílů mezi soukromým a veřejným právem. To ovšem znamená rovněž překonání metodologie soukromoprávní a veřejnoprávní regulace, která tvoří základ diference obou základních

³²⁴ § 10 odst. 1, 2 obč. zák.

odvětví práva, a tím ovlivněné podoby hodnot vystupujících v podobě základních práv a hodnot náležejících tradičně soukromému právu. Jeden ze směrů konstitucionalizace soukromého práva jde tedy cestou odstraňování bariér mezi soukromým a veřejným právem; druhý směr (který zastává i autor tohoto příspěvku) je v tomto ohledu výrazně rezervovanější a hledá prosazení cest konstitucionalizace soukromého práva alternativními řešeními. Při respektování tendence zachovat dichotomii soukromého a veřejného práva, odlišné podoby hodnot, na nichž jsou budovány a jejich odlišné metodologie, by bylo namísto uvažovat o tom, zda hodnoty, jejichž nositelem jsou základní/ústavní práva, svým vstupem do soukromoprávních vztahů v jejich horizontální podobě (tj. mezi nositeli preprávní svobodné pozice a dalších soukromoprávních hodnot) nemění svou právní povahu v souladu se soukromoprávní metodologií a soukromoprávním vyjádřením hodnot.

Posledně uvedené řešení má svou systémovou hodnotu: na jedné straně umožňuje realizovat proces konstitucionalizace soukromého práva v jeho podobách imanentních realitě a funkcionalitě soukromého práva a systémovému zařazení hodnot, principů, metodologie a institucionálních nástrojů soukromého práva, na druhé straně zachovává základní strukturu práva a strukturální i funkcionální koherentnost jeho základních odvětví. V tomto smyslu se může jednat o možné řešení problému integrity a soudržnosti doktrinálního systému práva.

2 „PRÁVNÍ PROSTOR“ PRO SOUDCOVSKOU TVORBU PRÁVA: APLIKACE JUDICIÁLNÍCH TESTŮ V ROZHODOVACÍ ČINNOSTI SOUDŮ

2.1 Úvod

Tento příspěvek si klade za cíl podat základní analýzu a přehled tzv. judičiálních testů užívaných v našem právním prostředí v soudcovské právní argumentaci. Stěžejní roli v tomto ohledu hraje princip proporcionality, který je zdrojem několika judičiálních algoritmů užívaných v současné době v soudcovském rozhodování. K teoretickému fundamentu této materie budou demonstrovány příklady ze soudcovské rozhodovací praxe. V závěru bude cílem vyhodnotit, zda tyto judičiální testy mohou představovat v určitém ohledu záruky správnosti soudcovského rozhodování, anebo zda se jedná pouze o interpretační a argumentační schémata sloužící jako pomůcky při soudcovském výkladu práva.

2.2 Dotváření práva a judičiální testy

V úvodním zamyšlení k tomuto tématu je třeba nejprve přiblížit roli soudní moci v současném právním státě. Soudy nepochybně mají v prvé řadě roli aplikačních orgánů, ale na druhé straně mají neopominutelnou úlohu při dotváření práva. Jan Kysela k tomu podotýká, že „[a]ristotelovský ideál vlády zákonů, nikoliv lidí, je jistě vznešený, avšak je zřejmý založen na představě zákonů obecně srozumitelných, nesporných a všemi akceptovaných. Můžeme-li se ale přít o smysl zákona, dovoláváme se úsudku lidí, někdy více tvůrců, jindy více interpretů. Význam textu vždy závisí na lidech, nemá povahu ducha vanoucího nad vodami.“³²⁵ Matijan Pavčnik dovozuje, že úloha soudce spočívá v nalezení „správného práva“ (někdy též „náležité právo“), jinými slovy, v uvedení formálního textového vyjádření právní normativity v život tak, aby odpovídalo lidské racionalitě, neboť ta je tvůrcem, adresátem i interpretem práva.

³²⁵ KYSELA, J. Jaká jistota v měnícím se světě? In: GERLOCH, A., TRYZNA, J., WINTR, J. *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 186.

Právě v kontextu dotváření práva (*Rechtsfortbildung*) hrají úlohu určité postupy, které jsou daným právním společenstvím uznávány jako zažité vzorce myšlení určené pro interpretaci a argumentaci v určitém právním kontextu. Tyto postupy jsou pak nazývány tzv. judiciálními testy či algoritmy a je pro ně specifické, že pomáhají interpretovi právní úpravy v dialektické tenzi fakticity a normativity nalézt optimální moment normativního působení, který může být chápán jako obsah „správného“ či „náležitého“ práva. V následujícím textu se budeme zabývat stručně jak samotným vznikem judiciálních testů, jejich dělením, ale také jednotlivými příklady judiciálních testů, které stručně představíme, přičemž cílem bude poukázat na příklady uplatňování těchto testů v rozhodovací praxi.

2.3 Dělení judiciálních testů

Můžeme v naší analýze vyjít ze základního předpokladu, že zmíněné algoritmy je možno rozdělit podle určitých znaků do několika skupin. Předně je třeba vyjít z kritéria uspořádání systému práva, podle něhož je možné následující dělení judiciálních testů na:

- a) univerzální testy
- b) speciální testy (oborové).

Zatímco univerzální testy se v daném právním prostředí a dokonce i mimo ně v jiných právních systémech aplikují průřezově a nezávisle na věcné působnosti právních norem, na něž jsou aplikovány, speciální testy se vážou často k aplikaci konkrétních institutů, případně k danému vymezenému okruhu právních vztahů (např. právní vztahy vznikající z práva na ochranu osobnosti, svobodného přístupu k informacím apod.). Toto dělení ovšem nelze brát kategoricky, neboť v právních institutech se prolínají často normy soukromoprávní s normami veřejnoprávními. Další způsob dělení je nepochybně možný podle typu instituce, která určitý test obvykle aplikuje. Takto lze odlišit testy, které mají pouze judiciální charakter a jsou tedy aplikovány více méně pouze soudy, a testy, které mají charakter průřezový a používají je všechny orgány veřejné moci při rozhodování o právech a povinnostech jednotlivců (tzn. orgány správního typu, ústavní soudy či tribunály, jiné orgány veřejné moci).

Je důležité položit si otázku, jak vlastně judiciální testy vznikají a zda se tak děje spíše kontinuálně, či jednorázově. Lze odlišit tři zdroje, odkud se judiciální testy jako metodologické instrumenty berou. V první řadě je potřeba zmínit aktivitu samotného zákonodárce, kdy jsou obvykle stanoveny dispozicí kompetenční normy zmocňující soud či jiný orgán veřejné moci k rozhodnutí určitého typu věci. Obvykle zákonodárce vymezuje určitá hlediska, na základě nichž má orgán veřejné moci při rozhodování věci postupovat.³²⁶ Tato hlediska či kritéria pak rozpracovávají a vykládají ve své rozhodovací činnosti aplikační orgány. Někdy mohou testy vznikat přímo na půdě diskrece, tedy soudcovského či správního uvážení. Dalším zdrojem vzniku judiciálních testů je samotná rozhodovací činnost aplikačních orgánů, zejména soudů. Přichází obvykle tehdy, když buď zákonodárce ohledně kritérií pro rozhodování mlčí úplně, anebo zmiňuje pouze vágní hlediska, která je nutno dotvořit interpretací (např. právě pomocí zmíněné diskrece, in eventum neurčitých pojmů). Pak se jedná o jakousi nadstavbu (praktický obal)³²⁷ formálních kritérií stanovených v právních předpisech, které ve formě živého práva tvoří určitý test či sled metodických kroků směřujících k řešení problému. Judiciální testy jsou tedy často postaveny na určitých kritériích daných normotvůrcem, která jsou dotvořena v aplikační praxi soudů. Třetím pilířem vzniku judiciálních testů je nepochybně doktrinální reflexe a aktivita na poli právní vědy.³²⁸ Je spíše pravidlem, že doktrína svým způsobem reaguje na aplikační praxi soudů, než že by sama předepisovala originárně určité testy. Ve výsledku tak dochází k určité synergii těchto zdrojů právních informací, která vede k utvoření výsledné podoby judiciálních testů.

³²⁶ Příkladem testu založeného zákonodárcem je kupř. test neplatnosti právního jednání konstruovaný v ustanovení § 588 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (viz k tomu podrobněji dále).

³²⁷ K pojmu „praktický obal právní normy“ srov. Knapp, V. *Filosofické problémy socialistického práva*. Praha: Nakladatelství československé akademie věd, 1967, s. 92, 224.

³²⁸ Jak přílehlavě podotýká Kaarlo Tuori, právní věda má zásadní roli při strukturování systému práva, což platí i v případě judiciálních testů. Viz k tomu TUORI, K. *Ratio and Voluntas. The Tension Between Reason and Will in Law*. Farnham, Surrey: Ashgate Publishing Ltd., 2011, s. 147 a násl.

Obsahově jsou zdrojem judičiálních testů právní principy či jiné obecné právní kategorie, které tvoří vnitřní systematiku právního řádu.³²⁹ Pokud bychom chtěli jít o krok dále a uvažovat o tom, co je společným ideovým základem těchto principů, pak lze uvažovat postulát racionality práva. Takto alespoň pojímá diskursivní zdůvodnění platnosti práva řada současných právních teoretiků, mezi nimi zejména Robert Alexy a Aharon Barak.³³⁰ Racionalita je považována za základní axiom platnosti ostatních právních idejí a podmiňuje celé fungování práva jako normativního systému. Právo má argumentativní (diskursivní) charakter – každé výkladové řešení, které má představovat správný závěr dovozený z pramenů práva, je třeba odůvodnit nezbytnými premisami, které jsou právním společenstvím akceptovány jako platné. Aby bylo možno přeměnit ideová východiska pramenící z vnitřní systematiky práva v metodologické nástroje, je třeba je přeměnit do podoby sekvence určitých hledisek (kritérií) pro soudcovskou úvahu. V tomto ohledu však již zmíněná synergie při formování a dotváření judičiálních testů způsobuje, že tyto testy podléhají poměrně častým inovacím a změnám (což je nejvíce patrné na různých variantách testu proporcionality).³³¹

2.4 Přiměřenost (proporcionalita) a judičiální testy

2.4.1 Proporcionalita jako právní princip

Platí-li naše výchozí teze, že zdrojem judičiálních testů je vždy nějaká obecná právní idea či právní princip, je třeba u principu proporcionality trvat na odlišení proporcionality (přiměřenosti) v nejširším slova smyslu (*sensu largissimo*), tedy ve významu obecné přiměřenosti právní regulace

³²⁹ K pojmu vnitřní systematiky právního řádu srv. zejména LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Auflage. Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag, 1991, s. 474-475.

³³⁰ Viz k tomu zejm. práce ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994, s. 52 a násl.

³³¹ O tom svědčí jak geneze ideje proporcionality v evropském či zámořském kontextu, tak konec konců i v kontextu českého ústavněprávního diskursu. Srv. KLATT, M., MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: University Press, 2012, s. 8 - 10, dále také SULLIVAN, E. T., FRASE, R. S. *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 4 - 5, dále ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 135 a násl.

a právního rozhodování, a dále proporcionality ve smyslu specifických judičiálních testů, které jsou na ní založeny. Ideu přiměřenosti právní regulace lze bez nadsázky označit za supranacionální univerzální právní princip působící s různou intenzitou napříč systémem práva jak v angloamerické, tak i v kontinentální právní kultuře. Kořeny principu proporcionality někteří autoři spatřují v učení Aristotela či sv. Tomáše Akvinského, jiní upozorňují na to, že obdobné ideje se objevovaly v myšlení o státě a právu již v antice.³³²

K tomu je dále třeba konstatovat, že vnímání proporcionality není v jednotlivých subsystémech jmenovaných právních kultur totožné. Proto je nutno si v každém národním systému práva položit zásadní otázku, co tento systém rozumí pod proporcionalitou.³³³ Tento problém velmi názorně analyzuje ve své komparativní studii belgický právní teoretik a bývalý generální advokát ESD v Lucemburku Walter van Geerven. Poukazuje na to, že v rámci kontinentálního právního prostředí je veliký rozdíl mezi jednotlivými porozuměními ideji proporcionality a její úloze v právním řádu. Od německého modelu založeného na vyvažování (*Abwägung*), přes nizozemský a francouzský model (légalité, oportunité) van Geerven ukazuje základní odlišnosti v chápání této ideje.³³⁴ Je také třeba odlišit v rámci kontinentálního právního prostředí národní a evropské pojmání proporcionality, neboť zatímco národní pojetí obvykle pracuje ve schématu stát vs. jednotlivec, u evropského pojetí v právním řádu EU je třeba do hry vtáhnout členské státy, tedy trialistický model. Na úrovni aplikace principu proporcionality Soudním dvorem EU a Evropským soudem pro lidská práva lze vysledovat nejužší vazbu na německé právní prostředí, které je v evropském kontextu chápáno jako určitá „vlajková loď“ principu proporcionality a jeho využití v právní praxi. Lze ovšem říci, že určitý druh vyvažování (korekce) působení

³³² TRIDIMAS, T. Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny. In ELLIS, E. *Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Portland, Oregon, 1999. Str. 65.

³³³ Parafrázuji zde slova Aharona Baraka, které pronesl při kolokviu vedené po své přednášce při návštěvě Ústavního soudu ČR v Brně dne 18. 6. 2014. Viz k tomu tisková zpráva z této akce přístupná na: Kolokvium s Aharonem Barakem se vydáilo [online]. 2015 © Ústavní soud [cit. 2. 10. 2015]. Dostupné z: <http://www.usoud.cz/aktualne/kolokvium-s-aharonem-barakem-se-vydarilo/>

³³⁴ VAN GEERVEN, W. The Effect of Proportionality on the Actions of Member States. In: ELLIS, P. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 1999.

práva je zřejmou a tradiční součástí soudcovského aplikačního myšlení již od starověkých dob, a to nikoliv v podobě nějakého formalizovaného testu, ale pouhého přihlídnutí k přiměřenému uspořádání právního vztahu. Aby bylo normativní působení práva spravedlivé a správné, je zapotřebí je aplikovat úměrně k životní realitě, na niž se tyto normativy vztahují. Naproti tomu dnes, v době expanze právního státu a až extrémní formalizace procesního práva, se setkáváme s myšlenkovými sekvencemi, jimiž se realizuje v podstatě týž cíl – ochránit jádro určitého normativního standardu, které jeho smyslem, před jeho potlačením v důsledku jiných právních standardů, s nimiž se ocitá v kolizi.

2.4.2 Judiciální testy založené na principu proporcionality

Na ideji proporcionality jsou založeny mnohé judiciální testy, které se nyní pokusíme stručně popsat. Nejklasičtější schéma testu proporcionality, který vychází z německého modelu testu proporcionality užívaného zejm. Spolkovým ústavním soudem SRN od 70. let 20. století, je tzv. tříkrokový test proporcionality.

2.4.2.1 Tříkrokový test proporcionality

Tento judiciální test postupně přešel do rozhodovací činnosti ostatních evropských soudních orgánů ochrany ústavnosti, a také do judikatury ESLP a Evropského soudního dvora (nyní Soudního dvora EU). Odlišnost kontextů, v nichž se princip proporcionality objevuje, z něho činí vpravdě univerzální metodologický nástroj přezkumu. Takis Tridimas k tomu přílehlavě uvádí, že princip proporcionality je nejmocnější zbraní v arsenálu soudce veřejného práva.³³⁵ Navíc je aplikovatelný jak k přezkumu aktů normotvůrce, tak i k přezkumu orgánů aplikace práva, což rovněž vede k přizpůsobování struktury a nuancí tohoto testu jedné či druhé oblasti právní regulace společnosti. Jen těžko lze souhlasit s tím, že by právě tříprvkové vymezení proporcionality mělo být tím nejobecnějším způsobem, jakým lze proporcionalitu formou testu vymezit. Je možno připomenout též čtyřprvkovou strukturu (obohacenou o test legitimacy), tak i dvouprvkovou strukturu tohoto testu, která se objevila jak v historii vývoje německého, tak i evropského chápání

³³⁵ TRIDIMAS, T. *Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*. S. 69 In. ELLIS, E., cit. dílo v pozn. č. 8.

tohoto testu.³³⁶ Nicméně v současné době panuje v právní vědě i praxi přesvědčení, že ve své tříprvkové variantě je test proporcionality „klasický“ a zároveň nejrozšířenější.

Judiciální test proporcionality v klasickém pojetí se skládá z následujících složek, které jsou dílčími kroky v teleologickém schématu mezi cílem, který právní regulace (právní akt) sleduje, a prostředkem, který byl zvolen k naplnění cíle. Tři aspekty úměry mezi cílem a prostředkem, které tvoří klasické schéma principu proporcionality, jsou tyto: 1) vhodnost, 2) potřebnost (či nezbytnost), 3) proporcionalita (přiměřenost) v užším slova smyslu. Z judikatury, která zavedla užívání tohoto schématu proporcionality, lze zmínit především kauzu *Lebach* rozhodnutou Spolkovým ústavním soudem SRN (analyzovaný velmi podrobně Robertem Alexym v jeho práci *Theorie der Grundrechte*), a dále rozsudky ESLP (zejména kauzy týkající se svobody projevu)³³⁷ a Soudního dvora EU.³³⁸ V českém prostředí se test proporcionality ve svém klasickém pojetí objevil v nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 4/94, který vešel do dějin české konstitucionalistiky jako přezkum ústavnosti institutu anonymního svědka. Tento nálezn přinesl tříkrokové vymezení proporcionality převzaté (ovšem bez jakýchkoliv výslovných odkazů či citací) z prostředí německé judikatury, přičemž jako určitý formalizující a zároveň i legitimizující moment obsahoval odkaz na čl. 4 odst. 4 Listiny, který hovoří o minimalizaci zásahu do základních práv. Tato úvaha Ústavního soudu ČR pak rovněž zavdala pochybnosti o tom, zda „česká“ alternativa testu proporcionality je skutečně tříkroková, anebo spíše čtyřkroková. V takovém případě by čtvrtým krokem testu proporcionality byl právě test minimalizace zásahu.³³⁹ Nicméně pozdější vývoj spíše dal za pravdu pojetí, že test minimalizace zásahu do základního práva je součástí poměřování (vyvažování) v užším slova smyslu, tedy proporcionality *sensu stricto*.

³³⁶ Viz k tomu KLATT, M., MEISTER, M. cit. dílo, s. 8.

³³⁷ Zejména rozsudky *Jacobowski* proti Německu (1995), *Hertel* proti Švýcarsku (1998) či *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreich and Gubi v. Austria* (1995) [online]. [cit. 28. 10. 2015]. Dostupné na: <http://eslp.justice.cz>

³³⁸ Jde zejména o rozsudky Evropského soudního dvora C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* a C-120/94 (*Komise v. Recko*) [online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>, <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=cs>

³³⁹ Viz k tomu blíže KOSAR, D. *Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. Jurisprudence*, roč. 2008, č. 1, s. 3 a násl.

2.4.2.2 Redukované algoritmy založené na proporcionalitě

Nicméně existují i testy proporcionality založené na menším počtu „kroků“, tedy kritérií vážení kolidujících zájmů, hodnot či principů. Zřejmě nejčastěji se objevuje samostatně pouze proporcionalita v užším slova smyslu, tedy rovnou samotné zvážení toho, kterému kolidujícímu principu je třeba dát přednost. Zároveň tento úsudek má úplně nejbliže k proporcionalitě sensu largissimo, tedy k samotnému nahlédnutí podstaty principu přiměřenosti působení právo v tom nejširším slova smyslu. Přitom ovšem někteří autoři hovoří o takovém testu jako o proporcionalitě ad hoc.³⁴⁰ Tento typ testu se objevuje nejen v judikatuře Soudního dvora EU³⁴¹, ale samozřejmě velmi často i v rozhodovací činnosti vnitrostátních soudů. Podobu redukovaného testu ovšem mají i testy rozumnosti, nezbytnosti či test vyloučení extrémní disproportionality. I tyto judiciální testy jsou ovšem založeny na ideje proporcionality sensu largissimo. Princip rozumnosti připomíná Walter van Gerven v nizozemském prostředí, kde se objevil v 70. letech ve správním soudnictví (případ *Wet Arob* z roku 1976).³⁴² O testu nezbytnosti se pro změnu zmiňuje i Pavel Ondřejek při své historické analýze vzniku tříprvkového testu proporcionality, a to zejména v pruském prostředí v 19. století,³⁴³ nicméně zdaleka se nejednalo o jednu provždy překonanou a opuštěnou variantu testu proporcionality, jak ukazuje zejména judikatura Soudního dvora EU, kde se nezbytnost (nutnost) uplatňuje jako typické měřítko pro přezkum národních aktů členských států.³⁴⁴ Test proporcionality ale může mít podobu

³⁴⁰ VAN GERVEN, W. The Effect of Proportionality on the Actions of Member States. In: Ellis, E. *Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Portland, Oregon, 1999, str. 61. Tomuto problému se věnuje ve své knize i Pavel Ondřejek. Viz Ondřejek, P. cit. dílo, s. 110.

³⁴¹ C-44/79 *Hauer v. Rheinland Pfalz* (1979). V této věci ESD posuzoval zásah do práva vlastníka pozemku pokojně užívat jeho majetek (čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod) představovaný sekundární legislativou Evropského společenství (nařízení Rady ES č. 1162/76), které zakazovalo výsadbu vinné révy v určitém rozsahu. ESD se zabýval tímto omezením z hlediska vyloučení nepřiměřených či nenáležitých dopadů do vlastnického práva, které však v posuzované věci neshledal. Viz blíže komentář k tomuto rozsudku SEHNÁLEK, D. *Komentář k vybraným judikátům Soudního dvora EU*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 47 – 52.

³⁴² VAN GERVEN, W. cit. dílo, s. 56.

³⁴³ ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 138.

³⁴⁴ TRIDIMAS, T. *Proportionality in EC Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*. In: ELLIS, E. *Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Portland, Oregon, 1999, str. 66.

těž dvoukrokového testu, a to v tandemu 1) potřebnost (resp. nutnost) a 2) vhodnost zvoleného opatření. Je pak otázkou, zda ve druhém kroku takového testu splývá proporcionalita stricto sensu s vhodností určitého normativního opatření.³⁴⁵

Specifickým problémem jsou negativní varianty testu proporcionality, mezi něž je možno zařadit test zjevné nevhodnosti určitého normativního opatření a test vyloučení extrémní disproporcionality. Víceméně tyto testy představují určitý nižší standard přezkumu oproti klasickému testu proporcionality, příp. jeho dvou či čtyřkrokovým variantám, neboť se na problém kolize normativních standardů dívají nikoliv zevnitř posuzovaného věci, nýbrž spíše zvenčí. Na základě této úvahy lze eliminovat spíš neudržitelné excesy normotvůrce či aplikace práva, nikoliv však nahrazovat úvahu o optimalizaci působení kolidujících principů, základních práv či hodnot. Test racionality (inspirovaný do jisté míry americkým „rational basis test“) rovněž představuje redukovanou variantu proporcionality. Ústavní soud ČR tento test začal aplikovat jako mírnější variantu testu proporcionality pro přezkum zásahů zákonodárce do ústavně zaručených sociálních práv, která i ex constitutione mohou být omezena zákonem a lze se jich domáhat jen v mezích zákonem stanovených (čl. 41 odst. 1 Listiny). Ústavní soud v tomto ohledu přistoupil na představu rozdílu mezi jádrem (esencí) základního práva a jeho „obalem“, které může zákonodárce svou normotvornou aktivitou omezit, postupuje-li v souladu s ratio iuris existence základního práva, tedy zachovává-li ve smyslu čl. 4 odst. 4 Listiny. Kupř. současný český konstitucionalista Maxim Tomoszek označuje této koncept jako součást testu racionality za poměrně dobře etablovanou součást metodologie aplikace ústavního pořádku, ačkoliv jinak lze vznést proti tomuto modelu poměrně různorodou kritiku.³⁴⁶ Tou se zabývají i autoři Klatt a Meister, kteří k problému neporušitelného obsahu základního práva mj. polemizují s kritikou vedenou S. Tsakyrakisem.³⁴⁷ Klatt a Meister v této polemice docházejí k přesvědčení, že právě problém nepo-

³⁴⁵ Tamtéž, s. 68.

³⁴⁶ Viz k tomu TOMOSZEK, M. Esenciální obsah základních práv jako součást podstatných náležitostí demokratického právního státu. *Jurisprudence*, č. 2, 2015, s. 5 a násl., dále také KLATT, M., MEISTER, M., cit. dílo, s. 68.

³⁴⁷ Tato kritika je obsahem statě téhož autora s názvem Proportionality. An Assault on Human Rights. Viz k tomu TSAKYRAKIS, S. Proportionality. An Assault on Human Rights 7. *International Journal of Constitutional Law*, s. 468 – 493.

rušitelného obsahu základního práva je řešitelný prostředky principu proporcionality (tzn. pomocí konceptu vážení).³⁴⁸ Koncept testu racionality je sice založen proporcionalitě sensu largissimo (vztah mezi prostředkem a cílem), nicméně svou strukturou se od klasického testu proporcionality odlišuje, a to jak v hlediscích, která představují kroky tohoto algoritmu,³⁴⁹ tak i v možnostech a podmínkách zásahu do základního práva.³⁵⁰

2.4.3 Speciální judiciální testy

Za speciální judiciální testy lze považovat myšlenkové algoritmy používané soudy v jednotlivých oborech jejich rozhodovací činnosti, které zároveň jsou použitelné pouze v omezeném rozsahu, tedy mají smysl pouze ve spojení s určitými normovými komplexy vytvářejícími rámeček věcné působnosti, v nichž se tyto soudy pohybují.

V oboru práva soukromého lze poukázat kupř. na test absolutní neplatnosti právního jednání, který nový občanský zákoník zakládá na třech alternativních podmínkách uvedených v § 588 tohoto zákona:³⁵¹ 1) zjevný rozpor s dobrými mravy; 2) rozpor se zákonem a 3) zjevné narušení veřejného pořádku; 4) plnění od počátku nemožné. Zde se jedná o test koncipovaný zákonodárcem, který má ovšem ambici být zásadně dotvořen postupně se vytvářející judikaturou. Zároveň tento judiciální test nebude primárně aplikován mimo obor práva soukromého, ačkoliv si to lze představit kupř. v situacích řešení platnosti předběžné otázky platnosti určitého právního jednání pro účely veřejnoprávních vztahů (soudní trestání, daňové právo apod.).

Dalším obdobným příkladem veřejnoprávního judiciálního testu tentokrát používaného Ústavním soudem ČR v řízení o kontrole norem ve smyslu čl. 87 odst. 1 písm. b) Ústavy ČR, tedy při kontrole zákonnosti a ústavnosti obecně závazných vyhlášek obcí, je tzv. test zákonnosti obecně závazných

³⁴⁸ KLATT, M., MEISTER, M. cit. dílo, s. 68.

³⁴⁹ Tato hlediska přehledně shrnul Ústavní soud ČR ve svém nálezu ve věci neproplácení nemocenského v prvních třech dnech nemoci ze dne 24. 4. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 54/10, přístupný na <http://nalus.usoud.cz>

³⁵⁰ Tamtéž; dále také obdobně ONDŘEJJEK, P. Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod. S. 166 – 168.

³⁵¹ Ustanovení § 588 nového občanského zákoníku zní: „*Soud přihlédne i bez návrhu k neplatnosti právního jednání, které se zjevně přiči dobrým mravům, anebo které odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek. To platí i v případě, že právní jednání zavarzuje k plnění od počátku nemožnému.*“

vyhlášek obcí a krajů.³⁵² Ústavní soud dovodil, že tento judiciální test je tvořen čtyřmi kroky: posouzením pravomoci vydat napadené ustanovení obecně závazné vyhlášky (1. krok testu), zda se obec při vydávání napadených ustanovení obecně závazné vyhlášky nepohybovala mimo zákonem vymezenou věcnou působnost, tedy zda nejednala *ultra vires* (2. krok testu), zda obec při jejich vydání nezneužila zákonem jí svěřenou působnost (3. krok testu) a konečně zda obec přijetím napadeného ustanovení nejednala zjevně nerozumně (4. krok testu). Obecné posuzování podmínek legislativní pravomoci a působnosti je v tomto testu obohaceno subtestem rozumnosti, resp. vyloučení zjevné nerozumnosti. U tohoto testu je si třeba povšimnout, že je z větší části dotvořen Ústavním soudem z dikce čl. 87 odst. 1 písm. b) Ústavy ČR, a to na základě podrobnějšího výkladu pojmů zákonnost a ústavnost (soulad se zákonem a s ústavním pořádkem), které je možno vztahovat jednak k podmínkám pro vydání obecně závazné vyhlášky obce, tak i k obsahu takové vyhlášky (jednání *ultra vires* či jednání *in fraudem legis*).

V oboru práva veřejného se setkáváme s celou řadou judiciálních testů, které jsou obvykle doménou správního či ústavního soudnictví. V tomto směru lze shrnout, že tyto judiciální testy obvykle pracují s jednotlivými komponentami principu proporcionality či souvisejících principů (rozumnosti, nezbytnosti). Souvisí si to i s tím, že princip proporcionality se v moderní podobě vyprofiloval právě v prostředí kontrol zákonnosti opatření orgánů veřejné moci. Dokonce je některými autory označován za nejmocnější zbraň v arsenálu správního soudnictví.³⁵³ Kromě klasického textu proporcionality a jeho derivátů se v tomto právním prostředí uplatňují i různé jiné testy, které již mají oborový charakter. Příkladem takového algoritmu z prostředí českého správního soudnictví posledních let je kupř. test užívaný při přezkumu zákonnosti opatření obecné povahy. Tento přezkumný algoritmus byl založen Nejvyšším správním soudem na výkladu § 101d odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, v němž bylo stanoveno, že se skládá z pěti kroků: za prvé, v přezkumu pravomoci správního orgánu vydat opatření obecné povahy; za druhé, v přezkumu otázky,

³⁵² Viz k tomu blíže náleží Ústavního soudu ČR ze dne 22. 3. 2005 sp. zn. Pl. ÚS 63/04 (N 61/36 SbNU 663; 210/2005 Sb.) [online]. Ústavní soud [cit. 29. 9. 2015]. Dostupný na: <http://nalus.usoud.cz>

³⁵³ TRIDIMAS, T. cit. dílo v pozn. č. 15, s. 61.

zda správní orgán při vydávání opatření obecné povahy nepřekročil meze zákonem vymezené působnosti (jednání *ultra vires*); za třetí, v přezkumu otázky, zda opatření obecné povahy bylo vydáno zákonem stanoveným postupem; za čtvrté, v přezkumu obsahu opatření obecné povahy z hlediska rozporu opatření obecné povahy (nebo jeho části) se zákonem (materiální kritérium); za páté, v přezkumu obsahu vydaného opatření obecné povahy z hlediska jeho proporcionality.³⁵⁴ Na tomto testu je patrný jednoznačně synergický přístup soudu k dílu zákonodárce. Výsledná podoba judiciálního testu totiž reflektuje podmínky stanovené zákonodárcem, nicméně přidává k těmto krokům proporcionalitu. K momentu proporcionality zaujala stanovisko, že se jedná o proporcionalitu v obecném slova smyslu, nicméně je na místě proporcionalitu užít tehdy, pokud nebude nahrazovat odborný úsudek správního orgánu.³⁵⁵ Judikatura proporcionalitu v tomto testu vnímala daleko spíše jako proporcionalitu v užším slova smyslu, nikoliv jako klasický tříkrokový test. V poslední době se v relevantní judikatuře objevily tendence stanovit určité limity dosahu proporcionality, neboť obecně vzato nejsou premisy, které se stanou předmětem vážení. Správní soudy jsou tak omezeny ve zvažování odborných otázek rozhodování v území, které by mohly vést až k nahrazení úsudku orgánů územní samosprávy o potřebnosti daného opatření a také vhodnosti vyvážení zájmů soukromých subjektů a veřejnoprávních korporací v území. Dalo by se říci, že i vzhledem k umístění subtestu proporcionality v algoritmu přezkumu opatření obecné povahy na posledním kroku tohoto algoritmu by mělo jít spíše o proporcionalitu *ad hoc*, spíše ve smyslu zjevné nepřiměřenosti než klasické triády vhodnost – potřebnost – přiměřenost *stricto sensu*.

Na půdě správního soudnictví je možné nalézt i další judiciální testy, které se dotýkají jednotlivých oblastí kognice správních soudů. Specifickou oblastí, která se zároveň horizontálně prolíná celou oblastí správního práva, je systém správního trestání. I na to této půdě vznikají různé judiciální testy, jejichž cílem je především vyvažovat působení sankčních norem do právní

³⁵⁴ Viz k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2005, sp.zn. 1 Ao 1/2005 [online]. Nejvyšší správní soud [cid. 29. 9. 2015]. Dostupný z www.nssoud.cz.

³⁵⁵ Viz k tomu kupř. JEMELKA, L. S. 886 In: JEMELKA, L., PODHRÁZKÝ, M., VETEŠNÍK, P., ZAVŘELOVÁ, J., BOHADLO, D., ŠURÁNEK, P. *Soudní řád správní*. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013.

sféry jednotlivce, kde bývají zasaženy hodnoty či statky spjaté s existencí jednotlivce ve společnosti. Jedná se především o svobody (svoboda pohybu, svoboda volby a výkonu povolání atd.), dále také základní práva (vlastnit majetek) apod. Objevují se jak názory o tom, že správní trestání je nutno ve většině ohledů připodobnit k trestání soudnímu, tak i názory opačné, že se jedná o odlišné subsystemy právní regulace plnící ve společnosti odlišné funkce. Společné však mají bez jakýchkoliv pochyb to, že se dotýkají nepříznivě práv a svobod jednotlivce, přičemž potenciálně připouštějí jeho značné osobní omezení či ekonomickou likvidaci. Z pohledu ochrany základních práv a svobod jednotlivce v evropském prostoru se stala pro správní trestání zásadní Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, konkrétně zejména čl. 6 Úmluvy, který zakotvuje právo spravedlivé a veřejné projednání věci v přiměřené lhůtě ve věci jakéhokoliv trestního obvinění proti jednotlivci. Dalším důležitým ustanovením Úmluvy je ustanovení čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě, které zakotvuje ochranu pokojného užívání majetku. Klíčovou pasáž tohoto ustanovení vztahující se k sankcím představuje díkce druhé věty tohoto ustanovení: *„Předchozí ustanovení nebrání právu států přijímat zákony, které považují za nezbytné, aby upravily užívání majetku v souladu s obecným zájmem a zajistily placení daní a jiných poplatků nebo pokut.“* Již ze samotné díkce tohoto ustanovení plyne, že majetkové sankce (pokuty) musí být ukládány 1) na základě zákona, 2) při dodržení principu nezbytnosti, 3) v souladu s obecným zájmem.

Judikatura Evropského soudu pro lidská práva konstituovala judičiální test sloužící k výkladu pojmu trestní obvinění ve smyslu čl. 6 Úmluvy. Především je třeba zmínit tzv. Engelova kritéria, která představena ESLP v rozsudku ve věci Engel a ostatní proti Nizozemí.³⁵⁶ Soud vymezil kritéria pro přezkum uložení sankce ve správním trestání takto: 1. příslušnost sankce k určitému právnímu odvětví; 2. analýza povahy porušení práva a 3. stupeň přisnosti sankce. Tato kritéria byla pak rozpracována v rozsudku velkého senátu ESLP Jussila proti Finsku.³⁵⁷ Tato judikatura je dále následována i vnitro-

³⁵⁶ Rozsudek ESLP ze dne 8. 6. 1976 (stížnosti č. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72) [online]. [cit. 29. 10. 2015]. Dostupný z: <http://eslp.justice.cz>

³⁵⁷ Rozsudek velkého senátu ESLP Jussila proti Finsku ze dne 23. 11. 2006, (stížnost 23. 11. 2006, stížnost č. 73053/01) [online]. [cit. 29. 10. 2015]. Dostupný z: <http://eslp.justice.cz/>

státními správními soudy při přezkumu zákonnosti správních rozhodnutí ve správním trestání.

Jinou – dnes opět velmi aktuální – oblastí správního soudnictví je cizinecké právo, zejména problematika zajišťování a vyhošťování cizinců. Toto odvětví cizineckého práva je ovládáno principem nezbytnosti a přiměřenosti, jakož i zásadou non-refoulement (nenavrácení do země původu), přičemž je povinností správních orgánů i soudů tyto principy respektovat a promítat do svého rozhodování. Český zákon o pobytu cizinců³⁵⁸ obsahuje úpravu principu přiměřenosti, který má být při rozhodování o pobytových věcech cizinců zohledňován, v ustanovení § 174a tohoto zákona. Podle tohoto ustanovení platí, že *„při posuzování přiměřenosti dopadů rozhodnutí podle tohoto zákona správní orgán zohlední zejména závažnost nebo druh protiprávního jednání cizince, délku pobytu cizince na území, jeho věk, zdravotní stav, povahu a pevnost rodinných vztahů, ekonomické poměry, společenské a kulturní vazby navázané na území a intenzitu vazeb ke státu, jehož je cizinec státním občanem, nebo v případě, že je osobou bez státního občanství, ke státu jeho posledního trvalého bydliště.* V tomto případě uvedená kritéria představují výčet různých hledisek, která mohou v určitých životních situacích cizince představovat natolik zásadní skutkovou okolnost ve vztahu k rozhodování omezení osobní svobody či pobytu cizince na území, která bude představovat korektiv pro rozhodnutí orgánu veřejné moci. Konkrétně tak může dojít až k tomu, že cizinci nebude uloženo správní vyhoštění, ačkoliv by formálně naplňoval znaky některé ze skutkových podstat upravených v § 119 odst. 1 a § 120 zákona o pobytu cizinců.³⁵⁹ Tento test nastavený zákonodárcem byl judikaturou správních soudů vyložen tak, že se výčet uvedených kritérií nepředstavuje závazný a úplný výčet hledisek proporcionality, které musí správní orgány vždy vzít kumulativně v úvahu.³⁶⁰ Povinností správních orgánů je zohlednit ta kritéria proporcionality uvedená v § 174a, která připadají v případě konkrétního cizince v úvahu. Uvedený test tak představuje příklad specifického pojetí proporcionality v podobě speciálního algoritmu (oborového testu), který je výslovně definován zákonodárcem a dotvořen judikaturou.

³⁵⁸ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců, ve znění pozdějších předpisů.

³⁵⁹ Viz k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 3. 2013, č. j. 8 As 118/2012-45 [online]. Nejvyšší správní soud [cit. 29. 10. 2015]. Dostupný z: www.nssoud.cz.

³⁶⁰ Viz k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2014, č. j. 8 As 109/2013-34 [online]. Nejvyšší správní soud [cit. 29. 10. 2015]. Dostupný z: www.nssoud.cz.

2.5 Judiciální testy a předporozumění interpreta

2.5.1 Dogmatizace judiciálních testů – výmluva, anebo hrozba soudcovské nezávislosti?

Finálním vyústěním doposud přednesených úvah o judiciálních testech více či méně formulovaných kreativní interpretativní činností aplikačních orgánů veřejné moci je otázka, jakou roli hrají tyto judiciální testy v předporozumění interpreta (zejm. soudce). Obecně vzato judiciální testy představují jeden z prostředků řešení dialektického napětí mezi právní jistotou a individuální spravedlností konkrétního rozhodnutí. Z metodologického pohledu by měly judiciální testy představovat pomůcku, k níž interpret sahá tehdy, neví-li si rady s řešením daného případu. Nicméně je zřejmé, že opačné schéma, kdy si interpret za použití judiciálního testu pouze argumentačně potvrzuje své předporozumění případu, o němž je bytostně přesvědčen, je legitimní představou o fungování těchto testů.

Ovšem v některých ohledech se judiciální testy a jejich aplikace v konkrétních oblastech rozhodování soudů stávají přímo podmínkou pro správnost řešení případu, a to bez ohledu na to, zda výsledné řešení implicitně je či není správné (akceptovatelné z pohledu právního společenství). Aplikace judiciálního testu jako požadavek správnosti je samozřejmě odvislý od toho, zda se dotčený judiciální test zakládá přímo zákonem, anebo jde čistě o produkt dotvářející činnosti soudů (zákon v materiálním slova smyslu). Ústavní soud ČR k tomuto závěru dospěl několikrát, když vytýkal obecným soudům takové výkladové závěry, k nimž bylo nutno dospět prostřednictvím řešení kolize principů, hodnot či zájmů, avšak soud tuto kolizi neřešil za pomoci aplikace principu proporcionality či určitého derivátu tohoto testu. Soudy jsou tak někdy nuceny aplikovat určitý judiciální test, aniž by sami soudci považovali jeho použití za nutné, vhodné či potřebné k samotnému řešení případu či odůvodnění tohoto řešení. Typickým příkladem je samotný „klasický“ tříprvkový test proporcionality, který je považován za universální test správnosti lidskoprávní argumentace.³⁶¹ V důsledku prozařování základních

³⁶¹ KLATTI, M., MEISTER, M. cit. dílo, s. 70 a násl.

lidských práv do nejvzdálenějších končin právního řádu je pak povinností obecných soudů, mají-li rozhodovat ústavně-konformně, kritérií proporcionality užít.

Je otázkou, zda jsme svědky určité dogmatizace těchto judiciálních testů, která by znamenala, že z interpretačních pomůcek by se staly obecně závazné interpretační direktivy, jimiž už některé judiciální testy v určitých oblastech soudního rozhodování fakticky jsou. Neochota nižších soudů k aplikaci těchto sofistikovaných schémat, s níž se někdy nejvyšší a ústavní soudy střetávají, může pramenit buď ze ztotožnění soudce s ideálem jednoduché aplikace práva,³⁶² nebo z toho, že judiciální testy jsou ve své podstatě velmi abstraktní a složité, s nejistým přínosem z hlediska samotného meritorního řešení věci.³⁶³ Někdy též soudci vyznávající doktrínu judicial self-restraint nejsou nakloněni k aplikaci judiciálních testů, neboť je považují spíše za nástroj libovůle, a směřují tedy raději k tomu, že přednost jednoho z kolidujících principů, zájmů či hodnot odůvodní způsobem zdánlivě jednoduchého sylogismu, který je na první pohled přesvědčivější, sevřenější a neotevívá soudcovský úsudek příliš různým eventualitám, které nakonec soud neshledal jako adekvátní. To ovšem může znamenat, že judiciální testy budou v prostředí obecných soudů vnímány jako „nevítaní hosté“, jako určití vyslanci nadřazených soudů, které při své přezkumné činnosti mají více času, prostředků i informací k tomu, aby tyto algoritmy prováděly. Snaha po dogmatizaci judiciálních testů, jejichž užití závisí na úvaze interpreta, tedy nemusí vést k žádoucímu cíli, ba právě naopak. Lze plédovat za to, aby zůstalo doménou soudcovské diskrece, zda provede určitý judiciální test a zda tak učiní ve všech jeho krocích, neboť každý případ může nést z tohoto pohledu odlišné požadavky. V doktríně se rovněž ozývají hlasy připomínající, že judiciální testy by neměly být – právě z uvedených důvodů – příliš složité, neboť by tím odrazovaly soudy v jejich akceptaci. Van Geerven k tomuto problému uvádí, že složitost (sofistikovanost) testu závisí na tom, jak moc má být kontrola prováděná skrze tento test intenzivní.³⁶⁴

362 KÜHN, Z. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace: analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 82 – 92, 117 – 132.

363 Nelze zapomenat, že i když judiciální test představuje metodologický návod k řešení problému, obvykle samotné řešení obsahově neimplikuje.

364 VAN GEERVEN, W. cit. dílo v pozn. 16, s. 61.

2.5.2 Hermeneutická svoboda interpreta a judičiální testy

Poslední rovinou této dílčí úvahy je problém hermeneutické svobody interpreta při aplikaci judičiálních testů. Problém s některými testy spočívající v neustálosti, resp. strukturální plasticity skladby jejich algoritmů již byl naznačen u testu proporcionality, který se vyskytuje ve jedno, dvou, tří až čtyř krokových algoritmech. Potíž je v tom, že hermeneutická svoboda volby argumentační struktury přirozeně stoupá či klesá s mírou autority, kterou je interpret jako součást určité instituce nadán. Tuto otázku lze zkoumat jednak v rozměru samotné aplikace či neaplikace určitého judičiálního testu, anebo z hlediska dodržení struktury, která je judikaturou v určité podobě či podobách tradována. Specifickou otázkou je, zda je možno užít vyvažovací formule (lhostejno, v jaké podobě proporcionality) tehdy, pokud již sám zákonodárce dá v textu zákona sám najevo, jaký je poměr mezi kolidujícími hodnotami, zájmy, principy a na ně navázanými základními právy či svobodami. K tomuto problému se přímo nabízí příklad z rozhodovací praxe českých správních soudů.

Před několika lety rozvínila vody správního soudnictví diskuse³⁶⁵ týkající se kolize mezi právem na ochranu osobnosti a právem na svobodný přístup k informacím. Oblastí, v níž se tato veřejná subjektivní práva střetla, se stala sféra údajů o příjmech zaměstnanců pracujících ve veřejném sektoru, zejména funkcionářů samosprávy a orgánů veřejné moci, jakož i organizací zřizovaných a financovaných z veřejných prostředků.³⁶⁶ V tomto diskursu se stal určujícím rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 10. 2015, č. j. 8 As 55/2012 – 62, v němž Nejvyšší správní soud tedy v zásadě dovedl, že test proporcionality provedl již zákonodárce tím, že v citovaném zákoně stanovil okruh případů, v nichž je třeba poskytovat základní osobní informace o příjmech prostředků, resp. taxativním způso-

³⁶⁵ Viz blíže zejm. rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 27. 6. 2012, č. j. 45 A 4/2012-76, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 12. 2012, sp. zn. č. j. 5 As 57/2010 –79, dále rozsudek téhož soudu ze dne 6. 12. 2012, sp. zn. 1 As 169/2012, přístupné na www.nssoud.cz.

³⁶⁶ Předmětným ustanovením zákona, které upravuje kolizi obou základních práv, je § 8 b odst. 1 zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, které stanoví, že povinný subjekt poskytne základní osobní údaje o osobě, které poskytl veřejné prostředky. Výjimkou jsou situace uvedené v § 8 b odst. 2 téhož zákona.

bem vymezil výluku z jinak obecně platného pravidla, podle něž je nutno poskytovat základní osobní informace o příjemcích veřejných prostředků. Jestliže příjemce veřejných prostředků, u něž žadatel žádá o poskytnutí takových informací, do této výluky nespádá, pak je třeba žadateli tyto informace poskytnout. Nejvyšší správní soud tedy vyložil právní úpravu tak, že v pozadí kolidující základní práva mají být posuzována tím způsobem, že a priori má přednost právo na svobodný přístup k informacím před ochranou osobnosti zaměstnance, a to kromě výjimečných případů, v nichž poskytnutí takové informace má v konkrétním případě za cíl poškodit subjekt údajů.³⁶⁷ Je pak otázkou, zda provedení testu proporcionality orgánem aplikace práva v rozporu s tímto výkladem je již svévolnou aplikací práva, anebo nikoliv. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu prozatím v jiné dříve rozhodované věci dospěl k závěru, že pokud soud provede test proporcionality, ačkoliv měl vycházet z poměru kolidujících základních práv nastaveného zákonodárcem, nejde o nezákonný výklad práva, dospěje-li soud k témuž závěru, k jakému ho měl dovést již samotný výklad zákonného textu.³⁶⁸ V opačném případě by se však zřejmě o svévoli (libovůli) při výkladu práva jednalo.

Jakkoliv je třeba ctít nastavení vyvážení kolize práv samotným zákonodárcem, je otázkou, zda rezignace na provádění testu proporcionality (pouze s úzkým prostorem pro závažné výjimky *malae fidei*) není rezignací na ochranu zákonodárcem potlačovaného práva na ochranu osobních údajů. Řešení zvolené Nejvyšším správním soudem spočívající v tom, že subjekt údajů má mít postavení osoby zúčastněné v soudním řízení správním, může zhojit tuto situaci pouze formálně, neboť osoba zúčastněná nemůže disponovat předmětem řízení a nemá všechna procesní práva, na rozdíl od účastníků řízení. Zároveň v situacích, kdy dotčených subjektů údajů může být

³⁶⁷ V tomto kontextu je již pouze úsměvnou glosou, že podle Nejvyššího správního soudu nemůže být důvodem pro neposkytnutí informace „obyčejná lidská závist.“ Viz blíže bod 120 odůvodnění rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 10. 2015, č. j. 8 As 55/2012 – 62 [online]. Nejvyšší správní soud [cit. 29. 10. 2015]. Dostupný z: www.nssoud.cz.

³⁶⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 12. 2012, sp. zn. 1 As 169/2012, přístupný na www.nssoud.cz.

velmi mnoho, se tím samotné přezkumné soudní řízení velmi zkomplikuje, aniž by soud měl v rukou jakoukoliv možnost, jak zájmy osob zúčastněných při nemožnosti použít klasický test proporcionality ochránit.

2.6 Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo podat stručný přehled základních judiciálních testů, které se vyskytují v prostředí rozhodování o právech a povinnostech jednotlivců, zejména pak v prostředí veřejnoprávním. Zároveň bylo poukázáno na některé příklady z aplikační praxe, které mohou čtenáře přimět k hlubšímu zamyšlení nad předmětnou problematikou. Judiciální testy lze považovat nepochybně za jeden z parametrů značících zkvalitňování kultury rozhodovací praxe a prohlubování působení principů právního státu.

Na druhé straně ovšem každý judiciální test s sebou - kromě ambice zvýšení právní jistoty při zachování specifik konkrétní věci - přináší do aplikačního procesu další černou skříňku, jejímž obsahem je více otázek, než odpovědí. Souhlasím v tomto ohledu s Klattem a Meisterem, kteří v této souvislosti ve vztahu ke klasické proporcionalitě vyslovují myšlenku, že určitá právní nejistota přinášena s tímto testem je cenou za pružnější a spravedlivější rozhodovací praxi.³⁶⁹ K proporcionalitě či dalším judiciálním testům, které jsou s ní obsahově svázány, lze mít četné oprávněné výhrady, nicméně platí, že současný sofistikovaný systém ochrany práv garantovaných systémem Rady Evropy a Evropské unie nemá žádné jiné přesvědčivé funkční alternativy, jak tyto judiciální testy nahradit.³⁷⁰ Ať už je soudcovské rozhodování odsouzeno k judiciálním testům či nikoliv, pořád platí, že základem adekvátní a plausibilní aplikace práva je racionalita působení práva jako systému, která by měla být i v případech aplikace judiciálních testů hlavním vodítkem soudů, jak nalézat optimální a co nejvíce spravedlivá řešení vtělena do autoritativních rozhodnutí.

³⁶⁹ Klatt, M., Meister, M. cit. dílo, s. 50 a násl.

³⁷⁰ Tamtéž.

3 INSTITUCIONÁLNÍ HLEDISKO: KTERÉ SOUDY A JAKOU CESTOU DOTVÁŘEJÍ PRÁVO?

V kapitole 1 byl blíže rozebrán pojem soudcovského dotváření práva. Z výkladu tam podaného vyplývá, že hranice mezi interpretací a soudcovským dotvářením práva je vytyčena nejširším možným jazykovým významem zákonného ustanovení. O soudcovské dotváření práva proto jde v situaci, kdy se zákon vykládá *praeter verba legis*, tedy kdy se cestou analogie vztahuje zákonem použitý pojem i na jevy či předměty, které stojí mimo rozsah tohoto pojmu, tj. které představují ve smyslu sémantického modelu tři oblastí pojmu tzv. negativní kandidáty. Dále k soudcovskému dotváření práva patří varianta, kdy pomocí teleologické redukce není právní pojem vztažen na případy, na které by podle svého jednoznačného jazykového významu dopadal (interpretace *contra verba legis*). A konečně se k soudcovskému dotváření práva (překračujícímu zákon) řadí případy, kdy rozhodnutí soudu vede ke vzniku nového právního institutu. Na neostrých hranicích soudcovského dotváření a interpretace práva se pak pohybuje konkretizace generálních klauzulí a jiných neurčitých pojmů. Ty sice formálně vzato spadají pod nejširší možný jazykový význam (neboť neurčité pojmy jsou značně vágní), ale poskytují obrovský prostor pro interpreta.

Z tohoto stručného shrnutí jasně vyplývá odpověď na otázku položenou v nadpisu této kapitoly: které soudy a jakou cestou vytvářejí právo? Odpověď zní: *všechny*, a to bez jakékoliv pochybnosti alespoň pokud jde o civilní věci a dotváření práva pohybující se v mezích zákona.³⁷¹ Každý soud se v rámci své rozhodovací činnosti setká s tím, že je nucen ustanovení zákona vztáhnout analogicky i na jinou skutkovou podstatu, než by odpovídalo slovnímu znění příslušného ustanovení, nebo se zrcadlově obráceným případem, kdy v rozporu s doslovným jazykovým zněním textu zákonného ustanovení dospěje k závěru, že dané ustanovení na určitou situaci nedopadá, přestože by ji pod text zákona bylo možno jednoznačně pořadit. A konečně

³⁷¹ Např. v oblasti trestního soudnictví (popř. v některých dalších oblastech) je ale nutno vzít v potaz určité ústavní limity. Kupř. je vyloučeno analogické dotváření práva k tíži obviněného.

stejně tak se nemůže žádný soud vyhnout používání neurčitých pojmů jako kupř. dobrých mravů, zákazu zneužití práva nebo jiných podobných generálních klauzulí. Právem proto E. Kramer konstatuje, že pro vymezení pojmu soudcovského dotváření práva není důležité, zda má povahu ustálené judikatury (i jeden „*leading case*“ totiž představuje soudcovské právo), ani to, zda soudcovské právo bylo vytvořeno vyššími soudy nebo nižšími instancemi.³⁷² E. Kramer svůj závěr sice výslovně činí pro oblast zákon překračujícího soudcovského dotváření práva, ale z předestřených úvah je zřejmé, že v podstatě platí pro soudcovské dotváření práva obecně.

Se soudcovským dotvářením práva však nelze automaticky ztotožňovat pojem soudcovského práva. Soudcovské právo je pojem širší, neboť v sobě zahrnuje nejen případy, kdy soudní rozhodnutí vedlo k dotvoření objektivního práva, ale také rozhodnutí, která pouze interpretují zákon, a to za předpokladu, že pouze neopakují zákonný text, ale dále jej upřesňují či konkretizují, a zároveň mají určitý zobecňující potenciál. Blíže k tomu viz kapitola 1.1. Soudcovskému právu v popsaném smyslu byl přiznán charakter subsidiárního pramene práva, tj. byly s ním spojeny – byť omezené – účinky obecné závaznosti. Otázka, která se však klade na tomto místě, zní tak, zda má soudcovské právo z hlediska soudů, které jej vytvářejí, pokaždé stejnou relevanci. Ve vyhraněné podobě se lze ptát, zda má normativní význam (tj. je subsidiárním pramenem práva) jak ustálená rozhodovací praxe vrcholných soudních orgánů, tak i ojedinělý případ dotvoření práva okresním soudem.

Již vzhledem k tomu, že normativní mechanismus působení práva ve společnosti předpokládá, že se s právními pravidly jejich adresáti mohou seznámit, aby se jimi mohli řídit,³⁷³ nelze oba nastíněné příklady posuzovat stejně. Být jsou dnes rozhodnutí soudů široce dostupná, není možné jejich zveřejňování porovnávat s formalizovaným a právními předpisy upraveným postupem zveřejňování zákonů, dalších právních předpisů a mezinárodních smluv. Krom toho se podstatně liší také přístupnost rozhodnutí jednotlivých soudů. Zatímco Ústavní soud, Nejvyšší soud a Nejvyšší správní soud svá rozhodnutí publikují na internetových stránkách, neplatí to – alespoň dosud – pro nižší soudy.

³⁷² KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 239.

³⁷³ K tomu viz KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 36-37.

I kdyby byla rozhodnutí nižších soudů obecně dostupná (v některých zemích tomu tak je), mluvilo by proti jejich normativní povaze to, že jim nadřízené soudy mohou o téže otázce judikovat jinak. Právním názorem nižších soudů nejsou vázány, a to na rozdíl od situace, v níž měly samy změnit svou rozhodovací praxi. Procesní předpisy za tím účelem jednak stanoví zvláštní postup (předložení věci rozšířenému senátu, velkému senátu kolegia nebo plénu),³⁷⁴ jednak je možnost změny judikatury limitována i po obsahové stránce požadavky vyslovenými v judikatuře Ústavního soudu (k nim viz kapitola 1.1). Výjimku lze patrně připustit jenom v případě ustáleného a bezrozporně přijímaného soudcovského práva nižších soudů v agendách, o nichž s ohledem na úpravu přípustnosti opravných prostředků nemohou nadřízené soudy rozhodovat a které se ani nevyskytují v rozhodovací praxi Ústavního soudu. Jinak je nutno požadovat, aby se právní závěry představující dotváření práva promítly také v rozhodovací praxi vrcholných soudních orgánů.

Druhým požadavkem, který lze v daných souvislostech klást, je ustálenost právního názoru, který je obsahem soudcovského dotváření práva. Byť je možnost odklonu od právního názoru již vysloveného v rozhodnutí vrcholných soudů omezena, i kdyby šlo jenom o jediné rozhodnutí, není tím zcela vyloučena. Krom toho je nutno vzít v úvahu princip právní jistoty, jehož jádrem je princip předvídatelnosti, a to jak v oblasti tvorby práva, tak jeho interpretace a aplikace. Má-li soudcovské právo představovat subsidiární pramen práva, který zákon doplňuje, resp. dotváří či vyjasňuje nebo konkretizuje, mělo by být jednoznačně nepochybné, že zákon je do budoucna určitým způsobem soudním rozhodnutím doplněn. Na něco takového nelze patrně usuzovat z jediného rozhodnutí, byť by bylo učiněno vrcholným soudním orgánem.

Lze proto uzavřít, že právo dotvářejí všechny soudy. Ovšem pouze ustálená rozhodovací praxe vrcholných soudních orgánů coby tzv. soudcovské právo může nabýt normativního významu, tj. postavení subsidiárního pramene práva.³⁷⁵

³⁷⁴ K tomu viz KÜHN, Z. *O velkých senátech a judikatorních odklonech vysokých soudů*. Právní rozhledy, 2013, č. 2, s. 39 a násl.

³⁷⁵ Viz též názor vyslovený v práci KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München – Wien – Bern: C. H. Beck – MANZ – Stämpfli, 2013, s. 248, citovaný v první kapitole.

4 ZMĚNY JUDIKATURY

Otázka závaznosti či normativity judikatury je a pravděpodobně bude nadále velkou otevřenou otázkou právní teorie. Jakkoli panuje v obecné rovině shoda na tom, že soudce v systému kontinentálního práva právo cíleně nevytváří, tj. netvoří obecné právní normy, nýbrž cestou aplikace práva nalézá a vyhláší právo mezi stranami sporu,³⁷⁶ lze pouze stěží popřít, že soudní rozhodnutí mají určitou normativní sílu, ať tak dovozujeme z mechanismů působení judikatury, které jsou upraveny na ústavní či na úrovni zákonné, anebo z judikatury samotných soudů. Účelem této kapitoly však není zao-
bírat se mírou závaznosti či normativity judikatury,³⁷⁷ ale zejména tím, jak dochází ke změnám judikatury, jaký je jejich zákonný rámec i jejich judika-
torní uchopení. Základním pojmem, od kterého je výklad nutno započít, je zájem společnosti na sjednocování judikatury, resp. na předvídatelnosti soudního rozhodování.

4.1 Požadavek předvídatelnosti soudního rozhodování

Soudní rozhodování je regulováno ústavními zásadami, konkrétně právem na soudní ochranu, nezávislostí a nestranností soudů a soudců, vázaností soudce pouze zákonem (a mezinárodními smlouvami, které je součástí právního řádu) či rovností účastníků před soudem. S těmito zásadami úzce souvisí další požadavky, které jsou na soudní rozhodování kladeny, a to zejména požadavek na předvídatelnost soudního rozhodování a přesvědčivost (odůvodnění) rozhodnutí, které bychom mohli podřadit pod obecnější požadavek právní jistoty. Jak je patrné z judikatury Ústavního soudu, předvídatelnost soudního rozhodování je pojímána jako součást práva účastníků na spravedlivý proces.³⁷⁸

³⁷⁶ Obdobně HANUŠ, L. K míře závaznosti soudní judikatury. *Právní rozhledy*, č. 16, roč. 2007, s. 575 a násl.

³⁷⁷ K této problematice viz kapitolu „Postavení judikatury: nezávazná interpretace nebo pramen práva?“

³⁷⁸ K tomu srov. například náleží Ústavního soudu ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 654/03, který byl uveřejněn pod č. 27 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2004, náleží Ústavního soudu ze dne 17. 3. 2009, sp. zn. I. ÚS 3143/08, který byl uveřejněn pod č. 59 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2009 nebo náleží Ústavního soudu ze dne 9. 6. 2009, sp. zn. III. ÚS 292/07, který byl uveřejněn pod č. 133 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2009.

Předvídatelnost soudního rozhodování může být také definována jako důvodné očekávání, že věc bude rozhodnuta stejně jako obdobná věc, o které již bylo v minulosti rozhodnuto.³⁷⁹ Jakkoli je předvídatelnost soudního rozhodování součástí práva na spravedlivý proces, Petr Lavický zdůrazňuje, že důvodné očekávání obdobného rozhodnutí věci přes dikci a systematické zařazení ustanovení § 13 občanského zákoníku nezakládá žádné subjektivní (veřejné, a už vůbec ne soukromé) právo na to, aby věc byla skutečně obdobně rozhodnuta; i že takový požadavek neplyne ani z ústavního pořádku.³⁸⁰

Požadavek předvídatelnosti soudního rozhodování nelze zaměnit za požadavek neměnnosti judikatury. Jak upozorňuje Vojtěch Šimíček, pokud by judikatura byla zcela neměnná, představovala by de facto závazná pravidla chování a suplovala by tak výsledek zákonodárné činnosti, což je nežádoucí jev.³⁸¹ Požadavek nezměnitelnosti není kladen na soudní rozhodování ani v systému common law, tj. v systému precedenčního rozhodování, neboť *zásada stare decisis* (setrvat na rozhodnutém) je doplněna o možnost odchýlit se od zaujatého závěru na základě odlišení skutkových okolností případu (*distinguishing*) anebo překonání zaujatého závěru (*overruling*) spojené s požadavkem přesvědčivého odůvodnění této odchylky.

V judikatuře Ústavního soudu byl princip předvídatelnosti několikrát akcentován v tom smyslu, že „bezdůvodné opomenutí konstantní judikatury (v této konkrétní věci Nejvyššího soudu) může vykazovat znaky jurisdikční libovůle a být z tohoto hlediska protiústavní, jestliže obecné soudy nižších stupňů dostatečným způsobem nevyloží důvody, které je vedly k odmítnutí ustálené rozhodovací praxe.“³⁸² Tato judikatura (a bezpochyby i obdobná ustanovení zahraničních právních řádů) byla pravděpodobně inspirací pro ustanovení § 13 občanského zákoníku, které upravuje požadavek jednoty rozhodování a právo na přesvědčivé vysvětlení důvodu odchylky od jiného právního případu.³⁸³

379 Nyní tuto definici předvídatelnosti soudního rozhodování, příp. legitimního očekávání nebo jinak řečeno důvodného očekávání, obsahuje ustanovení § 13 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“).

380 LAVICKÝ, P. In z LAVICKÝ, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§§ 1–654), 1. vydání, 2014, s. 118.

381 Šimíček, V. Předvídatelnost soudního rozhodování. Jurisprudence, roč. 2004, č. 5, s. 8.

382 K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 25. 11. 1999, sp. zn. III. ÚS 470/97.

383 K tomu více viz LAVICKÝ, P. in LAVICKÝ, P., op. cit., s. 115 – 123.

Z citovaného judikátu je patrný zásadní rozdíl mezi angloamerickým a kontinentálním právním systémem, kdy v případě angloamerického právního systému k vytvoření precedenčního pravidla postačí jediné rozhodnutí určité kvality, které by mělo být dále následováno, v českém právním prostředí hovoříme o předvídatelnosti obvykle v souvislosti s konstantní judikaturou vrcholných soudů.³⁸⁴ Ustálenost by měla implikovat větší množství podobně řešených případů v delším časovém období, tvořících určitou linii rozhodování.³⁸⁵ Vrcholnými soudy, jejichž úkolem je spolu s rozhodováním v individuálních případech rovněž sjednocovat judikaturu soudů, jsou v prvé řadě pro oblast civilního a trestního soudnictví Nejvyšší soud a pro oblast správního soudnictví Nejvyšší správní soud, opomenout však nelze ani Ústavní soud, jehož primární rolí je sice poskytovat ochranu základním lidským právům a svobodám, však svojí rozhodovací činností ovlivňuje interpretaci a aplikaci právních norem všech odvětví, a tím zasahuje i do oblasti civilního, trestního i ústavního soudnictví.

Jana Křiváčková připomíná, že předpokladem předvídatelnosti aplikace práva je také srozumitelnost a určitost právní úpravy. Je-li proto právní úprava neurčitá, nesrozumitelná, nemůže být toto na úkor adresátů právních norem, tj. nesrozumitelnost a neurčitost právní normy nemůže ospravedlnit překvapivost rozhodnutí. Jistota a předvídatelnost však nemohou být absolutní, neboť takový stav je nejen nedosažitelný, ale zároveň i nežádoucí, neboť by vedl k přílišné rigiditě práva a právo musí být schopno držet krok s měnícími se podmínkami.³⁸⁶ Předvídatelnost a stabilita judikatury je tak bezesporu závislá mimo jiné i na dynamice vývoje práva, resp. právních předpisů.

4.2 Institucionální a procedurální nástroje předvídatelnosti soudního rozhodování

Nejlegitimnějším způsobem sjednocování judikatury soudů probíhá cestou rozhodování sporů, tj. činností soudům vlastní (označuje se též jako procesní

³⁸⁴ Tomuto pojetí se do jisté míry vymyká rozhodování Ústavního soudu (viz dále).

³⁸⁵ SMEJKALOVÁ, T. K otázce normativity judikatury v České republice. In: *Dny práva - 2008 - Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 1302 - 1311.

³⁸⁶ Křiváčková s odkazem na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, viz KŘIVÁČKOVÁ, J. Předvídatelnost soudního rozhodování v civilním soudním řízení – srovnání české, slovenské a německé právní úpravy. *Právní rozhledy*, roč. 2011, č. 23 s. 833.

způsob sjednocování judikatury), resp. určitým zobecňováním jednotlivých závěrů formulovaných v rozhodnutích vydaných v konkrétních případech. Druhou možností je využívání abstraktních výkladových stanovisek, jejichž obsahem je zhodnocení aplikace právní normy před soudy nižších stupňů a názory sjednocujícího soudu na tuto interpretaci, resp. abstraktní výklad zákona podávaný bez ohledu na určitou kauzu, byť vycházející ze zkušeností soudů při řešení věcí v minulosti.³⁸⁷ Dalším mimoprocením způsobem sjednocování judikatury je vydávání oficiálních sbírek rozhodnutí, do nichž jsou zařazována ta rozhodnutí, jimž soud přikládá precedentní význam a na nichž hodlá stavět svou budoucí rozhodovací praxi.³⁸⁸ Vrcholné soudy výše uvedenými způsoby napomáhají sjednocovat judikaturu soudů nižších stupňů, zároveň však těmito a dalšími mechanismy (např. rozhodováním velkých senátů kolegií Nejvyššího soudu podle § 20 zákona o soudech a soudcích³⁸⁹ v případě, kdy rozhodnutí odvolacího soudu, jímž se řízení končí, proti němuž bylo podáno dovolání, závisí na posouzení otázky hmotného či procesního práva, která je dovolacím soudem rozhodována rozdílně³⁹⁰) zajišťují konzistentnost rozhodovací praxe institucí samotných.

4.3 Změny judikatury (overruling)

V našem právním prostředí není změnám judikatury věnováno v odborné literatuře mnoho prostoru,³⁹¹ mnohá východiska je tak třeba hledat v common law, kde je teorie precedentu předmětem většího zájmu, a také mnohem propracovanější, a to bez zřetele k tomu, že určitá část české odborné veřejnosti je k přiznání (byť pouze některým soudním rozhodnutím) precedentního charakteru rozhodování spíše rezervovaná.

³⁸⁷ Tuto definici formuluje KÜHN, Z. Stanoviska nejvyšších soudů: specifikum střeoevropské právní kultury nebo komunistické reziduum? *Jurisprudence*, roč. 2005, č. 4, s. 10.

³⁸⁸ Obdobně srov. MORAVEC, O. Sjednocování judikatury pohledem účastníka řízení - řízení před rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu. *Jurisprudence*, roč. 2008, č. 6, s. 11 a násl.

³⁸⁹ Zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o soudech a soudcích“).

³⁹⁰ K tomu srov. ustanovení § 237 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, účinných od 1. 1. 2013 (dále jen „občanský soudní řád“).

³⁹¹ Výjimkou je zejména publikace BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). *Judikatura a právní argumentace*. 2. přeprac. a aktualiz. vyd. Praha: Auditorium, 2013, 494 s.

Soudní precedent je obvykle charakterizován jako druh rozhodnutí, které je prvním řešením daného případu závazným pro obdobné případy v budoucnosti, přičemž precedent není závazný jako celek, nýbrž je závazná pouze normativní věta, resp. věty použitelné na další obdobné případy (tzv. *ratio decidendi*) a ne již nad rámec věci učiněné *obiter dictum*.³⁹² Precedenční rozhodování potom spočívá na zásadě *stare desicis*, tzn. že vzorové rozhodnutí nemůže být bezdůvodně měněno tím soudem, který je přijal, a je závazné pro nižší soudy v obdobných případech, neboť zabezpečuje stabilitu práva. Precedent je v některých případech možné změnit či zrušit v rámci instančního postupu (*reversing*) anebo překonat tím, že soud vydá rozhodnutí, kterým jak uvádí Michal Bobek „*podkopá či přímo popře*“ obsah právního pravidla vyjádřeného předchozím precedentem a nový precedent tak nahradí precedent předchozí v jiném řízení v mezidobí skončené věci.³⁹³

S ohledem na to, že v systému angloamerického právního systému k vytvoření precedenčního pravidla postačí jediné rozhodnutí určité kvality, není práce s precedentem zjednodušena pouze na jeho následování a nenásledování, ale je možné definovat více přístupů. Nenásledování precedentu (*not following*) může nastat v případě existence rozporných precedentů stejné míry závaznosti, z nichž si soud vybere ten nejpriléhavější. Soud může rozhodnutí také překonat (*overruling*), tj. nahradit precedent novým. Rozšíření či zúžení precedentu (*broadening* či *narrowing*) se používá ve smyslu skutkového rámce předchozího rozhodnutí a nově posuzované věci. Další možností je odlišení nového případu od znaků případu dřívějšího (*distinguishing*).³⁹⁴

Zatímco v případě nenásledování, rozšíření či zúžení či uplatnění metody distinkcí precedent zůstává otevřen pro další případy v budoucnosti, které se budou v podstatných znacích s touto věcí shodovat, znamená *overruling* vyřazení tohoto pravidla z užívání, tj. k tomu, co nazýváme změnou judikatury i v systému českého práva (dříve vyjádřený právní názor tím padá), proto bude další výklad již zaměřen výlučně na překonání (*overruling*) právních názorů v soudní judikatuře.

³⁹² HENDRYCH, D. a kol. *Právníký slovník*, 3.vydání, 2009.

³⁹³ Srov. BOBEK, M. Ratio, obiter, precedent: jak skutečně fungují? *Soudní rozhledy*, roč. 2013, č. 6, s. 202 a násl.

³⁹⁴ K této kategorizaci přístupů viz BOBEK, M., op. cit., s. 202 a násl.

4.3.1 Omezování změn judikatury v českém právním prostředí

Změny judikatury (ve smyslu překonání ustálené rozhodovací praxe) jsou v českém právním systému omezovány nejenom judikaturou Ústavního soudu a ostatních vrcholných soudů týkajících se předvídatelnosti soudního rozhodování a požadavku odůvodnění případné odchylky od dříve zaujatého právního názoru, ale s účinností od 1. 1. 2014 rovněž uzákoněním tohoto těchto požadavků v ustanovení § 13 občanského zákoníku. Změny judikatury vrcholných soudů, které samy mají dohlížet na sjednocování judikatury ostatních soudů, jsou v tomto ohledu ještě pod větším drobnohledem, resp. pod větší zákonnou kontrolou, a to prostřednictvím institucionálních i procedurálních mechanismů.

Ústavní soud v jednom ze svých nálezů vyslovil prioritu hodnoty stálosti judikatury, již lze prolomit pouze za podmínky splnění procedurálních a materiálních podmínek. Uvedl, že judikatura nemůže být bez vývoje a není vyloučeno, aby (a to i při nezměněné právní úpravě) byla nejen doplňována o nové interpretační závěry, ale i měněna. Každá změna rozhodovací soudní praxe, zvláště jde-li o praxi nejvyšší soudní instance povolane i k sjednocování judikatury nižších soudů, je ovšem podle Ústavního soudu „jevem ve své podstatě nežádoucím“, neboť takovouto změnou je zjevně narušen jeden z principů demokratického právního státu, a to princip předvídatelnosti soudního rozhodování. Tato skutečnost byla označena za prioritní důvod, proč platná právní úprava předepisuje pro soudy nejvyšších instancí i pro Ústavní soud zvláštní a závazná pravidla přijímání rozhodnutí v situacích, kdy jimi má být jejich dosavadní judikatura překonána.³⁹⁵

Ony „materiální podmínky“ změny judikatury posléze rozvedl Ústavní soud v nálezu ze dne 12. 5. 2009, sp. zn. IV. ÚS 2170/08, když uvedl, že i kdyby nebyly pozitivním právem zakotveny procedury k dosažení změn judikatury, nic by to neměnilo na povinnosti soudů přistupovat ke změně judikatury nejen opatrně a zdrženlivě (tj. výlučně v nezbytných případech opodstatňujících překročení principu předvídatelnosti), ale též s důkladným odůvodněním takového postupu, jehož součástí by nezbytně mělo být přesvědčivé

³⁹⁵ Srov. zejména náleží Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2007, sp. zn. III. ÚS 117/07, který byl uveřejněn pod č. 104 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007, nebo náleží Ústavního soudu ze dne 31. 8. 2010, sp. zn. II. ÚS 635/09, který byl uveřejněn pod č. 176 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2012.

vysvětlení toho, proč, vzdor očekávání respektu k dosavadní rozhodovací praxi, bylo rozhodnuto jinak.³⁹⁶

V dalším rozhodnutí Ústavní soud konkretizoval, že intertemporální soudcovské právo (overruling) vyžaduje, obdobně jak je tomu u intertemporálního práva psaného, přijetí hledisek posuzování jeho přijatelnosti. Tato hlediska musí zohlednit ochranu uplatněného subjektivního práva, jakož i stanovení časového momentu pro určení relevantního hmotného práva pro posouzení věci, dále zajistit rovnost v uplatnění práv, ochranu oprávněné důvěry v právo, jakož i předvídatelnost soudních rozhodnutí, ale zároveň zohlednit i nezbytnost vývoje soudní interpretace a aplikace zákonného práva, nutnost zabránit její strnulosti, jež by se stala překážkou dosažení účelů právní regulace. Posouzení kolize mezi hodnotou soudcovského dotváření práva na straně jedné a hodnotou právní jistoty a předvídatelnosti soudního rozhodování na straně druhé tak musí vycházet ze zásady proportionality. Jeho obsahem musí být pečlivé vážení negativních dopadů změny právního názoru soudů, promítajících se v zúžení možností uplatnění subjektivního práva pro účastníky řízení konajících v dobré víře v existenci práva, daného soudy ustálenou interpretací zákona. Jeho obsahem zároveň musí být i zohlednění společenské naléhavosti takovéto změny. Tyto úvahy soudu musí být transparentně předestřeny veřejnosti.³⁹⁷

4.3.1.1 Důvody pro odchýlení se od (ustálené) judikatury

Jakkoli zákony upravují procedurální pravidla odchýlení se od dřívějších rozhodnutí, důvody, pro něž je odchýlení možné, resp., legislativa neupravuje. Odborná literatura³⁹⁸ i rozhodovací praxe³⁹⁹ se však v zásadě shodují na několika základních okolnostech, za nichž je odchýlení se od dřívější judikatury důvodné.

³⁹⁶ Srov. nález Ústavního soudu ze dne 12. 5. 2009, sp. zn. IV. ÚS 2170/08, který byl uveřejněn pod č. 117 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2009.

³⁹⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 22. 12. 2010, sp. zn. III. ÚS 1275/10 1, který byl uveřejněn pod č. 253 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2010.

³⁹⁸ K tomu srov. např. DAVID, L. Sjednocování judikatury. In: DAVID, L. Na hranicích práva: soudcovské eseje. Praha: Leges, 2012, s. 43.

³⁹⁹ K tomu srov. plenární nález Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2003 sp. zn. Pl. ÚS 11/02, který byl uveřejněn pod č. 87 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu (dále jen „Pl. ÚS 11/02“) nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 1. 2009, č. j. 1 AfS 140/2008 - 77, který byl uveřejněn pod č. 1792 ve Sbírce soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, roč. 2009.

Prvním z těchto důvodů, je změna aplikovaného právního přepisu či konkrétního ustanovení. Nabízí se otázka, zda se judikatura „váže“ k právní úpravě či zda je to naopak, resp. co v případě dynamických změn „přetrvává“. Tato otázka a odpověď na ni totiž přímo souvisí s tím, zda v případě formální změny právní úpravy (například v případě rekodifikace) je třeba dřívější judikaturu následovat a vypořádat se s tím, zda došlo ke změně materiální (v obsahu interpretovaných a aplikovaných norem) či zda s formální změnou použitelnost judikatury automaticky „padá“ bez dalšího. Praktičtější se jeví možnost druhá, neboť s ohledem na současný trend v legislativě je judikatura podstatně stabilnější než legislativa a například s ohledem na rekodifikaci soukromého práva by v oblasti civilní judikatury vznikla velice citelná mezera, jejíž zaplnění by trvalo několik desetiletí.⁴⁰⁰

Dalším důvodem pro změnu právního názoru může být změna „okolního“ právního prostředí mající vliv na aplikaci nebo interpretaci rozhodného ustanovení, tj. změna zákonů či jednotlivých ustanovení věcně souvisejících s rozhodným ustanovením.⁴⁰¹

Změny se také mohou týkat jiných významných relevantních skutečností vztahujících se k soudnímu rozhodnutí, spočívající například ve změně společenských poměrů, změně v oblasti vědy a výzkum, atp.⁴⁰² Obecněji můžeme hovořit o změně sociálních a ekonomických poměrů v době nového judikování proti judikatuře dřívější.⁴⁰³

Pravděpodobně nejkontroverznějším důvodem pro odchýlení se od dřívější rozhodovací praxe může být přehodnocení dřívějšího výkladu práva pro jeho prostou nesprávnost.⁴⁰⁴ K takovýmto situacím by docházet nemělo, chtělo by se poznamenat, ale pokud se pokusíme proporcionálně poměřit

⁴⁰⁰ Například Zdeněk Kühn uvádí, že normativní síla judikátu je vždy spojena s právním předpisem, který judikát vykládá, srov. KÜHN, Z. Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2001, č. 6, s. 265 a násl. Z příspěvku, který byl později zveřejněn na blogu Jiné právo je však zřejmé, že se přiklání spíše k druhé možnosti. Srov. KÜHN, Z. Nový kodex a stará judikatura [online]. [cit. 27. 10. 2015]. Dostupné z: http://jinepravo.blogspot.cz/2012/09/novy-kodex-stara-judikatura_11.html

⁴⁰¹ Jak uvádí DAVID, L., op. cit., s. 43, s odkazem na Pl. ÚS 11/02.

⁴⁰² K tomu srov. KÜHN 2001, op. cit., s. 265 a násl.

⁴⁰³ K tomu srov. DAVID, L., op. cit., s. 43.

⁴⁰⁴ KÜHN 2001, op. cit., s. 265 a násl.

nemožnost překonat, resp. napravit již vyslovený nesprávný právní závěr a požadavek předvídatelnosti soudního rozhodování, není v tomto případně předvídatelnost tou hlavní, převažující hodnotou.

Soudce, který pokládá dřívější výklad práva za nesprávný, se při rozhodování, zda nahradit dřívější interpretaci právní normy vlastním výkladem, bude, jak upozorňuje Zdeněk Kühn, pravidelně zabývat dalšími faktory, které ve své podstatě ovlivňují normativní sílu rozhodnutí.⁴⁰⁵ Je totiž zřejmé, že veškerá soudní rozhodnutí nemají stejnou závaznost (normativitu), že se jejich argumentační závaznost proměňuje v čase, ale i s ohledem na další okolnosti, spočívají v jeho následování, resp. obecně v citačním indexu judikátu, v jeho publikaci v odborné literatuře či oficiálních sbírkách, atd.⁴⁰⁶ Zdeněk Kühn jako tyto další faktory vymezuje postavení soudu - tvůrce precedentu - v hierarchii příslušného systému, zda se jedná o rozhodnutí velkého senátu či rozhodnutí plenární, zda byl precedent publikován a kde, zda je sporný precedent součástí konstantní judikatury či je toliko jediným izolovaným rozhodnutím, kdy byl precedent vynesena a jaké je tedy jeho „stáří“, jaká je celková přesvědčivost precedentu (jeho odůvodnění), zda je přítomné silné a přesvědčivé separátní votum a jak silný je doktrinální atak na precedent.⁴⁰⁷

4.3.1.2 Postup odchýlení se od precedentu (ustálené judikatury)

Veškeré judikatorní změny (judikatorní odklony) na úrovni vrcholných soudů se v dnešní době dějí cestou institucionalizovaného mechanismu, ať již se jedná o rozhodnutí velkého senátu Nejvyššího soudu, rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu či stanoviska pléna Ústavního soudu.

V případě změny judikatury nižším soudem sice institucionalizovaný mechanismus dán není, přesto je třeba, aby soud uvedl, že jde o změnu právního názoru, který je zastáván v konstantní judikatuře nebo v precedentu soudu téhož nebo vyššího stupně a zároveň racionálně odůvodnit, že výklad práva jím zastávaný je správný, tj. je více konformní s právním řádem jako

⁴⁰⁵ K tomu srov. KŮHN 2001, op. cit., s. 265 a násl.

⁴⁰⁶ K tomu více kapitola „Postavení judikatury: nezávazná interpretace nebo pramen práva?“.

⁴⁰⁷ K tomu srov. KŮHN 2001, op. cit., s. 265 a násl.

významovým celkem.⁴⁰⁸ V případě, kdy účastník v soudním řízení poukáže na rozhodovací praxi dalších soudů v typově stejných sporech a soud se v odůvodnění svého rozhodnutí nijak nevyporádá s tím, proč se od takového praxe zcela odchýlil, jedná se o porušení čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod⁴⁰⁹ v řízení před soudem.⁴¹⁰

Potřeba odchýlit se od ustálené judikatury však nemusí být pouze „vnitřní“, tj. nemusí ji pocítovat samosoudce či senát, který o věci rozhoduje, ale impuls pro odchýlení se od judikatury může přicházet „zvenčí“, resp. může být rozhodujícím samosoudci/senátu „vnucen“ přímo v řízení o posuzované věci soudem vyšších stupně v rámci instančního postupu, změnou právního názoru soudu vyššího stupně v jiné věci, podpořenou úvahou soudce, že v případě jeho nenásledování by mohlo být jeho rozhodnutí zrušeno soudem, který je autorem tohoto rozhodnutí, či nálezem Ústavního soudu.

Zatímco v případě, kdy se soudce rozhodne nenásledovat dřívější rozhodovací praxi, nemělo by pro něho být obtížné vymezit, proč se od ustálené judikatury odchyluje, v druhém případě je to z pohledu vnitřní přesvědčení soudce problematičtější, na druhou stranu se však soudce může na právní závěr, který mu byl vnucen zvenčí, resp. na závazný právní názor Ústavního soudu odkázat.

S ohledem na to, že se postupy pro změnu judikatury nejen mezi vrcholnými soudy a soudy nižších stupňů, ale i mezi vrcholnými soudy navzájem liší, bude každému z vrcholných soudů věnována samostatná podkapitola, stejně jako soudům nižších stupňů.

4.3.2 Odchýlení se od vlastní rozhodovací praxe Ústavním soudem

Vykonatelná rozhodnutí Ústavního soudu jsou podle čl. 89 Ústavy právně závazná, a to i pro Ústavní soud samotný.⁴¹¹ Absolutní nezměnitelnost judikatury by sice nebyla žádoucí, na druhou stranu je však s ohledem

⁴⁰⁸ K tomu srov. například nález Ústavního soudu ze dne 25. 1. 2005, sp. zn. II. ÚS 252/04, který byl uveřejněn pod č. 16 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2005.

⁴⁰⁹ 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 (dále jen „Listina základních práv a svobod“).

⁴¹⁰ Nález Ústavního soud ze dne 18. 6. 2015, sp. zn. IV. ÚS 742/14.

⁴¹¹ K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 2. 4. 1998, sp. zn. III. ÚS 425/97, který byl uveřejněn pod č. 42 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 1998.

na vysokou míru normativity těchto rozhodnutí nutné, aby k odchýlení docházelo pouze ve skutečně odůvodněných situacích, a možné právě proto je možnost odchýlení se od dříve zaujatého právního názoru svěřena plénu Ústavního soudu, nikoli (běžným) tříčlenným senátům. Pokud senát v souvislosti se svou rozhodovací činností dospěje k právnímu názoru odchýlenému od právního názoru Ústavního soudu vysloveného v nálezu,⁴¹² předloží otázku k posouzení plénu. Stanoviskem pléna je senát v dalším řízení vázán.⁴¹³

Prvním aspektem ustanovení § 23 zákona o Ústavním soudu je skutečnost, že se musí jednat o nález, v případě usnesení se tento postup neuplatní.^{414 415} Na druhou stranu však není rozhodující, zda se senát Ústavního soudu hodlá odchýlit od právního názoru pléna nebo senátu, jak poznamenává Jan Filip, právní názor pléna v tomto směru „nemá přednost“ před právním názorem senátu, neboť hodnota právního názoru je dána jeho obsahem, nikoli tím, kdo jej přijal.⁴¹⁶ Není vyloučeno, aby se senát obrátil na plénum i v otázce procesní, ovšem za splnění výše uvedených podmínek, kdy právní názor Ústavního senátu vyslovený v nálezu mu brání odmítnutím rozhodnout věc, která mu napadla. V takovém případě pod „rozhodovací“ činností bude chápáno nejen možné vydání nálezu, nýbrž i usnesení o odmítnutí.⁴¹⁷

Senát se může na plénum obrátit i v situaci, kdy již dříve plénum v dané věci stanovisko zaujalo. Jan Filip to odůvodňuje tím, že stanovisko je pouze

⁴¹² Ustanovení § 23 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o Ústavním soudu“) se nemůže se vztahovat k otázce, která by řešila rozdíly právních názorů Ústavního soudu a jiných soudů; může být použito pouze v případě rozdílu v právním názoru formulovaném ve vykonatelném nálezu Ústavního soudu a právním názoru senátu, který má teprve rozhodnout. K tomu srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 8. 2007, sp. zn. I. ÚS 291/06 nebo plenární nález Ústavního soudu ze dne 20. 3. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 4/06, který byl uveřejněn pod č. 54 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007.

⁴¹³ Srov. § 23 zákona o Ústavním soudu.

⁴¹⁴ K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 6. 2. 2007, sp. zn. I. ÚS 531/05, který byl uveřejněn pod č. 24 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007.

⁴¹⁵ Srov. FILIP, J. in HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V. *Zákon o Ústavním soudu*. 2. vydání. Praha: 2007, s. 99 - 108.

⁴¹⁶ Problematické, zda se ustanovení § 23 zákona o Ústavním soudu vztahuje rovněž na postup soudce zpravodaje dle § 43 odst. 1 zákona o Ústavním soudu se blíže věnoval např. MALENOVSKÝ, R. K § 23 zákona o Ústavním soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2007, č. 13, s. 485 a násl.

⁴¹⁷ FILIP, J. in HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK V., op. cit., s. 99-108.

oficiální formulací právního názoru pléna Ústavního soudu na to, jak by měla být sladěna judikatura Ústavního soudu a nejedná se o právní názor v pravém smyslu slova, protože není součástí nálezu.⁴¹⁸ Avšak zatímco odchýlení od nálezu Ústavního soudu je možné provést pouze procedurou podle § 23 zákona o Ústavním soudu, rozhodnutí pléna Ústavního soudu je možné změnit prostřednictvím jiného rozhodnutí pléna, není třeba zvláštního řízení a zaujetí stanoviska, kterým by plénum doposud zastávaný právní názor překonalo.^{419 420}

Předpoklady plynoucí z ustanovení § 23 zákona o Ústavním soudu se však nevztahují na situaci, kdy již bylo Ústavním soudem dříve rozhodováno v téže věci, v níž má být (byť odchylným způsobem) rozhodováno znovu, neboť v takovém případě se jedná o procesní překážku *rei indicatae*, která brání jakémukoli dalšímu meritornímu přezkumu věci, včetně takového, který by - in eventum - měl vyplynout ze stanoviska pléna Ústavního soudu. V takovém případě se tedy senát nemůže obrátit na plénum s návrhem na změnu právního názoru, i když to souvisí s jeho rozhodovací činností a musí setrvat na vydaném rozhodnutí.⁴²¹ Dostane-li se tatáž věc po kasaci a novém proběhnutí řízení před Ústavní soud, který mezitím změnil svůj právní názor, je v této konkrétní věci změna právního názoru nemožná.

Plénum k vydání stanoviska může přistoupit pouze v případě, kdy jde o posouzení skutečně obdobného případu, jinak by se jednalo o zásah pléna do rozhodování senátů v rozporu se zásadami soudcovské nezávislosti a zákonného soudce.

Zákonem vymezený prostor pro změny judikatury Ústavní soud sám omezil plenárním nálezem ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02,⁴²² podle něhož nemá-li se sám Ústavní soud jako ústavní orgán, tj. orgán veřejné moci, dopouštět libovůle, jejímuž zákazu je sám také podroben, neboť i Ústavní

⁴¹⁸ Srov. FILIP, J. in HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK V., op. cit., s. 99 - 108.

⁴¹⁹ Jak uvádí J. Filip, jediným procesním požadavkem pro změnu právního názoru je zde požadavek kvalifikované většiny. Tamtéž.

⁴²⁰ Nález, který byl však na základě původního stanoviska vydán, již zůstává konečný. Tamtéž.

⁴²¹ K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 2. 4. 1998, sp. zn. III. ÚS 425/97, který byl uveřejněn pod č. 42 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 1998.

⁴²² Srov. plenární nález ze dne 11. 6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02, který byl uveřejněn pod č. 87 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2003.

soud, či právě on, je povinen respektovat rámeček ústavního státu, v němž je výkon libovůle orgánům veřejné moci striktně zapovězen, musí se cítit vázán svými vlastními rozhodnutími, která může svou judikaturou překonat jen za určitých podmínek. Ústavní soud tak může překonat vlastní judikaturu pouze v případech změn sociálních a ekonomických poměrů v zemi, nebo změn v jejich struktuře, anebo změn kulturních představ společnosti. Další možností je změna či posun právního prostředí tvořeného podústavními právními normami, které v souhrnu ovlivňují nahlížení ústavních principů a zásad, aniž by z nich ovšem vybočovaly, a především neomezují princip demokratické právní státnosti (čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR). Další možností pro změnu judikatury Ústavního soudu je změna, resp. doplnění těch právních norem a principů, které tvoří závazná referenční hlediska pro Ústavní soud, tj. takových, které jsou obsaženy v ústavním pořádku ČR, nejde-li o změny odporující limitům stanoveným čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR, tj. nejde-li o změny podstatných náležitostí demokratického právního státu.

Tato situace, kdy Ústavní soud omezil svoji možnost v plenárních věcech měnit vyslovený právní názor, je označována jako sebeomezující doktrína.⁴²³

4.3.3 Odchýlení se od vlastní ustálené rozhodovací praxe Nejvyšším soudem

Nejvyšší soud má za povinnost mimo jiné svojí judikaturou sjednocovat judikaturu soudů nižších, což je důležité pro zachování předvídatelnosti rozhodování soudů jakožto jednoho z komponentů spravedlivého procesu a tím i základů demokratického právního státu, a jak zdůraznil Ústavní soud v nálezu ze dne 4. 3. 2004, sp. zn. IV. ÚS 290/03, v této své činnosti Nejvyšší soud není a nemůže být rigidně omezován tak, že by se jeho právní názory nemohly vyvíjet, ba i měnit. Takový vývoj právních názorů by však neměl vést k tomu, aby jím byl popřen ten důvod, pro který je úloha sjednotitele judikatury Nejvyššímu soudu svěřena, tedy právě naplnění principu předvídatelnosti výsledku procesu.⁴²⁴

⁴²³ K tomu srov. náleží Ústavní soudu ze dne 16. 8. 2006, sp. zn. IV. ÚS 566/05.

⁴²⁴ K tomu viz náleží Ústavní soudu ze dne 4. 3. 2004, sp. zn. IV. ÚS 290/03, který byl uveřejněn pod č. 34 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2004. V tomto náleží také Ústavní soud neopomněl připomenout, že soudy, ke kasaci jejichž rozsudků náleží Ústavní soudu dochází, budou v dalším řízení vázány podle čl. 89 odst. 2 Ústavy právě tímto náleží a nikoli závěry obsaženými v rozsudku Nejvyššího soudu.

Základním nástrojem sjednocování judikatury obecných soudů je rozhodování o dovolání, klíč k jeho uchopení tak spočívá ve vymezení přípustnosti tohoto mimořádného opravného prostředku. Sjednocování judikatury uvnitř Nejvyššího soudu je, stejně jako případné odchylování se od dříve zaujatých právních závěrů svěřeno nikoli obecnému tříčlennému senátu, nýbrž velkému senátu složenému podle zákona o soudech a soudcích nejméně z devíti soudců příslušného kolegia.⁴²⁵ Ačkoli v případě Ústavního soudu byla procedura umožňující odchýlit se od vlastní judikatury upravena od počátku účinnosti zákona o Ústavním soudu, tj. již od roku 1993, v případě rozhodování Nejvyššího soudu v civilních věcech se do zákona promítla až s novelizací občanského soudního řádu provedenou zákonem č. 7/2009 Sb.⁴²⁶ Přípustnost tzv. nenárokového dovolání byla touto novelou změněna tak, že pojem „rozhodnutí odvolacího soudu, které má po právní stránce zásadní význam“ byl nově (mimo jiné) vymezen i tak, že jde o rozhodnutí, řešící právní otázku, která byla již řešena, ale měla by být posouzena jinak. Tato změna tudíž výslovně umožnila *overruling* dřívějšího rozhodnutí, a tak umožnila „to, co zatím probíhalo jen zřídka a formulačně zastřeno“.⁴²⁷ Touto změnou došlo mimo jiné také k dalšímu příklonu k prospektivnímu rozhodování Nejvyššího soudu.⁴²⁸

Přípustnost dovolání se dále vyvíjela až do současné situace, kdy se již nejsou kategorie nárokových a nenárokových dovolání, nýbrž zůstala pouze jediná kategorie přípustnosti (pomineme-li přípustnost dovolání podle § 238a občanského soudního řádu), podle níž je dovolání přípustné proti každému rozhodnutí odvolacího soudu, kterým se odvolací řízení končí, jestliže napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, při jejímž řešení se odvolací soud odchyloval od ustálené rozhodovací praxe odvolacího soudu nebo která v rozhodování odvolacího soudu dosud

⁴²⁵ Srov. § 19 odst. 3 zákona o soudech a soudcích.

⁴²⁶ Srov. zákon č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

⁴²⁷ Jak upozorňuje DAVID, L. Má být dovolací přezkum limitován uplatněnými dovolacími důvody? *Právní rozhledy*, roč. 2010, č. 10, s. 372 a násl.

⁴²⁸ K problematice prospektivního a retrospektivního rozhodování srov. KÜHN, Z. Prospektivní a retrospektivní působení judikatorních změn. *Právní rozhledy*, č. 6, roč. 2011, s. 191 a násl. nebo KÜHN, Z. in BOBEK, M., KÜHN, Z., MOLEK, P. (eds.). *Op. cit.*, s. 134 a násl.

nebyla vyřešena nebo je dovolacím soudem rozhodována rozdílně anebo má-li být dovolacím soudem vyřešená právní otázka posouzena jinak.⁴²⁹ Zatímco ostatní kategorie přípustnosti lze (poměřováno požadavky kladenými na předvídatelnost rozhodování o přípustnosti dovolání, které vyslovil plenární nálezelem Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 29/11⁴³⁰) po novele provedené zákonem č. 404/2012 Sb.⁴³¹ považovat za předvídatelné (či minimálně předvídatelnější), kategorie právních otázek, které mají být posouzeny jinak, zůstává pro účastníky řízení poměrně nepředvídatelná, neboť je zcela na Nejvyšším soudu, dospěje-li k závěru o nutnosti připustit dovolání pro korekci dle něj nesprávného dosavadního řešení právní otázky.⁴³²

Situace, v nichž může dojít ke změně právního názoru nejvyšší instance, sice nejsou zákonem výslovně upraveny, avšak s ohledem na judikaturu Ústavního soudu, se bude jednat zejména o změnu právní úpravy či o proměnu relevantních společenských vztahů, která činí dosavadní judikatorní přístup přijatelným už jen obtížně či vůbec ne.⁴³³

Pokud by se tříčlenný senát, kterému věc podle rozvrhu práce napadla, chystal odchýlit od dřívější judikatury Nejvyššího soudu, byl by to důvod pro iniciaci rozhodování velkého senátu Nejvyššího soudu podle § 20 zákona o soudech a soudcích.⁴³⁴

V souvislosti s rozhodovací činností velkého senátu vyvstala otázka, jak by měl velký senát postupovat v situaci, kdy mu věc správně předložena být neměla, neboť nebyly dány podmínky pro postup podle § 20 zákona o soudech a soudcích. V občanskoprávním a obchodním kolegiu velký senát

⁴²⁹ K tomu srov. § 237 občanského soudního řádu ve znění od 1. 1. 2013.

⁴³⁰ K tomu srov. odůvodnění plenární nálezelem Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 29/11, který byl uveřejněn pod č. 34 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2012.

⁴³¹ Zákon č. 404/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

⁴³² K tomu srov. KRIVÁČKOVÁ, J., HAMUEÁKOVÁ, K. Nad nálezem Ústavního soudu o ústavnosti dovolání dle § 237 odst. 1 písm. c) OSŘ a novou právní úpravou dovolacího řízení. *Právní rozhledy*, roč. 2013, č. 5, s. 171.

⁴³³ Příkladem rozhodnutí, v němž bylo explicitně konstatováno, že je dovolání proti rozhodnutí přípustné, protože o věci má být rozhodnuto jinak, je usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 2. 2015, sp. zn. 31 Cdo 2184/2013, které bylo uveřejněno pod č. 55 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu, roč. 2015.

⁴³⁴ Srov. také ustanovení § 19 zákona o soudech a soudcích.

postupoval způsobem vyplývajícím z rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 19. 9. 2007, sp. zn. 31 Cdo 3142/2006, kdy ve věci postoupené tříčlenným senátem meritorně rozhodl o podaném dovolání, ač z tohoto hlediska nebylo třeba vůbec se zabývat právní otázkou, jež byla důvodem postoupení; v odůvodnění rozhodnutí velký senát sice uvedenou skutečnost výslovně konstatoval, avšak nerozvinul úvahy, jak dospěl k závěru, že tento postup je správný.⁴³⁵ Naopak velký senát trestního kolegia vycházel z usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 1. 2005, sp. zn. 15 Tdo 1314/2004, jímž přikázal tříčlennému senátu, který mu věc předtím postoupil, aby ji projednal a rozhodl, protože nebyly splněny podmínky pro postoupení věci velkému senátu.⁴³⁶ Tuto nejednotnost odstranilo stanovisko pléna Nejvyššího soudu ze dne 14. 9. 2011, sp. zn. Plsn 1/2011,⁴³⁷ v jehož odůvodnění se uvádí, že „ustanovení § 20 odst. 1, 2 zákona o soudech a soudcích je podkladem pro odnětí věci zákonným soudcům, kteří jsou členy tříčlenného senátu, jemuž byla věc přidělena podle rozvrhu práce, a pro projednání a rozhodnutí této věci soudci, kteří jsou členy velkého senátu příslušného kolegia Nejvyššího soudu. Postup předpokládaný citovaným ustanovením se uplatní jen tehdy, jde-li skutečně o právní názor, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího soudu. Velký senát příslušného kolegia má právo i povinnost posoudit, zda jsou splněny zákonné podmínky, aby mu byla věc postoupena. Nejsou-li splněny a byla-li věc přesto postoupena velkému senátu příslušného kolegia, rozhodne tento senát o jejím přikázání příslušnému (tříčlennému) senátu k projednání a rozhodnutí.“ Tento způsob koresponduje též s praxí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu.

V případě, kdy se Nejvyšší soud chystá zaujmout právní názor odlišný od právního názoru dřívějšího, nenastává povinnost předložit věc velkému senátu, byl-li tento právní názor vysloven ve stanovisku Nejvyššího soudu.⁴³⁸ Z tohoto pohledu jsou i stanoviska Nejvyššího soudu prostředkem, který

⁴³⁵ K tomu srovnej rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 9. 2007, sp. zn. 31 Cdo 3142/2006, který byl uveřejněn pod č. 37 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu, roč. 2008.

⁴³⁶ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12. 1. 2005, sp. zn. 15 Tdo 1314/2004, který byl uveřejněn pod č. 39 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, roč. 2005.

⁴³⁷ Stanovisko bylo uveřejněno pod č. 1 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, roč. 2012.

⁴³⁸ K tomu srov. ustanovení § 20 odst. 3 zákona o soudech a soudcích.

může sloužit nejenom ke sjednocování judikatury soudů nižších stupňů, ale rovněž na základě nejednotnosti rozhodnutí soudů nižších stupňů, případně rozhodnutí nižšího stupně a Nejvyššího soudu, také ke změně právního názoru. Z povahy věci by však stanovisko nemělo být pro změnu judikatury nástrojem primárním, neboť se jedná o mimoprocesní nástroj sjednocování judikatury, který vzniká mimo konkrétní právní kauzu.⁴³⁹ Stanoviska teoreticky mohou přispět ke změně judikatury tak, že se Nejvyšší soud (kolegium či plénium) může ve stanovisku přiklonit i k jinému závěru, než zaujímá jeho (dosud) ustálená judikatura. Opomenout nelze ani třetí (mimoprocesní) mechanismus sjednocování judikatury, a to publikaci rozhodnutí ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, neboť skutečnost, které rozhodnutí budu vybráno k publikaci v oficiální sbírce, může nepochybně vést i ke změně v pojetí ustálené judikatury. K publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a nálezů totiž může být vybráno i rozhodnutí, které je s dosavadní rozhodovací praxí Nejvyššího soudu v rozporu.

4.3.4 Odchýlení se od vlastní ustálené rozhodovací praxe Nejvyšším správním soudem

Nejvyšší správní soud je nejmladším z českých vrcholných soudů, který vznikl až účinností zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „soudní řád správní“), dnem 1. ledna 2003. I on je jako vrcholný soudní orgán ve věcech patřících do pravomoci soudů ve správním soudnictví povolán k zajišťování jednoty a zákonnosti rozhodování^{zejména} tím, že rozhoduje o kasačních stížnostech v případech stanovených tímto zákonem (a dále rozhoduje v dalších případech stanovených tímto nebo zvláštním zákonem).⁴⁴⁰ I Nejvyšší správní soud plní svoji sjednocovací (integrační) funkci⁴⁴¹

⁴³⁹ Možnost nejvyšších soudů zaujímat stanoviska k judikatuře soudů je dlouhodobě kritizována. K tomu srov. např. BALÁK, F. Ke sjednocování soudní praxe Nejvyšším soudem. *Soudce*, 2007, č. 4, s. 2 – 7.; KÜHN, Z. Stanoviska nejvyšších soudů: specifikum středoevropské právní kultury nebo komunistické reziduum? *Jurisprudence*, 2005, č. 4, s. 9 – 11.; Šimíček, V. Mají nejvyšší soudy vydávat sjednocující stanoviska [online]? Dostupný z: <http://jinepravo.blogspot.com/2007/05/maj-nejvy-soudy-vydvat-sjednocujc.html>

⁴⁴⁰ Srov. ustanovení § 12 odst. 1 soudního řádu správního.

⁴⁴¹ K tomuto pojmosloví viz POHRÁZKÝ, M. In: JEMELKA, L., PODHRÁZKÝ, M., VETEŠNÍK, P. et al. *Soudní řád správní. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 81 – 88.

nejenom ve smyslu sjednocování rozhodovací činnosti soudů a správních orgánů, ale rovněž uvnitř samotného Nejvyššího správního soudu prostřednictvím rozhodovací činnosti rozšířeného senátu.

Oproti civilnímu dovolání je přípustnost kasační stížnosti nastavena natolik široce, že její vymezení nečiní v praxi (kromě věcí azylových)⁴⁴² větší problémy. Paralelu k zákonné úpravě postupu Nejvyššího soudu lze však nalézt v institucionalizaci judikatorních změn spočívající v existenci rozšířeného senátu, jemuž mají být podle ustanovení § 17 soudního řádu správního postupovány věci tehdy, dospěje-li „klasický malý“ senát k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu; tato povinnost nenastává, pokud byl odlišný právní názor již vysloven ve stanovisku Nejvyššího správního soudu.⁴⁴³

Ani skutečnost, že již ve věci došlo k rozhodnutí rozšířeným senátem, není překážkou další změny právního názoru. Jak však vyplývá z judikatury samotného Nejvyššího správního soudu, skutečnost, že judikatura byla sjednocena rozšířeným senátem, přináší zvlášť významné argumenty ve prospěch setrvání na takto vytvořeném právním názoru. Brojí-li stěžovatel proti rozhodnutí rozšířeného senátu a současně nepřinese v kasační stížnosti žádné s ním konkurující argumenty, postačí v rozhodnutí zpravidla toliko odkázat na příslušné části odůvodnění rozhodnutí rozšířeného senátu. Pokud naopak stěžovatel nabídne nové argumenty směřující proti právnímu závěru rozšířeného senátu, musí se s těmito argumenty Nejvyšší správní soud dostatečně vypořádat, event. pokud jimi bude o nesprávnosti právního závěru přesvědčen, předložit věc podle § 17 odst. 1 soudního řádu správního rozšířenému senátu.⁴⁴⁴ Ve stejném rozhodnutí Nejvyšší správní soud dodává, že změny judikatury za situace nezměněného právního předpisu by se měly odehrávat z principálních důvodů, zejména proto že se změnilo právní předpisy

⁴⁴² K tomu srov. např. LAVICKÝ, P., Šiškeová, S. Nad novou úpravou řízení o kasační stížnosti v azylových věcech. Právní rozhledy, Praha: C. H. Beck, 2005, č. 19, s. 693-703.

⁴⁴³ Postavení stanovisek v procesech změny judikatury je tak v podstatě obdobné jako v případě stanovisek Nejvyššího soudu. Liší se však bezesporu praxe (zejména v oblasti četnosti) jejich zaujímání. K tomu srov. KÜHN, Z., in BOBEK, M., KÜHN, Z., Polčák, R. (eds.). BOBEK, M., KÜHN, Z., Polčák, R. (eds.). Op. cit., s. 131 a násl.

⁴⁴⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 1. 2009, č. j. 1 Afs 140/2008 - 77, který byl uveřejněn pod č. 1792 ve Sbírce soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, roč. 2009.

související s právním předpisem vykládaným, resp. došlo ke změně právních názorů soudů, k jejichž judikatuře je Nejvyšší správní soud povinen přihlížet, případně se změnily okolnosti podstatné pro působení právní normy dotvořené judikaturou, event. se nově objevily jiné závažné důvody, které poskytnou základ pro změnu právního názoru Nejvyššího správního soudu, pokud potřeba takovéto změny převáží nad zájmy osob jednajících v dobré víře v trvající existenci judikatury.⁴⁴⁵

4.3.5 Odchýlení se soudy nižších stupňů od ustálené rozhodovací praxe

Jak již bylo uvedeno, v případě, že se chystá od ustálené judikatury (ať již judikatury soudů stejného stupně či soudů vrcholných) odchýlit soudce nižšího stupně, institucionalizovaný mechanismus pro takovou situaci upraven není, na soudce je pouze kladen požadavek, aby uvedl, že jeho názor je odlišný od toho, který je zastáván v konstantní judikatuře soudu stejného či vyššího stupně a rádně (racionálně) odůvodnil, proč tento názor považuje za nesprávný, resp. proč považuje výklad práva jím zastávaný za správný.⁴⁴⁶

Odůvodnění by mělo, zvláště v případech, kdy se soudce nižšího stupně chystá odchýlit od rozhodnutí soudu vyššího stupně, případně i od rozhodnutí vrcholného soudu, spočívat na důvodech pro změny judikatury, jak je opakovaně vymezují vrcholné soudy, zejména soud Ústavní, a soudce by neměl opomenout zvážit i faktory ovlivňující normativní sílu rozhodnutí, od něhož se chystá odchýlit.⁴⁴⁷

Konzistentnost je však vyžadována i ve vztahu k judikatuře téhož (nižšího) soudu, byť je v této oblasti minimálně pro účastníky řízení problematictější se předvídatelnosti soudního rozhodování domáhat s ohledem to, že pouze zlomek z těchto rozhodnutí je publikován. Například Nejvyšší soud ve vztahu k rozhodovací praxi správních soudů rozhodl, že pokud stejný senát krajského soudu posuzuje procesně zcela srovnatelné případy procesně odlišně, a to bez jakéhokoliv odůvodnění, dopouští se tím jurisdikční libovůle odporující základnímu principu materiálního právního státu,

⁴⁴⁵ V této části rozhodnutí Nejvyšší správní soud v zásadě replikuje samoomezovací doktrínu vyjádřenou v plenárním nálezu Ústavního soudu Pl. ÚS 11/02.

⁴⁴⁶ K tomu srov. například nálezu Ústavního soudu ze dne 25. 1. 2005, sp. zn. II. ÚS 252/04, op. cit.

⁴⁴⁷ Viz podkapitola 3.1.1.

kterým je předvídatelnost rozhodování státních orgánů a s ním související princip právní jistoty, mající v konečném důsledku dopady i na princip rovnosti účastníků soudního řízení.⁴⁴⁸ Nejvyšší správní soud však šel v této úvaze ještě dále, když uvedl, že změna přístupu při hodnocení procesních pravidel bez výslovného zásahu provedeného legislativní formou nebo bez využití mechanismů sjednocování judikatury prostřednictvím soudů vyšší instance a současně bez racionálně podloženého a přesvědčivého odůvodnění je proto ústavně nežádoucí.⁴⁴⁹

4.3.6 Odchýlení se od rozhodnutí Ústavního soudu nejvyššími soudy

Zatímco vztah soudů nižších stupňů a soudů vrcholných v oblasti civilního, trestního i správního soudnictví je regulován institutem instančního postupu, ale i skutečností, že nejvyšší soudy jsou povolány ke sjednocování judikatury těchto nižších soudů, problematičtější a mnohdy napjatější vztahy vznikají mezi nejvyššími soudy a soudem Ústavním, které takto vymezeny nejsou. Ústavní soud stojí mimo větve správního, civilního a trestního soudnictví, jak ostatně ve svých rozhodnutích Ústavní soud často opakuje, avšak v rámci rozhodování o ústavních stížnostech do oblastí rozhodování v těchto oblastech významnou měrou zasahuje, a to navíc podle čl. 89 Ústavy normativním způsobem. Vztah judikatury nejvyšších soudů a soudu Ústavního a reflektování judikatorních změn provedených Ústavním soudem v judikatuře nejvyšších soudů, je tak obsahem poměrně četné judikatury.

4.3.6.1 Reflektování judikatury Ústavního soudu Nejvyšším správním soudem

Vztah rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu byl poměrně vyčerpávajícím a zároveň pregnantním způsobem rozveden v rozhodnutí Nejvyššího soudu č. j. 2 Afs 114/2004-50 se ve vztahu Nejvyššího a Ústavního soudu rozvádí, že jestliže Ústavní soud v některém svém rozhodnutí zformuluje ústavně konformní výklad právního předpisu, je nutno tento výklad respektovat i v obdobných kauzách, byť se jedná o procesně samostatná řízení. Opačný výklad, který by kupř. s odkazem na vázanost

⁴⁴⁸ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 8. 2004, č. j. 2 Afs 47/2004-83, který byl uveřejněn pod č. 398 ve Sbírce soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, roč. 2004.

⁴⁴⁹ Tamtéž.

soudce zákonem podle čl. 95 odst. 1 Ústavy ČR odmítal respektovat právní názor Ústavního soudu, by představoval logickou chybu, jelikož tato vázanost výkladem norem nadzákonné (ústavní) síly musí být pro soud při aplikaci jednoduchého práva určující. Navíc nelze přehlédnout, že opačný závěr by ve svých důsledcích vedl k nerovnosti účastníků jednotlivých soudních řízení a k nepředvídatelnosti soudního rozhodování, což samozřejmě představuje pochybení dosahující ústavní intenzity. Nelze rovněž přehlížet, že určujícím společným prvkem obecných soudů a Ústavního soudu je jejich poslání zakotvené v čl. 4 Ústavy, kterým je ochrana základních práv a svobod. Mezi oběma složkami soudní moci tak musí existovat souhra a harmonie, nikoliv animozita. V podmínkách právního státu je proto nemyslitelné, aby obecný soud – s vědomím jednotné a jasně seznatelné judikatury Ústavního soudu – s odvoláním na dikci zákona zvolil takovou jeho interpretaci, kterou Ústavní soud považuje za protiústavní. Jakkoliv tedy se Česká republika nenachází v tradičním prostředí precedentálního práva, jsou obecné soudy povinny judikaturu Ústavního soudu respektovat a v tomto smyslu je pro ně závazná. K odchylce od ní by mohly přistoupit pouze ve výjimečných případech, a to např. tehdy, pokud by došlo ke změně právní úpravy; tato judikatura by byla vnitřně nesourodá a nepředstavovala by proto tzv. ustálenou (konstantní) judikaturu; nevypořádávala by se dostatečně se všemi možnými a uplatněnými zásadními argumentačními pozicemi a zároveň by bylo z obsahu takového rozhodnutí a z konkrétních okolností věci patrné, že k tomuto nevypořádání nedošlo záměrně, nýbrž v důsledku opomenutí anebo by došlo k zásadní změně společenských či ekonomických poměrů, což by obecný soud ve svém rozhodnutí přesvědčivě odůvodnil. Proto setrvalou a vnitřně nerozpornou judikaturu Ústavního soudu nelze vnímat jako naroveň postavenou právním předpisům (zákonům), nýbrž jako závazná interpretační vodítka při rozhodování ve skutkové a právně obdobných věcech, od nichž je sice možný odklon, to však pouze ve výjimečných a racionálně odůvodněných případech, jejichž demonstrativní nástin byl proveden výše.⁴⁵⁰

V nálezu sp. zn. IV. ÚS 301/05 Ústavní soud sice uvedl, že přes precedentní účinky nálezu Ústavního soudu není porušením čl. 89 odst. 2 Ústavy

⁴⁵⁰ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 8. 2004, č. j. 2 AfS 114/2004-50.

takový výjimečný postup obecného soudu, jenž právní názor v nálezu vyjádřený odmítne respektovat, pakliže je z opodstatněných a důkladně vysvětlených důvodů přesvědčen o tom, že je nutno právní závěry prezentované Ústavním soudem revidovat, odmítl však, že by důvodem ospravedlňujícím takový postup mohla být pouhá tvrzení obecného soudu, že právní názory Ústavního soudu jsou argumentačně nezpochybnitelné, že judikatura Ústavního soudu je v připodobnitelných věcech nekonzistentní a že je respektuhodná jen naznačuje-li podrobně další rozhodovací praxi. V projednávané věci by proto došlo k porušení čl. 89 odst. 2 Ústavy, pokud by Nejvyšší správní soud založil odmítnutí respektu k judikatuře Ústavního soudu toliko na těch jím (nesprávně) vytýčených podmínkách, za jejichž splnění teprve prý může názor Ústavního soudu reflektovat. Protože však Nejvyšší správní soud kromě těchto tezí předložil vlastní konkurující úvahy, jimiž se snažil vyvrátit dosavadní judikatorní závěry Ústavního soudu, přičemž Ústavní soud je přesvědčen, že tyto úvahy prezentoval Nejvyšší správní soud v upřímném přesvědčení o jejich správnosti, přičemž je podložil dostačujícím odůvodněním, neshledal Ústavní soud porušení citovaného článku Ústavy. Konkurující úvahy Nejvyššího správního soudu jej však nepřesvědčily o potřebě modifikovat vlastní rozhodovací praxi opírající se o ústavněprávní výklad řešené problematiky.⁴⁵¹

Další významná rozhodnutí řeší opět dialog mezi Nejvyšším správním soudem a soudem Ústavním ohledně závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu a nutnosti jejich následování (příp. odůvodnění odchylky). Například v nálezu Pl. ÚS 4/06 Ústavní soud Nejvyššímu soudu připomněl, že pokud již v téže věci zrušil rozhodnutí Nejvyššího správního soudu a vytkl mu, že ignoroval právní názory, vyjádřené v nálezu ze dne 3. 6. 2003, sp. zn. II. ÚS 405/02, a tím „porušil... maximum plynoucí z čl. 89 odst. 2 Ústavy, dle níž jsou vykonatelná rozhodnutí Ústavního soudu závazná pro všechny orgány a osoby“, při rozhodování následně byl Nejvyšší správní soud vystaven požadavku ještě přísnějšímu, a to vázanost nálezem Ústavního soudu promítnout (a respektovat) nikoli coby „všeobecnou“, nýbrž jakožto „konkrétní“, založenou přímo ve věci posuzované, resp. jako „závaznosti, která – konkrétní

⁴⁵¹ K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 13. 11. 2007 sp. zn. IV. ÚS 301/05, který byl uveřejněn pod č. 190 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu.

a Ústavním soudem posouzené (rozhodnuté) věci (materie) se týká“ jež je obdobou vázanosti mezi soudními instancemi rozhodujícími v téže věci. Z toho plyne, že v dalším nemůže jít o znovuotevření otázek, posouzených předchozím kasačním nálezem v dané věci, nýbrž zásadně jen o konfrontaci následného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu s požadavky závaznosti tohoto nálezu, jak byly právě vyloženy.^{452 453}

4.3.6.2 Reflektování judikatury Ústavního soudu Nejvyšším soudem

Ačkoli je možné odkázat na delší judikatorní vývoj vztahů Nejvyššího a Ústavního soudu, k zajímavé situaci, která otevřela prostor pro posuzování vztahu judikatury v intencích, které dosud posuzovány nebyly, došlo v době velmi nedávné.

Výměna názorů ohledně možnosti velkého senátu překonat nález „malého“ senátu Ústavního soudu a preference následování plenárních nálezů Ústavního soudu, byla odstartována rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu ze dne 12. 11. 2014, sp. zn. 31 Cdo 1168/2013. Podle odůvodnění rozhodnutí tříčlenný senát Nejvyššího soudu č. 30, který měl podle rozvrhu práce projednat a rozhodnout o dovolání, dospěl při posouzení otázky nabytí vlastnického práva k nemovitosti od nevladníka podle občanského zákoníku č. 40/1964 Sb. s ohledem na dobrou víru nabyvatele v zápis do katastru nemovitostí, k odlišnému názoru od toho, jenž byl vyjádřen v četných rozhodnutích senátů č. 29, 30 či 22 Nejvyššího soudu.⁴⁵⁴

V předkládací zprávě senát č. 30 Nejvyššího soudu uvedl, že „s ohledem na čl. 89 odst. 2 Ústavy České republiky mu nezbyvá, než respektovat aktuální judikaturu Ústavního soudu, který např. v aktuálním nálezu

⁴⁵² K tomu srovnej nález Ústavního soudu ze dne 20. 3. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 4/06, který byl uveřejněn pod č. 54 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007.

⁴⁵³ Zkráceně byly tyto myšlenky formulovány rovněž v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 9. 2009, č. j. 6 A 76/2001 – 143, podle něhož lze prostor pro vedení věcného diskurzu Nejvyššího správního soudu s Ústavním soudem nalézat pouze ve věci, v níž tomu nebrání předchozí (a v téže věci vydaný) kasační nález Ústavního soudu.

⁴⁵⁴ Odůvodnění odkazuje konkrétně na rozhodnutí Nejvyššího soudu následujících spisových značek: sp. zn. 30 Cdo 4280/2009, sp. zn. 29 Cdo 3934/2009, sp. zn. 29 Cdo 603/2010, sp. zn. 29 Cdo 4730/2010, sp. zn. 30 Cdo 1523/2011, sp. zn. 30 Cdo 1587/2011, sp. zn. 30 Cdo 2010/2011, sp. zn. 29 Cdo 2015/2011, sp. zn. 29 Cdo 2018/2011, sp. zn. 30 Cdo 544/2012, sp. zn. 29 Cdo 642/2012, sp. zn. 22 Cdo 961/2012, sp. zn. 30 Cdo 2264/2012, sp. zn. 30 Cdo 2433/2013.

ze dne 17. 4. 2014, sp. zn. I. ÚS 2219/2012, zaujal právní názor, že „i podle úpravy účinné do 31. 12. 2013 bylo možné nabýt vlastnické právo k nemovitosti evidované v katastru nemovitostí od nevlastníka, a to na základě dobré víry nabyvatele v zápis do katastru nemovitostí.“ V tomto nálezu Ústavní soud vytěsnil jako nedůvodnou dosavadní judikaturu senátu č. 30 Nejvyššího soudu, vycházející ze závěru o nepřipustnosti nabytí nemovité věci od nevlastníka, byť zde existuje dobrá víra nabyvatele v zápis v katastru nemovitostí, a k tomu výslovně uvedl, že „Jakmile Ústavní soud po zralé úvaze odmítne konkrétní argument, který obecný soud nabízel jako konkurující úvahu, nemohou jej obecné soudy už znovu přednést.“ V naznačených souvislostech proto možnosti rozhodování „malého“ senátu (senátu č. 30) Nejvyššího soudu v otázce, jež byla řešena také Ústavním soudem se shora vyloženým přístupem k judikatuře Nejvyššího soudu, byly prakticky vyčerpány a senátu č. 30 nezbývá, než zaujmout shora uvedený právní názor, který je odklonem od jeho dosavadní rozhodovací praxe.“

Velký senát občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu, kterému byla věc postoupena podle § 20 zákona o soudech a soudcích, po rozsáhlém rozboru judikatury Nejvyššího soudu i dřívější judikatury Ústavního soudu i Evropského soudu pro lidská práva a právní doktríny uzavřel, že při neměnnosti předmětné právní úpravy je Nejvyšší soud povinen plně respektovat nikoli aktuální nález sp. zn. I. ÚS 2219/2012, nýbrž plenární nálezy Ústavního soudu ze dne 13. června 2006, sp. zn. Pl. ÚS 750/04, uveřejněného pod číslem 452/2006 Sb., a ze dne 16. října 2007, sp. zn. Pl. ÚS 78/06, uveřejněného pod číslem 307/2007, když plenární judikatura nadřazena i rozhodování malých senátů Ústavního soudu, což také ve své judikatuře i nadále činí.

Na závěry vyslovené v rozhodnutí velkého senátu Nejvyššího soudu ze dne 12. listopadu 2014 sp. zn. 31 Cdo 1168/2013 posléze Nejvyšší soud odkázal v usnesení ze dne 26. 11. 2014, sp. zn. 30 Cdo 3144/2014.

Reakce Ústavního soudu přišla záhy v podobě nálezu ze dne 26. května 2015, sp. zn. IV. ÚS 402/15. V odůvodnění Ústavní soud odkázal na nález Ústavního soudu ze dne 17. 4. 2014 sp. zn. I. ÚS 2219/11, ve kterém byl mimo jiné vyjádřen názor, že obecný soud je povinen respektovat vyložené a aplikované nosné právní pravidlo, o něž se opíral výrok nálezu Ústavního soudu, při rozhodování následujících skutkově obdobných případů s tím,

že odmítnout respektovat právní názor vyjádřený v nálezu Ústavního soudu může výjimečně v případech, že je z opodstatněných a důkladně vysvětlených důvodů přesvědčen o tom, že je nutno právní závěry prezentované Ústavním soudem revidovat. Tento postup ale již nelze použít v případech, že Ústavní soud navrhovanou konkurující úvahu odmítl.

Ústavní soud právní posouzení věci uvedenými soudy (včetně Nejvyššího soudu) hodnotil jako rozporné se závaznou judikaturou Ústavního soudu, a tedy za porušení principu závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu a rozhodl, že nálezy Ústavního soudu mají podle čl. 89 odst. 2 Ústavy ČR stejnou závaznost bez ohledu na to, zda se jedná o nálezy plenární či senátní, tedy obě tyto kategorie nálezů Ústavního soudu stojí na stejné úrovni a není pravdou, že by snad plenární nálezy byly nadřazeny senátním. Stejně označil za zcela mylnou a nemající ústavní či zákonnou oporu úvahu o tom, že by snad názor vyjádřený v rozsudku velkého senátu Nejvyššího soudu byl nadřazen názoru vyjádřenému v senátním nálezu Ústavního soudu, resp. že by rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu bylo možno (již jen proto, že se jedná o rozhodnutí velkého senátu Nejvyššího soudu) nerespektovat (při rozhodování následujících skutkově obdobných případů) názor vyjádřený v senátním nálezu Ústavního soudu a že tento konflikt je možno řešit pouze předložením věci plénu Ústavního soudu, nebo že by (tříčlenné) senáty Nejvyššího soudu nemohly (samy bez rozhodnutí velkého senátu Nejvyššího soudu) změnit svou judikaturu prostým převzetím názoru vyplývajícího z nálezu Ústavního soudu vydaného rovněž (tříčlenným) senátem. Uzavřel, že k posledně uvedenému jsou (tříčlenné) senáty Nejvyššího soudu, stejně jako sám velký senát Nejvyššího soudu, dokonce povinny.

Jakkoli tedy Ústavní soud ve svých rozhodnutích opakovaně zdůrazňuje, že jeho rozhodnutí nejsou absolutně nezměnitelná, z některých částí odůvodnění nálezu sp. zn. IV. ÚS 402/15 se tak může zdát, neboť ani velký senát Nejvyššího soudu argumentačně podloženým rozhodnutím „nepřesvědčil“ senát Ústavní soud (bez ohledu nad tím, zda o věci byl příslušný nebo nebyl rozhodovat velký senát kolegia), že je třeba změnit judikaturu založenou jedním nálezem malého senátu Ústavního soudu zpět ve smyslu dlouholeté ustálené (plenární) judikatury Ústavního soudu, ale i rozhodovací praxe Nejvyššího soudu.

4.4 Problematické aspekty změn judikatury

Předchozí odstavce byly věnovány institucionálnímu a zákonnému zakotvení změn judikatury soudů a dotvoření těchto pravidel samotnou judikaturou vrcholných soudů. V souvislosti s intertemporalitou judikatorních změn však dochází k některým problematickým situacím, resp. otevřeným otázkám, kterým budou věnovány následující odstavce.

4.4.1 Možné důsledky změny judikatury soudů

Jak bylo a je Ústavním soudem i ostatními vrcholnými soudy opakovaně zdůrazňováno, judikatura nemůže být bez vývoje a není vyloučeno, aby (a to i při nezměněné právní úpravě) byla nejen doplňována o nové interpretační závěry, ale i měněna.⁴⁵⁵ Zároveň však judikatura vyzývá k maximální zdrženlivosti, neboť každá změna rozhodovací soudní praxe, zvláště jde-li o praxi nejvyšší soudní instance povolání i k sjednocování judikatury nižších soudů, je jevem ve své podstatě nežádoucím, neboť takovou změnou je zjevně narušen jeden z principů demokratického právního státu, a to princip předvídatelnosti soudního rozhodování.⁴⁵⁶

Pokud dojde ke změně právního názoru v judikatuře soudů, resp. ke změně výkladu právních norem, může to mít vliv na hmotněprávní i procesní posouzení věcí, které se nacházejí v jiné fázi realizace, případně i soudního řízení.

Důsledkem změny judikatury soudů může být například zúžení prostoru uplatnění subjektivního práva, tedy situace, v níž žalobce (navrhovatel) uplatňuje subjektivní právo v dobré víře v souladu se soudní praxí, je však konfrontován s její zásadní změnou v jeho neprospěch. Judikatura dovodila, že v takovém případě musí být nutně posouzena kolize mezi hodnotou soudcovského dotváření práva na straně jedné a hodnotou právní jistoty a předvídatelnosti soudního rozhodování na straně druhé.⁴⁵⁷ Ústavní soud tak dovedl, že pokud byla žaloba podána v dobré víře,⁴⁵⁸ je k odstranění

⁴⁵⁵ Za všechny srov. alespoň nálezy Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2007 sp. zn. III. ÚS 117/07, který byl uveřejněn pod č. 104 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2007.

⁴⁵⁶ Viz nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 117/07 a II. ÚS 635/09, op. cit. 20.

⁴⁵⁷ Jak rozvedl Ústavní soud v nálezu ze dne 30. 4. 2013 sp. zn. I. ÚS 2382/12, který byl uveřejněn pod č. 71 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2013.

⁴⁵⁸ Např. v této věci v dobré víře, že jeho právo na nemajetkovou újmu promlčeno není.

nerovného postavení účastníků řízení soud oprávněn přihlédnout i konstatováním, že uplatnění námitky promlčení je v rozporu s dobrými mravy.⁴⁵⁹ Že je v otázce promlčitelnosti či nepromlčitelnosti nutnost zohlednit i dobrou víru a právní jistotu stěžovatelky Ústavní soud akcentoval i v rozhodnutí IV. ÚS 334/11, s douškou, že samotná změna judikatury bez dalšího by nemohla vést ke kasaci napadených rozhodnutí, nicméně v daném případě je třeba k ní přihlédnout tak, aby bylo dosaženo účelu občanského soudního řízení, při respektu k základním právům účastníků sporu, a aby řízení jako celek bylo spravedlivé.⁴⁶⁰

Další otázky vyvolané změnami judikatury mohou mít charakter procesně-právní otázky. V období (časové prodlevě) mezi podáním opravného prostředku a rozhodováním o něm může dojít ke změně judikatury v otázce přípustnosti tohoto opravného prostředku. Zde Ústavní soud dospěl k závěru, že je-li důsledkem změny judikatury odepření soudního přezkumu takového (v tomto případě správního) rozhodnutí, které v minulosti soudně přezkoumáváno bylo, čili jinak řečeno, je-li tímto důsledkem odepření práva na přístup k soudu, a to byť i jen soudem tvrzeně dočasného (tj. ve správní větvi soudnictví), že před přijetím napadeného rozhodnutí mělo být v procesu před Nejvyšším správním soudem vedeným aplikováno ustanovení § 17 odst. 1 soudního řádu správního, jež je pro Nejvyšší správní soud právě tím závazným pravidlem pro přijímání od dosavadní judikatury se lišícího rozhodnutí.⁴⁶¹

Pro účastníky řízení, avšak nikoli pro vrcholné soudy, méně významná je otázka, zda věc předkládat či nepředkládat velkému senátu, pokud právní závěr, od něhož se tříčlenný senát chtěl odchýlit, byl v mezidobí sjednocen rozšířeným senátem či velkým senátem v jiné věci. Z rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 24. 3. 2006 č. j. 6 Ads 19/2005-123 je zřejmé, že pokud došlo po vyslovení závazného právního názoru Ústavního soudu o povinnosti předložit věc rozšířenému senátu ke změně procesní situace v tom, že rozšířený senát o sporné právní otázce rozhodl, není dána jeho věcná působnost,

⁴⁵⁹ Viz nález Ústavního soudu IV. ÚS 2842/10, op. cit..

⁴⁶⁰ K tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 26. 11. 2012, sp. zn. IV. ÚS 334/11, který byl uveřejněn pod č. 194/2012 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu, roč. 2012.

⁴⁶¹ Srov. nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 117/07, op. cit..

neboť svým rozhodnutím již odlišné právní názory jednotlivých senátů na posuzovanou otázku sjednotil, a chybí tak základní předpoklad jeho rozhodování stanovený v § 17 soudního řádu správního.⁴⁶²

Další z otázek, která se nabízí je, s ohledem na to, že v mezidobí mezi podáním žaloby či opravného prostředku může dojít ke změně judikatury, k jakému datu je třeba posuzovat otázku přípustnosti a důvodnosti opravného prostředku.

Podle komentářové literatury k institutu dovolání⁴⁶³ dříve závěr o zásadním významu právní otázky, v dnešní době závěr o tom, že rozhodnutí odvolacího soudu, kterým se řízení končí, spočívá na vyřešení otázky, při jejímž řešení se odvolací soud odchýlil od ustálené rozhodovací praxe dovolacího soudu nebo která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo je dovolacím soudem rozhodována rozdílně anebo má-li být dovolacím soudem vyřešená právní otázka posouzena jinak, činí dovolací soud podle stavu věci⁴⁶⁴ v době, kdy přijímá rozhodnutí o dovolání, a nikoliv podle stavu věci v době, kdy bylo vydáno napadené rozhodnutí odvolacího soudu nebo kdy bylo dovolání podáno.⁴⁶⁵

Dovolání, které účastník podal v době, kdy otázka řešená napadeným potvrzujícím rozsudkem odvolacího soudu zásadní význam po stránce právní (obdobně i za současného vymezení přípustnosti dovolání) měla, proto může být odmítnuto, jestliže v mezidobí (než dovolací soud takové dovolání projednal a rozhodl o něm) jiný (nebo i týž) senát dovolacího soudu v jiné dovolací věci tutéž otázku zodpověděl ve shodě s dovoláním napadeným rozhodnutím nebo byla-li v mezidobí praxe soudů všech stupňů usměrněna (sjednocena) ve shodě s dovoláním napadeným rozsudkem rozhodnutím některého z nižších soudů (soudu prvního stupně nebo odvolacího soudu), které bylo Nejvyšším soudem přijato a za účelem sjednocení

⁴⁶² Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 3. 2006, č. j. 6 Ads 19/2005-123, který byl uveřejněn pod č. 1774 ve Sbírce soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, roč. 2009.

⁴⁶³ DRÁPAL, L. In: BUREŠ, J., DRÁPAL, L. *Občanský soudní řád: komentář. Díl 1 a 2*. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 1886. Obdobně také HAMULÁKOVÁ, K. In: SVOBODA, K. et al. *Občanský soudní řád: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2013, s. 734-738.

⁴⁶⁴ Resp. podle stavu její zásadní významnosti „ve věci samé“ po stránce právní.

⁴⁶⁵ V komentářové literatuře se lze setkat i s názorem odlišným viz Jakšič in DAVID, L. et al. *Občanský soudní řád: komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009.

judikatury uveřejněno ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, stanoviskem Nejvyššího soudu zaujatým podle § 14 odst. 3 zákona o soudech a soudcích, nálezem Ústavního soudu nebo rozhodnutím některého z nadnárodních soudů (Evropského soudu pro lidská práva, Evropského soudního dvora⁴⁶⁶).⁴⁶⁷

Obráceně pak platí, že i když účastník podal dovolání v době, kdy otázka řešená napadeným potvrzujícím rozsudkem odvolacího soudu zásadní význam po stránce právní právní (obdobně i za současného vymezení přípustnosti dovolání) mít nemohla, v mezidobí (než dovolací soud takové dovolání projednal a rozhodl o něm) rozsudek odvolacího soudu zásadního významu „ve věci samé“ po stránce právní nabyt, např. tím, že jiný senát odvolacího soudu v jiné dovolací věci vyslovil o této právní otázce názor odlišný od dřívějšího rozhodnutí Nejvyššího soudu, čímž založil rozdílnost rozhodovací praxe Nejvyššího soudu, nebo že se ukázalo potřebné dosavadní judikatorní závěry korigovat, je takové dovolání přípustné.⁴⁶⁸

4.4.2 Jak překonat závěr přijatý procedurou pro změnu judikatury?

Jelikož střet požadavku právní jistoty a nutnosti reagovat na změny ve společnosti vedl k zavedení mechanismů (procedurálních pravidel) „institucionalizované“ změny judikatury, nabízí se otázka, jakým způsobem je možné překonat názor vtělený do rozhodnutí velkého či rozšířeného senátu, stanoviska soudu či do rozhodnutí publikovaného v oficiálních sbírkách, ať již v oblasti civilního, trestního, správního či ústavního soudnictví.

V případě Ústavního soudu již bylo uvedeno, že i v případě, že již v dané otázce zaujalo plénum stanovisko, se senát může na plénum v případě, kdy shledá důvody pro odchýlení se od tohoto závěru, obrátit znovu, a to s ohledem na to, že stanovisko je pouze oficiální formulací názoru pléna Ústavního soudu na to, jak by měla být sladěna judikatura Ústavního soudu a nejedná se o právní názor v pravém smyslu slova, neboť není součástí nálezu.⁴⁶⁹

V případě Nejvyššího soudu je situace již komplikována tím, že se vedle procesního mechanismu změny judikatury může uplatnit i způsob

⁴⁶⁶ Nyní soudního dvora Evropské unie.

⁴⁶⁷ DRÁPAL, L. In: BUREŠ, J., DRÁPAL, L. DRÁPAL, L., op. cit., s. 1886.

⁴⁶⁸ Tamtéž.

⁴⁶⁹ K tomu srov. FILIP, J., op. cit., s. 99-108.

mimoprocesní, a to zaujetí stanoviska podle zákona o soudech a soudcích (případně i publikace vybraných rozhodnutí a stanovisek ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu). Nabízí se proto hned několik otázek, například zda se může tříčlenný senát odchýlit od právního názoru zaujatého v rozhodnutí velkého senátu. S ohledem na formulaci zákona o soudech a soudcích to patrně vyloučeno není. V takovém případě by měl tříčlenný senát, kterému věc podle rozvrhu práce napadla a který doznal, že jsou dány důvody pro odchýlení se od závěru přijatého velkým senátem kolegia, předložit věc opět velkému senátu, který by měl posoudit, zda jsou skutečně důvody pro překonání dřívějšího právního závěru a případně svůj dřívější právní závěr změnit. Další otázkou je, zda se může tříčlenný senát odchýlit od právního názoru vyjádřeného ve stanovisku Nejvyššího soudu. Zákon o soudech a soudcích na takovou situaci nepamatuje, když řeší pouze situaci, kdy stanovisko sjednotí rozhodovací činnost a již není nutné iniciovat rozhodování velkého senátu. Ačkoli se z tohoto pohledu mohou stanoviska kolegia či pléna Nejvyššího soudu jevit jako argumentačně silnější, možnost odchýlit se od názoru zaujatého ve stanovisku by neměla být tříčlenným senátům odepřena, avšak i v takovém případě by bylo zřejmě namístě věc předložit k rozhodování velkému senátu. Jakkoli se v případě třetího ze způsobů sjednocování judikatury nejedná vyloženě o platformu pro změnu judikatury, okolnost, které rozhodnutí bylo publikováno a které nikoli, bezesporu ovlivňuje to, co rozumíme pod pojmem ustálená judikatura, neboť nepublikovaná, a tudíž veřejnosti neznámá rozhodnutí, lze pouze stěží označit za argumentačně závazná. V této souvislosti se tak nabízí otázka, zda se může tříčlenný senát odchýlit od právního názoru, který byl schválen pro publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a nálezů. Odpověď bude opět kladná, ale i skutečnost, že rozhodnutí prošlo poměrně složitým procesem, který je s výběrem rozhodnutí pro publikaci v oficiální sbírce spojen, znamená, že bude obtížné odůvodnit, v čem senát spatřuje důvody pro *overruling* publikovaného rozhodnutí.

Obdobné otázky (s obdobnými odpověďmi) se nabízí i v případě rozhodování Nejvyššího správního soudu.

4.4.3 Předkládat nebo nepředkládat velkému/rozšířenému senátu?

Eliška Wagnerová, když v článku publikovaném v roce 2000 pledovala za zřízení velkých senátů u Nejvyššího soudu, již řešila hypotetickou otázku, jaký by byl správný postup Nejvyššího soudu v případě, kdy by Ústavním soudem bylo zrušeno rozhodnutí senátu Nejvyššího soudu, který poté znovu ve věci rozhoduje, byť vázán názorem Ústavního soudu, přičemž došla k závěru, že s ohledem na to, že je toto rozhodnutí třeba chápat jako rozhodnutí Nejvyššího soudu, chtěl-li by se v obdobné nové věci jiný senát Nejvyššího soudu odchýlit od takového judikátu Nejvyššího soudu, předal by věc velkému senátu k rozhodnutí. Neztotožnil-li by se velký senát s původním názorem Ústavního soudu promítnutým do původního senátního rozhodnutí Nejvyššího soudu, měl by účastník otevřenou cestu k Ústavnímu soudu. Ten by mohl v takovém opakovaném případě rozhodnutém velkým senátem Nejvyššího soudu rozhodovat v plénu. Pokud by i poté plénum Ústavního soudu setrvalo u původního názoru svého senátu a zrušilo rozhodnutí velkého senátu Nejvyššího soudu, rozhodoval by tento velký senát znovu, jsa vázán názorem Ústavního soudu, avšak opět by šlo o rozhodnutí Nejvyššího soudu. Každá další obdobná věc by mohla být senátem Nejvyššího soudu předána velkému senátu jen z jiných důvodů, než které byly uvedeny v jeho předchozím rozhodnutí.⁴⁷⁰

Svůj návrh procesního postupu *de lege ferenda* vedoucí ke sjednocování judikatury zdůvodnila Eliška Wagnerová tím, že lépe vystihuje charakter a podstatu kontinentálně evropského právního systému, jakož i skutečností, že Ústavní soud není součástí soustavy obecných soudů, nýbrž zvláštním ústavním orgánem dohlížejícím na ústavnost jednání všech orgánů veřejné moci ve státě.⁴⁷¹

Tato otázka se samozřejmě stala po zřízení velkých a rozšířených senátů posléze velmi aktuální, a zatímco v rozhodovací praxi Nejvyššího soudu se ustálil závěr, že rozpory v rozhodovací činnosti Nejvyššího soudu přísluší řešit velkému senátu Nejvyššího soudu a prosté převzetí názoru Ústavního

⁴⁷⁰ Srov. WAGNEROVÁ, E. Otázka možnosti uplatnění precedentu v českém právním řádu. *Právní rozhledy* č. 1, roč. 2000, s. 1.

⁴⁷¹ DRÁPAL, L. In: BUREŠ, J., DRÁPAL, L. *Občanský soudní řád: komentář. Díl 1 a 2*. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 1886. Obdobně také HAMULÁKOVÁ, K. In: SVOBODA, K. et al. *Občanský soudní řád: komentář*. Praha: C.H. Beck, 2013, s. 734 - 738.

soudu tříčlenným senátem Nejvyššího soudu ke sjednocení rozhodování nepostačuje,^{472 473} v případě Nejvyššího správního soudu se ustálil postup odlišný.⁴⁷⁴ Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu věcná příslušnost rozšířeného senátu podle § 17 odst. 1 soudního řádu správního není dána, pokud se tříčlenný senát Nejvyššího správního soudu hodlá odchýlit od dřívější judikatury tohoto soudu nikoli pro svůj nesouhlas s právními názory vyjádřenými v dosavadní judikatuře Nejvyššího správního soudu, nýbrž v důsledku vázanosti nálezy Ústavního soudu. Svůj postup odůvodnil tím, že se ohnisko odlišnosti právních názorů nenachází v interní sféře Nejvyššího správního soudu, což by vyvolalo nutnost sjednocení judikatury právě aktivací rozšířeného senátu, nýbrž je dáno judikaturou Ústavního soudu a spočívá tedy ve vnějším a na vůli Nejvyššího správního soudu nezávislém faktoru, ve svých faktických důsledcích srovnatelném se změnou právní úpravy nebo s rozhodovací činností mezinárodních soudů.⁴⁷⁵

Nejvyšší správní soud se rovněž vypořádal s otázkou, co se stane, pokud dojde po postoupení věci tříčlenným senátem rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu ke změně poměrů v tom, že o sporné právní otázce rozhodne Ústavní soud nálezem. S ohledem na to, že nález Ústavního soudu je závazným pro všechny orgány a osoby (§ 89 odst. 2 Ústavy České republiky), zanikne příslušnost rozšířeného senátu k rozhodování (§ 17 soudního řádu správního), a ten věc bez dalšího vrátí tříčlennému senátu k projednání a rozhodnutí.⁴⁷⁶

4.4.4 Rekodifikace soukromého práva a změny judikatury

Již dlouho předtím než zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, a další předpisy, které souhrnně řadíme do kategorie rekodifikace soukromého

⁴⁷² Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13. 6. 2012 sp. zn. 31 Cdo 2805/2011, který byl uveřejněn pod č. 121 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, roč. 2012.

⁴⁷³ Výše uvedený postup Nejvyššího soudu byl však označen za nesprávný nálezem Ústavního soudu ze dne 26. 5. 2015, sp. zn. IV. ÚS 402/15, op. cit.

⁴⁷⁴ Na tuto skutečnost upozornil Vojtěch Šimíček na blogu Jiné právo. Srov. ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Dvě cesty k jednomu řešení* [online]. Jiné právo [cit. 23. 10. 2015]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2008/06/dv-cesty-k-jednomu-ecen.htm>

⁴⁷⁵ Viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2006, č. j. 2 Afs 66/2004-53, které bylo uveřejněno pod č. 1833 ve Sbírce soudních rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, roč. 2009.

⁴⁷⁶ Viz usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2009, č. j. 2 As 35/2008-56.

práva, vstoupil v účinnost, vytanula mnohým na mysl otázka další použitelnosti judikatury, která se v průběhu let utvářela k zákonu č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, zákonu č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, a dalším.⁴⁷⁷

Ačkoli bylo s odkazem na judikaturu Ústavního soudu řečeno, že jedním z důvodů pro změnu judikatury je i změna právní úpravy, ne vždy formální změna vede i ke změně obsahové, a v takovém případě je na místě (s ohledem na požadavek předvídatelnosti soudního rozhodování a právní jistoty) na zaujatém právním výkladu setrvat. Zdeněk Kühn rozvádí (a s tímto názorem nelze nesouhlasit), že pokud soud na zaujatém názoru nesetrvá, jedná se o prostý nesouhlas soudce s dosavadní judikaturou, a v takovém případě bude nutné iniciovat rozhodování velkého senátu. Pokud dojde ke změně obsahové, autorita předchozího judikátu padá, rozhodování o dané otázce tak bude rozhodováním o otázce, která dosud nebyla řešena.⁴⁷⁸

4.5 Závěr

V daném textu byly prostřednictvím odkazů na doktrínu i judikaturu osvětleny mechanismy, které se v průběhu času vyvinuly k regulaci, resp. limitaci změn judikatury ve jménu předvídatelnosti soudního rozhodování. Je však zřejmé, že se nejedná o oblast statickou a že je pravděpodobné, že v této oblasti bude docházet zejména v oblasti judikatorní k dalšímu vývoji a zpřesňování odpovědí na otázky, které byly zatím položeny pouze doktrínou. Podnětem, který má velký potenciál vyvolat akademickou diskuzi k této problematice,⁴⁷⁹ je zakotvení zásady předvídatelnosti soudního rozho-

⁴⁷⁷ Svědčí o tom například publikace HULMÁK, M., BEZOUSKA, P. *Stará judikatura ve světle nových zákonů*. Olomouc: Iuricidum Olomoucense, o. p. s., 2012. Nebo příspěvek Z. Kühna na blogu Jiné právo. KÜHN, Z. Nový kodex a stará judikatura [online]. Jiné právo [cit. 23. 10. 2015]. Dostupné z: http://jinepravo.blogspot.cz/2012/09/novy-kodex-stara-judikatura_11.html

⁴⁷⁸ KÜHN, Z. Nový kodex a stará judikatura. [online]. Jiné právo [cit. 23. 10. 2015]. Dostupný z: http://jinepravo.blogspot.cz/2012/09/novy-kodex-stara-judikatura_11.html

⁴⁷⁹ Jak je zřejmé i z četných článků, které se výkladu § 13 občanského zákoníku po jeho vstupu v platnost věnovali. Za všechny viz VRCHA, P. K předvídatelnosti soudního rozhodování (k výkladu § 13 nového občanského zákoníku). ASPI – původní nebo upravené texty pro ASPI, ASPI ID LIT47374CZ; DAVID, L. Právo na předvídatelné rozhodnutí jako základní soukromé právo. *Právní rozhledy*, 2012, č. 5, s. 181 a násl.; KRIVÁČKOVÁ, J. Vliv § 13 navrhovaného navrhovaného občanského zákoníku na na soudní rozhodování v civilním soudním řízení. *Právní fórum*, roč. 2011, č. 8, s. 382 a násl.

dování v ustanovení § 13 občanského zákoníku. Dalším podnětem může být interpretace a aplikace nového občanského zákoníku a předpokládaný trend setrvávat na již přijaté interpretaci právních norem, spíše než se od ní odchylovat.⁴⁸⁰

Na tomto místě nezbývá než vyslovit přání, které výstižně formuloval Ludvík David, aby se soudci zdokonalovali v používání precedentů, nezpohodlněli u dosavadních a přicházeli do jednacích síní také s novými a třeba i kontroverzními tezemi. Jinak se některé české precedenty mohou stát berličkami, o něž se oprou i případy, k jejichž řešení se ještě nedávno „vzorové“ judikáty vůbec nebudou hodit.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Jak upozorňuje např. SVOBODA, K. Úskalí velké rekodifikace z pohledu procesualisty. In SVOBODA, Karel. *Nové instituty českého civilního procesu*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012. s. 215 - 216.

⁴⁸¹ DAVID, L. Právo na předvídatelné rozhodnutí jako základní soukromé právo. in DAVID, L., op. cit., s. 37.

5 ČÍM JE SOUDCOVSKÁ TVORBA PRÁVA OVLIVŇOVÁNA?

5.1 Význam empirického výzkumu v metodologii právní interpretace⁴⁸²

5.1.1 Úvod

Účelem celé této publikace je předložit čtenáři problematiku nových trendů v soudcovské tvorbě práva. Tato kapitola si dává za cíl nabídnout nástroj k uchopení této problematiky. Přestože bude do značné míry teoretická, stále bude zaměřená na současnou praxi, resp. sledování jejího vývoje.

Nejprve bude položena otázka na důležitost empirického výzkumu v právu a jeho možnou využitelnost pro právně-teoretická témata. K jejímu zodpovězení bude třeba charakterizovat empirický výzkum a metody, které jsou k jeho zpracování použitelné. Bude také zmíněno, jaký důraz (zejména ze zahraničí) je na empirický výzkum v právu v posledních letech kladen, i důležitost a využitelnost výsledků takovýchto šetření.

Následně tato kapitola ve stručnosti zmíní metodologie interpretace práva, které jsou v současné době uznávány, čím vším je interpret krom doktríny ovlivňován během interpretačního postupu, jaké vlivy mohou mít dopad na míru odchýlení se od právního textu, a co přibližně určuje limit mezi právní interpretací a něčím, co by se dalo nazvat improvizací v soudní praxi. Na toto téma bude kladen větší důraz.⁴⁸³

⁴⁸² Druhá část této podkapitoly (stejně jako některé myšlenky z části třetí) vychází téměř výhradně z autorovy rigorózní práce na téma “*Law and Music: Interpretation and Improvisation – a comparative study*”, odevzdané na Katedře právní teorie Masarykovy univerzity v Brně, jejíž obhajoba v době psaní této publikace ještě neproběhla. MALANÍK, Michal. *Právo a hudba: Interpretace a improvizace - komparativní studie*. Brno, [cit. 2015-09-30]. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Miloš Večeřa. Dostupné [online] z: http://is.muni.cz/th/348679/pravf_r/

⁴⁸³ Z formálního hlediska je vhodné zdůraznit, že tato část kapitoly vychází téměř výhradně z autorovy rigorózní práce na téma “*Law and Music: Interpretation and Improvisation – a comparative study*”, odevzdané na katedře právní teorie Masarykovy univerzity v Brně, jejíž obhajoba v době psaní této publikace ještě neproběhla.

V samém závěru kapitola propojí předchozí části do zdůvodnění důležitosti empirického výzkumu v oblasti metodologie interpretace práva a nabídne několik možných předběžných závěrů, které se dají rozumně očekávat.

5.1.2 Empirický výzkum

Byť je možné prvky moderního empirického výzkumu v právu sledovat až k Americkému právnímu realismu a rozdělování na „law in books“ a „law in action“, současný poměrně mohutný trend snah o lepší chápání fungování práva v praxi je poněkud mladší. V průběhu minulého století se z právního empirismu stala jedna z důležitých oblastí studovaných právními akademiky.⁴⁸⁴ Zejména v USA se z několika nadšenců zajímajících se nebo provádějících empirický výzkum v právu stal proud (Empirical Legal Studies), který jednak vydává od roku 2004 časopis, ale také pořádá počínaje rokem 2006 každoroční konferenci na toto téma.⁴⁸⁵ Byť v ostatních zemích (přinejmenším těch anglicky mluvících) je situace mírně odlišná, všeobecně lze říci, že empirický výzkum v právu začal být chápán jako podstatná složka v procesu objektivního porozumění právu jak pro praxi, tak i zpětně pro právní akademiky. Pravděpodobně také proto se od počátku 21. století začíná objevovat více a více kurzů zaměřených na empirismus v právu na (zahraničních) právnických fakultách. Do našich škol tyto snahy zatím nepronikly, přestože v USA se předpokládá, že v průběhu nejbližších desetiletí se kurzy na empirický výzkum v právu budou vyučovat na všech významných fakultách.⁴⁸⁶ Zvýšený význam empirického výzkumu v právu a zájem o něj Michael Heise nazývá „novým empirismem“.⁴⁸⁷

Čím je ale empirický výzkum tolik prospěšný? Co je na něm tak neobvyklého, že se stále častěji využívá jiných forem zkoumání? A je vůbec využitelný pro něco tak obecného, jako je právní teorie, či něco tak individuálního, jako

⁴⁸⁴ HEISE, Michael. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism. *Cornell Law Faculty Publications. Paper 733*. str. 819 [cit. 27. 8. 2015]. [online]. Dostupné z: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1522&context=facpub>

⁴⁸⁵ CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Str. 2.

⁴⁸⁶ HEISE, Michael. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism. *Cornell Law Faculty Publications. Paper 733*. str. 825 [cit. dne 27. 8. 2015]. [online]. Dostupné z: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1522&context=facpub>

⁴⁸⁷ Tamtéž. str. 820.

je soudní rozhodování? Všechny tyto otázky by mohly být zodpovězeny charakterizováním empirického výzkumu a popisem některých metod, kterých se při jeho provádění užívá. Empirický výzkum prováděný v oblasti práva má totiž prakticky nevyhnutelně interdisciplinární přesahy. Jsou při něm využívány znalosti a techniky z oblasti sociologie, psychologie, ekonomie, politologie, ale třeba také i historie, sociální antropologie a dalších oborů. Už jen při čtení těchto řádků musí být čtenáři jasné, proč empirické výzkumy neprovádí každý – většinou totiž schází dostatečné vzdělání (byť není nezbytně nutné). V zahraničí jsou empirické výzkumy prováděny za spolupráce akademiků z různých oblastí studia společenských věd. Problémem ovšem je, že data, která jsou pro hodnocení potřebná, je často velmi časově i finančně náročné získat.⁴⁸⁸ Na druhou stranu, potenciál těchto výsledků obohatit znalosti o právu (v praxi), potažmo obohatit právo jako takové, je neocenitelný a v současné době zároveň i nedocenený. Právě díky interdisciplinárnímu přístupu k problematice fungování práva je možné doslova zažít fungování právních institucí, jak jej prožívají například úředníci nebo soudci a jak je jejich chování ovlivněno v návaznosti na tyto předchozí zkušenosti.⁴⁸⁹ D. J. Galligan k tomu dodává, že empirický výzkum je formou testování, jak úspěšně je právo při plnění cílů, které jsou mu předurčeny a taky nástrojem k odhalování jeho nedostatků a chyb.⁴⁹⁰

5.1.2.1 Metody a zaměření empirického výzkumu

Centrálním významem empirického výzkumu v oblasti práva je tedy poskytování nových a přesnějších informací o právu a procesech, které v právu probíhají.⁴⁹¹ V zahraničí byla provedena relativně velká spousta výzkumů nejrozličnějšího zaměření. Od poutavých témat trestního práva, přes otázky zaměřené na efektivnost institucí v právu správním až po ověřování hypo-

⁴⁸⁸ Tamtéž. Str. 829. Na stejném místě také hovoří o srovnání mezi financováním výzkumů v jiných oblastech a přichází s poměrně poutavým srovnáním – Jeden významný výzkum v oblasti fyziky je v USA stejně finančně náročný jako všechny výzkumy v právu dohromady.

⁴⁸⁹ GALLIGAN, D. J. *Legal Theory and Empirical Research*. In: CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford. 2010. Oxford. University Press. str. 983.

⁴⁹⁰ Tamtéž. str. 983.

⁴⁹¹ BRADNEY, Anthony. *The Place of Empirical Legal Research in the Law School Curriculum*. In: CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Str. 1035.

téz na poli lidských práv či např. práv na ochranu mladistvých. Co je ale zajímavé – nepoměrně méně jich bylo provedeno v oblasti právní teorie. Důvodů může být několik.

Galligan si také povšiml, že stejně jako ti, kteří provádí empirický výzkum v právu, mají ve zvyku ignorovat právní teorii, tak i právní teoretici mají pramalý zájem o empirický výzkum.⁴⁹² Stejně jako on si však nemyslím, že tento stav je správný, ani že v této fázi dlouho zůstane. Teorie práva se zabývá zpravidla těmi nejobecnějšími otázkami, zatímco empirický výzkum začíná definováním jedné, zpravidla velmi konkrétní, otázky. Co je tedy třeba – najít dostatečně obecnou oblast, aby zajímala teoretiky a zároveň dostatečně konkrétní, aby se na ni vůbec dalo smysluplně odpovědět. Jednou takovou je právě metodologie právní interpretace. Otázka směřující na význam provádění takového výzkumu se může zdát být podstatná, nicméně, jak v této kapitole bude snad dostatečně předvedeno, v konečné fázi zbytečná. Prozatím ji adresuje pouze předpoklad, že výsledky empirického výzkumu v oblasti právní teorie stimulují provádění teoretických reflexí.

Jakým způsobem se ale takový výzkum dá provést? Existuje několik metod. Tradiční rozdělení, užívané např. v sociologii, na kvalitativní a kvantitativní v tomto typu výzkumu stačit nebude. Má-li být empirický výzkum důsledný a jeho výsledky o něčem vypovídat, musí využít více metod, nikoli jen jedné.⁴⁹³ Laura Beth Nielse hovoří například o experimentálním schématu (které slouží jako uměle vytvořené podmínky, v nichž se výzkum provádí, což může mít negativní dopad na chápání podmínek mimo experiment), průzkumech (zaměřujících se na určitou úzkou skupinu či fungující institut, přičemž vypovídající hodnota je pouze soudobá), kvalitativních hloubkových rozhovorech (díky kterým je nabídnut subjektivní vhled do různých zkoumaných procesů, zároveň však může klesat reprezentativnost výsledků), a systematické a kritické analýze dokumentů a historiografii (které poskytou nejlepší porozumění formálních procesů).⁴⁹⁴

⁴⁹² GALLIGAN, D. J. Legal Theory and Empirical Research. In: CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Str. 991.

⁴⁹³ NIELSEN, Laura Beth. The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research. In: CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Str. 952.

⁴⁹⁴ Tamtéž. Str. 953.

V empirickém výzkumu metodologie interpretace se jistě nejvíce zužitkuje poslední zmíněná metoda. Nicméně nebude možné zapomínat na skutečnost, že i soudní rozhodnutí je nutno chápat v tomto duchu jako jakési artefakty vypovídající o proběhlém procesu, které jsou určitým způsobem zabarvené, a tedy mohou sloužit jako zdroj dat k hlubší analýze, nikoli jako objektivní pravda samy o sobě.⁴⁹⁵ Každá ze zmíněných metod má ale svá pro a proti a bylo by chybné zvolit jen jednu a ignorovat přístupy ostatní, které by mohly poskytnout lepší pochopení problematiky skrze jiné techniky.

5.1.3 Interpretace

Interpretace práva je z hlediska činností soudce naprosto stěžejní. Tato část kapitoly se nebude snažit o formulaci nové definice interpretace práva, ani o dlouhé překládání teorií již užívaných. Pro účely této kapitoly chápeme interpretaci práva ne toliko teorií uváděnou subsumpci skutkového stavu pod rozsah právní normy, jako spíš o překlad, přetransformování obecného právního textu z jeho původní podoby do podoby aplikovatelné na konkrétní situaci a jeho následného předvedení publiku.⁴⁹⁶ Problematiku právních norem nechme raději stranou a pouze dále předpokládáme, že je správný názor označující právní text pouze za výpověď o normě. Martin Škop uvádí, že právo můžeme považovat za velmi specifický umělecký žánr,⁴⁹⁷ a také, že právní interpret, aniž by si to musel nutně uvědomovat, často přistupuje k právu jako k literárnímu textu.⁴⁹⁸ Hans-Georg Gadamer pro takové texty zdůrazňuje translační a transformační funkce interpretace, když tvrdí, že jej interpret musí slyšet nahlas, a že jej niterně spolu se čtením spoluvyslovuje. Současně tvrdí, že literární text už neodkazuje na původní řečový akt, ale je pro všechny takové budoucí předpisem.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Srov. s NIELSEN, Laura Beth. The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research. In: CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Str. 954.

⁴⁹⁶ Kterým je, opět pro účely této kapitoly, chápán kdokoli, kdo čte výsledný interpretační výstup – tedy zejména rozhodnutí.

⁴⁹⁷ ŠKOP, Martin. *Právo a vášeň*. Brno: Masarykova univerzita, 2011. Str. 8.

⁴⁹⁸ ŠKOP, Martin. *Právo, jazyk a příběh*. Praha: Auditorium, 2013. Str. 69.

⁴⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Text a Interpretace*. Přeložil Ivan Chvatlík. Reflexe 21/2000. [cit. 22. 3. 2014]. Dostupné [online] z: <http://www.reflexe.cz/File/reflexe21/gadamer-text%20a%20interpretace.pdf>. S. 25-26.

Chápeme-li interpretaci práva ve výše naznačeném duchu, interpretem práva může být kdokoli. Pro účely této publikace je ale jedna pozice stěžejní – pozice soudce. Lubomír Janoušek říká, že interpretace prováděná soudy je z pohledu ovlivňování reálných společenských vztahů tou nejdůležitější.⁵⁰⁰ Oni stojí v pozici, která přichází s interpretacemi majícími závazný charakter⁵⁰¹ a zároveň jejich publikum (zejména pokud bereme v potaz soudy nejvyšší) je nejšířší. To, jakým způsobem se ale k výsledným interpretačním výstupům dostávají, už tak jasné není.

5.1.3.1 Metodologie právní interpretace

Teorie práva poskytuje jeden z mnoha podkladů pro soudní rozhodování. Byť by rozhodnutí mělo být složeno z jednotlivých argumentů celkově logicky strukturovaných do přesvědčivého textu (odůvodnění), tou opravdu zajímavou oblastí vhodnou ke zkoumání je – jakým způsobem jsou tyto argumenty tvořeny, potažmo podle jakého vzoru jsou vybírány ty finálně použité a proč jsou upřednostňovány před jinými.

V našich podmínkách kontinentálního systému práva interpreta zajímá především právní text. V něm hledá právní úpravu situací, které mají být regulovány. Právní text soudce čte a také jej nejčastěji interpretuje. V něm hledá abstraktní právní normu. Jan Wintř k tomuto uvádí, že je třeba, aby výsledek právní interpretace bylo řešení jednoznačné, pokud možno jednoduché a předem odhadnutelné. K takovému usměrňování právě právní teorie poskytuje metodologii interpretace práva, která má interpreta omezit a poskytnout mu rámec, ve kterém by se měl v rámci svého působení pohybovat a který by neměl překročit.⁵⁰² Zde se dotýkáme rozporu mezi dvěma základními směry chápání interpretace práva. Zdeněk Kühn je představuje jako kognitivismus, podle kteréhož je funkcí interpretace pouze definovat již existující obsah právního textu,⁵⁰³ a nonkognitivismus, dávající interpretovi

⁵⁰⁰ JANOUŠEK, Lubomír. Ústavní soud ČR – pozitivní zákonodárce. In: KLÍMA, Karel (ed.). *Interpretace práva ústavními soudy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. Str. 29.

⁵⁰¹ Byť zpravidla jen pro určitý okruh osob.

⁵⁰² Srov. s WINTŘ, Jan. *Vstupní úvahy o metodologii interpretace práva*. VŠEHRD 11/2010. [cit. 22. 3. 2014], [online]. Dostupné z: <http://casopis.vsehrd.cz/2010/11/vstupni-uvahy-o-metodologii-interpretace-prava/>

⁵⁰³ KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*. Nakladatelství Karolinum. Praha. 2002. str. 24.

do rukou možnost text obohatit a doplnit tak existující právo, přičemž tak činí v provázanosti s hodnotami, které zastává – interpretace v tomto smyslu tedy není hodnotově neutrální.⁵⁰⁴ Byť se zdá toto rozdělení naprosto stěžejní, Lukáš Hlouch k němu uvádí, že v praxi má jen pramalý význam, neboť z hermeneutického pohledu je každá interpretace více či méně kreativním procesem.⁵⁰⁵ Jaké nástroje tedy teorie volí k omezení interpretovy přílišné kreativity a jakým způsobem je možné tyto nástroje podrobit empirickému zkoumání?

V současné době se česká právní teorie stále opírá o Savignyho systém čtyř interpretačních prvků tvořících jednu správnou metodu interpretace práva. Pro jeho stručnou charakteristiku uvádím precizní překlad Jana Wintra:

„Gramatický prvek výkladu má za předmět slovo, jež zprostředkovává přechod z myšlení zákonodárce do myšlení našeho. Spočívá tedy v objasnění zákonitostí jazyka, jež zákonodárce používá. Logický prvek míří na členění myšlenky, tedy na logický poměr, v němž jednotlivé její části stojí vůči sobě. Historický prvek má za předmět stav určení právními pravidly pro daný právní vztah v době přijetí zákona. Do tohoto stavu měl zákon určitým způsobem zasáhnout a způsob tohoto zásahu, tedy to, co bylo přidáno tímto zákonem k právu, má ukázat právě tento prvek. Systematický prvek se konečně vztahuje na vnitřní souvislost, která spojuje všechny právní instituty a pravidla do velké jednoty. Tuto souvislost, stejně jako onu historickou, měl zákonodárce rovněž na mysli, a my tedy rozpoznáme jeho myšlenku úplně jen tehdy, když si ujasníme, v jaké poměru stojí tento zákon k celému právnímu systému a jak má do toho systému účinně zasáhnout. Těmito čtyřmi prvky je vhled do obsahu zákona dokončen. Nejsou to tedy čtyři způsoby výkladu, mezi nimiž bychom mohli dle vkusu a libosti volit, nýbrž čtyři různé činnosti, které musí působit společně, má-li se výklad podařit.“⁵⁰⁶

Byť bylo toto schéma v mnoha ohledech pozměněno či doplněno, stále zůstává chápáno jako základní metodologický přístup k právní interpretaci. Dnes se častěji uvádí spojený prvek gramaticko-logický (dále jen: „jazykový výklad“), dále přibývají další, které Savigny neuvádí. Těmi jsou především výklad teleologický, popř. dále výklad komparativní.

⁵⁰⁴ Tamtéž. Str. 24, 26.

⁵⁰⁵ HLOUCH, Lukáš. *Teorie a reality právní interpretace*. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk. 2011. Str. 254.

⁵⁰⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts*. Leipzig. 1840. s. 213. Cit. dle WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013. Str. 19.

Také ale není možno opomenout teorii, která se od výše uvedené liší. Jedná se o metodologii opřenou o tři hlavní interpretační směry, které, jak uvádí Tomáš Sobek, se odvíjejí od analýzy tří interpretačních prvků – textu zákona, záměru zákonodárce a účelu zákona – textualismus, intencionalismus a metodu teleologického výkladu.⁵⁰⁷ Už i jen při takto krátkém popisu jednotlivých směrů je zřejmé, že jsou použitelné i našem kontinentálním právním prostředí, přestože mají původ v systému anglo-americkém (resp. spíše americkém). Textualismus můžeme bez větších obtíží spojit s jazykovým výkladem, historický prvek s intencionalismem a metoda teleologického výkladu je také v obou systémech postavena na prakticky stejných předpokladech. Systematický prvek se pak považuje ve všech těchto prouděch za nezbytnost, kterou v hierarchicky uspořádaném právním řádu nelze opomenout – pravidla jím určovaná popisují, jak má interpret správně vykládat každé ustanovení zákona ve shodě s ústavním pořádkem a zásadami, na kterých spočívá.⁵⁰⁸

Textualistický pohled na právní interpretaci je poměrně snadno odhadnutelný – interpret má k dispozici pouze text a zajímá jej jen to, co je obsaženo přímo v něm. Proto poučka zdůrazňující, že je důležité nezapomenout na skutečnost, že jen ze zákona, který musí být vyložen, nelze čerpat více, než v něm je⁵⁰⁹, je obzvláště důležitou pro tento výkladový směr. Jakkoli se text může zdát neměnný, úlohou interpreta je podrobit ho důkladné jazykové analýze. Jelikož se zde není prostor pro hledání skrytých účelů, ani úmyslů tvůrce textu apod., je obzvláště důležité chápat význam užitých slov. Antonin Scalia přitom tvrdí, že slova nemají vlastní vnitřní význam. Jejich význam je jim přisuzován dle toho, jak daný pojem interpretační komunita chápala v době jeho zavedení a ve svém celém kontextu znamenají to, co dle rozumných lidí znamenala v době, kdy byla napsána – s vědomím, že obecné pojmy mohou obsáhnout pozdější technologické inovace.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. Str. 217-218. Citace není zcela přesná. Tomáš Sobek zde uvádí metodu objektivního účelu zákona jako „instrumentalismus“. Sám však uvádí, že pojem obsahuje jiné významy, které se mohou zdát příliš rušivé účelu tohoto „nového“ slova (viz také SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010. Str. 325).

⁵⁰⁸ Srov. s WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013. Str. 27.

⁵⁰⁹ BYDLINSKI, Franz. *Základy právní metodologie*. Do češtiny přeložila Jindřiška Munková. Hospodářská univerzita Vídeň. 2003 [cit. 18. 12. 2012]. [online]. Dostupné z: <http://www.wu.ac.at/fowi/publika/arbeitspapiere/uebergr/ap095a>. S. 11.

⁵¹⁰ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. *Reading Law*. Thomson/West. 2012. Str. xxv, 16.

Intencionalismus, jak už ze samotného názvu interpretačního proudu vyplývá, se zaměřuje na hledání původní myšlenky tvůrce textu. Skrze ni se snaží objasnit jeho účel – účel, který je jednostranně určen osobou autora textu (pro účely této kapitoly jimi nejčastěji myslíme zákonodárce). V našich podmínkách je právě proto historický výklad nazýván též někdy subjektivně-historickým výkladem.⁵¹¹ Přestože je pátrání po původní myšlence stojící za existencí textu i jeho konkrétním zněním důležitá, může být v mnoha ohledech zavádějící. Jednak interpret musí při jeho posuzování akcentovat i zcela neprávní aspekty (všechny historické souvislosti, které mohly autora ovlivnit), a dále zde stále existuje obava, kterou předkládá Ronald Dworkin – právníci často musí uznat, že v mnoha otázkách neměl autor žádný úmysl, a tedy nemůže být žádný objeven.⁵¹² V takovém případě je snaha interpreta nejen marná, ale navíc zajistí nesprávný výsledek.

Hledání účelů v právu je obecně velmi nesnadná činnost. Dle Rudolfa von Iheringa je sice stvořitelem celého práva účel⁵¹³, co tím účelem ale je, na tom se odborná veřejnost neshoduje. Pavel Holländer např. tvrdí, že obecným účelem práva je zajištění vnitřního míru v určitém lidském společenství za účelem zachování tohoto společenství.⁵¹⁴ Jeho názor ale není tím jediným.⁵¹⁵ Metoda teleologického výkladu je zaměřená na zkoumání objektivně

⁵¹¹ Srov. s MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*. Brno. Knihovnička. 2008. Str. 87.

⁵¹² DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. *Texas Law Review*. Vol. 60(1982): 60. [cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://openfiler.jus.unibs.it/files/Teoria-e-tecnica-della-interpretazione-giuridica/2009-2010/Materiali%202009-2010/1.%20Dworkin,%20Law%20as%20Interpretation.pdf>. str. 529

⁵¹³ IHERING, Rudolf. *Law as a Means to an End*. Přeloženo z německého originálu Isaacem Husikem. Boston book company. Boston. 1913. [cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: <https://archive.org/details/lawasameanstoan00jheruoft>. s. 61. Tuto myšlenku můžeme chápat také tak, že jakýkoli právní text je důsledkem sledování, či snahou o zajištění nějakého specifického účelu.

⁵¹⁴ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. Str. 81. Dále uvádí myšlenku vyslovenou Gustavem Radbruchem, že struktura účelů v právu je tvořena třemi prvky – obecným blahem, spravedlností a právní jistotou [RADBRUCH, Gustav. *Der Mensch im Recht*. Göttingen. 1957. Cit. dle: HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. Str. 81], což jsou pojmy přinejmenším nejasné.

⁵¹⁵ Neshody ohledně účelů v právu se totiž odehrávají na úrovni: „Kde tyto hodnoty, které právo zastává a chrání, hledat?“ Jsou to hodnoty v právu obsažené, nebo extralegální? Jsou to reflexe společenského užítku, skupinových zájmů, objektivizovaného úmyslu zákonodárce...? Těmito otázkami se ale zde není prostor zabývat.

určitelného účelu v právu (proto také někdy výklad objektivně-teleologický⁵¹⁶). Zkoumá jej sice primárně skrze text, rozhodně se však neomezuje jen na jeho striktní znění, na které se spoléhají textualisté.⁵¹⁷

Jelikož jsou v této části kapitoly popisovány nejen klasické metody interpretace práva, ale i interpretační směry v právu, je vhodné upozornit i na přístup, který se vyskytuje v praxi poměrně nově a relativně hojně. Než bude představen, stojí však za zmínku, že stojí na základech metod již představených výše. Jedná se o evolutivní interpretaci v právu. Ta je založena na premise, že se není možné vázat jen na znění textu, které v čase stagnuje, ale je třeba zkoumat i intenci, která stála za jeho vytvořením, i účelnost využití možnosti odchýlit se od textu za předpokladu, že existuje nesoulad s pozdějšími zvyklostmi. Jedním z primárních nástrojů, kterým interpret opodstatňuje tyto odchylky, je komparace. Komparace s novými společenskými potřebami a očekáváními a stejně tak komparace s již existujícími výklady interpretů, kteří s textem manipulovali před ním (typicky jde o rozhodnutí nejvyšších soudních instancí či o rozhodnutí mezinárodních tribunálů). Díky tomu je tento směr interpretačně velmi živý a vývojově nestagnuje.

Tento směr například relativně hojně užívá Mezinárodní soudní dvůr, který ve svém rozhodnutí ve věci ve sporu o právo na volnou plavbu po řece San Juan mezi Costa Ricou a Nicaraguou z roku 2009⁵¹⁸ řekl, že určité pojmy, které strany do textu vložily, jsou způsobilé budoucímu vývoji (v budoucnu budou moci obsahovat více než v době sepsání), čehož si strany musí být vědomy.⁵¹⁹ V tomto smyslu vývoje obsahu jednotlivých užitých termínů by celý text měl být také vykládán. Tím v podstatě uznal evolutivní výklad jako akceptovatelnou metodu výkladu mezinárodních smluv ve smyslu čl. 31 Vídeňské úmluvy o smluvním právu.⁵²⁰ Soud tedy nejen předpokládá,

⁵¹⁶ Srov. s MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva*. Brno. Knihovnička. 2008. Str. 117.

⁵¹⁷ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. *Reading Law*. Thomson/West. 2012. Str. 16.

⁵¹⁸ International Court of Justice, Judgment in Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua). 2009. [Cit. dne 28. 8. 2015]. [online]. Dostupné z: <http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15331.pdf>

⁵¹⁹ Tamtéž. Str. 9.

⁵²⁰ DESIERTO, Diano A. GILLESPIE, Colin. *Evolutionary Interpretation and Subsequent Practice Interpretive Communities and Processes in the Optional Protocol to the ICESCR*. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. 2013. ZaöRV 73 (2013), 549-589. [Cit. dne 28. 8. 2015]. [online]. Dostupné z: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_4_a_549_590.pdf, str. 555.

že obvyklý význam užitých termínů ve smlouvě se s časem vyvíjí, říká, že pokud strany takový termín (způsobit vývoj) použijí, mají v úmyslu být tímto vývojem ovlivňovány. Jak už ale bylo naznačeno – tento směr je pouze nově pojmenovaným interpretačním směrem, který vychází z prvků textualismu, intencionalismu i metody teleologického výkladu. Stěžejní roli má v tomto ohledu objektivně-teleologický výklad, neboť se snaží nalézt objektivní účel daného právního textu – jeho ideální podobu a smysl – tedy ne stále stejný, neměnný zákonodárcův/autorův původní úmysl, ale jako vyvíjející se objektivizovanou skutečnost.⁵²¹

5.1.3.2 Ostatní vlivy

Teorie však zdaleka není jediným ovlivňujícím faktorem, který působí na interpreta v průběhu interpretačního procesu. Existují další vlivy, které jsou mnohdy mnohem více určující (jako například vlivy kulturní, sociální, příslušnost k určité skupině ve společnosti atd.⁵²²) a také ovlivňují interpreta daleko efektivněji.⁵²³

To, že doktrína nemá nahradit osobní postoje, sklony a cítění soudců, ale má jim poskytnout prostředky k testování svých intuicí, jejich uspořádání a srovnání s výsledky jiných soudců, tvrdil už soudce Joseph Hutcheson.⁵²⁴ Vladimír Lajsek tvrdí, že mezi mimoprávní aspekty ovlivňující rozhodování soudců patří soudcova osobnost, předvedění, intuice a problematika účelu v právu.⁵²⁵ K účelům práva bylo již ve zkratce pojednáno výše. Co se týče osobnostních charakteristik ovlivňujícím činnost soudce, k těm může jistě patřit světonázor, temperament, intelekt, emocionální inteligence, sociální inteligence, životní zkušenosti, vzdělání atd.⁵²⁶ Předvedění by se zase dalo cha-

⁵²¹ MALANÍK, Michal. *Porovnání interpretace právního textu a hudby* [online]. Brno, 2014 [Cit. dne 30. 8. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Martin Škop. Dostupné z: https://is.muni.cz/auth/th/348679/pravf_m/, str. 39

⁵²² BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Str. 19.

⁵²³ Tamtéž. Str. 21.

⁵²⁴ POWELL, H. J. Response to Knight. *Duke Law Journal*. 2009. Vol. 58. str. 1726 [cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1735030

⁵²⁵ LAJSEK, Vladimír. Vybrané mimoprávní aspekty ovlivňující rozhodování soudců. In KYSELA, J. ONDŘEJKOVÁ, J. a kol. *Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě*. Praha. Leges. 2012. Str. 24.

⁵²⁶ Tamtéž. Str. 25-27.

rakterizovat jako míra interpretova vědění, od něhož se odvíjí schopnost porozumět novým informacím.⁵²⁷

Zvláštní důraz by měl pak být kladen na soudcovu intuici (nebo také - schopnost imaginace). Ta je podle Hutchesona schopností, která je používána při právním citění⁵²⁸, tedy tom, podle čeho soudce skutečně rozhoduje – tedy ne podle racionálního úsudku; podle pocitu, ne podle posouzení.⁵²⁹ Richard Posner k tomuto uvádí, že soudcův názor, který může být založený na intuici, musí být zdůvodněn tak, jakoby byl fakticky vždy založen na logickém úsudku.⁵³⁰

5.1.3.3 Limity interpretace

Dle Franze Bydlinského je základním modelem právní práce metodicky uspořádané spojení těch částí práva, které mohou být pro věcný problém relevantní, s problematickou částí skutkové situace, aby bylo získáno (odvozeno) pravidlo, které problém vyřeší.⁵³¹ Doposud byl primární důraz kladen na interpretaci právních textů. Zdeněk Kühn ale upozorňuje na problém praktické i logické nemožnosti existence tak složitého, rozsáhlého a v různých historických dobách utvářeného celku (práva) pouze jako soustavy výslovně v textech právních předpisů vyjádřených vět.⁵³² Tím se ovšem nabourává ideál formalistického práva stojícího na právní jistotě vyplývající z předem odhadnutelné jazykové interpretace, protože pokud není možné

⁵²⁷ Tamtéž. Str. 29.

⁵²⁸ HUTCHESON, J. C. Judgement Intuitive: The Function of the „Hunch“ in Judicial Decision. *Cornell Law Quaterly*. 1929. Vol. 14. str. 280. Cit. z. MODAK-THURAN, M. C. *A Pragmatic Justidication of The Judicial Hunch*. *University of Richmond Law Review*. 2001. Vol. 35. Str. 62.

⁵²⁹ HUTCHESON, J. C. Judgement Intuitive: The Function of the „Hunch“ in Judicial Decision. *Cornell Law Quaterly*. 1929. Vol. 14. str. 285. Cit. z. MODAK-THURAN, M. C. *A Pragmatic Justidication of The Judicial Hunch*. *University of Richmond Law Review*. 2001. Vol. 35. Str. 62.

⁵³⁰ POSNER, R. A. How Judges Think 369/2008, str. 253. Cit. z. URSIN, Edmund. *How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking*. *Buffalo law review*. 2009. vol. 57. Str. 1287 [cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: http://www.buffalolawreview.org/past_issues/57_4/Ursin%20Web%2057_4.pdf

⁵³¹ BYDLIŇSKI, Franz. *Základy právní metodologie*. Do češtiny přeložila Jindřiška Munková. *Hospodářská univerzita Vídeň*. 2003. str. 5. [cit. 18. 12. 2012]. [online]. Dostupné z: <http://www.wu.ac.at/fowi/publika/arbeitspapiere/uebergr/ap095a>

⁵³² KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002. Str. 14.

právo obsáhnout textem, je nutné po něm pátrat i jinde. Kde má pátrat, jakým způsobem, do jaké míry může interpret opustit znění textu ve prospěch toho, co bude považovat za právo mimo něj a čím je při těchto činnostech omezován – to jsou otázky limitů interpretace. Limitů, které odlišují právní interpretaci a činnost, která se dá nazvat improvizací v právu.

Zjednodušeně, pro pochopení úvodu do problematiky, uvažujme nyní o výše uvedeném problému na příkladu kolize textualismu a metody teleologického výkladu. Zaměření pouze na text versus hledání objektivního účelu v právu, který text může v konečné fázi dokonce i popřít. Zastánci obou přístupů mohou přispět mnoha názory proč právě ten jejich je správný a činnost jiná je nežádoucí. Textualismus si zakládá na formalismu a právní jistotě – odhadnutelnosti interpretačního výstupu, zatímco teleologickou metodu považuje mnohdy až za nebezpečnou.⁵³³ Metoda teleologická zase akcentuje hodnoty, na kterých je právo vystavěno a které má chránit a na textualismu kritizuje právě onu přílišnou formalističnost směřující v některých případech ke zbytečné nespravedlnosti. Na jednu stranu tak, jak uvádí Bydlinski, bychom měli umět oslabit obavy, že rozhodující vliv se připisuje daným aktuálním emocím interpreta, či snad politicky nebo mediálně zmanipulovaného velkého počtu lidí.⁵³⁴ Ota Weinberger upozorňuje na to, že spíše než samotný text právního předpisu je platným právem smysl tohoto textu, který je zjišťován interpretací.⁵³⁵ Na druhou stranu by bylo nemoudré tyto obavy zcela ignorovat.

U teleologické metody je klíčové zkoumat, jaký účel nejpravděpodobněji přichází v úvahu podle veškeré dosavadní zkušenosti s právními účely v konkrétní souvislosti, které můžeme s rozumnou pravděpodobností předpokládat.⁵³⁶ Bydlinski k tomuto dále uvádí, že nejdůležitějším dodatečným kritériem pro volbu mezi zprvu vhodnými účelovými hypotézami naleze-

⁵³³ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. *Reading Law*. Thomson/West. 2012. Str. 18. Soudce Scalia ji dokonce přirovnává k Temné Straně Síly z Hvězdných Válek.

⁵³⁴ BYDLINSKI, Franz. *Základy právní metodologie*. Do češtiny přeložila Jindřiška Munková. Hospodářská univerzita Vídeň. 2003. Str. 32 [cit. 18. 12. 2012]. [online]. Dostupné z: <http://www.wu.ac.at/fowi/publika/arbeitspapiere/uebergr/ap095a>

⁵³⁵ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. Masarykova univerzita. Brno. 1995. str. 163.

⁵³⁶ BYDLINSKI, Franz. *Základy právní metodologie*. Do češtiny přeložila Jindřiška Munková. Hospodářská univerzita Vídeň. 2003. Str. 24 [cit. 18. 12. 2012]. [online]. Dostupné z: <http://www.wu.ac.at/fowi/publika/arbeitspapiere/uebergr/ap095a>

nými na základě předchozího zkoumání, je fundamentální zásada spravedlnosti a to konkrétně zásada rovné míry – s rovným je třeba zacházet rovně, s nerovným v souladu s jeho nerovností nerovně.⁵³⁷ V souladu s předchozími premisami je pak z hlediska globální normativní maximy účelnosti dle Bydlínského radno zvolit takový výklad, který nejlépe napomáhá uspokojivému fungování právně uznané typické životní situace nebo je přinejmenším nejméně ohrožuje.⁵³⁸

5.1.3.4 Soudní improvizace

V předchozích částech byly představeny různé druhy problémů, které mohou v otázce interpretace práva, potažmo interpretačního procesu vyvstat. Mohlo by se zdát, že určitou kombinací všech výše zmíněných metodologických přístupů by interpret mohl dosáhnout jistého kompromisu mezi všemi možnými výsledky. To je sice možné, nicméně také nežádoucí. Takový postup by totiž velmi pravděpodobně končil něčím, co by se dalo nazvat nadinterpretací.⁵³⁹ Tou je, zjednodušeně, jakákoli přehnaná snaha nalézt v textu význam, jež neobsahuje, ale také překombinování interpretačních směrů. Tím se však nejen nezodpovídá otázka, který interpretační prvek či směr by měl soudce preferovat, ale ani otázka, co v praxi skutečně dělá. Pak se může zdát, že nejen využívá zákonných možností právo interpretovat, ale že si s ním vlastně může dělat, co chce. Takový závěr je ale scestný. Ve smyslu universalismu, tedy určité snahy o hledání společných východisek, metod a pojmových konstrukcí pro porozumění interpretačním procedurám, je zde poměrně vhodné poukázat na analogii mezi interpretem práva a interpretem hudby. V této kapitole není prostor dlouze obhajovat, proč je právě hudební interpretace tak podobná té právní, aby to odůvodňovalo toto propojení – k tomu mohou posloužit publikace jiné, je však rozumné vytyčit alespoň několik společných znaků. Těmi jsou bez pochyb: veřejnost, performativita, potřeba práce s textem a potřeba předpokladu reakce adresáta interpretačního výstupu. Použijeme-li pojem z hudební teorie, ve výše popsaném stádiu je soudce na hranici mezi interpretací a improvizací. Právě

⁵³⁷ Tamtéž. Str. 26.

⁵³⁸ Tamtéž. Str. 30.

⁵³⁹ Srov. s BLOMQUIST, R. F. *Overinterpretating Law*. 2011 [Cit 15. 10. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://ssm.com/abstract=1766766>. S. 14

proto, že improvizace je často chápána jako neomezená libovůle (obzvláště v právu), je účelné poukázat na skutečnost, že tomu tak není.

Improvizace se nerovná neomezené libovůli. Má svá vlastní určitá pravidla, která interpret musí následovat, aby pasovaly do rámce tak, aby jeho práce mohla být považována za improvizaci. Samozřejmě, že jde o tvůrčí činnost, která vyžaduje vysokou míru intelektu a citu v příslušném oboru, ve kterém je improvizace prováděna. V nejobecnějším smyslu je to také forma sloučení tvůrčího ducha s něčím, co už zde bylo. Jako příklad může sloužit jazzová improvizace – je často založena na určitých standardech, které jsou i volně dostupné a improvizace se vytváří na jejich základě.

Neri Pollastri například tvrdí, že pro správnou hudební improvizaci je nutná, kromě zvládnutí nástroje, na který chce umělec hrát, schopnost zvládat veřejné vystupování a schopnost rychlého reagování na případné hudební partnery, ale také nutnost držet se následujících bodů:

- „1) *Znát notový záznam, teorie harmonie, struktury mnoha různých skladeb*
- 2) *Mít poměrně podrobné znalosti historie hudebních stylů*
- 3) *Zvládnout velmi dobře oblast, ze které jeho hudba pochází [myšleno - žánrově]*
- 4) *Pečlivě naslouchat se a analyticky studovat mistry svého nástroje.*“⁵⁴⁰

Improvizace – v nejobecnějším slova smyslu – znamená přinášení něčeho nového, do něčeho, co zde již existuje – právního textu, notového záznamu, některých interpretačních zvyklostí. To „něco nového“ je především něco, co soudce nebo výkonný umělec přináší sám ze sebe – promítání jeho osobnosti, předchozích znalostí, intuice atd. Oba musí uvažovat jak o autorovi (a jeho záměru) tak o publiku (a jeho očekávání), neboť výklad by měl být založen na specifické potřebě každého jednotlivého případu. Tedy otázka, zda je improvizace zavřehňhodná, nebo naopak žádoucí, je zcela zbytečná. Každý interpret v každém případě do určité míry improvizuje. Funguje to tak a je třeba, aby to takto fungovalo i nadále. Pokud jsou dodržována výše zmíněná metodologická pravidla, není třeba se obávat takových improvizací; jde o přirozenou reakci na vývoj disciplíny (nebo její konkrétní oblasti), jejíž prvek je interpretován.

⁵⁴⁰ POLLASTRI, Neri. *Improvisation. A “method” of philosophical consultation*. 2006. [Cit dne 6. 6. 2015]. [online]. Dostupné z: http://www.ub.edu/practicafilosofica/arxiu/N_Pollastri.pdf. S. 3.

Hudební improvizace může být přirovnána k soudcovské tvorbě práva. Interpret hraje roli (spolu)autora výsledného produktu.⁵⁴¹ On musí analyzovat disciplínu, ve které se chystá performovat a pečlivě sledovat její jednotlivé prvky. Je potřeba, aby pozorování, bylo dbalé/všímavé. Všímavost může být popsána jako stálá přítomnosti myslí⁵⁴² nebo také duševní práce. Oliver Wendell Holmes sr. rozlišuje duševní práci od automatického toku myšlenek právě potřebou procvičováním myslí.⁵⁴³ Snažit se vidět vzory, nenarušit jejich pravidla a okamžitě do nich něco přidat pro jejich dokončení, toho je schopna mysl zkušeného improvizátora.

Ronald Dworkin tvrdí, že soudci vyvíjejí určité „*teorie o nejlepších interpretaci různých úrovní a částí jejich právní praxe v jejich jurisdikci*“.⁵⁴⁴ To je způsobeno jejich předchozími zkušenostmi a je ve vztahu k formování jejich přesvědčení a instinktů. Dworkin dále poukazuje na to, že jejich spoléhání se na takto tvořených předchozích poznání je zcela zřetelné, když jsou konfrontováni s novými a obtížnými případy – když se je snaží rozhodnout v souladu s předchozí obecnou praxí rozhodování podobných případů.⁵⁴⁵ Pokud je tato koncepce správná, proč máme takový strach z improvizace v právu? Co dělá hudbu opravdu dobrou není pouze mechanicky přesná technika. Je to jiskra, kterou do ní interpret vnese sám ze sebe – *persona*. Hudba je výsledkem procesu, kterým hudebník prochází.⁵⁴⁶ Analogicky – právo je výsledkem procesu, kterým prochází společnost. Tento proces je úzce svázán s koncepcí společenských hodnot. Právo, alespoň částečně, tyto hodnoty odráží. Neil MacCormick tvrdí, že „*Právo jistě ztělesňuje hodnoty a tyto hodnoty jsou charakteristicky vyjádřeny v prohlášeních principů daného právního systému*“.⁵⁴⁷

⁵⁴¹ Srov. s DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*. OIKOIMENH. Praha. 2001. p. 113. Kde tvrdí, že pokud soudce dotváří právo, supluje tím zákonodárce a jedná tím v jeho zastoupení.

⁵⁴² KONNIKOVA, Maria. *Mastermind: how to think like Sherlock Holmes*. Penguin books. New York. 2013. Str. 20, 21.

⁵⁴³ Srov. s HOLMES, Oliver Wendell, Sr. *Mechanism of thoughts and morals*. James R. Osgood & Co. Boston. 1871. Str. 65.

⁵⁴⁴ DWORKIN, Ronald. Legal theory and the problem of sense. In: BIX, Brian H. (ed.) *Philosophy of law, Critical Concepts in Philosophy. Vol. II*. Routledge. New York. 2006. str. 388.

⁵⁴⁵ Tamtéž. Také dodává: „*Pokud se neshodnou v otázce práva, jejich neshody jsou interpretativní*“.

⁵⁴⁶ JARRETT, Keith. *The Art of Improvisation*. Režie Mike Dibb. 2005. United Kingdom [online]. Také dostupné z: https://www.youtube.com/watch?v=_fB5YXgNX-w. [Cit. dne 23. 6. 2015].

⁵⁴⁷ MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press. Oxford. 1978. Str. 234.

Jan Tryzna poukazuje na to, že ve své rozhodovací praxi je Ústavní soud ochoten hledat právní principy i nad rámec platných právních předpisů, čímž se vlastně stává skutečným zákonodárcem.⁵⁴⁸ Je ale soud v tomto počínání zcela neomezený? Samozřejmě že ne. Jako omezující prostředek v procesu dotváření práva skrze právní principy zde slouží test proporcionality. Ústavní soud jej vysvětlil ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 4/94.⁵⁴⁹ Uvedl, že soud musí vždy zvážit, zda jeden princip může být omezen druhým. Soud musí vzít v úvahu tři základní kritéria: vhodnost, nutnost a důležitost (resp. relevanci). Poté, co je tento test proveden, by měl soud zajistit minimální případné omezení principu, který nebyl upřednostněn.⁵⁵⁰

Analogii s hudbou tedy lze uzavřít myšlenkou, že podobným způsobem, jako výkonný umělec improvizuje na jazzových standardech (vychází z textu, který doplňuje podle principiálních pravidel jazzové hudby), tak i soudce improvizuje na právu. Začíná textualisticky čtením, dalšími metodami doplňuje své poznání a konfrontuje jeho výsledek s právními principy. Pokud dojde k názoru, že je v daném případě nutnost se od právního textu odchýlit, neboť odporuje právním principům, postupuje podle nich. Na druhou stranu je zde stále obava, že soudce pod tyto nutné odchylky potřebné ve zvláštních případech podradí pouze své morální či náboženské pohledy a zamaskuje je pod interpretaci, což by dělat neměl.⁵⁵¹

5.1.4 Důležitost provedení empirického výzkumu v metodologii právní interpretace

Poslední odstavec předchozí části kapitoly nastiňuje důvody, proč je empirický v oblasti metodologie interpretace práva důležitý. Byť jsou všechna teoreticky zaměřená tvrzení v něm uvedená jednoduchá, srozumitelná a při

⁵⁴⁸ TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Auditorium. Praha. 2010. Str. 295.

⁵⁴⁹ Nyní zákon č. 214/1995 Sb. Rozhodnutí je k dispozici [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=27131&pos=2&cnt=2&typ=result> [Cit. dne 22. 6. 2015].

⁵⁵⁰ Rozhodnutí Ústavního soudu České republiky: Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 [Cit. dne 22. 6. 2015]. [online]. Dostupné z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=27131&pos=2&cnt=2&typ=result>

⁵⁵¹ SEN, A. *Rights, Laws and Language*. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 31, No. 3, 2011, str. 449 [Cit. 15. 10. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/31/3/437.full?sid=6659ab4b-4f17-446f-9a82-53fc10c0142c>

troše dobré vůle je možné se s nimi ztotožnit, neříkají vlastně vůbec nic o tom, co se ve skutečnosti děje v praxi. Opravdu každý soudce začíná čtením, nebo se spoléhá na své předvedení tolik, že čtením se jen dodatečně ujistí, že jeho názor je správný? Které metody opravdu používá při doplňování jeho porozumění a jak často; které ne a proč? Používá vůbec metod tak, jak je chápe současná právní teorie (tak, jak je vyučována na právnických fakultách), nebo se praxe vyvinula a odklonila od konceptů popsanych v předchozích částech kapitoly? Opravdu se soudce vždy obrací k právním principům a kontroluje, jestli není do některého nad míru zasaženo? A pak zde samozřejmě vyvstává otázka, která se může zdát sice banální, ale pro správné chápání reálného fungování práva je také nezbytná – do jaké míry se soudci na metodologii vědomě spoléhají?

Maxim Tomoszek tvrdí, že má-li být rozhodnutí soudu naprosto legitimní, nelze stanovit obecná pravidla pro to, co mají soudy rozhodovat, která odvětví práva mají interpretovat a ani jakými metodami.⁵⁵² V tomto ohledu by bylo tedy irelevantní, jestli zde nějakou metodologii interpretace máme či ne, potažmo jestli se interpret bude důsledně snažit držet textu zákon či ne. Je toto tvrzení až příliš odvážné? Možná, nicméně zatím nemáme žádná data, která by jeho správnost jakkoli empiricky ověřovala. Scalia by s tímto téměř jistě nesouhlasil. Nicméně připouští, že osvobození od textu je pro soudce velmi atraktivní. Zvyšuje jejich schopnost a hlavně možnost, udělat to, co si myslí, že je dobré.⁵⁵³

Teorie sice poskytuje poměrně obsáhlý vhled do rozhodovacího procesu soudů, nicméně jsou to teorie, které nejsou příliš často konfrontovány s realitou – testovány, podrobeny reflexi a následně upravovány. Podle Oty Weinbergera jsou v rozhodovacím procesu hlavní dvě fáze. První je ta, kdy je rozhodnutí nacházeno – prostřednictvím intuitivního, psychologického procesu. Druhá fáze pak vyvstává společně s potřebou sdělit výsledek tohoto procesu a nějakým způsobem jej racionálně zdůvodnit.⁵⁵⁴ Ještě obec-

⁵⁵² TOMOSZEK Maxim. Komparativní pohled na rozdílnost argumentace vrcholných soudních orgánů na příkladu interrupcí. In: KLÍMA, Karel (ed.). *Interpretace práva ústavními soudy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. Str. 42.

⁵⁵³ SCALIA, Antonin, GARNER, Bryan A. *Reading Law*. Thomson/West, 2012. Str. 10.

⁵⁵⁴ WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995. Str. 167.

něji – existují tři hlavní funkce lidské mysli – analýza, syntéza a vyhodnocení.⁵⁵⁵ Pokud bychom chtěli tyto fáze zkoumat, pravděpodobně bychom se dostali spíše do výzkumu psychologického, potažmo moderní neurovědy. To ale nemění nic na skutečnosti, že soudce musí vyhodnotit velké množství dat, které musí nejprve zpozorovat. Je však přitom velký rozdíl mezi všimnout si a správně pochopit. Soustředění se na ty správné znaky je pro právní praxi naprosto stěžejní. Neil MacCormick zdůrazňuje poměrně zřejmý fakt, že zprvu soudce musí získat určité poznatky o důkazech, které mu ukazují, co se s největší pravděpodobností stalo, a to před tím, než může rozhodnout, zda jsou nároky stran oprávněné, nebo ne (potažmo které z nich), vzhledem ke zjištěnému skutkovému stavu a příslušných právních normy a popř. jiných faktorů.⁵⁵⁶ Zrekonstruovat, co se skutečně stalo jen z důkazů, je ošemetnou součástí každého řízení, neb skutečnosti nejsou jednoduše dány, ale spíše jsou (znovu)vytvořeny v průběhu konstruktivního procesu soudcovy mysli. Soudce vybírá ze všech dostupných důkazů, které jsou právně relevantní (pouze z nich, ale ze všech z nich). To může být provedeno pouze v důsledku předchozí znalosti o existenci určitých právních norem⁵⁵⁷, ale také teorií předepisujících doporučené postupy.

Pro velmi krátkou výše předvýzkumu ve zmiňované oblasti vhodno uvést několik rozhodnutí, které explicitně metodologii právní interpretace zmiňují. Nejde tedy o příliš reprezentativní vzorek, neboť skutečný výzkum prováděný v budoucnu se nebude ptát, zda soudci o jednotlivých metodách interpretace práva ve svých rozhodnutích výslovně píší, ale bude usilovat o zjištění, které a jak opravdu používají. Tyto příklady pouze slouží jako demonstrace toho, proč je empirický výzkum této oblasti opravdu důležitý:

„...naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se ke aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (ke čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický

⁵⁵⁵ Pro více podrobností: ADAIR, John. *Jak se správně rozhodovat a řešit problémy*. Brno: Computer Press, a. s., 2007. Str. 9-11.

⁵⁵⁶ MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978. Str. 14.

⁵⁵⁷ DOLEŽAL, Tomáš. Právní hermeneutika a problematika tzv. předporozumění. In: GERLOCH, Aleš; MARŠÁLEK, Pavel (eds.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003. Str. 74.

*výklad, výklad e ratione legis atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevědomosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcižení a absurdity...*⁵⁵⁸

*„...soud není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, vybrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku...“*⁵⁵⁹

*...z výkladových metod je třeba především akcentovat interpretaci teleologickou. Ostatně neudržitelnost metodologie výkladu Úmluvy vycházející jen z jejího znění koliduje i s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, která vychází v první řadě z předmětu a účelu Úmluvy, jímž je zajištění efektivní ochrany lidských práv a jejich dalšího rozvoje...“*⁵⁶⁰

Z výše uvedených výňatků rozhodnutí Ústavního soudu ČR jsou patrná doporučení, jak postupovat v případě kolize metod. Jedná se o poměrně neobvyklé případy, kdy se soudy přímo odvolávají na zákonitost právní teorie (přesto, že ne zcela korektně). Už z nich je ale patrné, že metodologické postupy soudů (byť by byly i jen ve fázi zdůvodnění předchozího intuitivního procesu) jsou různé, a s teorií ne zcela korespondující. A to přesto, že Ústavní soud má relativně vzato mnohem větší prostor o teorii ve svých rozhodnutích polemizovat, než např. soudy prvních instancí.

Chápání, jakým způsobem soudy skutečně rozhodují, jakých metod v jakých případech a za jakých okolností využívají, které přístupy upřednostňují před jinými atp., pomůže právním teoretikům při reflexi použitelnosti konceptů právní teorie, faktického řešení konfliktů metod, praktického nakládání soudů s určitými typy právních předpisů (potažmo i ve vztahu k právním principům) atd. Empirický výzkum může totiž ukázat i praktiky, které teoretici nejsou schopni bez důkladné znalosti praxe odhalit ani odhadnout. I tyto praktiky se mohou přitom podepsat na redefinování teoretických

⁵⁵⁸ Rozhodnutí Ústavního soudu České republiky: Nález sp. zn. I. ÚS 1898/09 [Cit. 18. 12. 2012]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=65568&pos=1&cnt=1&typ=result>

⁵⁵⁹ Rozhodnutí Ústavního soudu České republiky: Nález sp. zn. Pl. ÚS 21/96. [Cit. 18. 12. 2012]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=29187&pos=1&cnt=1&typ=result>

⁵⁶⁰ Rozhodnutí Ústavního soudu České republiky: Nález sp. zn. I. ÚS 1885/09. [Cit. 18. 12. 2012]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=66325&pos=1&cnt=1&typ=result>

konceptů.⁵⁶¹ Ozřejnění obecných interpretačních procesů napříč soudní soustavou a spektrem řešených případů zase může přispět k zajištění předvídatelnosti soudního rozhodování, což bude mít nepochybně příznivou odezvu u odborné i laické veřejnosti. Dokonce i zákonodárce může výsledky takového výzkumu využít při důslednější tvorbě právních předpisů.

Ze všech výše uvedených důvodů je důležité podporovat snahy o pronikání empirických studií v právu, a to jak přímo mezi vědeckými pracovníky, tak mezi praktiky, a samozřejmě také, což je z dlouhodobého hlediska nejvýznamnější, do kurzů na právnických fakultách. Společnost se vyvíjí čím dál dynamičtěji a právo na tento vývoj musí být schopno reagovat. Tyto reakce ale nikdy nebudou dostatečně rychlé, pokud se nebude zkoumat faktický stav v konkrétních oblastech, a to pravidelně. Výsledky těchto výzkumů potom pozitivně ovlivní chápání práva a dokáží posunout kupředu teorii i praxi. Není přitom důvod, proč by se teorie právní interpretace měla z tohoto snažení vyjímat. Právě naopak – empirický výzkum provedený v této oblasti má stěžejní význam.

5.2 Faktory ovlivňující soudce při jeho rozhodovací činnosti

Současný předseda Nejvyššího soudu Spojených států amerických John Roberts při slyšení v senátní komisi pro spravedlnost v souvislosti s kandidaturou na svou funkci uvedl, že soudci by měli být něco jako rozhodčí baseballu, kteří pouze pískají špatné a dobré nadhozy („calls balls and strikes“). Dodal, že to platí pro všechny soudce, tedy i pro soudce Nejvyššího soudu.⁵⁶²

Tato *baseballová analogie* se příliš nelíbila Richardu Posnerovi, soudci chicagského Odvolacího soudu Spojených států, o kterém se uvažovalo jako o soudci Nejvyššího soudu v době, kdy z funkce odstoupila Sandra Day O'Connorová (v roce 2006). Washington Post tehdy napsal, že věří v to, že Posner nikdy na Nejvyšším soudě sedět nebude kvůli jeho pobuřujícím

⁵⁶¹ Srov. GALLIGAN, D. J. Legal Theory and Empirical Research. In: CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Str. 992.

⁵⁶² Hearing before the Committee on the Judiciary United States Senate. Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to Be Chief Justice of the United States. In: 109th Congress, 1st Sessison, Serial No. J-109-37. 12.–15. 9. 2005 [cit. 2015-05-15]. Str. 31 a 46 a násl. V diskuzi na toto téma poté ještě padlo otázek, např. od senátora Hatche (viz str. 161) či senátora Grassleyho (str. 177).

názorům na legalizaci marihuany, LSD či obchodování s dětmi na trhu.⁵⁶³ Ale vraťme se k jeho kritice baseballové analogie. Na té nic pobuřujícího není. Posner se údajně zeptal několika rozhodčích baseballu, jak vlastně pískají „balls and strikes”. Někteří uvedli, že dobré a špatné nadhozy pískají tehdy, když jsou. Ti pragmatičtější tvrdili, že je pískají tehdy, když je vidí. Objevili si však i takoví rozhodčí, kteří tvrdili, že zde nejsou žádné dobré a špatné nadhozy, dokud je oni sami nepísknou.

Podle Posnera nemá cenu spatřovat v rozhodčích baseballu ideál soudcovské profese, když existuje zřejmá nejistota i ohledně obyčejného pískání dobrých a špatných nadhozů. Rozhodčí může špatně vidět. Může se mýlit. Rozhodčí, kteří se domnívají, že pískají dobré a špatné nadhozy tehdy, když jsou, označil Posner za legalisty. Nepřipouští možnost chyby. Tvrdí, že pouze aplikují pravidla hry. Druzí rozhodčí jsou pragmatičtější. Jsou si vědomi faktu, že nejde jen o samotná pravidla hry, ale záleží také na nich samotných, zda dokážou tato pravidla správně interpretovat a použít. Poslední rozhodčí jsou nejzajímavější. Domnívají se, že pravidla vytváří. Posner o nich řekl, že spíše tvoří, než poznávají.⁵⁶⁴

Na příkladu tří rozhodčích lze ilustrovat základní otázky, které se soudcovskou tvorbou práva souvisejí. Základní rozdíly shrnuje následující tabulka:

rozhodčí	označení	Posnerova definice	stručné vysvětlení
1. rozhodčí	legalista	Píská nadhozy, když jsou.	Legalistický přístup ignoruje soudcovské dotváření práva vyjma případů nutného dotváření práva.
2. rozhodčí	pragmatik	Píská nadhozy, když je vidí.	Jde o pragmatické (mnohdy nevědomé) soudcovské dotváření práva.
3. rozhodčí	normotvůrce	Není žádných nadhozů, dokud je nepískne.	Jde o vědomé soudcovské dotváření práva, které budeme dále dělit na nutné a dobrovolné (aktivistické).

⁵⁶³ BOYNTON, Robert S. „Sounding Off,” a review of Richard Posner’s *Public Intellectuals*. *The Washington Post Book World*. 20. 1. 2002 [cit. 2015-05-15]. Dostupné z: http://www.robertboynton.com/articleDisplay.php?article_id=75

⁵⁶⁴ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010. S. 78.

Tvrzení, že soudce má být jen ústy zákona, že má být pouhým rozhodčím, se objevuje u několika různých autorů v několika různých právních školách. Jde zpravidla o nejjednodušší formy pozitivismu jako například francouzskou *exegetickou školu*. Roscoe Pound zavedl pro praxi, kdy soudci pouze mechanicky aplikují předchozí precedenty na fakta případů termín *mechanická jurisprudence*.⁵⁶⁵ V krajním případě můžeme soudce ztotožnit s robotem, který pracuje na základě jednoduchého algoritmu. Zjištěný skutkový stav podřadí pod hypotézu právní normy a aplikuje dispozici, popř. sankci. Souhrnně budeme tyto školy označovat jako legalistické.

Legalisté se domnívají, že soudce rozhoduje pouze na základě zákona. Legalisté soudcovské dotváření práva zcela neignorují. Jsou si vědomi faktu, že v některých případech soudce musí právo vyložit za pomoci analogie či aplikace právních principů, aby překonal mezery v právu. Takové rozhodování ovšem legalisté pokládají za rozhodování v mezích zákona. Jde vlastně o aplikaci zákonných ustanovení, které se týkají samotného výkladu.⁵⁶⁶ Když soudce používá výkladové pravidlo *lex specialis derogat legi generali* překonává rozpor mezi dvěma právními normami, ale legalisté zde nemluví o soudcovské tvorbě práva. Stejně tak, když soudce používá analogii k překonání mezery v právu, jde pouze o použití určitého výkladového pravidla, nikoli o soudcovskou tvorbu práva. Alespoň dle striktních legalistů. Umírněnější legalisté pouze žádají, aby soudci právo nedotvářeli, aby se řídili zákonem. Pouze v případě, kdy zákon neposkytuje žádnou odpověď a je nutné se k dotvoření práva uchýlit, je to vhodné. Legalistický ideál tedy spočívá v takovém výkladu práva, který je zcela nezávislý na tom, kdo právo vykládá.⁵⁶⁷

Teorie soudcovské tvorby práva či soudcovského dotváření práva tvrdí zcela něco opačného. Mezi zákon a právo nelze položit obvyčejné rovnítko, a to právě z toho důvodu, že zákon nejprve musí někdo vyložit a vždy to musí být

⁵⁶⁵ POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. 1908, vol. 8, no. 8, s. 605-623.

⁵⁶⁶ Například ustanovení § 2 zákona č. 89/2014 Sb., občanského zákoníku, které někteří autoři považují za zbytečné. Srov. LAVICKÝ, Petr. *Občanský zákoník: komentář*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014, 2380 s.

⁵⁶⁷ Zde si ovšem lze klást otázku, zda má cenu spatřovat ideál v něčem, co je ze své podstaty nedosažitelné a zcela nemožné. Můžeme rozlišovat striktní (deskriptivní) legalismus, který tvrdí, že soudci skutečně aplikují zákony a nic více, a umírněný (normativní) legalismus, který to sice požaduje, ale je si vědom faktu, že jde o nedosažitelný ideál, na kterém i přesto trvá. Pokud na tomto požadavku přestaneme trvat, stáváme se pragmatiky.

jednající a myslící člověk. Existuje tedy určité pnutí mezi živoucím právem a strnulým zákonem, které různé školy opět označují jinak. Eugen Ehrlich například hovořil o dualismu státního a volného práva.⁵⁶⁸

Americký právní realismus poukazoval na to, že právo není bez mezer a navíc je plné kontradikcí, a tak prakticky vždy připouští více řešení. Odůvodnění soudního rozhodnutí bývá spíše post hoc racionalizace a soudci ve skutečnosti většinou nerozhodují na základě zákonů, ale pod vlivem kombinace právních pravidel a svého vlastního smyslu pro férovost, který se formuluje na základě politického přesvědčení, světonázoru, sociálního původu, tedy pod vlivem takových faktorů, které legalisté označují jako mimoprávní a programově je vylučují ze svých úvah.

Vraťme se k baseballu. V roce 2002 umístila nejvyšší baseballová liga v severní Americe Major League Baseball kamery na všechna baseballová hřiště.⁵⁶⁹ Od tohoto okamžiku je tak vždy možné posoudit, zda daný rozhodce písknul „balls and strikes“ správně, tedy v souladu s jasnými a jednoznačnými pravidly. V pískání „balls and strikes“ jsme tedy legalistického ideálu dosáhli. Proč téhož nemůžeme docílit v právu?

Za prvé, pravidlo pro určení toho, zda je daný nadhoz v pořádku, či nikoli, je natolik precizně formulováno, že nepřipouští dvojí výklad, a to zejména z toho důvodu, že jde o poměrně jednoduchou záležitost. Aby byl nadhoz posouzen jako dobrý („strike“), musí nadhazovač hodit míč bez odrazu od země do prostoru pomyslného obdélníku („zóny“), který je definován šířkou domácí mety a úrovní od kolen po podpaží konkrétního pálkaře stojícího v boxu pro pálkaře. Jako dobrý nadhoz se počítá také každý nadhoz, který se pálkař pokusil odpálit, ale minul míč. Umístění nadhozu posuzuje hlavní rozhodčí, stojící v zákrytu za chytačem.⁵⁷⁰

Právo ale reguluje nespočet životních situací a lze si jen těžko představit, že pro každou situaci nastavíme normu tak přesnou a jednoznačnou jako

⁵⁶⁸ Viz EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of Sociology of Law*. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2002, 541 s.

⁵⁶⁹ *Baseball telecasts technology* [online]. Wikipedia, The Free Encyclopedia;11. 12. 2014 [cit. 2015-09-15]. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Baseball_telecasts_technology&oldid=637581420

⁵⁷⁰ Stručná pravidla baseballu. *CANNIBALS ŠUMPERK* [online]. 2002 [cit. 2015-09-15]. Dostupné z: <http://cannibals.wz.cz/view.php?cislocianku=2005042501>

pro posuzování nadhozů v baseballu, a to navíc za předpokladu, že se miliony těchto pravidel nebudou vzájemně vylučovat. I kdyby se nám podařilo takto kazuistický, bezmezerovitý a bezrozporný právní řád sepsat a prosadit v parlamentu, stejně je zde druhý problém. V baseballu jsme mohli na všechna hřiště namontovat kamery, které rozhodčího stojícího v zákrytu za chytačem detailně sledují. V právu ale žádné takové kamery umístit nemůžeme, respektive mohli bychom, ale museli bychom snímat veškerý prostor a zcela bychom přišli o soukromí.

Jestliže právo není bezrozporné a bezmezerovité, pak musíme připustit, že při výkladu si soudce občas musí pomoci něčím mimoprávním, a to třeba i nevědomě. Ve výše zmíněném příkladu si toho byl vědom druhý rozhodčí, kterého Posner označuje za pragmatika. Stoupence pragmatismu pak můžeme označovat za *pragmatisty*.

Pragmatisté tvrdí, že při výkladu nedokonalého zákona musí být soudce kreativní. Mezery musí vyplnit a rozpory překonat. Musí do interpretace vložit něco ze sebe, něco vlastního. Takový soudce pak právo spíše tvoří, než nalézá. V předchozí podkapitole se mluví o improvizaci při interpretaci práva a zdůrazňuje, že improvizace není ničím nahodilým, ale má jasná pravidla. Když hudebník improvizuje, neloudí snůšku falešných tónů. Právě naopak. Muzikant, který improvizuje, vnitřním sluchem slyší, co zahraje, ještě než to zahraje.⁵⁷¹

Pragmatismus není snadné zbavit machiavelistické pejorativní nálepky, že účel světí prostředky. Pragmatický výklad zákona ovšem spočívá v tom, že soudce zvažuje důsledky svého rozhodnutí. Nikdy nevyloží právo tak, aby praktické důsledky daného výkladu pro něj byly nepřijatelné, i když výklad samotný je formálně v pořádku. Za pragmatiky je považován Oliver Wendell Holmes, Eugen Ehrlich či Richard Posner.⁵⁷² Poslední zmiňovaný

⁵⁷¹ MALANÍK, Michal. *Porovnání interpretace právního textu a hudby*. Brno, 2014. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Vedoucí práce Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D. Str. 28. Tématu improvizace se Michal Malaník podrobněji věnoval na konferenci Weyrův den právní teorie, která se konala 5. června 2015 na Právnické fakultě Masarykově univerzity, ale ke dni psaní tohoto příspěvku ještě nebyl připraven sborník příspěvků, na který by bylo vhodnější odkázat.

⁵⁷² DAVID, Ludvík. *Na hranicích práva: soudcovské eseje*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2012. Str. 28. Autor rovněž uvádí kritiky pragmatismu, za které považuje Ronalda Dworkina či Neila MacCormika.

se pokusil vymezit základní principy pragmatického rozhodování, přičemž mezi ně zařadil zejména zásadu rozumnosti (reasonableless) jako základního kritéria, empirismus a zaměření do budoucna (narušení „posvátnosti“ precedentu).⁵⁷³

Pragmatičtí soudci jsou si vědomi faktu, že pro to, aby dosáhli rozumného rozhodnutí (dle kritéria „reasonableless“), musejí zvažovat důsledky svého rozhodnutí, nikoli pouze vykládat psané právo. Do odůvodnění svého rozhodnutí dávají něco sami se sebe. Jde říci, že právo tímto způsobem vlastně dotváří. Již samotná tendence zaměření se do budoucna (forward-looking), což spočívá v možnosti překonat jakýkoli precedent, vlastně znamená, že kdykoli může nastat okamžik, kdy soudce vytvoří precedent nový, protože pro to nastaly rozumné důvody, které nespočívají v právním řádu samotném, ale spíše ve společenských změnách. I z tohoto důvodu je pragmatismus blízký sociologickým právním školám.⁵⁷⁴

Pragmatický přístup se tedy snaží zabránit odtržení práva od společenské reality. Pragmatisté jsou si vědomi faktu, že soudci nerozhodují jen podle slov zákona, ale rovněž zvažují důsledky svých rozhodnutí, přičemž k tomu používají mimoprávní kritéria.

Posledního rozhodčího jsme označili za *normotvůrce*. Takový rozhodčí či soudce si je dobře vědom faktu, že právo dotváří, přičemž musí improvizovat.⁵⁷⁵ Pokud je sám sobě upřímný, neskrývá skutečné důvody dotváření práva za pragmatismus. Právo dotváří a mění, protože to považuje za nutné, anebo protože se mu hodí, ať už ze šlechetných či nečestných důvodů.

V kontinentálním právním systému je *soudcovská improvizace* či *kreativita* zpravidla ukryta za rouškou teleologického výkladu práva. Neříkáme, že soudce improvizuje, ale že vykládá zákon v souladu s jeho smyslem a účelem. Určitá míra kreativity je ale spojena také s používáním analogie, aplikací právních principů, hodnocením důkazů, výkladem nejasných pojmů či moderačními

⁵⁷³ Viz POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003, xii, s. 398.

⁵⁷⁴ Alespoň se to domnívá Ludvík David. Viz DAVID, Ludvík. *Na hranicích práva: soudcovské eseje*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2012. Str. 28.

⁵⁷⁵ Opět zdůrazňujeme, že improvizace není ničím nahodilým, ale má jasná pravidla. Viz MALANÍK, Michal. *Porovnání interpretace právního textu a hudby*. Brno, 2014. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Vedoucí práce Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D. Str. 28.

oprávněními.⁵⁷⁶ Mluvíme o *soudcovské diskreci*. Soudci je vymezen prostor, ve kterém se může svobodně pohybovat, aniž bychom řekli, že pochybil, přičemž v tomto prostoru může dospět k více řešením dané kauzy.

Někdy soudci právo dotvářet musí, protože jim nic jiného nezbývá. Až na vzácné výjimky soudce nemůže odmítnout rozřešit spor s odkazem na nejasnou právní úpravu. Dopustil by se totiž odmítnutí spravedlnosti (*denegatio iustitiae*), což považujeme za naprostou nepřípustnost. Pokud však soudci zákon žádnou odpověď neposkytuje (například z důvodu mezery), soudci pak nezbývá nic jiného než právo dotvořit (vyplnit mezeru například za použití analogie). V takových případech můžeme hovořit o *nutné soudcovské normotvorbě*. Její potřeba pramení z mezerovitosti a rozporovitosti právního řádu. Tuto nevylučují ani pragmatisté ani legalisté.

Někdy soudci ovšem právo dotváří i tehdy, když tak vůbec činit nemusí. Mohli by se uchýlit k poměrně jasnému jazykovému výkladu, ale označí jej za formalistický a přikloní se ke kreativnějším způsobům interpretace zákona – nejčastěji k teleologickému výkladu. V těchto případech můžeme hovořit o *dobrovolné soudcovské normotvorbě*, popř. o soudcovské kreativitě. Soudci ji někdy skrývají za pragmatismus, ačkoli za ní mohou stát i jiné důvody (např. politické a ideologické preference daného soudce).

5.2.1 Nutná soudcovská normotvorba

Ačkoli soudy po celá tisíciletí právo dotvářely a dotvářejí, stává se čas od času legitimita této jejich činnosti předmětem vědeckého či politického sporu. Dle Melzera základní otázka zní, zda mohou soudy dotvořit právo nad rámec nejširšího možného jazykového výkladu, nebo zda jim nezbývá než konstatovat *lex est lex* (zákon je zákon) či *lex dura sed lex* (špatný zákon, taky zákon).⁵⁷⁷

Pro nutnou soudcovskou normotvorbu existují různé důvody. Nejprve se ovšem podíváme na důvody odmítání soudcovského dotváření práva. Zakladatel ryzí nauky právní Hans Kelsen zformuloval tzv. *všeobecnou negativní větu*, dle které subjektivní práva (oprávnění, nároky) neexistují, nejsou-li odůvodněné pozitivním právem. V takovýchto případech je soudce

⁵⁷⁶ Zejména k analogii viz MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 243 a násl.

⁵⁷⁷ MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 214.

povinen nárok, který není založen pozitivním právem, zamítnout. Hans Kelsen dodává: „Zvláštní role se přiznává interpretaci při vyplňování mezer v zákoně. Neexistují dokonce pravé mezery v tom smyslu, že by nějaký právní spor nebylo možné podle platných norem rozhodnout, protože zákon – jak se říká – pro nedostatek nějakého předpisu vztahujícího se na tento případ, nemůže být aplikován. Každý právní spor spočívá v tom, že jedna strana vůči jiné vznáší nějaký nárok; a vyhovující či zamítavé rozhodnutí závisí na tom, jestli zákon, tj. platná, na konkrétní případ vztahující se norma, tvrzenou právní povinnost skutečně stanoví či nikoli.“⁵⁷⁸

Dle Kelsena tedy neexistují žádné mezery v právu, a proto ani neexistují situace, kdy je soudce donucen právo dotvářet, aniž by při tom došlo k tzv. odepření spravedlnosti. Zde se ovšem Kelsen nevypořádá s otázkou vnitřní rozpornosti právního řádu. Tu sice můžeme překonat pomocí tří derogačních pravidel (*lex superior, lex specialis, lex posterior*), ale právní praxe přesto přináší situace, kdy ani tato kolizní pravidla nepřináší zcela jednoznačné odpovědi. Navíc se mnohdy zdá příliš přísné, až nespravedlivé, zamítnout něčí nárok jen z toho důvodu, že není explicitně dán psaným zákonem. To koneckonců několikrát potvrdil i Ústavní soud, když judikoval, že je třeba odmítnout jako přepjatý formalismus situaci, kdy soudy neposkytnou ochranu subjektivním právům jen z toho důvodu, že zákonodárce zanedbal vytvoření zákonného podkladu pro jejich uplatňování.⁵⁷⁹

Melzer k tomu ještě uvádí, že právní normu nelze ztotožnit s jazykovým významem určitého ustanovení zákona, nýbrž až s pravidlem chování, které je výsledkem nalézání práva.⁵⁸⁰ Kelsen tedy pojem práva chápe příliš úzce, když opomíjí právní principy, hodnoty a účely v právu.

Další argument proti soudcovskému dotváření práva spočívá v porušení *principu dělby moci a principu právní jistoty*. Princip dělby moci stanoví, že tvorba práva v naší kontinentální právní kultuře přísluší primárně zákonodárci, který

⁵⁷⁸ KELSEN, Hans. Zur Theorie der Interpretation. In MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 214.

⁵⁷⁹ Např. náleze Ústavního soudu ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05. Pro více informací srov. KRÍŽKA, Vít. *Odpovědnost státu za škodu způsobenou legislativní činností*. Brno, 2012. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Vedoucí práce JUDr. Kateřina Šimáčková, Ph.D.

⁵⁸⁰ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 216.

vzešel z demokratických voleb. Toto pravidlo je u nás kodifikováno v čl. 15 odst. 1 a čl. 18 Ústavy České republiky. Právní jistota je zase hodnota, která vyplývá z ideje právního státu (čl. 1 Ústavy České republiky). Je evidentní, že soudcovské dotváření práva, tedy taková aplikace práva, která je v rozporu s jazykovým významem zákona, musí právní jistotu výrazně snižovat.

Dotváření práva pak můžeme považovat za legitimní jen tehdy, hovoří-li v jeho prospěch jiný základní princip, který se prosadí v testu proporcionality s výše zmíněným principem dělby moci a principem právní jistoty. Melzer za takový princip považuje *princip hodnotové bezrozpornosti*. Melzer vysvětluje, že „rozpor jazykově nesporné právní úpravy s hodnotami právního řádu narušuje hodnotovou bezrozpornost právního řádu. V případě zásadního rozporu, pro který neexistují žádné racionální důvody, je těž oslabena důvěra adresátů práva v tuto právní úpravu. Proto může princip hodnotové bezrozpornosti převážit nad principem právní jistoty.“⁵⁸¹

K principu dělby moci se pak uvádí, že zákonodárce je povinen tvořit právo bezmezerovité a bezrozporné. Pokud sám zákonodárce toto pravidlo poruší a způsobí problém při výkladu práva (např. mezeru v právu), je namíste přičítat tento problém jemu a v rámci poměrování dvou ústavních principů oslabit princip, který hovoří ve prospěch zákonodárce, tj. princip dělby moci. Je to pak pouze soudce, kdo může tuto vadu napravit.

Lze shrnout, že základními důvody pro nutnost soudcovského dotváření práva je existence rozporů a mezer v právním řádu. Správně tedy poukazuje Claus-Wilhelm Canaris v předmluvě k základní práci zabývající se mezerami v právu „Zjištění mezer v zákoně“ na to, že pojednání o mezeře v zákoně má za cíl objasnění předpokladů, za kterých soudce může právo dotvářet.⁵⁸² Stejně tak Melzer dospívá k závěru, že nezbytným předpokladem jakéhokoli dotváření práva je jistá nedokonalost právní úpravy.⁵⁸³

⁵⁸¹ Tamtéž. Str. 217-218.

⁵⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. 2. Vydání. Berlin: Duncker & Humboldt, 1983. Str. 6. In: MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 222.

⁵⁸³ MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 222. Melzer v úvodu své knihy (str. 11) uvádí, že jeho právní metodologie má normativní charakter. Nezkoumá, jak soudci rozhodují (sociologický přístup), nýbrž to, jak mají soudci postupovat (normativní přístup). Vynechává tak ze svých úvah nevědomé a dobrovolné soudcovské dotváření práva. To je zřejmě důvodem, proč mluví o „jakémkoli“ dotváření práva, ačkoli myslí pouze nutné dotváření práva soudci.

5.2.2 Dobrovolná soudcovská normotvorba

Mnohem více otázek než nutná soudcovská normotvorba přináší její sestra – dobrovolná soudcovská normotvorba, která bývá často označována za *soudcovský aktivismus* či *soudcovské dotváření práva*.

Abychom soudcovskou aktivitu dobře pochopili, musíme zjistit, co za ní stojí. Proč se k ní soudci uchylují? Čím jsou soudci motivováni ke kreativnímu dotváření práva i v těch případech, kdy to není nezbytně nutné? Proč se někteří soudci tolik brání formalismu, a jiní nikoli? A je třeba takové dotváření práva považovat za negativní jev? Je kritika soudcovského aktivismu oprávněná?

V této části se tedy postupně pokusíme odpovědět na následující otázky:

- *Proč soudci tvoří právo?* – Nejprve se budeme zabývat samotnou motivací k soudcovské kreativitě. Na rozdíl od nutné soudcovské normotvorby, ke které jsou soudci v podstatě dotlačeni rozpory a mezerami v právním řádu, pramení soudcovský aktivismus spíše v soudcích samotných. Zatímco zdrojem nutné soudcovské normotvorby je právní řád, zdrojem dobrovolné soudcovské normotvorby je sám člověk soudící (*homo iudicans*).
- *Jak soudci tvoří právo?* – Následně se pokusíme analyzovat otázku, jakými způsoby soudce právo dotváří. V případě nutné soudcovské normotvorby slouží k překlenutí nedostatků právního řádu nejčastěji aplikace právních principů, použití různých metod výkladu (např. analogie k překlenutí mezer v právním řádu) či použití derogačních pravidel (k překonání rozporů právního řádu). Za čím se ovšem skrývá dobrovolné soudcovské dotváření práva?
- *Mají soudci tvořit právo?* – Na závěr se budeme zabývat otázkou, která má preskriptivní až filozofickou povahu. Je správné, aby se soudci k soudcovské kreativitě uchýlovali? Tuto otázku je nutné odpovídat vždy v kontextu určitého právního řádu v rámci určité právní a politické kultury. Jiné odpovědi se dočkáme tam, kde se očekává striktní odlišení zákonodárce od moci soudní, než tam, kde je právo soudci vytvořeno (jako tomu je u soukromého práva v systému *common law*).⁵⁸⁴ Je zajímavé si povšimnout, že u nutné soudcovské normotvorby si ji vůbec klást nemůžeme, neboť pak by z povahy věci nebyla „nutná“.

⁵⁸⁴ Rozdíly mezi soudcovským dotvářením práva v anglosaské a kontinentální právní kultuře výstižně shrnuje Zdeněk Kühn v publikaci GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI, 2008. Str. 86-110. Již v úvodu dané kapitoly ovšem zdůrazňuje, že tyto rozdíly nejsou tak dramatické, jak se všeobecně má za to.

Dobrovolná soudcovská normotvorba je kontroverznější téma než její nutná podoba právě z toho důvodu, že všechny tři výše položené otázky jsou v případě nutné soudcovské normotvorby právní teorií v podstatě velmi spolehlivě zodpovězeny, popř. alespoň podrobně prodiskutovány a stanoviska různých právních škol k nim jsou jasná. Troufáme si tvrdit, že většina právně-teoretických sporů týkajících se soudcovské tvorby práva pramení právě z nedůsledného rozlišování mezi její nutnou a dobrovolnou formou.⁵⁸⁵ V diskuzi bývají často argumenty, týkající se jedné formy, analogicky vztahovány na druhou, aniž by pro to existoval racionální důvod. Taková falešná analogie bývá ale málokdy rozpoznána.

Protože jsou však pojmy nutná a dobrovolná soudcovská normotvorba poměrně krkolomné a protože se sami domníváme, že se nejspíše příliš nechytí, nadále je opustíme a dobrovolnou soudcovskou normotvorbu budeme již označovat za soudcovský aktivismus, aniž bychom tím chtěli předjímat negativní postoj k tomuto fenoménu.

5.2.3 Motivace k soudcovskému aktivismu

Oliver Wendell Holmes (1841-1935), soudce amerického Nejvyššího soudu, poukazoval na to, že odůvodnění soudního rozhodnutí bývá post hoc racionalizací. Tvrdil, že soudci ve skutečnosti nerozhodují na základě práva, ale pod vlivem svého smyslu pro férovost a spravedlnost. Teprve následně používají pozitivní právo pro odůvodnění svého primárně neprávního úsudku. Tento neprávní úsudek je určen zejména politickou orientací daného soudce. Tuto teorii můžeme označit za *subjektivní teorii* soudcovského myšlení.

Ve Spojených státech lze nalézt celou řadu empirických studií potvrzujících subjektivní teorii.⁵⁸⁶ Studie se zpravidla zabývají Nejvyšším soudem, a to z jednoho prostého důvodu. U soudců Nejvyššího soudu lze stanovit kritéria, podle kterých určíme jejich politickou orientaci (zpravidla je určo-

⁵⁸⁵ Např. Filip Melzer tvrdí, že nauka o dotváření práva se ptá, co vůbec legitimizuje v podmínkách právního státu, který je založen na dělbě moci, soudcovské dotváření práva. Viz MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. Str. 6. Když odpověď nalézá zejména v existenci mezer v právním řádu (viz str. 222 a násl.), je evidentní, že se zabývá zejména legitimací nutné soudcovské normotvorby. Tu dobrovolnou (aktivistickou) zcela opomíjí.

⁵⁸⁶ Viz SUNSTEIN, Cass R. a kol. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press, 2007.

jší prezident, který soudce jmenoval, a složení Senátu v době jmenování). Stejně tak je možné rozhodnutí Nejvyššího soudu rozdělit na pravicová a levicová či liberální a konzervativní, neboť se zpravidla týkají politických otázek. U nižších soudů to bývá větší problém. V českém prostředí se žádná významná empirická studie na toto téma neprováděla. Její provedení by bylo značně problematické již z toho důvodu, že Ústavní soud České republiky je poměrně mladý. Soudci se zatím nevyměňují postupně, ale cyklicky vždy po deseti letech (funkční období většiny soudců je totožné). To empirické výzkumy, které by zkoumaly politické boje na Ústavním soudě, velmi ztěžuje.⁵⁸⁷

Richard Posner uvádí, že soudci jmenování liberální středovou až středolevicovou Demokratickou stranou ve svých rozhodnutích zvýhodňují spíše zaměstnance, spotřebitele, malé podnikatele, kriminálníky páchající násilnou trestnou činností (oproti pachatelům rozsáhlé hospodářské kriminality), odbory, ochránce životního prostředí a lidských práv, zatímco středopravicoví až pravicoví konzervativní soudci jmenování Republikánskou stranou obvykle dávají přednost jejich protistraně, tj. spíše zaměstnavatelům, velkým korporacím a podnikatelům.⁵⁸⁸

Později byly subjektivní teorie soudcovského rozhodování vyprecizovány a přepracovány v tzv. *strategické teorie*. Strategické teorie předpokládají, že soudci ne vždy rozhodují tak, jak by oni sami chtěli (dle jejich politických preferencí, dle subjektivní teorie), ale přizpůsobují své rozhodnutí ostatním soudcům, politikům a veřejnosti tak, aby si získali dobrou pověst a respekt ostatních. Při tom hrají určitou strategickou hru.

Akademici, kteří se zabývají strategickými teoriemi, přičemž jde pouze o vyprecizování subjektivních teorií, zdůrazňují vztahy mezi soudci v senátu a zejména vztahy mezi soudci nižších a vyšších soudů. Zajímavé je Posnerovo rozlišování lídrů (*leaders*) a následovníků (*followers*).⁵⁸⁹

Lídr, též vůdce, je osoba, která má vysoký vliv na ostatní. Lídr má schopnost přimět lidi, aby ho následovali a je schopen ovlivňovat lidi směrem

587 KRÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

588 POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010. S. 20.

589 Tamtéž. S. 65.

k dosažení cíle. Vůdci mají vizi a umějí komunikovat s lidmi tak, aby je inspirovali a iniciovali.⁵⁹⁰ Lídři jsou tedy častěji těmi, kteří rozhodují spíše podle svých vlastních názorů a méně se přizpůsobují. Lídři často orají pole neoraná, nebojí se vydat nová průlomová rozhodnutí a jsou spíše ochotni odchýlit se od dosavadní judikatorní praxe a učinit tzv. judikatorní obraty. Pro lídry lze použít subjektivní teorie soudcovského rozhodování, neboť často rozhodují

Pro následovníky již subjektivní teorie nelze použít a je třeba sáhnout právě po strategických teoriích. Následovníci nerozhodují podle svých politických preferencí, ale následují politické preference lídrů. Následovníci raději vyčkávají na své kolegy. Neradi riskují. Nemají radost, když jim na stůl připadne nová složitá věc. Na rozdíl od lídrů se také značně vyhýbají médiím.

5.2.4 Ekonomické teorie soudcovské normotvorby

Uspokojivější odpovědi na otázku, proč soudci dobrovolně tvoří právo, však přináší *ekonomické teorie*. Ekonomie zkoumá rozhodování ve světě omezených zdrojů. Mám si koupit jablko, nebo hrušku? Mám jen na dovolenou do Karibiku, nebo stačí k Balatonu? Rozhodování soudců je však, na první pohled, o něčem jiném. Pro soudce totiž není vyhovět žalobci o nic dražší než vyhovět žalovanému. Jazykem ekonomie: soudce se zdánlivě nepohybuje po indifferenčních přímkách. Je to ale skutečně pravda? Proč píšu „na první pohled“ a „zdánlivě“?⁵⁹¹

Utilitarismus Jeremy Bentham, ekonomická analýza práva Richarda Posnera i celá neoklasická ekonomie vychází z teze, že lidé se neustále rozhodují tak, aby maximalizovali svůj užitek a zároveň minimalizovali náklady. Začneme tedy *analýzou nákladů*.

Vyhovět žalobci není na první pohled o nic dražší než vyhovět žalovanému, ale může to být časově náročnější. Omezeným zdrojem soudců je zejména jejich čas, který musí rozdělit mezi řešení jednotlivých případů a také musí něco zbyť na jejich volný čas.⁵⁹² V této souvislosti je vhodné připomenout

⁵⁹⁰ Leader (lídr, vůdce). *Manažerský slovník* [online]. Else AZ, s. r. o., 2015 [cit. 2015-09-30]. Dostupné z: <http://www.elseaz.cz/slovník/leader-lidr-vudce/>

⁵⁹¹ KRÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

⁵⁹² Tamtéž.

názor ústavního soudce Vojtěcha Šimíčka, který ještě jako správní soudce judikoval, že „po nikom nelze požadovat, aby se nikoliv krátkodobě, nýbrž trvale, pracovníně přepínal, vystavoval se nezvládnutelným stresům a ve prospěch nadstandardního plnění pracovních úkolů dlouhodobě zcela potlačoval svůj soukromý život.“⁵⁹³

Ne každý rozsudek či každé usnesení vezme soudci stejné množství času. Rozsudek je možné odfláknout; přepsat pár věcí z žaloby či vyjádření žalovaného a napsat stručné právní zhodnocení. Je také možné zabývat se úmyslem zákonodárce, zhodnotit důvodové zprávy, prostudovat komentáře a sepsat velmi podrobné a přesvědčivé odůvodnění. Je ovšem zřejmé, že to je časově náročnější. Z pohledu analýzy nákladů (zatím neuvažujeme o užítku) se soudce snaží napsat rozhodnutí co nejrychleji. Bude preferovat psaní „snadnějšího rozsudku“. Složitější věci také bude odkládat na později. *Snadnější rozhodnutí* je takové, se kterým jsou spojeny nižší náklady. Soudce jej může napsat rychle, protože jej může opsat od jiného senátu, popř. již podobný rozsudek sám má napsaný z minulosti.

Snadněji se také píše rozhodnutí, o kterém soudce ví, že nebude z nejrůznějších důvodů přezkoumáváno vyšším soudem. Pro soudce Nejvyššího správního soudu je například snazší zrušit správní rozhodnutí, než vyhovět státu a žalobu zamítnout, protože stát již nemá proti rozsudku Nejvyššího správního soudu další opravný prostředek, a to ústavní stížnost, neboť státu nemohou být porušena jeho základní lidská práva. Jestliže tedy soudce nechce, aby bylo jeho rozhodnutí podrobováno kritice Ústavního soudu, může preferovat rozhodnutí ve prospěch občana. Soudce obecně bude raději volit takový typ rozhodnutí, které opravné prostředky vylučuje či alespoň minimalizuje. Pokud totiž soudce ví, že jeho rozhodnutí nebude přezkoumáváno, nemusí s ním strávit tolik času. Za snadnější rozhodnutí je možné považovat též takové, o kterém soudce ví, že přes vyšší soud „projde“, neboť je opřeno o jeho judikaturu, kterou soudce již z minulosti dobře zná.

⁵⁹³ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 3. 2014, č. j. 16 Kss 9/2013-91.

Snadnějším rozhodnutím je však zejména kratší rozhodnutí, které soudce rychleji odůvodní. Pokud soudce může vybrat jednu ze žalobních námitek a na základě ní rozhodnout, aniž by se zabýval zbylými, je to pro něj lákavější, než složitě vypořádat obrovské množství zbylých námitek.

Rozsudky, ve kterých soudce vykládá právo kreativním způsobem, tedy takové, ve kterých soudce právo spíše tvoří, než vykládá, jsou naopak příkladem *obtížnějších rozhodnutí*. Psaní takového rozhodnutí je časově náročnější. Je tedy spojeno s vyššími náklady. Proč by tedy soudci vůbec měli tvořit právo, když je to mnohdy obtížnější? Odpověď spočívá v *analýze užítku*.

Co se ale rozumí oním užítkem? V čem spočívá užitek soudců z rozsudku? Pod pojem užitek dokáží moderní ekonomové podřadit téměř cokoli, například i mateřskou lásku nebo přátelství. S takovým širokým pojetím užítku přišel zejména držitel Nobelovy ceny za ekonomii Gary Becker (1930-2014) ve své knize *The Economic Approach to Human Behavior*. V této monografii aplikoval mikroekonomické principy na témata dosud ryze neekonomická: ekonomii diskriminace, ekonomickou analýzu zločinu, ekonomii rodiny, hledání partnera a další.⁵⁹⁴

Odpověď na druhou otázku, v čem spočívá užitek soudců, je pak již nasnadě. Užitek soudců se nijak neliší od užítku a zájmů ostatních lidí. Soudci chtějí majetek, moc, dobrou pověst, respekt a volný čas, neboť tyto statky jim přináší potěšení, radost a slast.⁵⁹⁵

Na závěr je ještě nutné zmínit, že se objevují názory, podle kterých se lidé nesnaží maximalizovat svůj užitek, ale jiné hodnoty. Například český ekonom Tomáš Sedláček polemizuje s možností, že lidé nemaximalizují svou utilitu, ale dobro.⁵⁹⁶ Sama se potom nabízí úvaha, zda soudci nemaximalizují

⁵⁹⁴ Srov. BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago press, 1976, 314 s.

⁵⁹⁵ KRÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

⁵⁹⁶ SEDLÁČEK, Tomáš. *Ekonomie dobra a zla: po stopách lidského tážení od Gilgameše po finanční krizi*. 2. vyd. Praha: pole, 2012, 367 s. In: KRÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

spravedlnost. Ve své podstatě jde ale pouze o slovíčkaření, neboť pojmy jako spravedlnost, dobro a volný čas můžeme podřadit pod pojem užitku, tak jak to učinil již Jeremy Bentham.⁵⁹⁷

Rozhodování soudních sporů je v každém případě lidskou činností, při které dochází k maximalizaci, ať už užitku, dobra či lidské slasti, přičemž motorem k této maximalizaci jsou oni dva svrchovaní páni, bolest a potěšení.⁵⁹⁸

Soudcovské dotváření práva je tedy sice spojeno s vyššími náklady, ale zároveň přináší vyšší užitek, který může spočívat buď v prosazení vlastního názoru (v duchu subjektivní a strategické teorie), získání slávy, prestiže či jiného prospěchu (teoreticky i nezákonného, např. zneužití pravomoci k vlastnímu obohacení či jiné korupční jednání). Samotným soudcům se představa, že jim určité rozhodnutí přináší vyšší užitek než jiné, příliš nelíbí. Například soudce Vrchního soudu Ladislav Derka uvedl, že při psaní rozsudku zvažuje důsledky, které rozhodnutí přinese. Rozhodně ale neuvazuje o svém vlastním prospěchu.⁵⁹⁹ Soudce Derka tedy připouští, že zvažuje možné důsledky svého rozhodnutí. Takový přístup Richard Posner označuje za pragmatické jednání. Je to ale pouze soudce Derka, který rozhoduje o tom, který důsledek je přijatelnější než jiný. A podle čeho soudce Derka vybírá příznivější důsledky? V konečném důsledku podle svého vlastního názoru. Soudci velmi často skrývají své skutečné úmysly právě za pragmatismus.

Prosazením vlastního názoru přináší většině lidí vnitřní uspokojení (užitek). Nemusí se jednat o libovůli ani zlovůli. Názor soudce může být maximálně ušlechtilý a úctyhodný. Soudce může zdůrazňovat ideologii lidských práv, ochranu lidské svobody či být sociálně citlivý. Soudce se tudíž může odchýlit od formalistického výkladu zákona jenom pro to, aby poskytl ochranu základnímu lidskému právu. Takovéto odchýlení je však rovněž politickým přihlášením se k ideologii lidských práv.

⁵⁹⁷ VIT BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener, Ont.: Batoche, 2000, 248 s.

⁵⁹⁸ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener, Ont.: Batoche, 2000, 248 p. Překlad Zdeňka Masopusta je z *Chrestomatie ke studiu filosofie práva*. Viz HRDINA, Ignác Antonín; MASOPUST, Zdeněk. *Chrestomatie ke studiu filosofie práva*. Praha: Leges, 2011. S. 188-192.

⁵⁹⁹ Soudce Vrchního soudu Ladislav Derka tak uvedl na vědeckém sympoziu, které se konalo dne 28. 6. 2015 na Právnické fakultě Masarykovy univerzity právě k příležitosti plánovaného vydání této publikace.

Takové odchylky budou častěji činit soudci, kteří jsou o svých názorech skálopevně přesvědčeni. Půjde tedy spíše o lídry, kteří mají potřebu svůj světonázor dále šířit a prosazovat. Soudce je ochoten věnovat odůvodnění rozsudku více času například jenom proto, aby zdůraznil právo na spravedlivý proces, o kterém je pevně přesvědčen, že je základním lidským právem, které musí být každému přiznáno. Svou víru v základní lidská práva šíří dál a přináší mu to vnitřní potěšení. Jiný soudce může chránit tradiční konzervativní hodnoty jako rodinu či úctu k vlasti.

Nejen prosazování vlastního názoru přináší slast. Potěšení soudcům činí také prestiž a sláva. Znamější a uznávaní soudci pak mají větší šanci postupovat výše v soudní hierarchii, což zase přináší vyšší finanční ohodnocení jejich práce a ruku v ruce ještě větší prestiž. Prestiž a slávu vám však přinesou spíše zajímavé a originální rozsudky, kde je právo opět spíše tvořeno, než nalézáno. Psát obtížnější rozsudky pak budou spíše soudci, kteří chtějí dělat kariéru, zbohatnout či se stát slavnými. Opět jde spíše o lídry než následovníky.

Na podporu tvrzení, že soudcům mohou jejich rozsudky přinést větší slávu a prestiž, lze vzpomenout na soudce Vojtěcha Šimíčka, který v roce 2010 předsedal soudnímu senátu, rozpustil Dělnickou stranu. V roce 2011 měl soudce Šimíček za toto rozhodnutí získat cenu Právnick roku v kategorii Správní právo, kterou ale odmítl, protože podle něj by soudci „nikdy neměli mít dojem, že jsou někomu za cokoli vděční.“⁶⁰⁰

Ačkoli je tedy dotváření práva a psaní složitějších rozsudků spojeno s vyššími náklady, někteří soudci tak činí, protože je to spojeno také s vyšším užitekem (pocitem štěstí), který přináší prosazení vlastního názoru či získávání moci, prestiže a slávy. Můžeme také říct, že častěji budou právo tvořit tzv. lídry, neboť ti mají větší tendenci prosazovat vlastní názory a zároveň častěji touží po kariéře v justici.

5.2.5 Jak soudci tvoří právo?

Richard Posner rozlišuje devět teorií soudcovského rozhodování. Zatímco teorie subjektivní, strategické, ekonomické a organizační, které jsme již

⁶⁰⁰ NĚMEČEK, Tomáš. Dva soudci se vzdali Právnicka roku. *Lidové noviny*. 24. leden 2011, s. 27. Dostupné z: <http://iforum.cuni.cz/IFORUM-10363-version1.pdf>

zmínili, odpovídají na otázku, proč se soudci vůbec uchylují k aktivitě a dotváření práva, zbylých pět teorií pak odpovídá na otázku, jak soudci právo tvoří.⁶⁰¹ Zbylých pět teorií Richard Posner pojmenoval následovně:

- *sociologické teorie* – zdůrazňují, že soudce je členem určité sociální skupiny,
- *psychologické teorie* – zdůrazňují, že soudci jsou ovlivňováni nevědomím,
- *pragmatické teorie* – soudci zvažují důsledky svých rozsudků,
- *fenomenologické* – jde o přechod mezi pragmatickými a legalistickými teoriemi, a
- *legalistické teorie* – předpokládají, že soudci rozhodují podle práva.⁶⁰²

Všechny teorie, až na ryzí legalistické teorie, které jsme sice označili za ideální, ale zároveň jsme je odmítli jakožto nemožné, vycházejí z toho, že soudce vedle práva ovlivňují další *mimoprávní faktory*. Fenomenologické teorie jsou jakousi kombinací ryzího legalismu a výše zmíněného pragmatismu.

Ostatně zkoumat motivace, chování a myšlení soudců by bylo nezajímavé, pokud by soudci byli legalisté v extrémním slova smyslu. Mechanickou justici, složenou ze soudců-robotů, bychom nemuseli zkoumat – minimálně ne takovými metodami, jakými zkoumáme justici dnes. Celá tato kniha by byla zbytečná, pokud bychom přijali ryzí legalistický pohled na justici.

Sociologické teorie předpokládají, že příslušníci určité společenské skupiny rozhodují jinak než ostatní. Jako typický příklad tohoto přístupu lze uvést situaci, kdy nespokojený otec kritizuje práci soudkyně těmito slovy: „Opatrovnické soudkyně v Česku jsou jen ženy, a proto děti dostávají do své péče vždy jen ženy.“ Potvrdit, anebo vyvrátit toto tvrzení je u nás velmi obtížné, neboť opět neexistují žádné empirické studie.⁶⁰³

V českém prostředí lze ovšem vystopovat zásadní rozdíly ve složení soudců mezi vyššími a nižšími soudy. Na vyšších soudech působí sice služebně starší

⁶⁰¹ Organizační teorie v textu sice výslovně zmíněna nebyla, ale úzce souvisí se zmíněnými ekonomickými teoriemi. Organizační teorie se zabírají justici jakožto celkem, spíše než jednotlivými soudci. Zdůrazňují institucionální prostředí v justici. Pozornost bývá věnována materiálnímu zabezpečení soudců, výběru nových soudců, možnostem kariéry a metodice hodnocení soudců.

⁶⁰² POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010. S. 19.

⁶⁰³ KRÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

soudci, ale rozsudky píší jejich asistenti. Ti jsou výrazně mladší, než je věkový průměr v justici. Skutečnost, že teprve vyšli fakultu, znamená, že jejich rozsudky jsou více teoretické a akademické, neboť zatím nejsou příliš dotčeni soudní praxí. Na vyšších soudech rovněž působí celá řada akademických pracovníků, což také výrazně ovlivňuje celý soud. Rozsudky vyšších soudů jsou tedy více teoretické a zároveň delší.⁶⁰⁴

Zatímco sociologické teorie se zabývají psychologií celé společenské skupiny, tedy značně generalizují, průměrují a pracují se statistikou, psychologické teorie zdůrazňují úlohu jednotlivce. Obě teorie se však podobají v tom, že přisuzují velkou váhu našemu původu, zkušenostem, biologickým danostem a nevědomí.⁶⁰⁵

Až doposud jsme mlčky předpokládali, že soudci dotváří právo vědomě, že jde o cílevědomý a záměrný proces lidského jednání, ať už tak činí z nutnosti (překonání nedokonalostí právního řádu) či dobrovolně (soudní aktivismus). Je zde ovšem jeden aspekt, který je rovněž možné označit za soudcovské dotváření práva a na který nyní narážíme. Jde o nevědomé dotváření práva – rozpor mezi formálním a živým právem.⁶⁰⁶

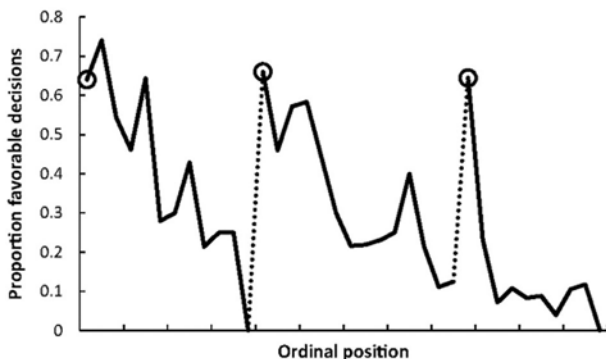
Psychologické teorie považují za nejdůležitější nevědomí, tedy oblast lidské psychiky, která leží mimo sféru vědomí. Jako ukázkovou empirickou studii, potvrzující závěry psychologických teorií, lze uvést studii, která byla zveřejněna v oficiálním periodiku americké akademie věd Proceedings of the National Academy of Science. Nevědomými účastníky této studie bylo osm izraelských vazebních soudců. Jejich pracovní náplní bylo rozhodovat o žádostech o propuštění z vazby. Rozhodováním tráví celý den, přičemž na jeden případ mají v průměru šest minut. Autoři studie se zaměřili na zjištění podílu schválených žádostí v poměru k době, která uplynula od poslední přestávky na jídlo. Výsledky byly šokující. Podíl schválených žádostí po jídle byl zhruba 65 %. Potom se postupně snižoval až k nule, když se měla blížit další přestávka. V průměru bylo vyhověno 35 % žádostí. Unavení a hladoví soudci tedy měli tendenci se uchýlovat ke snadnějšímu řešení, což v daném

⁶⁰⁴ Tamtéž.

⁶⁰⁵ Tamtéž.

⁶⁰⁶ Viz již výše zmíněný odkaz na EHRlich, Eugen. Fundamental Principles of Sociology of Law. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2002, 541 s.

případě znamenalo zamítnout žádost o propuštění z vazby. Zamítnutí žádosti o propuštění z vazby bylo tzv. snadnějším rozhodnutím.⁶⁰⁷



Obrázek 1: Podíl rozhodnutí ve prospěch vězňů v každém ze tří denních zasedání.

Při hledání odpovědi na otázku, podle čeho tedy soudci soudí, lze velmi dobře skloubit dva základní přístupy klasické institucionální ekonomie, a to přístup Thorsteina B. Veblena, který se zaměřoval na sociálně-psychologické zdroje lidského chování, a druhý přístup Johna R. Commonse, jenž soustředil svou pozornost na svět pravidel a zejména právní instituce. V tomto duchu soudce ovlivňují *právní i mimoprávní faktory*.

Mezi *sociálně-psychologické faktory* můžeme zařadit mnohé, např.:

- *světová názor soudce* – např. politická, náboženská či sexuální orientace soudce,
- *osobnost soudce* – míra jeho egoismu; odvaha a touha být vidět; strach z médií, stížností účastníků, předsedy soudu či z vyšších soudů atd.,
- *znalosti soudce* – zejména jeho znalost procesního a hmotného práva,
- *oceňování práce soudců* – například český „čárkový systém“ Ministerstva spravedlnosti, který dle mého názoru ovlivňuje činnost soudců více, než si mnozí myslí,

⁶⁰⁷ DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSE, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2011, 108.17: 6889-6892. Dostupné z: <http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full>

- *vztahy s kolegy* – nejen s ostatními soudci, ale též s asistenty, vyššími soudními úředníky a zapisovatelkami, a
- v neposlední řadě *intuici*.

Mezi *právní faktory* pak lze zařadit zejména procesní a hmotné právo. Lze předpokládat, že soudce je ovlivňován spíše právem procesním, které je mu bližší, neboť s ním denně pracuje. Někteří úzce specializovaní soudci velmi dobře znají hmotněprávní úpravu, podle které soudí, ale v české justici jsou i agendy, které jsou až příliš široké. Například správní soudci (rejstřík A) musí při každé věci vždy znovu a znovu nastudovat hmotněprávní úpravu, neboť správní právo je rozeseto do celé řady právních předpisů (a navíc například daňové předpisy se každý rok poměrně výrazně mění).⁶⁰⁸

Většina teorií soudcovského jednání se tedy přiklání k názoru, že soudce je při rozhodovací činnosti ovlivňován nejen právem, ale rovněž mimoprávními faktory. Pro soudcovské dotváření práva to platí dvojnásob, neboť jde o případy, kde je právo nejasné a soudce se k mimoprávním faktorům dokonce uchýlit musí.

5.2.6 Kritika soudcovského aktivismu

Nejen legalisté, ale i většina těch, kteří připouští, že soudce nerozhoduje jen podle zákona, ale pod vlivem dalších mimoprávních faktorů, tvrdí, že bychom se měli snažit tyto mimoprávní faktory co nejvíce eliminovat. V legalismu tedy spatřujeme ideální stav. Proč by ale soudci neměli být kreativní? Proč by se měli držet pouze textů zákonů? Proč se tolik bráníme představě improvizujícího soudce, když improvizující muzikanty tolik oceňujeme?

Na tomto místě je vhodné připomenout, že se stále zabýváme pouze dobrovolným soudcovským dotvářením práva, které bývá předmětem kritiky mnohem častěji než soudcovská normotvorba nutná, která je z podstaty věci nevyhnutelná, a to kvůli nedokonalosti právního řádu. Kritizovat nutnou soudcovskou normotvorbu je stejné jako kritizovat gravitaci. Nemůžeme se jí vyhnout.

⁶⁰⁸ KŘÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

Dobrovolné dotváření práva bývá často označováno jako *soudcovský aktivismus*, který je v českém prostředí považován za značně negativní jev. Kritici soudcovského aktivismu straší hrozbou *soudcokratic*, která má ohrožovat samotné demokratické zřízení. Václav Klaus uvedl, že demokracie v České republice je nejvíce ohrožena právě soudcokraticí.⁶⁰⁹

Termíny soudcovský aktivismus či soudcokratic se u nás používají spíše v kriticky naladěných textech. Hubert Smekal dodává, že není náhodou, že slova o soudcokratici a vládě soudců nejčastěji vypadávají z klávesnic konzervativně naladěných odpůrců přezkumu právních norem ústavními soudy. Naproti tomu liberálové (v americkém pojetí) obvykle instituci ústavního soudu uznávají, což jim nebrání v ostré kritice jeho výstupů, zvláště když soudu vládne konzervativní většina.⁶¹⁰

Pokud termín soudcovský aktivismus nahradíme termínem *judicializace*, již tolik kontroverze nevzbuzuje. Pojem *judicializace* je v odborné literatuře totiž mnohem více zakořeněn.⁶¹¹ Svou příponou *-izace* odkazuje na proces, tedy na postupné posilování role soudců. Soudcokratic by měla být až mezní stadium *judicializace*.⁶¹²

Proces *judicializace* můžeme pozorovat poslední dobou ve všech moderních státech. Společnost prodělala dalekosáhlé změny vedoucí k rozšíření role a významu práva v sociálních vztazích. Tato expanze vedla také ke značnému zvýšení počtu předpisů upravujících různé aspekty společenského

⁶⁰⁹ Pojem *soudcokratic* je často spojován s bývalým prezidentem Václavem Klausem. Srov. KLAUS, Václav a Marek LOUŽEK. *Soudcokratic v ČR: fikce, nebo realita?: sborník textů*. Vyd. 1. Praha: CEP Centrum pro ekonomiku a politiku, 2006, 183 s. Pojem *soudcokratic* (*juristocracy*) se ovšem zrodil ve Spojených státech amerických zároveň s pojmem soudní aktivismus (*judicial activism*). Oba termíny zpravidla vyjadřují přílišnou politickou moc soudů a zároveň rozhodování soudců dle svých vlastních zájmů a názorů, nikoli jménem zákona. Více viz HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004, 286 s.

⁶¹⁰ SMEKAL, Hubert. *Soudcokratic, nebo judicializace politiky?* In: SMEKAL, Hubert, POSPÍŠIL, Ivo a kol. *Soudcokratic, nebo judicializace politiky?*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 12-33. S. 12-13.

⁶¹¹ Termínu *judicializace* se velmi podrobně věnuje Jacek Srokosz ve svém příspěvku *Juridification of Social Life and the Process of Private Law Publication*. Příspěvek byl přednesen na konferenci Dny práva 2014, které se konaly na Právnické fakultě Masarykovy univerzity, ale ke dni psaní této kapitoly stále nebyl publikován.

⁶¹² SMEKAL, Hubert. *Soudcokratic, nebo judicializace politiky?* In: SMEKAL, Hubert, POSPÍŠIL, Ivo a kol. *Soudcokratic, nebo judicializace politiky?*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 12-33. S. 13.

života. Judicializace souvisí se snahou regulovat život jednotlivců v mnoha jeho aspektech, aby se zajistila bezpečnost, právní jistota a stabilita celého právního systému. Nicméně, proces judicializace je často ostře kritizován řadou akademiků, kteří poukazují na „inflaci práva“, stav „nadbytečné regulace“, a kteří ospravedlňují svá stanoviska citací Tacita: „Nejdříve jsme trpěli kriminalitou; nyní trpíme zákony. Čím horší je stát, tím více má zákonů.“⁶¹³

Zatímco základní argumenty proti nutnému soudcovskému dotváření práva spočívaly v tzv. Kelsenově všeobecné negativní větě, porušení principu dělby moci a principu právní jistoty, hlavním argumentem proti dobrovolnému dotváření práva jsou spíše politické důvody, boj proti inflaci práva a judicializace politiky. Narušení principu dělby moci a principu právní jistoty ovšem bývá zmiňováno rovněž v souvislosti s dobrovolným soudcovským aktivismem.

Nelze se jednoznačně přiklonit k názoru, že soudcovský aktivismus je negativním jevem. Právě naopak. Jde o nevyhnutelně nutný fenomén, jak jsme ukázali výše, který je třeba pozorně sledovat a podrobovat jej vědecké kritice.

5.3 Vliv médií na současné soudní rozhodování

„Vliv médií je patrný i v našich koncepcích úcty, dobra nebo krásy. Způsoby definice a regulace našich představ o tom, co je pravda, jsou však ovlivňovány médii všudychy.“

Neil Postman

Každé dítě dokáže vyjmenovat účinky telefonu či rozhlasu nebo automobilu na utváření života a práce svých přátel a společnosti, ve které žije.⁶¹⁴ Média se totiž stala nedílnou součástí společnosti, která se podílí na jejím každodenním chodu. A co víc: ovlivňuje jej. Dítě si možná ještě neuvědomuje propojenost komunikačních sítí s dalšími podobami moci, například s mocí ekonomickou, kulturní či politickou.⁶¹⁵ Vliv médií nicméně tvaruje důležité milníky lidské historie již mnohá století. Podle některých teoretiků navíc ale média nejsou pouhým nositelem či prostředníkem určitých sdělení,

⁶¹³ Z příspěvku Jacka Srokosze *Juridification of Social Life and the Process of Private Law* Publication, který zatím ještě nebyl publikován. Více viz poznámka pod čarou č. 50.

⁶¹⁴ MCLUHAN, Marshall. *Jak rozumět médiím: extenze člověka*. 2., rev. vyd. Praha: Mladá fronta, 2011, 399 s. S. 10.

⁶¹⁵ THOMPSON, John B. *Média a modernita: sociální teorie médií*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2004, 219 s. S. 9.

nicméně dokonce samotným tvůrcem nové reality. V hodnocení mediální tvorby se tak názorová škála rozchází: zatímco někteří nazírají na mediální obsahy jako na pouhé zkresení reality nebo přenos informací, jiní upozorňují, že média konstruují druhou, odlišnou realitu. Tvrdí, že neexistuje jedna objektivně přístupná realita bez konstrukce, a byť odborníci tvoří realitu odlišnou od té popularizačně-mediální, neznamená to objektivnost ani jedné z nich, pouze dvě odlišné konstrukce.⁶¹⁶

Užívání komunikačních médií v sobě tak obsahuje i vytváření nových forem jednání a interakce ve společnosti, nových společenských vztahů i vzájemného mezilidského chování. Navíc mění prostorovou a časovou organizaci společenského, politického či ekonomického života, včetně vytváření nových vzorců jednání či interakce a nových způsobů výkonu moci.⁶¹⁷ Podle Lippmana si toto působení médií můžeme představit jako nabízení obrazů světa, ze kterých si následně utváříme obrazy v našich hlavách. Touto metaforou shrnul podstatu myšlenky o teorii *agenda-setting*, o níž bude ještě řeč dále, již v roce 1922.⁶¹⁸

Média se stala neoddiskutovatelnou a svěbytnou součástí moderní společnosti. Spolu se svými výsadami, nároky a požadavky na straně jedné, ale zároveň výstupy na straně druhé je titulována jako čtvrtá moc ve státě nebo také sedmá velmoc.⁶¹⁹ Mnozí přitom tvrdí, že moc médií nespočívá ani tak v sugesci řešení pro jednotlivá témata čtenářům, tedy *co* by si měli myslet, ale spíše v jejich umu nabídnout čtenářům, *o čem* by měli přemýšlet.⁶²⁰ Nepopírají nicméně jejich moc a vliv na společnost. Níže se zaměříme specificky na vliv médií na právní systém, potažmo soudnictví. Tyto systémy jsou totiž úzce vzájemně provázány; mnohdy více, než by si byly ochotny připustit. A v jistých případech na sobě dokonce závisejí.

⁶¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Realita masmédií*. Vyd. 1. Praha: Academia, 2014, 143 s.

⁶¹⁷ THOMPSON, J. B., op. cit. S. 9.

⁶¹⁸ LIPPMAN, Walter. Cit. dle NEČAS, Vlastimil et al. *Agenda-setting: teoretické přístupy*. Praha: Sociologický ústav AV ČR, 2008. S. 15.

⁶¹⁹ Termín pravděpodobně pocházející z napoleonských dob. Pokud Napoleon skutečně usadil noviny vedle šesti velmocí, proti kterým bojoval (Anglie, Francie, Rakousko, Prusko, Rusko, Itálie), jedná se o silné tvrzení, dokazující vliv na tehdejší politiku už v období vlády Napoleona Bonaparte. Zdroj: Česká televize. *Být v obraze*. © Česká televize 1996–2015 [online]. 2009 [cit. 23. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/porady/10214728740-byt-v-obraze/4430-slovnicek/>

⁶²⁰ COHEN, Bernard. Cit. dle NEČAS, Vlastimil et al. *Agenda-setting: teoretické přístupy*. Praha: Sociologický ústav AV ČR, 2008. S. 15.

5.3.1 Média, společnost a právo⁶²¹

5.3.1.1 Vztah médií a právního systému

Zaměříme-li se na vztah médií a práva, nelze popřít vzájemné provázání na několika úrovních. Na jedné straně jsou média stále považována za hlídacího psa demokracie, a to včetně bedlivého sledování dodržování ústavních záruk či principu brzd a rovnovah. A zatímco právo je často neodbornou veřejností vnímáno jako složitý proces, kterému nelze blíže porozumět (ať už kvůli specifickému užití jazykových prostředků, složitých postupů či mnohoznačného historického vývoje), média v jistých případech jeho roli ochotně přebírají formou informování o vybraných právních tématech. Stávají se tak důležitým prostředníkem mezi společností a právním systémem, neboť zajišťují určitou úroveň povědomí o právu u veřejnosti. Naopak ale také mohou jistá témata záměrně potlačovat či zveličovat, přičemž hrozí, že společnost tak nedostane poselství zákonodárné, výkonné či soudní moci tak, jak bylo původně zamýšleno.

Na straně opačné pak stojí právo, které médiím určuje rámec, v němž se mohou pohybovat, a jaká pravidla jsou pro ně nastavena. Ovlivňuje tak samotný chod médií i jejich tvorbu. Média přitom užívají v právním systému oproti jiným subjektům v určitých ohledech výsadního postavení (ať se to týká například ústavního zakotvení svobody projevu a jeho judikatorně široce pojímaného výkladu,⁶²² nebo speciálně ustanovených institutů jako například ochrana zdroje).

⁶²¹ Z formálního hlediska je vhodné zdůraznit, že tato kapitola a kapitoly navazující částečně vycházejí z autorčiny diplomové práce: STACHOŇOVÁ, Monika. *Mass media and their role in the mechanism of legal regulation* [online]. 2014 [cit. 1. 10. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Brno. Právnická fakulta. Vedoucí Martin Škop. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/348314/pravf_m/

⁶²² Příkladem může být rozhodnutí Ústavního soudu, v němž deklaruje, že „je nutno respektovat určitá specifika běžného periodického tisku, určeného pro informování nejširší veřejnosti (na rozdíl např. od publikací odborných), který v určitých případech musí - především s ohledem na rozsah jednotlivých příspěvků a čtenářský zájem - přistupovat k určitým zjednodušením (...). Lze tedy stěží trvat na naprosté přesnosti skutkových tvrzení a klást tak na novináře - ve svých důsledcích - nesplnitelné nároky.“ Nález Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2000, sp. zn. I. ÚS 156/99 [online]. Ústavní soud [cit. 29. 9. 2015]. Dostupný na: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=32822&pos=2&cnt=2&typ=result> nebo dále viz Nález Ústavního soudu ze dne 6. 3. 2012, sp. zn. I. ÚS 823/11 [online]. Ústavní soud [cit. 1. 10. 2015]. Dostupný na: http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Aktualne_prilohy/2012_03_19a.pdf

Média tak slouží jako důležitá spojka či brána k informacím. Jsou to právě novináři alias *gatekeeperi*, kteří každý den pro ostatní ve společnosti vyhledávají střípky informací, aby z nich mohli vybrat a slepit mozaiku informací k předání většímu počtu lidí.⁶²³ Jejich funkce je z tohoto pohledu vnímána pozitivně a užitečně. Nelze však opomenout ani rizika, která jejich práce přináší. S tlakem na rychlé doručení sdělení k příjemcům se například nedá vyločit vypuštění mylné informace, která v může vést k šíření poplašné zprávy, poškození osob či dokonce ohrožení národní bezpečnosti. Ve světě, který dbá na *real-time reporting* a vše se v médiích (alespoň zdánlivě) odehrává „tady a teď“, vzniká snadno příliš velké zjednodušení, zkratkovitost a zveřejnění neúplných či zavádějících informací. Proto je nutné na vliv médií nazírat z několika úhlů pohledu.

Nejprve je vhodné krátce upozornit na často skloňovaný požadavek objektivity. Jedná se totiž o nárok, který je na média kladen až v posledních desetiletích (a to ještě záleží na vývoji dané země a její geografické poloze). „Představa, že by žurnalistika měla být politicky neutrální, nestranná, profesionální, dokonce ‘objektivní’, se objevila až ve dvacátém století. (...) Účelem žurnalistiky bylo přesvědčovat, stejně jako informovat, a tisk měl sklon k velké politické angažovanosti. (...) [V]ětšina novin byla úzce spjata s politickými stranami.“⁶²⁴ Nelze proto automaticky předpokládat, že média budou tento požadavek umět dokonale naplnit. Do komunikační hry navíc vstupují národní, nadnárodní a komerční zájmy. Všechny tyto oblasti ovlivňují svými partikulárními zájmy, omezeními a privilegii chod médií.⁶²⁵ K tomu se navíc přidává fakt, který zdůrazňuje i mediální analytik Šmíd, když tvrdí, že média jsou vždy subjektem determinovaným svou povahou, zkušeností, hodnotovým systémem a dalšími faktory. Proto je podle něj nemožné objektivitu dosáhnout. Navrhuje proto mluvit spíše o důležitosti

⁶²³ SHOEMAKER, Pamela J.; VOS, Tim P. *Gatekeeping Theory*. New York: Routledge. 2009, 176 s.

⁶²⁴ MCCHESENEY, Robert W. *Problém médií: jak uvažovat o dnešních médiích*. Všeň: Grimmus, 2009. 144 s. S. 9.

⁶²⁵ CUILENBURG, van Jan and MCQUAIL, Denis. Media Policy Paradigm Shifts: Towards a New Communications Policy. *European Journal of Communication*. 2003; vol. 18, č. 181, s. 3. Published by Sage. Dostupné také z: http://shs.ntu.edu.tw/course/uploads/week_20121221054258_1828.pdf

nestrannosti a faktické přesnosti.⁶²⁶ Požadavek na objektivitu médií neklade dokonce ani evropská mediální legislativa.⁶²⁷ Objektivita tak spíše zůstává ideálem, ke kterému je vhodné směřovat a nezapomínat na něj.

Obdobně je třeba přistupovat ke konzumaci médií se znalostí jejich vlastnické struktury. Tedy neviditelného rámce, který nemusí být vždy zřetelný, ale přesto určuje médium jako takové, a může ovlivnit vztahy v interakci mezi právním systémem a konkrétními médii. Z českého i zahraničního prostředí jsou známa média, která přímo či nepřímo slouží jako propagační nástroj pro určitou politickou či komerční skupinu. Jak tvrdí český mediální analytik Kubala: „Ve chvíli, kdy si největší mediální domy rozdělili vlivní podnikatelé, je jen iluzorní si myslet, že zde existují nezávislá média.“⁶²⁸ Tento trend již dříve (2001) v mezinárodním měřítku glosoval Ramonet s apelem na naše uvědomění, že mnoho velkých deníků už tehdy patřilo mediálním megaskupinám. A těch několik titulů, jež jsou ještě v Evropě svobodné, a které stále více závisejí na výnosech z reklamy, jsou vystaveny chtivosti nových pánů světa.⁶²⁹ Z nedávné doby je také možné upozornit na konkrétní případ ovlivňování médií svými vlastníky: vlastník jedné z českých komerčních televizí výslovně určil, jak (tj. jakým směrem, s jakou tonalitou) se bude v jeho televizi informovat o tématu tzv. uprchlické krize,⁶³⁰ čímž zásadně znemožnil použití zásad novinářské neutrality, nepředpojatosti a objektivity.

K tomu je třeba navíc podotknout, že zvláště v českém mediálním prostředí, které je samo o sobě velmi malé, do hry nevstupují pouze vlastnické vztahy, ale také vztahy s mediálními inzerenty. Patří-li totiž inzerent mezi skupinu těch, kteří do mediální reklamy nalijí stovky milionů českých korun ročně, patří zároveň mezi ty, kteří médiím umožňují ekonomicky přežít. A je známa

⁶²⁶ ŠMÍD, Milan in RŮŽIČKA, Vlastimil. *Politika a média v konzumní společnosti*. Praha: Grada Publishing, a. s., 2011. S. 94-96.

⁶²⁷ Např. čl. 10 Evropské úmluvy o lidských právech: „...Toto právo zahrnuje svobodu zastávat názory a přijímat a rozšiřovat informace nebo myšlenky bez zasahování státních orgánů a bez ohledu na hranice.“

⁶²⁸ KUBALA, Ondřej. Ústní sdělení. Přednáška v rámci konference PR v digitální sféře [1. 10. 2015].

⁶²⁹ RAMONET, I. *Tyranie médií*. Praha: Mladá fronta, 2003. Str. 9. (Originál knihy vyšel již v roce 2001).

⁶³⁰ TABERY, Erik. Ústní sdělení. Přednáška v rámci předmětu Mediální právo na Právnické fakultě Masarykovy univerzity [21. 10. 2015].

praxe, kdy o problémech těchto vybraných společností je pro média lepší neinformovat, či takové zprávy „zmírnit“, než riskovat ztrátu inzerce od tak zásadního zadavatele.⁶³¹

Vztah médií a normotvůrců i přes uvedené poznámky však nakonec vždy slouží oběma stranám. Berkowitz jejich poměr dokonce označuje za symbiotický. Zatímco totiž novináři potřebují stálý přísun čerstvých oficiálních informací, na kterých mohou stavět, normotvůrci potřebují mediální pokrytí,⁶³² které jim zajistí přístup k široké veřejnosti a prostor pro obhájení svých postupů a činů ve veřejných funkcích, popřípadě prostor pro doručení veřejně důležitých informací.

5.3.2 Vliv médií na společnost

Proč se tedy zabývat vlivem médií na soudní rozhodování, a proč (pokud vůbec) se vůbec snažit o spolupráci s mediálním systémem, který je v mnoha ohledech nevypočitatelný a nekontrolovatelný? Zde se dostáváme opět zpátky k vlivu médií na společnost a také jejich moci nastolovat témata a podávat je širokému publiku. Za využití prvků agenda-setting totiž mají schopnost formovat postoje, určovat hlavní priority témat a předem stanovují, které otázky jsou v dané době důležité.⁶³³ Média tak i z právního systému vybírají pouze ta témata, která považují za důležitá či zajímavá. Kritérii jsou přitom hodnoty jako například (ne)předvídatelnost, jednoduchost, individualismus, rizikovitost, sex, zapojení celebrity nebo vysoce postavené osoby, vzdálenost/ blízkost místa dění, násilí nebo střet zájmů, vizuálně atraktivní podívání, děti, konzervativní ideologie a politické rozbroje.⁶³⁴ Ramonet k tomu navíc dodává, že zatímco dříve byla největší hodnotou zprávy její pravdivost, dnes musí být zajímavá (což z etického hlediska znamená značnou změnu).⁶³⁵ Jak je tedy vidět, kritéria jsou velmi selektivní a při jejich užití média

631 KUBALA, Ondřej. Ústní sdělení. Přednáška v rámci konference PR v digitální sféře [1. 10. 2015].

632 BERKOWITZ, D. *Who sets the media agenda? The ability of policymakers to determine news decisions.* In KENNAMER, J. D. *Public opinion, the press, and public policy.* Westport, CT: Praeger Publishers. S. 81-102.

633 RŮŽIČKA, Vlastimil. *Politika a média v konzumní společnosti.* Praha: Grada Publishing, a. s., 2011, 1. vyd. Str. 18.

634 JEWKES, Yvonne. *Media and crime.* London: Sage, 2011. 317 s. S. 45.

635 RAMONET, op. cit. S. 36-37.

těžko zachytí přesně odehrávající se realitu. Proto je třeba mít na paměti, že zprávy a obrazy vytvořené médii nejsou realitou, ale pouze její *verzí*, závisající na mnoha faktorech.⁶³⁶

A přestože si to mnohdy redaktoři sami neuvědomují nebo uvědomit nechťejí, právě v procesu nastolování agendy leží klíčový prvek jejich vlivu na společnost. Demonstrovat to můžeme například na informování o novém občanském zákoníku.⁶³⁷ Z provedené analýzy⁶³⁸ vyplynulo, že zatímco některá témata týkající se změn v občanském zákoníku byla v období jeho schvalování a nabytí účinnosti mediálně pokryta velmi hojně (např. dědictví a problematika s ním spojená), jiná se v médiích neobjevila téměř vůbec (např. změny v terminologii zákoníku – tj. zavedení nových či archaických výrazů do zákoníku). Dá se tedy předpokládat, že velká část laické veřejnosti měla v době nabytí účinnosti nového občanského zákoníku vyšší povědomí o vybraných institutech, zatímco o jiných doslova neměla tušení. A byť samozřejmě platí zásada *neznalost zákona neomlouvá*, nelze si namlouvat, že se veřejnost se zněním ať už nových či novelizovaných zákonů přímo seznámí. Tato skutečnost se opět zakládá na (jiném) provedeném výzkumu, z něhož vyplynulo, že 62 % lidí upřednostňuje určitý druh mediálního výkladu před textem zákona.⁶³⁹ Je tedy vidět, že mediální nastolování témat alias agenda-setting má na laickou veřejnost prokazatelný vliv tím, která témata se k ní dostanou a které budou věnovat svou pozornost. Proto je třeba mít na paměti, že představy občanů o realitě ve značné míře vycházejí právě ze selektivních kritérií žurnalistiky,⁶⁴⁰ které ovlivňují i spo-

⁶³⁶ JEWKES, op. cit. Str. 41.

⁶³⁷ Mediální analýza přijetí právě tohoto předpisu – nového občanského zákoníku – byla provedena autorkou záměrně. Jedná se totiž o jednu ze zásadních právních norem, které ovlivňuje život celé české společnosti. Přijetí či nepřijetí občanského zákoníku veřejností má navíc ambice dlouhodobě ovlivňovat česku společnost i její vnímání práva. A to včetně úsudku soudců v jejich budoucím rozhodování či zákonodárců v jejich další legislativní práci.

⁶³⁸ Celý článek týkající se mediální analýzy nového občanského zákoníku (zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník) byl odevzdán do písemné verze sborníku na konferenci Dny práva 2014, které se konaly na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v listopadu 2014, ale ke dni psaní této kapitoly stále nebyl publikován.

⁶³⁹ SOMMEROVÁ, Klára. *Masová média a jejich role v mechanismu právní regulace* [online]. 2012 [cit. 27. 9. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/257566/pravf_m/

⁶⁴⁰ KUNCZIK, Michael. *Základy masové komunikace*. 1. vydání. Praha: Karolinum, 1995. S. 125.

lečenské právní vědomí a dokáží tak vytvořit představu, co je „po právu“, stejně jako vytvářejí hodnocení platného práva či představ o něm. Z toho vyplývá, že „v případě, kdy právní vědomí společnosti či alespoň větší její části negativně hodnotí určitou právní normu, dochází k odmítnutí (úplnému nebo částečnému) společenské *akceptace* právní normy.“⁶⁴¹

Jak poukazuje Yvonne Jewkes, vliv médií může být jak negativní, tak pozitivní,⁶⁴² záleží pouze na perspektivě, která se zvolí.⁶⁴³ Už dávno neplatí, že by byla média jen takzvaným hlídacím psem demokracie. Tuto funkci média postupně rozšířila o mnohé další: a to tvorbou obsahu, který produkují. Od zábavného či bulvarizujícího, přes názorový, až po vzdělávací či informační,⁶⁴⁴ jež se zdaleka nedotýká jen témat spojených s „hlídáním demokracie.“ Tyto styly se navzájem samozřejmě v některých případech prolínají. Celkové vyznění pak dotváří způsob, jakým je popisovaná událost nebo osoba prezentována v médiích, „tedy jaké vlastnosti jsou zdůrazněny, v jakém kontextu jsou prezentovány. [To] se může odrazit také v uvažování lidí, kteří se zaměří právě na vybrané vlastnosti a nahlízejí na věc z nabídnutého úhlu pohledu.“⁶⁴⁵

Díky těmto možnostem nastolovat témata a volit si vlastní styl informování mají média obrovskou moc ovlivňovat veřejné mínění, které by ale také mělo být množinou hodnou pozornosti pro právní systém. Nastolování agendy totiž shrnuje oblasti, které by měly veřejnost zajímat a v jejichž intencích by měla jednat. Úloha médií je pak určující a klíčová,⁶⁴⁶ jelikož se společnost naučila přisuzovat význam právě těm událostem, které se v médiích objeví, a nechává se jimi ovlivnit. A jak dodává McQuail, přestože je nakonec vždy na audienci, zda se rozhodne přijmout mediální pohled na danou situaci,

⁶⁴¹ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995. S. 83.

⁶⁴² K tomu například blíže pozitivní vliv médií v případě tzv. Šmejdů. In: STACHOŇOVÁ, Monika. *Mass media and their role in the mechanism of legal regulation* [online]. 2014 [cit. 1. 10. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Brno. Právnická fakulta. Vedoucí Martin Škop. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/348314/pravf_m/

⁶⁴³ JEWKES, op. cit. S. 40.

⁶⁴⁴ Dle toho lze také dělit média na informační, vzdělávací, persvazivní a zábavná. Cit. dle BURNS, Diana. *New Media Technologies*, 2009, s. 6.

⁶⁴⁵ TABERY, Paulína. *Nastolování agendy a proces rámování*. SOCIOWeb: Sociologický webzín [online]. Březen 2009 [cit. 10. 9. 2015] Dostupné z: <http://www.socioweb.cz/index.php?disp=teorie & shw=385 & lst=105>

⁶⁴⁶ MCCOMBS, Maxwell E. *Agenda-setting: nastolování agendy – masová média a veřejné mínění*. 1. vydání. Praha: Portál, 2009. S. 15.

někdy nastávají i situace, kdy jsou media jediným dostupným zdrojem při formování názoru na určité téma.⁶⁴⁷ Navíc se média podílejí na utváření kulturního symbolického prostředí, mají schopnost zasahovat do toku dění a ovlivňovat jednání ostatních. A také nalézat, vytvářet a přenášet symboly o tom, co je to vlastně demokracie.⁶⁴⁸ Právo v takovém případě nemůže, a nemělo by mediální vliv ani společenský vývoj ignorovat, nýbrž by mělo pečlivě naslouchat a reagovat. Ani soudci – jako jedna ze součástí právního systému – pak také nemohou být od dynamicky se měnící reality odtrženi.

Pro úplnost vykresleného obrazu je však třeba dodat, že ani média samotná nejsou všemocná či dokonalá. Co se týká jejich moci, je radno nepodceňovat kritické myšlení lidí, znásobeného dnešním věkem skepticismu, nedůvěry a pochybovačnosti občanů vůči médiím.⁶⁴⁹ A byť se média snaží vědomě s tímto „trendem“ bojovat – například s technologickým vývojem se důvěryhodnost televize zvýšila díky zavedení prvku hlasatele dívajícího se divákovi přímo do očí, který vytváří vztah důvěry, pocit známosti a pocit pravdivosti (*...do očí by mi přece tato známá osobnost nelhala*)⁶⁵⁰ – zároveň je to technologický pokrok,⁶⁵¹ který důvěru lidí v média neustále sráží. Může se jednat například o nepřeborné množství informací jednoduše dostupných na internetu, díky nimž si mediální konzument snadno ověří pravdivost mediálně uveřejněných zpráv. Přesto samozřejmě důležitost hodnoty informace jako nástroje pro svobodu lidí zůstává stále vysoká.

Vliv médií na informaci mají podle Ramoneta dva parametry: mediální napodobování a hypermoc.⁶⁵² Napodobování popisuje jako horečku, kdy média

⁶⁴⁷ McQUAIL, Denis. *Mass Communication Theory*. London: SAGE Publications Ltd. 2010, 614 s. S. 341.

⁶⁴⁸ KUŽVART, Jan. *JAK SI UCHOVAT „MEDIÁLNÍ MOC“?* [online]. Vydáno 26. 9. 2014 [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.mediainfo.cz/clanky/jak-si-uchovat-medialni-moc/>

⁶⁴⁹ RAMONET, op. cit. S. 33.

⁶⁵⁰ RAMONET, op. cit. S. 50.

⁶⁵¹ Právě moc technokratická, která se opírá o diktát, jež na společnost vyvíjí moderní technologie a technokratický výkon moci (Cit. dle KUŽVART, Jan. *JAK SI UCHOVAT „MEDIÁLNÍ MOC“?* [online]. Vydáno 26. 9. 2014 [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.mediainfo.cz/clanky/jak-si-uchovat-medialni-moc/>), má vedle moci mediální a ekonomické velký vliv na společnost. Proto rozhodně netvrdím, že by postavení médií, stavěné doplňkově k moci zákonodárné, výkonné a soudní, mělo být jediné klíčové či monopolní.

⁶⁵² RAMONET, op. cit. S. 27.

se ženou za určitou událostí pod záminkou, že ostatní média jí připisují velký význam – to pak vytváří tzv. efekt sněhové koule. Tedy čím víc se o tématu mluví, tím víc se média přesvědčují, že toto téma je centrální. Média se tak sama stimulují a nechávají se unášet k přeinformovanosti. Ramonet navíc tvrdí, že celý tento proces ještě zesílil internet. K tomuto lze uvést několik praktických příkladů z právního prostředí, kdy například o případech (ať už údajných či soudem potvrzených) týraných dětí se píše stovky článků, resp. točí stovky reportáží, byť často informace z těchto řízení nejsou pro veřejnost i média vůbec známá a dostupná.⁶⁵³ Dalším příkladem by pak mohlo být hojné informování o rozvodech známých osobností, z pohledu práva tedy soudních případů okrajového významu (a navíc obvykle ryze soukromého charakteru), či politických kauz.⁶⁵⁴

Co se týká hyperemocí, Ramonet připomíná, že zatímco dříve vážená média sázela na striktnost a pojmový chlad (oproti demagogickému tisku, který si hrál se senzačním a emočním šokem), s působením televize (a nyní i internetu) se také toto změnilo. Emoce v médiích totiž podle něj vytvářejí (zhoubnou) víru v myšlenku, že každá informace je zjednodušitelná, redukovatelná, převoditelná na masovou podívanou a rozložitelná na segment emocí.⁶⁵⁵ Byť má v tomto ohledu pravdu, přece s ním v tomto nelze plně souhlasit – jak sám tvrdí, i dříve existovala média vědomě a cíleně pracující s emocemi konzumentů. Navíc i dnes najdeme média, která se snaží přinášet emočně nezabarvený pohled na nastalé události a zpravodajské informace striktně rozlišují od publikovaných názorů. A nedá se říci, že by tato skupina médií v poslední době výrazně strádala. Trendy naopak ukazují, že čím dál více konzumentů mediálního obsahu je ochotna si za kvalitu informací

⁶⁵³ Například tzv. Kuřimská kauza, či v roce 2015 známá kauza tzv. norských dětí – bratři Michalákových, v níž média stále dokola opakují pouze informace převzaté z výpovědi matky a okolí, bez znalosti jakýchkoliv informací ze spisu orgánu sociálně-právní ochrany dětí, který je kvůli soukromí a ochraně dětí nezveřejněn.

⁶⁵⁴ U politických kauz rozhodně nepopírám význam informování o jejich průběhu či výsledku. Jedná se totiž o efektivní veřejnou kontrolu moci a výkonu moci svěřené politikům od občanů. Je ale třeba připomenout, že např. v kauzách politiků Víta Bárty, či Petra Nečase a Jany Nagyové byly médií často mnohokrát opakovány již známé fakty (tvořící právě efekt sněhové koule), popř. „okořeněny“ informacemi zcela nerelevantními a nedůležitými pro soudní řízení, potažmo pro veřejnost.

⁶⁵⁵ RAMONET, op. cit. Str. 29.

(bez nadsazených emocí) v dnešní době připlatit a vyhledat si ji.⁶⁵⁶ K tomu vhodně Luhmann připomíná, že svobodu ve volbě mediálních témat pozorovatel (tedy konzument mediálního obsahu) může svou volbou značně ovlivnit. A to jednoduše tak, že určité druhy pořadů či typy článků přestane sledovat. Pokud o něj nechce médium přijít, bude přinášet takové druhy zpráv, které pozorovatel sleduje. Tím médium reflektuje komunikaci a aktualizuje sebe-referenci.⁶⁵⁷

Měli-li bychom tedy vliv médií na společnost i právní systém shrnout, můžeme jej označit za klíčového zprostředkovatele a přenašeče informací. A to oboustranně – jak při přenášení názoru veřejnosti směrem k právo-tvůrcům, tak i opačným směrem od nich zpět k laické veřejnosti. Média tvoří neodmyslitelnou a živelnou součást vyvíjející se společnosti, která přináší nové společenské výzvy i problémy k řešení. Média sama se navíc musí jejímu tempu přizpůsobovat a měnit svou komunikaci tak, aby tomuto vývoji odpovídala. Proto například posiluje obousměrný dialog namísto jednosměrné komunikace a také dostupnost širokého spektra informací pro veřejnost, stejně jako zapojování jednotlivců z veřejnosti do mediální, resp. demokratické debaty.⁶⁵⁸

V tomto ohledu je třeba podotknout nutnost pochopení tohoto vývoje i soudci, kteří s médií interagují zejména v soudních síních – právě soudce jako klíčová osoba s rozhodovací pravomocí o tom, co a jakým způsobem se odehraje v soudní síni, by si měla být vědoma nelehké role médií v takové

⁶⁵⁶ Za důkaz se v tomto případě dá užít například ukazatel nárůstu prodeje a čtenosti médií, jako je například The Economist, jehož čtenost za posledních 40 let stoupla ze 100 000 na 1,4 milionu osob. Zdroj: The Economist. *About us* [online]. © The Economist Newspaper Limited 2015 [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.economist.com/help/about-us>.

V českém prostředí lze obdobně zmínit zvyšující se čtenost týdeníku Respekt, jehož čtenost stoupla v posledních pěti letech z 100 000 na 167 000 čtenářů. Zdroj: Unie vydavatelů. *PRODANÝ NÁKLAD, ČTENOST A INZERTNÍ VÝKONY TITULŮ ČLENŮ UNIE VYDAVATELŮ V OBDOBÍ 1. AŽ 3. ČTVRTLETÍ 2010* [online]. © 2013 Unie vydavatelů ČR [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.unievydavatelu.cz/gallery/files/864.pdf> a dále: Unie vydavatelů. *MEDLA PROJEKT 1. a 2. čtvrtletí 2015* [online]. © 2013 Unie vydavatelů ČR [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: http://www.unievydavatelu.cz/gallery/files/MP_1-2-2015-Prezentace_v07m.pdf

⁶⁵⁷ LUHMANN, op. cit.

⁶⁵⁸ Group of Specialists on Public Service Media in the Information Society. *Strategies of public service media as regards promoting a wider democratic participation of individuals*. Strasbourg: Council of Europe, 2009. 47 s. Str. 5.

situaci. A nastalý stav zvažovat optikou všech zúčastněných. Je pochopitelné, že soudce ze soudního přelíčení nechce vytvořit jednu velkou televizní show,⁶⁵⁹ na druhou stranu pokud mají být média nápomocna v budování demokracie, patří k tomu také přenos informací. Ten ale při dnešním technologickém pokroku znamená, že žurnalisté potřebují například natáčet na diktafon nebo kameru, jelikož bez zvukového či obrazového materiálu rozhlasový či televizní redaktor nemůže svou reportáž vytvořit a informaci tak k širší veřejnosti přenést.

5.3.3 Vztah médií a soudnictví

„Občané neztratí veškerou svou víru v právní orgány z důvodu jedné špatné zkušenosti s policistou či soudcem, ani kvůli pocitu, že právní orgány nejsou schopny přinést jednu jedinou příjemnou zkušenost. Na čem ale rozhodně nakonec záleží, je součet zkušeností každého jedince.“

Tom R. Tyler

Soudnictví patří mezi základní prvky demokracie a jako takové reprezentuje významnou složku právního systému směrem k jednotlivcům dané země. Pro svou důležitost si musí být vědomé, že bude pod hledáčkem veřejnosti i jejich zástupců v podobě médií. Tento tlak nemusí být nijak příjemný; jisté však je, že dokud *existuje*, znamená to fungující média v dané zemi jako hlídače záležitostí veřejného zájmu. S tímto vědomím cenné přidané hodnoty by k nim zástupci soudnictví měli přistupovat. V ideálním případě by pak média a soudnictví měly spolupracovat ke vzájemné spokojenosti, vždy s respektem a jistou profesní úctou. To ale rozhodně neznamená, že by jedna či druhá strana měla rezignovat na své vlastní základní zásady.

Média mohou soudnímu systému sloužit ku prospěchu hned v několika ohledech. Mohou například přinášet pohledy na určitá témata, které doposud justici nebyly zváženy, nebo přinášet názory širší veřejnosti k určité problematice, které by jednotlivý soudce mnohem hůře získával. Navíc dávají soudcům a soudnímu systému prostor pro vyjádření k určitým právním či společenským tématům, následně média doručí velkému počtu lidí. Na straně druhé se média mohou dopouštět zavádějících zkratků či zjednodušení,

⁶⁵⁹ Výraz zavedený americkým mediálním teoretikem Neilem Postmanem a užívaný také v jím navrženém kontextu.

přinášet nekompletní obraz nebo názor pouze určité, privilegované skupiny společnosti,⁶⁶⁰ což musí mít soudce (a samozřejmě nejenom on) jako konzument médií na paměti.

I přes vyjmenovaná úskalí by však soudce na média neměl zanevřít, jak tvrdí například bývalý nizozemský soudce Evropského soudu pro lidská práva Egbert Myjer⁶⁶¹ nebo český soudce Zdeněk Kühn.⁶⁶² Druhý jmenovaný dodává, že soudce nemá žít ve slonovinové věži, nicméně by měl být profesně vycvičen natolik, aby zůstal rezistentní vůči většinovým či populistickým stanoviskům. Soudce tak sice vnímá, co se o kauze píše v novinách, zároveň ovšem dobrý a kvalitní soudce rozhoduje dle zákona, nikoli novinářského přesvědčení.⁶⁶³

Média a soudní systém se tak v mnohých situacích prolínají a potkávají. Jaké střety v těchto případech nastávají a jak se dají řešit? Prvním z nich může být soudní spor, jehož obsah se dostane do médií již v průběhu soudního řízení. Uniklé informace může poskytnout například některá ze stran sporu, popřípadě se k nim média dostanou nějakým způsobem i přesto, že by jej justice raději viděla nepublikované.⁶⁶⁴ Pokud média nedodržují zásadu presumpce nevinny a už předem předkládají určité závěry soudního řízení jako jisté, očividné či jasné, nastává pak pro soudce těžká situace: byť spor samozřejmě rozhodne dle všech svých informací ze soudního spisu, zváží pečlivě všechny důkazy a až na základě toho vynese rozsudek, veřejnost ho již nemusí přijmout. Předem totiž „získala“ názor na daný případ skrze média,

⁶⁶⁰ To může být spojeno jak s vlastnictvím médií (viz popsáno výše), nebo také s faktem (mnohokrát zmiňovaným i českými a evropskými soudy), že určité skupiny osob mají do médií snazší přístup, např. osobností již veřejně známé a činné.

⁶⁶¹ MYJER, Egbert. Ústní vyjádření. Rozhovor proveden v Leidenu, Nizozemsko [13. 12. 2013].

⁶⁶² KÜHN, Zdeněk. In: SOMMEROVÁ, Klára. *Masová média a jejich role v mechanismu právní regulace* [online]. 2012 [cit. 2. 9. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/257566/pravf_m/

⁶⁶³ Tamtéž.

⁶⁶⁴ To Kirtley nazývá „kontradiktorním“ vztahem, který není vždy ideální, ale strany se musí vzájemně respektovat. KIRTLEY, Jane et al. *Media Law Handbook*. Bureau of International Information Programs [online]. 2010, 66 s. Str. 26 [cit. 1. 10. 2015]. Dostupné z: <http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2011/04/20110428143515su0.4137776.html#axzz2j1sse9x8>

kteřá v takovém případě posloužila jako tzv. druhý soud. V takovém případě role médií není zdravá ani vhodná, jak upozorňuje soudce Myjer.⁶⁶⁵

Přesto by nebylo vhodné práci médií v tomto ohledu omezovat – jako hlídací pes věci veřejných totiž dokáží přinášet cenné informace, které by se jinak nedostaly do hledáčku veřejnosti. A to i přes fakt, že soudní řízení, stejně jako například hojné žádosti o informace⁶⁶⁶ či právní podklady mohou médiím vhodně sloužit pro vytváření jejich vlastních příběhů.⁶⁶⁷ Navíc, pokud se média drží přípustných a stanovených limitů a pravidel, mohou ovlivnit soudce v pozitivním směru. To dokazuje například příběh nizozemského novináře Jacquese van Veena, který se při veřejných soudních líčeních zaměřoval pouze na procesní stránku řízení. Ve svých redaktorských sloupcích pak věcně a realisticky kritizoval soudce například za to, že mluvili nesrozumitelně, dávali zmatené pokyny, nenechali domluvit obžalovaného a podobně. Jeho vliv a dopad na soudce byl obrovský – nebral na sebe totiž roli druhého soudce, ale popisoval pouze procesní náležitosti řízení. Pokud si tak některý soudce jeho článek přečetl, mohl se skutečně zamyslet nad tím, zda vše proběhlo řádně, nebo zda by skutečně ve svém chování mohl něco zlepšit – aniž by mu někdo zasahoval do toho, jak má rozsoudit daný případ.⁶⁶⁸

Naopak příkladem negativního působení médií v soudnictví mohou být případy, kdy se zdůrazňuje pouze jedna část „příběhu“, popřípadě se daná situace mediálně upraví tak, aby získala na větší atraktivitě. Média v takových případech často nedomýšlí možné následky masivní medializace, popř. možné porušení jejich zákonných povinností. Může se jednat například o medializaci kauz, ve kterých se objevují děti nebo mladiství. Byť jejich celá identita

⁶⁶⁵ MYJER, Egbert. Ústní vyjádření. Rozhovor proveden v Leidenu, Nizozemsko [13. 12. 2013].

⁶⁶⁶ V České republice podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit 5. 9. 2015].

⁶⁶⁷ Proti čemuž se například ostře ohradil britský ministr Chris Grayling, který chápe britský Freedom of Information Act jako nástroj pro ty, kteří chtějí lépe rozumět rozhodování vlády, nikoliv jako podklad pro mediální příběhy. (Média tak v jeho pojetí očividně nepatří mezi ty, kdož by snad mohli chtít lépe rozumět rozhodování vlády..., pozn. autorky kapitoly). Zdroj: MASON, Rowena, WATT, Nicholas. *Freedom of Information Act misused by media to create stories, says Grayling* [online]. © 2015 Guardian News and Media Limited [cit. 29. 10. 2015]. Dostupné z: http://www.theguardian.com/media/2015/oct/29/freedom-of-information-journalists-chris-grayling-foi?CMP=ema_546

⁶⁶⁸ MYJER, Egbert. Ústní vyjádření. Rozhovor proveden v Leidenu, Nizozemsko [13. 12. 2013].

není v médiích prozrazena, z popisu a náznaků se nakonec okolí o jejich identitě dozví. V takových případech pak zvláště děti či mladiství mohou utrpět a dlouhodobě nést negativní psychické následky. Vzpomenout lze příklad nezletilého z malého českého města, který měl údajně pobodat učitelku matematiky do ruky. Přestože zde zpočátku nebyly žádné důkazy, které by jeho vinu dosvědčovaly, začala média ukazovat jak jeho fotku, tak také dům, v němž s rodinou bydlel, a školu, kterou navštěvoval. Vzhledem k velikosti okresního města (do 15 tisíc obyvatel) brzy velká část místní veřejnosti přesně věděla, o koho šlo. Následkem této medializace pak bylo dokonce fyzické poškození plotu u domu rodiny, a to nastříkáním nápisu „vrah“. V daném případě už navíc následně média nijak neinformovala o skončení případu. Zde tedy skutečně převážil negativní efekt vlivu médií. V takovém případě informování o nezletilém s údaji vedoucími k jeho identifikaci nebyly nezbytné a porušily zásadu presumpce nevinny i ochranu dětí a mladistvých. Takový vliv se čím dál častěji ale týká i dalších zranitelných skupin, který lze vyzozorovat např. v diskriminačních sporech. Příkladem může být soudní spor realitní makléřky Elišky Noskové v přístupu k bydlení pro Romy a domnělé žadatelky o bydlení (romské figurantky) Lenky Balogové z první poloviny roku 2015.⁶⁶⁹ V daném případě se v médiích podstatně častěji objevovaly názory na použití institutu figurantky v tomto sporu (což byla právně nesporná otázka, judikovaná již dříve Evropským soudem pro lidská práva), než podstata sporu a její právní výsledek, tedy, zda jsou Romové v Česku skutečně diskriminováni v přístupu k bydlení. A byť soud nakonec namítanou diskriminaci uznal, o tomto výsledku soudního řízení už se v médiích téměř zmínky neobjevovaly.⁶⁷⁰

5.3.3.1 Možnosti spolupráce soudců s médii

Jak vyplývá z výše uvedených informací, soudci by neměli média opomíjet, či dokonce ignorovat. A to ani při negativních zkušenostech s nimi – právě v případech, kdy ze strany médií došlo ke zkreslení, nepřipustnému

⁶⁶⁹ Ochránci.cz. *Chybí veřejná ochránčiny práv tím, že poukazuje na nezákonný postup realitních kanceláří?* [online]. © Kancelář veřejného ochránce práv [cit. 3. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.ochrance.cz/aktualne/tiskove-zpravy-2015/chybije-verejna-ochrankyne-prav-tim-ze-poukazuje-na-nezakonny-postup-realitynich-kancela/>

⁶⁷⁰ Informace čerpány z databáze monitoringu českého tisku, rozhlasu i televize Anopress IT. Dostupné například z www.anopress.cz/czproxy.muni.cz nebo muj.anopress.cz.

zjednodušení či zveřejnění zavádějících informací, je vhodné na to média upozornit, popř. využít prostoru, která média k vysvětlení nabízejí. Je třeba ovšem vždy mít na paměti, že po médiích nelze požadovat naprosto přesné a nezkrácené informace, stejně jako vždy nelze předem odhadovat kontext, do kterého média daný příběh zasadí.⁶⁷¹ Média se totiž přizpůsobují jak svému formátu, tak i požadavkům konzumentů (např. požadavek stručnosti, srozumitelnosti, rychlosti doručení informace). K tomuto přístupu médií chápavě přistupuje také Ústavní soud, podle něhož je nutné „respektovat určitá specifika běžného periodického tisku, určeného pro informování nejširší veřejnosti (na rozdíl např. od publikací odborných), který v určitých případech musí - především s ohledem na rozsah jednotlivých příspěvků a čtenářský zájem - přistupovat k určitým zjednodušením. (...) Lze tedy stěží tvrdit na naprosté přesnosti skutkových tvrzení a klást tak na novináře - ve svých důsledcích - nesplnitelné nároky. Významné proto musí vždy být to, aby celkové vyznění určité informace odpovídalo pravdě.”⁶⁷² S tímto vědomím by tedy měl soudce k médiím přistupovat a respektovat jejich specifika. Zároveň si ale musí být vědom své nestrannosti a nezávislosti, která je jeho devizou i povinností podle právních předpisů. Naopak soudce by neměl být nucen komunikovat s médií, pokud výslovně nechce. Jak ale tvrdí ústavní soudce Vojtěch Šimíček, každý soudce by měl být schopen svůj názor formulovat, dokázat si za ním stát a hájit ho. Upozorňuje nicméně, že soudce nemá být mediální hvězdou, a své mediální výstupy má pečlivě zvažovat: „Aby byla justice důvěryhodná, musí mít tvář. A to nejsou tváře tiskových mluvčích ani záběry na fasádu soudu. Rozhodují konkrétní lidé, kteří mají být i přiměřeně vidět a být si vědomi své odpovědnosti, že nevykonávají nic jiného než určitou formu služby veřejnosti.”⁶⁷³

Ukazuje se, že trendem posledních desetiletí je soudnictví více „otevírat“ právě směrem k veřejnosti, tedy i médiím. Jak například uvedl bývalý

⁶⁷¹ POSTMAN, Neil. *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*. London: Penguin Books, 2005. 184 s. Str. 18.

⁶⁷² Nález Ústavního soudu České republiky ze dne 8. 2. 2000, sp. zn. I.ÚS 156/99. Ústavní soud [online]. Ústavní soud České republiky 2006 [cit. 2. 9. 2015]. Dostupné z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=32822&pos=2&cnt=2&typ=result>

⁶⁷³ ŠIMÍČEK, Vojtěch. In: NAVARA, Luděk. *Lidský mi bylo Nečase líto, ale bylo to nutné*. Mladá fronta DNES. Vyd. 6. 6. 2015, č. 131, str. 14.

předseda litevského Nejvyššího správního soudu Virgilijus Valancius,⁶⁷⁴ litevská rada soudnictví ziniciovala mezi soudci a novináři pravidelná setkávání, a to nikoliv z důvodu či snahy jakéhokoliv ovlivňování, ať už jedním či druhým profesním směrem, ale k bližšímu seznámení se s prací „druhé“ strany. Obě práce mají totiž svá specifika, která si jak soudci, tak žurnalisté nemusí uvědomovat. Obdobnou zkušenost potvrdil i nizozemský soudce Myjer, který zmínil trénink justičních čekatelů, kteří měli cvičně během krátkého časového limitu sepsat krátkou reportáž o soudním líčení, na kterém se byli podívat. Přestože se jednalo o vystudované právníky s kvalifikovanou znalostí práva i tréninkem ve vyjadřovacích dovednostech, mnozí z nich nebyli schopni výsledek v krátkém časovém rámci (běžném pro redaktorskou práci) dodat, další jej dodali s chybami, a to i v samotné právní terminologii.⁶⁷⁵ Toto cvičení tak budoucí soudce učí porozumět potřebám novinářů a respektu k jejich práci.⁶⁷⁶

Co se týká vyjadřování do médií v konkrétních soudních případech, názory jednotlivých soudců se rozcházejí. Zatímco nizozemský soudce Myjer tvrdí, že by soudce nikdy neměl dávat výklad ve své věci do médií, protože za něj mluví již vydaný rozsudek (a mohl by mu dát verbálně jinou interpretaci), český soudce Šimíček k tomu naopak dodává, že by každý soudce měl být schopen svoje rozhodnutí vysvětlit a obhájit, protože „ lze legitimně očekávat, že se s ním vnitřně ztotožňuje a že je věrným odrazem jeho způsobu myšlení. (...) Soudce zde není jen proto, aby „kabinetně“ rozhodoval konkrétní věci, nýbrž také, aby je dokázal vysvětlit veřejně. Vždyť rozhodování soudů má význam nejen v konkrétní věci, nýbrž má i funkci informační a preventivní.“⁶⁷⁷ A jak dodává právník a novinář Tomáš Němeček, spolupráce s médii soudcům pomáhá předejít nepochopení či zkreslení rozhodnutí i prezentaci právního názoru účinně a rychle velkému množství

⁶⁷⁴ VALANCIUS, Virgilijus. *Ústní sdělení*. Přednáška v rámci předmětu Judicial Function in a Democratic Society na Mykolas Romeris University, Vilnius, Litva [24. 9. 2012].

⁶⁷⁵ MYJER, Egbert. Ústní vyjádření. Rozhovor proveden v Leidenu, Nizozemsko [13. 12. 2013].

⁶⁷⁶ Zde je třeba zdůraznit potřebu oboustranného respektu – tedy i ze strany novinářů k soudcům. Na tomto místě však blíže pojednáváme o pohledu ze strany soudnictví, proto možnosti žurnalistů v této oblasti nebudou blíže rozebírány.

⁶⁷⁷ ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Mlč soudče!*. Jiné právo [online]. Jinepravo.blogspot.cz 2013 [quot. 10th May 2015]. Available from: <http://jinepravo.blogspot.cz/2007/05/ml-soude.html>

posluchačů. Navíc si soudce může díky kladení novinářských otázek uvědomit, že určitý aspekt kauzy popsal ve svém rozhodnutí nejasně, stručně či naopak mnohoznačně, popř. nesrozumitelně,⁶⁷⁸ což může sloužit jako vhodné poučení pro zpracování příštích rozhodnutí.

5.3.4 Závěr

Média jsou nedílnou součástí společnosti, a to i se všemi svými specifickými vlastnostmi i vlivem. Jedná se o klíčového zprostředkovatele informací, který je ale pouze nepřenaší, nýbrž vytváří vlastní verzi reality. Tento proces médií jako prostředníka probíhá oboustranně – jak při přenášení názoru veřejnosti směrem k právotvůrcům, tak naopak od nich zpět k veřejnosti. Média tvoří podstatnou součást dynamicky se vyvíjející společnosti a přispívají svým dílem také k rozvoji demokracie. Přesto je třeba respektovat jejich specifika daná formátem i obsahem, který přenášejí. Z právního pohledu tak například nelze trvat na naprosté přesnosti skutkových tvrzení a klást na novináře nespílitelné nároky. Naopak je třeba jít požadavkům naproti, aby si právní i mediální systém sloužily ku prospěchu a bez porušování vytyčených zásad či norem.

V případě interakce soudního systému s médii je vždy třeba pamatovat na užitečnost role, kterou média ve společnosti jako platforma pro demokratickou diskuzi nesou. Není vhodné se jim uzavírat, ale je lepší hledat možnosti vzájemného porozumění – tedy jako soudce se neschovávat před veřejným vyjádřením, být si vědom své role, odpovědnosti a toho, že vykonává určitou formu služby pro veřejnost. S tím ale zároveň souvisí nutnost požadavku na vysokou profesionalitu soudce, který se nesmí nechat ovlivnit mediálním diskurzem či veřejným míněním.

Média a soudnictví by se tak měly ve svých profesích plně respektovat a mít na paměti specifika obou profesí. To ale nesmí znamenat rezignaci na vlastní etické či právní zásady. A stejně jako soudní systém může posloužit médiím, také média – nabízející čtenářům, o čem by měli přemýšlet – poskytují soudnictví široký prostor, jak oslovit veřejnost, kultivovat její znalosti či zvyšovat právní povědomí.

⁶⁷⁸ NĚMEČEK, Tomáš In: SOMMEROVÁ, Klára. *Masová média a jejich role v mechanismu právní regulace* [online]. 2012 [cit. 27. 9. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/257566/pravf_m/

6 SOUDCOVSKÁ TVORBA PRÁVA V APLIKAČNÍ PRAXI

6.1 K významu soudní judikatury při dotváření nadačního práva v Evropě ve čtyřech „obrazech“

6.1.1 Úvodem

Při studiu nadačního práva je z mezinárodně-komparativního pohledu pozoruhodné množství různých koncepcí a přístupů, které se v Evropě vyvinuly, jakož i jejich vzájemné odlišnosti. Na konečnou podobu nadačního práva, stejně jako celého právního prostředí, měla (a stále má) vliv řada faktorů: historických, kulturních, náboženských, politických, ekonomických, geografických atd.

Pro poznání a pochopení jednotlivých přístupů k nadacím napříč Evropou je proto nezbytné zkoumat nejen platnou právní úpravu a její doktrinální zdůvodnění, ale i jejich funkci ve společnosti a vůbec celkový kontext společenského vývoje a působení práva v dané oblasti. Klíčový význam má i související rozhodovací praxe soudů, zejména co se týče interpretace v platném právu obecně formulovaných pravidel, jakož i jejich dotváření, kterému bude níže věnována pozornost.

Nadační právo v Evropě na počátku 21. století ovlivnily (a stále ovlivňují) i bezprostřední politická rozhodnutí, ať již přijatá na úrovni vnitrostátní⁶⁷⁹, evropské⁶⁸⁰ či mezinárodní⁶⁸¹. Zákonodárci jednotlivých zemí si totiž čím dál tím intenzivněji uvědomují, že nastavení vhodných (nebo naopak nevyhovujících) pravidel pro správu vlastního (rodinného) majetku a jeho

⁶⁷⁹ Z domácího prostředí znamenal např. zákaz nadací (a konfiskace majetku dosud existujících) v tehdejší „popřevratovém“ Českoslovesku v roce 1950 negativní roli pro celkové vnímání nadací a jejich významu, což se projevuje dodnes.

⁶⁸⁰ Z poslední doby lze uvést z oblasti „evropského“ nadačního práva rozhodnutí Evropské komise o „zmrazení“ legislativních prací na návrhu nařízení o statutu Evropské nadace (Fundatio Europea) na jaře roku 2015.

⁶⁸¹ Např. „globální“ boj proti praní špinavých peněz a podpoře terorismu, který má zásadní vliv na regulaci sféry správy majetku.

mezigenerační transfer mohou ovlivnit celkovou motivaci chování „svých“ obyvatel⁶⁸². Proto není divu, že v celé řadě evropských států dochází aktuálně „proměňám“ nejen nadačního, ale též dědického práva.

Příkladem může být aktuální vývoj snad ve všech středoevropských zemích. V České republice a Maďarsku nabyly počátkem roku 2014 účinnosti „nové“ občanské zákoníky, nový pohled na nadační právo přináší nedávno představený pracovní návrh slovenského občanského zákoníku⁶⁸³, o nutnosti posílení postavení „žijících“ zakladatelů nadací se živě diskutuje v Německu⁶⁸⁴, k rozsáhlé novelizaci dědického práva v obecném zákoníku občanském bude přistoupeno (s účinností k 1. 1. 2017) v Rakousku⁶⁸⁵.

Pro pochopení aktuálního stavu na poli nadačního práva v jednotlivých evropských zemích má zároveň zásadní význam i znalost historických souvislostí, neboť jeho stav *de lege lata* je jejich odrazem i důsledkem. Zajímavý je proto i pohled historicko-komparativní: jakým způsobem se v jednotlivých zemích vyvíjelo, jaké faktory jeho vývoj ovlivňovaly a do jaké podoby jej dotvořily. Historie může naznačit mnohé i o možném budoucím vývoji, neboť není jen pouhým rčením, že se historie stále opakuje. Proto není překvapivé, že lze identifikovat nejen společné historické paraely, ale i budoucí vývojové tendence⁶⁸⁶ a to i přes to, že je „různorodost“ nadačních úprav napříč Evropou na počátku 21. století snad ještě větší, než kdykoli předtím.

⁶⁸² Z poslední doby se touto problematikou (v historických i mezinárodně-komparativních souvislostech) podrobně zabývá např. Anatol Dutta ve své knize: *Warum Erbrecht?*, která vyšla v Německu v roce 2014. Česky např. RONOVSÁ, K. *Metamorfózy nadačního práva* v Evropě a v České republice na počátku 21. století. MU Brno, 2015.

⁶⁸³ CSACH, K. Návrh právnej úpravy právnických osob v pracovnom návrhu Občianskeho zákonníku. In: Kol. autorů (eds.). *Aktuálne otázky teórie a praxe obchodného práva*. Zborník zo stretnutia katedier obchodného práva a hospodárskeho práva slovenských a českých právnických fakúlt. Košice: UPJŠ, 2015 (v tisku).

⁶⁸⁴ Blíže viz např. RAWERT, P. Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? Der noch lebende Stifter und die Vefassung „seiner“ Stiftung, *Non-profit Law Yearbook* 2012/2013, Bucerius Law School, Hamburg, 2013, str. 51.

⁶⁸⁵ K návrhu novely ABGB viz BEGUTACHTUNGSENTWURF ERBRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2015 [online]. DIE ÖSTERREICHISCHE JUSTIZ [cit dne 5. 10. 2015]. Dostupné z: <https://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c94848a4c347ba4014c36505994000a.de.html>

⁶⁸⁶ K historickým souvislostem blíže např. SCHULZE, R. Die Gegenwart des Vergangenen - Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte. In HOPT, J. K., REUTER, D. *Stiftungsrecht in Europa*. Köln: Carl Heymans Verlag KG, 2001, s. 68. Česky pak RONOVSÁ, K. *Metamorfózy nadačního práva* v Evropě a České republice na počátku 21. století. Brno: Masarykova univerzita, 2015, úvodní kapitola.

S ohledem na širší výše řečeného (i téma publikace) bude v následující kapitole věnována pozornost zejména jednomu z výše uvedených faktorů: *rozhodovací praxi soudů a jejímu významu při stabilizaci a dotváření práva v jejím rámci*.

Pozornost je zaměřena pouze na čtyři vybrané historickými momenty - „obrazy“⁶⁸⁷, které měly pro směřování nadačního práva v celoevropském kontextu zásadní význam. Jsou zároveň zřejmě i vhodným praktickým příkladem toho, čemu byla věnována pozornost výše: významu soudcovského dotváření práva na evropském kontinentě.

První dva „obrazy“ se odehrávají ve století devatenáctem. Oba měly, v převratné době kodifikací soukromého práva v Evropě, zásadní význam pro konstituování koncepcí nadačního práva i obecně právnických osob. Třetí a čtvrtý „obraz“ jsou současné, aktuální. Zrcadlí tendenci pronikání působnosti evropského komunitárního práva i do oblastí práva, která stála po řadu let zcela mimo sféru jeho zájmu i vlivu.

6.1.2 Obraz 1: Případ „Städel“ („Städel-fall“) a jeho význam (pro nejen německou právní vědu 19. století)

Bez nadsázky lze říci, že „*Städel-fall*“ je jednou z nepozoruhodnějších soudních pří, které se v Evropě udály v první polovně 19. století. Spor vznikl, jak to tak bývá, v souvislosti s vypořádáním dědictví po milionáři Johannu Friedrichovi Städelovi (1728 – 1816)⁶⁸⁸. Průběh soudního řízení, které skončilo po mnoha letech soudním smírem, je vlastně fascinujícím svědectvím své doby⁶⁸⁹. Doby nástupu nového „věku“ i konceptu právního myšlení, doby velkých vítězství i pádu Napoleona, počátku velkých kodifikací soukromého práva, doby kdy spolu „zápasili“ Thilbaut se Savignym o budoucí podobu německého občanského práva, doby stabilizace základních právních institutů do podoby, jak je více či méně chápeme dnes...

⁶⁸⁷ Při volbě metody zpracování tématu formou „obrazů z dějin“ inspiroval autorku Martin C. Putna, který ji využil ve své publikaci *Obrazy z kulturních dějin ruské religiozity*, Vyšehrad, 2015.

⁶⁸⁸ Richter se domnívá, že muselo jít o jeden z nejdražších a nejdelších soudních sporů v Německu, které byly v průběhu 19. století vedeny, viz RICHTER, A., German and American Law of Charity in the Early 19th Century. In: HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiducia*. Duncker/Humboldt, Berlin, 1998, str. 430.

⁶⁸⁹ K tématu blíže Becker, H.J. Der Städel-Paragraph (§ 84 BGB), In BAUMGÄRTEL at al. (eds.) *Festschrift für Hezgin Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, str. 21 a násl.

Hrdý měšťan, starý mládenec J. F. Städel si žil v této nejisté době (na tehdejší poměry) velmi dobře. Byl úspěšným obchodníkem a za svého života nashromáždil nemalé jmění. Byl též velkým sběratelem a milovníkem umění; sbíral obrazy, kresby, rytiny, knihy a další cenné umělecké předměty. Nikdy se však neoženil a zřejmě neměl ani žádné potomky. Možná i proto svůj nemalý majetek investoval právě do rozsáhlé umělecké sbírky, se kterou chtěl následně odpovědně naložit i pro případ své smrti: hodlal ji přenechat pro „kulturní blaho“ budoucích generací. Rozhodl se proto ve své závěti ustavit nadaci, která by jeho záměr realizovala (Städel'sche Kunstinstitut).

Nechtěl ponechat nic náhodě, a proto pořídil první závěť již v roce 1793. S ohledem na další historické události - okupaci části Německa (vč. Frankfurtu n./M.) Napoleonem a zavedení působnosti francouzského *Code Civil* v této oblasti se rozhodl v prvních letech 19. století sepsat novou závěť (reagující na nastalou situaci, tj. v souladu s novou právní úpravou). Zároveň získal úřední přivolení k takovému postupu, v souladu s čl. 910 *Code Civil*.

Po pádu Naopleona (1814), kdy pozbyly účinnosti francouzské zákony a došlo k obnovení právního stavu „předokupačního“, byl nucen své pořízení pro případ smrti opět přehodnotit. Reagoval již v roce 1815 sepsáním nové závěti, která obsahovala i ustanovení, že veškerý svůj majetek věnuje Städel'sche Kunstinstitutu (nadaci), který označil za univerzálního dědice. Zároveň nastavil detailně podmínky pro jeho správu a fungování. Ustavil též několik správců dědictví, kteří měli jeho poslední vůli uskutečnit. Počátkem roku pak 1816 zemřel, v úctyhodném věku nedožitých 88 let.

Dědictví bylo vypořádáváno v duchu jeho poslední vůle, ovšem pouze do té chvíle, kdy se „na scéně“ objevily dvě vzdálené příbuzné pana Städela ze Štrasburku, které napadly platnost závěti a požadovaly nastoupení zákonné dědické sukcese. Po mnohaletém vleklém soudním sporu byl finálně uzavřen smír; existence Kunstinstitutu byla sice zachována, nemalá část dědické podstaty (resp. vyrovnání v její hodnotě) připadlo ve prospěch jedné z žalobkyň.

I když, s ohledem na výše uvedené k soudcovskému dotváření práva v „pravém“ slova smyslu nedošlo, soudy různých instancí, které ve věci Städel rozhodovaly, řešily mnohé složité otázky, na kterou tehdejší platné právo výslovnou odpověď nedávalo: Kdo má být vlastně žalovaným? Kunstinstitut? Správci

dědictví? Jaké má být aplikováno právo, které se za života pana Städela několikrát změnilo? Jak se vypořádat s pořadím závětí? Bude-li neplatná závěť z roku 1815, co platnost předchozích testamentů? A mnohé další.

V rámci soudních řízení byl zvolen mj. postup, který byl na přelomu 18. a 19. stol. v německém právním prostředí poměrně běžný. Souvisel s výsadním postavením právnických fakult německých univerzit té doby, které nezřídka k složitějším případům zaujímalý stanoviska a poskytovaly dobrozdání. Právnické fakulty (resp. jejich kolegia významných profesorů) byly osloveny s žádostí o vyjádření k především k zodpovězení následujících otázek: Lze ustavit nadaci i jinému účelu než spjatému s církví, tj. např. k účelu „ryze“ kulturnímu? Je nutné k ustavení nadace (resp. pořízení majetkem k určitému účelu) vždy povolení veřejné moci (koncese)? A konečně, lze pořídit majetkem mortis causa ve prospěch „non subjektu“, který má být ustaven teprve smrtí zůstavitele?

Odpovědi, které oslovené univerzity dodaly, příliš jasnosti do celého případu nepřinesly, neboť obsahovaly velmi protichůdná stanoviska. Celý proces trval dlouhých 11 let a vzbudil nemalé pozdvižení v odborných kruzích, jakož i zmatení tehdejší právní doktríny. Zatímco dobrozdání např. z právnických fakult Jeny, Landshutu, Tübingenu a Bonnu přinesly argumenty spíše ve prospěch žalobců, kolegia činná na právnických fakultách v Berlíně, Kielu, Giessenu, Heidelbergu a Mnichově se však postavila na stranu žalovaných⁶⁹⁰.

Je zajímavé, že se diskuse o Städel-fall příliš nezapojoval C. F. von Savigny⁶⁹¹, ačkoli se předmět sporu intenzivně dotýkal jeho sféry bádání. Z dostupných zdrojů lze zjistit pouze to, že i když byl zřejmě v tehdejší době členem kolegia (*Spruchkollegium*) při Königlich-Preussische-Universität v Berlíně, a v létě 1827, kdy bylo dobrozdání touto univerzitou vyhotoveno, byl nemocen a připravoval se na cestu do lázní v Česku a v Itálii.

Friedrich Carl von Savigny svůj náhled na věc představil ve svém díle „*Das System des heutigen Römischen Rechts*“⁶⁹². Vysvětlil širší chápání pojmu „nadace“, která

⁶⁹⁰ K průběhu soudního řízení viz BECKER, J.H. op. cit. str. 26, kerý odkazuje na analýzu těchto dobrozdání a dalších souvislostí provedl KIEFNER, H., *Das Städel'sche Kunstinstitut: Zugleich zu C.F. Mülenbruchs Beurteilung eines berühmtem Rechtsfalls*, In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 11/12, *Itinerari moderni della persona giuridica* I, 1983, str. 339-397.

⁶⁹¹ Blíže RICHTER, A., op. cit. str. 431.

⁶⁹² SAVIGNY, F.C. von. *Das System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin, 1840, Band II, str. 244 a násl., též str. 262.

je respektována (nejen) německou právní naukou dodnes (tzv. funkcionální pojetí)⁶⁹³. Vedle nadací, nadaných právní osobností (selbständige Stiftung) připustil i existenci nadací bez právní osobnosti (unselbständige Stiftung). Obě tyto formy byly a jsou nazývány nadacemi a vyhrazení pojmu nadace pouze pro nadace nadané právní osobností se ukázaly býti jako neúspěšné⁶⁹⁴.

Argumetačně navazuje na Heiseho, který v druhém vydání svého díla „*Grundriss eines Systems des Gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*“, vydaném v Heidelbergu již v roce 1816⁶⁹⁵, připustil (snad právě i pod vlivem diskusí ve věci „Städel“), že k určitému účelu osamostatný majetek, může být nadán vlastní právní osobností. Až Savignioho vymezení a zdůvodnění pozice prvnické osoby jako subjektu práva, za pomoci teorie fikce, však přispělo k jisté stabilizaci v této sféře a snad i proto je Savigny považován za zakladatele moderního německého soukromého práva⁶⁹⁶.

Německý občanský zákoník (BGB) obsahuje dodnes úpravu samostatných a nesamostatných nadací, jakož i zvláštní ustanovení pro zakládání nadací *moris causa*. Städel'sche Kunstinstitut (Städel Museum)⁶⁹⁷ ve Frankfurtu nad Mohanem existuje a je významným kulturním stánkem dodnes. Již bezmála 200 let tvoří základ jeho sbírky umělecká díla a další předměty, která za svého života nashromáždil pan Städel. V museu je vystavena i jeho závěť.

Ačkoli byl ve věci „Städel“ uzavřen smír a žádné soudcovské dotváření práva se vlastně nekonalo, průběh řízení podstatně ovlivnil německou právní teorii, mající v tehdejší době (před přijetím německého občanského zákoníku) zcela dominantní postavení, jakož i podobu zákonného zakotvení nadačního a dědického práva v německém kodexu (BGB).

⁶⁹³ Česky k tématu viz RONOVSÁ, K. *Nové české nadační právo v evropském srovnání*. Wolters Kluwer, Praha, 2012, str. 13 – 14, též HURDÍK, J., TELEČ, I. *Zákon o nadacích a nadačních fondech*. C. H. Beck, 1998, str. 314.

⁶⁹⁴ K tématu též SCHULZE, R. op. cit. str. 66.

⁶⁹⁵ HEISE, A. *Grundriss eines Systems des Gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, 2.ed., Heidelberg, 1816, str. 21 a 23, blíže viz RICHTER, A. op. cit. str. 431.

⁶⁹⁶ RICHTER, A., *German and American Law of Charity in the Early 19th Century*, In: HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiduariae*. Duncker/Humboldt, Berlin, 1998, str. 430.

⁶⁹⁷ Viz *Städel Museum* [online]. 2015 Städel Museum [cit. dne 2. 10. 2015]. Dostupné z: <http://www.staedelmuseum.de/en>, Museum slaví v tomto roce 200 výročí vzniku a jeho sbírky zahrnují díla mistrů výtvarného umění od starých mistrů, přes modernu až po současnost.

6.1.3 Obraz 2: Liberalizace nadačního práva v Nizozemí

V okruhu⁶⁹⁸ *frankofonním* byly nadace, v duchu ideálů francouzské revoluce, považovány za nebezpečné přežitky feudalismu, pro které není v moderní společnosti místo. *Code Civil de Français (Code Napoléon, 1807)* postavení nadací v zásadě neupravoval, což *de facto* znamenalo zapovězení jejich existence nejen na území dnešní *Francie*, ale i dalších oblastech, které byly v té době pod francouzským vlivem či nadvládou.⁶⁹⁹ Jednou z těchto zemí bylo i *Království Nizozemské* (a to v letech 1795 až 1815).

Po opětovném nabytí samostatnosti byla působnost *Code Civil* v zásadě zachována až do přijetí nizozemského občanského zákoníku z roku 1838. Tento zákon však, po francouzském vzoru, úpravu nadací neobsahoval.

Zatímco však bylo ve *Francii* „mlčení“ *Code Civil* ve vztahu k nadacím nadále vykládáno jako jejich zákaz, v *Nizozemí*⁷⁰⁰ bylo postupně více a více vykládáno jako prostor pro soukromou iniciativu zakladatele, který (za pomoci notáře) může pořídit svým majetkem podle svých představ. Tento postup byl finálně potvrzen i rozhodnutím nejvyššího nizozemského soudu (*Hooge Raad*) v roce 1882⁷⁰¹, ve kterém bylo argumentováno, mj. tím, že i v průběhu 17. a 18. století vznikla celá řada charitativních a rodinných nadací, bez výslovného zákonného zmocnění, které byly uznávány jak právní doktrínou i soudní praxí⁷⁰². V tomto případě tedy nejvyšší soud zjevně dotvořil právo nad rámec zákonné úpravy, která tak intenzivně neodpovídala „realitě“ poměrů ve společnosti, že byla nakonec takto judikatorně překonána.

Po zmíněném soudním rozhodnutí následoval doslova „nadační boom“, který v zásadě neustal dodnes. Nadace začaly být zakládány k nejrůznějším účelům

⁶⁹⁸ K jednotlivým okruhům v českém jazyce blíže KNAPP, V. *Velké právní systémy: Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996, str. 114.

⁶⁹⁹ Nadační právo bylo následně regulováno právem veřejným – uplatňován byl koncesní princip při vzniku a přísný dohled ze strany státu.

⁷⁰⁰ V Nizozemí byly nadace zakládány již ve středověku. Bylo jich často využíváno jako prostředku podpory členů rodin, péče o vdovy a sirotky po námořnících, podpoře vzdělávání atd. Liberální přístup, který byl v Nizozemí zvolen, v zásadě zradil tamní realitu ve společnosti na počátku 19. století.

⁷⁰¹ Zásadní význam sehrálo přitom Rozhodnutí Nejvyššího nizozemského soudu *Hooge Raad* z 20. 6. 1882.

⁷⁰² Viz FEENSTRA, R. *Foundations in Continental Law since 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like devices*. In: HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiducia*. Duncker/Humbolt, Berlin, 1998, str. 325.

nejen soukromými osobami, ale např. i obcemi a dalšími právníckými osobami veřejného práva⁷⁰³. V roce 1888 bylo při revizi občanského zákoníku navrhováno, aby bylo toto judikaturou dovozené pravidlo včleněno do zákona.

K revizi kodexu nakonec přistoupeno nebylo⁷⁰⁴. Pro vznik nadací bylo nadále určující právo „zvykové“⁷⁰⁵, judikaturou zpřesňované a dotvářené. Soudnímu rozhodnutí se sice nepřiznával charakter pramene práva, ale hledělo se na něj zřejmě jako na zvykové (obyčejové) právo, což byl přístup, který nebyl v druhé polovině 19. století ničím výjimečným. Flexibilita nadačního práva měla též ten efekt, že začalo být této právní formy užíváno i pro účely, pro které se v okolních zemích využívalo právní formy spolkové⁷⁰⁶.

Hlavní roli v nadační sféře sehrávají od druhé poloviny 19. století dodnes notáři, kteří sepisovali (sepisují) listiny nutné ke vzniku nadace a garantovali správnost obsahu. Ještě na počátku 20. století bylo v nizozemské praxi běžné zakládání nadací pouze za účelem dosahování náboženských, obecně prospěšných, výzkumných nebo kulturních účelů; jedinou výjimkou byly rodinné nadace, kde mohl být účel i soukromý⁷⁰⁷. Nadace musely mít rovněž dostatečný počáteční majetek k dosahování takových účelů.

Po první světové válce se v notářské praxi (tolerované i praxí soudní), vyvinul tzv. „moderní“ přístup⁷⁰⁸, který umožňoval vznik nadací s pouze symbolickým počátečním majetkem a rozšířil se i okruh účelů, pro které byly nadace zakládány. Čím dál častěji se začaly objevovat i podnikající nadace. V právní vědě však nebyly tyto „moderní trendy“ přijímány jednotně, což s sebou přinášelo i právní nejistotu⁷⁰⁹.

⁷⁰³ Blíže van der PLOEG, T. *Stiftungen im niederländischen Recht*. In: HOPT, K. J., REUTER, D. *Stiftungsrecht in Europa*. Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2001, str. 405.

⁷⁰⁴ Jedním z důvodů byla působnost nizozemského práva i na území dnešní Belgie, kde se projevoval spíše rezervovaný postoj k nadacím (obdobně jako ve Francii), k tomu blíže viz OVERES, H.C.C., van der PLOEG, T. J. *The Developments of the Law on Foundation in the Netherlands*, In PRELE, CH. (eds.) *Developments in Foundation Law in Europe* Springer Netherlands, 2014, str. 194 a násl.

⁷⁰⁵ Van der PLOEG, T. *Op. cit.* pozn. 25, str. 405.

⁷⁰⁶ Ke vzniku spolku bylo totiž požadováno královské přivolení, které bylo vydáváno na 30 let. Určující byl zákon o spolčování a shromažďování z roku 1855, viz van der PLOEG, T., *op. cit.*, pozn. 25, str. 406.

⁷⁰⁷ K tomu blíže von HIPPEL, T. *Grundprobleme von Nonprofit- Organisationen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. Str. 524.

⁷⁰⁸ OVERES, H.C.C., van der PLOEG, T. J., *op.cit.* str. 195.

⁷⁰⁹ Ke kritice této koncepce názor Scholtena, že nadace, která slouží zájmům zakladatele nebo svým vlastním orgánům není nic jiného než snaha o omezení odpovědnosti, což je nežádoucí, Viz von HIPPEL, T. *tamtéž*, *op.cit.* str. 525.

I proto ve 30. letech minulého století připraven návrh nadačního zákona, který reflektoval i výše zmíněné moderní trendy. Přijetí takového zákona však zabránila druhá světová válka. Po jejím skončení vše směřovalo ke kodifikaci nadačního práva, přičemž hlavním jablkem sváru bylo vymezení prostoru pro podnikání nadací⁷¹⁰. První nadační zákon (wet op Stichtingen) v *nizozemském království*, jenž nabyl účinnosti v roce 1956. Podnikání nadacím sice umožnil, nicméně zakotvil zákaz rozdělování případného zisku osobám na činnosti nadace zúčastněných.

Od roku 1976 dosud je pro nadace v Nizozemí určující úprava obsažená v „novém“ občanském zákoníku (Burgerlijk Wetboek), jeho Knize II. § 285 a násl.⁷¹¹ Jeho liberální koncept, u jehož zrodu stálo mimo jiné i rozhodnutí Hooge Raad z roku 1882, lze považovat za jeden z nejatraktivnějších v Evropě.

6.1.4 Obraz 3: Judikatorní dovození použitelnosti principů evropského práva pro nadace

Další obraz nás přenášá do současnosti, do století jednadvacátého, pro jehož počátek je v Evropě typický zintenzivněním toho, co je běžně nazýváno „europeizace“⁶⁷¹². Těto proces se nevyhnul ani právu nadačnímu, i když tyto (a jim podobné) entity zakládáné primárně za jiným účelem než podnikáním stály dlouhá léta na samém okraji zájmu Evropské unie⁷¹³. Na rozdíl

⁷¹⁰ O diskuzi na téma podnikatelských účelů a aktivit nadací byla vedena poměrně bouřlivá diskuse v souvislosti s návrhem kodifikace nadačního práva v roce 1937, která si výše zmíněný „moderní“ osvojil. Při vymezení limitů těchto aktivit významně ovlivnila osobnost tehdejší civilistiky van der Grinten, který vymezil jako rozhodující kritérium zákaz rozdělování zisku. Proti jeho (poměrně liberálnímu) přístupu vystupoval nejhlasitěji zejména Scholten, který jej vnímal jako odklon od tradičního nadačního práva a především jako snahu o omezení vlastní odpovědnosti. K tématu blíže von HIPPEL, T., op.cit. str. 525.

⁷¹¹ K právnímu stavu de lege lata v Nizozemí viz nejnověji OVERES, H.C.C., van der PLOEG, T. J. The Developments of the Law on Foundation in the Netherlands, In PRELE, CH. (eds.) Developments in Foundation Law in Europe, Springer Netherlands, 2014, str. 193 a násl., česky též RONOVSÁ, K. *Nové české nadační právo v evropském srovnání*. Wolters Kluwer, Praha, 2012.

⁷¹² RONOVSÁ, K. Europeizace nadačního práva. In Ronovská, K. a kol. *Metamorfózy nadačního práva v Evropě a České republice na počátku 21. Století*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, str. 59 an.

⁷¹³ Pro nadace a další neziskové organizace čl. 54 SFEU např. stanovil, že: „Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu (...) se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských zemí. Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnícké osoby veřejného nebo soukromého práva, s výjimkou neziskových organizací“.

od subjektů podnikatelské sféry, které již několik desetiletí využívají možností plynoucích z volného pohybu osob a kapitálu po Evropě, přeshraničním aktivitám nadací a jim podobných subjektům byly naopak vystavěny (často nechťeně) nejrůznější překážky, a to jak v oblasti civilní tak i daňové.

Na co se ovšem zapomělo, že i tento stranou stojící „not-for-profit sector“ se pozvolna mění a vyvíjí. Nejenže mohou tyto entity bez větších limitů i podnikat, a to i přeshraničně, ale též ovládat mnohdy bohatě rozvětvené koncernové struktury a tím zásadním způsobem participovat na přehrančním pohybu kapitálu. Důležité je i umožnění jejich zakládání i za jiným než veřejně prospěšným účelem.

Bylo tedy pouze otázkou času, kdy na sebe „realita“ a v čl. 54 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) zakotvené pravidlo poprvé „narází“. Stalo se tak v roce 2006, kdy se Soudní dvůr Evropské unie zabýval (nepřímo) svobodou ustanování a volným pohybem kapitálu veřejně prospěšných nadací, a to ve věci *Centro di Musicologia Walter Stauffer vs. Finanzamt München für Körperschaften (2006)*⁷¹⁴, které je (z dnešního úhlu pohledu) považováno za průlomové. V roce 2009 pak následovalo rozhodnutí věci *Persche Hein Persche v. Finanzamt Lüdenscheid (2009)*⁷¹⁵, a po té, v podobném duchu, např. rozhodnutí ve věci *Missionwerk Werner Heukelbach v. Belgie (2011)*, rozhodnutí *Scheuenemann v. Finanzamt Bremenhaven (2012)*⁷¹⁶, či *rozhodnutí Evropská komise vs. Rakousko (2011)*⁷¹⁷.

U všech těchto rozhodnutí lze vyzorovat společnou tendenci, která se jimi táhne jako červená nit: *překročení hranice nejširšího možného jazykového významu*

⁷¹⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 9. 2006, Case 386/04; všechny citované rozsudky SDEU jsou dostupné on-line v různých jazykových mutacích na: <http://curia.europa.eu/>, citováno dne 10. 8. 2015.

⁷¹⁵ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 27. 1. 2009, Case C-318/07 [online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>

⁷¹⁶ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 7. 2012, Case C-31/11 online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>

⁷¹⁷ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 16. 6. 2011, Case C-10/10 online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>

*použitých slov*⁷¹⁸ v čl. 54 SFEU, s motivem odůvodnit zákaz diskriminace z důvodů státní příslušnosti. Všechna se týkají (ne)diskriminace v daňovém řízení, nepřímou pak zásadních otázek aplikovatelnosti principů evropského práva na veřejně prospěšné nadace, tedy entity, které byly původně z dopadu evropského práva výslovně vyloučeny.

Centro di Musicologia Walter Stauffer je nadací založenou podle italského práva. Nadační majetek této nadace byl investován do nemovitostí v Německu, které pronajímala, a kde z tohoto důvodu podléhala daňové povinnosti. Německé právo poskytovalo určité daňové zvýhodnění pro veřejně prospěšné daňové poplatníky, avšak pouze ty, kteří měli registrované sídlo a řídicí strukturu na území Německa. Nadace Waltra Stauffera však toto kritérium nenaplnila, a proto jí nebylo daňové zvýhodnění přiznáno. Soudní dvůr Evropské unie pak řešil v této souvislosti předběžnou otázku, zda je německá úprava diskriminační, a zda je v rozporu se svobodou usazování a principem volného pohybu kapitálu. Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) skutečně shledal postup německých daňových úřadů jako vadný (diskriminační), porušující svobodu volného pohybu kapitálu⁷¹⁹. Soud nerozhodl, že by italská nadace měla být daňově zvýhodněna; pouze uzavřel, že není přípustná diskriminace z důvodu, že je nadace nikoli „domácím“, ale „zahraničním“ subjektem (založeným podle italského práva).

Rozhodnutí bylo přelomové v tom smyslu, že dosud mnohé národní úpravy daňového práva vylučovaly možnost získání jakýchkoli daňových výhod, ačkoli prokazatelně přispívaly v daném státě k podpoře obecného blaha. Soudní dvůr se ve svém rozhodnutí vyjádřil i ke svobodě usazování nadací, kterou lze ze Smlouvy o fungování Evropské unie dovodit jen stěží. Uvedl,

⁷¹⁸ V duchu členění, které na základě závěrů německé právní doktríny uvádí v úvodní kapitole dr. Lavický, jde o tzv. negativní kandidáty, tj. soudní rozhodnutí stojící mimo nejširší možný jazykový význam použitých pojmů/smyslu slov (něm. äusserste mögliche Wortsinn), bližší viz např. KRÄMER, E.A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání, München – Wien – Bern, C.H. Beck – Manz – Stämpfli, 2013, str. 55 a další literatura citovaná v úvodní kapitole. V českém právním prostředí k tomuto přístupu přihlásil např. Melzer, F. *Metodologie nalézání práva, Úvod do právní argumentace*. 2. vydání, Praha, C. H. Beck, 2011, str. 212 – 214.

⁷¹⁹ Bylo dovozeno, že se jedná o volný pohyb kapitálu, neboť investice do nemovitostí může být považována za „pohyb kapitálu“, viz směrnice 88/361/EEC z 24. 6. 1988. In: EUR-Lex [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>

že pokud není majetek umístěný v zahraničí (např. nemovitost) přímo „aktivně“ spravován nadací (v případě *Stauffer* byla nemovitost spravována třetí osobou), není v takovém případě dán důvod pro aplikaci svobody usazování.

Z judikatury SDEU tedy vyplývá, že k tomu, aby vnitrostátní právní úprava rozdílná pro vnitrostátní a cizozemské osoby mohla být považována za slučitelnou s ustanoveními Smlouvy o fungování EU týkajícími se svobody usazování a volného pohybu kapitálu, je třeba, aby se rozdílné zacházení týkalo situací, které nejsou objektivně srovnatelné, nebo aby bylo odůvodněno naléhavým důvodem obecného zájmu. Nesmí mimo to překročit meze toho, co je k dosažení cíle sledovaného dotčenou právní úpravou nezbytné⁷²⁰.

Ve věci *Hein Persche v. Finanzamt Lüdenscheid* (2009) rozšířil SDEU svou argumentaci k otázce daňové „nediskriminace“ cizozemských právnických osob i ve vztahu k daňovým odpočtům při přehraničním darování na veřejně prospěšné účely. Ve věci *Missionwerk Werner Heukelbach* (2011) bylo řešeno pravidlo nediskriminace v kontextu práva dědického a byl v něm argumentačně rozpracován v předchozích rozhodnutích zvolený přístup.

Přímým následkem těchto rozhodnutí byla mj. změna daňového práva jednotlivých členských zemí (v České republice tato změna proběhla k 1. 9. 2010)⁷²¹. Právní praxe však v mezidobí ukázala, že ani zavedení tohoto „nediskriminačního“ přístupu neznamená, že by byl problém přehraničně působících nadací vyřešen.

Komparativní studie⁷²², která si kladla za cíl zmapovat skutečný účinek změn daňových předpisů jednotlivých členských států na ulehčení příhraniční

⁷²⁰ Viz Rozsudek ze dne 14. září 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C386/04, bod 32 [online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/> a uvedený rozsudek Persche, bod 41.

⁷²¹ Blíže k tomuto tématu viz web European foundation Centre [online]. [cit. 10. 8. 2015]. Dostupné z: http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/TGE-web.pdf

⁷²² Viz von HIPPEL, T. *Taxation of cross border philanthropy in Europe after Persche and Stauffer: from landlock to free movement?* [online]. 2014 [cit. 10. 10. 2015]. Dostupné na: <http://www.efc.be/publication/taxation-of-cross-border-philanthropy-in-europe-after-persche-and-stauffer-from-landlock-to-free-movement/>

spolupráce, přinesla některá překvapivá zjištění; bohužel v negativním slova smyslu. Ukázalo se totiž, že i když byl formálně nediskriminační režim nastaven, v praxi se jej lze domoci pouze velmi zdlouhavou a nákladnou cestou.

6.1.5 **Obraz 4: Funkcionální přístup Soudního dvora ESVO⁷²³ aneb na čem opravdu záleží?**

V kontextu výše uvedeného stojí za pozornost rozhodnutí Soudního dvora ESVO, kterému je věnován čtvrtý, a poslední obraz. Ve věci *Fred Olsen and Others and Petter Olsen and Others vs. Norsko* (2014)⁷²⁴ dovedl tento soud svobodu usazování a volný pohyb kapitálu i pro trustové struktury bez právní osobnosti, čímž způsobil nemalý rozruch.

Soudní dvůr ESVO totiž dovedl, že se svoboda usazování, tak jak je upravena v čl. 31 až 34 Dohody o EHP, týká nejen osob fyzických (občanů států Evropského hospodářského prostoru, dále jen „EHP“) a též dalších entit, bez ohledu na fakt, zda jsou (resp. nejsou) nadány právní osobností.

Podmínkou však je, že byly vytvořeny v souladu s právem státu Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru a měly sídlo, administrativní centrálu nebo místo podnikání na území těchto států. Zároveň je přípustné, aby jedna entita působila i ve více než v jednom státě Evropského hospodářského prostoru (v případě společností prostřednictvím zakládání agentur, poboček a dceřiných firem, ve smyslu čl. 31 Dohody o EHP).

V souladu s čl. 31 a čl. 34 Dohody o EHP se tak týká svoboda usazování jakékoli entity odlišné od člověka, s nebo bez právní osobnosti, postačí, pokud skutečně vyvíjí ekonomickou aktivitu (podniká). Příkladem ekonomických aktivit, které zakládají možnost „se usadit“, je např. pravidelné nabízení služeb, které jsou poskytovány za protihodnotu po neurčitou dobu (např. existence stále provozovny). „Usazením“ je pak třeba rozumět zejména usídlení se nebo zřízení pobočky, nábor pracovníků pro výkon služeb a vyvíjení

⁷²³ Soudní dvůr založený Evropským sdružením volného obchodu (ESVO) plní soudní funkci v rámci systému ESVO a vykládá Dohodu o Evropském hospodářském prostoru (EHP) ve vztahu ke státům ESVO, které jsou smluvní stranou Dohody. Státy ESVO jsou v současné době Island, Lichtenštejnsko a Norsko, blíže viz: <http://www.eftacourt.int/>, citováno 20. 9. 2015.

⁷²⁴ Rozsudek Soudního dvora ESVO - EFTA Court ze dne 9. 7. 2014, spojené případy E-3/13 a E-20/13.

skutečné podnikatelské aktivity.⁷²⁵ Je však vždy na posouzení konkrétní situace, zda daná entita skutečně vyvíjí podnikatelskou činnost. Záleží na konkrétních podmínkách zakladatelského právního jednání, resp. v tomto případě statutu trustu, jakož i skutečné činnosti dané entity.

Pokud bude *trust* v pozici ovládající osoby (např. špicí koncernové struktury), i taková aktivita může být považována za podnikatelskou činnost, která má za následek možnost usazení. Při posuzování toho, zda jsou podnikatelské aktivity dané entity skutečné, je třeba prokázat objektivními a ověřitelnými skutečnostmi a provést celkové zhodnocení všech okolností případu, které se týkají příslušných aktivit.

V tomto konkrétním případě je na „trust“ (Ptarmigan Trust, trust-like formu, založenou podle lichtenštejnského práva) je aplikovatelný Čl. 31 Dohody o EHP za předpokladu, že tento vykonává skutečnou podnikatelskou činnost v zemích Evropského hospodářského prostoru, po dobu neurčitou, prostřednictvím své stále provozovny. Zda tomu tak skutečně je, náleží k posouzení vnitrostátním soudům. Pokud jsou podmínky splněny, čl. 31 a 34 Dohody o EHP, pak dopadá i zakladatele trustu, správce i beneficienty. Soudní dvůr ESVO dále uvedl, že omezení svobody usazování nebo volného pohybu kapitálu vyplývající z národních právních úprav, může být oprávněné na základě převládajícího veřejného zájmu, zvláště s ohledem na zabránění vyhýbání se daňové povinnosti nebo udržování rovnovážného rozdělení daňových pravomocí mezi státy Evropského hospodářského prostoru. Omezení lze považovat za proporcionální, pokud se týká pouze zcela účelových uskupení, která se snaží vyhnout národním daním, jež by se ve srovnatelných situacích platily.

Soudní dvůr ESVO tak šel ve své argumentaci ve věci Olsen and Others daleko za hranice nejširšího možného jazykového výkladu čl. 31 až 34 Dohody o Evropském hospodářském prostoru (dále jen „Dohoda EHP“), který míří na osoby v právním smyslu (nadané právní osobností). S ohledem na funkční podobnost nadací, nejrůznějších trust-like forem a trustů však není toto rozhodnutí až tak překvapivé. Je zároveň odrazem tendence odklonem od „formálně právního“ přístupu ve prospěch přístupu preferující „funkční, resp. funkcionální“ pohled těchto evropských soudních instancí.

⁷²⁵ Srov. případ C-196/04 Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas [2006] ECR I-7995, odstavec 67 a 68.

6.1.6 Závěrečné shrnutí

O významu dotváření práva judikaturou bylo v této publikaci napsáno mnohé. Ve svém pojednání jsem zaměřila pozornost k několika soudním rozhodnutím, která byla přijata v různých zemích i časových obdobích a mnohá z nich lze označit za příklad těch, kdy bylo přistoupeno k dotvoření zákonného textu mimo jeho jeho nejširší jazykový význam. Zároveň měla všechna též nezanedbatelný vliv na vývoj i koncepční uchopení nadačního práva napříč Evropou.

První „obraz“ nám umožnil, na pozadí skutečné historické události, nahlédnout do Německa počátku 19. století. „Städel-fall“ rozproudil v německém právním prostředí intenzivní odbornou debatu na téma možné existence subjektů práva odlišných od člověka, který o několik desítek let později finálně rozpracoval Carl von Savigny ve svém díle. Konstrukce právnické osoby má klíčový význam i v současnosti, kdy považujeme tyto právem „umělé“ vytvořené entity za neodmyslitelnou součást naší „právní reality“⁷²⁶.

Druhý „obraz“ mapoval dění v Nizozemí, v přibližně stejném časovém období tj. po pádu Napoleona a skončení okupace v roce 1915. Přelomové rozhodnutí nizozemského nejvyššího soudu (Hooge Raad) z roku 1882 sice jen stabilizovalo zavedenou praxi u nadací, mělo však za následek potvrzení právní praxí vytvořeného liberálního přístupu k právnickým osobám, které je v Nizozemí určující dodnes. Jeho následkem bylo prosazení principu volnosti jejich vzniku právnických osob, jako přístupu obecného, což má dnes nezanedbatelný význam, mj. i v oblasti práva korporálního.

Ve třetím a čtvrtém „obraze“ jsme se přesunuli na počátek 21. století, do doby probíhající „europeanizace“, mající řadu forem a podob. Není pochyb, že se tento proces dotýká zásadním způsobem i práva, kterým za pomoci nejrůznějších nástrojů (často za za „skřípění zubů“ představitelů jednotlivých členských států) pozvolna prostupuje a dotváří jej. Důležitým „hráčem“ na tomto poli je bezpochyby i Soudní dvůr Evropské unie, který si pomalu, ale jistě, vymezuje čím dál tím více vlivu na vnitrostátní právní řády jednotlivých členských zemí Evropské unie. Činí tak zejména ve snaze

⁷²⁶ K tématu přehledně viz též FEENSTRA, R. Foundations in Continental Law since 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like devices, In HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiducia*. Duncker/Humboldt, Berlin, 1998, str. 322 – 324.

garanovat principy a svobody vymezené Smlouvou o fungování EU směřující mj. i odstraňování „národních“ bariér bránících naplňování unii deklarovaných cílů.

Obdobný přístup lze zaznamenat i u Soudního dvora ESVO⁷²⁷, který taktéž směřuje k rozšiřování použitelnosti práva určujícího v Evropském hospodářském prostoru i do těch oblastí práva, která stála po řadu let zcela mimo sféru jeho zájmu i vlivu. Jestli bude dovozena svoboda usazování a volný pohyb kapitálu pro trustové struktury i Soudním dvorem EU není zatím jisté. Lze však mít za to, že pokud by v budoucnu tyto otázky řešil, není vyloučeno, že ve své argumentaci na výše citované rozhodnutí ESVO, jakož i vlastní „nadační judikaturu“, s největší pravděpodobností, odkáže.

6.2 Soudcovské dotváření procesního práva

6.2.1 Úvodem

Civilní právo procesní má sloužit k ochraně soukromého práva, přičemž mezi těmito právními odvětvími existují funkční vazby. Stejně jako se s ohledem na společenské poměry mění soukromé právo, působí změna společenských poměrů i na civilní právo procesní, které má na sociální změny reagovat. Je třeba si uvědomit, že cílem civilního procesu je primárně ochrana soukromých subjektivních práv a oprávněných zájmů, nicméně není možné přehlížet i významné nadindividuální cíle civilního procesu. Každý spor je totiž považován za sociální zlo, které je třeba odstranit, a to spravedlivě a pokud možno co nejrychleji. Nelze pominout ani to, že civilní řízení má sloužit k ochraně (dodržování) právního řádu, a tím k zajištění právní jistoty.

Po zahájení řízení postupně do vzájemného vztahu vstupují účastníci řízení společně se soudem. Soud je oprávněn rozhodnout věc nezávisle na vůli jednotlivých účastníků. Při rozhodování je soud povinen řídit se civilním právem procesním, přičemž je oprávněn procesní předpisy interpretovat. Nastává přitom otázka, zdali je soud oprávněn procesní právo také dotvářet. Připustíme-li dotvoření procesního práva, je otázkou, jaké jsou limity tohoto dotváření. Mimoto jsou jistě zajímavé praktické případy, kdy k dotvoření

⁷²⁷ K charakteru Soudního dvora ESVO (EFTA Court) viz www.eftacourt.int, česky např. https://e-justice.europa.eu/content_international_case_law-150—maximize-cs

procesního práva došlo. Na tato témata se v následující kapitole blíže zaměříme.

6.2.2 Dotváření procesního práva a jeho odůvodnění

Filip Melzer rozumí dotvářením práva nalézání práva bez jakékoliv jazykové opory v jakémkoliv právním předpise. Nalézání práva mimo rozsah právního pojmu se označuje jako nalézání práva *praeter legem*, přičemž nástrojem tohoto nalézání práva je analogie. Odepření aplikace práva na případy, které se v jádru právního pojmu nacházejí, je nalézáním práva *contra legem*, jehož nástrojem je teleologická redukce.⁷²⁸

Občanský soudní řád ani jiný právní předpis (zejména občanský zákoník či Listina základních práv a svobod) odpověď na to, zdali je dotváření civilního procesního práva přípustné, nedává. To ovšem neznamená, že by dotváření procesního práva bylo bez dalšího nepřipustné. S ohledem na absenci zákonného zmocnění je třeba odpověď na položenou otázku hledat v judikatuře a v právní doktríně.

V právní teorii vždy panovaly určité pochybnosti a opatrný přístup v souvislosti s dotvářením veřejného práva, zejména s uplatněním analogie ve veřejném právu,⁷²⁹ kam se podle zcela převažující tuzemské a zahraniční procesualistiky řadí i civilní právo procesní. Není proto divu, že toto téma neuniklo pozornosti ani tuzemské procesualistice.

František Zoulík v souvislosti s analogií, která je jednou z forem dotváření práva, uvádí, že i když přiměřené nebo analogické použití procesních norem není vzhledem k jejich kogentní povaze žádoucí, není právní teorií vyloučeno. Přiměřené použití občanského soudního řádu stanoví např. insolvenční zákon (§ 7) nebo exekuční řád (§ 52 odst. 1). Analogické použití⁷³⁰

⁷²⁸ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, xviii, 276 s. ISBN 978-80-7400-382-0. S. 213, marg. č. 219.

⁷²⁹ Srovnej např. HAJN, Petr. Analogie jako právní institut a jako způsob usuzování. *Právník*, 2003, roč. 142, č. 2, s. 121 – 123. KINDL, Milan. Malá úvaha o analogii ve veřejném právu. *Právník*, 2003, roč. 142, č. 2, s. 128 – 133.

⁷³⁰ Podle Zoulíka jde o analogii v případech, kdy určitá situace není normativně řešena (jde o mezeru v právu), kterou je možné ji řešit jen s použitím jiných, této situaci blízkých ustanovení, popřípadě pouze promítnutím právních principů na takový případ. ZOULÍK, F. Kapitola 3. Civilněprocesní právo. In: WINTEROVÁ, Alena, et al. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice*. 6. aktualiz. vyd. Praha: Linde, 2011. ISBN 978-807-2018-420. S. 49.

procesních předpisů bude někdy nutné proto, aby nedošlo k neprojednání věci, což by znamenalo „*denegatio iustitiae*“.⁷³¹

Podrobněji se k problematice dotváření procesního práva vyjádřil Vilém Steiner, který dotvoření procesního práva připustil, ale jen zcela výjimečně u tzv. právních mezer v právní úpravě, neboť použití analogie je v oblasti práva spojeno se zřetelem na její podstatu vždy s určitým nebezpečím nepřesnosti. Podle V. Steinera analogická aplikace právního předpisu nepřichází do úvahy zejména tehdy, (1) když je již z kontextu norem patrné, že se jedná o zákonodárcem zamýšlenou mezeru v zákoně, (2) když by použití analogie mělo sloužit k uměle vykonstruovanému výkladu odchylovajícímu se od zákonné úpravy, a vést tak ve svých důsledcích k obcházení zákona, (3) když by analogicky mělo být použito předpisů stanovících výjimku.⁷³²

Dotváření procesního práva připouštěl i Josef Macur, podle něhož je například v souvislosti s procesními smlouvami třeba aplikovat tzv. teorii vůle typickou pro soukromé právo a nikoliv teorii projevu. Vzhledem k tomu je možné zkoumat, jaká je skutečná vůle jednatelického subjektu.⁷³³ Teleologickou redukcí pak Josef Macur zdůrazňoval v souvislosti s institutem shodných tvrzení, který sice navozuje dojem, že shodná tvrzení soud ani účastníky nezavazují, ale tento institut je třeba interpretovat obdobně jako institut doznání v nám blízkých zahraničních úpravách tím způsobem, že jak osoba činící shodné tvrzení, tak i soud jsou shodnými tvrzeními v zásadě zavázáni.⁷³⁴

Zaměříme-li se na názory obecné právní teorie, dotváření práva včetně práva procesního připouštěl Viktor Knapp. Podle V. Knappa musí soud rozhodnout, i když mu zákon neříká jak. Je totiž nepřijatelné, aby soud odmítl rozhodnutí z důvodu mlčení, nejasnosti či nedostatečnosti zákona. V opačném případě by porušil zákaz odepření spravedlnosti (*denegatio iustitiae*).⁷³⁵

⁷³¹ ZOULÍK, F. Kapitola 3. Civilněprocesní právo. In: WINTEROVÁ, 2011, op. cit., s. 49.

⁷³² STEINER, Vilém. *Základní otázky občanského práva procesního*. 1. vydání. Praha: Academia, 1981, 365 s. Bez ISBN. s. 120n.

⁷³³ MACUR, Josef. Důvody neplatnosti rozhodčí smlouvy. *Právní rozhledy*. 2001, roč. 9, č. 12, s. 579–583. ISSN 1210-6410.

⁷³⁴ MACUR, Josef. *Zásada projednací v civilním soudním řízení*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 233 s. ISBN 80-210-1628-0. S. 222–227. Taktéž MACUR, Josef. Význam shodných tvrzení procesních stran pro zjištění skutkového stavu v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*. 1997, roč. 5, č. 2, s. 49. ISSN 1210-6410.

⁷³⁵ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, xvi, 247 s. ISBN 34-064-0177-5. S. 66, marg. č. 163.

Dále Filip Melzer připouští obecně možnost dotváření práva i v oblasti práva veřejného, upozorňuje však na to, že zde jsou často celá odvětví nebo určité oblasti z dotváření práva vyloučeny, a to zpravidla z toho důvodu, že je výrazným způsobem dotčen princip právní jistoty. Jako příklad uvádí trestní právo hmotné, daňové právo, nebo kompetenční pravidla. Ve třetím uvedeném případě ovšem zdůrazňuje, že se zákaz vztahuje na tzv. teleologické mezery⁷³⁶, nikoliv však na mezery pravé, neboť ty právní jistotu nezvyšují, nýbrž naopak. Podle F. Melzera je proto třeba zkoumat, zdali určitá oblast vylučuje dotváření práva zcela či jen z části zákazem odstranění tzv. teleologických mezer.⁷³⁷

Také Zdeněk Pulkrábek akceptuje dotváření veřejného práva za omezených podmínek, kdy výsledkem dotváření veřejného práva nesmí být zhoršení postavení soukromých osob, tj. rozšiřování jejich povinností nebo zužování jejich práv, neboť jinak by došlo k porušení zásady enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí (čl. 2 odst. 2 Listiny a čl. 2 odst. 3 Ústavy).⁷³⁸

Zaměříme-li se pro srovnání na nám blízkou rakouskou a německou procesualistiku, zjistíme, že v nich je soudcovské dotváření procesního práva běžně připouštěno. V Rakousku dotváření procesního práva připouští například Hans W. Fasching, který přípustnost dotváření práva dovozuje z § 7 ABGB. Ačkoliv je toto ustanovení upraveno v soukromoprávním předpise, nevztahuje se pouze na oblast soukromého práva, nýbrž má všeobecné metodologické uplatnění. Přípustné a zároveň příkázané je tak vyplnění nezamýšlených zákonných mezer, které je třeba vyplňovat pomocí analogie, zejména se podle H. W. Faschinga jeví jako vhodný argument *a contrario*.

⁷³⁶ Teleologickou (či nepravou) mezerou F. Melzer rozumí případ, kdy sice neexistuje nebezpečí neaplikovatelnosti právní úpravy, neboť by bylo možné řešení najít například pomocí argumentu *a contrario*, nicméně řešení, které právní úprava nabízí, je v rozporu s teleologickým pozadím právního řádu (právními principy). Srovnej MELZER, 2011, op. cit. s. 227nn, marg. č. 236 – 240.

⁷³⁷ MELZER, 2011, op. cit., s. 236nn, marg. č. 254 – 258.

⁷³⁸ PULKRÁBEK, Zdeněk. K problému otevřenosti (psaného) práva a možnostem jeho dotváření. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Praha: Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2000, roč. 139, č. 11, s. 1025 – 1047. ISSN 0231-6625.

H. W. Fasching pak připouští při zachovávání náležitě opatrnosti i uplatnění teleologické redukce, tedy využití omezujícího výkladu textu zákona, který je motivován smyslem zákona.⁷³⁹

Německý procesualista Arwed Blomeyer vychází z poznatku, že k dotváření procesního práva analogií nebo dokonce volným nalézáním práva bylo připuštěno již dříve říšským soudem, posléze Spolkovým soudním dvorem. Dotváření procesního práva je podle A. Blomeyera žádoucí nejen za účelem odstranění technických nedokonalostí procesního řádu, ale i za účelem vyplňování mezer. A. Blomeyer však upozorňuje, že při dotváření procesního práva je kladen větší důraz na obezřetnost než v případě dotváření práva hmotného, neboť je třeba dbát toho, aby nedošlo k narušení účelu právní úpravy civilního procesu.⁷⁴⁰

V Německu dotváření procesního práva připouští dále i procesualista Hanns Prütting⁷⁴¹ nebo Wolfgang Krüger.⁷⁴² Ve Švýcarsku pak dotváření procesního práva připouští například Max Guldener.⁷⁴³

Shrneme-li závěry uvedené tuzemské i zahraniční procesualistiky, ta obecně dotváření procesního práva připouští. Některé odborné publikace se sice výslovně k této problematice nevyjadřují,⁷⁴⁴ nezaznávají ale ani vyloženě odmítavé názory a argumenty.

S problematikou soudcovského dotváření procesního práva se lze setkat i v judikatuře soudů, které sice otevřeně o této problematice zpravidla nehovoří, ale ne zcela zřídka k dotvoření procesního práva přistupují. Ústavní

⁷³⁹ FASCHING, Hans Walter. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*. 2., überarbeitete und erg. Aufl. Wien: Manz, 1990, 1232 s. ISBN 3-214-04697-7. S. 73n, marg. č. 126–128.

⁷⁴⁰ BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. 1. vydání. Berlin: Springer-Verlag, 1963, xix, 785 s. Nemá ISBN. S. 12.

⁷⁴¹ PRÜTTING, Hanns. Die Rolle des Anwalts bei der Rechtsfortbildung. In: GEIMER, Reinhold, SCHÜTZ, Rolf A. et al. *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. 1. vydání. München: Selp, Sellier European Law Publishers, 2012, s. 789–799, xviii, 1086. ISBN 9783866539501.

⁷⁴² KRÜGER, Wolfgang. § 543 In: KRÜGER, Wolfgang a Thomas RAUSCHER. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Band 2: § 355-1024*. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2012, LII, 2472. ISBN 978-340-6610-325. Rn. 11.

⁷⁴³ GULDENER, Max. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. 2. Auflage. Zürich: Schulthess & CO. AG., 1958, lx, 640 s. Bez ISBN. S. 49.

⁷⁴⁴ Příklad jeden za všechny STAVINOHOVÁ, Jaruška a Petr HLAVSA. *Civilní proces a organizace soudnictví*. 1. vyd. Brno: Doplněk, 2003, 660 s. ISBN 80-210-3271-5.

soud připustil dotvoření procesního práva prostřednictvím analogie například v nálezu ze dne 7. 10. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 39/13, v němž řešil problematiku paušální náhrady hotových výdajů u nezastoupeného účastníka v civilním sporném řízení. Dále přistoupil k dotvoření procesního práva v nálezu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 173/13, týkajícímu se problematiky „důkazního standardu“ pro vyslovení neplatnosti právního úkonu pro duševní poruchu jednající osoby. Ze starší judikatury je možné uvést problematiku tzv. opomenutých důkazů, kdy Ústavní soud stanovil pravidla, za jakých okolností je možné neprovést navržené důkazy.⁷⁴⁵ Pro úplnost je možné uvést, že Ústavní soud připouští uplatnění analogie i v jiných druzích soudního řízení, tedy v trestním řízení⁷⁴⁶, ve správním řízení,⁷⁴⁷ a proto je zřejmé, že dotváření civilního procesního práva je z pohledu Ústavního soudu přípustné a tedy i ústavně konformní.

Obdobně i Nejvyšší soud v některých svých rozhodnutích přistupuje k dotvoření civilního práva procesního. Příkladem je rozsudek velkého senátu Občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 4. 9. 2013, sp. zn. 31 Cdo 4616/2010, v němž Nejvyšší soud shledal, že aby mohly nastat účinky tzv. koncentrace řízení skončením prvního jednání ve věci, je soud povinen o důsledcích tzv. koncentrace řízení účastníky řízení poučit, a to dokonce dvakrát. Poprvé se má dostat účastníkům poučení předem v předvolání k jednání, podruhé v průběhu jednání, jehož skončením má dojít k tzv. koncentrační tečce. Dále Nejvyšší soud přistoupil k dotvoření procesního práva v souvislosti s dovoláním proti rozhodnutí odvolacího soudu, kterým došlo k potvrzení rozhodnutí soudu prvního stupně o ustanovení zástupce pro dovolací řízení.⁷⁴⁸

Přípustnost dotváření procesního práva prostřednictvím analogie akceptuje i Nejvyšší správní soud, podle něhož ačkoliv má analogie své místo především v soukromém právu, v případě nedostatků ve veřejnoprávních předpisech je nutno přistoupit k jejímu využití i v právu veřejném. Analogii tak lze použít ve všech právních odvětvích, i když s určitými omezeními. Jelikož

⁷⁴⁵ Judikaturu Ústavního soudu shrnuje např. usnesení Ústavního soudu ze dne 23. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 359/05.

⁷⁴⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 18. 2. 2010, sp. zn. I. ÚS 3336/09.

⁷⁴⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 31. 5. 2011, sp. zn. Pl ÚS 46/10.

⁷⁴⁸ Srovnej např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2014, sen. zn. 29 NSČR 82/2014.

například v trestním právu hmotném není připuštěna analogie v neprospěch pachatele trestného činu, není přípustné zavádět za použití analogie nové skutkové podstaty trestných činů. Obdobně tomu je i ve správním právu v případě skutkových podstat správních deliktů. V procesních otázkách bude naopak ve většině případů analogie přípustná. Výjimky nastoupí všude tam, kde z povahy konkrétního ustanovení vyplývá nepřípustnost použití analogie – jde o ustanovení umožňující zásah do ústavně zaručených základních práv a svobod fyzických osob, nebo tam, kde jsou zákonem vymezeny taxativní možnosti využití daného ustanovení.⁷⁴⁹

Z výše uvedených názorů právní vědy i soudní praxe lze učinit jednoznačný závěr, že soudcovské dotváření civilního práva procesního je v zásadě přípustné.

6.2.3 Legitimizační důvod pro dotváření procesního práva

Připustíme-li ve shodě s procesualistikou a judikaturou dotváření procesního práva, je třeba nalézt legitimizační důvod pro takovýto postup. Jak již bylo uvedeno výše, právní řád se explicitně problematikou dotváření procesního práva nezabývá, tudíž neexistuje zákonné ustanovení, o které by bylo možné bez dalšího dotváření procesního práva opřít. Oproti tomu u dotváření soukromého práva lze nalézt zákonnou oporu v § 10 občanského zákoníku. Nabízí se otázka, zdali dané ustanovení nemá všeobecný právní charakter, není tedy omezeno toliko na oblast soukromoprávní. U nás se o problematice dopadu § 10 o. z. i do oblasti veřejného práva nehovoří.⁷⁵⁰ Pro srovnání v rakouské procesualistice H. W. Fasching uvádí, že § 7 ABGB, který se obsahově blíží § 10 o. z., má všeobecné metodologické uplatnění.⁷⁵¹ Obdobně Max Guldener uvádí, že je třeba v nezbytných případech vyplnit mezery v procesním zákoně analogicky podle článku 1 odst. 2 ZGB.⁷⁵²

⁷⁴⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 10. 2014, č. j. 9 Afs 38/2014-59 (publikovaný pod č. 2/2015 ve Sbírce rozhodnutí NSS). Viz také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 5. 2008, č. j. 9 Afs 141/2007-83.

⁷⁵⁰ Srovnej např. MELZER, Filip a Petr TÉGL. § 10 In: Petr MELZER, Filip, TÉGL, Petr et al. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I, § 1-117*. 1. vydání. Praha: Leges, 2013, lxxvi, 720 s. ISBN 978-80-87576-73-1. S. 192nn. Taktéž LAVICKÝ, Petr. § 10. In: LAVICKÝ, Petr et al. *Občanský zákoník I.: Obecná část (§ 1-654)*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.

⁷⁵¹ FASCHING, 1990, op. cit., s. 74, marg. č. 128.

⁷⁵² GULDENER, 1958, op. cit., s. 49.

Dotváření procesního práva sice není výslovně upraveno, nicméně pokud bychom chtěli pro dotváření procesního práva nalézt vhodnou zákonnou oporu, nabízí se právě přijetí § 10 o. z. jako obecného metodologického pravidla platného jen pro oblast soukromého práva, nýbrž i pro oblast civilního práva procesního, které je se soukromým právem funkčně spojeno.

S formálním zakotvením dotváření práva v právním řádu si však podle našeho názoru nelze vystačit, nýbrž je třeba nalézt legitimizační důvod v základních stavebních prvcích právního řádu, resp. procesního práva.

Vilém Steiner spatřuje přípustnost dotváření práva v zásadě zákazu odepření spravedlnosti (*denegatio iustitiae*). Je totiž vyloučeno zastavit občanské soudní řízení před justičním orgánem, popř. použít při výkladu rámcové normy v poměru k posuzovanému skutkovému stavu úsudku *a contrario* jen proto, že v nových předpisech chybí výslovná úprava, a tedy že co není v zákoně, není ve světě. Na tom ničeho nemění ani skutečnost, že předpisy upravující civilní právo procesní postrádají takové ustanovení, jakým je § 496 obč. zák. 1964, ve znění zákona 87/1991 Sb. [obdobně § 853 obč. zák. 1964], které použití analogie pro obor občanského práva výslovně připouští, a ani skutečnost, že analogicky není dovoleno používat norem trestních.⁷⁵³

Také Viktor Knapp a Aleš Gerloch⁷⁵⁴ spatřují zákaz odepření spravedlnosti jako legitimizační důvod pro dotváření (nejen) procesního práva. Podle V. Knappa je soudce povinen rozhodnout o věci, k jejímuž rozhodnutí je příslušný. Pokud tak neučiní, dopouští se případu *denegatio iustitiae*.⁷⁵⁵

Oproti tomu Filip Melzer nesouhlasí s tím, aby byl zákaz odmítnutí spravedlnosti legitimizačním důvodem pro dotváření práva, neboť odmítnutí rozhodnutí nespočívá ve vydání nespravedlivého rozhodnutí, nýbrž v odmítnutí rozhodnutí sporu. Toto pravidlo je tak spíše legitimizačním důvodem pro výklad právních předpisů, neboť soudce nemůže odmítnout rozhodnout, když je rozhodné ustanovení nejasné, a proto by bylo lépe hovořit o odmítnutí rozhodnutí. Při dotváření práva nejde o to, že soudce nechce rozhodnout vůbec, nýbrž o to, aby nerozhodl tak, že důsledkem bude

⁷⁵³ STEINER, 1981, op. cit., s. 119 a 125.

⁷⁵⁴ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4. upr. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, 343 s. ISBN 9788073800239. S. 148.

⁷⁵⁵ KNAPP, 1995, op. cit., s. 66, marg. č. 163.

hodnotový rozpor v právu. Podle F. Melzera je třeba hledat legitimitu soudcovského dotváření práva pomocí principů právního řádu, konkrétně podle F. Melzera legitimita soudcovského dotváření práva spočívá v principu účelnosti a bezrozpornosti právního řádu.⁷⁵⁶

S názorem F. Melzera se můžeme ztotožnit v tom ohledu, že o zákaz odmítnutí spravedlnosti nelze opřít dotváření hmotného práva, nicméně se domníváme, že v podmínkách civilního práva procesního může být zákaz odmítnutí spravedlnosti jedním z legitimizačních důvodů pro dotváření procesního práva. Typicky se bude jednat o situaci, kdy procesní právo neobsahuje potřebnou úpravu postupu, která je nezbytná pro prosazení hmotného práva. Pokud by v takovém případě soud odmítl poskytnout ochranu soukromým právům a oprávněným zájmům s tím, že neexistuje patřičná právní úprava, jednalo by se skutečně o případ odmítnutí spravedlnosti.

Samozřejmě je otázkou, v čem konkrétně spatřovat legitimizační důvod pro takový postup. Osobně se domníváme, že dotváření procesního práva lze v mnoha případech opřít právě o F. Melzerem nepřijímaný zákaz odepření spravedlnosti, neboť pokud je soud povoláný k ochraně soukromých subjektivních práv a oprávněných zájmů, je povinen tuto ochranu poskytnout. Poskytnutí ochrany soud přitom nemůže odmítnout s tím, že mu právní úprava nedává patřičná procesní pravidla. Lze-li spatřovat legitimizační důvod v zákazu odepření spravedlnosti, nabízí se legitimizační důvod i v zajištění dalších dílčích práv, které tvoří ústavně zaručené právo na spravedlivý proces. Například Ústavní soud v nedávné době přistoupil k dotvoření procesního práva v oblasti náhrady nákladů řízení s odkazem na zajištění rovnosti zbraní.⁷⁵⁷

Zajištění práva na spravedlivý proces je sice významným legitimizačním důvodem pro dotváření procesního práva, ale ne každý případ dotvoření procesního práva bychom o zajištění tohoto práva mohli opřít. Jde si totiž představit situace dotvoření procesního práva významné pro bezproblémové zajištění chodu soudnictví, které se práva na spravedlivý proces účastníků řízení bezprostředně nedotýkají. To akceptuje i Nejvyšší soud, který legitimizačním

⁷⁵⁶ MELZER, 2010, op. cit., s. 217n. Obdobně MELZER, Filip a Petr TĚGL. § 10 In: Petr MELZER, TĚGL, 2013, op. cit., s. 193, marg. č. 6.

⁷⁵⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 7. 10. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 39/13.

důvodem pro dotvoření procesního práva spatřuje ve smysluplnosti či účelnosti právní úpravy.⁷⁵⁸ Tento názor Nejvyššího soudu je přitom plně kompatibilní s názorem Filipa Melzera, který spatřuje legitimizačním důvodem pro dotvoření práva účelnost a bezrozpornost právního řádu.⁷⁵⁹

Zamyslíme-li se ovšem nad právem na spravedlivý proces, i jeho zajištění je bezesporu jedním z účelů civilního procesu v demokratickém právním řádě. Vzhledem k tomu je nakonec přijatelný zobecňující závěr F. Melzera, že legitimita dotváření práva, tedy i práva procesního, lze odůvodnit účelností a bezrozporností právní úpravy.

Zvláštní problém v souvislosti s dotvářením procesního práva tvoří vázanost soudu procesními pravidly, jimiž je povinen soud se řídit. Soudy jsou přitom bezpochyby oprávněny procesní právo interpretovat, neboť není možné, aby závaznou interpretaci procesních pravidel činil jiný orgán. Tím by totiž došlo k zásahu do nezávislosti soudní moci. Připustili jsme, že soudy jsou oprávněny procesní právo za účelem zajištění bezrozpornosti a účelnosti právní úpravy případně i dotvářet. Tím se tu ovšem otevírá pověstná Pandořina skříňka rizika možného zneužití takového oprávnění soudy. Vzhledem k riziku zneužití a k vyššímu důrazu na právní jistotu ve veřejném právu se jeví potřebným možnost dotváření procesního práva omezit na nezbytné případy.⁷⁶⁰

Pro úplnost dodáváme, že dotváření procesního práva bychom snad mohli připodobnit stavu, kdy Ústavní soud obecně může rušit zákony pro jejich neústavnost, teoreticky včetně zákona o Ústavním soudu.⁷⁶¹ Ústavní soud si v této souvislosti nastavil sebeomezující kritérium, když uvedl, že nemá pravomoc k projednání návrhu na zrušení jednotlivých ustanovení zákona o Ústavním soudu, jímž se Ústavní soud má řídit.⁷⁶² Ačkoliv Ústavní soud správně vyjádřil zdrženlivost, úplné vyloučení ústavního přezkumu zákona o Ústavním soudu se nejvíce správným, a to zvláště za situace, kdy

⁷⁵⁸ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2014, sp. zn. 29 NSČR 82/2014 (C 14214) nebo usnesení velkého senátu Občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 8. 4. 2015, sp. zn. 31 NSČR 9/2015.

⁷⁵⁹ MELZER, 2010, op. cit., s. 217nn, marg. č. 223 – 227.

⁷⁶⁰ Srovnej GULDENER, 1958, op. cit., s. 49.

⁷⁶¹ Zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁶² Srovnej usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 31/12, bod 19.

Ústavní soud připustil za určitých okolností přezkum ústavního zákona.⁷⁶³ Domníváme se, že Ústavní soud si měl ponechat, byť omezenou, možnost přezkumu zákona o Ústavním soudu pro výjimečné situace, kdy například dojde k protiústavnímu omezení činnosti Ústavního soudu prostřednictvím zákona o Ústavním soudu.

6.2.4 Postup při dotváření procesního práva

Jelikož bylo dovozeno, že soudcovské dotváření procesního práva je v zásadě přípustné, je třeba se spíše zaměřit na otázku, za jakých podmínek lze k dotvoření procesního práva přistoupit a jaké jsou případně limity takového dotváření, aby tak v této souvislosti nedocházelo k negativnímu jevu běžně označovanému jako přílišný soudcovský aktivismus.⁷⁶⁴

Základem pro dotváření práva, tedy i práva procesního, je zjištění mezery v zákoně, neboť pokud by takové mezery nebylo, nebylo by ani co dotvářet. Mezerou v zákoně se rozumí nezamýšlená neúplnost příslušné právní normy.⁷⁶⁵ Zjištění mezery v zákoně předpokládá, že interpretátor zákona zjistí, že právní norma na nějaký konkrétní případ nedopadá, k čemuž navíc přistupuje hodnotový soud interpretátora, že to, co není zákonem upraveno, by mělo být.⁷⁶⁶ Právní teorie rozsáhle zpracovává problematiku mezer v zákoně, přičemž mezery v zákoně systematicky člení do několika kategorií, zpravidla na pravé (logické) a nepravé (teleologické) mezery, na otevřené a zakryté mezery, na počáteční a následné mezery a na vědomé (zamýšlené) a nevědomé (nezamýšlené) mezery⁷⁶⁷. Tyto kategorie přitom nejsou toliko členěním teoretickým, nýbrž mají konkrétní dopad na dotváření práva, včetně práva procesního, neboť ne každá mezeza v zákoně může být právně dotvořena.

⁷⁶³ Srovnej tzv. kauzu Melčák (náleží Ústavního soudu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09).

⁷⁶⁴ V této souvislosti je možné upozornit například na disentanční stanovisko soudce Jana Filipa k nálezu Ústavního soudu ze dne 7. 10. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 39/13, v němž soudce Jan Filip kritizuje, že se většina pléna Ústavního soudu staví do pozice nikoliv negativního zákonodárce, nýbrž do pozice zákonodárce pozitivního, čímž nepřipustně byť možný s dobrým úmyslem překračuje své pravomoci.

⁷⁶⁵ BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 1. Auflage. Wien: FOWI – Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht. Arbeitspapiere Nr. 95, Brünner Vorträge Nr. 1, 2003, 107 s. Bez ISBN. S. 53.

⁷⁶⁶ MELZER, 2010, op. cit., s. 223, marg. č. 231.

⁷⁶⁷ MELZER, 2010, op. cit., s. 222nn, marg. č. 230 – 246. Taktéž BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2., erg. Aufl. Wien: Springer-Verlag, 1991, xv, 671 s. ISBN 978-321-1822-708. S. 472nn.

Pro soudcovské dotváření procesního práva je nutná objektivní existence mezery v zákoně, nepostačuje tak subjektivní přesvědčení interpreta, že právní úprava neodpovídá jeho hodnotovému žebříčku a je třeba ji změnit, neboť zde se jedná spíše o politickou kategorii. Procesualista Vilém Steiner dovodil, že dotváření procesního práva je možné v zásadě jen u právních mezer v zákoně,⁷⁶⁸ s čímž se však není možné ztotožnit. Důvodem pro odmítnutí tohoto názoru je skutečnost, že zákonodárce se při vytváření práva zaměřuje na typické případy a nikoliv na případy zvláštní, a proto v některých atypických případech může být aplikace práva proti smyslu zákona. To se týče nejen práva hmotného, nýbrž i práva procesního. Tomu nasvědčují i praktické případy, v nichž soudní praxe s úmyslem dostát účelu právní úpravy k zacelení nepravých mezer v zákoně přistoupila. Tak tomu bylo například v případě dovolání proti usnesení proti částečnému nebo neúplnému zamítnutí žádosti o osvobození od soudních poplatků, kdy judikatura dovodila, že není možné s ohledem na ochranu práva na právní pomoc setrvávat na požadavku za zaplacení soudního poplatku z dovolání.⁷⁶⁹ V procesním právu je tak podle našeho názoru možné zacelovat jak pravé mezery, tak i mezery teleologické.

Obdobně je možné dotvářet jak otevřené, tak i zakryté mezery v zákoně. Problém s přípustností dotváření práva je především spojen s počátečními mezerami v zákoně, byly-li zákonodárcem zamýšlené. Právní teorie dotváření těchto mezer zpravidla nepřipouští s tím, že zákonodárce si byl těchto mezer vědom včetně obecného teleologického pozadí a přesto přijal patřičnou právní úpravu. V takovém případě s ohledem na dělbu veřejné moci je nutné mezeru v zákoně akceptovat a v případě rozporu s ústavním pořádkem je možné právní úpravu toliko zrušit.⁷⁷⁰

Kromě problematiky toho, které mezery v zákoně je či není možné zacelovat, je třeba vyplňování mezer v zákoně prostřednictvím soudcovského dotváření práva zkoumat, zda není dotváření práva v daném právním

⁷⁶⁸ STEINER, 1981, op. cit., s. 120.

⁷⁶⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 4. 2014, sp. zn. 29 Cdo 1031/2014 (R 73/2014), či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 5. 2008, č. j. 9 Afs 141/2007-83.

⁷⁷⁰ KÚHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2002, 419 s. ISBN 80-246-0483-3. S. 207. Taktéž MELZER, 2010, op. cit., s. 236, marg. č. 252. STEINER, 1981, op. cit., s. 120n.

odvětví vyloučeno. Tak tomu je například u trestního práva hmotného, které nepřipouští dotváření práva v neprospěch pachatele.⁷⁷¹ V civilním právu procesním jsme dotváření práva obecně připustili, nicméně v rámci jednotlivých dílčích oblastí civilního procesu, kde bude zpravidla kladen velký důraz na zajištění právní jistoty, může být dotváření civilního práva procesního omezeno. Například F. Melzer dovozuje, že u kompetenčních pravidel je kladen velký požadavek na právní jistotu, a proto není možné dotvářet teleologické mezery v zákoně, naopak princip právní jistoty nezvyšují, nýbrž narušují pravé mezery v zákoně, a proto jejich zacelování je přípustné.⁷⁷²

Nejvyšší správní soud pak analogické dotváření správního práva procesního spatřuje jako nepřípustné, pokud by mělo dojít k zásahu do ústavně zaručených práv účastníků, nebo pokud by jím měla být stanovena výjimka z pravidla.⁷⁷³ S těmito závěry se není možné zcela ztotožnit. Argumentace zásahem do ústavně zaručených práv účastníků bude jistě zpravidla legitimním důvodem pro odmítnutí dotváření procesního práva v tom kterém konkrétním případě, zvláště pokud by takovýmto soudcovským dotvořením práva mělo dojít k omezování práv účastníků nebo naopak k ukládání povinností ve prospěch soudu.⁷⁷⁴ V praxi se tak například nejeví jako vhodné bez zákonné opory dotvořit chybějící úpravu rozsudku pro zmeškání žalobce, ačkoliv by bylo možné považovat takovéto řešení za koncepčně správné a vhodné *de lege ferenda*. Nelze ovšem vyloučit, že s ohledem na ochranu ústavně zaručených práv druhé strany sporu (zejména zajištění zásady rovnosti) bude dotvoření procesního práva i přes určité omezení ústavně zaručeného práva nejen přípustné, ale i nezbytné.

Nelze ovšem zcela vyloučit dotvoření procesního práva za situace, kdy k omezení práva nebo k uložení povinnosti účastníkovi řízení dojde ve prospěch zájmu státu na řádném výkonu soudnictví, kdy veřejný zájem zjevně převáží a zásah do ústavně zaručených práv bude přiměřený. Příkladem

⁷⁷¹ MELZER, 2010, op. cit., s. 237nn, marg. č. 255 a 256.

⁷⁷² MELZER, 2010, op. cit., s. 240, marg. č. 258. Obdobně náleží Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06, body 20 a 21.

⁷⁷³ Rozsudek NSS ze dne 23. 10. 2014, č. j. 9 Afs 38/2014-59 (publikovaný pod č. 2/2015 ve Sbírce rozhodnutí NSS). Obdobně STEINER, 1981, op. cit., s. 121.

⁷⁷⁴ PULKRÁBEK, Zdeněk. K problému otevřenosti (psaného) práva a možnostem jeho dotváření. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Praha: Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2000, roč. 139, č. 11, s. 1025 – 1047.

může být úprava dovolání proti usnesení odvolacího soudu o neustanovení zástupce pro dovolací řízení, kde bylo třeba přijmout smysluplnou úpravu, která ještě bude dostatečně chránit ústavně zaručená práva účastníků řízení a přitom nepovede k nesmyslnému zatěžování soudního systému zbytečnými spory.⁷⁷⁵ V případě, že k zásahu do práv účastníků nedochází, uvedené omezení neplatí.

Obdobně jako riziko případného zásahu do ústavně zaručeného práva nevyklučuje soudcovské dotváření práva, není soudcovskému dotváření práva bez dalšího na překážku ani to, že dotvořená právní norma má být další výjimkou z pravidla, která není stanovena výslovně zákonem, nebo že právní norma obsahuje taxativní výčet.⁷⁷⁶

Při dotváření civilního procesního práva, které spadá nelze pominout výše zmiňovanou problematiku vázanosti soudu procesním právem, tak i vyšší důraz na právní jistotu ve veřejném právu. Vzhledem k tomu je možné požadovat, aby k dotváření procesního práva docházelo jen v nezbytných případech.⁷⁷⁷

Shrneme-li výše uvedené, před dotvářením procesního práva je nezbytné si nejprve vyjasnit, zdali právní úprava, která má být v konkrétním případě aplikována, obsahuje mezeru v zákoně či nikoliv. Následně je třeba blíže zkoumat mezeru v zákoně a její systematické umístění v právní úpravě, a tím zjistit, zdali konkrétní mezera v zákoně může být s ohledem na svou povahu a na právní odvětví zacelena či nikoliv.⁷⁷⁸ Dospěje-li soud k závěru, že se v konkrétní procesní situaci setkal s mezerou v zákoně, která je neplánovaná, je možné ji zacelit a dotvoření práva nezbytně vyžaduje povaha a účel jednotlivých institutů civilního procesu, je povinen soud přistoupit k dotvoření procesního práva. K dotvoření práva může přistoupit buď pro-

⁷⁷⁵ Případ je podrobněji popsán dále.

⁷⁷⁶ Obdobně MELZER, 2010, op. cit., s. 249nn, marg. č. 266 – 269.

⁷⁷⁷ Obdobně GULDENER, 1958, op. cit., s. 49.

⁷⁷⁸ V podrobnostech k problematice mezer v zákoně viz např. BRODFÜHRER, Michael. *Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2010, 130 s. ISBN 9783832961831. BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2., erg. Aufl. Wien: Springer-Verlag, 1991, xv, 671 s. ISBN 978-321-1822-708. S. 472nn. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, 219 s. Bez ISBN. KÜHN, 2002, op. cit., s. 200nn. MELZER, 2010, op. cit., s. 222nn, marg. č. 230 – 246.

střednictvím analogie, jejímž prostřednictvím se řeší situace, které nejsou právně upraveny, ačkoliv by upraveny být měly, nebo prostřednictvím teleologické redukce, jejímž prostřednictvím se řeší situace, kdy právní úprava dopadá na případy, na které by podle smyslu ustanovení dopadat neměla.

Zacelování mezer v procesním předpise prostřednictvím analogie se děje obdobně jako je tomu v soukromém právu primárně prostřednictvím *analogiae legis*, tedy primárně je třeba mezeru v procesním předpise zacelit tím způsobem, že se bude postupovat podle obdobné procesní normy. Není-li tento postup možný, neboť neexistuje žádná procesní norma, podle níž by bylo možné analogicky postupovat, je třeba přistoupit k *analogiam iuris*.

Uplatnění *analogiae iuris* podle V. Steinera znamená, že je třeba použít nejdříve normy náležející do příslušného platného právního systému. Pokud takové právní normy není, je třeba podle Steinera aplikovat normu z odvětví či systému, který platné právní úpravě předcházal a přitom danou otázku výslovně řešil. Není-li ani tímto postupem možné vyplnit takovou mezeru v právní úpravě, je nutné použít za účelem jejího odstranění obecných zásad právních ovládajících objektivní právo.⁷⁷⁹

S postupem nastíněným V. Steinerem se nelze zcela ztotožnit, neboť takové řešení je přijatelné dost možná technicky, nicméně z metodologického hlediska je třeba vždy hledat takové zacelení právní mezery, které naplní účel právní úpravy. Jinými slovy řečeno, i kdyby například v minulosti existovala právní úprava, jíž by bylo možné zacelit nyní existující právní mezera, nelze bez dalšího postupovat podle této právní úpravy, nýbrž je třeba zkoumat důvod derogace dřívější právní úpravy a pak především to, zda dřívější právní úprava je schopná plnohodnotně zacelit smysl úpravy, která nyní chybí.

To ostatně potvrzuje i H. W. Fasching, podle něhož při dotváření práva je třeba dbát ústavně konformního výkladu, všeobecných procesních zásad, zásady procesní ekonomie, zásady v pochybnostech ve prospěch výkladu zajišťujícího příznivěji prosazení práva, názorů právní nauky při zohlednění zájmu stran sporu a státu coby nositele veřejné moci.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ STEINER, 1981, op. cit., s. 119.

⁷⁸⁰ FASCHING, 1990, op. cit., s. 74, marg. č. 127.

Mimo analogii je možné pro dotváření procesního práva použít i druhý obecný nástroj dotváření práva – teleologickou redukci. Podstatou teleologické redukce je omezení dosah právní normy na případy, na něž tato právní norma nesporně dopadá, ale podle smyslu právní úpravy by dopadat neměla.⁷⁸¹ Příkladem je již výše zmiňovaný poplatek za dovolání proti usnesení o neosvobození od soudních poplatků nebo problematika shodných tvrzení.

6.2.5 Test rovného zacházení účastníků řízení

Od 90. let minulého století se v tuzemské právní teorii i soudní praxi začaly častěji objevovat nejrůznější testy, které měly zobjektivizovat postup rozhodujícího orgánu při řešení konkrétních případů. Jednoznačně nejznámějším testem je tzv. test proporcionality⁷⁸², který Ústavní soud aplikuje zejména při střetu různých práv a svobod, resp. veřejných statků, je tedy aplikovatelný i v oblasti civilního práva procesního. Ústavní soud ovšem v oblasti civilního práva procesního začal při přezkumu, zda bylo naplněno ústavně zaručené právo účastníků řízení na rovné zacházení, aplikovat zvláštní algoritmus, který má nemalý přesah i do problematiky soudcovského dotváření procesního práva. Jedná se o tzv. test rovného zacházení, který Ústavní soud považuje za modifikovaný test přímé diskriminace. Modifikace obecného testu spočívá v tom, že obecná podoba testu je přizpůsobena pro účely civilního práva procesního, v němž se zkoumá vzájemné postavení účastníků řízení. Test rovného zacházení se skládá z následujících čtyř kroků posuzujících následující otázky: (1) Jde o srovnatelného jednotlivce nebo skupinu (tj. jde o účastníky řízení)? (2) Je s nimi zacházeno odlišně? (3) Je odlišné zacházení dotčené straně sporu k tíži (uložením břemene nebo odepřením dobra)? (4) Je toto odlišné zacházení ospravedlnitelné, tj. (a) sleduje legitimní zájem a (b) je přiměřené?⁷⁸³

Primárním účelem testu rovného zacházení je zjištění, zdali bylo dodrženo či naopak porušeno právo účastníka na rovné zacházení, nicméně již při prvním uplatnění tohoto testu v praxi došlo ke zkoumání ústavnosti právní úpravy, a co je pro naše účely zajímavé, Ústavní soud použil test rovného zacházení později i za účelem dotvoření procesního práva.

⁷⁸¹ MELZER, 2010, op. cit., s.252, marg. č. 270 – 272.

⁷⁸² Tento test byl aplikován například v nálezu Ústavního soudu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

⁷⁸³ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 49/10.

Test rovného zacházení byl Ústavním soudem přehledně zformulován a prvně aplikován v případě ústavního přezkumu § 153 b odst. 1, 4 a 5 o. s. ř., tedy dílčích ustanovení upravujících rozsudek pro zmeškání. Ústavní soud sice shledal, že účastníci řízení mají nerovné postavení, když návrh na vydání rozsudku pro zmeškání může podat jen žalobce a nikoliv žalovaný, přesto však institut rozsudku pro zmeškání testem rovného zacházení prozatím prošel, když byl shledán legitimní cíl právní úpravy v podobě urychlení řízení prostřednictvím skutkové domněnky, že ten, kdo se nebrání, pravděpodobně nic proti návrhu nemá. Ústavní soud interpretativním výrokem následně vyložil část věty „soud může vydat“, přičemž stanovil demonstrační výčet situací, za nichž k vydání rozsudku pro zmeškání dojít nesmí.⁷⁸⁴

V tomto případě byl tedy test rovného zacházení aplikován za účelem posouzení, zda je úprava ústavně konformní, přičemž Ústavní soud mimoto uplatnil ústavně konformní výklad. Podle našeho názoru Ústavní soud správně uvažoval toliko o derogaci napadeného ustanovení a nikoliv o dotvoření procesního práva tím způsobem, že by se pokusil dotvořit i rozsudek pro zmeškání žalobce. V tomto případě sice snad lze uvažovat o mezeře v zákoně, jak však vyplývá z rozhodnutí, zákonodárce si byl této mezery při přijímání zákona vědom. Nadto dotvořením rozsudku pro zmeškání by došlo k zásahu do ústavně zaručených práv žalobce, přičemž zde se nejedná o natolik zásadní potřebu dotvoření práva, která by zásah do práv žalobce odůvodnila. V neposlední řadě také není obecně přijímán závěr o tom, že se jedná o mezeru, kterou jde odstranit *de lege lata*, a proto v tomto případě lze hovořit jen o mezeře odstranitelné *de lege ferenda* přímo zákonodárcem prostřednictvím přijetí nové právní úpravy.

V dalších dvou případech uplatnění testu rovného zacházení došlo přímo k dotvoření procesního práva. V nález Ústavního soudu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 173/13, se zabýval Ústavní soud problematikou „důkazního standardu“ pro vyslovení neplatnosti právního úkonu pro duševní poruchu jednajících osoby. Meritem věci byl spor o platnost směnky z toho důvodu, že stěžovatel v době jejího podpisu trpěl závažným onemocněním, tudíž nebylo zřejmé, zda si plně uvědomil své jednání a mohl posoudit jeho následky. Stěžovateli se však „bez jakéhokoliv náznaku pravděpodobnosti“

⁷⁸⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 49/10.

nepodařilo prokázat, že nebyl schopen své následky rozpoznat a posoudit. Ústavní soud provedl komparaci s ostatními zeměmi, přičemž následně dovedl, že česká koncepce je nepřiměřeně přísná, a proto uložil soudu, aby věc znovu skutkově posoudil „s vysokou mírou pravděpodobnosti“. Ústavní soud zároveň uvedl, že dovozené řešení je v souladu s rovností zbraní mezi účastníky řízení, přičemž v této souvislosti zdůraznil, že Ústavní soud na důkazní břemeno hodlá nahlížet právě i s ohledem na rovnost účastníků řízení.

Ústavním soudem dovozené řešení nebylo přijato bez výhrad. Například soudce Pavel Vrcha uvádí, že Ústavní soud přikročil k dotvoření práva, aniž by přitom ze soudní praxe zazníval hlas, který by naznačoval, že důkazní břemeno je v těchto typech sporů nepřiměřené.⁷⁸⁵ Soudce Bohumil Dvořák zase kritizoval, že Ústavní soud sice provedl komparační analýzu, nicméně pominul závěry české, případně nám blízké zahraniční procesualistiky a snaží se přinášet do civilního procesu cizorodé angloamerické prvky. Zároveň zdůraznil, že by se ke snižování důkazního standardu nemělo přistupovat, nýbrž by se mělo využívat standardnějších metod, například využití domněnek nebo tzv. důkazu *prima facie*.⁷⁸⁶

Ústavnímu soudu lze vytýkat především to, že přikročil k dotvoření procesního práva zakotvením nižší míry důkazu bez řádného procesního, ale i metodologického podkladu. Ústavní soud se řádně nevypořádal s otázkou, zda se skutečně jedná o mezeru v zákoně, která by byla zacelitelná *de lege lata*. Nadto ani nastolené řešení se nejeví z hlediska procesního práva jako přiléhavé, když jak upozornil B. Dvořák, se nabízela i jiná, nejspíše i lepší řešení. V této souvislosti bude zajímavé do budoucna zkoumat, zdali uvedené rozhodnutí bude následováno, nebo budou naopak jeho závěry popřeny.

⁷⁸⁵ VRCHA, Pavel. K tzv. „důkaznímu standardu“ ve světle nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 173/13. *Pavel Vrcha, soudce NS ČR* [online]. 2014 [cit. 2015-09-17]. Dostupné z: <http://vrcha.webnode.cz/news/k-tzv-dukaznimu-standardu-ve-svetle-nalezu-ustavniho-soudu-sp-zn-i-us-173-13/>

⁷⁸⁶ Názory Bohumila Dvořáka byly čerpány z jeho příspěvku na workshopu „Aktuální otázky dokazování“ pořádanému PrF MU dne 12. 5. 2015. Viz také COUFALÍK, Petr. Workshop „aktuální otázky dokazování v civilním soudním řízení“. *Bulletin advokacie* [online]. Praha: Česká advokátní komora, 30. 7. 2015 [cit. 2015-09-21]. ISSN 1210-6348. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/workshop-aktualni-otazky-dokazovani-v-civilnim-soudnim-rizeni>

V neposlední řadě byl test rovného zacházení aplikován v nálezu ze dne 7. 10. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 39/13, v němž se Ústavní soud zabýval paušální náhradou hotových výdajů. V meritu věci šlo o to, že podle znění občanského soudního řádu i advokátního tarifu si může účastník zastoupený advokátem nárokovat paušální náhradu nákladů řízení ve výši 300 Kč za každý úkon, kdežto advokátem nezastoupený účastník řízení paušální náhradu nákladů řízení uplatnit nemohl, což Ústavní soud shledal jako rozporné s testem rovného zacházení, přičemž pro odlišné zacházení zde neshledal důvod. Vzhledem k tomu Ústavní soud dovodil, že s ohledem na rovnost zbraní je možné v řízeních, v nichž na jedné straně stojí účastník řízení zastoupený advokátem a na druhé straně advokátem nezastoupený účastník řízení, přiznat advokátem nezastoupenému účastníkovi řízení paušální náhradu nákladů řízení, která bude i zde dosahovat částky 300 Kč za každý úkon právní služby.

I tento nálezn byl podroben kritice, například soudce Jan Filip ve svém disentním stanovisku zpochybnil postup Ústavního soudu při projednání věci, kdy většina pléna „pochopila“ návrh navrhovatele, který by jinak musel být odmítnut jako zjevně neopodstatněný. Nadto soudce J. Filip zdůraznil metodologickou plytkost rozhodnutí, neboť z rozhodnutí není zřejmé, zda a jakou mezeru v zákoně Ústavní soud shledal, nadto interpretativní výrok svědčí o tom, že se o mezeru nejednalo, jinak by se totiž napadené ustanovení § 137 nemohlo aplikovat.

Na jednu stranu lze rozumět Ústavnímu soudu, že se snaží návrhy na přezkum ústavnosti zákonných ustanovení řešit meritorně a nikoliv procesně, na druhou stranu je však třeba dbát pravidel, které mají určitý svůj účel, včetně pravidel upravujících ústavní přezkum. Co se týče přezkumu samotného rozhodnutí, Ústavní soud spíše rozhodoval „spravedlnostním způsobem“, když se snažil odstranit domnělou či skutečnou mezeru v zákoně, aniž by přitom před dotvořením práva tuto mezeru blíže rozebral a přesvědčil také o nezbytnosti přijetí příslušné právní úpravy. Lze proto souhlasit s disentním stanoviskem soudce J. Filipa ohledně plytkosti nálezu, z něhož není patrné, o jakou mezeru v zákoně se mělo jednat. Podle našeho názoru se přitom nejspíše jednalo o mezeru počáteční a zákonodárcem zamýšlenou, která měla sloužit k ulehčení vykazování nákladů advokátům, a proto nebylo vhodné

tuto mezeru ani plenárním nálezem Ústavního soudu zacelovat, nýbrž ji šlo toliko kritizovat a apelovat na zákonodárce, aby přijal plnohodnotnou právní úpravu, která se bude stavět k nezastoupeným účastníkům přívětivěji.⁷⁸⁷

Uvedené rozhodnutí je zajímavé z metodologického hlediska v tom ohledu, že test rovného zacházení se aplikuje jen za předpokladu, že na každé ze sporných stran vystupují osoby, které jsou bez náležitého důvodu navzájem v nerovném postavení. Podle Pavla Molka se však tento test neaplikuje za situace, kdy sice z právní úpravy lze dovodit určitou nerovnost, ale tato nerovnost se nevyskytne v probíhajícím soudním řízení.⁷⁸⁸ Důsledkem přijetí tohoto názoru je, že test rovného zacházení by se neměl aplikovat při abstraktní kontrole ústavnosti určitého ustanovení, nýbrž toliko při konkrétní kontrole ústavnosti.

6.2.6 Jednotlivé případy dotváření procesního práva

Výše jsme se zaměřili na vybrané obecné otázky související s problematikou dotváření procesního práva. Následující výklad bude zaměřen konkrétněji, když bude věnována pozornost několika vybraným oblastem procesního práva a jednotlivým příkladům dotvoření procesního práva.

6.2.6.1 Problematika práva na přístup k soudu

Právo na přístup k soudu patří mezi ústavně zaručená práva, která spadají do spektra práva na spravedlivý proces. Toto právo není sice explicitně upraveno v článku 36 a násl. Listiny základních práv a svobod ani v článku 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, nicméně jak dovodila judikatura Evropského soudu pro lidská práva, tak i judikatura Ústavního soudu, že je obsaženo imanentně.⁷⁸⁹ Toto právo prosazuje Ústavní soud dlouhodobě prostřednictvím ústavně konformního výkladu, přičemž v aktuální judikatuře se lze s touto formou výkladu setkat v souvislosti se „vstřícností postupu obecných soudů“ či také s interpretačním pravidlem „v pochybnostech ve prospěch práva na přístup k soudu“.

⁷⁸⁷ Ke kritice dále srovnej COUFALÍK, Petr. Kritické zhodnocení nálezu ÚS ve věci paušální náhrady hotových výdajů nezastoupenému účastníkovi. *Soudní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2015, roč. 21, č. 1, s. 8-9. ISSN 1211-4405.

⁷⁸⁸ MOLEK, Pavel. Reakce na glosu Petra Coufalíka. *Soudní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2015, roč. 21, č. 1, s. 9-11. ISSN 1211-4405.

⁷⁸⁹ MOLEK, Pavel. *Právo na spravedlivý proces*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, 573 s. ISBN 978-807-3577-483. S. 67.

Významným rozhodnutím v této souvislosti je náleží Ústavního soudu ze dne 23. 10. 2014, sp. zn. I. ÚS 3106/13, v němž ve věci samé šlo o to, že stěžovatelka v předcházejícím civilním soudním řízení svou žalobou brojila proti jednostrannému zvýšení nájemného, nicméně její žaloba byla zamítnuta soudem prvního stupně a toto rozhodnutí bylo potvrzeno i odvolacím soudem. Stěžovatelka následně chtěla podat dovolání, a proto za tímto účelem v 16. dni dvouměsíční lhůty pro podání dovolání zaslala soudu prvního stupně podání, v němž uvedla, že „se rozhodla podat dovolání a v souvislosti se svou tíživou sociální situací si dovoluje požádat o ustanovení zástupce z řad advokátů a o osvobození od soudních poplatků.“ Jelikož se však podáním žádosti podle občanského soudního řádu na rozdíl od 35 odst. 8 soudního řádu správního nestavěla ani nepřerušila lhůta pro podání dovolání, došlo k tomu, že než bylo o návrhu stěžovatelky rozhodnuto, uplynula jí dovolací lhůta, a o několik měsíců později podané dovolání bylo dovolacím soudem odmítnuto jako opožděné. Ústavní soud shledal postup obecných soudů za nesprávný, neboť soud prvního stupně měl mít pochybnosti o obsahu podání stěžovatelky a vyzvat ji k doplnění podání, zda se jedná o blanketní dovolání či nikoliv. Pokud tak soud prvního stupně neučinil, měl interpretovat podání stěžovatelky tím způsobem, že se jedná o blanketní dovolání.

Závěry Ústavního soudu se jeví intuitivně jako správné, na druhou stranu je otázkou, zdali rozhodnutí neinklinuje ke snaze snažit se nalézat skutečnou vůli účastníků řízení a nikoliv pouze interpretovat obsah vůle skutečně projevené v procesním úkonu, čímž by se Ústavní soud dostal do rozporu s tzv. teorií projevu uplatňující se u zkoumání procesních úkonů, podle níž se u jednostranných procesních úkonů nezkoumá skutečná vůle, nýbrž toliko její projev, což je zdůvodněno požadavkem na právní jistotu.⁷⁹⁰

Ústavním soudem nastavené pojetí bude nadto selhávat za situace, kdy bude požádáno o „ustanovení zástupce pro dovolací řízení“, jak to ostatně již v minulosti Ústavní soud řešil ve svém usnesení ze dne 27. 11. 2012, sp. zn. I. ÚS 983/11, kdy podanou ústavní stížnost odmítl jako zjevně neopodstatněnou, neboť shledal pochybení dovolatelky. Na druhou stranu Ústavní

⁷⁹⁰ WINTEROVÁ, Alena. MACKOVÁ, Alena, et. al. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice*. 7. aktualiz. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2014, 621 s. ISBN 978-807-2019-403. S. 171.

soud vyjádřil alespoň rozpaky nad právní úpravou obsaženou v občanském soudním řádu, která na rozdíl od soudního řádu správního neumožňuje stavět dovolací lhůtu.

Výklad ve prospěch práva na přístup k soudu se dále projevuje například v rámci opravných prostředků, kdy Ústavní soud v minulosti zkritizoval nepřipustění odvolání⁷⁹¹ a kdy opakovaně dovodil porušení práva na spravedlivý proces ze strany dovolacího soudu pro nerozpoznání otázky přípustnosti dovolání.⁷⁹² Prosazování práva na přístup k soudu ve vztahu k dovolání přitom bude podle našeho názoru nabírat na intenzitě, neboť přípustnost dovolání podle § 237 ve spojení s § 241 b odst. 3 o. s. ř. je nastavena striktně, což podporuje i judikatura dovolacího soudu,⁷⁹³ a proto lze očekávat, že ze strany Ústavního soudu dojde k rozmělnění striktní judikatury Nejvyššího soudu.

Prísnost přezkoumávání práva na přístup k soudu ostatně naznačuje trend, který předznamenal článek K. Šimáčkové „Denegatio Iustitiae aneb zamyšlení nad nejnespravedlivějšími rozsudky“⁷⁹⁴, jehož podstatou je snaha omezit pokud možno na minimum případy, kdy nedojde k meritornímu rozhodnutí ve věci, neboť účastník řízení má zájem na tom, aby byla jeho věc projednána věcně.⁷⁹⁵

6.2.6.2 Problematika pravomoci a příslušnosti soudu

Pravomoc civilních sporů je vymezena v § 7 odst. 1 občanského soudního řádu tak, že v občanském soudním řízení soudy projednávají a rozhodují spody a jiné právní věci, které vyplývají z poměrů soukromého práva, pokud je podle zákona neprojednávají a nerozhodují o nich jiné orgány. Pokud

⁷⁹¹ Nález Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2015, sp. zn. I. ÚS 1974/14.

⁷⁹² Nález Ústavního soudu ze dne 18. 12. 2014, sp. zn. IV. ÚS 1256/14, nebo nález Ústavního soudu ze dne 19. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 962/14. V poměrech úpravy účinné do 31. 12. 2012 srovnej např. nález Ústavního soudu ze dne 3. 2. 2015, sp. zn. IV. ÚS 2722/13, nebo nález Ústavního soudu ze dne 1. 10. 2014, sp. zn. I. ÚS 2723/13.

⁷⁹³ Srovnej např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2013, sp. zn. 29 Cdo 2394/2013 (R 4/2014) nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 8. 2013, sp. zn. 29 NSČR 55/2013.

⁷⁹⁴ ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina. Denegatio Iustitiae aneb zamyšlení nad nejnespravedlivějšími rozsudky. *JUDr. Kateřina Šimáčková, Ph.D.* [online]. 2012 [cit. 2015-09-17]. Dostupné z: http://www.simackova.cz/images/prispevek_denegatio.doc

⁷⁹⁵ Srovnej např. nález Ústavního soudu ze dne 24. 6. 2014, sp. zn. II. ÚS 475/13.

o věci rozhodly jiné orgány než soudy, tak podle odst. 2 tohoto ustanovení se tyto věci v občanském soudním řízení projednávají a rozhodují za podmínek uvedených v části V. o. s. ř. Jiné věci projednají a rozhodují soudy v občanském soudním řízení, jen stanoví-li to zákon.

Otázky z hlediska možnosti dotváření procesního práva by neměly vznikat v tom ohledu, co je či není věcí vyplývající z poměrů soukromého práva. V této souvislosti se totiž jedná o otázku interpretace, přičemž případné spory mezi jednotlivými větvemi soudnictví se řeší pomocí senátu pro řešení kompetenčních sporů,⁷⁹⁶ případně pomocí Ústavního soudu.⁷⁹⁷

Problematictější se může jevit situace, kdy je možné přenést pravomoc rozhodovat spor na jiný než soudní orgán. Filip Melzer v souvislosti s kompetenčními pravidly uvádí, že právní jistota je zde dotčena v extrémní výši, a proto je extrémně významné, aby bylo jisto, který orgán je skutečně k rozhodnutí příslušný. Z tohoto důvodu je nepřijatelné dotváření teleologických mezer, které mohou v kompetenčních katalozích vzniknout. Naproti tomu je však přípustné dotváření práva pomocí analogie u tzv. pravych mezer v zákoně. Ponechání pravé mezery totiž v žádném případě právní jistotu nepodporuje, nýbrž právě naopak.⁷⁹⁸

Problematickou dotváření procesních pravidel o pravomoci a příslušnosti se v minulosti zabýval Ústavní soud, a to v souvislosti s vymezením kompetence ministerstva financí ohledně nároku na náhradu za znárodněný majetek. Podle Ústavního soudu hraje při interpretaci a aplikaci pravidel pravomoci i věcné či místní příslušnosti orgánů veřejné moci významnou roli princip právní jistoty, který vede k tomu, že se uplatňují zvláštní právněmetodologická pravidla. Zatímco v rámci řešení merita věci má podle Ústavního soudu rozhodující orgán v zásadě k dispozici celé právněmetodologické instrumentarium, v případě zjištění působnosti orgánu veřejné moci princip právní jistoty v tomto zvláštním případě vylučuje existenci tzv. nepravých (teleologických) mezer v zákoně. Při nalézání pravidel pro stanovení působnosti orgánů veřejné moci nemohou být proto podle Ústavního soudu teleologické argumenty důvodem pro aplikaci práva, která nemá

⁷⁹⁶ Zákon č. 131/2002 Sb. o rozhodování některých kompetenčních sporů.

⁷⁹⁷ Článek 87 odst. 1 písm. k) Ústavy České republiky.

⁷⁹⁸ MELZER, op. cit., 2010, s. 237n.

oporu ve výslovné dikci právního předpisu, a proto je v těchto případech vyloučena analogie přesahující nejšířší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů. Výjimečně může být přípustná jen analogie k uzavření tzv. právé mezery v zákoně, která je dána tehdy, když právní řád upravuje určité řízení, avšak vůbec nestanoví, který orgán je k jeho vedení příslušný. Princip právní jistoty vylučuje nejen existenci otevřených teleologických mezer v zákoně, k jejichž uzavření slouží analogie, nýbrž i tzv. zakryté teleologické mezery v zákoně, o níž se jedná tehdy, když dikce právní úpravy je širší, než vyžadují právní principy, hodnoty a účely, ze kterých tato právní úprava vychází. Právní předpis tedy postrádá pravidlo, které by v souladu s teleologií příslušné právní úpravy stanovilo výjimku z příliš široce pojatého pravidla. Podle Ústavního soudu je hraničním případem prohlášení určité právní úpravy z teleologických důvodů za obsoletní, čímž dochází k vyloučení aplikace právní úpravy. I tento postup je pro účely určení působnosti orgánu veřejné moci nepřipustný. Ústavní soud uzavřel, že má-li podle dikce příslušného ustanovení právního předpisu určitý orgán veřejné moci rozhodnout o podaném návrhu, nemůže se rozhodovací pravomocí zprostit teleologickou argumentací, neboť tento přístup k aplikaci práva je zárukou dostatečné ochrany práv účastníka řízení.⁷⁹⁹

Ačkoliv se nosné body nálezu Ústavního soudu, tak i závěry Filipa Melzera vztahují na vymezení kompetence správního orgánu, základní myšlenky je možné bezesporu převzít i v souvislosti s vymezením pravomoci civilního soudu. Lze tak souhlasit v tom, že kompetenční pravidla mají významný vliv na právní jistotu účastníků, a proto je třeba je nastavit co nejprecizněji. Pro rozhodování soukromoprávních sporů by pak mělo být pravidlem, že tento spor bude rozhodovat soud, u něhož je záruka nezávislosti a nestrannosti rozhodování, a ne jiný subjekt, u něhož taková záruka není. Vzhledem k tomu, že výjimky z pravomoci je třeba vykládat přiměřeně, dotváření kompetenčních pravidel zejména prostřednictvím analogie je pak zpravidla vyloučeno. To se týká nejen problematiky přenesení pravomoci na jiný státní orgán podle § 7 odst. 2 o. s. ř., ale i na přenesení pravomoci na rozhodce či na stálý rozhodčí soud prostřednictvím rozhodčí smlouvy. Zde je třeba striktně trvat na tom, že k vyloučení pravomoci je způsobilá jen

⁷⁹⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06, body 20 a 21.

taková rozhodčí smlouva, která splňuje požadavky § 2 a násl. zákona o rozhodčím řízení.⁸⁰⁰ Mimoto je třeba trvat na tom, že pokud dojde v rozporu s rozhodčí smlouvou k zahájení rozhodčího řízení, musí být námitka nedostatku pravomoci civilních soudů řádně a včas uplatněna podle § 106 o. s. ř. Pokud rozhodčí smlouva je způsobilá vyloučit civilní sporné řízení, nabízí se otázka, zdali podobné účinky jako rozhodčí smlouva by nemohla vyvolat i mediační, smířčí či jiné svou povahou obdobné smlouvy,⁸⁰¹ jejichž cílem je řešení sporů prostřednictvím alternativních způsobů řešení sporů (ADR). Otázka je o to významnější, že se po jazykové stránce tyto smlouvy od rozhodčích smluv příliš neliší. Pro řešení problému je třeba si uvědomit následující skutečnosti. V první řadě problematika ADR nespadá do veřejného práva, a proto není možné hovořit o tom, že by mediační a jiné obdobné smlouvy byly procesními smlouvami, lze hovořit toliko o „kvaziprocenálních“ smlouvách. Dále mediační smlouva není na rozdíl od rozhodčí smlouvy jakkoliv právně regulována, To samozřejmě neomezuje její platnost a účinnost. Mediační smlouva zavazuje toliko smluvní strany, nikoliv mediátora, a proto s mediátorem musí být uzavřena smlouva o provedení mediace,⁸⁰² kterou se formálně zahajuje mediační řízení s případnými právními důsledky. Zásadním rozdílem od rozhodčí smlouvy je tedy to, že nemá konstitutivní účinky vzhledem k založení pravomoci mediátora a k derogaci pravomoci soudu. Mediační smlouva nezpůsobuje ani překážku průběhu soudního řízení, nevylučuje možnost obrácení se některé z procesních stran na soud, nýbrž toliko zavazuje protistranu, aby akceptovala sjednaný postup.⁸⁰³ K opačnému závěru není možné dospět cestou soudcovského dotvoření práva, neboť jak již bylo uvedeno výše, právní jistota účastníků je v otázce pravomoci extrémně dotčena.

⁸⁰⁰ Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁰¹ Martina Doležalová a Patrick Van Leynseele definují mediační doložku (smlouvu) „jako závazek použít služby mediátora za účelem přátelského urovnání sporu, který může vzniknout v souvislosti s plněním smlouvy. Jedná se tak o závazek vyjednávat, jebož porušení má za následek odškodné za porušení smlouvy.“ DOLEŽALOVÁ, Martina a Patrick VAN LEYNSEELE. *Mediace v právním prostředí. Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 12, s. 419. ISSN 1210-6410.

⁸⁰² Případně podobné ujednání, nejedná-li se o zákonné mediační řízení.

⁸⁰³ Srov. HÁJKOVÁ, Šárka. § 3. In: DOLEŽALOVÁ, Martina et al. *Zákon o mediaci: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 360 s. ISBN 978-80-7400-458-2. s. 19n.

Zaměříme-li se i na problematiku příslušnosti, zde by na první pohled zásadní střety být neměly. Věcná příslušnost je totiž koncipována tím způsobem, že k rozhodování v prvním stupni je zpravidla příslušný okresní soud, pokud není zákonem věcná příslušnost přenesena na jiný stupeň. Nicméně střety mohou nastat v tom, že v určitém typu sporu je stanovena věcná příslušnost krajského soudu, nicméně v obdobných sporech takto věcná příslušnost stanovena není. Druhým možným střetem je, že zákonodárce stanovil věcnou příslušnost krajského soudu na určitý případ, který ze záměru zákonodárce měl být řešen okresním soudem. Zde je možné dospět ke stejným závěrům jako u pravomoci, tedy i zde je dotčena právní jistota účastníků a princip zákonného soudce v extrémní výši, právní předpisy by měly stanovovat přesná pravidla pro její určování, a proto soudcovské dotvoření věcné legitimace v zásadě není přípustné. Do úvahy nepřichází ani výjimečná aplikace pro případy pravých mezer, neboť z konstrukce právní úpravy postavené na generálním vymezení věcné příslušnosti okresního soudu je zřejmé, že v těchto případech by byl příslušný právě okresní soud.

Obdobně tomu bude i u místní příslušnosti. Zákonodárce stanovil obecnou místní příslušnost, kterou doplňuje zvláštní místní příslušnost umožňující alternativní výběr místní příslušnosti. Mimoto zákonodárce zakotvil v některých typech řízení ještě výlučnou místní příslušnost, která se uplatní namísto obecné, případně zvláštní místní příslušnosti. I zde je třeba dbát na to, aby případy, na něž dopadá zvláštní či výlučná místní příslušnost, nebyly rozšiřovány či zužovány. Dotvoření místní příslušnosti by mohlo výjimečně nastat v situaci, kdyby na určitý případ dopadalo více případů výlučné příslušnosti, aniž by bylo stanoveno, které ustanovení má přednost. Poté by bylo třeba jedno ustanovení před druhým upřednostnit.

6.2.6.3 Problém chybějící procesní úpravy pro vedení řízení

Čas od času se stává, že právní řád sice hmotněprávně reguluje určité společenské jevy, nicméně procesněprávně tuto oblast neupravil, nabízí se otázka, jak má soudce v dané situaci postupovat. Typicky tato situace nastává, když dochází k novelizaci právního řádu nebo rovnou k celé rekonstrukci civilního procesu a když se tak do práva dostane nový element. V takových případech se primárně nabízí uplatnění civilního sporného řízení, které je svou

strukturou postaveno jako univerzální prostředek právní ochrany soukromých subjektivních práv. Ne vždy však bude možné sporné řízení uplatnit, typicky za situace, že by účastníkem řízení měl být mimo soudu jediný účastník, neboť tím by došlo k narušení konceptu dvou stran civilního procesu. V jiných situacích by sice civilní sporné řízení bylo teoreticky možné uplatnit, nicméně vzhledem ke specifčnosti hmotněprávní úpravy nebude aplikace klasické úpravy civilního sporného řízení konformní. Aktuálním příkladem je rozhodování o náhradách za zřízení nezbytné cesty podle § 1030 odst. 3 o. z., která může být poskytnuta i jiné osobě než vlastníkovu pozemku, přes něž se nezbytná cesta zřizuje. Může však nastat i ta situace, že sice lze postupovat podle úpravy sporného, či naopak nesporného řízení, ale chybí bližší úprava průběhu řízení.

Řešení této otázky nastínil například Viktor Knapp, podle něhož se v kontinentálnímu právu, tedy i v našem právním řádu uplatňuje zásada, že soudce je povinen rozhodnout o věci, k jejímuž rozhodnutí je příslušný. Pokud by soudce odmítl rozhodnout z důvodu mlčení, nejasností či nedostatečnosti zákona, dopustil by se tak odmítnutí spravedlnosti (*denegatio iustitiae*). Tu pak vzniká antinomie spočívající v tom, že soudce musí rozhodnout, i když mu zákon neříká, jakým způsobem má postupovat. Podle V. Knappa si soudce musí pomoci interpretací, resp. analogií, a to někdy tak extenzivní, že už ve skutečnosti jde o dotváření práva.⁸⁰⁴ Dále se zaměříme na jednotlivé praktické příklady související s problematikou chybějící právní úpravy.

6.2.6.3.1 *Vymáhání nároku za omezení vlastnického práva regulovaným nájemným*

V minulosti se řešila například otázka vymáhání nároku za omezení vlastnického práva protiústavní regulací nájemného. Ústavní soud v nálezu ze dne 16. 5. 2006, sp. zn. IV. ÚS 111/06, uvedl, že i přes absenci předvídané konkrétní úpravy, musejí obecné soudy rozhodnout o zvýšení nájemného v závislosti na místních podmínkách tak, aby nedocházelo k diskriminaci. Soudy se přitom musejí vyvarovat libovůle a jejich rozhodnutí se musí zakládat na racionální argumentaci a důkladném uvážení všech okolností případu, použití přirozených zásad a zvyklostí občanského života, závěrů právní

⁸⁰⁴ KNAPP, 1995, op. cit., s. 66, marg. č. 163.

K obdobným závěrům dospívá i Aleš Gerloch (viz GERLOCH, Aleš. Teorie práva. 4. upr. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, 343 s. ISBN 9788073800239. S. 148.).

nauky a ustálené ústavně konformní soudní praxe. Není přípustné, aby soud odmítl rozhodnutí z důvodu mlčení, nejasnosti či nedostatečnosti zákona; takový případ by byl odmítnutím spravedlnosti. K tomuto závěru Ústavní soud dodal, že při rozhodování o výši nájemného bude obecný soud konstitutivním rozhodnutím (*pro futuro*) dotvářet objektivní právo. Vzhledem k mimořádnosti tohoto postupu, založeného výrokem I. nálezu sp. zn. Pl. ÚS 20/05, musí dát soud účastníkům dostatek prostoru pro seznámení s principy jím dotvářeného práva a k využití adekvátních instrumentů, včetně eventuální změny žalobního petitu i možnosti uzavřít smír. V tomto smyslu se musí žalobci dostat od obecného soudu vhodného poučení, a to i nad rámec obecné poučovací povinnosti zakotvené v § 5 občanského soudního řádu.⁸⁰⁵

Na tento nálezn pak Ústavní soud navazoval dalšími dílčími rozhodnutími a nakonec vydal stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 28. 4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS-st. 27/09 (publikován pod č. 136/2009 Sb.), v němž Ústavní soud jednak s konečnou platností určil druh nároku pronajímatelů vůči státu, jednak určil, že s ohledem na chybějící právní úpravu je třeba analogicky postupovat podle zákona č. 82/1998 Sb.,⁸⁰⁶ který shledal Ústavní soud svým obsahem a účelem nejbližším předpisem.⁸⁰⁷

Judikatura správně dovodila, že soud nemůže odepřít spravedlnost pro absenci právní úpravy, a proto připouští analogickou aplikaci obdobné právní úpravy, kterou se podaří zacelit zpravidla pravou mezeru v zákoně. Pokud by taková úprava chyběla, bylo by třeba připustit, aby soudce dotvořil procesní úpravu tím způsobem, že bude postupovat v duchu principů civilního procesu. Vzhledem k tomu uvedená judikatura Ústavního soudu je akceptovatelná.

Pro úplnost je vhodné dodat, že analogická aplikace zákona č. 82/1998 Sb. ve věcech regulovaného nájemného vyvolala v praxi otázku, zda jsou účastníci osvobozeni od soudních poplatků stejně tak, jako je tomu právě

⁸⁰⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2006, sp. zn. IV. ÚS 111/06.

⁸⁰⁶ Zákon č. č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád).

⁸⁰⁷ Stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 28. 4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS-st. 27/09, bod 19.

v řízeních o náhradu odpovědnosti státu.⁸⁰⁸ Nejvyšší soud nicméně dovo-
dil, že „náhrada škody vůči státu“ v souvislosti s úpravou tzv. regulovaného
nájemného je nárokem na náhradu za nucené omezení vlastnického práva
podle čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, nikoliv náhradou
škody podle zákona č. 82/1998 Sb., a proto se osvobození podle zákona
o soudních poplatcích na tento typ řízení nevztahuje.⁸⁰⁹

6.2.6.3.2 *Bytové náhrady v novém občanském zákoníku*

Dalším případem, s nímž se však bude muset soudní praxe teprve vypořá-
dat, je problematika absence úpravy bytových náhrad v občanském záko-
níku a jejich výkonu. Koncepce občanského zákoníku v rámci úpravy nájmu
(srovnej § 2235 a násl. OZ) s bytovými náhradami nepočítá, ovšem v rámci
úpravy společného bydlení manželů bytové náhrady zůstaly zachovány.
Jelikož zákonodárce tuto skutečnost pomínil, nikterak v občanském záko-
níku neupravil kvalitu bytových náhrad. Pochybení zákonodárce, který žil
v domněnání, že bytové náhrady již občanský zákoník neobsahuje, je umoc-
něno i zrušením § 343 a 344 o. s. ř. novelou č. 293/2013 Sb. Důvodová
zpráva k této novele v souvislosti se zrušením těchto ustanovení uvádí:
*„Nový občanský zákoník již nezná bytové náhrady, tedy náhradní ubytování nebo
náhradní byt, ani přístřeší. Z tohoto důvodu je nutno z právní úpravy výkonu rozhodnutí
vyklizením vypustit ustanovení týkající se vyklizení se zajištěním bytové náhrady nebo
přístřeší.“*⁸¹⁰

Důsledkem zjevného pochybení zákonodárce došlo k absenci hmotněprávní
úpravy bytových náhrad, tak absenci procesněprávní úpravy výkonu rozhod-
nutí vyklizením domu či bytu až po zajištění bytové náhrady. Nastalý stav
je pravou mezerou v zákoně, u níž se nabízí otázka, jak by měly soudy postu-
povat. První možností je nepřiznávání bytových náhrad s tím, že manželovi
poběží roční lhůta k vystěhování. Tím sice nenastanou problémy s určením

⁸⁰⁸ „Od poplatku se osvobozují řízení ve věcech náhrady škody nebo jiné újmy způsobené při výkonu
veřejné moci nezákonným rozhodnutím, rozhodnutím o vazbě, trestu nebo ochranném opatření nebo
nesprávným úředním postupem“ [§ 11 odst. 1 písm. n) zákona č. 549/1991 Sb., o soudních
poplatcích, ve znění pozdějších předpisů].

⁸⁰⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2014, sp. zn. 26 Cdo 1269/2014 (R 106/2014).

⁸¹⁰ Sněmovní tisk 932/0. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. Poslanecká
sněmovna, 6. volební období, 2010-2013. Vydáno dne 15. 3. 2013. [cit. 25. 9. 2015].
Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6 & CT=932 & CT1=0>

bytové náhrady, ale manžel, který má byt opustit, by nebyl chráněn zákonem předvídatelným způsobem. Je tedy třeba nalézt způsob, kterým bude poskytnuta zakotvená právní ochrana, přičemž s ohledem na existenci právé mezery v zákoně je třeba přistoupit k dotvoření hmotného i procesního práva.

Co se týče kvality bytové náhrady, jeví se nejvhodnějším řešením převzetí úpravy a dosavadních judikatorních závěrů vztahujících se k § 712 obč. zák. 1964. Manželovi, který bude povinen se z domu či bytu vystěhovat, by tedy měl přináležet náhradní byt, jímž by se rozuměl byt, který podle velikosti a vybavení zajišťuje lidsky důstojné ubytování nájemce a členů jeho domácnosti (§ 712 odst. 1 věta první obč. zák. 1964). Soud by pak z důvodů zvláštního zřetele hodných mohl poskytnout toliko náhradní ubytování, jímž se rozumí byt o jedné místnosti nebo pokoj ve svobodárně nebo podnájem v zařízené nebo nezařízené části bytu jiného nájemce (§ 712 odst. 4 obč. zák. 1964). Jelikož však náhradní bydlení není nikde v občanském zákoníku výslovně definováno, bude z důvodu vykonatelnosti třeba, aby soud ve výroku soudního rozhodnutí nejen přiznal právo na náhradní bydlení, ale stanovil obsah tohoto práva. Co se týče problému s výkonem rozhodnutí při vyklizení, ten bude třeba řešit nejspíše prostřednictvím splnění podmínky podle § 262 o. s. ř., již bude právě zajištění bytové náhrady. Judikatura i tu bude pravděpodobně inklinovat k dosavadní soudní praxi výkonu rozhodnutí.

Toto řešení ostatně již v minulosti připustil Vilém Steiner, podle něhož v případech neúplné úpravy výkonu rozhodnutí je nutné *per analogiam* použít dříve platných předpisů o výkonu rozhodnutí nebo zásad, na nichž spočívaly, pokud tyto předpisy upravovaly podrobně otázky dnes jen stroze upravené.⁸¹¹ S tím je možné souhlasit, před uplatněním analogie je však třeba zkoumat, zdali se dosavadní právní úprava shoduje se současným účelem právní úpravy bytových náhrad.

6.2.6.3.3 *Potřeba poučení u zákonné koncentrace řízení*

Novelou č. 30/2000 Sb. byla do občanského soudního řádu zakotvena tzv. koncentrace řízení před soudem prvního stupně, jejímž cílem bylo urychlení civilního soudního řízení. Zákonodárce zakotvil koncentraci řízení

⁸¹¹ STEINER, 1981, op. cit., s. 126n.

dvojitý druhu. V první řadě se jednalo o tzv. soudcovskou koncentraci, kdy mohl soudce na návrh účastníků rozhodnout o tom, že je možné uvádět nová skutková tvrzení a činit nové důkazní návrhy do lhůty stanovené usnesením soudu⁸¹². Druhým druhem byla tzv. zákonná koncentrace, která se vztahovala na vybraná soudní řízení (například věci o ochranu osobnosti či incidenční spory), u nichž bylo možné uvádět nová skutková tvrzení a činit nové důkazní návrhy jen do skončení prvního jednání, které se v řízení konalo.⁸¹³

Soudcovská koncentrace řízení se podle zákonodárce neosvědčila,⁸¹⁴ a proto novelou č. 7/2009 Sb. změnil koncepci koncentrace řízení tak, že ve sporných řízeních zakotvil obecnou zákonnou koncentraci řízení. Tzv. koncentrační tečka, tedy okamžik, od něhož neměly být tvrzeny nové skutečnosti a činěny nové důkazní návrhy, měla nastat v zásadě v následujících okamžicích. Pokud se konalo přípravné jednání podle § 114c o. s. ř., měla koncentrační tečka nastat skončením přípravného jednání, případně uplynutím lhůty poskytnuté k dotvrzení nových skutečností a ke vznesení nových důkazních návrhů. O tom, že nestane koncentrace řízení, musí být účastníci řízení poučeni před koncem přípravného jednání (§ 114c odst. 5 o. s. ř.). Nekonalo-li se přípravné jednání, měla koncentrační tečka nastat skončením prvního jednání, případně uplynutím lhůty poskytnuté k dotvrzení nových skutečností a ke vznesení nových důkazních návrhů. O tom, že skončením jednání nastane koncentrace řízení, mají být účastníci řízení poučeni v předvolání k jednání (§ 118b odst. 2 část druhé věty za středníkem o. s. ř.). V praxi se přitom vyskytla otázka, zdali musí být poučení poskytnuto i při jednání, jehož skončením má koncentrace řízení nastat, jako je tomu v případě, že se koná přípravné řízení.

Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. 26 Cdo 2168/2011, dovodil, že má-li nastat koncentrace řízení skončením prvního jednání ve věci, zákon nevyžaduje, aby účastníci byli o koncentraci řízení před skončením prvního jednání poučeni, nýbrž postačuje, aby je soud o této skutečnosti poučil v předvolání k jednání. Senát 22 Cdo nicméně dospěl

⁸¹² Srovnej § 118c před novelou provedenou zákonem č. 7/2009 Sb.

⁸¹³ Srovnej § 118b před novelou provedenou zákonem č. 7/2009 Sb.

⁸¹⁴ Sněmovní tisk 478/0. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. Poslanecká sněmovna, 5. volební období, 2006-2010. Vydáno dne 9. 4. 2008. [cit. 27. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?id=26578>

k opačnému závěru, a proto předložil věc velkému senátu Nejvyššího soudu, který senátu 22 Cdo přitakal, když dovedl povinnost poučení o koncentraci řízení i při jednání, po němž má dojít ke koncentrační tečce. Velký senát v rozsudku ze dne 4. 9. 2013, sp. zn. 31 Cdo 4616/2010, uvedl, že i když v této souvislosti není v zákoně poučovací povinnost zmíněna, je třeba s ohledem na zajištění spravedlivé ochrany práv a oprávněných zájmů účastníků a uplatnění principu právní jistoty, aby soud s ohledem na obecnou poučovací povinnost podle § 5 o. s. ř. postupoval shodně ve všech případech, v nichž nastává koncentrace řízení. Vzhledem k tomu se musí poučení o koncentraci řízení a o jejích účincích vždy dostat účastníkům jak předem v předvolání k přípravnému jednání či k jednání nebo k dalšímu jednání, neboť účastníkům je třeba dát s potřebným předstihem vědět o tom, dokdy mohou v řízení splnit svou povinnost tvrzení a důkazní povinnost, tak také při přípravném jednání, při jednání nebo při dalším jednání, jehož skončením koncentrace řízení nastane, neboť je v zájmu právní jistoty a dalšího předvídatelného postupu řízení nezbytné, aby účastníci vždy bez pochybností věděli o tom, že řízení bude zkoncentrováno a kdy k tomu dojde, a aby tomu mohli přizpůsobit svůj další postup v řízení.⁸¹⁵

V uvedeném rozhodnutí nadto velký senát Nejvyššího soudu přistoupil k interpretaci pojmu „první jednání“ ve smyslu § 118 b o. s. ř., který podle velkého senátu není možné chápat jen ve smyslu časovém, nýbrž i ve smyslu obsahovém. I když v občanském soudním řádu není stanoveno, jak má vypadat první jednání, po němž nastane koncentrace řízení, je nepochybné, že obsahem prvního jednání musí být takové úkony, které je soud povinen při jednání provést dříve, než přistoupí k dokazování o věci samé. Podstatné tak tu nemůže být jen to, že bylo skončeno či odročeno jednání, které soud nařídil jako první k projednání věci samé a které se také uskutečnilo, jestliže při něm nebyly provedeny soudem nebo účastníky všechny úkony, které by účastníkům reálně umožnily včas a řádně splnit povinnost tvrzení a důkazní povinnost.⁸¹⁶

⁸¹⁵ Ke stejnému závěru se již dříve přikláněla procesualistika. Srovnej např. HROMADA, Miroslav. *Poučovací povinnost v civilním procesu*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, xiii, 98 s. ISBN 978-80-7400-463-6. S. 58n.

⁸¹⁶ Rozsudek velkého senátu Občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 4. 4. 2013, sp. zn. 31 Cdo 4616/2010 (uveřejněný pod č. 98/2013 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek).

V uvedeném rozhodnutí velký senát Nejvyššího soudu dovedl poučovací povinnost při jednání o tom, že jeho skončením nastane koncentrace řízení, stejně jako je tomu během přípravného jednání podle § 114c o. s. ř. Nejvyšší soud tak přistoupil k dotvoření procesního práva prostřednictvím analogie. Budeme-li však na situaci nahlížet tak, že omezil uplatnění koncentrace řízení na případy, na něž by měla beze sporu dopadat, měli bychom spíše hovořit o teleologické redukci. K ní dovolací soud přistoupil i v souvislosti s pojmem „první jednání“, které pro účely § 118 b o. s. ř. Nejvyšší soud interpretoval nejen z hlediska časového, ale i z hlediska obsahového. Tímto postupem Nejvyšší soud výrazně omezil zákonnou koncentraci řízení, takže z ní *de facto* učinil koncentraci soudcovskou, kdy soudce může poskytnutím či neposkytnutím poučovací povinnosti rozhodnout o tom, zda koncentrace řízení nastane či nikoliv. Ze zákona sice soudce má povinnost poučit o koncentraci řízení, často se tomu tak neděje. Je smutné, že zákonodárce upravil koncentraci řízení natolik přísně, že soudci raději podle občanského soudního řádu striktně nepostupují a hledají spravedlnostní řešení. Tak tomu přistupuje i judikatura Nejvyššího soudu. Výsledek tak svědčí o špatné kondici českého civilního sporného řízení, především pak o nekvalitní právní úpravě.

6.2.6.3.4 *Dovolání proti rozhodnutí odvolacího soudu o neustanovení zástupce z řad advokátů*

K dotvoření procesního postupu přistoupil dále dovolací soud v souvislosti s dovoláním proti rozhodnutí odvolacího soudu, kterým došlo k potvrzení usnesení soudu prvního stupně o neustanovení zástupce pro dovolací řízení podle § 30 o. s. ř. Problém nastal poté, co došlo ke změně přípustnosti dovolání, neboť podle § 237 o. s. ř. je nově přípustné dovolání i proti nemeritorním rozhodnutím, kam se řadí právě i rozhodnutí o neustanovení zástupce pro dovolací řízení. Základní problém spočívá v tom, že podle § 241 o. s. ř. se v dovolacím řízení vyžaduje právní vzdělání či nezbytné zastoupení advokátem (tzv. advokátní přímus), což dovolatelé zpravidla nespĺňují. Jeví se přitom již na první pohled absurdní, aby bylo po takových dovolatelích vyžadováno nezbytné právní zastoupení.

První možné řešení nastínil Nejvyšší soud v usnesení ze dne 28. 4. 1997, sp. zn. 2 Cdon 609/97, v němž dovedl, že v případě, kdy je předmětem dovolacího přezkumu rozhodnutí, jímž nebylo vyhověno žádosti účastníka

o ustanovení zástupce podle § 30 o. s. ř., není možné striktně setrvávat na podmínce povinného zastoupení, neboť to by vedlo k vlastnímu popření cíle, jež účastník podáním žádosti sledoval a k popření vlastního smyslu dovolacího řízení. Dovolací soud tak přistoupil s ohledem na účel dovolacího řízení k teleologické redukci, kdy výjimečně prominul jinak povinné právní zastoupení pro dovolací řízení. Toto řešení se nabízelo i za nové právní úpravy a bylo v některých rozhodnutích Nejvyššího soudu i akceptováno.⁸¹⁷

Uvedený postup ovšem nebyl přijat jednomyslně. Nejvyšší soud v usnesení ze dne 23. 7. 2014, sen. zn. 29 NSČR 82/2014, totiž nastínil jiný možný postup, a sice že v řízení o dovolání proti usnesení odvolacího soudu, kterým ve spojení s rozhodnutím soudu prvního stupně nevyhověl žádosti o ustanovení zástupce, si sám dovolací soud posoudí, zda jsou u dovolatele naplněny podmínky pro ustanovení zástupce proto toto dovolací řízení. Pokud tomu tak je, dovolací soud má dovolateli zástupce sám ustanovit, pokud tomu tak ovšem není, má dovolací soud po předchozí výzvě dovolatele, aby si sám zvolil advokáta, dovolací řízení zastavit. Uvedený právní názor zdůvodnil Nejvyšší soud tím, že pokud by otázku znovu hodnotil soud prvního stupně, postup by nesmyslně vedl k neukončenému řetězci rozhodnutí o (ne)ustanovení zástupce pro dovolací řízení, jež by ústila jen v potřebu rozhodovat o dalších žádostech o ustanovení zástupce. I zde tedy dovolací soud přikročil k dotvoření procesního práva, když zkonstruoval zvláštní postup pro rozhodování dovolání proti rozhodnutí o (ne)ustanovení zástupce podle § 30 o. s. ř.

Velký senát občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu v usnesení ze dne 8. 4. 2015, sen. zn. 31 NSČR 9/2015, uvedl, že právní názor vyjádřený v usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 2 Cdon 609/97 je v dovolacím řízení vedeném podle o. s. ř. ve znění od 1. 1. 2013 nepoužitelný, neboť nová právní úprava dovolání klade na dovolatele zvláštní nároky při vymezení přípustnosti dovolání, čehož však sám dovolatel zpravidla nebude schopen a jeho dovolání tak bude odmítnuto. Tím by byl nedostatek povinného právního zastoupení přičten dovolateli k tíži. Jelikož není

⁸¹⁷ Srovnej např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 5. 2014, sp. zn. 22 Cdo 1377/2014, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 3. 2014, sp. zn. 29 Cdo 662/2014, nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 9. 2014, sp. zn. 30 Cdo 3857/2014.

možné postupovat podle první varianty a jelikož absentuje právní úprava, která by smysluplně nabízela řešení problému cyklicky se opakujících dovolání v téže věci proti usnesením odvolacího soudu ve věci žádosti účastníka o ustanovení zástupce z řad advokátů pro dovolací řízení, se velký senát přiklonil k druhé variantě. Velký senát tak „posvětil“ dotvoření procesního postupu dovolacího soudu za účelem zajištění smysluplnosti právní úpravy. K dotvoření procesního postupu přistoupil dále dovolací soud v souvislosti s dovoláním proti rozhodnutí odvolacího soudu, kterým došlo k potvrzení usnesení soudu prvního stupně o neustanovení zástupce pro dovolací řízení podle § 30 o. s. ř. Problém nastal poté, co došlo ke změně přípustnosti dovolání, neboť podle § 237 o. s. ř. je nově přípustné dovolání i proti nemeritorním rozhodnutím, kam se řadí právě i rozhodnutí o neustanovení zástupce pro dovolací řízení. Základní problém spočívá v tom, že podle § 241 o. s. ř. se v dovolacím řízení vyžaduje právní vzdělání či nezbytné zastoupení advokátem (tzv. advokátní přímus), což dovolatelé zpravidla nesplňují. Jeví se přitom již na první pohled absurdní, aby bylo po takových dovolatelích vyžadováno nezbytné právní zastoupení.

První možné řešení nastínil Nejvyšší soud v usnesení ze dne 28. 4. 1997, sp. zn. 2 Cdo 609/97, v němž dovodil, že v případě, kdy je předmětem dovolacího přezkumu rozhodnutí, jímž nebylo vyhověno žádosti účastníka o ustanovení zástupce podle § 30 o. s. ř., není možné striktně setrvávat na podmínce povinného zastoupení, neboť to by vedlo k vlastnímu popření cíle, jenž účastník podáním žádosti sledoval a k popření vlastního smyslu dovolacího řízení. Dovolací soud tak přistoupil s ohledem na účel dovolacího řízení k teleologické redukci, kdy výjimečně prominul jinak povinné právní zastoupení pro dovolací řízení. Toto řešení se nabízelo i za nové právní úpravy a bylo v některých rozhodnutích Nejvyššího soudu i akceptováno.⁸¹⁸

Uvedený postup ovšem nebyl přijat jednomyslně. Nejvyšší soud v usnesení ze dne 23. 7. 2014, sen. zn. 29 NSČR 82/2014, totiž nastínil jiný možný postup, a sice že v řízení o dovolání proti usnesení odvolacího soudu, kterým ve spojení s rozhodnutím soudu prvního stupně nevyhověl žádosti o ustanovení zástupce, si sám dovolací soud posoudí, zda jsou u dovolatele

⁸¹⁸ Srovnej např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 5. 2014, sp. zn. 22 Cdo 1377/2014, usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 3. 2014, sp. zn. 29 Cdo 662/2014, nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 9. 2014, sp. zn. 30 Cdo 3857/2014.

naplněny podmínky pro ustanovení zástupce proto toto dovolací řízení. Pokud tomu tak je, dovolací soud má dovolateli zástupce sám ustanovit, pokud tomu tak ovšem není, má dovolací soud po předchozí výzvě dovolatele, aby si sám zvolil advokáta, dovolací řízení zastavit. Uvedený právní názor zdůvodnil Nejvyšší soud tím, že pokud by otázku znovu hodnotil soud prvního stupně, postup by nesmyslně vedl k neukončenému řetězci rozhodnutí o (ne)ustanovení zástupce pro dovolací řízení, jež by ústila jen v potřebu rozhodovat o dalších žádostech o ustanovení zástupce. I zde tedy dovolací soud přikročil k dotvoření procesního práva, když zkonstruoval zvláštní postup pro rozhodování dovolání proti rozhodnutí o (ne)ustanovení zástupce podle § 30 o. s. ř.

Velký senát občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu v usnesení ze dne 8. 4. 2015, sen. zn. 31 NSČR 9/2015, uvedl, že právní názor vyjádřený v usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 2 Cdon 609/97 je v dovolacím řízení vedeném podle o. s. ř. ve znění od 1. 1. 2013 nepoužitelný, neboť nová právní úprava dovolání klade na dovolatele zvláštní nároky při vymezení přípustnosti dovolání, čehož však sám dovolatel zpravidla nebude schopen a jeho dovolání tak bude odmítnuto. Tím by byl nedostatek povinného právního zastoupení přičten dovolateli k tíži. Jelikož není možné postupovat podle první varianty a jelikož absentuje právní úprava, která by smysluplně nabízela řešení problému cyklicky se opakujících dovolání v téže věci proti usnesením odvolacího soudu ve věci žádosti účastníka o ustanovení zástupce z řad advokátů pro dovolací řízení, se velký senát přiklonil k druhé variantě. Velký senát tak „posvětil“ dotvoření procesního postupu dovolacího soudu za účelem zajištění smysluplnosti právní úpravy.⁸¹⁹

6.2.6.3.5 *Dovolání proti rozhodnutí odvolacího soudu o nepřiznání osvobození od soudních poplatků*

Nejvyšší soud přistoupil k dotvoření procesního práva i v případě dovolání proti rozhodnutí odvolacího soudu, kterým nebyl žalobce z části či zcela

⁸¹⁹ Pro úplnost je vhodné dodat, že druhá varianta řešení nebyla zprvopočátku Občanskoprávním a obchodním kolegiem Nejvyššího soudu jednomyslně přijata, když nebylo v usnesení ze dne 23. 7. 2014, sen. zn. 29 NSČR 82/2014, schváleno k publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek. Usnesení velkého senátu občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 8. 4. 2015, sen. zn. 31 NSČR 9/2015, však již k publikaci ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek schváleno bylo pod č. R 78/2015.

osvobozen od soudních poplatků. I proti těmto usnesením je dovolání od 1. ledna 2013 přípustné, když se jedná o dovolání proti rozhodnutí procesní povahy. Podle gramatického výkladu položky 23 odst. 2 Sazebníku poplatků, který je přílohou zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, přitom veškerá rozhodnutí procesní povahy mají podléhat poplatkové povinnosti za podané dovolání ve výši 2000 Kč. Nejvyšší soud nicméně v usnesení ze dne 16. 4. 2014, sp. zn. 29 Cdo 1031/2014 (uveřejněném pod č. 73/2014 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek), dovodil, že povahou napadeného rozhodnutí je dáno, že jeho dovolací přezkum, jenž má na základě podaného dovolání vyšetřit, zda účastník má být osvobozen od placení soudních poplatků v jiném (širším) rozsahu, než v tom, jenž mu prostřednictvím dovoláním napadeného rozhodnutí přiznal odvolací soud, nemůže být podmínován platbou soudního poplatku z dovolání. Takový postup by totiž ve svém důsledku vedl k popření podstaty práva, jehož přiznání se účastník domáhá (fakticky by tím byl zbaven reálné možnosti dovolacího přezkumu rozhodnutí, jímž mu bylo upřeno právo na přiznání osvobození od soudních poplatků).

6.2.7 Závěrem

Jednotlivé příklady ze soudní praxe, v nichž došlo k dotvoření procesního práva, potvrzují názory procesualistiky a právní teorie, že dotváření procesního práva je přípustné, i když za přísnějších podmínek než je tomu v soukromém právu. Důvod je zřejmý, a to vyšší důraz na právní jistotu. Pozornost procesualistiky a obecné právní teorie by se tak do budoucna neměla zaměřovat na otázku, zda je dotváření procesního práva přípustné, nýbrž spíše na otázku, za jakých okolností má procesualistika k dotvoření přistoupit. Tím by právní teorie měla poskytnout rozhodovací praxi dostatečné teoretické zázemí pro dotváření procesního práva.

6.3 Dotváření práva na rovné zacházení Soudním dvorem Evropské unie

Právo na rovné zacházení je nerozlučně spjato s neurčitými pojmy. Již samotný pojem rovnosti je kategorií, která úspěšně odolává jakémukoliv komplexnímu popisu. Normativní vymezení se pak jeví jako téměř nemožné.

Základní dilema spočívá v otázce, zdali by měla být rovnost chápána ve formálním, nebo materiálním smyslu.⁸²⁰ Tradičním a stále provokativním příkladem tohoto dilema je podpora studia na vysoké škole. Měl by každý student dostat stejnou peněžní částku, anebo by měla být tato částka diferencována podle možností studenta pokrýt náklady z vlastních zdrojů? Na tomto příkladu lze demonstrovat úskalí, se kterými se musí nejen zákonodárce, ale především pak soudce ve své činnosti vypořádat. V prvním případě může být podpora neefektivní⁸²¹, protože nemusí být dostatečná, aby sociálně slabším studentům umožnila studium. V takovém případě by se jednalo spíše o zlepšení movitým studentům. Ve druhém případě se naopak movitější studenti mohou cítit ukřivděni, protože budou pobírat velmi nízkou podporu až žádnou. Naproti tomu sociálně slabší studenti budou pobírat relativně vysokou podporu. Dojde však k naplnění cíle podpory, tedy umožnění studia nadaným studentům, kteří by nemohli studovat pouze z důvodu finanční náročnosti studia. Toto dilema lze navíc řešit i z jiného pohledu, a to zda by stát měl prosazovat rovnost svým aktivním jednáním, anebo zda by měl zachovávat přirozenou (ne)rovnost, tj. nijak nezasahovat (nezvýhodňovat nikoho) a ponechat věci tak jak jsou. Tyto dvě otázky tvoří základní a pravděpodobně univerzálně neřešitelné okruhy problémů spjaté s hodnotou rovnosti, která je imanentně spjata s moderními demokratickými právními státy. Nastíněnými otázkami se sice v první řadě zabývá zákonodárce, na kterém leží také břemeno politického rozhodnutí a je nepochybné, že často se bude jednat spíše o politické rozhodnutí, nežli právní problém, se kterým by se měla vyrovnávat právní praxe, či přímo soudy. Zároveň tyto otázky nezbytně pronikají do právního řádu, a proto je nutné překonat vnesenou nejasnost a neurčitost interpretací.

⁸²⁰ Rovností ve formálním smyslu chápeme rovné zacházení bez ohledu na výsledek. Příkladem takové rovnosti je stanovení stejných peněžitých trestů za delikttní jednání bez ohledu na majetkové poměry delikventa. Takový trest má však různé účinky právě vzhledem k majetkovým poměrům potrestané osoby. Rovností v materiálním smyslu naopak rozumíme rovnost výsledků jednání. Pokud by byla takto pojmána repese za delikttní jednání, byl by peněžitý trest stanoven s přihlédnutím k majetkovým poměrům delikventa tak, aby měl stejný dopad na všechny delikventy bez ohledu na jejich majetek. Blíže k problematice individualizace trestu dle osobních poměrů delikventa například MONTAG, Josef; SOBEK, Tomáš. Should Paris Hilton Receive a Lighter Prison Sentence Because She's Rich? An Experimental Study. *Kentucky Law Journal*, 2014, 103, s. 95-125. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329379###

⁸²¹ Podporou v této souvislosti uvažujeme jako nejširší okruh opatření, jak peněžních tak nepeněžních, přímých i nepřímých, směřujících k odstranění nákladových překážek.

Než přistoupíme k jádru výkladu, považujeme za vhodné alespoň ve stručnosti zmínit interpretační východiska stanovená pozitivním právem. Ústavněprávní východisko práva na rovné zacházení představuje ustanovení čl. 1 Listiny základních práv a svobod, které uvádí: „*Lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech.*“ Hodnotově tak navazuje na preambuli Ústavy, která uvádí: „*rozvíjet Českou republiku v duchu nedotknutelných hodnot lidské důstojnosti a svobody jako vlast rovnoprávných, svobodných občanů*“. Rovnost a právo na rovné zacházení tak náleží k základním hodnotám českého právního řádu, a jako takové jím prostupují a nachází své pandány v rozličných zákonech.⁸²² K rovnosti je proto nezbytné přihlížet alespoň jako k interpretačnímu korektivu i v těch případech, kdy není interpretováno přímo právo na rovné zacházení.⁸²³ Obvykle se však jedná o samostatné právo, které vystupuje v různorodých vztazích, neboť rovnost je vztahovou vlastností, která je přítomna v každém, nejen právním, vztahu. Jinými slovy, každý poměr alespoň dvou subjektů je možné nahlížet pohledem vyrovnanosti jejich vzájemného vztahu, tzn., zda panuje mezi subjekty rovnost anebo nerovnost.⁸²⁴

Kromě všeobecné deklarace rovnosti v důstojnosti a právech, Listina blíže upravuje také zákaz diskriminace, jakožto nedílnou součást práva na rovné zacházení. Tento zákaz obsažený v ustanovení čl. 3 odst. 1 Listiny⁸²⁵ je pak

⁸²² Kromě antidiskriminační legislativy (od obecné úpravy v antidiskriminačním zákoně přes zásadu rovnosti v zákoníku práce až po zákaz diskriminace v zákoně o ochraně spotřebitele) se jedná o rovné postavení subjektů v civilním právu, nebo rovné zacházení státních orgánů s adresáty svého působení ve veřejném právu.

⁸²³ Roli interpretačního korektivu sehrává již samotná Preambule Ústavy (viz KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 128.).

⁸²⁴ Rovnost v právu je však vždy kategorií relativní, tedy vztahující se pouze k omezenému rámci srovnávaných vlastností. Dokonalé matematické rovnosti není možné vzhledem k rozmanitosti lidí a subjektů práva, jakož i mezi nimi vznikajícími vztahy a jejich předměty, nikdy dosáhnout, neboť vždy bude existovat alespoň jeden aspekt, či pohled, ze kterého se bude zkoumaný vztah jevit jako nerovný, nebo naopak jako rovný. Dalším zásadním problémem při aplikaci rovnosti v právu je proto zvolení vhodného referenčního rámce, tj. vlastností, které budou pro účely srovnávání považovány za podstatné. Tato problematika však přesahuje rámec tématu této kapitoly, a proto se jí blíže nevěnujeme. Východiskem pro zvědavého čtenáře budiž postulát „*Srovnatelné jsou prvky určité množiny, v jejichž případě dojdeme ke závěru, že společné prvky převládají nad odlišnými.*“ BOBEK, Michal. Rovnost jako právní problém. In: BOBEK, Michal, BOUČKOVÁ, Pavla, KÜHN, Zdeněk (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 12. Toto východisko však neřeší otázku, zda srovnatelné prvky mají převládat v kvantitativním, nebo kvalitativním smyslu.

⁸²⁵ WAGNEROVÁ, Eliška et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 102.

dále reflektován celou řadou zákonů, přičemž obecným předpisem v této oblasti je antidiskriminační zákon.⁸²⁶ V rámci antidiskriminační legislativy pak praxe naráží na celou řadu neurčitých pojmů, které je třeba vyložit.⁸²⁷

Soudcovské dotváření práva na rovné zacházení se tak realizuje ve dvou rovinách. Prvou, obecnější, představuje posuzování zákonů Ústavním soudem z pohledu rovnosti. Rovnost jako jedna z ústředních hodnot moderního demokratického právního státu byla nejednou reflektována v judikatuře Ústavního soudu; který se musel vypořádat s teoretickými koncepty a začasté též hodnotovými přístupy k problematice rovnosti.⁸²⁸ Tím vnesl do právního řádu základní kontury pojmu rovnosti a napříště vymezil pole pro zákonodárce, ve kterém by se měl pohybovat při rozdělování dober a ukládání břemen.⁸²⁹

Východiskem interpretace práva na rovné zacházení je ochrana lidské důstojnosti každého člověka a tudíž i požadavek zacházení jako s rovným,

⁸²⁶ Zákon č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů. Lze však zmínit další zákony jako například zákoník práce, zákon o ochraně spotřebitele nebo školský zákon. Rovnost je také nutnou součástí veškerých procesních vztahů, kdy stát uplatňuje svou autoritu vůči jednotlivci, anebo když jednatelce prostřednictvím orgánů státu uplatňuje svá práva. Jedná se o procesní rovnost, která je deklarována čl. 36 odst. 1 Listiny a dále konkretizována jednotlivými procesními předpisy.

⁸²⁷ Zákaz diskriminace byl v českém právním řádu podrobněji rozpracován až v důsledku předpisů Evropské unie, tzv. antidiskriminačních směrnic. Jedná se například o pojmy zdravotní postižení, méně příznivé zacházení nebo přiměřená opatření.

⁸²⁸ Jedná se zejména o vyloučení libovůle zákonodárce v nálezech Pl. ÚS 36/01 a Pl. ÚS 29/08. V případě, že zákonodárce poruší princip rovného zacházení, tedy uloží jedné skupině více břemen, anebo naopak poskytne více dober, aniž by pro to existovaly legitimní důvody, Ústavní soud takové opatření jako svévolné zruší. Dále jde o rozlišení formální a materiální rovnosti spolu s vymezením případů jejich aplikace v nálezů Pl. ÚS 42/03. V neposlední řadě se Ústavní soud zabýval řešením dilematu, zda rovnost pojímat jako rovnost příležitostí anebo výsledků. Ústavní soud se přiklonil k rovnosti příležitostí – nálezy Pl. ÚS 36/93 a Pl. ÚS 11/02.

⁸²⁹ Vzhledem k rozsahu této materie a vytčenému cíli, tj. podat obraz o tom, jak je v praxi dotvářeno právo na rovné zacházení, se touto tematikou dále nezabýváme. Zvídavému čtenáři však můžeme doporučit příslušné pasáže komentáře k Listině základních práv a svobod (WAGNEROVÁ, Eliška et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012), zejména výklad k čl. 1 a 3 Listiny a tam komentované nálezy Ústavního soudu.

tj. věnování stejné pozornosti všem osobám.⁸³⁰ Ne vždy však musí dojít k naplnění druhého požadavku, který Dworkin ve svém díle traktuje, a to práva na rovný díl statků.⁸³¹ Z těchto důvodů budeme rozebíraná rozhodnutí poměřovat hlediskem zachování důstojnosti a míry věnované pozornosti dané skupině osob.

Druhou rovinnou, v níž činnost soudů doplňuje vůli zákonodárce a pomáhá utvářet právo, je výklad konkrétních neurčitých pojmů užitých v antidiskriminační legislativě. Výklad těchto pojmů je nezbytný pro aplikaci zákazu diskriminace, avšak jejich výkladem může docházet k rozšiřování či zužování okruhu situací, na něž se vztahuje zákaz diskriminace. Vzhledem k tomu, že antidiskriminační zákon byl přijat v důsledku unijních antidiskriminačních směrnic, je nezbytné jej vykládat eurokonformně, tj. v souladu s těmito směrnici a relevantní judikaturou Soudního dvora Evropské unie.⁸³² V této kapitole se proto budeme věnovat konkrétním případům, kdy Soudní dvůr svou činností dotvářel právo na rovné zacházení, respektive svým výkladem doplnil text normy, čímž pozměnil do té doby uznávaný rozsah zákazu diskriminace.⁸³³

6.3.1 Pojetí pohlaví v judikatuře Soudního dvora EU

Na první pohled se může zdát poměrně zřejmé, k čemu směřuje zákaz diskriminace z důvodu „pohlaví“, obzvláště když rovnost mezi muži a ženami patří k tradičním oblastem antidiskriminační legislativy. Rozhodovací činnost Soudního dvora však ukázala že i takové pojmy, které se jeví jako zřejmé mohou sehrát klíčovou roli v rozsahu zákazu diskriminace a pojmání

⁸³⁰ Srov. „*právo na to, aby se s občanem zacházelo jako s rovným (right to treatment as an equal). Je to právo... na rovnou pozornost a úctu při... rozhodování o tom, jak se tyto statky a příležitosti mají distribuovat.*“ DWORKIN, Ronald Myles. *Když se práva berou vážně*. 1. vydání, Praha: OIKOYMENH, 2001, s. 337. ISBN 80-7298-022-X.

⁸³¹ Viz DWORKIN, op. cit., s. 337: „*Prvním je právo na rovné zacházení (right to equal treatment), tedy právo na rovný díl statků nebo příležitostí, jaký má každý jiný nebo jaký se poskytuje každému jinému.*“

⁸³² K problematice eurokonformního výkladu blíže WHELANOVÁ, Markéta. *Účinky unijního práva ve světle judikatury Soudního dvora*. Správní právo, 2011, č. 3. s. 74-89. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/ucinky-unijnihoprava-ve-svetle-judikatury-soudniho-dvora.aspx>

⁸³³ Na tomto místě si dovolíme přičinit poznámku, že níže podaný výklad si nečiní ambice být vyčerpávajícím popisem rozhodnutí zmíněných soudů, ve kterých došlo k dotvoření práva na rovné zacházení. Jedná se pouze o výběr rozhodnutí, která z pohledu autora představují nejvýraznější aktivitu ze strany soudů v této oblasti.

ochrany lidské důstojnosti. V následující části se proto zaměříme na rozhodnutí Soudního dvora, ve kterých se zabýval otázkou, zda unijní právo zakazuje, aby bylo zacházeno méně příznivě s transsexuály z důvodu změny pohlaví.

C-13/94 P. v S. (30. dubna 1996)

První případ týkající se nerovného zacházení z důvodu změny pohlaví se odehrál ve Velké Británii, jejíž netolerantní úprava, respektive absence jakékoliv právní úpravy změny pohlaví, byla opakovaně předmětem soudního řízení. Paní P. se narodila jako muž a pracovala jako manažerka místního vzdělávacího zařízení v Cornwallu. Asi rok poté co nastoupila do zaměstnání, oznámila svému nadřízenému, řediteli zařízení, že zamýšlí podstoupit operativní změnu pohlaví. Předtím, než paní P. mohla podstoupit samotnou operaci, musela prokázat, že je skutečně ženou. Krátce po oznámení zamýšlené změny pohlaví započal její „life test“, tj. období po které se paní P. chovala a oblékala jako žena a v jehož rámci podstoupila také několik drobnějších operací ke změně vzhledu. V závěru tohoto testu, tedy ještě před chirurgickou změnou pohlaví dal zaměstnavatel paní P. výpověď pro nabytečnost, přičemž výpovědní lhůta uplynula až poté, co paní P. prodělala změnu pohlaví.

Předkládající soud se proto Soudního dvora dotázal, zda pod ochranu rovnosti pohlaví spadá též změna pohlaví a tudíž je možné v tomto případě aplikovat ustanovení směrnice o rovnosti mužů a žen v zaměstnání.⁸³⁴ Soudní dvůr se inspiroval rozsudkem Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) ve věci Rees v. UK⁸³⁵ a konstatoval, že transsexualita je duševní neshoda s fyzickým pohlavím, která vede ke snaze dosáhnout sjednocení pohlavní identity. Právo na rovné zacházení bez ohledu na pohlaví je jedním ze základních lidských práv chráněných unijním právem.⁸³⁶ Jednu z jeho konkretizací představuje též směrnice o rovných příležitostech pro muže a ženy v oblasti zaměstnání.⁸³⁷ Soudní dvůr tak dospěl k závěru, že se směr-

⁸³⁴ Dřívější směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky byla nahrazena již zmíněnou směrnicí 2006/54/ES.

⁸³⁵ Rozsudek ESLP ze dne 17. října 1986, Rees proti Spojenému království, č. s. 9532/81.

⁸³⁶ Viz bod 26 a 27 rozsudku Soudního dvora ze dne 15. června 1978, C-149/77, Defrenne.

⁸³⁷ Dřívější 76/207/EHS i současná 2006/54/ES.

nice nevztahuje pouze na nerovné zacházení z důvodu příslušnosti k jednomu z pohlaví, ale též z důvodu souvisejících se změnou pohlaví. Opačný výklad by podle Soudního dvora byl v rozporu s účelem směrnice a povahou chráněného práva, tj. základního lidského práva nebýt diskriminován z důvodu pohlaví.

Osobou nacházející se ve srovnatelném postavení jsou v tomto případě muži, kteří nepodstoupili změnu pohlaví. Oproti těmto lidem byla paní P. znevýhodněna právě z důvodu duševní pohlavní identifikace, neboť byla propuštěna z důvodu změny pohlaví. Soudní dvůr doslova uvádí, že tolerance takového jednání by byla jeho selháním v povinnosti chránit důstojnost a svobodu každého člověka. Propuštění zaměstnance z důvodu změny pohlaví je proto v rozporu se zákazem diskriminace z důvodu pohlaví.

Soudní dvůr ve věci P. v S. poprvé vztáhl ochranu rovného zacházení z důvodu pohlaví nejen na samotnou příslušnost k některému z pohlaví, ale též na jeho změnu. Tímto rozhodnutím došlo k rozšíření do té doby obecně přijímanému okruhu situací, na něž dopadá deklarovaný zákaz diskriminace. Rozhodnutí ve věci P. v S. je také prvním rozhodnutím Soudního dvora, ve kterém de facto posuzoval zachování důstojnosti transsexuálů, neboť odepření ochrany těmto osobám by znamenalo odepření pozornosti jejich společenskému znevýhodnění spojenému s rozšířenými předsudky.⁸³⁸ Z tohoto pohledu považujeme rozebírané rozhodnutí za legitimní, neboť vykládá zákaz diskriminace v duchu jeho účelu, tj. ochrany důstojnosti všech osob. Rozhodnutí se stalo klíčovým východiskem pro ochranu transsexuálů v rámci unijního práva. Vzhledem k přednostní aplikaci unijního práva a povinnosti eurokonformního výkladu také významně pomohlo k šíření myšlenky rovného zacházení s transsexuálními osobami napříč státy Unie.

C-117/01 K. B. (7. ledna 2004)

Případ K.B. se týká pozůstalostních dávek pro životního partnera. Paní K.B. pracovala pro National Health Service (veřejná zdravotní služba

⁸³⁸ K postavení transsexuálů ve společnosti viz výzkum Evropské agentury pro lidská práva (FRA) *Being Trans in the EU - Comparative analysis of the EU LGBT survey data* [online] FRA, 2014 [cit. 31. 10. 2015] Dostupné z: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/being-trans-eu-comparative-analysis-eu-lgbt-survey-data>

financovánastátem; dále jen „NHS“) jako zdravotní sestra. NHS poskytuje svým zaměstnancům mimořádné důchodové pojištění, ze kterého je mimo jiné vyplácen pozůstalému manželovi vdovský důchod.

Paní K.B. dlouhodobě žila s panem R., který se ale narodil jako žena, a proto byl i správními orgány registrován jako žena. Poté co prodělal chirurgickou změnu pohlaví chtěli paní K.B. a pan R. uzavřít manželství. To jim ale nebylo umožněno, neboť pan R. nemohl dosáhnout změny rodného listu a tedy ani administrativní změny pohlaví. Z pohledu správních orgánů zůstal pan R. ženou. Za této situace se paní K.B. obrátila na pojišťovnu s dotazem, zda bude mít pan R. po její smrti nárok na vdovský důchod, když spolu dlouhodobě žijí a manželství nemohou uzavřít. Pojišťovna na její dotaz odpověděla záporně, protože nárok na vdovský důchod posuzovala výhradně formálně, tzn. zkoumala pouze existenci manželství a nikoliv skutečnou formu soužití a existenci objektivních překážek uzavření manželství.

Soudní dvůr nejprve konstatoval, s odkazem na svou předchozí judikaturu,⁸³⁹ že pozůstalostní dávka pro partnera zaměstnance je odměnou ve smyslu ustanovení čl. 141 SFEU, neboť se jedná o finanční plnění vyplácené zaměstnavatelem v souvislosti s vykonávaným zaměstnáním. Proto je na případ nutné nahlížet též z pohledu zásady stejné odměny za rovnocennou práci pro muže a ženy a zákazu diskriminace z důvodu pohlaví v pracovněprávních věcech.⁸⁴⁰

Soudní dvůr dále uvedl, že je pouze na úvaze členských států, zda poskytování některé ze sociálních dávek omezí pouze na manžele. Navíc samotná podmínka manželství není sama o sobě diskriminující z důvodu pohlaví, neboť pro přiznání pozůstalostní dávky je zcela irelevantní, zda je osobou obmyšlenou muž, nebo žena. Soudní dvůr tak dospěl k závěru, že omezení, které poskytuje výhodu manželům, nepředstavuje diskriminaci z důvodu pohlaví.

⁸³⁹ Viz bod 25 a 26 rozsudku Soudního dvora ze dne 7. ledna 2004, C-117/01, K.B.

⁸⁴⁰ V době rozhodování se jednalo o směrnici Rady 75/117/EHS o sblížení právních předpisů členských států týkajících se uplatňování zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy. Dnes jde o směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES, o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání.

Nerovné zacházení v tomto případě nespočívá v nepřiznání pozůstalostní dávky, ale v možnosti splnit požadované podmínky, tj. uzavřít manželství. Osobou ve srovnatelném postavení tak není pozůstalý manžel, ale nesezdaná dvojice, respektive spolužijící partner zaměstnance NHS.

Při posuzování souladu dotčené vnitrostátní legislativy s ustanovením čl. 157 SFEU⁸⁴¹ vycházel Soudní dvůr z judikatury ESLP, konkrétně případu Goodwin.⁸⁴² Právní úprava, která neumožňuje člověku podstoupivšímu změnu pohlaví uzavřít manželství s osobou, se kterou dlouhodobě žije, je podle ESLP v rozporu s ustanovením čl. 12 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (právo uzavřít manželství).⁸⁴³ Soudní dvůr pak na tyto závěry navázal, když dospěl k závěru, že legislativa, která je v rozporu s Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod a tím zároveň znemožňuje požívat některým osobám část odměny za práci (pozůstalostní dávku), je v rozporu také s ustanovením čl. 157 SFEU.⁸⁴⁴ Znevýhodnění osob, které změnilo pohlaví, respektive párů, z nichž jedna osoba změnila pohlaví, tak nespočívá v neposkytnutí stejných výhod jako manželům, ale ve znemožnění přístupu ke chráněnému právu na rovné odměňování bez ohledu na pohlaví.

Rozhodnutí ve věci K. B. posunulo vnímání ochrany před nerovným zacházením z důvodu změny pohlaví. Oproti předešlému případu P. v S. totiž nebylo znevýhodnění trans osoby navázáno přímo na změnu pohlaví, ale neutrální opatření dopadalo nepřiznivě právě na trans osoby. Zákaz diskriminace z důvodu změny pohlaví se tak vztahuje také na diskriminaci v nepřímé formě. Tím případ K. B. dále rozšířil dosah práva na rovné zacházení bez ohledu na pohlaví, respektive jeho změnu. Byť toto rozšíření nepředstavuje tak výrazný posun, jako předchozí, je třeba se stále zamýšlet nad legitimitou přijatého výkladu a postupu Soudního dvora. Toto rozhodnutí zejména konstatuje, že je zakázána jak přímá, tak nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví. Takový závěr je s ohledem na rozsah zákazu diskriminace ve smyslu dotčené směrnice zcela předvídatelným vyústěním požadavku konzistentnosti

⁸⁴¹ Právo na stejnou odměnu mužů a žen za srovnatelnou práci.

⁸⁴² Rozsudek ESLP ve věci Goodwin proti Spojenému království ze dne 11. července 2002, č. s. 28957/95.

⁸⁴³ Publikována pod č. 209/1992 Sb.

⁸⁴⁴ Zásada stejné odměny za srovnatelnou práci mužů a žen.

právní úpravy. Opačný výklad by totiž vedl k obtížně zdůvodnitelné různé míře ochrany spočívající v tom, že zákaz diskriminace z důvodu pohlaví by se v některých případech vztahoval jak na přímou tak nepřímou formu diskriminace, zatímco v jiných pouze na diskriminaci v přímé formě. Takový závěr by ovšem byl poněkud absurdní.

C-423/04 Richards (27. dubna 2006)

Případ Richards se týká podmínek výplaty starobního důchodu a administrativního neuznání změny pohlaví. Paní Richards podstoupila chirurgickou změnu pohlaví, avšak britské úřady jí odmítly vydat nový rodný list, ve kterém by bylo uvedeno ženské pohlaví. Z pohledu správního práva tak paní Richards zůstala mužem. Tato disproporce se projevila ve chvíli, kdy paní Richards požádala o přiznání starobního důchodu podle pravidel pro ženy, přičemž jednou z podmínek je dosažení věku 60 let. Mužům přitom právo na starobní důchod vznikalo až po dosažení věku 65 let. Z těchto důvodů byla její žádost o přiznání starobního důchodu zamítnuta jako předčasná, neboť dosáhla pouze 60 let věku.

Soudní dvůr potvrdil závěry předchozích případů a konstatoval, že členské státy mohou stanovit podmínky uznání změny pohlaví podle vlastního uvážení. Dále interpretoval závěry případu P. v S. ve světle rozhodnutí ve věci K. B., když uvedl, že zákaz diskriminace z důvodu pohlaví se vztahuje také na nepříznivé zacházení související se změnou pohlaví. Unijní právo totiž zapovídá nejen přímé znevýhodnění z důvodu změny pohlaví (P. v S.), ale též nepřímé (sekundární) znevýhodnění vyplývající ze změny pohlaví (K. B.).

Spojené království tvrdilo, že paní Richards nebyla oproti mužům, kteří nepodstoupili změnu pohlaví, nikterak znevýhodněna. Tuto obranu Soudní dvůr odmítl s tím, že osobou ve srovnatelném postavení nejsou muži, ale ženy, které nezměnily pohlaví.

Paní Richards kvůli administrativnímu neuznání změny pohlaví, nemohla požívat stejné sociální výhody, respektive se na ní nevztahovaly stejné podmínky, jako na ženy, které své pohlaví nezískaly chirurgickou operací. Paní Richards tak byla znevýhodněna z důvodu změny pohlaví. Přitom ustanovení čl. 4 odst. 1 směrnice Rady 79/7/EHS o postupném zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti sociálního zabezpečení

vyklučuje jakoukoliv diskriminaci z důvodu pohlaví. Soudní dvůr proto dospěl k závěru, obdobně jako ve věci K. B., že vnitrostátní předpisy, které neumožňují osobám, které změnilly pohlaví, splnit nezbytné podmínky pro požívání chráněného práva,⁸⁴⁵ jsou neslučitelné s unijním právem.

Judikatura Soudního dvora ve věcech ochrany práv transsexuálů tak reflektuje nejen potřebu odstranění znevýhodnění z důvodu změny pohlaví, ale též skutečnost, že transsexuálové nebývají znevýhodnění pouze explicitně z důvodu změny pohlaví, jako v případě P. v S. Zdaleka nejrozšířenějším a nejpalcivějším nedostatkem, respektive znevýhodněním, jednotlivých právních řádů je problematika uznání změny pohlaví. Přestože ubývá států, které by existenci trans lidí ignorovali, tj. neumožňovali změnit evidované pohlaví, většina států, včetně České republiky, tuto změnu podmiňuje chirurgickou změnou pohlaví.⁸⁴⁶ Ke znevýhodnění trans lidí oproti cis lidem tak dochází nejen přímou či nepřímou praktikou soukromé osoby, ale také prostřednictvím legislativy státu, která začasto nepočítá se všemi důsledky faktické změny pohlaví, anebo změnu pohlaví jinak ztěžuje, případně vůbec neumožňuje. Soudní dvůr se proto v tomto rozhodnutí musel vypořádat se dvěma otázkami, a to zda jsou státy povinny umožnit změnu pohlaví za určitých podmínek, a pokud ji umožní, zda musí trans osoby zrovnoprávnit s cis lidmi. Soudní dvůr svým výkladem uložil členským státům, aby v případě, že umožňují změnu pohlaví, zacházely se svými občany stejně. Jeho aktivismus však zůstal v mezích výkladu směrnice a působnosti unijního práva, když otázku podmínek změny pohlaví ponechal na členských státech. Je však otázkou, jak bude tato otázka řešena v budoucnosti s ohledem na narůstající počet států, které opouští požadavek sterilizace s odkazem na inkompatibilitu s ochranou osobnosti a tělesné integrity člověka. Soudní dvůr dal v tomto případě přednost autonomii národního zákonodárce před ochranou důstojnosti trans lidí.

⁸⁴⁵ Zde se jedná o právo na rovné zacházení bez ohledu na pohlaví.

⁸⁴⁶ Srov. *Trans Right Europe Index* [online] Transgender Europe, 2015 [cit. 31. 10. 2015] Dostupné z: <http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/05/trans-map-Side-B-may-2015.pdf>. Ze 49 analyzovaných států Evropy jich 31 umožňuje změnit pohlaví, avšak 21 z nich tuto změnu podmiňuje chirurgickým zákrokem. Pouze 10 států tak umožňuje změnit administrativní pohlaví bez změny fyzického pohlaví.

6.3.2 Zdravotní postižení v judikatuře Soudního dvora EU

Zdravotní postižení je dalším z tradičně chráněných znaků. Na rozdíl od pohlaví však vyvolává otázky o rozsahu svého dopadu již na první pohled. Z těchto důvodů antidiskriminační zákon obsahuje zpřesňující ustanovení, které uvádí, že zdravotním postižením se rozumí tělesné, smyslové, mentální, duševní nebo jiné postižení, které brání nebo může bránit osobám v jejich právu na rovné zacházení v některé z chráněných oblastí. Zároveň se musí jednat o dlouhodobější postižení, které trvá nebo má podle poznatků lékařské vědy trvat alespoň jeden rok.⁸⁴⁷ Antidiskriminační zákon tudíž nespojuje zdravotní postižení s lékařskou diagnózou a chrání před diskriminací také osoby, které jsou objektivně znevýhodněny, byť nemusí podstupovat léčbu. Poskytovaná ochrana ale není bezbřehá a je omezena pouze na případy trvající alespoň jeden rok.⁸⁴⁸ Přesto je prostor pro výklad tohoto neurčitého pojmu poměrně široký. Význam pojmu zdravotní postižení byl upřesněn právě v rozhodovací činnosti Soudního dvora Evropské unie. Soudní dvůr se opakovaně zabýval výkladem zákazu diskriminace z důvodu zdravotního postižení v oblasti zaměstnání stanoveného směrnicí Rady 2000/78/ES ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání (dále jen „rámcová směrnice“).⁸⁴⁹

C-13/05 Navas (11. července 2006)

Paní Sonia Chacón Navas pracovala pro společnost Eurest, jež podnikala v oblasti hromadného stravování. Dne 14. října 2003 byla paní Navas uznána práce neschopnou a podle odhadu ošetřovatele nebyla schopna se v krátkodobém výhledu vrátit do práce. Dne 28. května 2004, tj. přibližně po půl roce pracovní neschopnosti, byla paní Navas propuštěna. Společnost Eurest uznala protiprávnost svého jednání a nabídla paní Navas odškodné. Paní Navas však chtěla setrvat v zaměstnání, a proto se domáhala neplatnosti

⁸⁴⁷ Ustanovení § 5 odst. 6 antidiskriminačního zákona.

⁸⁴⁸ V praxi mohou vznikat problémy, jak posuzovat případy, kdy je diagnóza ohledně trvání zdravotního znevýhodnění nejistá, tj. nelze na jisto určit, zda bude indispozice trvat déle než jeden rok. Veřejná ochránkyně práv se setkala například se stěžovatelem, který byl v návaznosti na svou zdravotní indispozici a časté lékařské prohlídky propuštěn ze zaměstnání, avšak v době propuštění nebylo možné stanovit, jak dlouho bude jeho indispozice trvat a zda bude trvalá.

⁸⁴⁹ Srov. ustanovení čl. 1 a čl. 2 rámcové směrnice.

skončení pracovního poměru u soudu. Předkládající soud tak měl za prokázané, že existuje příčinná souvislost mezi propuštěním žalobkyně a její nemocí. Tehdejší španělská judikatura takové propuštění považovala za protiprávní, nikoliv však neplatné, neboť nemoc nebyla zakázaným diskriminačním důvodem. Podle předkládajícího soudu mohou nemoci často vést ke zdravotnímu postižení. Předkládající soud se proto obrátil na Soudní dvůr s předběžnou otázkou, jak by měl být interpretován pojem zdravotní postižení obsažený v rámcové směrnici, neboť byl toho názoru, že s ohledem na efektivitu poskytované ochrany v rámci zakázaného diskriminačního důvodu zdravotní postižení, by se měl tento důvod vztahovat také na nemoci.

Soudní dvůr se proto v označeném nálezu zabýval především otázkou výkladu pojmu zdravotní postižení. Ve svém výkladu vyšel z účelu rámcové směrnice, jímž je stanovit obecný rámec pro boj proti diskriminaci v zaměstnání a povolání, mimo jiné z důvodu zdravotního postižení.⁸⁵⁰ Zdravotní postižení proto musí být podle Soudního dvora chápáno jako „omezení vyplývající z fyzických, duševních nebo psychických postižení, bránící účasti dotčené osoby na profesním životě.“⁸⁵¹ Zákonodárce podle Soudního dvora záměrně zvolil pojem zdravotní postižení a nikoliv nemoc, neboť „měl na mysli případy, ve kterých je účast na profesním životě narušena dlouhodobě“, nebo je alespoň pravděpodobné, že omezení účasti na pracovním životě bude dlouhodobé.⁸⁵²

Ve svém prvotním rozhodnutí, v němž se zabýval otázkou výkladu zdravotního postižení, tak Soudní dvůr dospěl k závěru, že nemoc nespadá pod chráněný důvod zdravotní postižení; za které je třeba považovat toliko dlouhodobé znemožnění účasti na pracovním životě.⁸⁵³ Nicméně se již nijak blíže nevěnoval otázce dlouhodobosti, tedy po jaké době se již nejedná o nemoc, ale chráněné zdravotní postižení. Přesto lze toto rozhodnutí považovat za doplnění textu normy, neboť zdravotní postižení vykládá ve funkčním smyslu a nikoliv formalisticky podle zdravotnické kategorizace. Jinými slovy,

⁸⁵⁰ Čl. 1 rámcové směrnice.

⁸⁵¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 11. července 2006, C-13/05, bod 43.

⁸⁵² Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 11. července 2006, C-13/05, bod 45.

⁸⁵³ Rámcová směrnice se vztahuje pouze na oblast zaměstnání.

podle Soudního dvora nepřiznivě zacházení z důvodu nemoci nepředstavuje natolik závažný zásah do důstojnosti osoby, aby bylo chráněno zákazem diskriminace.

C-335/11 a C-337/11 HK Danmark (11. dubna 2013)

Dánská odborová organizace HK Danmark zastupovala dvě své členky, Jette Ring a Lone Skouboe Werge, které byly propuštěny z pracovního poměru.

Paní Jette Ring byla po dobu přibližně půl roku opakovaně nepřítomna v zaměstnání z důvodu chronických bolestí zad. Tyto bolesti byly shledány neléčitelnými a navíc nebylo ani možné odhadnout, zda bude někdy Jette Ring schopna pokračovat v zaměstnání na plný úvazek. Původní zaměstnavatel ji proto propustil, avšak za nedlouho nastoupila do nového zaměstnání. Pracoviště bylo zařízeno obvyklým způsobem, pouze bylo vybaveno výškově stavitelným stolem.

Paní Lone Werge utrpěla v prosinci 2003 při dopravní nehodě hyperflexi krku, kvůli které byla přibližně tři týdny v pracovní neschopnosti. Téměř po roce, tj. v listopadu 2004, se dohodla se zaměstnavatelem na částečném pracovním úvazku po dobu čtyř týdnů. Paní Lone Werge však stále trpěla velkými bolestmi a v lednu 2005 navštívila lékaře, který shledal, že není schopna vykonávat svou práci. Později lékař konstatoval, že nelze odhadnout, jak dlouho bude pracovní neschopnost trvat. Paní Lone Werge byla v dubnu 2005 propuštěna, tedy po více než roce od nehody, která jí způsobila zdravotní komplikace. Tyto komplikace se však pravděpodobně projevily pouze občasně, jestliže v období od ledna 2004 do listopadu 2004 byla schopna vykonávat práci na plný úvazek.⁸⁵⁴ Později byl paní Lone Werge přiznán invalidní důchod, s tím že její pracovní schopnost poklesla na 65%. Propuštěné se prostřednictvím organizace HK Danmark domáhaly náhrady škody, neboť zaměstnavatelé podle jejich názoru měli přijmout vhodná opatření ve smyslu čl. 5 rámcové směrnice, která by jim umožnila další výkon zaměstnání. Soudní dvůr se proto zabýval otázkami, zda lze omezení

⁸⁵⁴ Není ovšem vyloučeno, že její indispozice v tomto období pouze nedosahovala takové intenzity, aby paní Lone Werge nebyla schopna s případným sebezapřením práci vykonávat.

pracovní schopnosti, konkrétně nemožnost výkonu práce na plný úvazek, podřadit pod zdravotní postižení a zda je zkrácení pracovního úvazku opatřením podle čl. 5 rámcové směrnice.

Soudní dvůr nejprve uvedl, že je povinen vykládat rámcovou směrnici co nejlépe v souladu s mezinárodními závazky Evropské unie, v tomto případě Úmluvou o právech osob se zdravotním postižením.⁸⁵⁵ Ta vymezuje zdravotní postižení jako „*dlohodobé fyzické, duševní, mentální nebo smyslové postižení, které v interakci s různými překážkami může bránit jejich plnému a účinnému zapojení do společnosti na rovnoprávném základě s ostatními*“.⁸⁵⁶ Na rozdíl od rámcové směrnice nezůstává pouze u zdravotního omezení, ale zdůrazňuje sociální aspekt zdravotního postižení, tj. zhoršení možnosti zapojit se do společnosti. Vzhledem k tomu Soudní dvůr nově vyložil pojem zdravotní postižení, a to tak, že jde o „*omezení vyplývající především z fyzických, duševních nebo psychických postižení, které v interakci s různými překážkami může bránit plnému a účinnému zapojení dotčené osoby do profesního života na rovnoprávném základě s ostatními pracovníky*“, s tím, že postižení musí být dlouhodobé. Nově však připustil, že toto omezení může být způsobeno také nemocí, bez ohledu na její léčitelnost, v případě že nemoc dlouhodobě brání plnému a účinnému zapojení do profesního života, a to i v případě, že osoba může svou práci vykonávat v omezené míře.⁸⁵⁷ Soudní dvůr tak v rozhodnutí HK Danmark značně rozšířil dosah chráněného důvodu zdravotní postižení, oproti původní extenzi vyjádřené v rozhodnutí Navas. Nejenže připustil, že i dlouhodobá nemoc je zdravotním postižením, ale také zmírnil nároky na povahu omezení. Nově již nechápe omezení jako absolutní překážku výkonu práce, ale jako omezení, které v interakci s různými překážkami, brání plnému zapojení. Takové omezení se může vztahovat pouze k práci, případně i jenom k určité konkrétní pracovní pozici, neboť je závislé na okolnostech a podmínkách výkonu práce. Zároveň omezení nemusí působit úplné vyloučení, ale postačí, pokud neumožňuje vykonávat práci v plném rozsahu. Zdravotní postižení

⁸⁵⁵ Srov. Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 11. dubna 2013, C-335/11, C-337/11, bod 28-33. Soudní dvůr zejména odkázal na svůj předchozí rozsudek ze dne 22. listopadu 2012, Digitalnet a další, C 320/11, C 330/11, C 382/11 a C 383/11, bod 39.

⁸⁵⁶ Čl. 1 Úmluvy OSN o právech osob se zdravotním postižením.

⁸⁵⁷ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 11. dubna 2013, C-335/11, C-337/11, bod 40-43.

již není nahlíženo z pohledu dotčené osoby, ale z pohledu jejího zapojení do pracovního života.

Popsaný výkladový posun má však rozsáhlejší dosah, než pouhé rozšíření skupiny osob chráněných před diskriminací. Diskriminační důvod zdravotní postižení je specifický tím, že povinnost zaměstnavatele zachovávat právo na rovné zacházení zaměstnance zahrnuje také aktivní povinnost přijmout vhodná opatření k plnému zapojení zaměstnance.⁸⁵⁸ Soudní dvůr tak opět ve světle Úmluvy o právech osob se zdravotním postižením⁸⁵⁹ vyložil čl. 5 rámcové směrnice tak, že pojem přiměřená úprava, či přiměřené uspořádání, zahrnuje „*odstranění různých překážek, které narušují plné a účinné zapojení zdravotně postižených osob do profesního života*“.⁸⁶⁰ Limitem rozsahu těchto opatření je pouze jejich únosnost pro zaměstnavatele.⁸⁶¹ V původním případě se jednalo konkrétně o zkrácení pracovního úvazku. V této věci Soudní dvůr ponechal konečné rozhodnutí na vnitrostátním soudu, avšak připustil, že úprava pracovního úvazku může být vhodným opatřením dle čl. 5 rámcové směrnice. Jestliže je zaměstnanec dlouhodobě omezen v možnostech vykonávat svou práci, měl byt zaměstnavatel nejprve uvážit, zda může přijmout vhodná opatření, která by umožňovala zaměstnanci setrvat v zaměstnání. Pokud se ukáže, že by jej takové opatření neúměrně nezatěžovalo,⁸⁶² je povinen takové opatření přijmout. Soudní dvůr tak svým rozhodnutím, alespoň v teoretické rovině, zpřístupnil zaměstnání nemalé skupině osob, které jsou z nejrůznějších důvodů limitovány ve výkonu práce.

C-354/13 Kaltoft (18. prosince 2014)

Posledním a poměrně recentním případem Soudního dvora, ve kterém se zabýval výkladem pojmu zdravotní postižení je případ pana Kaltofta, který se stal populárním díky namítanému důvodu omezení, jímž byla obezita stěžovatele.

⁸⁵⁸ Čl. 5 rámcové směrnice.

⁸⁵⁹ Konkrétně ustanovením čl. 2 pododstavce 4 Úmluvy OSN o právech osob se zdravotním postižením.

⁸⁶⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 11. dubna 2013, C-335/11, C-337/11, bod 54.

⁸⁶¹ „*Nesmí pro zaměstnavatele představovat neúměrné břemeno*“ - Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 11. dubna 2013, C-335/11, C-337/11, bod 58.

⁸⁶² Výkladem a contrario jej může a zpravidla také bude zatěžovat.

Pan Karsten Kaltoft pracoval patnáct let jako pečovatel o děti předškolního věku. Po celou dobu zaměstnání byl obézní ve smyslu definice Světové zdravotnické organizace.⁸⁶³ Během roku 2008 se snažil i s finanční pomocí zaměstnavatele zhubnout, avšak po čase opět přibral, stejně jako při všech předchozích pokusech o snížení váhy. Během roku 2010 jej opakovaně navštívila jeho vedoucí, aby zjistila, jak pokračují jeho snahy zhubnout. Dospěla ovšem k závěru, že váha pana Kaltofta zůstává nezměněna. Vzhledem ke klesajícímu počtu dětí v zařízení, byli pečovatelé vyzváni, aby navrhli jméno jednoho z nich, který bude propuštěn. Vedoucí poté rozhodla, že propuštěným bude pan Kaltoft. Důvodem propuštění byl klesající počet dětí, avšak panu Kaltoftovi ani po dotazování nebylo zdůvodněno, proč byl vybrán zrovna on. Pan Kaltoft se proto obrátil na soud s tím, že se cítí být diskriminován z důvodu obezity.

Soudní dvůr se proto mimo jiné znovu zabýval otázkou rozsahu pojmu zdravotní postižení. V návaznosti na závěry případu HK Danmark konstatoval, že chráněný důvod zdravotní postižení „*nezávisí na otázce, v jakém rozsahu osoba mohla či nemohla přispět ke vzniku svého zdravotního postižení*“.⁸⁶⁴ Soudní dvůr proto konstatoval, že obezita spadá pod zdravotní postižení, pokud způsobuje omezení zaměstnance, které „*v interakci s různými překážkami může bránit plnému a účinnému zapojení této osoby do profesního života... a jestliže je toto omezení dlouhodobé*“.⁸⁶⁵ K takovému omezení dochází zejména v případech, kdy je s obezitou zaměstnance spojena snížená mobilita, která ho omezuje při výkonu povolání.⁸⁶⁶ Posouzení konkrétního případu však ponechal Soudní dvůr předkládajícímu soudu. Nicméně konstatoval, že vzhledem k tomu, že pan Kaltoft trpěl obezitou v průběhu celé doby zaměstnání, lze jeho případné omezení považovat za dlouhodobé.⁸⁶⁷

Soudní dvůr dále zpřesnil výklad zdravotního postižení podaný ve věci HK Danmark, neboť výslovně konstatoval, že není rozhodné, jakou měrou osoba sama přispěla ke vzniku svého postižení. Takový závěr se může zdát

⁸⁶³ V Mezinárodní statistické klasifikace nemocí a přidružených zdravotních problémů (MKN 10) je obezita zapsána pod kódem E66.

⁸⁶⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 18. prosince 2014, C-354/13, bod 56.

⁸⁶⁵ Tamtéž, bod 59.

⁸⁶⁶ Tamtéž, bod 60.

⁸⁶⁷ Tamtéž, bod 61.

na první pohled jako poměrně rozšiřující ochranu před diskriminací, neboť většina chráněných důvodů jsou vlastnosti nezávislé na vůli jejich nositele. Přesto některé z chráněných důvodů jsou vůli ovlivnitelné, např. světonázor, víra či politické přesvědčení. Smyslem a účelem zákazu diskriminace však není poskytnout ochranu vrozeným vlastnostem, ale důstojnosti člověka, a proto se v některých případech jeví jako nepřijatelné, aby bylo s člověkem zacházeno rozdílně. Jestliže jsou chráněny vědomě ovlivnitelné charakteristiky, tím spíše se jeví jako vhodné chránit charakteristiky, které mohou být nezamýšleným důsledkem jednání člověka. Podstatné je však zkoumat vliv rozlišování na důstojnost člověka. Znevýhodnění člověka pro jeho zdravotní postižení podle našeho názoru neodůvodněně zasahuje jeho důstojnost vždy bez ohledu na míru jeho zavinění zdravotního postižení.

Na druhou stranu je třeba zvažovat též aktivní povinnosti zaměstnavatele dle čl. 5 rámcové směrnice. Zaměstnavatel je totiž stále povinen přijmout vhodná opatření, a to i v případě osoby, která si například svým dlouhodobým nezdravým životním stylem přivodila obezitu a sníženou pohyblivost. Navíc případná povinnost přijmout vhodná opatření nesmí být ani kritériem výběru vhodného zaměstnance, tj. povinnost přijmout vhodná opatření se uplatní i vůči potenciálním zaměstnancům.⁸⁶⁸ Považujeme proto za neproporcionální, pokud si zaměstnanec přivodí svou setrvalou vědomou činností zdravotní postižení,⁸⁶⁹ jehož důsledky pak musí být kompenzovány na náklady zaměstnavatele. Domnívám se, že sledovaného cíle, tj. chránit i osoby, které si způsobily zdravotní postižení svou lehkovážností, by bylo možné dosáhnout i jinak. Soudní dvůr nemusel podíl dotčené osoby označit za zcela nerozhodný, ale mohl z ochrany vyloučit například případy, kdy ke zdravotnímu postižení došlo v důsledku dlouhodobé uvědomělé činnosti postiženého, který si musel být vědom negativních důsledků, avšak jeho pokračování v ohrožující činnosti svědčí o zřejmé bezohlednosti a lhostejnosti k případným negativním důsledkům.

⁸⁶⁸ Srov. ustanovení čl. 3 odst. 1 písm. a) rámcové směrnice.

⁸⁶⁹ Ve smyslu výše popsaného výkladu Soudního dvora.

Nejedná se však pouze o případy obezity, příkladem lze zmínit rozličné závislosti (alkoholismus), nebo pravidelné bezohledné řízení motorového vozidla v rychlostech značně přesahujících povolený rychlostní limit.

6.3.3 Odvozená diskriminace

Soudní dvůr se ve své praxi nevěnoval pouze výkladu neurčitých pojmů, jako zdravotní postižení, nebo pohlaví. Ve své rozhodovací činnosti narazil také na limity teoreticky konstruované ochrany před diskriminací, která byla explicitně vázána na nositele, nebo alespoň domnělého nositele, některého z chráněných znaků. Pestrost života však ukázala, že takové pojetí může být v některých případech nedostatečné. V této části se proto blíže podíváme na případ Coleman, ve kterém Soudní dvůr rozpracoval koncept odvozené diskriminace, jenž byl dále opakovaně potvrzen v pozdějších rozhodnutích.

C-303/06 Coleman (17. července 2008)

Paní Sharon Coleman pracovala jako právní asistentka. Po více než roce v zaměstnání se jí však narodil syn trpící záchvaty krátkodobé zástavy dechu, vrozenou laryngomalacií a bronchomalacií, pročež vyžadoval zvláštní péči. Paní Coleman sice souhlasila s ukončením pracovního poměru, přesto se obrátila na soud s námitkou diskriminačního jednání, neboť rozvázání pracovního poměru považovala za vynucené. Zaměstnavatel s ní totiž zacházel méně příznivě, než s ostatními zaměstnanci, kteří pečovali o zdravé děti. Zejména jí nebyla přiznána stejná flexibilita pracovní doby, byla jí vytýkána lenost, když čerpala dovolenou a byla vystavena urážkám sebe i svého dítěte. Také jí bylo sděleno, poté co opakovaně přišla pozdě z důvodu péče o dítě, že bude propuštěna, ačkoliv ostatním pečujícím zaměstnancům bylo takové jednání tolerováno.

Vzhledem k tomu, že ze znění textu rámcové směrnice nebylo zřejmé, zda se zákaz diskriminace vztahuje také na případy, kdy znevýhodněnou osobou pro některý z chráněných důvodů je někdo jiný, než nositel tohoto znaku, obrátil se předkládající soud na Soudní dvůr. Ten ve svém výkladu vyšel z účelu rámcové směrnice, tj. ochrany před diskriminací mimo jiné z důvodu zdravotního postižení a ustanovení, která zakazují nerovné zacházení.⁸⁷⁰ Na základě těchto ustanovení dospěl k závěru, že dopad rámcové směrnice se neomezuje pouze na osoby, které jsou samy zdravotně postižené. Zásadu rovného zacházení je proto třeba aplikovat nikoliv podle určené kategorie

⁸⁷⁰ Jedná se o ustanovení čl. 2 odst. 1, čl. čl. 2 odst. 2 písm. a), čl. 3 odst. 1 písm. c) rámcové směrnice.

osob (zdravotně postižení lidé), ale podle chráněných důvodů (zdravotní postižení).⁸⁷¹ Tento závěr není nikterak oslaben skutečností, že některá ustanovení rámcové směrnice⁸⁷² přiznávají určitá práva přímo zdravotně postiženým lidem.⁸⁷³

Soudní dvůr tak v této věci s odvoláním na účel právní regulace a zachování její efektivity dospěl k závěru, že zákazu přímé diskriminace se může dovolávat také zaměstnanec, který je rodičem zdravotně postiženého dítěte, avšak sám postižený není.⁸⁷⁴ Rozhodnutí ve věci Coleman přineslo zcela nový druh diskriminace, byť jej Soudní dvůr považuje za typ přímé diskriminace. Přestože se tento typ může jevit jako poměrně extenzivní, považujeme jej s ohledem na účel zákazu diskriminace, tj. ochranu důstojnosti jednotlivce, za životaschopný a pro potřeby praxe velmi užitečný. Způsoby diskriminace se neustále vyvíjí a v současnosti lze jen zřídka narazit na explicitní projevy přímé diskriminace. To je dáno nejen poklesem míry diskriminace, ale především poučeností diskriminujících subjektů, které své jednání mnohdy umně maskují. Diskriminace se tak stává čím dál tím více latentní⁸⁷⁵ a je třeba hledat nové nástroje pro její potírání. Rozhodnutí se tak jeví nejen jako legitimní, ale také jako velmi užitečné a potřebné pro budoucí boj s diskriminací.

S ohledem na předestřenu argumentaci se domníváme, že závěry Soudního dvora jsou přenositelné nejen pro další důvody chráněné nejen rámcovou směrnicí,⁸⁷⁶ ale i ostatními antidiskriminačními směrnicemi.⁸⁷⁷ Stejně tak se domníváme, že koncept odvozené diskriminace bude možné aplikovat také v jiných oblastech zákazu diskriminace, než jen práce a zaměstnání.

⁸⁷¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 17. července 2008, C-303/06, bod 38.

⁸⁷² Například čl. 5 rámcové směrnice.

⁸⁷³ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 17. července 2008, C-303/06, bod 43.

⁸⁷⁴ Tamtéž, bod 48.

⁸⁷⁵ Srov. závěry výzkumu veřejné ochránčyně práv: *Diskriminace v ČR: Oběť diskriminace a její překážky v přístupu ke spravedlnosti* [online] Kancelář veřejného ochránce práv, 2015 [cit. 31. 10. 2015] Dostupné z: http://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/DISKRIMINACE/Vyzkum/CZ_Diskriminace_v_CR_studie.pdf

⁸⁷⁶ Těmito důvody jsou: náboženské vyznání či víra, věk a sexuální orientace.

⁸⁷⁷ Například o Směrnice Rady 2000/43/ES ze dne 29. června 2000, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ.

C-83/14 ČEZ Razpredelenie Bulgaria AD (16. července 2015)

Soudní dvůr se ve svém nedávném rozhodnutí ve věci bulharské dceřiné společnosti české ČEZ, a. s., zabýval okolnostmi vztahu mezi diskriminovanou osobou a nositelem chráněného znaku. Potvrdilo se tak, že odvozená diskriminace je živoucím konceptem, který bude v budoucnu nepochybně dále zpřesňován a rozpracován.

V této věci se domáhala paní Anelia Nikolova spolu s dalšími osobami ochrany před diskriminací, neboť společnost ČEZ RB ve čtvrti Gizdova mahala ve městě Dupnica v Bulharsku, ve které bydlí především osoby romského původu, instalovala elektroměry ve výšce šest až sedm metrů, zatímco ve zbytku Bulharska byly elektroměry instalovány do dvou metrů výšky.

Jednání společnosti ČEZ RB by tak bylo možné kvalifikovat jako nepřímou diskriminaci z důvodu etnicity. Paní Anelia Nikolova však nebyla Romka a ve čtvrti pouze provozovala svou prodejnu potravin.

Soudní dvůr potvrdil závěry rozhodnutí Coleman, tj. že zákaz diskriminace je třeba vykládat nikoliv podle skupin osob, ale podle chráněných důvodů.⁸⁷⁸ Z této perspektivy pak připustil, že paní Nikolova byla znevýhodněna pro romský původ většiny obyvatelstva čtvrti, byť sama Romkou nebyla.⁸⁷⁹

Soudní dvůr tak v tomto rozhodnutí zachází s konceptem odvozené diskriminace jako svébytnou kategorií, neboť ji tentokrát uplatnil v oblasti poskytování služeb z důvodu etnicity. Navíc byla v tomto případě navázána na nepřímou diskriminaci. Těmito aspekty se tedy liší od rozhodnutí ve věci Coleman. Také došlo ke snížení nároků na kvalitu vztahu mezi nositelem znaku a znevýhodněnou osobou. Nadále již není vyžadována úzká rodinná vazba, ale postačí pouze místní blízkost. Rozhodnutí ČEZ RB tak vyvolává otázku, zda zákaz diskriminace příliš nerozvolňuje a nerozšiřuje nad původně zamýšlený rámec. Vzhledem k tomu, že oběti diskriminace se brání soudní cestou pouze zřídka⁸⁸⁰ a že by stát měl uložit odrazující sankce za diskriminaci, které však mohou být také v rovině soukromoprávní, jak tomu je i v České republice, považujeme za vhodné, aby se ochrany před diskriminací mohl domáhat co nejširší okruh dotčených osob. Důstojnost paní

⁸⁷⁸ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 16. července 2015, C-83/14, bod 56.

⁸⁷⁹ Tamtéž, bod 59.

⁸⁸⁰ Viz v poznámce č. 59 odkazovaný výzkum veřejné ochránčyně práva.

Nikolovy, a osob v obdobném postavení, totiž byla dotčena spolu s důstojností nositelů chráněného znaku, a proto nepovažujeme za vhodné, aby byla těmto osobám poskytována odlišná míra ochrany. Rozhodnutí ve věci ČEZ RB tak považujeme za legitimní, byť se na první pohled může jevit jako příliš extenzivní.

6.3.4 Limity zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti

Jádrem Evropské unie, jakožto integračního projektu směřujícího ke vzájemné spolupráci, byl nejprve společný trh členských států, který byl později nahrazen propojenějším vnitřním trhem, který vedl k prosazování čtyř základních svobod Evropské unie, jimiž jsou volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu. K prohloubení rozvoje integrace a odstranění překážek realizace uvedených svobod primární právo upravuje poměrně specifický diskriminační důvod, jímž je zákaz znevýhodnění občanů Unie z důvodu státní příslušnosti.⁸⁸¹ Tento zákaz se však s ohledem na povahu unijního práva vztahuje pouze na oblasti upravené Smlouvami, tj. Smlouvou o Evropské unie, případně Smlouvou o fungování Evropské unie, neboť pouze v těchto oblastech přenesly státy část výkonu své suverenity na Unii.

Zákaz diskriminace z důvodu státní příslušnosti na rozdíl od výše popsaných případů v sobě nenese neurčitý pojem, který by bylo nutné vyložit a v jehož rámci by mohl Soudní dvůr výrazněji ovlivňovat rozsah zákazu diskriminace. Vzhledem k tomu, že zákaz formulovaný v čl. 18 SFEU je deklarován absolutně: „*V rámci použití Smluv, aniž jsou dotčena jejich zvláštní ustanovení, je zakázána jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti.*“, je vcelku nasnadě, že v některých případech může kolidovat s jinými právy, respektive zájmy států.

Jedním z těchto práv je realizace svobody volného pohybu.⁸⁸² Výkon tohoto práva je upraven Směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/38/ES, o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států (dále jen „Směrnice o volném pohybu“). Směrnice o volném pohybu stanoví bližší podmínky výkonu práva volného pohybu a pobytu na území členských států. Obsahuje také vlastní zákaz

⁸⁸¹ Čl. 18 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“).

⁸⁸² Čl. 21 odst. 1 SFEU.

rozlišování mezi občany Unie,⁸⁸³ čímž navazuje na ustanovení čl. 18 SFEU. Ovšem ustanovení čl. 24 odst. 2 Směrnice o volném pohybu⁸⁸⁴ stanoví výjimky, kdy stát nemusí přiznat nárok na sociální pomoc občanům jiných států Unie.

Soudní dvůr se proto opakovaně zabýval souladem zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti a práva na volný pohyb, respektive omezení výplaty sociální podpory cizím státním příslušníkům. Právo nebýt diskriminován je podle Soudního dvora konkretizováno některými dalšími ustanoveními unijního práva,⁸⁸⁵ a proto se ho lze dovolávat jen v mezích těchto ustanovení.⁸⁸⁶ Ve svých rozhodnutích tak dospěl k závěru, že zmíněný čl. 24 odst. 2 Směrnice o volném pohybu je výjimkou ze zásady rovného zacházení, kterou je třeba vykládat restriktivně.⁸⁸⁷ Stát tak může po určitou dobu⁸⁸⁸ zacházet různě se svými občany a občany ostatních států Unie. V případě studentů je tato doba poměrně dlouhá, neboť přechodné období končí až získáním práva trvalého pobytu, jež se nabývá zpravidla po pěti letech pobytu.⁸⁸⁹ Délkou přechodného období, kdy je potlačeno právo na rovné zacházení, se Soudní dvůr zabýval ve věci Förster a dospěl k závěru, že tato podmínka je přiměřená, neboť jejím cílem je omezit podporu pouze na osoby, které dosáhly určité míry integrace do společnosti hostitelského státu.⁸⁹⁰ Existence přechodného období, kdy je se žadateli o podporu zacházeno rozdílně z důvodu státní příslušnosti je proto legitimní, neboť stát je oprávně-

⁸⁸³ Čl. 24 Směrnice o volném pohybu.

⁸⁸⁴ „Odchylně od odstavce 1 není hostitelský členský stát povinen přiznat nárok na sociální pomoc v prvních třech měsících pobytu nebo případně během delšího období stanoveného v čl. 14 odst. 4 písm. b), ani není povinen přiznat před nabytím práva trvalého pobytu vyživovací podporu při studiu, včetně odborné přípravy, již se rozumí stipendia nebo půjčky na studium osobám jiným než zaměstnaným osobám, osobám samostatně výdělečně činným, osobám ponechávajícím si takové postavení a jejich rodinným příslušníkům.“

⁸⁸⁵ Například čl. 24 Směrnice o volném pohybu.

⁸⁸⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 2. 2013, L. N., C-46/12, bod 28.

⁸⁸⁷ Rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 2. 2013, L. N., C-46/12, bod 33. Obdobně: Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. 6. 2009, ve spojených věcech C-22/08 a C-23/08, Athanasios Vatsouras (C-22/08), Josif Koupatantze (C-23/08), v. Arbeitsgemeinschaft Nürnberg, bod 44; Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. 10. 2012, Komise v. Rakousko, C-75/11, bod 54. a 56.

⁸⁸⁸ V případě osob, které nejsou zaměstnány, činí tato doba tři měsíce. V případě studentů se jedná až o pět let, než jim vznikne právo trvalého pobytu.

⁸⁸⁹ Ustanovení čl. 16 odst. 1 a čl. 24 odst. 2 Směrnice o volném pohybu.

⁸⁹⁰ Rozsudek Soudního dvora ze dne 18. 11. 2008, Förster, C-158/07, bod 54.

něh, vzhledem k omezeným prostředkům které má k dispozici, podporovat pouze osoby, které dosáhly určitého stupně integrace.⁸⁹¹ Soudní dvůr vykládá ustanovení čl. 18 SFEU na jednu stranu jako poměrně široký zákaz diskriminace,⁸⁹² ale zároveň připouští výjimky z tohoto zákazu. Výjimky však musí být objektivně odůvodnitelné a přiměřené sledovanému cíli.⁸⁹³ Později Soudní dvůr své závěry upřesnil tak, že výjimky z práva na rovné zacházení v oblasti sociální podpory jsou přípustné, pokud „*sledují cíl obecného zájmu, jsou způsobilé zaručit jeho uskutečnění a nepřekračují meze toho, co je ke dosažení sledovaného cíle nezbytné*“.⁸⁹⁴

Soudní dvůr podle našeho názoru svým výkladem připustil omezení práva na rovné zacházení deklarovaného primárním právem skrze ustanovení směrnice, tj. pramenem sekundárního práva. Lze pouze odhadovat, proč se Soudní dvůr ve věci diskriminace z důvodu občanství odchýlil od svého obecného trendu vykládat zákaz diskriminace spíše šířeji a zde tento zákaz fakticky omezil. Argumentace je sice vedena z pohledu nákladů státu na zachování práva na rovné zacházení, avšak v případě výkladu pojmu zdravotní postižení náklady zaměstnavatele na přijetí vhodných opatření nehráli roli při výkladu rozsahu chráněného znaku, ale pouze ve vztahu ke konkrétním opatřením. Z těchto důvodů se zdá, že dodatečné finanční zatížení členských států může hrát v rozhodování Soudního dvora větší roli, nežli dodatečné finanční zatížení soukromých osob – zaměstnavatelů. Soudní dvůr také aproboval určitou disproporci mezi studenty a ostatními občany, kteří nevykonávají závislé zaměstnání. Zatímco druhé skupině vznikne nárok na sociální pomoc již po třech měsících pobytu, studentům obvykle až po pěti letech. Přijatá hlediska, za kterých je připuštěno omezit právo na rovné zacházení v oblasti sociální podpory, podle našeho názoru

⁸⁹¹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 3. 2005, Bidar, C-209/03, bod 57.

⁸⁹² „*Zásada rovného zacházení zakazuje nejen zjevnou diskriminaci na základě státního občanství, ale také všechny skryté formy diskriminace, které použitím jiných rozlišovacích kritérií vedou ve skutečnosti ke stejnému výsledku.*“ Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 3. 2005, Bidar, C-209/03, bod 51.

⁸⁹³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 11. 1997, Meints, C-57/96, bod 45. Obdobně též rozsudek Soudního dvora ze dne 23. 5. 1996, O'Flynn, C-237/94, bod 20.

⁸⁹⁴ Rozsudek ze dne 18. prosince 2014, Larcher, C-523/13, bod 38.

staví zájem společnosti nad právo jednotlivce,⁸⁹⁵ přičemž podstatou práva na rovné zacházení je ochrana jednotlivce před silou společnosti, respektive většiny.

Pomocí výše rozebraných případů jsme demonstrovali tři různé typy dotváření antidiskriminačního práva Soudním dvorem. Prvním typem byl výklad neurčitých pojmů a změna extenze zákazu diskriminace. Druhým typem bylo dotváření nových forem diskriminace. A třetí typ představuje omezování rozsahu práva na rovné zacházení v důsledku kolize s jiným právem. Přestože Soudní dvůr ve většině případů dopad zákazu diskriminace svým výkladem spíše rozšířil, lze jeho rozhodnutí považovat za legitimní, neboť se ve svém výkladu povětšinou držel kritéria ochrany důstojnosti lidí, která je hodnotovým východiskem zákazu diskriminace. Vzhledem k pokračujícím pracím na nové antidiskriminační směrnici, která by měla souhrnně pokrývat všechny oblasti života a všechny diskriminační důvody, lze do budoucna očekávat další posun výkladu zákazu diskriminace a vydání dalších významných rozhodnutí Soudního dvora v této oblasti.

⁸⁹⁵ STOV. „*cíl obecného zájmu*“.

Summary

It is undeniable that a number of methodological issues have arisen before the Czech jurisprudence in recent years. While quite a lot of attention has been paid to the interpretation of law and innovative methods, the freedom of judges in their deciding has not been given enough consideration, yet. The question where is the line between a mere interpretation of law and its creation should be answered, too. This ambition led the team of authors from the Faculty of Law, Masaryk University, to writing this publication which summarizes findings in this field.

The aim of the authors is to describe not only the basic theoretical aspects of the main issues, but also to suggest some of the implications in specific areas of law. That is the reason why the authors combine the legal theory with the field of civil law, which has traditionally been the prominent part of private law. The work covers a wide variety of topics and approaches giving at least a cross-sectional view on the problematics as it is too broad to be fully covered in the present publication. As for methodology, the methods of legal theory and civil law are combined in the book.

In the opening chapter, the authors present the basic assumptions of judicial law-making putting them into wider contexts, such as postmodern philosophy, current changes in division of powers or evolution of justice in both substantive and procedural private law. The following chapters explore the relationship between judicial law-making and judicial tests, or deal with the question which courts, and in what manner, co-create the law. The fifth chapter puts together various factors which may influence decisions of judges, including, among others, the possible influence of the media. The last part of the book gives several examples of the modern trends in judges' acting (in terms of the co-creation of law) from the fields of civil procedural law, foundation law or equal treatment.

Literatura a další použité zdroje

Tištěné zdroje

- ADAIR, John. *Jak se správně rozhodovat a řešit problémy*. Brno: Computer Press, a.s., 2007. 82 s. ISBN: 978-80-251-1779-8.
- ARISTOTELÉS. *Politika*. 2. vyd. Praha: Rezek, 1998, 499 s. ISBN 8086027104.
- BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. ISBN: 978-0-674-06178-1.
- BAROŠ, Jiří. Dělbá moci jako nástroj konstitucionalismu. *Jurisprudence*. 2013, vol. 22, no. 7, s. 11-16. ISSN 1802-3843.
- BAXA, Bohumil. *Československé právo veřejné*. 1. vydání. Praha: Spolek posluchačů komerčního inženýrství, 1933. 167 s.
- BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago press, 1976, 314 s.
- BECKER, H.J. Der Städel-Paragraph (§84 BGB), In BAUMGÄRTEL at al. (eds.) *Festschrift für Hezin Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, s. 21 a násl.
- BEEVER, Allan. The Declaratory Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, no. 3, pp. 421-444. ISSN 0143-6503.
- BELLING, Vojtěch. *Legitimita moci v postmoderní době: proč potřebuje Evropská unie členské státy?* 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 211 s. ISBN 978-80-210-5081-5. S. 16.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener, Ont.: Batoche, 2000, 248 s.
- BERKOWITZ, D. “Who sets the media agenda? The ability of policymakers to determine news decisions.” In KENNAMER, J. D. *Public opinion, the press, and public policy*. Westport, CT: Praeger Publishers.
- BIX, Brian H. (ed.) *Philosophy of law, Critical Concepts in Philosophy*. Vol. II. New York: Routledge, 2006. 442 s. ISBN: 978-0-415-34215-5.
- BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. 1. vydání. Berlin: Springer-Verlag, 1963, xix, 785 s. Nemá ISBN.

- BOBEK, Michal, BOUČKOVÁ, Pavla, KÜHN, Zdeněk (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, 471 s. ISBN 978-80-7179-584-1.
- BOBEK, Michal, KÜHN, Zdeněk, et al. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, 496 s. ISBN 978-808-7284-353.
- BRODFÜHRER, Michael. *Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2010, 130 s. ISBN 9783832961831.
- BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 1. Auflage. Wien: FOWI – Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht. Arbeitspapiere Nr. 95, Brüner Vorträge Nr. 1, 2003, 107 s. Bez ISBN.
- BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2., erg. Aufl. Wien: Springer-Verlag, 1991, xv, 671 s. ISBN 978-321-1822-708.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. Vydání. Berlin: Duncker & Humboldt, 1983.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964, 219 s. Nemá ISBN.
- CANE, Peter. KRITZEL, Herbert M. (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 1 112 s. ISBN: 978-0-19-954247-5.
- CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. 1st pub. New York: Oxford University Press, 2009, xxvii, 286 pp. ISBN 978-0-19-956867-3.
- COLE, Kenneth C. “Government,” “Law,” and the Separation of Powers. *The American Political Science Review*, 1939, vol. 33, no. 3, pp. 424-440.
- COTTERRELL, R. *Law’s Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 2005, 381 s. ISBN 0198264909.
- COUFALÍK, Petr. Kritické zhodnocení nálezu ÚS ve věci paušální náhrady hotových výdajů nezastoupenému účastníku. *Soudní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2015, roč. 21, č. 1, s. 8-9. ISSN 1211-4405.

- CSACH, K. Návrh právnéj úpravy právnických osob v pracovnom návrhu Občianskeho zákonníku. In: Kol. autorů (eds.). *Aktuálne otázky teórie a praxe obchodného práva*. Zborník zo stretnutia katedier obchodného práva a hospodárskeho práva slovenských a českých právnických fakúlt. Košice: UPJŠ, 2015 (v tisku).
- DAVID, Ludvík. *Na hranicích práva: soudcovské eseje*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2012, 192 s. ISBN 9788087576373.
- DOLEŽALOVÁ, Martina a VAN LEYNSEELE, Patrick. Mediace v právním prostředí. *Právní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2012, roč. 20, č. 12, s. 419. ISSN 1210-6410.
- DOLEŽALOVÁ, Martina et al. *Zákon o mediaci: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 360 s. ISBN 978-80-7400-458-2.
- DOSTÁL, Martin. Aktivismus prvního Ústavního soudu ČR jako reakce na převládající přístup k převažující interpretaci a aplikaci práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělna soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 125-133. ISBN 8021033185.
- DWORKIN, Ronald Myles. *Když se práva berou vážně*. 1. vydání, Praha: OIKOYMENH, 2001, 455 s. ISBN 80-7298-022-X.
- EDGEWORTH, B. *Law, modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State*. Hampshire: Ashgate, 2003, 304 s. ISBN 1840140097.
- EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of Sociology of Law*. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2002, 541 s.
- FAIRLIE, John A. The Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1923, vol. 21, no. 4, pp. 393-436.
- FALLON, Richard H. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*. 2005, vol. 118, no. 6, pp. 1787-1853. ISSN 0017-811X.
- FASCHING, Hans Walter. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*. 2., überarbeitete und erg. Aufl. Wien: Manz, 1990, 1232 s. ISBN 3-214-04697-7.
- FEENSTRA, R. Foundations in Continental Law since 12th Century: The Legal Person Concept and Trust-like devices. In: HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiducia*. Duncker/Humbolt, Berlin, 1998.

- FENYK, Jaroslav. Úvaha o ústavním postavení českého státního zastupitelství. In: KYSELA, Jan, Jiří MALEŇOVSKÝ a Vojtěch ŠIMÍČEK (eds.). *Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy: sborník příspěvků*. Vyd. 1. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 324-344. ISBN 8086432459.
- FILIP, Jan. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vyd. Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2011, 328 s. ISBN 978-80-904083-7-1.
- GEIMER, Reinhold, SCHÜTZE, Rolf A. et al. *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Katsis zum 65. Geburtstag*. 1. vydání. München: Sellier European Law Publishers, 2012, s. 789-799, xviii, 1086. ISBN 9783866539501.
- GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 4. upr. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, 343 s. ISBN 9788073800239.
- GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. aktual. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, 310 s. ISBN 978-80-7380-454-1.
- GERLOCH, A., TRYZNA J., WINTR J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, 497 s. ISBN 978-80-7380-388-9.
- GERLOCH, A., TRYZNA, J. Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*, 2007, č. 1, s. 23-27, ISSN 1210-6410.
- GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI, 2008.
- GERLOCH, Aleš. MARŠÁLEK, Pavel (eds.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003. 209 s. ISBN: 80-86432-12-2.
- Group of Specialists on Public Service Media in the Information Society. *Strategies of public service media as regards promoting a wider democratic participation of individuals*. Strasbourg: Council of Europe, 2009. 47 s.
- GULDENER, Max. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. 2. Auflage. Zürich: Schulthess & CO. AG., 1958, lx, 640 s. Bez ISBN.
- HAJN, Petr. Analogie jako právní institut a jako způsob usuzování. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Praha: Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2003, roč. 142, č. 2, s. 121 – 123. ISSN 0231-6625.

- HAMILTON, Alexander, James MADISON a John JAY. *Listy federalistů: soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním Shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého, 1994, 537 s. ISBN 80-7067-390-7.
- HANUŠ, L. *Právní argumentace nebo svévole*. Praha: C. H. BECK, 2008, 222 s. ISBN 978-80-7400-035-5.
- HAPLA, Martin. Dělbba moci a právo na rovný přístup k veřejným funkcím. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělbba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 45-59. ISBN 978-80-87382-42-4.
- HAPLA, Martin. Pojem legitimacy a krize lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 3, s. 397-405. ISSN 1210-9126.
- HAPLA, Martin. Tvorba a výklad práva – vymezení pojmů v postmoderní situaci. In: VEČEŘA, Miloš, Tatiana MACHALOVÁ a Jiří VALDHANS (eds.). *DNY PRÁVA 2013 – DAYS OF LAW 2013. Část I. Aktuální otázky právní metodologie*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 47-57. ISBN 9788021068087.
- HARRINGTON, A. a kol. *Moderní sociální teorie: Základní témata a myšlenkové proudy*. Praha: Portál, 2006, 496 s. ISBN 80-7367-093-3.
- HART, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010, 312 s. ISBN 9788072602391.
- HARVÁNEK, Jaromír a Roman ONDRÝSEK. Justiciální tvorba práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, roč. 22, č. 1, s. 6-12. ISSN 1210-9126.
- HARVÁNEK, Jaromír, et al. *Právní teorie*. 1. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 439 s. ISBN 978-807-3804-589.
- Hearing before the Committee on the Judiciary United States Senate. Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to Be Chief Justice of the United States. In: 109th Congress, 1st Sessison, Serial No. J-109-37. 12. - 15. 9. 2005 [cit. 2015-05-15].
- HEISE, A. Grundriss eines Systems des Gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, 2.ed., Heidelberg, 1816, s. 21 a 23, blíže viz RICHTER, A. op. cit. s. 431.
- HIPPEL, T. *Grundprobleme von Nonprofit- Organisationen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 524.

- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004, 286 s.
- HLOUCH, Lukáš. Systematické nástroje řešení střetu právních norem. In: MACHALOVÁ, Tatiana, Miloš VEČEŘA, Jaromír HARVÁNEK, Lukáš HLOUCH a Tomáš SOBEK. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. Vyd. 1. Praha: Leges, 2014, s. 147-211. ISBN 978-80-7502-060-4.
- HLOUCH, Lukáš. *Teorie a realita právní interpretace*. 1. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 348 s. ISBN 978-807-3802-332.
- HOECKE, M. V. *Law as Communication*. Oxford: Hart Publishing, 2002, 224 s. ISBN 1-84113-341-8.
- HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. *Právník*, 2013, roč. 152, č. 1, s. 1-28. ISSN 0231-6625.
- HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 8086898962.
- HOLLÄNDER, Pavel. Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů. In: ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds.). *Ústava České republiky po pěti letech (Sborník z konference)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 38-60. ISBN 80-210-1995-6.
- HOLMES, Oliver Wendell Sr. *Mechanism of thoughts and morals*. Boston: James R. Osgood & Co., 1871.
- HRDINA, Ignác Antonín; MASOPUST, Zdeněk. *Chrestomatie ke studiu filosofie práva*. Praha: Leges, 2011.
- HROMADA, Miroslav. *Poučovací povinnost v civilním procesu*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, xiii, 98 s. ISBN 978-80-7400-463-6.
- HURDÍK, J., TELEČ, I. *Zákon o nadacích a nadačních fondech*. C. H. Beck, 1998, s. 314.
- JEWKES, Yvonne. *Media and crime*. London: Sage, 2011. 317 s. ISBN 978-1-84860-702-6.
- KELSEN, Hans. Zur Theorie der Interpretation. In MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. S. 214.

- KIEFNER, H., Das Städel'sche Kunstinstitut: Zugleich zu C.F. Mülenbruchs Beurteilung eines berühmtem Rechtsfalls, In: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 11/12, *Itinerari moderni della persona giuridica I*, 1983, s. 339-397.
- KINDL, Milan. Malá úvaha o analogii ve veřejném právu. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Praha: Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2003, roč. 142, č. 2, s. 128 – 133. ISSN 0231-6625.
- KLAUS, Václav a Marek LOUŽEK. *Soudcovská tvorba v ČR: fikce, nebo realita?: sborník textů*. Vyd. 1. Praha: CEP Centrum pro ekonomiku a politiku, 2006, 183 s.
- KLÍMA, Karel (ed.) *Interpretace práva ústavními soudy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. ISBN 80-86898-82-2.
- KLOKOČKA, Vladimír. Poslanecký mandát v systému reprezentativní demokracie. *Politologický časopis*, 1996, roč. 3, č. 1, s. 21-29. ISSN 1211-3247.
- KNAPP, V. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*, 1969, roč. 108, č. 2, s. 81-91. ISSN 0231-6625.
- KNAPP, V. *Velké právní systémy: Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 114.
- KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, 247 s. ISBN 80-7179-028-1.
- KONNIKOVA, Maria. *Mastermind: how to think like Sherlock Holmes*. New York: Penguin books, 2013. ISBN: 978-0-14-312434-4.
- KRÁLÍK, Michal. ABGB a role českého soudce v proměnách času při tzv. soudcovském dotváření práva. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana (eds.). *200 let ABGB – od kodifikace ke rekodifikaci českého občanského práva*. 1. vyd. Praha: Leges, 2011, s. 81-95. ISBN 978-80-87576-03-8.
- KRAMER, E.A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání, München – Wien – Bern, C.H. Beck – Manz – Stämpfli, 2013.
- KRÜGER, Wolfgang a Thomas RAUSCHER. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Band 2: §§ 355-1024*. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2012, LII, 2472. ISBN 978-340-6610-325.
- KŘÍŽKA, Vít. Jak myslí soudce?: Krátké zamyšlení nad myšlením soudců a možnostmi jak toho využít. *Bulletin advokacie*. 2015, 2015(4): 69-75.

- KŘÍŽKA, Vít. *Odpovědnost státu za škodu způsobenou legislativní činností*. Brno, 2012. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Vedoucí práce JUDr. Kateřina Šimáčková, Ph.D.
- KUBALA, Ondřej. Ústní sdělení. Přednáška v rámci konference PR v digitální sféře [1. 10. 2015].
- KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2005, xviii, 201 s. ISBN 8071794295.
- KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. 1. vydání. Praha: Karolinum, 2002, 419 s. ISBN 80-246-0483-3.
- KÜHN, Zdeněk. Jusnaturalismus vs. juspozitivismus? Prvních deset let Ústavního soudu a proměna soudcovské ideologie aplikace práva. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělbá soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 92-117. ISBN 8021033185.
- KÜHN, Zdeněk. Kapitola třetí: Právotvorba soudcovská. I. Klasické civilní kodexy a otázka soudcovské právotvorby. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 86-101. ISBN 9788073573621.
- KUNCZIK, Michael. *Základy masové komunikace*. 1. vydání. Praha: Karolinum, 1995.
- KURLAND, Philip B. The Rise and Fall of the „Doctrine“ of Separation of Powers. *Michigan Law Review*, 1986, vol. 85, no. 3, pp. 592-613.
- KYSELA, J.; ONDŘEJKOVÁ, J. a kol. *Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezijoborové perspektivě*. Praha: Leges, 2012. ISBN: 978-80-87576-40-3.
- KYSELA, Jan. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, 352 s. ISBN 9788075020222.
- LAVICKÝ, Petr et al. *Občanský zákoník I.: Obecná část (§ 1–654)*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.
- LAVICKÝ, Petr. *Občanský zákoník: komentář*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014, xx, 2380 s.
- LUHMANN, N. *A Sociological Theory of Law*. London and Boston: Routledge and Kegan Paul, 1985, 436 s. ISBN 0710097476.

- LUHMANN, Niklas. *Realita masmédií*. Vyd. 1. Praha: Academia, 2014, 143 s. ISBN 9788020023339.
- MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978. 298 s. ISBN: 0-19-876384-0.
- MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno: MU, 2001, 219 s. ISBN 80-210-2539-5.
- MACUR, Josef. Důvody neplatnosti rozhodčí smlouvy. *Právní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2001, roč. 9, č. 12, s. 579–583. ISSN 1210-6410.
- MACUR, Josef. Význam shodných tvrzení procesních stran pro zjištění skutkového stavu v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 1997, roč. 5, č. 2, s. 49. ISSN 1210-6410.
- MACUR, Josef. *Zásada projednací v civilním soudním řízení*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 233 s. ISBN 80-210-1628-0.
- MAGILL, Mary Elizabeth. The Real Separation in Separation of Powers Law. *Virginia Law Review*. 2000, vol. 86, no. 6, pp. 1127-1198. ISSN 0042-6601.
- MACHALOVÁ, Tatiana, Miloš VEČEŘA, Jaromír HARVÁNEK, Lukáš HLOUCH a Tomáš SOBEK. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. 1. vydání. Praha: Leges, 2014, 335 s. ISBN 978-80-7502-060-4.
- MALANÍK, Michal. *Porovnání interpretace právního textu a hudby*. Brno, 2014. Diplomová práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Vedoucí práce Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D.
- MARŠÁLEK, P. *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, 258 s. ISBN 978-80-903786-8-1.
- MCCOMBS, Maxwell E. *Agenda-setting: nastolování agendy – masová média a veřejné mínění*. 1. vydání. Praha: Portál, 2009.
- MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*. 2008, vol. 19, no. 4, pp. 655-724. ISSN 0938-5428. S. 713-714.
- MCCHESNEY, Robert W. *Problém médií: jak uvažovat o dnešních médiích*. Všeň: Grimmus, 2009. 144 s.
- MCLUHAN, Marshall. *Jak rozumět médiím: extenze člověka*. 2., rev. vyd. Praha: Mladá fronta, 2011, 399 s. ISBN 978-80-204-2409-9.

- McQUAIL, Denis. *Mass Communication Theory*. London: SAGE Publications Ltd. 2010, 614 s. ISBN 978-1-84920-291-6.
- MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. BECK, 2010, 304 s. ISBN 978-80-7400-149-9.
- MELZER, Filip, TÉGL, Petr et al. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I, § 1-117*. 1. vydání. Praha: Leges, 2013, lxvi, 720 s. ISBN 978-80-87576-73-1.
- MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva*. Brno: Knihovnička, 2008. ISBN: 978-80-7399-358-0.
- MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva: Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011.
- MODAK-THURAN, M. C. *A Pragmatic Justification of The Judicial Hunch*. University of Richmond Law Review, 2001. Vol. 35.
- MOLEK, Pavel. *Právo na spravedlivý proces*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2012, 573 s. Ediční řada Lidská práva. ISBN 978-807-3577-483.
- MOLEK, Pavel. Reakce na glosu Petra Coufalíka. *Soudní rozhledy*, Praha: C. H. Beck, 2015, 2015, roč. 21, č. 1, s. 9-11. ISSN 1211-4405.
- MONTESQUIEU, CH. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003. Reprint 1947, 365 s. ISBN 80-86473-30-9.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, 365 s. ISBN 8086473309.
- NEČAS, Vlastimil et al. *Agenda-setting: teoretické přístupy*. Praha: Sociologický ústav AV ČR, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Radostná věda*. Vyd. 2., ve Votobii 1. Olomouc: Votobia, 1996, 285 s. ISBN 8071980803.
- NOURSE, Victoria. The Vertical Separation of Powers. *Duke Law Journal*, 1999, Vol. 49, No. 3, pp. 749-802. ISSN 0012-7086. S. 758.
- NOVOTNÁ, Tereza. Úskalí soudní interpretace a aplikace nového občanského zákoníku. In J. Kotásek, J. Bejček, V. Kratochvíl, N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata. *Dny práva 2012 – Days of Law 2012*. Brno: Masarykova univerzita, 2013. s. 1110 - 1121, 12 s. ISBN 978-80-210-6319-8.

- OVERES, H.C.C., van der PLOEG, T. J. The Developments of the Law on Foundation in the Netherlands, In PRELE, CH. (eds.) *Developments in Foundation Law in Europe* Springer Netherlands, 2014, s. 194 a násl.
- PAVLÍČEK, Václav. Dělbba moci, postavení prezidenta a současné spory. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělbba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 181-190. ISBN 978-80-87382-42-4.
- PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti: úvahy a polemiky. 3 / Demokratický a laický stát*. Vyd. 1. Praha: Univerzita Karlova, 2009, 543 s. ISBN 9788024616421.
- PETRUSEK, M. *Společnosti pozdní doby*. Praha: Sociologické nakladatelství. 2006, 459 s. ISBN 80-86429-63-6.
- PINZ, Jan. Destrukce vyváženosti dělby moci v soudobém státu. In: JIRÁSEK, Jiří (eds.). *Dělbba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 191-199. ISBN 978-80-87382-42-4.
- PLOEG, T. Stiftungen im niederländischen Recht. In: HOPT, K. J., REUTER, D. *Stiftungsrecht in Europa*. Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2001, s. 405.
- POSNER, R. A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, 387 s. ISBN 978-0-674-02820-3.
- POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003, xii, s. 398.
- POSTMAN, Neil. *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*. London: Penguin Books, 2005. 184 s.
- POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*. 1908, vol. 8, no. 8, s. 605-623.
- PULKRÁBEK, Zdeněk. K problému otevřenosti (psaného) práva a možnostem jeho dotváření. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Praha: Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2000, roč. 139, č. 11, s. 1025 – 1047. ISSN 0231-6625.
- RAMONET, I. *Tyranie médií*. Praha: Mladá fronta, 2003.

- RAWERT, P. Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? Der noch lebende Stifter und die Vefassung „seiner“ Stifgung, Non-profit Law Yearbook 2012/2013, Bucerius Law School, Hamburg, 2013, s. 51.
- RICHTER, A., German and American Law of Charity in the Early 19th Century. In: HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiduiiae*. Duncker/Humbolt, Berlin, 1998, s. 430.
- RICHTER, A., German and American Law of Charity in the Early 19th Century, In: HELMHOLZ, R., ZIMMERMANN, R. *Itinera Fiduiiae*. Duncker/Humbolt, Berlin, 1998, s. 430.
- RODIN, S. Diskurz a autorita v evropské a postkomunistické právní kultuře. *Právník*, 2006, roč. 145, č. 8, s. 873-892. ISSN 0231-6625.
- RONOVSKÁ, K. *Metamorfózy nadačního práva v Evropě a v České republice na počátku 21. století*. MU Brno, 2015.
- RONOVSKÁ, K. *Nové české nadační právo v evropském srovnání*. Wolters Kluwer, Praha, 2012.
- RŮŽIČKA, Vlastimil. *Politika a média v konzumní společnosti*. Praha: Grada Publishing, a.s., 2011, 1. vyd. ISBN 978-80-247-3667-9.
- RYCHETSKÝ, Pavel. Několik poznámek ke stavu české justice s přihlédnutím k dělbě moci. In: HLOUŠEK, Vít a Vojtěch ŠIMÍČEK. *Dělba soudní moci v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 11-15. ISBN 8021033185.
- SAVIGNY, F. C. von. *Das System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin, 1840, Band II, s. 244 a násl., též s. 262.
- SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law*. Thomson/West, 2012. ISBN: 978-0-314-27555-4.
- SEDLÁČEK, Tomáš. *Ekonomie dobra a zla: po stopách lidského tážání od Gilgameše po finanční krizi*. 2. vyd. Praha: 65. pole, 2012, 367 s.
- SHOEMAKER, Pamela J., VOS, Tim P. *Gatekeeping Theory*. New York: Routledge. 2009, 176 s.
- SCHLOSSER, H. Výklad v práve, aplikácia práva a sudcovská tvorba práva. In: *Téória práva*. Bratislava: EUROKÓDEX, 2011, 342 s. ISBN 978-80-89447-40-4.

- SCHULZE, R. Die Gegenwart des Vergangenen - Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte. In HOPT, J. K., REUTER, D. *Stiftungsrecht in Europa*. Köln: Carl Heymans Verlag KG, 2001, s. 68. Česky pak RONOVSKÁ, K. *Metamorfózy nadačního práva v Evropě a České republice na počátku 21. století*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, úvodní kapitola.
- SMEKAL, Hubert. Soudcokracie, nebo judicializace politiky? In: SMEKAL, Hubert a POSPÍŠIL, Ivo (eds.). *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, Fakulta sociálních studií, 2013, s. 12-33. ISBN 9788021062825.
- SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, 330 s. ISBN 978-80-904024-5-4.
- SOBEK, Tomáš. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010. ISBN: 978-80-904024-7-8.
- SOBEK, Tomáš. Problém legitimní autority I. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 6, s. 537-561. ISSN 0231-6625.
- SOBEK, Tomáš. Úmysl zákonodárce a skutečné právo. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 44-86. ISBN 9788073803889.
- STACY, H. M. *Postmodernism and Law*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2004, 201 s. ISBN 1840147490.
- STAVINOHOVÁ, Jaruška a Petr HLAVSA. *Civilní proces a organizace soudnictví*. 1. vyd. Brno: Doplněk, 2003, 660 s. ISBN 80-210-3271-5.
- STEINER, Vilém. *Základní otázky občanského práva procesního*. 1. vydání. Praha: Academia, 1981, 365 s. Bez ISBN.
- SUNSTEIN, Cass R. a kol. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press, 2007.
- SVÁK, Jan a Boris BALOG. Suverenita ľudu a deľba verejno-politickej moci a ich vplyv na formovanie ústavného systému Slovenskej republiky. In: Jiří Jirásek (ed.). *Děľba moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 219-238. ISBN 978-80-87382-42-4.

- SYLLOVÁ, J., KOLÁŘ, P. Analýza změn ústavního a právního prostředí v České republice v souvislosti se vstupem do Evropské unie: s důrazem na parlamentarismus, občanství a soudnictví. In: MANSFELDOVÁ, Z., KROUPA, A. (eds.). *Proměny reprezentace zájmů po vstupu do Evropské unie*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2008, 274 s., ISBN 978-80-86429-88-5.
- ŠEJVL, Michal. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2014. 261 s. ISBN 978-80-7380-519-7.
- ŠIMÍČEK, Vojtěch. In: NAVARA, Luděk. *Lidský mi bylo Nečase líto, ale bylo to nutné*. Mladá fronta DNES. Vyd. 6. 6. 2015, č. 131, s. 14.
- ŠKOP, Martin. *...právo, jazyk a příběh*. Praha: Auditorium, 2013. 182 s. ISBN: 978-80-87284-37-7.
- ŠKOP, Martin. *Právo a vášně*. Brno: Masarykova univerzita, 2011. ISBN: 978-80-210-5464-6.
- THOMPSON, John B. *Média a modernita: sociální teorie médií*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2004, 219 s. ISBN 80-246-0652-6.
- TICHÝ, L., ARNOLD, R., SVOBODA, P. et al. *Evropské právo*. 3. vyd. Praha: C.H. BECK, 2006, 879 s. ISBN 80-7179-430-9.
- TOMEŠ, Milan. Ústavní postavení státního zastupitelství – zamyšlení nad základními principy jeho činnosti. *Státní zastupitelství*. 2008, roč. 6, č. 11 – 12, s. 86-88. ISSN 1214-3758.
- TOMOSZEK, Maxim. Dělbá moci jako podstatná náležitost demokratického právního státu. In: Jiří Jirásek (ed.). *Dělbá moci. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2013*. Vydání 1. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, o.p.s., 2014. s. 239-250. ISBN 978-80-87382-42-4.
- TOMSA, Bohuš. *Nauka o právních vědách. Základy právní methodologie*. Praha: Spolek čs. právníků Všehrd, 1946. 135 s.
- TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010. 332 s. ISBN: 978-80-87284-01-8.
- UNGER, R. M. *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*. New York: The Free Press, 1976, 309 s. ISBN 0-02-932880-2.
- VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. *Sociologie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, 313 s. ISBN 978-80-7380-321-6.

- VEČEŘA, Miloš, et al. *Teória práva*. 5. vydání. Žilina: Eurokódex, 2013, 351 s. ISBN 978-808-1550-010.
- VEČEŘA, Miloš. *František Weyr*. 1. vyd. Brno: Nadace Universitas Masarykiana, 2001. 304 s. ISBN 8072042025.
- VEČEŘA, Miloš. Soudcovské dotváření práva. In: GERLOCH, Aleš, Jan TRYZNA a Jan WINTR (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012, s. 221-234. ISBN 9788073803889.
- WAGNEROVÁ, Eliška et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, 906 s. ISBN 978-80-7357-750-6.
- WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995. ISBN: 80-210-1123-8.
- WEYR, F. *Teorie práva*. Orbis: Praha-Brno, 1936, 388 s.
- WEYR, František. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, xii, 339 s.
- WINTEROVÁ, Alena, et al. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice*. 6. aktualiz. vyd. Praha: Linde, 2011. ISBN 978-807-2018-420.
- WINTEROVÁ, Alena. MACKOVÁ, Alena, et al. *Civilní právo procesní: vysokoškolská učebnice*. 7. aktualiz. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2014, 621 s. ISBN 978-807-2019-403.
- WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, 229 s. ISBN 978-80-87284-36-0.
- WINTR, Jan. Kapitola devátá: Proměny tvorby práva ve 20. století. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 150-164. ISBN 9788073573621.
- WINTR, Jan. Kapitola osmá: Role právních principů v tvorbě práva. In: GERLOCH, Aleš et al. *Teorie a praxe tvorby práva*. Vyd. 1. Praha: ASPI, 2008, s. 145-149. ISBN 9788073573621.
- WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 2. vyd., Ve Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 1. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 259 s. ISBN 9788073804497.

Elektronické zdroje

Baseball telecasts technology [online]. Wikipedia, The Free Encyclopedia; 11. 12. 2014 [cit. 2015-05-15]. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Baseball_telecasts_technology&oldid=637581420.

BEGUTACHTUNGSENTWURF

ERBRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2015 [online].

DIE ÖSTERREICHISCHE JUSTIZ [cit dne 5. 10. 2015]. Dostupné z: <https://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c94848a4c347ba4014c36505994000a.de.html>.

Being Trans in the EU - Comparative analysis of the EU LGBT survey data [online] FRA, 2014 [cit. 31.10. 2015] Dostupné z: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/being-trans-eu-comparative-analysis-eu-lgbt-survey-data>.

BLOMQUIST, R. F. *Overinterinterpreting Law*. 2011 [Cit. 15. 10. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://ssm.com/abstract=1766766>.

BOYNTON, Robert S. „Sounding Off,“ a review of Richard Posner’s Public Intellectuals. *The Washington Post Book World*. 20. 1. 2002 [cit. 2015-05-15]. Dostupné z: http://www.robertboynton.com/articleDisplay.php?article_id=75.

BURNS, Diana. *New Media Technologies* [online]. 2009, 41 p. Available from: <http://www.scribd.com/doc/23738813/3/MEANING-CLASSIFICATION-OF-MASS-MEDIA>.

BYDLINSKI, Franz. *Základy právní metodologie*. Přeložila do češtiny Jindřiška Munková. Hospodářská univerzita Vídeň, 2003 [Cit. 18. 12. 2012]. [online]. Dostupné z: <http://www.wu.ac.at/fowi/publika/arbeitspapiere/uebergr/ap095a>.

COUFALÍK, Petr. Workshop „aktuální otázky dokazování v civilním soudním řízení“. *Bulletin advokacie* [online], Praha: Česká advokátní komora, 30. 7. 2015 [cit. 2015-09-21]. ISSN 1210-6348. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/workshop-aktualni-otazky-dokazovani-v-civilnim-soudnim-rizeni>.

Česká televize. *Být v obraze*. © Česká televize 1996–2015 [online]. 2009 [cit. 23. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.ceskatelevize.cz/porady/10214728740-byt-v-obraze/4430-slovnicek/>.

- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extrinsic factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2011, 108.17: 6889-6892. Dostupné z: <http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full>.
- Databáze monitoringu českého tisku, rozhlasu i televize Anopress IT. Dostupné například z www.anopress.cz.ezproxy.muni.cz nebo muj.anopress.cz.
- DESIERTO, Diano A. GILLESPIE, Colin. *Evolutionary Interpretation and Subsequent Practice Interpretive Communities and Processes in the Optional Protocol to the ICESCR*. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. 2013. ZaöRV 73 (2013), 549-589 [Cit. 28. 8. 2015]. [online]. Dostupné z: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_4_a_549_590.pdf.
- Diskriminace v ČR: Oběť diskriminace a její překážky v přístupu ke spravedlnosti* [online] Kancelář veřejného ochránce práv, 2015 [cit. 31.10.2015] Dostupné z: http://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/DISKRIMINACE/Vyzkum/CZ_Diskriminace_v_CR_studie.pdf.
- DWORKIN, Ronald. *Law as Interpretation*. Texas Law Review. Vol. 60(1982): 60 [Cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://openfile.jus.unibs.it/files/Teoria-e-tecnica-della-interpretazione-giuridica/2009-2010/Materiali%202009-2010/1.%20Dworkin,%20Law%20as%20Interpretation.pdf>.
- European foundation Centre [online]. [cit. 10. 8. 2015]. Dostupné z: http://www.efc.be/programmes_services/resources/Documents/TGE-web.pdf.
- GADAMER, Hans-Georg. *Text a Interpretace*. Translated by Ivan Chvatlík. Reflexe 21/2000 [Cit. 22. 3. 2014]. S. 25-26 [online]. Dostupné z: <http://www.reflexe.cz/File/reflexe21/gadamer-text%20a%20interpretace.pdf>.
- IHERING, Rudolf. *Law as a Means to an End*. Translated from the German original by Isaac Husik. Boston book company. Boston, 1913 [Cit. 17. 5. 2015] [online]. Dostupné z: <https://archive.org/details/lawasameanstoan00}heruoft>.
- JARRETT, Keith. *The Art of Improvisation*. Directed by Mike Dibb, 2005. United Kingdom [Cit. 23. 6. 2015]. [online]. Dostupné z: https://www.youtube.com/watch?v=_fB5YXgNX-w.

- KIRTLEY, Jane et al. *Media Law Handbook*. Bureau of International Information Programs [online]. 2010, 66 s. S. 26 [cit. 1. 10. 2015]. Dostupné z: <http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2011/04/20110428143515su0.4137776.html#axzz2j1sse9x8>.
- KÜHN, Zdeněk. In: SOMMEROVÁ, Klára. *Masová média a jejich role v mechanismu právní regulace* [online]. 2012 [cit. 2. 9. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/257566/pravf_m/.
- KUŽVART, Jan. *JAK SI UCHOVAT „MEDIÁLNÍ MOC“?* [online]. Vydáno 26. 9. 2014 [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.mediainfo.cz/clanky/jak-si-uchovat-medialni-moc/>.
- Leader (lídr, vůdce). *Manažerský slovník* [online]. Else AZ s.r.o., 2015 [cit. 2015-09-30]. Dostupné z: <http://www.elseaz.cz/slovník/leader-lidr-vudce/>.
- MALANÍK, Michal. Porovnání interpretace právního textu a hudby. 2014 [Cit. 23. 6. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce: Martin Škop [online]. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/348679/pravf_m/.
- MALANÍK, Michal. *Právo a hudba: Interpretace a improvizace - komparativní studie*. Brno, [cit. 2015-09-30]. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Miloš Večeřa. Dostupné [online] z: http://is.muni.cz/th/348679/pravf_r/.
- MASON, Rowena, WATT, Nicholas. *Freedom of Information Act misused by media to create stories, says Grayling* [online]. © 2015 Guardian News and Media Limited [cit. 29. 10. 2015]. Dostupné z: http://www.theguardian.com/media/2015/oct/29/freedom-of-information-journalists-chris-grayling-foi?CMP=ema_546.
- MONTAG, Josef; SOBEK, Tomáš. Should Paris Hilton Receive a Lighter Prison Sentence Because She's Rich? An Experimental Study. *Kentucky Law Journal*, 2014, 103, s. 95-125. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329379##.
- NĚMEČEK, Tomáš In: SOMMEROVÁ, Klára. *Masová média a jejich role v mechanismu právní regulace* [online]. 2012 [cit. 27. 9. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/257566/pravf_m/.

- NĚMEČEK, Tomáš. Dva soudci se vzdali Právníka roku. *Lidové noviny*. 24. leden 2011, s. 27. Dostupné z: <<http://iforum.cuni.cz/IFORUM-10363-version1.pdf>>.
- Ochrance.cz. *Chybuje veřejná ochránkyňe práv tím, že poukazuje na nezákonný postup realitních kanceláří?* [online]. © Kancelář veřejného ochránce práv [cit. 3. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.ochrance.cz/aktualne/tiskove-zpravy-2015/chybuje-verejna-ochrankyne-prav-tim-ze-poukazuje-na-nezakonny-postup-realitnich-kancela/>.
- POLLASTRI, Neri. *Improvisation. A "method" of philosophical consultation*. 2006 [Cit. 6. 6. 2015]. [online]. Dostupné z: http://www.ub.edu/practicafilosofica/arxius/N_Pollastri.pdf.
- POWELL, H. J. *Response to Knight*. Duke Law Journal, 2009. Vol. 58, p. 1726 [Cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1735030.
- SEN, A. *Rights, Laws and Language*. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 31, No. 3, 2011. S. 437-453 [Cit. 15. 10. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/31/3/437.full?sid=6659ab4b-4f17-446f-9a82-53fc10c0142c>.
- Sněmovní tisk 478/0. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. Poslanecká sněmovna, 5. volební období, 2006-2010. Vydáno dne 9. 4. 2008. [cit. 27. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=26578>.
- Sněmovní tisk 932/0. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. Poslanecká sněmovna, 6. volební období, 2010-2013. Vydáno dne 15. 3. 2013. [cit. 25. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=932&CT1=0>.
- SOMMEROVÁ, Klára. *Masová média a jejich role v mechanismu právní regulace* [online]. 2012 [cit. 27. 9. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/257566/pravf_m/.
- Städel Museum* [online]. 2015 Städel Museum [cit. dne 2. 10. 2015]. Dostupné z: <http://www.staedelmuseum.de/en>.
- STACHOŇOVÁ, Monika. *Mass media and their role in the mechanism of legal regulation* [online]. 2014 [cit. 1. 10. 2015]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Brno. Právnická fakulta. Vedoucí Martin Škop. Dostupné z: http://is.muni.cz/th/348314/pravf_m/.

- Stručná pravidla baseballu. *CANNIBALS ŠUMPERK* [online]. 2002 [cit. 2015-05-15]. Dostupné z: <http://cannibals.wz.cz/view.php?cislocclanku=2005042501>.
- ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina. Denegatio Iustitiae aneb zamyšlení nad nejnepřávanějšími rozsudky. *JUDr. Kateřina Šimáčková, Ph.D.* [online]. 2012 [cit. 2015-09-17]. Dostupné z: http://www.simackova.cz/images/prispevek_denegatio.doc.
- ŠIMÍČEK, Vojtěch. *Mlč soudče!*. Jiné právo [online]. Jinepravo.blogpot.cz 2013 [cit. 15. 9. 2015]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2007/05/ml-soude.html>.
- TABERY, Paulína. *Nastolování agendy a proces rámování*. SOCIOWeb: Sociologický webzín [online]. Březen 2009 [cit. 10. 9. 2015] Dostupné z: <http://www.socioweb.cz/index.php?disp=teorie&shw=385&lst=105>
- The Economist. *About us* [online]. © The Economist Newspaper Limited 2015 [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.economist.com/help/about-us>.
- Trans Right Europe Index* [online] Transgender Europe, 2015 [cit. 31.10.2015] Dostupné z: <http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/05/transmap-Side-B-may-2015.pdf>.
- Unie vydavatelů. *MEDIA PROJEKT 1. a 2. čtvrtletí 2015* [online]. © 2013 Unie vydavatelů ČR [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: http://www.unievydavatelu.cz/gallery/files/MP_1-2-2015-Prezentace_v07m.pdf.
- Unie vydavatelů. *PRODANÝ NÁKLAD, ČTENOST A INZERTNÍ VÝKONY TITULŮ ČLENŮ UNIE VYDAVATELŮ V OBDOBÍ 1. AŽ 3. ČTVRTLETÍ 2010* [online]. © 2013 Unie vydavatelů ČR [cit. 1. 9. 2015]. Dostupné z: <http://www.unievydavatelu.cz/gallery/files/864.pdf>.
- URSIN, Edmund. *How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking*. Buffalo law review, 2009. Vol. 57 [Cit. 3. 6. 2015]. [online]. Dostupné z: http://www.buffalolawreview.org/past_issues/57_4/Ursin%20Web%2057_4.pdf.
- Von HIPPEL, T. *Taxation of cross border philanthropy in Europe afuter Persche and Stauffer: from landlock to free movement?* [online]. 2014 [cit. 10. 10. 2015]. Dostupné na: <http://www.efc.be/publication/taxation-of-cross-border-philanthropy-in-europe-after-persche-and-stauffer-from-landlock-to-free-movement/>.

- VRCHA, Pavel. K tzv. „důkaznímu standardu“ ve světle nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 173/13. *Pavel Vrcha, soudce NS ČR* [online]. 2014 [cit. 2015-09-17]. Dostupné z: <http://vrcha.webnode.cz/news/k-tzv-dukaznimu-standardu-ve-svetle-nalezu-ustavniho-soudu-sp-zn-i-us-173-13/>.
- WHELANOVÁ, Markéta. Účinky unijního práva ve světle judikatury Soudního dvora. *Správní právo*, 2011, č. 3. s. 74-89. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/ucinky-unijniho-prava-ve-svetle-judikatury-soudniho-dvora.aspx>.
- WINTR, Jan. *Vstupní úvahy o metodologii interpretace práva*. VŠEHŘD. 11/2010 [Cit. 22. 3. 2014]. [online]. Dostupné z: <http://casopis.vsehrd.cz/2010/11/vstupni-uvahy-o-metodologii-interpretace-prava/>.
www.eftacourt.int.

Judikatura

- International Court of Justice, Judgment in Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua). 2009 [Cit. 28. 8. 2015]. [online]. Dostupné z: <http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15331.pdf>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 1. 10. 2014, sp. zn. I. ÚS 2723/13.
- Nález Ústavního soudu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09.
- Nález Ústavního soudu ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05.
- Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06.
- Nález Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2006, sp. zn. IV. ÚS 111/06.
- Nález Ústavního soudu ze dne 18. 12. 2014, sp. zn. IV. ÚS 1256/14.
- Nález Ústavního soudu ze dne 18. 2. 2010, sp. zn. I. ÚS 3336/09.
- Nález Ústavního soudu ze dne 19. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 962/14.
- Nález Ústavního soudu ze dne 20. 8. 2014, sp. zn. I. ÚS 173/13.
- Nález Ústavního soudu ze dne 23. 10. 2014, sp. zn. I. ÚS 3106/13.
- Nález Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2015, sp. zn. I. ÚS 1974/14.
- Nález Ústavního soudu ze dne 24. 6. 2014, sp. zn. II. ÚS 475/13.
- Nález Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 49/10.
- Nález Ústavního soudu ze dne 3. 2. 2015, sp. zn. IV. ÚS 2722/13.

- Nález Ústavního soudu ze dne 7. 10. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 39/13.
- Nález Ústavního soudu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94 [Cit. 22. 6. 2015]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=27131&pos=2&cnt=2&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2000, sp. zn. I. ÚS 156/99 [online]. Ústavní soud [cit. 29. 9. 2015]. Dostupný na: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=32822&pos=2&cnt=2&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 6. 3. 2012, sp. zn. I. ÚS 823/11 [online]. Ústavní soud [cit. 1. 10. 2015]. Dostupný na: http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Aktualne_prilohy/2012_03_19a.pdf.
- Nález Ústavního soudu ze dne 17. 2. 2010, sp. zn. I. ÚS 1898/09 [Cit. 18. 12. 2012]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=65568&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96 [Cit. 18. 12. 2012]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=29187&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Nález Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2010, sp. zn. I. ÚS 1885/09 [Cit. 18. 12. 2012]. Dostupné [online] z: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=66325&pos=1&cnt=1&typ=result>.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 3. 2014, č. j. 16 Kss 9/2013-91.
- Rozsudek ESLP ve věci Goodwin proti Spojenému království ze dne 11. července 2002, č. s. 28957/95.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13. 11. 2012, sp. zn. 26 Cdo 2168/2011.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 10. 2014, sp. zn. 9 Afs 38/2014-59 (publikovaný pod č. 2/2015 ve Sbírce rozhodnutí NSS).
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 5. 2008, č. j. 9 Afs 141/2007-83.
- Rozsudek Soudního dvora ESVO - EFTA Court ze dne 9.7.2014, spojené případy E-3/13 a E-20/13.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 15. března 2005, C-209/03, Bidar.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 15. června 1978, C-149/77, Defrenne.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 18. listopadu 2008, C-158/07, Förster.

- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 18. prosince 2014, C-523/13, Larcher.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 21. února 2013, C-46/12, L. N.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 23. května 1996, C-237/94, O'Flynn.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 27. dubna 2006, C-423/04, Richards.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 27. listopadu 1997, C-57/96, Meints.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 30. dubna 1996, C-13/94, P. S.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 7. ledna 2004, C-117/01, K. B.
- Rozsudek Soudního dvora EU, ze dne 11. července 2006, C-13/05, Navas.
- Rozsudek Soudního dvora EU, ze dne 11. dubna 2013, C-335/11 a C-337/11, HK Danmark.
- Rozsudek Soudního dvora EU, ze dne 16. července 2015, C-83/14, ČEZ RB.
- Rozsudek Soudního dvora EU, ze dne 17. července 2008, C-303/06, Coleman.
- Rozsudek Soudního dvora EU, ze dne 18. prosince 2014, C-354/13, Kaltoft.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 14. 9. 2006, C-386/04.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 16. 6. 2011, C-10/10 online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 19. 7. 2012, C-31/11 online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>.
- Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 27. 1. 2009, C-318/07 [online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>.
- Rozsudek velkého senátu Občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 4. 4. 2013, sp. zn. 31 Cdo 4616/2010 (uveřejněný pod č. 98/2013 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek).
- Rozsudek ze dne 14. září 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C386/04, bod 32 [online]. *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/>.

Stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 28. 4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS-st. 27/09.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 3. 2014, sp. zn. 29 Cdo 662/2014.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 5. 2014, sp. zn. 22 Cdo 1377/2014.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2014, sen. zn. 29 NSČR 82/2014

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 7. 2014, sp. zn. 26 Cdo 1269/2014 (uveřejněné pod č. 106/2014 Sbírký soudních rozhodnutí a stanovisek).

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2013, sp. zn. 29 Cdo 2394/2013 (uveřejněné pod č. 4/2014 Sbírký soudních rozhodnutí a stanovisek).

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 8. 2013, sp. zn. 29 NSČR 55/2013.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 1997, sp. zn. 2 Cdon 609/97.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 9. 2014, sp. zn. 30 Cdo 3857/2014.

Usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 31/12.

Usnesení Ústavního soudu ze dne 23. 9. 2005, sp. zn. III. ÚS 359/05.

Usnesení velkého senátu Občanskoprávního a obchodního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 8. 4. 2015, sen. zn. 31 NSČR 9/2015 (uveřejněné pod č. 78/2015 Sbírký soudních rozhodnutí a stanovisek).

Právní předpisy

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

Směrnice 88/361/EEC ze dne 24. 6. 1988. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 29. 9. 2015]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu>.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/38/ES, o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států.

Směrnice Rady 2000/78/ES ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání.

Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.

Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit 5. 9. 2015].

Zákon č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit 5. 8. 2015].

Zákon č. 89/2014 Sb., občanský zákoník. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit 12. 9. 2015].

Ostatní

MYJER, Egbert. Ústní vyjádření. Rozhovor proveden v Leidenu, Nizozemsko [13. 12. 2013].

TABERY, Erik. Ústní sdělení. Přednáška v rámci předmětu Mediální právo na Právnické fakultě Masarykovy univerzity [21. 10. 2015].

VALANCIUS, Virgilijus. Ústní sdělení. Přednáška v rámci předmětu Judicial Function in a Democratic Society na Mykolas Romeris University, Vilnius, Litva [24. 9. 2012].

Rejstřík

D

dělba moci 11, 16, 18, 29, 64, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 95, 96, 206, 207, 221, 317, 321, 327, 329, 330

I

interpretace práva 11, 16, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 28, 33, 34, 35, 37, 58, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 90, 91, 116, 118, 121, 141, 143, 145, 151, 153, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 192, 195, 196, 197, 199, 203, 204, 205, 239, 276, 293, 320, 322, 325, 326, 329, 331, 334, 337

J

judiciální test 11, 94, 121, 122, 123, 124, 125, 131, 135, 136, 137, 139

N

nadační právo 12, 239, 240, 241, 245, 246, 247, 253, 328, 329

O

občanské právo 11, 31, 92, 106, 108, 241, 256, 261, 323, 329

P

pramen práva 16, 33, 36, 40, 41, 52, 63, 69, 89, 143, 145, 153

právo na rovné zacházení 12, 290, 292, 293, 294, 298, 313, 314

procesní právo 12, 14, 108, 109, 111, 112, 126, 148, 158, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 273, 274, 276, 283, 286, 287, 289, 290, 329, 331

R

rozhodovací činnost 11, 33, 47, 48, 51, 52, 55, 78, 88, 114, 121, 123, 126, 128, 130, 141, 162, 175, 199, 219, 301, 308

S

soudcovská tvorba práva 11, 13, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 78, 82, 89, 91, 93, 94, 95, 96, 201, 209, 323

soukromé právo 11, 97, 103, 104, 110, 113, 114, 119, 259, 268, 290

soukromé právo hmotné 11, 97

V

vliv médií 221, 226, 229

Vědecká redakce MU

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;
doc. Mgr. Martin Zvonář, Ph.D.

NOVÉ TRENDY V SOUDCOVSKÉ TVORBĚ PRÁVA

**prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.,
Mgr. Martin Hapla, Mgr. Petr Coufalík, JUDr. Lukáš Hlouch, Ph.D.,
Mgr. Vít Křížka, JUDr. Petr Lavický, Ph.D., Mgr. Michal Malaník,
Mgr. Tereza Pondikasová, Mgr. Vojtěch Pospíšil,
doc. JUDr. Kateřina Ronovská, Ph.D., Mgr. Bc. Monika Stachoňová**

Vydala Masarykova univerzita v Brně roku 2015
Spisy Právnické fakulty MU č. 541 (řada teoretická, Edice Scientia)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, J. Hurdík, V. Kalvodová,
V. Kratochvíl, P. Mrkývka, R. Polčák, N. Rozehnalová

Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno
1. vydání, 2015

ISBN 978-80-210-8074-4