

Eric Stein Working Paper No 1/2009

MĚNÍCÍ SE STRUKTURA PRÁVNÍHO ŘÁDU
A
JEHO ATRIBUTY

Jan Kysela

Česká společnost pro evropské a srovnávací právo • Praha • Česká republika

The Eric Stein Working Papers
<http://www.ericsteinpapers.eu>

vedoucí redaktor
Jan Komárek
Jan.Komarek@some.oxon.org

Všechna práva vyhrazena.
Žádnou část tohoto díla není možné reprodukovat
jakýmkoliv způsobem bez souhlasu jeho autora.

Abstrakt

V důsledku celé řady jevů je narušována představa právního řádu jako pyramidy s jediným ohniskem, jímž je ústava, od níž se přehledně odvozují jednotlivé vrstvy právního řádu. Místo toho pozorujeme paralelní působení právních systémů tuzemského, mezinárodního a evropského původu, k němuž přistupuje možné střetávání teritoriality a kulturně definované personaly práv. Jedním z pojmů nabízejících se k popisu nové reality je „polycentrismus“, s nímž je spojeno nahrazení hierarchického modelu pyramidy modelem sítí. Zde už „vyšší“ nepůsobí proti „nižšímu“ derogačně; na místě je uvažovat spíše o „překládání“. Výrazem toho je jednak větší důraz na aplikační přednost, jednak diskuse o střetávání nároků různých právních systémů na přednost před ostatními. Politický a právní vývoj se nemůže nedotknout rovněž pojmů, z nichž je zvláštní pozornost věnována suverenitě. Jako nosné se ukazuje pojetí C. Schmitta, který suverenitu spojuje s rozhodováním o výjimečném stavu, resp. o výjimce. Tato konstrukce totiž obtočí i v procesu prohlubující se evropské integrace. Fenomén polycentrismu není chápán jako hodnotově vyhraněný, ba ani jako definitivní. Umocněn je labilitou právního řádu.

Klíčová slova

heterarchie; hierarchie; interpretace práva; labilita právního řádu; legitimita; multikulturalismus; polycentrismus; pluralismus právní; pluralismus ústavní; struktura právního řádu; suverenita

Abstract

As a consequence of a whole range of phenomena, the idea of a legal order as a pyramid with one centre – the constitution, from which all layers of the legal order are derived, is being challenged. What we can see instead is parallel impact of legal systems of the internal, international and European origin, to which possible conflicts of territoriality and culturally defined personality of rights is added. “Polycentrism” is one of the new concepts offered for describing such a new reality, which bears with it replacing the hierarchical model of a pyramid with a network model. Here, it is no more the “higher” that affects the “lower” with derogating effects; it is more appropriate to consider “translating.” The emphasis on primacy in application on the one hand, and the discussion concerning conflicts of various legal systems’ claims for primacy on the other are both manifestations of this. Political and legal development cannot ignore concepts among those sovereignty is taken into particular consideration. The conception of C. Schmitt, who connects sovereignty with decision making in emergency situations or exceptions, seems viable. This construction is defensible also in the context of the enhanced European integration. The phenomenon of polycentrism is neither understood as value-oriented nor as definitive. It is enhanced by legal order’s lability.

Keywords

heterarchy; hierarchy; interpretation of law; legal order’s lability; legitimacy; multiculturalism; polycentrism; legal pluralism; constitutional pluralism; structure of legal order; sovereignty

Obsah

I. Polycentrismus a pluralismus v právu.....	3
I.1 Polycentrická struktura práva.....	3
I.2 Právní pluralismus, ústavní pluralismus, multikulturalismus.....	6
II. Pojem „suverenity“	10
III. Konzistence a labilita právního řádu jako proměnné úvah o polycentrismu.....	16
IV. Poznámka na závěr aneb proměna funkce ústavy.....	19

Měnící se struktura právního řádu a jeho atributy

Jan Kysela*

Tato stať je jen mírně upravenou verzí příspěvku do kapitoly „*Polycentrismus v soudobém právu versus pyramidální struktura právního řádu v koncepci tradiční suverenity*“, jež je určena pro souhrnnou publikaci výzkumného záměru Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Téma bylo původně zvažováno jako společné pro katedry ústavního práva a teorie práva a právních učení, proto možná působí poněkud odtažitě. Na druhou stranu pěkně ilustruje, že nauka ústavního práva výrazně přesahuje rozsah tuzemských právních předpisů do ústavního práva řazených. Ústavním právem totiž rozhodně nejsou pouze texty právních předpisů, případně právní věty soudních rozhodnutí. Zejména ústavy jsou více než jiné právní předpisy založené na otevřené textuře, s níž je spojena existence rozsáhlých prostorů významového polostínu, jehož smysl je třeba rekonstruovat za použití spíše sofistikovanějších interpretačních metod, než je metoda jazyková.¹ Užívá se zde velmi obecných pojmů, najdeme četná programová ustanovení, zpravidla absentují sankce: zvláštní důraz při interpretaci tak je třeba klást na (pro)systémové zřetele či hodnotové argumenty a na jejich odůvodnění (dále viz oddíl IV.).² Nauka ústavního práva by se proto

* M. Kindlové patří dík za pročetění a připomínkování textu, jakož i za doplnění cenných odkazů na judikaturu. Nebýt nadřazených mateřských závazků, byla by spoluautorkou. Obdobné poděkování za odkazy na nálezy Ústavního soudu a upřesnění textu míří za J. Wintrem. Oba je tak možné považovat za členy autorského kolektivu v širším smyslu, ovšem bez viny za vady předkládané studie.

¹ Ve známém nálezu k prezidentovu vetu č. 30/1998 Sb. Ústavní soud odsuzuje mechanické používání jazykového výkladu těmito slovy: „*Dalším naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevdělanosti, smysl a účel právní normy činí z práva nástroj odcizení a absurdity.*“

² S odkazem na E.-W. Böckenfördeho o tom u nás píše Holländer, P.: *Interpretace ústavního práva: metodologický hlavolam?* In: Novotný, O. (ed.): Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám. Praha: ASPI, 2002, resp. též: *Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu*. In: Kysela, J. (ed.): Deset let Ústavy České republiky: východiska, stav, perspektivy. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. Stačí jen poukázat na čl. 54 odst. 1 Ústavy: „*Prezident republiky je hlavou státu.*“ Jednotlivá slova jsou srozumitelná, není však úplně zřejmé, co se chce říci jejich zřetězením. Jde o symbolický odkaz na středověké organické teorie? Má věta povahu deskriptivní, anebo je normou? Např. B. Constant hlavě státu (tehdy ovšem králi) přisuzoval neutrální autoritu, jejímž posláním je usilovat o soulad a porozumění mezi ostatními mocemi, které se stavějí proti sobě, případně se i blokují. Má-li být neutrální, nemůže být aktivní v tom smyslu, že by sledoval jiný program než je hladký chod státních institucí (viz též posuny během francouzské V. republiky). K hlubšímu významu citovaného ustanovení se u nás hlásí V. Pavlíček (srov. např. komentář „*Ústava a ústavní řád České republiky*“, resp. příslušné partie jím redigované pražské učebnice ústavního práva). Podobně obecná ustanovení v čl. 80 Ústavy Ruské federace se stala základem proprezidentské praxe, stvrzené posléze judikaturou Ústavního soudu. Srov. Chudoba, J.:

neměla omezovat na deskripci ustanovení a institutů ústavního práva, nýbrž měla by též zjišťovat, proč relevantní texty takto vypadají, jaký záměr, potažmo jaká vůle se v nich zračí.³ Koneckonců významná část amerických metodologických sporů se točí okolo „správného historického záběru“ při interpretaci Ústavy, tj. konfrontuje se text, vůle historického ústavodárce, proměna společenského kontextu atd. (interpretativisté, noninterpretativisté aj.) – metodologie je vůbec ztotožňována s „konstituční filosofií“.⁴ Britští autoři obecně upozorňují na různost interpretačních škol ptajících se, co text znamená, co návrhvatel myslel, že znamená, co se domnívá čtenář, že znamená, a co řekl soudce, že znamená.⁵

Mnohé otázky jsou skryty přímo v poněkud komplikovaném nadpisu tematického celku.⁶ Z hlediska organického ústavního práva jde totiž především o nahrazení paradigmatu v zásadě uzavřeného právního řádu s pyramidální (hierarchickou) strukturou, jež se odvozuje od ústavy jako jediného centra (výraz vůle suveréna), paradigmatem odlišným. Právní řády se otevírají mezinárodnímu a evropskému právu, jež každé nárokuje svůj primát. I z hlediska vnitrostátního dochází k rozrušování tradičního souboru kontinentálních pramenů práva, neboť se emancipuje soudcovské dotváření (tvorba) práva, setkáváme se s tzv. *soft law* apod. Můžeme tak možná mluvit o mnohosti center právních

Článek 80 Ústavy Ruské federace jako rozhodující moment pro determinaci mocenského postavení prezidenta v ústavním systému. Právník, roč. 2005, č. 11.

³ Narážíme tím na problém, je-li právo vědou, nebo spíše předmětem zkoumání vědy a současně nástrojem a výsledkem právní praxe. K tomu srov. nejnovější zamyšlení o vztahu právní praxe a právní vědy – Maršálek, P.: *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, str. 137-138. V tomto ohledu je postavení práva a právní vědy poněkud odlišné ve srovnání třeba s archeologií, jíž se nejspíše nelze profesionálně věnovat, aniž by byl archeolog současně vědcem. Většina právníků nicméně s vědou mnoho společného nemá. Vyplývá z toho úskalí nutného ujasnění si vlastních cílů: měla-li by právní věda pouze sloužit právní praxi, může sklouznout ke komentování jednotlivých ustanovení nejasných zákonů na základě systematického výkladu či znalosti důvodové zprávy (prof. J. Boguszak svého času v osobních rozhovorech líčil obraz právní vědy v očích valné části členů vědecké rady UK zhruba v tomto světle), soustředí-li se jen na cizelaci obecných pojmů, konstruování syntéz a ambicióznějších teorií, hrozí jí nebezpečí míjení se se zájmy většiny právnictva. Tuto otázku si rozřešila ryzí nauka právní omezením svého předmětu na noetiku, naopak C. Schmitt, který zde bude ještě vícekrát citován, pojímá z decisionistické perspektivy právní vědu jako propojenou s praxí, vše chápající jako přípravu na soudcovské rozhodnutí konfliktu, jež z „ne-řádu“ střetávajících se zájmů vytvoří řád; každý vědecký argument je tak „jen“ potenciálním důvodem rozhodnutí – viz Schmitt, C.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot, 2. vyd. 1993, str. 24-25. Ústavní právo má po mém soudu tu „výhodu“, že jeho rozsáhlé segmenty jsou bez teoretického aparátu zcela neuchopitelné, a naopak pěstování teorie umožňuje zodpovídat řadu konkrétních praktických otázek.

⁴ Např. Ely, J. H.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1980, str. 1 násl. Tomuto tématu se věnuje rovněž R. Bork v knize, jež v češtině vyšla pod názvem „Amerika v pokušení: právo vystavené svodům politiky“. Praha: Victoria Publishing, 1993.

⁵ Finer, S. E., Bogdanor, V., Rudden, B.: *Comparing Constitutions*. Oxford: Clarendon Press, 1998, str. 4-5. Obdobně poznamenává k tomu čtvrtému chápání W. Leisner: „Zákonem není to, co zákonodárce chce, nýbrž to, jak tomu rozumí soudce.“ Viz Leisner, W.: *Krise des Gesetzes. Die Auflösung des Normenstaates*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001, str. 97. Důkladný rozbor různých přístupů k textu, mj. co do promítání původního či aktuálního významu, nabízí Sobek, T.: *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2008.

⁶ Zčásti odkazuje na článek K. Klímy: *Pyramidální a praktické důsledky vstupu do Evropské unie pro ústavní pojetí pramenů práva v České republice*. In: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005.

řádů, resp. o mnohosti aspirantů na to být centrem právního řádu. A. Gerloch v této souvislosti píše o multicentrickém modelu práva,⁷ polycentrismus vychází z předpony zavedené v Dahlově polyarchii jako reálném obrazu ideální demokracie; konkrétní označení je však spíše věcí autorské licence a je docela dobře možné, že právě polycentrismus zapadne. Alternativním pohledem (N. Luhmann) je teze o „acentrismu“, tedy absenci jakéhokoliv centra, teze vztažená ovšem ke světu.⁸

V tomto textu se zaměříme právě na změnu struktury právního řádu směrem od obrazu pyramidy spíše k obrazu sítě, všimneme si dynamiky pojmu „suverenita“ a proměny některých tradičních charakteristik práva. S otázkou posledně zmíněnou souvisí úvaha o míře otevřenosti, resp. uzavřenosti právního systému v závislosti na rychlosti a převratnosti vývoje společnosti.

I. Polycentrismus a pluralismus v právu

I.1 Polycentrická struktura práva

Podstata polycentrismu byla nastíněna v předchozím textu. Jde o pokus zachytit posun ve vnímání struktury právního řádu, který buď ztrácí jediné ohnisko (základní norma), nebo se mění pojetí tohoto ohniska. Nejde již o špici pyramidy (byť i to bylo vždy jen zjednodušenou metaforou reality), od níž se odvíjejí nižší úrovně právního řádu, neboť významné části právního řádu nemají svůj původ na území státu, nejsou tedy svou existencí (platností) odvozeny od onoho ohniska. Naproti tomu bychom mohli mluvit o zachování ohniska právního řádu v tom případě, že s ním nespojíme vznik, ale účinky mimo území státu vzniklých právních norem (inkorporace mezinárodních smluv, integrační zmocnění pro vstup do Evropské unie, případně ustanovení pojednávající o účincích evropského práva). Právo by tak stále mohlo být „příkazem suveréna“, jakkoliv ten jej z určité části nevytváří, určuje však, co jím je, a to bez ohledu na původ.⁹

Na popsaném jevu není nová sama existence právních systémů mimo území jednotlivých států (viz dávné kořeny mezinárodního práva a ještě mnohem dříve potýkání se práva říšského, římského, kanonického a teritoriálních států), ale intenzita jejich působení, resp. jejich reflexe ústavodárstvím a judikaturou ústavních soudů. V důsledku toho je hierarchický model přinejmenším doplňován, možná dokonce zatlačován sítěmi, resp. síťovými vztahy.¹⁰ Místo jednoznačné převahy vyššího práva nad nižším (*lex superior*

⁷ Např. Gerloch, A.: Závěr. In: Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K.: *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI, 2008, str. 364. Stejně tak se k „multicentrickému systému práva“ hlásí T. Machalová – viz kolokvium „Právo a právní kultury v 21. století – různorodost a jednota“, PF UK, 1. června 2007.

⁸ Luhmann, N.: *Sociální systémy: nárys obecné teorie*. Brno: CDK, 2006, str. 10 a 496. Přesněji vzato píše Luhmann o polycentrické teorii v acentrickém světě, přičemž polycentrická v jeho pojetí znamená totéž, co polykontextuální.

⁹ Četné zmínky o tomto konceptu najdeme u J. Přibáně: *Suverenita, právo a legitimita*. Praha: Karolinum, 1997.

¹⁰ Obdobně Gerloch, A. in: Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K.: *Teorie a praxe tvorby práva...*, str. 363. Obecněji ke „zplošťování“ světa, v němž jsou hierarchie autorit, hodnot, organizací atd. nahrazovány „plochými“ sítěmi (viz např. antiglobalizační nebo teroristické sítě bez

derogat legi inferiori) je třeba mezi sítěmi „překládat“, mj. i proto, že nelze stanovit, co je vyšší a co nižší, protože se liší perspektivy – to je onen *Luhmannův* polykontextualismus zmíněný výše (srov. též dále o ústavním pluralismu). Ilustrativním je citát *B. Latoura*, ač není přímo určen smíšeným či sdíleným vládám nebo překrývajícím se právním řádům: „*Naší lodí je pojem překladu anebo sítě. Síť, jež je ohebnější než pojem systému, historičtější než pojem struktury, empiričtější než pojem komplexnosti, je Ariadninou nití smíšených historií.*“¹¹

V tomto duchu Evropský soudní dvůr nárokuje přednost evropského práva před právními řády členských států, a to včetně jejich ústav, ústavní soudy členských států prohlašují za nejvyšší zákon své ústavy (např. polský Ústavní tribunál v rozhodnutí K 15/04 o ústavnosti zákona o volbách do Evropského parlamentu,¹² ale i český Ústavní soud při přezkumu Lisabonské smlouvy v nálezu Pl. ÚS 19/08), a to s možností zkoumat evropské akty jako akty *ultra vires* ve vztahu k delegaci pravomocí, rigorosní mezinárodní právo považuje jiné právní systémy za pouhé *questiones facti*.^{13,14} Pro poměr mezi evropským a vnitrostátním právem si toho v domácí učebnicové literatuře všímá *J. Wintr*, když nejspíše neredukovatelně odlišný (dvojitý) pohled Evropského soudního dvora a národních ústavních soudů na to, co je vyšším právem, označuje za dualismus. Zásadní kolize perspektiv je po jeho soudu řešitelná pouze politicky.¹⁵ Podstatné přitom není ani tak, budeme-li vztah Evropského soudního dvora a ústavních soudů označovat jako vztah kooperace, nebo jako vztah komplementarity, jak navrhuje soudce Spolkového ústavního soudu *S. Bross*, podstatné je, že není obecně uznán jako vztah hierarchický, potažmo subordinační.¹⁶

Nicméně to, co může být novinkou z pohledu právníka (a veřejnosti) bažícího po jednoznačných řešeních, nemusí být ničím překvapujícím třeba pro sociologa, neboť „jeho“ věda si je dlouhodobě vědoma své způsobilosti podávat o společnosti výpovědi „pravdivé“ jen z určité perspektivy (vše objektivně existující poznáváme pouze subjektivně, liší se

jednoznačných vůdců) srov. Friedman, T. L.: *Svět je plochý. Stručné dějiny jednadvacátého století*. Praha: Academia, 2007.

¹¹ Burke, P.: *Společnost a vědění. Od Gutenberga k Diderotovi*. Praha: Karolinum, 2007, str. 243.

¹² Ústavní tribunál zpracovává anglická shrnutí svých (některých?) rozhodnutí a publikuje je na internetu. Vydán byl i dvojjazyčný tematický knižní výbor „*Summaries of selected judgments of the Polish Constitutional Tribunal concerning EU law*“ (Varšava, 2006).

¹³ Výjimku potvrzující pravidlo představuje čl. 46 Vídeňské úmluvy o smluvním právu: „1. Skutečností, že při vyjádření souhlasu státu s tím, že bude vázán smlouvou, došlo k porušení některého z ustanovení jeho vnitrostátního práva týkajícího se oprávnění uzavírat smlouvy, se stát nemůže dovolávat jako důvodu pro zrušení svého souhlasu, ledaže toto porušení bylo zjevné a týká se zvláště důležitého pravidla jeho vnitrostátního práva. 2. Porušení je zjevné, jestliže je objektivně zřejmé kterémukoliv státu postupujícímu v této věci podle obvyklé praxe a v dobré víře.“

¹⁴ Od „rigorosního“ mezinárodního práva je třeba odlišit mezinárodní právo ve svých nárocích a ambicích umírněné. Mapování obou přístupů nabízí Malenovský, J.: *Mezinárodní právo veřejné, jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 5. vyd. 2008, zvl. str. 407 násl.

¹⁵ Wintr, J.: *Principy českého ústavního práva s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006, str. 153 násl. Podobně R. Barents vystavěl svou knihu na nepřeklenutelné kolizi perspektiv evropského a národního ústavního práva ve vztahu k autonomii evropského práva – viz Barents, R.: *The Autonomy of Community Law*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2004.

¹⁶ Bross, S.: *Úvahy o státotvorném procesu v Evropě*. Bulletin Občanského institutu č. 204, srpen 2008, str. 7.

důraz tu na konsensus, jindy na konflikt, větší význam přisuzujeme systémům, nebo lidské interakci apod.).

Praktickým dopadem tohoto vývoje v právu je nahrazování derogační přednosti předností aplikační, kdy určitý pramen práva či spíše v něm obsažená právní norma pro ten případ ustoupí jinému pramenu (normě), aniž by to však znamenalo definitivní odstranění z právního řádu.

To je vlastně obecně teoretickým rámcem rozsáhlé domácí diskuse o důsledcích přijetí tzv. euronovely Ústavy v postavení mezinárodních smluv, kompetencích Ústavního soudu apod. Zastánci derogační kompetence Ústavního soudu pro vztah domněle zachovaných mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách k zákonům a jiným právním předpisům argumentovali přehledností a jednoznačností čistého řezu, což má svůj význam zvláště při zavedených návycích právní veřejnosti, jak pracovat s judikaturou.¹⁷ Ať už si ale o technice čištění derogací myslíme cokoliv, nelze si nepovšimnout poklesu jejího významu: nemůžeme zkrátka rušit každý domácí právní předpis, který se ocitne v rozporu s akty evropského práva nebo mezinárodními smlouvami, případně i jinými prameny mezinárodního práva. Pomineme-li vysokou dynamiku evropského i mezinárodního práva, bude v řadě případů možné takový předpis použít ve vztazích nepokrytých např. dvoustrannou mezinárodní smlouvou, aplikační praxe může ukázat možnost jeho interpretace konformní s evropským či mezinárodním právem apod.

Z tohoto hlediska jsou na probíhající změny mentálně lépe připraveny země, jejichž právní řád, resp. jeho vznik, byl tradičně méně přehledný, a to zejména díky symbióze legislativních aktů s jinými prameny práva, eventuálně s významnou rolí přisuzovanou soudcovskému dotváření práva. A nemusí jít o země common law. R. Procházka píše o téměř sousedním Maďarsku jako o zemi s tradicí polycentrické tvorby práva (*polycentric*

¹⁷ To je stanovisko Ústavního soudu, vyplývající z jeho nálezu č. 403/2002 Sb., ve kterém se mj. uvádí: „V nepřípustnosti změny podstatných náležitostí demokratického právního státu je obsažen i pokyn Ústavnímu soudu, dle kterého žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod. (...) Ústavní zakotvení všeobecné inkorporační normy, a tím překonání dualistické koncepce vztahu práva mezinárodního a práva vnitrostátního, nelze interpretovat ve smyslu odstranění referenčního hlediska ratifikovaných a vyhlášených mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách pro posuzování vnitrostátního práva Ústavním soudem, a to s derogačními důsledky. (...) Nepřímo pro tento závěr svědčí i ustanovení čl. 95 odst. 2 Ústavy, když jinak by je bylo nutno vykládat v tom smyslu, že v případě rozporu zákona s ústavním zákonem soudce obecného soudu není kvalifikován věc posoudit a je povinen ji předložit Ústavnímu soudu, v případě rozporu zákona a smlouvy o lidských právech, jenž je ústavněprávně stejné povahy a kvality, je podle čl. 10 Ústavy povinen postupovat dle mezinárodní smlouvy. Ať by již takové rozhodnutí bylo přijato kteroukoli soudní instancí, v právním systému neobsahujícím soudní precedens v kvalitě a závaznosti pramene práva by nikdy nemohlo nabýt případně i faktických derogačních důsledků (...).“ Ústavní soud takto postupoval v nálezu č. 239/2005 Sb., kterým zrušil § 242 odst. 2 trestního řádu pro rozpor s čl. 5 odst. 4 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, aniž výslovně označil ustanovení Ústavy ČR nebo Listiny, s nímž bylo ustanovení v rozporu (jednání soudu o ponechání obviněného ve vazbě, a to bez účasti obviněného).

law-making), což se promítá ve zkušenosti a schopnosti pracovat s prameny práva různého původu.¹⁸

I.2 Právní pluralismus, ústavní pluralismus, multikulturalismus

Jak souvisí pojem „polycentrismus“ s pluralismem? Předně jde o pojmy významově neostré, tj. používané ne zcela jednotně. Právním pluralismem tak může být jak poukaz na souběžnou existenci a působení více právních řádů (typicky vnitrostátní, mezinárodní a evropské právo, s případným dalším členěním vnitrostátního práva na federální a zemské), tak odkaz na právněsociologické chápání mnohosti práv vycházejících ze společnosti, mezi nimiž právo státu je jen jedním z více možných, neboť i stát je pouze jedním z více sociálních svazků.¹⁹ Státní sankce pak již ale není atributem práva, což mu dodává mlhavější podobu umožňující např. psát též o „soft law“, jímž se míní spíše určité doporučené standardy, jejichž nedodržení nevede k právnímu postihu či vzniku odpovědnosti, nýbrž k sociální ostrakizaci, „vyloučení z dobré společnosti“ (např. pravidla /ne/zaměstnávání dětí).

Polycentrismus v právu jistě souvisí s prvně zmíněným chápáním, liší se v úhlu pohledu: důraz se neklade primárně na paralelní působení právních řádů, ale spíše na jejich odvozování, vznik či jádro – tedy právě na onu změnu obrazu struktury právního řádu. Je to tedy pojem blízce příbuzný, lišící se převážně významovým odstíněním a zdůvodněným relativně malou fixací pojmu srovnávaného.

Zřetel věnovaný problému centra, ohniska, zdroje právního řádu ve vzájemně neslučitelných perspektivách spojuje polycentrismus s ústavním pluralismem, tedy modelem vysvětlení evropské integrace na bázi odlišné od víceméně zavedené představy federativního státu (klasický konstitucionalismus). Ústavní pluralismus totiž rovněž rezignuje na určení „vyššího“ práva a spíše se pokouší operacionalizovat konkurenční nároky jednotlivých právních systémů (a ústavních jurisdikcí) tak, aby nedocházelo k patům. Preferuje dialog zainteresovaných před „silovým“ posledním slovem autority, která pro udržení řádu v právu podle „pluralistů“ není nezbytná. Neexistuje nicméně v jediné variantě, vztažen ani není výlučně k Evropské unii,²⁰ čehož dokladem může být např. případ Evropského soudu pro lidská práva *Bosphorus Airways v. Ireland* (stížnost 45036/98).

¹⁸ Procházka, R.: *Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*. Budapest – New York: CEU, 2002, str. 50.

¹⁹ K tomu viz Maršálek, P.: *Právo a společnost...*, str. 189 násl., nebo Barány, E.: *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Poradca podnikateľa, 2007. Shodou okolností se oba autoři vůči právnímu pluralismu vymezují kriticky, až odmítavě, neboť s ním spojují rozmělnění pojmu práva či „dekonstrukci systému platného práva“. S přihlédnutím k tomu by výhodou pojmu „polycentrismus“ mohla být deskriptivnost: neobsahuje požadavek, aby něco bylo nějak uspořádáno, ani to nehodnotí, jen se snaží upozorňovat na paradigmatickou změnu a popsat ji.

²⁰ Nevšedně zajímavým a koncentrovaným úvodem do této tematiky je redigovaný záznam semináře Evropského univerzitního institutu „*Four Visions of Constitutional Pluralism*“. Eds: Avbelj, M., Komárek, J., EUI Working Papers, Law 2008/21.

V něm je patrné, jak mezinárodní právo reaguje na soužití vnitrostátního a (zejména) evropského práva s tím, že poslední slovo si tentokrát nárokuje právě štrasburský soud.²¹

V pečlivém rozboru spojuje *M. Poiares Maduro* s ústavním pluralismem 1. pluralitu ústavních zdrojů (pramenů ústavního práva), 2. pluralismus jurisdikcí, 3. interpretační pluralismus, který je dán příslušností více institucí, jež vzájemně nejsou v hierarchickém vztahu,²² 4. pluralismus mocí, jenž znamená modifikaci klasické struktury veřejné moci nástupem nových forem veřejné moci a moci soukromé, a konečně 5. pluralismus politických společenství, která vyjadřují nároky na vlastní sebeurčení, liší se ve způsobech organizace a umožňují mobilitu, tj. vzájemné přechody.²³

Každý z těchto bodů lze rozvinout do navazujících úvah: např. první a třetí bod se prolínají v tematice ústavních konvencí jako specifických pramenů ústavního práva s otevřeným vztahem k působnosti soudů co do své vynutitelnosti a se vztahem nepřímé úměry, pokud jde o působnost soudů – o čím více otázkách rozhodne soud jako arbitr, o tím méně otázkách hledá shodu praxe ústavních orgánů.²⁴ Tento vztah tudíž demonstruje také rozdíl mezi dyadickým a triadickým vládnutím, přičemž v modelu prvně jmenovaném existují pouze dvě strany, jež se buď dohodnou v rámci uznávaných pravidel ponechávaných mimo spor („*constitutional sense*“ *G. Brennan*), nebo jedna mocensky potlačí druhou (exponovat to lze až do stavu občanské války), zatímco v modelu triadickém přistupuje nezúčastněný třetí, ne přesně předvídatelný rozhodovatel sporu.²⁵ Chování mocenských aktérů se v obou schématech liší, hodně však záleží na jejich zájmu o zachování funkčnosti systému.

Ukazuje se nicméně, že podobně jako u právního pluralismu, je také v tomto případě sporné, je-li ústavní pluralismus termínem více deskriptivním, nebo normativním. Kriticky naladěný *J. Baquero Cruz* označuje pluralismus za slovo dodávající konstitucionalismu postmoderní příchut', přičemž s postmodernismem je svázána tekutost a fragmentárnost. Podle jeho soudu pluralismus možná realisticky reflektuje změnu skutečnosti, považuje to

²¹ Na případ mne upozornila M. Kindlová. ESLP v něm posuzoval postup irských úřadů, jež prováděly sankce stanovené evropským právem, přičemž nedisponovaly diskrecí. Ochrana základních práv podle evropského práva přitom shledal ekvivalentní Úmluvě.

²² R. Procházka popisuje různé aspirace ústavních soudů středoevropského regionu být monopolními interprety ústav (zejména Maďarsko), nebo se naopak na interpretaci podílet spolu s dalšími ústavními orgány. Viz Procházka, R.: *Mission Accomplished...* D. Halberstam tentýž střet rámuje pojmy „resortní“ (departmental) nebo „koordinované“ pojetí autority interpretovat ústavu versus soudcovská nadřazenost či monopol – Halberstam, D.: *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*. University of Michigan Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 111, June 2008, str. 7.

²³ Avbelj, M., Komárek, J. (eds.): *Four Visions of Constitutional Pluralism*. EUI Working Papers, Law 2008/21, zejm. str. 6.

²⁴ K ústavním konvencím v naší literatuře z poslední doby viz Kindlová, M.: *Ústavní zvyklosti jako součást ústavy (komparace commonwealthského přístupu a judikatury Ústavního soudu ČR)*. In: Klíma, K., Jirásek, J. (eds.): Pocta Jánu Gronsému. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, Kysela, J.: *Ústavní principy, ústavní konvence a ústavní inženýrství*, tamtéž.

²⁵ Stone Sweet, A.: *Judicialization and the Constitution of Governance*. In: Shapiro, M., Stone Sweet, A.: *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, str. 56 násl., Luhmann, N.: *Sociální systémy...*, str. 449.

však za riskantní.²⁶ Možná má pocit, že přidělení určité etikety znamená legitimizaci stavu rozporného s ideálem, který odpovídá projektu moderny s přesvědčením o formovatelnosti a kontrolovatelnosti světa (k tomu tamtéž *N. Walker*, který ovšem konstatuje, že svět, v němž žijeme, se změnil – místo exkluzivity překrývání „sítí“). V tomto úhlu pohledu by byl ústavní pluralismus druhem sebenaplňujícího se proroctví, na rozdíl od popisné „plurality“. Zejména v prostředí politickém by pak mohlo dojít k rezignaci na udržení koherence dané entity s odvoláním, že se zkrátka leccos liší a my s tím musíme umět žít.

D. Halberstam postupuje do jisté míry podobně jako my, když na víceméně zavedený pojem ústavního pluralismu (idea konkurenčních nároků na ústavní autoritu v rámci jediného systému vládnutí) navazuje vlastní koncepcí ústavní heterarchie, tedy ne-hierarchického řádu.²⁷ Evropská unie i USA jsou si podle *Halberstama* blízké absencí hierarchie mezi právními systémy a normami na straně jedné (EU) a absencí hierarchie mezi institucemi interpretujícími ústavu na straně druhé (interpretační pluralismus v USA): v obou systémech tak chybí konečná právní autorita, a přesto je v nich pozorovatelný řád. Ten ale nevyplývá z jednostranného prosazování se nadřazeného, nýbrž ze vzájemného přizpůsobování se (akomodace) za účelem prosazení tří základních hodnot konstitucionalismu, jimiž jsou „hlas“, tj. právo být slyšen – reprezentován, odbornost a práva, resp. jejich ochrana. Tyto hodnoty nemohou být jednoznačně přiřčeny jednotlivým státním mocím, potažmo je ztělesňujícími orgánům (prezident, Kongres, Nejvyšší soud) – každá z mocí se citovaných hodnot dovolává v různých situačních kombinacích, každá chce být konečným arbitrem, každé se to občas daří.²⁸ Nejvyšší autorita (srov. níže výklad o suverenitě) tak je oscilující; předem nelze s jistotou určit, čí názor se prosadí, jakkoliv v „běžných“ záležitostech převažuje interpretace soudcovská.²⁹

²⁶ Avbelj, M., Komárek, J. (eds.): *Four Visions of Constitutional Pluralism...*, str. 7.

²⁷ Halberstam, D.: *Constitutional Heterarchy...* Jde o kapitolu určenou pro knihu „Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government“, eds. J. Dunoff a J. Trachtman.

²⁸ Dosti důležitý je autorův podotek k realizaci politické vůle, která nikdy není prosta procedur a institucí umožňujících její vznik. To znamená, že sama relativně vyšší míra demokratické legitimacy rozhodovatele není důvodem pro vyloučení soudní ingerence, jež slouží ke kontrole toho, zda vůle byla vyjádřena předepsaným způsobem. Procedury jsou neutrální ve smyslu nestrannosti, nikoliv však ve smyslu nehodnotovosti; naopak mají umožnit informování o rozhodovacím procesu, slyšení dotčených zájmů, zvážení nejrůznějších implikací, včetně ústavních, atd., čímž sledují hodnoty transparentního, rozvážného, poučeného a inklusivního vládnutí. Obdobně i M. Kumm mluví o justifikaci autority konkrétně rozhodnout nejen důvody jurisdikčními a substantivními, ale také procedurálními. Princip proporcionality vede ke zvláštnímu respektu k rozhodnutí přijatému po dlouhé a náročné veřejné a parlamentní deliberaci. V našich parlamentních poměrech se proti těmto požadavkům prohřešují jak tzv. přílepkové, tak i komplexní pozměňovací návrhy k návrhům zákonů; k tomu viz též nálezy Ústavního soudu č. 37/2007 Sb. a č. 88/2008 Sb. a rovněž odlišné stanovisko E. Wagnerové k nálezu posledně zmíněnému. V podmínkách rigidní ústavy bdí (ústavní) soudy nad tím, jestli běžný zákonodárce nezasahuje do otázek vyhrazených ústavodárci, případně vůbec zapovězených: současná většina se musí podrobit petrifikované vůli většiny minulé (B. Ackerman). Proto je též rigidní ústava neslučitelná s parlamentní suverenitou, v níž „*Parliament cannot bind its successor.*“

²⁹ Popisem příbuzným tomu právě podanému může být také „*political jurisprudence*“ M. Shapira, již se v 60. letech minulého století pokusil přenést do systému právních institucí realitu politického pluralismu založeného na mnohosti mocenských center v USA, z nichž žádné není trvale dominantní. Politická jurisprudence je důsledkem soudního přezkumu jednání veřejné moci, zejména zákonodárství. Viz Shapiro, M., Stone Sweet, A.: *Law, Courts, and Social Sciences*. In: Shapiro, M., Stone Sweet, A.: *On Law, Politics and*

Snad ne tak vzdálenou nejistotu o tom, kdo má poslední slovo, můžeme vysledovat i ve Velké Británii s jejím sporem o to, je-li suverénní parlament, který zákony dává, anebo soudy, jež jim interpretací dávají smysl. Vedle „*Crown in Parliament*“ se tak prosazuje též „*Crown in the courts*“ (sir S. Sedley);³⁰ T. R. S. Allan, vůdčí hlasatel omezení moci parlamentu konstitucionalismem a *rule of law*, mluví o interdependenci suverenity parlamentu a soudů.³¹ V poměrech Evropské unie totéž znamená, že členské státy samozřejmě jsou pány smluv. Výronem jejich vůle jsou jen texty, které chtějí, ty však nemusejí znamenat nutně to, co chtějí – to již je věcí interpretace. Změnit by to možná mohlo zřízení kompetenčního soudu, který by svým rozhodováním určoval hranice přenesených pravomocí a jehož členy by byli nejspíše jak někteří soudci Evropského soudního dvora, tak někteří soudci ústavních soudů. Změna by to nicméně nebyla principiální (opět interpret); spočívala by v pravděpodobně vyšší míře prezentace zájmů členských států.

Polycentrismus nicméně může být spřízněn rovněž s druhým ze shora uvedených významů právního pluralismu, tzn. s mnohostí práv vycházejících ze společnosti. V tomto dalším smyslu nepracuje primárně s objektivními právními řády, nýbrž s něčím jako objektivizovanými řády subjektivních práv. Relevantním kontextem je multikulturalismus, jehož základní ideou je uznání existence různých kultur, jež si vzájemně nenárokuje nadřazenost, ale svébytnost.³² Na identitu jednotlivce se hledí jako na identitu utvářenou zejména v určitém kulturním prostředí, tedy utvářenou kolektivně v procesu socializace. To ovšem znamená, že omezování toho, co je prohlášeno za přirozenou, tradiční, podstatnou apod. složku kultury nějakého společenství (typicky etnicky či nábožensky definovaného), může být shledáváno atakem na identitu jednotlivce vybaveného nezczitelnými přirozenými právy. Vyhoceně to můžeme zjednodušit do kontrapozice požadavku právního statusu vázaného primárně na příslušnost k (sub)kulturním skupinám, místo ke státu (občanstvu).

Problém samozřejmě nastává tehdy, je-li konkrétní podstatný projev identity dané skupiny v rozporu s hodnotami většinové společnosti, zvláště s hodnotami zakotvenými v právním řádu státu (ženská obřízka, krevní msta, rituální kanibalismus). Můžeme samozřejmě uplatnit princip v hranicích státu universálně platného práva (kritika kulturní asimilace),

Judicialization..., str. 4 násl., str. 9. Právo je integrální součástí politična, proto je i soudce (spolu)tvůrcem politiky, z čehož plyne nutnost provádět morální (hodnotové) volby – Shapiro, M.: *Political Jurisprudence*, tamtéž, str. 52-53.

³⁰ Goldsworthy, J.: *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999, str. 2-3.

³¹ Sydow, G.: *Parlamentssuprematie und Rule of Law*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 2005, str. 3. Ve své, žel nepublikované, disertační práci upozorňuje M. Kindlová, že názorový proud omezující suverenitu Parlamentu nedotknutelnými hodnotami, jež společnost uznává a jejichž ztělesněním je common law, bývá označován za „*common law constitutionalism*“. Bez ohledu na to, je-li akceptováno výslovné omezení parlamentní suverenity, je zřejmé, že zákony jsou interpretovány v duchu common law. Podobně i úvahy B. Constanta o suverenitě lidu zdůrazňují její omezení „nepřekročitelnými principy“. Vláda je tak omezena substantivně, k čemuž přistupují omezení procedurální – dělba moci. Srov. Reschová, J.: *Evropský konstitucionalismus: zdroje, formy a tendence*. Praha: VŠE, 2003, str. 11 násl.

³² K tomu viz např. Barša, P.: *Politická teorie multikulturalismu*. Brno: CDK, 1999. Pro sféru právní se nad tématem zamýšlí Scheu, H. Ch.: Současná právní koncepce kulturního konfliktu v Evropě. Kolokvium „Právo a právní kultury v 21. století – různorodost a jednota“, PF UK, 1. června 2007.

anebo se od něj odchýlíme ve prospěch zachování kulturní identity dané skupiny: tím se ovšem do právního řádu vrací princip personality, ve velké míře opouštěný v porevoluční éře sklonku 18. a 19. století; nyní personality určené nikoliv sociálně, nýbrž příslušností k rasovému, etnickému nebo náboženskému společenství.³³ Na této cestě můžeme dojít k závěru o různosti lidí, ústícímu v další závěr o různosti jejich práv, což může být pokládáno za vzdálený ozvuk antického mýtu o různých kovech-příměsích (zlato apod.) v lidech/lidstvech, jenž by ovšem ztížil možnost o lidech vůbec uvažovat v kategorii rovnosti (podobně kastovní systém v Indii: kasty pocházejí z významově seřazených částí božského těla, proto i lidé k nim přináležející jsou hierarchizováni). Či možná přesněji, mohlo by se jednat nikoliv o znovuzrození doktríny „*separate, but equal*“, nýbrž o doktrínu „*equal, but separate*“.

Odchylování se od teritoriálně podmíněné universality platného práva není uniformní šablonou. Je samozřejmě možné zvažovat (poměřovat) důvod a závažnost odchýlení. Např. střet bezpečnostního požadavku přilby při jízdě na malém motocyklu s náboženskou výhradou nesnímání turbanu u Sikhů, přičemž turban s přilbou nelze kombinovat, je patrně případem odlišným od shora zmíněné ženské obřízky. Zde se totiž zasahuje do osobní integrity člověka, jehož důstojnost je středobodem právních řádů našeho civilizačního okruhu. Nejde přitom o „vývoz“ našeho práva mimo západní svět, kdy bychom mohli být kritizováni kvůli kulturnímu imperialismu a museli zvažovat to, co někteří autoři označují jako rozdíl mezi přijatelným a k rozdílnosti vstřícným universalismem a nepřijatelným kosmopolitismem.³⁴ Naopak, aplikujeme právo vůči těm, již sem dobrovolně přišli, aniž by se ovšem namnoze chtěli stát Evropany.³⁵ I tak je ale zřejmé, že zásah státu ve prospěch ohroženého práva, jehož se nelze vzdát (versus právo nebýt připravován o svou identitu), může přivodit sociální sankci vůči „zachráněnému“, který přestane být typickým členem komunity a nadto způsobil narušení jejích pravidel z vnějšího světa .

II. Pojem „suverenity“

Nemění se však jen naše představy o struktuře právního řádu, mění se též obsah klíčových pojmů, jež jsme si zvykli užívat, např. též v souvislosti s právním řádem. Jedním z takových pojmů je „suverenita“, ³⁶ ačkoliv být suverénním nemusí nárokovat jen právní řád, ale též

³³ Kdyby nebyl pojem „komunitární právo“ „obsazen“ Evropskými společenstvími, mohl by se užít právě zde. Takto snad jde o právo (práva) komunitní (?).

³⁴ Císař, O.: *Teorie demokracie na úsvitu globálního věku*. In: Hloušek, V., Kopeček, L. (eds.): *Demokracie. Teorie, modely, osobnosti, podmínky, nepřátelé a perspektivy demokracie*. Brno: MPÚ, 2003, str. 362.

³⁵ V tom G. Sartori spatřuje hlavní rozdíl mezi většinou současných imigrantů z islámských zemí do Evropy a přistěhovalci do USA zejména z 19. a počátku 20. století. Zatímco jedni se chtěli stát Američany a přijmout hodnoty nové země, jejichž recepce ovšem byla snazší proto, že vesměs byli křesťany, druzí zamýšlejí žít jako muslimové s nezměněnými zvyky přinášeny s sebou. Viz Sartori, G.: *Pluralismus, multikulturalismus a přistěhovalci. Esej o multietnické společnosti*. Praha: Dokořán, 2005. Část multikulturní teorie ovšem nijak neparuje s tím, čí práva jsou „starší“ – klíčové je vzájemné, tj. ne-hierarchické přizpůsobování (akomodace – viz též výše u D. Halberstama v jiné souvislosti).

³⁶ Weyr, F.: *Svrchovanost právního řádu*. In: Weinberger, O., Kubeš, V.: *Brněnská škola právní teorie (normativní teorie)*. Praha: Karolinum, 2003, Pavlíček, V.: *Svrchovanost zákona v Evropské unii?* In: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu...*

zákon, stát, lid či parlament. Z empirického hlediska není suverenita kategorií statickou, nýbrž dynamickou. Mohli bychom sice též uvažovat o tom, že pojem „suverenita“ je jednou provždy fixovaný, takže měnit se může jen skutečnost, resp. to, co za suverénní považujeme, není ale úplně jasné, co bychom tím získali.³⁷ Ostatně podle C. Schmitta odpovídá sama struktura právních pojmů sociální struktuře určité epochy: mění-li se epocha, mění se i význam pojmů (sociologie právních pojmů).³⁸ Týž autor pak v jiné práci dodává: „Teoretikové nemohou dělat nic jiného než bdít nad pojmy a pojmenovávat věci jejich jmény.“³⁹

Tento problém byl nicméně zčásti exponován jinde,⁴⁰ zde se proto omezujeme jen na shrnutí a několik doplnění.

„Suverenita“ vyrostla na základech papežské supremacie (*suprematio*),⁴¹ jež byly položeny v 5. století *Lvem I.* Se supremací, tedy nadřazeností, byla spojena jednak nemožnost odvolání k vyšší autoritě (tedy na tomto světě),⁴² jednak tzv. plnost mocí (*plenitudo potestas*). Charakteristickým znakem plnosti mocí je způsobilost tvořit právo namísto jeho pouhého nalézání. Tvorba práva sice byla během středověku chápána spíše jako deklarování toho, co již platí v právu obyčejovém, než jako libovolná kreativita, nicméně i tento prvek zde byl zahrnut.⁴³

Vedle papeže se plnosti mocí těšil rovněž římský císař jako dědic císařů, a to zvláště s přihlédnutím k justiniánským kodifikacím dokládajícím jejich zákonodárnou moc. Ve vrcholném středověku se ovšem téhož začali dovolávat rovněž teritoriální panovníci, nyní

³⁷ Podobných otázek se dotýkal středověký filosofický spor nominalistů a realistů, jenž sám měl antické základy. Pojem nejspíše není jen otiskem reality, mezi ním a skutečností by však měla existovat nějaká korespondence: změna reálií by neměla vést k rychlému zavržení zavedeného pojmu a vymýšlení jiného, k užitku ale není ani označování zásadně proměněných jevů tímtež pojmem (to může být právě problém suverenity předvestfálské a povestfálské, národních států 19. století, postkoloniálních států, supervelmocí apod.: můžeme totiž dospět jak k tomu, že žádný suverénní stát ve smyslu výlučného uplatňování vlastní moci na svém území již neexistuje, tak k tomu, že suverenita má tak rozostřený obsah, že musí být v definici zredukována na základní znak – viz dále). Záleží též na tom, zda něco popisujeme, nebo hodnotíme. V právu však popisné kategorie často obsahují hodnotící náboj. Platí to jak o „suverenitě“, tak třeba o „demokracii“. Přední americký politolog R. Dahl usoudil, že demokracie není možná, neboť je jen ideálem, a proto zavedl pojem „polyarchie“, tedy skutečné vlády mnohých, kterou můžeme s ideální demokracií konfrontovat.

³⁸ Schmitt, C.: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot, 8. vyd. 2004, str. 50. V. Pavlíček v této souvislosti píše o nezměněných výrazech, ale měním se obsahu pojmů – viz Pavlíček, V.: *Suverenita v procesu integrace (retrospektiva a perspektiva)*. In: Pavlíček, V. a kol.: *Suverenita a evropská integrace*. Praha: Právnická fakulta UK, 1999, str. 9.

³⁹ Schmitt, C.: *Teorie partyzána*. Praha: Oikoymenh, 2008, str. 91.

⁴⁰ Kysela, J. in: Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K.: *Teorie a praxe tvorby práva...*, str. 55 násl.

⁴¹ Možná příznačně je dnes „supremacy“ jednou z vlastností evropského práva.

⁴² J. Austin v 19. století identifikoval nemožnost odvolání k vyšší moci jako atribut suverenity.

⁴³ M. Kumm dosti podobně popisuje vztah suveréna a ústavních principů, jejichž autorita je odvozena z důvodů je podporujících, které jsou vposledku vztaženy k ideji lidské důstojnosti jako normativnímu základu práva. Ústavní texty jako produkty vůle suveréna tyto principy stvrzují, činí je viditelnými a konkrétnějšími, zpravidla je však nezakládají. Viz Kumm, M. in: Avbelj, M., Komárek, J. (eds.): *Four Visions of Constitutional Pluralism...*

však již nikoliv ve vazbě na supremaci, nýbrž právě na suverenitu. Francouzské slovo „*souverain*“ vychází z latinského „*superior*“ (vyšší) a „*superanus*“ (nahore); rozhoduje v konfliktech, má poslední slovo, není tedy podřízen jiné moci.⁴⁴ Prvním takovým byl nejspíše francouzský král *Filip IV. Sličný*.

Suverenita osoby panovníka se postupně posouvá tak, jak panovník získává „dvojí tělo“: fyzické, tj. dočasné, a institucionální, tzn. věčné. Smrt panovníka není smrtí dynastie ani monarchie (v anglickém vyjádření: „*The King never dies.*“); vzorem je opět starší církevní učení oddělující úřad od jeho nositele, pročež ani nehodná osoba nebere úřadu jeho autoritu (opačný postoj zaujímal např. *Jan Hus*). V našich podmínkách jde o vývoj patrný ve vzniku konstrukce Koruny české. *J. Bodin* tak již jen popisuje přechod vlastnosti vázané původně na osobu na stát, jehož je tato osoba reprezentantem, ač i nadále může být jako suverén označována (typicky „*the Sovereign*“ ve Velké Británii). Možná je ale *Bodin* blíže předchozímu personalizovanému pojmání suverenity, než by se mohlo z této jediné věty zdát. Jeho výčet oprávnění suveréna je totiž v zásadě výčtem oprávnění francouzského krále. *V. Pavlíček* každopádně suverenitu státu odvozuje až od *J. Locka*, s eventuálními regresy k suverenitě panovníků ještě v období restauračním.⁴⁵

Propojení suverenity s právotvorbou nezapadlo spolu se středověkem (viz např. *Rousseauovu* obecnou vůli, suverénní moc, jež se zračí v zákonodárství). Podstatou suverenity britského parlamentu je to, že nikdo není vyňat z dosahu jeho zákonů, nikdo jiný než on je nemůže měnit ani rušit. Rovněž *P. Holländer* označuje suverenitu za kompetenci prvotní normotvorby;⁴⁶ suverénem je mu však lid, ač ten tuto kompetenci fakticky nemá. Možná tím odkazuje na rovněž *A. V. Diceyem* traktovaný rozdíl mezi právním a politickým suverénem: prvním je parlament, druhým legitimizující lid.⁴⁷ Pokud bychom se však přidrželi toho, že suverénem je ten, kdo tvoří právo, musíme se ptát, kdo je dnes suverénem, existuje-li více autorit právo vytvářejících? Je více suverénů? Podobně i normativistické ztotožnění státu s právním řádem by nás mohlo vést k úvaze, zda evidentní pluralita právních řádů (systémů) nezakládá mnohost států, ač jim tak třeba neříkáme? Anebo je stále možné tyto otázky řešit odvozováním zmocňovacích norem, jež se však stále vztahují k těmž ohnisku?

⁴⁴ Ottmann, H.: *Geschichte des politischen Denkens. Das Mittelalter*. Stuttgart – Weimar: Verlag J. B. Metzler, 2004, str. 8.

⁴⁵ Pavlíček, V.: *Suverenita v procesu integrace...*, str. 16 násl.

⁴⁶ Holländer, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 42.

⁴⁷ Dicey, A. V.: *The Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London, 8. vyd. 1915, reprint Liberty Fund, 1982, str. 27. M. Kindlová ve své disertační práci s odkazy na literaturu ukazuje, jak se Dicey během života přesouval na pozici přiznávající lidu rovněž kvalitu právního suveréna, jenž by o základních ústavních otázkách rozhodoval buď formou voleb, v nichž podpoří Sněmovnu obecných prosazující proti vůli Sněmovny lordů závažný zákon, nebo formou referenda. Tak, jak s úpadkem veřejné role aristokracie byla „brzdná funkce“ Sněmovny lordů delegitimizována, více preferoval referendum. Rovněž k současným debatám o britské ústavní reformě přispěla nejen potřeba naplnit mezinárodní závazky k ochraně lidských práv, ale také politické změny související s reformou místní správy v 80. letech 20. století, která byla mnohými považována za porušení ústavní konvence (J. Reschová) a dále oslabilu postavení tradiční politické třídy, z níž se dříve rekrutovali poslanci (L. Siedentop). Nemůžeme-li již spoléhat na respekt k omezující moci ústavy politické, domáháme se ústavy právní.

C. Schmitt k tématu suverenity přistupuje obecněji, i u něj je však vztah k právu určující. „Suverénem je ten, kdo rozhoduje o výjimečném stavu.“⁴⁸ „Výjimečným stavem“ není primárně krizový stav typu válečného stavu nebo stavu obležení, nýbrž výjimka z pravidla, pravidelnosti, tedy z práva, které je určeno pro „normální“ situace (norma a normalnost). Ten, kdo rozhoduje o suspendaci práva, dispensu, privilegii, o tom, že pravidla neplatí, je suverénem. Podobně třeba V. Bogdanor píše o tom, že suverén nemůže být vázán precedenty: jedná, jak v dané situaci nejlépe umí, a to včetně dovolání se „reserve powers“ při selhání jiných řešení.⁴⁹ V tomto smyslu už ale porušení běžných pravidel, tedy norem šitých na míru normálních poměrům, indikuje onen výjimečný, tj. krizový stav. V něm lze ve jménu zachování státu jako prvního účelu státu, od něhož jsou ostatní účely vlastně jen odvozené, postupovat protiprávně, pokud právo samo negarantuje rámec takového mimořádného postupu.⁵⁰

Toto formální pojetí je velmi nosné a testovatelné např. na Evropské unii. Členské státy v případě potřeby nerespektují závazná pravidla hospodářské a měnové unie, aniž by následoval postih, neboť Komise se zjevně chce vyhnout vyhroceným konfliktům. Existence Unie je odvozena od vůle členských států, jež nadto disponují krajní zbraní, kdy mohou rozhodnout o výjimce z dosud platných pravidel tím, že odejdou ze společenství, kde tato pravidla platí.⁵¹

Oba argumenty najdeme i v odůvodnění nálezu Ústavního soudu k přezkumu ústavnosti Lisabonské smlouvy (Pl. ÚS 19/08, bod 98 násl.), který tak zaujal pozici zřetelně odlišnou od té, již v písemném vyjádření artikuloval prezident republiky, podle něž je suverenita v zásadě identická se svrchovaností státu v mezinárodním právu (vyjádření lze dohledat na www.klaus.cz; příslušnou partii reprodukuje Ústavní soud v bodu 19 odůvodnění citovaného nálezu). Tuto svrchovanost chápe jako binární (buď je, nebo není), přičemž jejím obsahem je dobrovolné podřizování se pravidlům a jiným právním aktům: svrchovaný stát není, musí-li se podříditi něčemu, s čím nesouhlasí. To „cosí“ přitom není jen smlouva, na základě níž vznikají právní akty, ale i tyto akty samotné. Z toho se podává, že podřízení se aktům vzešlým proti jeho vůli z rozhodování kvalifikovanou většinou v Radě EU činí stát nesuverénním. Je však zřejmé, že tento model rozhodování nepřináší až Lisabonská smlouva, takže – dovedeno do důsledků – již ČR suverénním státem není. Ostatně představený koncept je patrně v rozporu i s existencí kogentních pravidel mezinárodního práva, která platí bez ohledu na vůli států je dodržovat.

⁴⁸ Schmitt, C.: *Politische Theologie...*, str. 13.

⁴⁹ Bogdanor, V.: *Monarchy and the Constitution*. Oxford: Clarendon Press, 1997, str. 70 a 75.

⁵⁰ Jak mne upozornil diplomat J. Chválek, najdeme tuto konstrukci rovněž u Rousseaua jako jistě aprobovanou suverénem. Zajímavostí je, že tak rozdílní autoři jako C. Schmitt a F. Weyr shodně uznávají ve studiích nezávisle na sobě publikovaných v roce 1922 oprávnění suveréna (státu) vymanit se z dosahu jím vytvořeného právního řádu v podobě nouzového stavu, v němž oba autoři spatřují analogii s teologií, konkrétně se zázrakem, jímž Bůh narušuje obvyklý běh věcí. Na tuto souvislost bylo poukázáno během rozpravy k referátu V. Holého: Bůh a stát (normativní teorie), jenž byl přednesen na vědeckém semináři katedry teorie práva a právních učení PF UK dne 1. prosince 2008.

⁵¹ Na této minimalistické definici se zřejmě shodneme s V. Pavlíčkem: *Suverenita v procesu integrace...*, str. 42-43.

Naproti tomu pojetí materiální suverenity, tj. obsahové určení, kdy o suverenitě mluvit lze, a kdy již nikoliv, resp. jaký soubor kompetencí státu je nezbytný k tomu, abychom jej mohli označovat za suverénní, se jeví být obtížně definovatelným. Chtělo by se říci, že je-li stát státem, je i suverénním: jak však poznáme, že je (není) státem? Tato teze je dále komplikována sdílenou suverenitou států Evropské unie, pokud jí chápeme souhrn vrchnostenských oprávnění na Evropskou unii přenesených (podle vzoru klasického konceptu smíšené ústavy se dá mluvit též o „smíšeném vládnutí“ /*mixed governance*/),⁵² dělenou suverenitou ve federacích (tedy nejvyšší moc jako taková, nebo nejvyšší moc jen v něčem?), případně dokonce úvahami o omezené suverenitě protektorátů⁵³ (obdobně tzv. Brežněvova doktrína pro státy Varšavské smlouvy), což je ovšem z hlediska obvyklé koncepce nejvyšší, potažmo také nedělitelné moci téměř *contradictio in adjecto*. Dokládá to ovšem snahu vypořádat se s variabilitou skutečnosti, např. s omezením SRN ze strany Spojenců v oblasti krizových stavů až do roku 1968 – máme tu stát, jehož část vnitřních poměrů kontrolují jiné státy.

Korektivem toho, aby k naplnění suverenity členského státu Evropské unie či podobného uskupení, nepostačovala pouze možnost vystoupení, aniž by stát měl vliv na to, jakým způsobem jsou vykonávány přenesené kompetence, může být konstrukce přičitatelnosti vůle, tj. teze o potřebnosti legitimizačního a delegačního řetězce.⁵⁴ Legitimním aktem veřejné moci uplatňované na území státu v demokratickém systému by z tohoto hlediska byl jen takový akt, který lze přiřknout politickému suverénu, tj. lidu v daném státu, neboť „lid je zdrojem veškeré státní moci“ (čl. 2 odst. 1 Ústavy).⁵⁵ Z toho plyne, že od lidu musí vést řetězec delegátů, který je současně řetězcem legitimizačním, až po tvůrce aktu. Tak se suverenity lidu jako personálního substrátu propojuje se suverenitou státu jako jeho organizační formy. Pokud by existovala césura mezi vrcholnými orgány státu a institucemi Evropské unie, předmětný řetězec by se přetrhl, a moc by se tak stala nikoliv od lidu odvozenou, nýbrž mocí vnější.

Naproti tomu diskuse o míře vlivu členského státu na rozhodování orgánů Evropské unie již je povýtče politickou diskusí o míře účelnosti či efektivity, nikoliv s úvahami o suverenitě spojenou debatou převážně právní; samozřejmě, tehdy, jsou-li zachovány podmínky dobrovolného vstupu, možného vystoupení a legitimizačního řetězce.⁵⁶

⁵² K tomu viz Reschová, J.: *Evropský konstitutionalismus...*, str. 45 násl., zvl. str. 49-50. K příbuznému konceptu víceúrovňového vládnutí srov. Dančák, B., Hloušek, V. (eds.): *Víceúrovňové vládnutí v Evropě: zkušenosti, problémy a výzvy*. Brno: MPÚ, 2007, zejm. stať I. Pospíšila a H. Smekala.

⁵³ Gronský, J.: *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. I. 1914–1945*. Praha: Karolinum, 2005, str. 341.

⁵⁴ Obecněji Strøm, K., Müller, W. C., Bergman, T. (eds.): *Delegation and accountability in parliamentary democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

⁵⁵ Povšimněme si, že naše Ústava explicitně koncipuje po vzoru kroměřížské ústavy lid jako „zdroj“ spíše než jako „nositel“ státní moci. Naproti tomu např. socialistická ústava z roku 1960 v čl. 2 odst. 1 stanovila: „Veškerá moc v Československé socialistické republice patří pracujícím lidu.“ Podobně P. Mlsna v tomto duchu rozlišuje upozaděné hledisko kompetenční a dominující hledisko legitimizační a odpovědnostní – viz Mlsna, P.: *Úvaha nad přímou demokracií*. Právní zpravodaj, roč. 2008, č. 10, str. 12.

⁵⁶ Docházíme tak k závěru obdobnému nálezu Ústavního soudu ve věci přezkumu ústavnosti Lisabonské smlouvy (Pl. ÚS 19/08), a to i na základě velmi podobných myšlenkových pochodů.

Vrátíme-li se nyní k *Schmittovi* a *Bogdanorovi*, měli bychom si položit otázku, je-li takto pojmán suverén součástí právního systému, nebo stojí mimo něj, nad ním. Tím totiž míříme mj. k pojmu práva, resp. ke spojení práva se sankcí. Připomeňme, že suverén je nejvyšší mocí, proti níž se nelze odvolat, z povahy věci tudíž nemá být kým sankcionován. Přesněji řečeno, nemůže být sankcionován právně, přesto však trvá závazek podrobit se právu, byť získává morální povahu. To je koncepce vázanosti panovníka právem, jdoucí do hlubokého středověku, v moderním hávu transformovaná ve *Verdrossovu* tezi „hraničního orgánu“ jako završení institucionálního systému práva.⁵⁷ V našich podmínkách je „hraničním orgánem“ nejspíše Ústavní soud, jehož rozhodnutí nejdou zvrátit (přinejmenším mimo obnovu řízení), a v zásadě též ústavodárce, pokud odhlédneme od možné interpretace ústavního zákona měnící ústavodárcův záměr, případně od protiústavního ústavního zákona (rozpor s čl. 9 odst. 2 Ústavy).

Zpravidla nám zřejmě méně vadí abstraktní teoretický koncept suverenity jako neomezené a neregulovatelné moci, než praktické přiřčení této moci konkrétnímu suverénu, resp. aspirantu suverenity. To je vidět v „makro“ měřítku na sporu o evropský „superstát“, v „mikro“ měřítku na „suverénních aktech“ či aktech vládnutí, jež se od nepolitických aktů správních liší tím, že v nich jde o bytí a obranu daného společenství proti nepřítelům (schmittovské „politično“ s distinkcí přítele a nepřítele), pročez mají být vyňaty ze soudního přezkumu (*justizlose Hoheitsakte*). *G. Sydow* na margo britských poměrů poznamenává, že dovolávat se práv suveréna zavání archaismem minulých staletí, takže není důvodu *a priori* vylučovat prerogativu, tedy – zjednodušeně řečeno – soubor panovníkových oprávnění nevázaných na zákon, ze soudního přezkumu.⁵⁸ Podstatná totiž není nedotknutelnost osoby panovníka, ale povaha aktů, jež navíc fakticky vycházejí z iniciativy vlády, jež žádnou nedotknutelností vybavena není. Naopak důvodné je vyloučit soudní přezkum tam, kde záleží na politickém uvážení, diskreci.⁵⁹ Na tom je, zhruba, založeno rozhodnutí *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 (House of Lords).

Naznačený přístup je inspirativní rovněž pro naše poměry, jak dokládá dnes již poměrně rozsáhlá literatura k přezkoumatelnosti aktů prezidenta republiky.⁶⁰ Ostatně i první rozsudek Nejvyššího správního soudu o nejmenování justičních čekatelů (č. j. 4 Aps 3/2005

⁵⁷ Holländer, P.: *Filosofie práva...*, str. 33 násl.

⁵⁸ K prerogativě stručně Kysela, J.: *Zákonodárství bez parlamentů. Delegation a substitute zákonodárné pravomoci*. Praha: Právnická fakulta UK, 2006, str. 51-54.

⁵⁹ Sydow, G.: *Parlamentssuprematie und Rule of Law...*, str. 76-77.

⁶⁰ V různé míře obecnosti srov. zejm. Mikule, V.: *Soudní ochrana proti rozhodnutí, jímž byl předseda soudu odvolán z funkce – nová otázka*. Právní zpravodaj, roč. 2006, č. 3, Pavlíček V.: *Několik předběžných poznámek ke jmenovacím a odvolacím pravomocem prezidenta republiky*. Lege Artis, roč. 2006, č. 2, stati E. Wagnerové, V. Sládečka, M. Bartoně, V. Pavlíčka, P. Rychetského a V. Šimíčka ve sborníku „Postavení prezidenta v ústavním systému České republiky“ (ed. V. Šimíček, Brno: MPÚ, 2008), Matoušek, L.: *Nad některými rozhodnutími soudní moci ve věci jmenování soudců prezidentem republiky*. Správní právo, roč. 2008, č. 1, Koudelka, Z.: *Soudní kontrola aktů prezidenta republiky*. Právník, roč. 2008, č. 10, případně též Wintr, J.: *Smí prezident republiky nejmenovat způsobilého kandidáta soudcem?* Jurisprudence, roč. 2008, č. 6. Pokud jde o posledně zmíněný text, vybízí kritického čtenáře k úvaze, zda do interpretace ústav neproniká (nemá pronikat?) rovněž dynamické hledisko, tedy zda není rozdíl mezi interpretací kompetenčního ustanovení v případě vykazujícím znaky ojedinělého excesu a interpretací prováděnou v situaci systematického úsilí o extenzi role daného ústavního orgánu mimo historicky i komparativně obvyklé vzory.

– 51) je založen na identifikaci „dvou tváří“ prezidenta republiky: jako orgánu ústavního a orgánu správního. Podle toho, v jaké roli vystupuje, mají být posuzovány i jeho akty. Podobně vychází z rozlišování různých rolí prezidenta republiky (garant řádu, moderátor konfliktů, reprezentant státu), s dopady ovšem nikoliv primárně na soudní přezkum, ale na samo jednání prezidenta, míru jeho uvážení apod., psaní *J. Wintra*.⁶¹

III. Konzistence a labilita právního řádu jako proměnné úvah o polycentrismu

V předchozím textu byly naznačeny změny, k nimž dochází v pojmání řady zavedených právních jevů a pojmů, tedy veličin spíše statických. Nyní bychom měli náš pohled doplnit o dynamickou složku, jíž míníme vzájemné propojení charakteristik práva s procesem jeho vytváření.

Tradiční vnitrostátní pojetí kontinentálního práva založené na primátu zákona pěkně vystihuje *A. Gerloch*, když vypočítává čtyři základní postuláty: **1.** Zákon je přijímán voleným zákonodárným sborem, což mu dodává legitimitu. **2.** Na zákonech postavený právní řád je přehlednější a svědčí právní jistotě více, než právní řády vycházející z mnohosti pramenů práva. **3.** Zákon může být prostředkem změn společenských poměrů. **4.** V zákoně je možné vytvořit ideální normativní svět, předem stanovit, co je dobré a co špatné.⁶² Problémem je, že skutečnost počátku 21. století se s představeným schématem poněkud mívá. Odhlédneme-li od odcizení občanů od politických stran v parlamentech, jež vede k volání po referendech, a od hodnotové divergence zpochybňující (oslabující) možnost apriorního stanovení dobrého a zlého, zůstávají body 2 a 3, jež však s sebou nesou vzájemný rozpor v tom, jak chápou zákon.

Na jedné straně je to obecné, dlouhodobě působící, přehledné a předvídatelné pravidlo chování – kondicionální program, na straně druhé nástroj vládní politiky, opatření, plán. Pro konec 18. století případně upozorňoval *C. Schmitt* na odlišení „klasického“ zákona od revolučních opatření ze strany jakobínů;⁶³ ostatně tomu odpovídala i klasifikace (řádných, obecných, trvalých) zákonů a (mimořádných, místně specifických, dočasných) dekretů v ústavě z roku 1793, případně dobová zamyšlení *Hegelova*. V důsledku pozdějšího rozostření tohoto rozdílu se zákon stal jak nástrojem, tak i omezením veřejné moci. Zvětšoval-li se počet úkolů státu, zvyšoval se i tlak na přijímání zákonů, které namnoze nevytvářely prostor pro individuální jednání, ale směřovaly k předem stanovenému cíli. Stabilita (dlouhodobost) již nebyla jeho definičním znakem, často se setkáváme i se zbavováním zákonů obecnosti (německé „*Einzelfallgesetze*“, ale nejen ony).⁶⁴ *H. Schneider* to přesvědčivě shrnuje ve třech bodech: **1.** ze stabilizátoru životních poměrů se zákon stal

⁶¹ Wintr, J.: *Principy českého ústavního práva s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního...*, str. 77 násl., též: *Prezident republiky jako reprezentant státu, garant řádu a moderátor politických sporů*. In: Šimíček, V. (ed.): *Postavení prezidenta v ústavním systému České republiky...*

⁶² Gerloch, A.: *Má zákon budoucnost? Zákony a zákoníky v 21. století*. In: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu...*, str. 18.

⁶³ Schmitt, C.: *Teorie partyzána...*, str. 82-83. Schmittův zákon je legitimní, protože je zákonem, nikoliv kvůli svému obsahu. Legitimita legalitou nepředpokládá opravedlňující vyšší právo, lidská práva atd.

⁶⁴ Srov. např. Leisner, W.: *Krise des Gesetzes...* Německá literatura k široce pojímané problematice zákonodárství je vůbec rozsáhlá a velmi důkladná.

motorem změny, 2. z prostředku oddělení státního panství od prostoru individuální a korporativní svobody se změnil v nástroj sociální podpory, a s tím souvisí i to, že 3. se úprava aspirující na trvalou a spravedlivou proměnila v dočasné prohlášení účelových pravidel za závazná.⁶⁵

Snaha postihnout technologický vývoj či sofistikované typy kriminality, nutnost vypořádat se s politickými změnami (změna režimu, sjednocování států, evropská integrace) nebo ekonomickými otřesy působily a působí jako akcelerátory zákonodárského procesu, dominantního způsobu vytváření práva (legislativní smrště či záplavy). Nemusí jít jen o vysoký počet nově přijímaných zákonů, ale hlavně o jejich labilitu. Hektická činnost zákonodárců zakládá rozpory v právním řádu, omezuje schopnost vnímat právní řád jako významový celek, takže izolací právních odvětví a v nich i jednotlivých zákonů dochází k jeho „dekonstrukci“, snižuje možnost akceptace zákonů ze strany adresátů, podrývá právní jistotu.⁶⁶ Bystrý pozorovatel domácího zákonodárství P. Mlsna dokonce soudí, že právo již nevyjadřuje chtění zákonodárce, nýbrž jen ztělesňuje realitu, či skutečnost, o níž zákonodárce ví, že nesporně nastane; tento svůj postřeh spojuje s postmoderním světem.⁶⁷

Tvrzení je to možná poněkud absolutní, ale nesporně zajímavé, neboť obecnou floskuli o „pokulhávání“ práva za sociálním vývojem staví do nového světla. Modifikuje ztělesnění legislativní tvorby práva jako analogie centrálního plánování v ekonomice v díle B. Leoniho,⁶⁸ protože zpochybňuje, ne-li odstraňuje, prvek racionálního projektu, takže zůstává jen rozhodování od „zeleného stolu“, nutně opomíjející množství rozptýlených informací, jimiž mohou disponovat jen konkrétní aktéři v soudních sporech apod.

Každopádně se ve shora nastíněné situaci otvírá otázka konzistence právního řádu, a to v míře přímo úměrné počtu (tuzemských, vnějších) pramenů práva účinných na území státu a jejich překrývání. Na jedné straně tak polycentrismus přispívá k vyšší dynamice změn právního řádu (transformace mezinárodních závazků, transposice evropských směrnic), na straně druhé tato dynamika umocňuje výchozí situaci polycentrismu – tzn. nepřehlednost, konflikty, nižší jistotu. Jelikož však právní jistota patří mezi základní sociální potřeby a nelze na ni proto nereagovat, ujímají se role jejich „hledáčů“ a garantů soudy. Ostatně i výše nastíněná debata o ústavním pluralismu v Evropské unii se zaměřuje především na soudy. Soudcovské právo, tuzemské i evropské, tak doplňuje právo vzniklé legislativní činností, a to opět tuzemskou (Parlament, vláda a správní úřady, obce a kraje) i evropskou.

Jak se obecná labilita právního řádu projevuje na řádu ústavním? Povšimněme si jen, že místo trvání na stabilních ústavách jako takových hledáme neměnné jádro ústavního řádu (vyšší versus „obyčejné“ ústavní právo). Pozitivněprávní oporu toto uvažování má v domácí

⁶⁵ Schneider, H.: *Gesetzgebung*. Heidelberg: C. F. Müller, 3. vyd. 2002, str. 1. V podobném duchu píše o proměně zákonů rovněž F. A. Hayek.

⁶⁶ K tomu srov. např. výklady v již citované monografii Gerloch, A., Kysela, J., Kühn, Z., Wintr, J., Tryzna, J., Maršálek, P., Beran, K.: *Teorie a praxe tvorby práva...*

⁶⁷ Mlsna, P.: *Úvaha nad přímou demokracií...*, str. 12.

⁶⁸ Froněk, M.: *Legislativa ve světle nemožnosti ekonomické kalkulace za socialismu: Příspěvek Bruna Leoniho k právní vědě*. In: Gerloch, A., Kysela, J. (eds.): *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie*. Praha: ASPI, 2007.

„klauzuli věčnosti“, tj. v čl. 9 odst. 2 Ústavy (podobně též Francie nebo SRN), nicméně debaty o limitech moci zákonodárce probíhají i ve Velké Británii, která kodifikovanou ústavu vůbec nemá (práva tak zakořeněná, že jsou mimo dosah parlamentu, suverenitu má nepsaná ústava, nikoliv parlament apod.).⁶⁹ Jako při každém odlišení vyššího a nižšího práva následně musíme řešit důsledky rozporu, které mohou být jak právní (nicotnost, neplatnost, neúčinnost, reinterpretační atd.), tak morální (absence morálního závazku dodržovat akt odvozeného ústavodárce jsoucí v rozporu s vůlí originárního ústavodárce, směřuje-li proti hodnotovému základu ústavního řádu).⁷⁰ Je vcelku zřejmé, že právo samo, ba dokonce ani institucionální autorita je vykládající, nezastaví revoluci, potažmo puč. Přesto snad není bez užitku vědět, že se změnila povaha systému, jeho hodnotový základ.

Posledním dílčím zastavením tohoto stručného oddílu jsou dopady labilitě právního řádu na povahu právního systému a jeho vztahu k okolí (prostředí): dochází tím spíše k otevírání, uzavírání, anebo jde v tomto ohledu o proces neutrální? Bez ambice podat úplnější odpověď toliko poznamenávám, že hektická právo tvorba zvyšuje riziko rozporů a mezer, jejichž překlenování přísluší soudcům. Ti zpravidla vycházejí ze standardů vlastních právnímu řádu či z něj odvozených (právní principy, analogie apod.), případně užívají generálních klauzulí, pokud je zákonodárce do právního řádu vtěluje jako svého druhu delegační normy. Prostřednictvím právních principů, analogie i generálních klauzulí do práva vstupují mimoprávní hodnoty, ovšem takříkajíc způsobem právem stanoveným a předvídaným. V tomto ohledu se tedy právo chová jako autoreferenční a sebereprodukcující (autopoietický) systém. Na druhou stranu, jak v osobním rozhovoru upozornil *J. Wintr*, vyžaduje legitimizace přinejmenším zákonného práva kontakt s okolím, neboť je založena nikoliv na trvání, nýbrž na souhlasu reprezentace lidu presumovaného v každý okamžik. Tato výhrada ovšem platí, pokud nezahrneme i zmíněné legitimizační mechanismy do právního systému.

Obecněji to souvisí s tím, co bývá označováno jako proces „administrativní revoluce“: revoluce znamená vtrhnutí sociální či politická do světa práva mimo předvídané postupy; právo se však ihned pokouší revoluční moc svázat pravidly, tj. juridizovat ji. Dlouhodobější primát si političtí vůči takto otevřenému systému práva uchovává v instalační fázi totalitních režimů, které vyžadují po orgánech aplikace práva zohledňovat zájem německého národa či pracujícího lidu, aniž by to nutně bylo stanoveno ústavou či jiným normativním právním aktem. Míra zasažení práva ideologií se nicméně liší podle odvětví (viz níže), jak o tom píše např. *E. Fraenkel* ve slavné knize o duálním státu.

V podobě méně vyhrčené podobný jev popisuje *E. Barány*, když zmiňuje možnou cestu přirozeného práva jako ideální představy do procesu aplikace práva. Přirozené právo po

⁶⁹ Viz např. citované práce J. Goldsworthyho a G. Sydowa nebo Jowell, J., Oliver, D. (eds.): *The Changing Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 4. vyd. 2000. V české právní literatuře se této tematice soustavněji věnuje především M. Kindlová – srov. např. *Koncept vlády práva (rule of law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království*. In: Jirásková, V., Suchánek, R. (eds.): Pocta prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám. Praha: Linde, 2004, nebo *K dělbě moci a odpovědnosti mezi soudy a parlamentem ve sféře soudní kontroly zákonů (úvaha v oblasti právní ochrany lidských práv)*. Právník, roč. 2008, č. 3.

⁷⁰ Blíže srov. Holländer, P.: *Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce*. Právník, roč. 2005, č. 4.

jeho soudu žije (působí) ve vědomí lidí; je-li masivně rozšířeno, mění se v obyčej, tedy pramen práva. Není-li obyčej za pramen práva uznáván, stává se původně přirozené právo součástí práva pozitivního první aplikací soudcem, na níž naváže řetězec dalších soudních rozhodnutí – ta se však už nedovolávají přirozeného práva, ale precedentu.⁷¹

Kvalitativně se na vztahu práva a jeho okolí nejspíše nic nemění, vše podléhá stanoveným procedurám. Nemůžeme však jistě přehlédnout posuny kvantitativní, kdy se rekursy na původně mimoprávní hodnoty a standardy stávají častějšími, ba běžnými (viz též akademické důrazy na „*law in context*“). Patrně v tom ovšem existují odlišnosti mezi právními odvětvími, neboť jádro těch soukromoprávních je vybaveno značnou zásobou ustálených principů, z nichž může čerpat. Právo tak v tomto ohledu extenduje na úkor jiných normativních systémů, čímž se obloukem vracíme k diskusi o různých pojetích právního pluralismu. Nezdá se nicméně, že recentní vývoj vrhl nové světlo na klasické otázky typu, je-li spravedlnost imanentním znakem práva, či kritériem jeho vnějšího hodnocení. Naproti tomu se zřejmě ustaluje přesvědčení, že rozpor s morálkou nezakládá neplatnost právní normy, ale právě „jen“ její nemorálnost: umocněno je to kulturním rozrůžňováním západních společností.

IV. Poznámka na závěr aneb proměna funkce ústavy

Závěrečná poznámka platí funkci ústavy. Nejde přitom ani tak o to, co vše tento pojem označuje (stav politického uspořádání, státní zřízení, rozhodnutí zakládající politickou jednotu lidu a státu, dokument normující to, co má být ve vztazích mezi nejvyššími orgány), nýbrž spíše o to, jaká funkce je s ním spojena.⁷²

Ústavy se v desetiletích následujících po 2. světové válce staly skutečným právem, přímo aplikovatelným a vynutitelným (juridizace a judicializace ústav). Ustanovení o lidských právech nemají povahu akademických monologů ústavodárce, resp. nezávazných vět pracích, ale v různé míře zavazují zákonodárce ke svému naplňování, v odstupňované míře jsou chráněna soudní mocí, prozařují právním řádem (konstitucionalizace právního řádu). Přímá aplikace ústav současně přivedla na scénu jiný typ interpreta – ne již výlučně provádějící zákonodárce, nýbrž orgán aplikace práva. Vezmeme-li v úvahu již výše zmíněnou specifickou povahu ústavního práva, znamená to nejen jiné metody práce s textem ústav, ale rovněž zvláštní význam interpretova „předvědění“ a „předporozumění“. Úkolem právní vědy je nejen tyto procesy zkoumat, nýbrž též vypracovávat schémata, jež umožňují stabilizovat výklad ústavy tak, aby nebyl kritizován pro arbitrárnost. Toto úsilí je rozvinuto zvláště při interpretaci základních práv,⁷³ není však důvodu, proč ponechávat stranou „organizační“ části ústav. Při interpretaci obou těchto ústavních materiálů probleskují

⁷¹ Barány, E.: *Pojmy dobrého práva...*, str. 34 násl.

⁷² Vývoj pojmů „constitutio“, „Verfassung“, „Grundgesetz“ aj. sledují Mohnhaupt, H., Grimm, D.: *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*. Berlin: Duncker & Humblot, 2. vyd. 2002. V domácí literatuře zajímavě líčí vztah psaných ústav a původních zvyklostí, vztah ústav a konvencí nebo vývojové etapy ústav Reschová, J.: *Evropský konstitutionalismus...*, zvláště kap. první.

⁷³ Viz např. Kosař, D.: *Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu*. Jurisprudence, roč. 2008, č. 1.

mimoprávní standardy, jež jsou však v jednom případě odvozovány od pojmu lidské důstojnosti, v případě druhém plynou spíše z „logiky“ politického systému či formy vlády.

Jak už o tom byla zmínka v předchozím oddílu, ústavy jsou legislativně relativně neměnným jádrem měnícího se právního řádu. I proto je jejich výsledný tvar ve větší míře výsledkem interakce ústavodárce, prováděcího zákonodárce, orgánů aplikace i nauky,⁷⁴ nikoliv jen výronem vůle ústavodárce samotného. Dokladem této skutečnosti je rovněž uznání existence ústavních konvencí, a to i českým Ústavním soudem.⁷⁵ Bez ohledu na to, jaký konvencím přiznáme status, pěkně ilustrují jako vyjádření něčeho zavedeného, sdíleného, že právo je zobecněným očekáváním toho, co se má dít. Očekávat však můžeme jen očekávatelné,⁷⁶ proto právo s obtížemi reaguje na mimořádné či neobvyklé situace. A jsme opět u schmittovského suveréna, případně i u prozaičtějších situací vybočení ústavního orgánu z role, kterou podle obecného očekávání má v daném systému hrát.

x x x

Žádný stav není konečný, proto se zde netvrdí, že polycentrismus je nějakou konečnou zastávkou, ba dokonce ani, že je kýžený. Domnívám se jen, že tento pojem dosti plasticky zachycuje právní i společenskou realitu, v níž žijeme. Je koneckonců možné, jak naznačuje ve svých poznámkách k této stati *M. Kindlová*, že jde o cyklický vývoj, v němž se střídají centralizační a decentralizační vlny, jež však nemají čistě právní, nýbrž spíše mocenské pozadí (posilování a slábnutí různých typů nadstátních „říší“, slábnutí států ve prospěch regionů, osamostatňování profesních skupin s autonomní normotvorbou apod.). Leccos ostatně ještě jistě sami uvidíme.

⁷⁴ A. Winterová připomíná meziválečné odkazy na zákon jako jádro (kostru), jež je obaleno judikaturou a naukou (svaly) – viz Winterová, A.: *Zákon a kodifikace v budoucnu (procesualistický pohled)*. In: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu...*, str. 24.

⁷⁵ K tomu viz Kindlová, M.: *Ústavní konvence jako součást ústavy...*

⁷⁶ Luhmann, N.: *Sociální systémy...*, str. 424.